

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo apontar algumas fraudes que as empresas de Factoring podem sofrer. Ao discorrer sobre a atuação das empresas de Factoring no Brasil, são investigadas suas modalidades, formas de contratos e a legislação aplicada, comparando as instituições financeiras e abordando desvios de finalidade cometidos no setor, tais como, a prática de crimes de agiotagem e lavagem de dinheiro, bem como as possíveis fraudes que uma empresa de Fomento Mercantil pode sofrer, como por exemplo, duplicata simulada, estelionato, apropriação indébita, formação de quadrilha, dentre outros. Nesta esteira, o trabalho visa a contribuir para melhor compreensão do tema, ao apresentar os abusos praticados por empresas que se aproveitam de possíveis falhas nas empresas de Factoring e fazem uso desta, de forma ilícita.

Palavras-chave: Factoring, Fraude nas Operações, Duplicata Simulada e Responsabilidade Criminal.

ABSTRACT

This paper aims to point out some fraud companies Factoring may suffer. To discuss the role of factoring companies in Brazil, are investigated its forms, forms of contracts and the legislation applied by comparing the financial institutions and addressing some deviations of purpose made in the sector, such as the practice of usury and money laundering crimes money as well as the possible fraud that a company “Factoring” may suffer, such as simulated duplicate, larceny, embezzlement, conspiracy, among others. On this track, the work aims to contribute to a better understanding of the topic, the present abuses by companies that take advantage of possible failures in Factoring companies and make use of this, in an unlawful manner.

Keywords: Factoring, Fraud in Operations, Duplicate Simulated and Criminal Responsibility.

*Advogado Criminalista com Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Pós-graduação em Direito Penal pela FMU. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Graduação e Pós Graduação das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU. Foi professor do Curso de Pós-Graduação do Instituto Paulista de Educação Continuada - IPEC e na Academia Jurídica, curso preparatório para OAB.

**Estudante do curso de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Graduada em Tecnologia em Gestão Financeira pela Universidade Nove de Julho – Uninove.

Introdução

Este trabalho visa demonstrar algumas fraudes que poderão ocorrer numa operação de Factoring, na qual, o faturizador é quem assume o risco do negócio, o que torna a prática de fraude nas operações cada vez maior. O adiantamento sobre o valor das faturas no momento em que são cedidas e a cobrança das mesmas pelo faturizador, somente na respectiva data de vencimento faz com que a operação fique susceptível a ocorrência de ilícitos penais causados pelo faturizado (cliente).

Sendo o contrato de Factoring fortemente dependente da relação de confiança que o faturizador tem com o faturizado e considerando a relação de cessão de documentos *versus* financiamento, é clara a hipótese de ilicitudes nesse tipo de contrato.

Em situações de crise econômica, a procura de contratos de Factoring por parte das empresas é uma forma de “sair do vermelho”, tendo em vista que a burocracia do contrato de Factoring é menor que a de um empréstimo bancário, por exemplo.

Com isso, muitos empresários se aproveitam dessa relação de confiança para cometer diversas infrações previstas no Código Penal conforme podemos observar: estelionato, duplicata simulada, apropriação indébita, falsificação de documentos, falsidade ideológica, uso de documentos falsos, dentre outros, além de violar o Sistema Financeiro Nacional.

Desta forma, esse estudo visa abordar temas como: fraudes nas operações de factoring, responsabilização criminal, crimes que incorrem sobre o faturizado e quais métodos são utilizados para a prática desses crimes, o entendimento em nossos tribunais, a possibilidade de substituição de penas e ainda, uma análise sobre as penas aplicadas, se são suficientes para diminuir tais práticas fraudulentas.

Por fim, busca-se demonstrar ser esta uma operação legal, mas que assim como em outras operações comerciais, incorrem sobre

elas a possibilidade de crimes e atos fraudulentos.

1. FOMENTO MERCANTIL – FACTORING

1.1. Conceito de Factoring

No Brasil o Fomento Mercantil - Factoring é instituto do direito mercantil que tem por objetivo a prestação de serviços e o fornecimento de recursos para viabilizar a cadeia produtiva, de empresas mercantis ou prestadoras de serviços, notadamente pequenas e médias empresas. A operação é pactuada em contrato onde são partes a sociedade de fomento mercantil e a empresa-cliente, ou seja, o Factoring é uma operação financeira pela qual uma empresa vende seus direitos creditórios que seriam pagos a prazo por um terceiro por meio de títulos (Duplicatas ou Cheque) e a Factoring compra estes títulos à vista, cobrando juros pelo adiantamento.

A Factoring é um instituto relativamente novo no Brasil, introduzido de maneira singela já na década de 1970, fortemente influenciado pela prática comercial espalhada nos usos e costumes internacionais¹.

Em Nova Iorque, no ano de 1808, surgiu a primeira sociedade de Factoring como hoje é conhecida, quando, pela primeira vez, o intermediário propôs comprar à vista o que seus clientes vendiam a prazo, dessa forma, “o Factoring passou a assumir as despesas de cobrança, bem como aquelas advindas da falta de realização de pagamento”².

Nos termos modernos, portanto, o Factoring surgiu como atividade de compra de crédito mercantil (venda de duplicatas) e com a ampliação de conteúdos, também passou a envolver o fomento mercantil.

Porém, em 11 de fevereiro de 1982 a Factoring efetivamente surgiu no Brasil, com a fundação da ANFAC, como entidade precursora, que vem atuando ao longo destes anos, na construção de um marco regulatório com base nas experiências obtidas no mercado, destinado a manter a estabilidade institucional e a segurança jurídico-operacional com todas as

¹ SOARES, Marcelo Negri. Contrato de Factoring. Editora Saraiva, 2010. P.13.

² SANT’ANNA. Valéria Maria. Factoring fomento mercantil. Editora edipro, 2008. p.12.

medidas cabíveis para evitar conflitos de interesses e garantir o nível de profissionalismo da atividade. Outra entidade importante para o fomento mercantil no Brasil é a Federação Brasileira de Factoring (FEBRAFAC).

1.2. Convenção de Ottawa

O UNIDROIT – Instituto Internacional para unificação do Direito Privado – estudou, pela primeira vez, o contrato de Factoring na década de 70 e, em 1988 organizou a Convenção de Ottawa com o objetivo de delimitar os contornos deste contrato em relações internacionais. Foram cinquenta e cinco países participantes, inclusive o Brasil.³

Nessa convenção foi definido que somente existe o contrato de Factoring, quando da transferência de valores a receber, refiram-se a venda de bens destinados ao comércio, ou seja, vendas a consumidores que não sejam consumidores finais.

Ao se firmar tal contrato, o representante (empresa de Factoring) deverá desempenhar no mínimo duas das seguintes funções:

- a) Financiamento ao fornecedor, incluindo empréstimos e pagamentos adiantados;
- b) Manutenção de contas (livro-razão) relativos aos valores a receber;
- c) Cobrança dos valores a receber;
- d) Proteção contra inadimplemento do pagamento pelos devedores.

1.3. Definições

1.3.1. Conceito legal

Factoring é a prestação continua e cumulativa de assessoria mercadológica e creditícia, de seleção de riscos, de gestão de crédito, de acompanhamento de contas a receber e de outros serviços, conjugada com a aquisição de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo. Esta definição foi aprovada na Convenção Diplomática de Ottawa - Maio/88 da qual o Brasil foi uma das 53

nações signatárias conforme visto no tópico anterior.

A Lei nº 9249/95, em seu artigo 15, inciso III, alínea “d”, conceitua Factoring como sendo:

Prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Segundo Maria Helena Diniz, o contrato de Factoring é:

Aquele em que um industrial ou comerciante (faturizado) cede a outro (faturizador), no todo ou em parte, os créditos provenientes de suas vendas mercantis a terceiros, mediante o pagamento de uma remuneração; ou consiste no desconto sobre os respectivos valores, ou seja, conforme o montante de tais créditos. É um contrato que se liga à emissão e transferência de faturas⁴.

Para Fran Martins o contrato de Factoring é “aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração”⁵.

Ensina Fábio Ulhoa Coelho que “Faturização (Factoring) é o contrato pelo qual uma instituição financeira (faturizadora) se obriga a cobrar os devedores de um empresário (faturizado), prestando a este os serviços de administração de crédito”⁶.

Conforme definições de conceituadas doutrinas citadas, podemos entender que Factoring é uma atividade comercial, mista e atípica, que soma prestação de serviços à compra de ativos financeiros. Logo, a operação de Factoring é um mecanismo de fomento mercantil que possibilita à empresa fomentada vender seus créditos, gerados por suas vendas à

³ SANT’ANNA, Valéria Maria. Factoring fomento mercantil. Editora edipro, 2008. p.33.

⁴ DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e pratico dos contratos. 2º edição. São Paulo: Saraiva, 1996, p.65.

⁵ MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. 15º edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.123.

⁶ ULHOA, Fabio. Curso de Direito Comercial, Volume 3. 5º edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p.143.

prazo a uma empresa de Factoring, resultando no recebimento imediato de créditos futuros, com isso, possibilitando aumento do seu poder de negociação. Por exemplo, efetuando-se à compra de matéria-prima à vista, não descapitalizado a empresa.

1.4. Modalidades

No mercado brasileiro o Factoring é mais atuante na modalidade convencional. A seguir, demonstraremos um pequeno resumo das principais modalidades:

a) **Convencional** – É a compra dos direitos de créditos das empresas fomentadas, através de um contrato de fomento mercantil;

b) **Maturity** – A Factoring passa a administrar as contas a receber da empresa fomentada, eliminando as preocupações com cobrança;

c) **Trustee** – Além da cobrança e da compra de títulos, a Factoring presta assessoria administrativa e financeira às empresas fomentadas;

d) **Exportação** – Nessa modalidade, a exportação é intermediada por duas empresas de Factoring (uma de cada país envolvido), que garantem a operacionalidade e liquidação do negócio;

e) **Factoring Matéria-Prima** – A Factoring nesse caso transforma-se em intermediário entre a empresa fomentada e seu fornecedor de matéria-prima. A Factoring compra à vista o direito futuro deste fornecedor e a empresa paga à Factoring com o faturamento gerado pela transformação desta matéria-prima.

1.5. Contrato de Factoring

O Contrato de Factoring ganhou força nacional em 1990 e, atualmente, substitui parcela significativa das operações bancárias de desconto de títulos no Brasil, com forte diferencial na desburocratização dos procedimentos, sendo este justamente o motivo do alto grau de consolidação e penetração no

mercado, que não mais se imagina dissociada dessa modalidade contratual⁷.

A operação de Factoring, ainda que não regulamentada em toda a sua amplitude, encontra-se conceituada na Legislação de Impostos de Renda das Pessoas Jurídicas, a qual a define como um contrato que visa a prestação de serviço de assessoramento de crédito, de forma cumulativa e contínua, atuando também no posicionamento mercadológico, gestão creditícia e financeira, análise e escolha de riscos, gerenciamento de contas a pagar e a receber, compra de direitos de crédito oriundos de prestação de serviços ou vendas mercantis a prazo a terceiros, clientes do faturizado⁸.

Arnoldo Wald nos fala sobre o contrato de Factoring segundo seu entendimento:

O Contrato de Factoring, consiste na aquisição, por uma empresa especializada, de créditos faturados por comerciante ou industrial, sem direito de regresso contra o mesmo. Assim, a empresa de Factoring, o factor, assume o risco de cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução em relação ao valor dos mesmos⁹.

Contrato de Factoring nas palavras de Waldirio Bulgarelli:

Singelamente pode-se falar em venda do faturamento de uma empresa à outra, que se incube de cobra-lo, recebendo em pagamento uma comissão e cobrando juros quando antecipa recursos por conta dos recebimentos a serem feitos. Há, portanto, um elemento básico na operação, que é a cessão de créditos¹⁰

Em resumo, Factoring ou faturização é um contrato bilateral e oneroso em que um empresário cede a outro, total ou parcialmente, seus créditos provenientes de venda a prazo,

⁷ SOARES, Marcelo negri. Contrato de factoring. Editora Saraiva, 2010. P.15.

⁸ SOARES, Marcelo Negri. Contrato de Factorig. Editora Saraiva, 2010. p. 32.

⁹ WOLD, Arnaldo. Curso de Direito Civil. São Paulo. RT, 1992. Volume II, p. 466.

¹⁰ BULGARELLI, Waldirio. Contratos Mercantis, pp. 533/534.

recebendo deste os valores respectivos, mediante o pagamento de uma remuneração ou comissão. O devedor deve ser notificado da cessão do crédito feita do faturizado ao faturizador, conforme determina o artigo 290 do Código Civil.

Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

O cessionário do crédito (faturizador) é quem deverá buscar o devedor para receber os valores, assumindo o risco do inadimplemento.

A extinção do contrato de Factoring ocorre mediante acordo entre as partes, descumprimento de obrigação contratual, término do prazo contratual, ou mesmo por ato unilateral, desde que precedida de prévio aviso à outra parte.

1.6. Como funciona na prática

O processo de Factoring inicia-se com a assinatura de um Contrato de Fomento Mercantil (contrato – mãe) entre a empresa e a Factoring onde são estabelecidos os critérios da negociação e o fator de compra.

São quatro as etapas básicas do processo:

- a) A empresa vende seu bem, crédito ou serviço a prazo, gerando um crédito (exemplo: Duplicata Mercantil), no valor correspondente;
- b) A empresa negocia este crédito com a Factoring;
- c) De posse desse crédito, a Factoring informa o sacado sobre o fato e a forma de cobrança (carteira ou banco);
- d) Findo o prazo negociado inicialmente, a empresa sacada pagará o valor deste crédito à Factoring, encerrando a operação.

1.7. Distinção entre Factoring e Desconto Bancário de títulos

Ao contrário do que se difunde Factoring não é uma atividade financeira. A empresa de Factoring não pode fazer captação de recursos de terceiro, nem intermediar para emprestar

esses recursos, como os bancos e também não desconta títulos e não faz financiamento.

Uma instituição financeira tem sua definição legal no artigo 17 da Lei Conselho Monetário Nacional nº 4595/64:

Art. 17. Consideram-se instituição financeira, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.
Parágrafo único: para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se as instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades regidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

A Lei do Colarinho Branco nº 7492/86 em seu artigo 1º, assim conceitua a expressão “instituição financeira”:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

A doutrina conceitua Factoring como uma atividade comercial, mista e atípica, de prestação de serviço em base contínua às pequenas e médias empresas, conjugada a compra de seus ativos financeiros – direitos de créditos, duplicatas e cheques resultantes das vendas ou prestação de serviços efetuados pelas empresas assistidas. Para isso depende exclusivamente de recursos próprios.

Vale lembrar que o fomento mercantil nada tem a ver com empréstimos, financiamentos ou agiotagem; são empresas estabelecidas que têm como pressuposto

principal fornecer a alavancagem dos negócios das empresas que assistem.

Além disso, a diferença fundamental entre Factoring e desconto bancário está no direito de regresso, na hipótese de inadimplemento pelo terceiro devedor. Tal direito não existe na faturização, mas está presente no desconto. Assim, a empresa de Factoring, assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução em relação ao valor dos mesmos.

À sociedade de fomento mercantil é proibido fazer captação de recursos de terceiros no mercado e emprestar dinheiro, pois esta é uma atribuição dos bancos, que dependem de autorização do Banco Central para operarem livremente.

Deve-se ressaltar que, ocorrendo descaracterização da essência e finalidade do Factoring, há a possibilidade de se responder por processo administrativo e criminal.

O Factoring não desconta títulos e não faz financiamentos. Portanto, Factoring não é banco. Assim, operações onde o contratante não seja pessoa jurídica, empréstimo via cartão de crédito, alienação de bens móveis e imóveis e operações privativas de instituições financeiras não constituem Factoring.

1.8. Diferença entre Factoring e Agiotagem

Agiotagem é a especulação fundada nos empréstimos de dinheiro a juros extorsivos, acima do valor de mercado. Seu principal objetivo é obter lucro com esses empréstimos. Empréstimo, mediante cobrança de juros, sem o aval do Banco Central, é prática criminosa prevista no art. 1º do Decreto nº 22.626, de 07 de Abril de 1933, que define tal prática como Crime de Usura.

Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal.

Pode ser pessoa jurídica, sob fachada de Factoring, mas não se confunde com este instituto, que visa ao fomento mercantil, ajudando às pequenas e médias empresas. Portanto, não há que se falar em agiotagem na

prática de Factoring, pela razão que Factoring não faz empréstimo, apenas presta serviços, compra créditos e antecipa recursos não financeiros (estoque, insumo e matéria-prima).

1.8.1. Crime de Usura

O Crime de Usura é entendido como a cobrança de remuneração abusiva pelo uso de capital, ou seja, quando da cobrança de um empréstimo, em dinheiro, são cobrados juros excessivamente altos, o que lesa o devedor. É uma prática repudiada socialmente, sendo considerada uma conduta criminosa no ordenamento jurídico brasileiro.

Aquele que pratica a usura é popularmente conhecido como agiota. Tal expressão se refere não somente ao particular, mas também às pessoas jurídicas que especulam indevidamente e ultrapassam o máximo da taxa de juros prevista legalmente (Atualmente taxa Selic), praticando crime contra o Sistema Financeiro Nacional.

Por sua vez, o artigo 2º do Decreto nº 22.626/74, veda a contratação de juros acima de 12% (doze por cento) ao ano, definindo essa prática como ilícito civil, acarretando nulidade da cláusula, bem como crime de agiotagem, com a configuração da prática usurária.

2. FACTORING NA ESFERA CRIMINAL

São várias as condutas que podem ser utilizadas pelo infrator, um exemplo de infração penal é o saque de duplicata fria. O sujeito que usa esse tipo de dispositivo está querendo “fazer” dinheiro com a venda de um título sem lastro, ou até mesmo está de conluio com o devedor na cessão de faturas falsas ou sobrevalorizadas, mas confirmadas pelo devedor estelionatário.

As oportunidades que o estelionatário tem de praticar os crimes ocorrem devido à impossibilidade que as empresas de Factoring têm de confirmar todas as faturas junto aos devedores antes de efetuar o crédito; a impossibilidade de controlar todos os documentos que acompanham as faturas; a dificuldade em verificar todos os pormenores da documentação emitida, dificuldade em

visitar as empresas que fazem parte da relação de sacados, dentre outros.

Ao se deparar com essas situações, as empresas de Factoring podem se valer da esfera criminal para se proteger e processar fraudadores. Entre as principais causas desse tipo de ação penal, esta a duplicata simulada, mais conhecida como duplicata fria. Veja na sequência os detalhes das ações penais movidas por empresas do setor.

2.1. Fraude contra Factoring - ilícito penal ou ilícito civil

Vários critérios foram sugeridos para se fazer a distinção entre a fraude civil e a fraude penal. De forma resumida, a distinção entre o ilícito civil e o ilícito penal está em alguns elementos, a saber: o propósito do agente em não prestar o equivalente econômico; violação do mínimo ético; um dano social e não puramente individual; perigo social; violação da ordem jurídica; fraude capaz de iludir; etc.

Observando os elementos em tese caracterizadores da fraude penal, pode-se concluir que a boa-fé contratual, princípio basilar do Direito Civil, afasta os elementos em comento. Assim, observada a boa-fé nas relações jurídicas, não restará caracterizado o ilícito penal.

Segundo Plácido e Silva, entende-se por fraudar o engano malicioso, ou a ação astuciosa de má fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever. E conclui: *“Assim, a fraude sempre se funda na prática de ato lesivo a interesse de terceiros ou da coletividade, ou seja, em ato, onde se evidencia a intenção de frustrar-se a pessoa aos deveres obrigacionais ou legais”*¹¹.

Como exemplo, podemos citar o crime de estelionato, onde é necessário que o agente tenha o dolo como fim especial de agir, sendo imprescindível a consciência, a vontade de enganar, ludibriar, com objetivo de obter vantagem ilícita.

Todavia, não podemos confundir a conduta ilícita com a lícita daquele que age com boa fé¹², sem intenção de causar prejuízo, de enganar, mas que por diversos motivos acaba por cometer um ato jurídico que no máximo caracteriza ilícito civil.

2.2. Dos atos ilícitos contra as empresas mercantis – Factoring

Nas operações de Factoring poderão surgir atos ilícitos civis e criminais. Os atos ilícitos previstos na legislação brasileira e passíveis de ocorrência nas operações de fomento mercantil abrangem a simulação de negócio jurídico¹³, o estelionato, emissão de duplicata simulada, falsidade documental, dentre outros, ocorrências cujo efeito é a nulidade do negócio jurídico, conforme artigo 167 do Código Civil e os artigos 171, 172 e 179 do Código Penal.

A Factoring que for vítima de crimes contra seu patrimônio, ocasionados por delitos de seus clientes na emissão de títulos de créditos, poderá requisitar à autoridade policial a abertura de inquérito policial, ou representar contra o infrator diretamente ao Ministério Público.

O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltando à colheita preliminar de provas para apurar a prática da infração penal e sua autoria.

Há, basicamente, cinco modos de dar início ao inquérito:

- a) De ofício;
- b) Por provocação do ofendido;
- c) Por delação de terceiro;
- d) Por requisição da autoridade competente;

¹¹ SILVA, de Plácido e. Vocabulário Jurídico, 20 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 370.

¹² Segundo Silvio de Salvo Venosa que, para análise da boa-fé objetiva, o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, no caso concreto. É um dever de agir com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos. (2003,v2, p.378). O código

civil de 2002 disciplina a boa-fé objetiva no artigo 422. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹³ Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

e) Pela lavratura do auto de prisão em flagrante.

O meio mais comum utilizado pelas empresas de Factoring para dar início ao inquérito policial é por provocação do ofendido, quando a pessoa que teve o bem jurídico tutelado reclama a atuação da autoridade. Faz isso por meio de seus sócios através da *notitia criminis* indireta, quando a vítima provoca a atuação das autoridades, comunicando-lhe a ocorrência. Mas nada impede que o sacado também o faça, uma vez que este tenha interesse por envolver o nome de sua empresa ou até mesmo por ser ela a vítima.

No caso dos crimes cuja ação é pública incondicionada, o Ministério Público pode agir sem qualquer tipo de autorização e sempre que houver prova suficiente da ocorrência de uma infração penal.

A seguir vamos discorrer sobre os delitos mais comuns praticados contra as sociedades de fomento e o entendimento em nossos tribunais.

2.2.1 Apropriação Indébita

a) **Conceito:** Previsto no artigo 168 do Código Penal. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de quem tem a posse ou detenção. Apropriar-se é fazer sua, tomar para si. É necessário que a coisa tenha sido antes entregue ao agente ofendido, sem fraude nem violência.

b) **Pena:** Reclusão, de 01 a 04 anos, e multa.

c) **Consumação:** Geralmente, aponta-se a inversão da posse, demonstrada pelo ato de dispor da coisa ou pela negativa em devolvê-lo.

d) **Como se aplica numa operação de Factoring:** Ocorre quando o sacado efetua o depósito do valor do título diretamente na conta da empresa cedente, e este não paga a factoring que lhe adiantou o crédito mediante contrato firmado anteriormente. O legítimo credor neste caso é a factoring.

e) **Hipótese fictícia do delito:** Empresa A, compra da empresa B determinada mercadoria. B, negocia a duplicata da venda que acaba de fazer com A com a Factoring C. A, faz o pagamento da duplicata através de depósito bancário na conta corrente da empresa B. Posteriormente recebe cobrança da Factoring pelo inadimplemento do título em

questão. B, ao ser questionado alega que estava passando por dificuldade financeira na data do depósito e utilizou o valor para outro fim. Com isso não quitou o título junto a Factoring nem solicitou a baixa, utilizando-se da recompra. Logo, fica configurada a inversão da posse, uma vez que a operação realizada é lícita, mas posteriormente, o credor veio a apropriar-se do valor que pertencia a Factoring devido contrato firmado com a mesma.

f) **Ação Penal:** Pública Incondicionada

2.2.2. Estelionato

a) **Conceito:** Previsto no artigo 171 do Código Penal. Para configurar estelionato é necessário: O emprego de artifício arдил ou qualquer outro meio fraudulento; O induzimento ou manutenção da vítima em erro; A obtenção de vantagem patrimonial ilícita pelo agente; Prejuízo alheio, do enganado ou de terceiro. Logo, é necessário que haja o duplo resultado – vantagem ilícita e prejuízo alheio relacionado com a fraude e o erro que esta provocou. A fraude penal visa o lucro ilícito.

b) **Pena:** Reclusão, de 01 a 05 anos, e multa.

c) **Consumação:** trata-se de crime material, consumando-se no momento e no local em que o agente obtém vantagem ilícita, em prejuízo alheio. Admite tentativa.

d) **Como se aplica numa operação de Factoring:** Os estelionatos e outras fraudes ocorrem quando alguém, para obtenção de vantagem ilícita para si ou para outrem, em prejuízo alheio, emite: Cheque sem fundos – conforme o motivo da devolução é possível a abertura de processo crime contra o emitente. Duplicata Simulada – que é a emissão de duplicata, nota ou fatura de venda que não corresponda à mercadoria vendida ou ao serviço prestado. Conhecimento de depósito ou Warrant – quando emitido irregularmente, em desacordo com a lei. Defraudação ao Penhor – é o estelionato praticado pelo garantidor pignoratício, ao defraudar, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado.

e) **Ação Penal:** Pública Incondicionada

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu sobre o crime de estelionato, nessas circunstâncias, *in verbis*:

Como bem asseverados na r. sentença recorrida, o réu ao convencer pessoas do seu convívio ao empréstimo de cheques em branco, constantes apenas as assinaturas dos seus emitentes, induziu em erro a vítima – “Brodie Mendonça e Danielli Factoring e Fomento Mercantil Ltda”, ao adquirir créditos desta, mediante a negociação destes cheques, obtendo vantagem indevida, de modo a caracterizar o crime de estelionato.

[...] Nota-se, por conseguinte, que tais relatos comprovam os empréstimos dos cheques destas testemunhas para o réu Pedro, e que foram prejudicadas porque nele confiaram.

[...] Por fim, as alegações de que os prejuízos já foram ressarcidos pelo réu, em nada modifica o desate condenatório.

[...] Assim, o dolo em sua conduta é incontroverso, configurando o crime de estelionato, pelo que os fatos não configuram simplesmente ilícito civil como quer fazer crer a ilustre defensoria¹⁴.”

2.2.3. Duplicata Simulada

a) Conceito: Prevista no artigo 172 do Código Penal. O núcleo é emitir, expedir, por em circulação. O objeto material é a fatura, duplicata ou nota de venda que, não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado. Emissão de fatura, duplicata ou nota de venda sem qualquer venda efetuada.

“O dolo, duplicata simulada, está na vontade livre de emitir ou de aceitar duplicata com consciência da inexistência de venda ou prestação de serviço”¹⁵.

b) Pena: Detenção, de 02 a 04 anos, e multa.

c) Consumação: Independe do prejuízo, consumando-se com a colocação em

circulação da fatura, duplicata ou notas de venda.

d) Como se aplica numa operação de Factorig: Normalmente, o que leva o empresário a cometer tal crime é a situação financeira de sua empresa, a pressão, a oportunidade e a racionalização. A empresa passa por uma crise financeira, porém, tendo em vista seu bom relacionamento no mercado, consegue fazer um acordo com a Factoring e passa a trocar seus títulos, até então verdadeiros. Percebendo que a oportunidade de fraudar é oportuna tendo em vista que o factor nem sempre faz as devidas confirmações aos sacado, não controla todos os documentos, tem dificuldades em verificar todos os documentos emitidos, estando sob pressão, pois tem pagamentos a honrar, o empresário comete o ato ilícito com a emissão de duplicata sem lastro, contra alguns de seus clientes.

e) Hipótese fictícia do delito: Tício tem uma empresa antiga, ótimos clientes, e tem prazo de recebimento de 90 dias, seu cadastro é perfeito. Em certo momento, devido as variações de mercado, a empresa encontra problemas de fluxo de caixa. Tício, então, procura uma empresa de factoring para adiantar os recebíveis e fecham o seguinte acordo: a factoring não notifica o sacado para que sua empresa não demonstre fraqueza aos seus clientes. Após muitos argumentos a empresa de factoring aceita.

A Factoring começa a comprar os títulos e receber sem nenhum problema. Após algum tempo, Tício necessita consertar uma máquina quebrada em sua empresa e não dispõe do valor, então, ele decide emitir uma duplicata fictícia contra algum de seus clientes no valor que precisa para tal conserto e faz a troca na Factoring. A factoring compra normalmente, não vendo problema devido ao cadastro e histórico da empresa de Tício. Tício conserta a máquina e continua com as atividades da empresa, mas quando vence o título que foi trocado na factoring ele continua sem dinheiro para pagar, com isso ele faz outra duplicata fria

¹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 990.09.350800-1. Estelionato. 2º Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto. Relator: Des. Fernando Simão. 23 de agosto de 2013.

¹⁵ Tacrim-SP – AC – Rel. Renato Talli RT 559/358 e Jutacrim 69/422.

num valor um pouco maior e quita o título anterior com o valor recebido no novo desconto. O que deu a Tício mais tempo de vida em sua empresa.

Vendo a facilidade com que fez as trocas, Tício torna isso um hábito, pois, se tudo continuar como está, ele nunca terá que pagar pelo dinheiro.

f) Ação Penal: Pública Incondicionada

Veamos julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o crime de Duplicata Simulada:

[...] O apelante foi denunciado por infração do art. 172, c.c art. 71, ambos do Código Penal porque, no dia 16 de fevereiro de 2007, durante o expediente comercial, agindo da mesma forma e valendo-se das mesmas circunstâncias, por cinco vezes, emitiu duplicatas que não correspondiam à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade.

Tanto na delegacia quanto em juízo, o apelante confirma que a empresa Perspectiva Indústria e Comércio de Móveis Ltda foi cliente esporádico de seu estabelecimento e que descontava títulos na Mageste Factoring Ltda, porém, nega a prática do delito, dizendo, que houve apenas um equívoco na emissão das notas, por parte de seus funcionários e, ao ficar sabendo do erro, entrou em contato com a empresa Mageste Factoring para que os títulos não fossem descontados e, mediante acordo, está ressarcindo os valores parceladamente.

Francisco Candido Ferreira Neto, proprietário da empresa Perspectiva Indústria e Comércio de Móveis Ltda, narrou ter sido surpreendido com duplicatas para pagamento, emitidas pela empresa Conceito Iluminação, correspondente a produtos que ele não adquiriu; os títulos estavam sendo cobrados por empresa de fomento; explicou que sua empresa já estava fechada quando recebeu as

duplicatas e como já havia feito negócios anteriormente com a Conceito Iluminação, que mudou de dono, deduziu que houve a captação de seu cadastro, emissão e descontos indevidos dos títulos.

[...] A autoria e a materialidade, portanto, foram plenamente comprovados¹⁶.”

Como visto, para a caracterização do delito de duplicata simulada, basta que esta seja posta em circulação, não sendo necessário prejuízo a vítima. Observa-se aqui a presença do instituto do direito civil e fica difícil estabelecer a distinção entre fraude penal e fraude civil.

Nos tribunais, o entendimento de que se trata de ilícito civil é minoritário, e para isso há a necessidade da ausência do dolo na conduta do agente fraudador, conforme acórdão abaixo:

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público, em face de decisão monocrática prolatada pelo Magistrado Dr. Décio Divanir Mazeto, que absolveu os réus da acusação feita pela prática do delito de emissão de duplicata falsa, consoante tipificada do art. 172, “caput” c.c. art. 29, c.c. art. 71, todos do Código Penal.

[...] Os réus foram absolvidos da prática de emissão de duplicatas falsas por ausência de dolo. Neste sentido, em que pese as alegações de algumas das testemunhas arroladas pela acusação no sentido de terem sido emitidas duplicatas que não correspondiam à celebração de negócios, a grande maioria das testemunhas confirmou que suas empresas negociavam com a Irmãos Elias Ltda, há tempos e sem qualquer problema. Ocorre que, por vezes, alguns dos pedidos, por problemas logísticos. Demoraram a ser entregues aos clientes, acontecendo até mesmo de a cobrança da duplicata ocorrer antes da entrega do produto comprado¹⁷.

¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0027203-40.2007. Duplicata Simulada. 10º Câmara de Direito Criminal. Relator: Des. Francisco Bruno. 05 de setembro de 2013.

¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 990.09.004879-4. Duplicata Simulada. 4º Câmara de Direito Criminal. Relator: Jarbas Luiz dos Santos. 30 de março de 2011.

2.2.4. Associação Criminosa

a) **Conceito:** Com a alteração feita pela Lei nº 12.850/2013, em seu artigo 24, o artigo 288 do Código Penal passa a vigorar com a seguinte redação: “associarem-se 03 ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”. Essa associação não basta ser eventual ou acidental entre três pessoas ou mais, para a prática do crime, devendo haver uma associação estável, permanente. Os delinquentes têm como objetivo praticar reiteradamente crimes, na mesma espécie ou não, mas sempre determinados.

b) **Pena:** Reclusão, de 01 a 03 anos.

c) **Consumação:** Ocorre no momento em que três ou mais pessoas se associam para a prática de crimes. Não se exige, todavia, a prática de qualquer crime.

d) **Como se aplica numa operação de Factoring:** É comum as empresas de Factoring ligarem para o sacado, que é contra quem é emitido o título, e confirmar se realmente existiu aquela relação comercial. No entanto, existem operações onde há funcionários de má-fé que confirmam a operação inexistente. Esses funcionários de má-fé estão tanto na empresa que emitiu o título quanto no sacado. Ambos trabalham juntos com o objetivo de fraudar a Factoring obtendo vantagens financeiras para si. Este caso é o mais comum e por ser um conluio entre sacador e sacado fica cada vez mais difícil das empresas de fomento mercantil detectar as fraudes e os crimes já vistos anteriormente.

e) **Ação Penal:** Pública Incondicionada
O Superior Tribunal de Justiça já decidiu a respeito do delito acima estudado:

[...] Consta nos autos que o recorrente, juntamente com outras 10 (dez) pessoas, foi denunciado pela suposta prática dos crimes de formação de quadrilha e emissão de duplicata simulada (quarenta e seis vezes).

Buscando fosse trancada a ação penal, o recorrente impetrou habeas corpus, que, como visto, foi denegado pela Corte local.

[...] Segundo a peça acusatória, dois agentes de determinada empresa – corréus na ação penal em epígrafe – “objetivando solucionar problemas financeiros pelos quais está enfrentando, passaram a emitir duplicatas sem qualquer negócio jurídico subjacente, com o intuito de gerar capital de giro através do endosso dos títulos às empresas de fomento mercantil” (fls. 83)

Outras pessoas, também réis na ação penal, teriam se unido “ao propósito ilícito dos demais no momento em que autorizaram o saque das duplicatas em nome de suas empresas, diante da promessa da existência de futuros contratos de transporte acenados pelos dois primeiros denunciantes” (fls. 84).

Um terceiro núcleo supostamente criminoso, integrado pela ora recorrente, seria responsável por ajuizar “dezenas de ações cautelares de sustação de protestos e anulatórias de títulos (...) oferecendo, inclusive, bens de propriedade da sacadora como garantia em juízo e com vistas à obtenção de liminares¹⁸”.

Diante do acórdão acima, podemos observar que tal conduta, poderia ser enquadrada no novo conceito de organização criminosa, conforme a lei nº 12.850/2013 em seu artigo 1º, parágrafo primeiro, *in verbis*:

§ 1º. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (grifo nosso).

Analisando o referido parágrafo em conjunto com o acórdão em questão, podemos concluir que para a prática do crime foi necessário uma estrutura organizada, uma divisão das tarefas entre credor, sacado e

¹⁸ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Formação de Quadrilha e Emissão de Duplicata

Simulada. HC nº 22.751 – RS (2007/0303965-4). Relator: Sr. Ministro OG Fernandes. 11 de maio de 2010.

advogado e todos com o objetivo de obter vantagem indevida, caracterizando assim uma organização criminosa.

2.2.5 Falsificação de Documentos

a) **Conceito:** Previsto no artigo 298 do Código Penal. Falsificar, em todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro. O bem jurídico protegido é a fé pública, particularmente em relação à autenticidade e confiabilidade dos documentos particulares.

b) **Pena:** Reclusão, de 01 a 05 anos, e multa.

c) **Consumação:** Com a efetiva falsificação ou alteração, desde que capaz de gerar consequências jurídicas, independentemente da efetiva produção de prejuízo.

d) **Como se aplica numa operação de Factoring:** Falsificar significa criar completamente a escrituração, enquanto adulterar pressupõe a previa existência de uma escrituração válida que venha a ser modificada pelo agente. Para que exista o crime, é necessário que a falsificação ou adulteração seja capaz de iludir, pois se a falsificação por grosseira, o fato será atípico. O mais comum é a adulteração de uma duplicata já existente, ou seja, utiliza-se a duplicata existente, com a devida numeração correta, já lançada na receita federal e adultera seus dados, tais como, mercadoria, quantidade, dados da empresa, etc.

Uma nota fiscal é falsa quando não houve qualquer transação e adulterada quando os valores forem modificados, não correspondendo à realidade.

O parágrafo único do art. 172 do Código Penal fala sobre a falsificação ou adulteração do livro de registro de duplicatas, segundo critica de Luiz Regis Prado, “o legislador não agiu com propriedade ao inserir a referida figura no artigo 172, já que se aplica a ela toda a principiologia do delito de *falsum*, e a hipótese em questão é de falsificação de documento particular, equiparado a documento público conforme artigo 297, § 2º¹⁹”.

§ 2º. Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

No livro de registro de duplicatas o comerciante deve obrigatoriamente escriturar, em ordem cronológica, todas as duplicatas emitidas, com todos os dados necessários para identificá-las. Por expressa disposição legal, esse livro não pode conter emendas, rasuras, borrões ou entrelinhas (Art. 19, § 2º e 3º, da lei nº 5.474/68), exatamente para evitar fraude. Como, no entanto, pode ser substituído por qualquer sistema mecanizado, acaba facilitando exatamente aquilo que pretende inviabilizar, qual seja, a banalização da fraude.

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, cit., v.2, p. 539.

Concorrendo com a emissão de duplicata simulada, ficará absorvida a falsidade ou adulteração do livro referido. Limita-se sua punição quando é praticada a falsidade ou adulteração, mas a duplicata não chega a ser emitida.

e) **Ação Penal:** Pública
Incondicionada

2.2.6 Falsidade Ideológica

a) **Conceito:** Prevista no artigo 299 do Código Penal. A falsidade que trata esse artigo é a ideologia, que se refere ao conteúdo, a mensagem do documento, e não o falso material, que trata da forma do documento. O objeto material pode ser tanto o documento público quanto o documento particular. São três as modalidades: omitir declaração que dele devia constar; Inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita; Fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser consignada.

b) **Penal:** Reclusão, de 01 a 05 anos, e multa – se documento público. Reclusão, de 01 a 03 anos, e multa – se documento particular.

c) **Consumação:** Com a efetiva omissão de declaração que devia constar ou inserção de declaração falsa ou diversa. Não se exige, todavia, a ocorrência de prejuízo para a consumação do crime.

d) **Como se aplica numa operação de Factoring:** Ocorre quando o agente utiliza-se de uma duplicata “fria”, que não corresponde a uma circulação correta, nem efetiva uma prestação de serviço. Juridicamente ocorrerá falsidade ideológica. Entretanto, é, na maioria dos casos, absolvido, pois o fato é considerado crime meio para a prática dos delitos de estelionato ou duplicata simulada.

e) **Ação Penal:** Pública
Incondicionada

2.2.7 Uso de Documento Falso

a) **Conceito:** Previsto no artigo 304 do Código Penal. A conduta punível é fazer uso, empregar, utilizar. Incrimina-se, assim, o comportamento de quem faz uso de documento

materialmente falsificado, como se fosse autêntico; ou emprega documento que é ideologicamente falso, como se verdadeiro fosse.

b) **Penal:** A cominada à falsificação ou a alteração.

c) **Consumação:** Com o efetivo uso, embora não se exija resultado naturalístico. Trata-se de crime formal.

d) **Como se aplica numa operação de Factoring:** Documentos ou títulos falsos, clonados, adulterados, furtados, roubados ou assinados por pessoa que não detém poderes para representar a empresa são exemplos de uso de documentos falsos. O contratante se utiliza desses documentos falsos para representar a empresa, como por exemplo: Notas Fiscais, Comprovantes de entrega e recebimento de mercadorias, Duplicatas, Cheques, contendo falsa assinatura do recebedor ou qualquer outra pessoa que não detenha poderes para tal.

e) **Ação Penal:** Pública
Incondicionada

3. CRIMES COMETIDOS PELO FACTOR - RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO FACTOR

Os caminhos processuais cíveis a serem trilhados pelo faturizado devem se basear na busca da reparação de direito material, buscar a nulidade ou anulabilidade do contrato ou de cláusulas. Além disso, em alguns casos, autoriza-se o procedimento criminal.

As empresas de Factorings participam do Sistema Financeiro Nacional, mas não estão autorizadas a atuar no mesmo mercado dos bancos múltiplos. Com essa ressalva, ainda que as empresas de Factoring possam ser equiparadas à instituição financeira, poderão, ainda assim, incorrer em infrações penais, tais como aqueles crimes afetos à economia popular, crimes de usura e lavagem de dinheiro, entre outros, sem prejuízo de agregar crimes no tipo penal.

3.1. Crime de Lavagem de Dinheiro

Lavagem de dinheiro é uma expressão que se refere a práticas econômico-financeiras que têm por finalidade dissimular ou esconder

a origem ilícita de determinados ativos financeiros ou bens patrimoniais, de forma a que tais ativos aparentem uma origem lícita ou a que, pelo menos, a origem ilícita seja difícil de demonstrar ou provar. É dar fachada de dignidade a dinheiro de origem ilegal.

O crime de Lavagem de Dinheiro tem por finalidade dissimular ou esconder a origem ilícita de determinados aditivos financeiros ou bens patrimoniais, de forma que tais aditivos apresentem uma origem lícita, ou que a origem ilícita seja difícil de demonstrar ou provar. Tem previsão legal na lei de nº 12.683 de 09 de Julho de 2012.

3.2. Crimes Afetos a Economia Popular

São os crimes cometidos em proveito próprio ou de outrem, resultando lesão ou diminuição de direitos ou de patrimônio de outrem. São aqueles previstos na lei de nº 1.521/51 e referem-se a atos que ferem a livre concorrência ou que visem à formação de cartéis, oligopólios ou monopólios e à manipulação de preço e de tendências do mercado.

A tipificação destas condutas tem por objetivo punir aqueles que, para obter vantagens indevidas para si ou para determinado grupo econômico - tais como a reserva de mercado, a captura do órgão regulador e a obtenção de informações privilegiadas -, impedem a livre circulação, produção e distribuição de mercadorias e riquezas e o livre funcionamento da economia. Ademais, visa a permitir que a população em geral tenha acesso aos bens produzidos pelos agentes econômicos a preços justos de mercado e sem discriminações de quaisquer natureza.

3.3. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

Como já dito anteriormente, o artigo 1º da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, lei nº 7.492/86, define instituição financeira e, em seu parágrafo único, cita entidades a ela equiparadas. Uma vez caracterizada a natureza de instituição financeira da empresa de fomento, evidenciando a condição de sujeito ativo de

crimes contra o Sistema Financeiro Nacional de seus gerentes e responsáveis, fica autorizada a análise dos tipos penais previstos nos artigos 4º e 16 desta lei.

Art. 4º - gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena – Reclusão, de 03 a 12 anos, e multa.

Art. 16 – fazer operar, sem a devida autorização, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena – Reclusão, de 01 a 04 anos, e multa.

Luiz Lemos Leite ao discorrer sobre o assunto dispõe:

A lavagem de dinheiro caracteriza-se pela migração de recursos derivados de atividades criminosas em capitais aparentemente lícitos mediante a utilização de mecanismos de simulação da licitude das transações.

(...)

A movimentação de vultosos capitais, muitas vezes a serviço do submundo do crime organizado (narcotráfico, contrabando ou tráfico de armas, terrorismo e seu financiamento, extorsão mediante sequestro e corrupção)²⁰.

A prática da lavagem de dinheiro por empresas de fomento mercantil acontece, em sua maioria, quando estas compram direitos creditórios de empresas clientes sem saber sua origem, muitas vezes ilícita, já que, tanto o devedor do crédito quanto a empresa cliente podem estar fazendo uso de uma cadeia de negócio para camuflar dinheiro proveniente de crime.

Pode haver casos em que a prática dessa conduta delituosa acontece de comum acordo entre a empresa de fomento mercantil, a empresa cliente, e também o devedor do crédito, que, em conjunto, planejam camuflar a origem ilícita do dinheiro.

Inúmeras são as possibilidades de lavagem de dinheiro por meio de empresas de Factoring. A conduta de empresas de fomento

²⁰ LEITE, Luiz Lemos. Factoring no Brasil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.359.

mercantil como instituições financeiras são os métodos mais utilizados para essa lavagem. Onde houver grande circulação de dinheiro existirá, sempre, um ambiente propício para o delito.

O Conselho de Controle de Atividade Financeira (COAF) é a unidade federal de inteligência financeira brasileira que, nos termos da Lei nº. 9.612/98, incumbe-se da tarefa de promover a integração operacional e investigar o crime de lavagem e ocultação de bens, direitos e valores.

A ANFAC mantém um estreito relacionamento com o COAF, compartilhando do compromisso social da prevenção e do combate à prática desse crime, não medindo esforços contra a prática desse delito.

4. APLICAÇÃO DA LEI AO CASO CONCRETO

Ao analisar alguns acórdãos e jurisprudências, nota-se que são divergentes os entendimentos que se tem no judiciário ao aplicarmos a lei ao caso concreto.

Em alguns julgados, a figura do Crime Continuado, prevista no artigo 71 do Código Penal, em que se aplica a pena de um só crime se idênticos, ou a mais grave, se diversas é cumulativa ao crime efetivamente praticado pelo infrator.

Em outros casos, o acusado somente responde pelo crime praticado, mesmo que tenha praticado diversas vezes contra a mesma vítima.

4.1. Da continuidade delitiva

Há crime continuado quando o agente comete dois ou mais crimes de mesma espécie, mediante mais de uma conduta, estando os delitos, porém, unidos pela semelhança de determinadas circunstâncias como condições de tempo, lugar, modo de execução, etc.

O Código Penal prevê dois tipos de crime continuado: Crime Continuado Comum, previsto no “caput” do artigo 71 do código penal e Crime Continuado Específico, previsto no parágrafo único do mesmo artigo.

O entendimento jurisprudencial quando a continuidade delitiva no tocante a fraude nas operações de Factoring é a do crime continuado comum, conforme síntese abaixo:

O Ministério Público do Estado de São Paulo promove a presente ação penal contra Julio Cesar Ramos, porque este, como sócio-proprietário da JCM Comércio de Materiais Elétricos EPP, emitiu duplicatas simuladas e posteriormente as endossou à empresa Interior Fomento Mercantil Ltda., que exerce a atividade de “Factoring”. No entanto, aludida empresa, ao tentar descontar os valores constantes das duplicatas, descobriu que haviam sido emitidas sem conhecimento dos sacados, de modo que não correspondiam a transações comerciais realizadas.

A r. sentença de fls. 118/120, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação penal, condenando o réu Julio Cesar Ramos, à pena de 2 anos de reclusão (regime aberto) – (substituída por prestação pecuniária no valor correspondente a dois salários mínimos a serem destinados a instituição pública ou particular com destinação social), e ao pagamento de multa de 30 dias-multa, valor unitário mínimo, como incurso no artigo 172 “caput”, do Código Penal, combinando com o artigo 71, do mesmo código, por 3 vezes.²¹

4.2. Concurso de pessoas

Previsto no artigo 29 do Código Penal, concurso de pessoas trata da hipótese em que o crime é cometido por duas ou mais pessoas que concorrem, contribuem, cooperam para a prática do ilícito penal.

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

²¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9000188-93.2008.8.26.0506. Duplicata Simulada. 2º

Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto. Relator: Des. Eduardo Braga. 05 de março de 2013.

§ 2º - se algum dos concorrentes quis participar de crimes menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”

O Código Penal traz duas espécies de concurso: Coautoria (são coautores os que executam o comportamento que a lei define como crime) e Participação (é aquele que, mesmo não praticando a conduta que a lei define como crime, contribui, de qualquer modo, para a sua realização).

Vejamos julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que se aplica o Concurso de Pessoas na modalidade Coautoria:

Bencion Welcman e Emanuel Ostrowsk foram denunciados, por infração ao artigo 172, “caput”, c.c. os artigos 29 e 71, todos do Código Penal, porque, nos dias 30 de setembro de 1998, no Foro Distrital de Brodowski, comarca de Batatais, na condição de procuradores da empresa “Lavy Indústria e Mercantil Ltda”, de forma continuada, emitiram duplicatas e notas de venda que não correspondiam às mercadorias vendidas, em quantidade e qualidade, falsificando, ainda, a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas²². (grifos nosso).

4.3. Necessidade de prejuízo à vítima para configuração do crime

O tipo penal que pune a emissão de duplicatas simuladas, por exemplo, não exige prejuízo da vítima para a configuração do delito. “O crime é formal e se consuma com a colocação da duplicata em circulação”²³.

Temos também, como exemplo, o crime de Estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal que se trata de crime instantâneo, consumando-se no momento da obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio, pouco

importando seja o dano ressarcido pelo autor da infração penal.

Sobre o assunto, destaca-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

A recorrente foi denunciada juntamente com Diva Solo Pinotti, José Roberto Pinotti e Maria Aparecida Marchesan por estelionato e emissão de duplicata simulada (por onze vezes).

[...] Narra a inicial que, posteriormente a estes fatos, obtiveram vantagem ilícita, no valor de R\$ 14.750,00 (quatorze mil, setecentos e cinquenta reais), em prejuízo da empresa Nova América Factoring Ltda., induzindo e mantendo em erro seus representantes legais, mediante o ardil consistente na negociação das duplicatas simuladas indevidamente emitidas. Colocadas em circulação, os representantes da empresa Nova América foram comunicados pelos respectivos sacados que as duplicatas não correspondiam a serviços prestados ou mercadorias vendidas.

[...] A defesa afirma que os ofendidos não sofreram prejuízos, mas isso em nada beneficia a recorrente, mesmo porque o tipo penal que pune a emissão de duplicata simulada não exige prejuízo a vítima para a configuração do delito²⁴. (grifos nossos).”

4.4. Consequências da reparação do dano

4.4.1. Reparação do dano antes e depois do recebimento da denúncia

O ressarcimento do dano, antes do recebimento da denúncia, enseja tão – somente diminuição de pena, não havendo espaço para extinção da punibilidade conforme o artigo 16 do Código Penal, *in verbis*:

²² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0003008-92.2003.8.26.0094. Duplicata Simulada. 16º Câmara Criminal da Comarca de Batatais. Relator: Des. Almeida Toledo. 04 de outubro de 2011.

²³ JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado. 10ª edição, p. 630.

²⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0003827-41.2006.8.26.0347. Duplicata Simulada e Estelionato. 5º Câmara De Direito Criminal. Relator: Des. Pinheiro Franco. 10 de fevereiro de 2011.

Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparando o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um terço a dois terços.

Para Guilherme de Souza Nucci,

[...] O arrependimento posterior trata-se da reparação do dano causado ou restituição da coisa subtraída nos delitos cometido sem violência ou grave ameaça, desde que por ato voluntário do agente, até o recebimento da denúncia ou da queixa. Chama-se arrependimento posterior para diferenciá-lo do eficaz. Quer dizer que ocorre posteriormente à consumação do delito²⁵.

Assim, “a restituição ou reparação do dano só terá o efeito de causa de diminuição de pena se for efetuada antes do recebimento da denúncia. Se for posterior e anteceder o julgamento, poderá constituir apenas uma circunstância atenuante genérica”²⁶, conforme artigo 65, III, “b”, última parte do Código Penal:

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
(...)
III – ter o agente:
b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (grifos nossos).

Nos casos dos crimes de natureza formal, como por exemplo, o de Duplicata Simulada, onde não admite a forma tentada e se consuma com a colocação da cédula em circulação, sendo desnecessária produção do efetivo prejuízo ao sacado, não há o que se falar em diminuição de pena.

E esse tem sido o entendimento jurisprudencial:

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo réu, condenado pela prática do delito de emissão de duplicata simulada, dispondo no art. 172, “caput”, do Código Penal. Pleiteia o apelante, em síntese, a reforma da sentença a fim de que seja absolvido, ao argumento de que restou extinta sua punibilidade por ter efetuado o pagamento da duplicata antes do recebimento da denúncia. Subsidiariamente, requer a aplicação da atenuante da confissão espontânea e da minorante do arrependimento posterior, com a mitigação da reprimenda abaixo do mínimo legal.

[...] Todavia, é cediço, que o delito em comento é de natureza formal e, portanto, consuma-se no momento em que a referida cédula é emitida e posta em circulação, sendo prescindível a produção do resultado naturalístico, ou seja, de dano patrimonial à vítima ou de obtenção de lucro pelo emitente. Assim, deverá o agente responder pela prática da conduta delitiva, ainda que haja ressarcimento do prejuízo²⁷.

4.4.2. Tese de defesa cabível caso haja reparação do dano no crime de estelionato do artigo 171, caput, Código Penal e a incidência da súmula nº 554 do Supremo Tribunal Federal

Com a reparação do dano antes do recebimento da denúncia, a defesa alega estar extinta a punibilidade. Porém, no crime de estelionato, tipificado no art. 171, *caput*, do Código Penal, a consumação ocorre no momento e no local em que o agente obtém vantagem ilícita, em prejuízo alheio, assim sendo, a reparação do dano interessa apenas a vítima por se tratar de matéria da esfera civil, mas a punição do estelionato no direito penal visa proteger a toda a sociedade.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 3. Editora RT: São Paulo, 2007, p. 739

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. Cit., p. 177.

²⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação nº 2007.026089-6. Emissão de Duplicata Simulada. 2º Vara Criminal da Comarca de Criciúma. Relator: Túlio Pinheiro. 08 de abril de 2008.

Com isso, o entendimento em nossos tribunais é que a reparação do dano antes do recebimento da denúncia enseja tão somente diminuição de pena conforme já visto acima. E em se tratando da reparação do dano após o recebimento da denúncia, poderá constituir apenas uma circunstância atenuante genérica, de acordo com art. 65, inciso III, alínea “b”, do Código Penal.

Essa modalidade de estelionato está voltada para obtenção de vantagem ilícita, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Logo, não há que se falar no emprego da súmula nº 554 do Supremo Tribunal Federal, voltada apenas para os casos de emissão de cheque sem provisão de fundos em poder do sacado ou que lhe frustra o pagamento, previsto no art. 171, parágrafo segundo, inciso VI.

Para uma melhor compreensão do tema, vejamos julgado com o posicionamento do Ministro Fernando Gonçalves:

[...] O ressarcimento do dano, antes do recebimento da denúncia, para o estelionato tipificado no art. 171, *caput*, do CP enseja tão somente diminuição de pena (art. 16 do CP), não havendo espaço para extinção da punibilidade, cuja pertinência é com a figura do inciso VI, do parágrafo segundo, do art. 171, CP (emissão de cheques sem fundo).

[...] O paciente, denunciado por estelionato, pretende seja trancada a ação penal, por falta de justa causa e pela inépcia da denuncia. Aduz estar extinta a punibilidade, porque teria sido ressarcido o eventual prejuízo antes do recebimento da denuncia.

[...] Por outro lado, o pagamento do valor do cheque antes da denuncia não acarreta o benefício pretendido pelos ilustres impetrantes, de vez que o paciente foi denunciado como incurso no art. 171, *caput*, do Código penal (cheque falsificado). A súmula 554, do colendo Superior Tribunal federal, só tem aplicação no caso de crime de emissão de

cheque sem fundo (art. 171, parágrafo segundo, VI, CP)²⁸.

Na mesma linha de raciocínio, observa o Ministro José Armando da Fonseca:

[...] O ressarcimento do prejuízo antes do recebimento da denuncia não exclui o crime de estelionato cometido na sua modalidade fundamental (art. 171, *caput*, CP), apenas influenciando na fixação da pena, nos termos do art. 16 do CP. A orientação contida na súmula 554-STF é restrita ao crime de estelionato na modalidade de emissão de cheques sem fundos, prevista no art. 171, parágrafo segundo, inciso VI, do Estatuto Repressivo.²⁹

4.5. Das provas dos crimes

Os meios de provas mais utilizados para comprovação do ilícito penal são Documental e Testemunhal.

As provas documentais são as próprias duplicatas emitidas, boletos que chegam nos endereços dos sacados contendo informações da dívida não existente, notas fiscais, cheques, o próprio contrato de Factoring, dentre outros.

Já as provas testemunhais são compostas por sócios, procuradores e empregados da empresa que praticou o ilícito penal, representantes das Factorings que sofreram os golpes e representantes das empresas contra quem os títulos foram sacados.

Há casos em que há necessidade de provas grafotécnicas para analisar as assinaturas dos canhotos referentes às notas fiscais, duplicatas, dos cheques, etc., necessidade de quebra do sigilo bancário e perícia contábil para apuração de sonegação fiscal, dentre outros.

A respeito da matéria, observamos o que trata o artigo 174 do Código de Processo Penal:

Art. 174. No exame para o reconhecimento de escrituras, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

²⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 22.666 – SP (2002/0063829-3). Estelionato. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 17 de outubro de 2002.

²⁹ RHC 8917 – SP, Relator: Ministro José Armando da Fonseca, DJU, 13.03.2000.

I – a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II – para a comparação, podendo servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não haver dúvida;

III – a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV – quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes ou exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

Neste sentido, quem invoca um álibi deve comprová-lo satisfatoriamente. Se arguir legítima defesa, estado de necessidade, o ônus é inteiramente seu, conforme o artigo 156 do Código de Processo Penal, vejamos:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.”

Em se tratando do sigilo bancário e fiscal, que representam as garantias à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantidas pela Constituição Federal de 1988, estas comportam exceções, possibilitando a quebra do sigilo bancário com fulcro no artigo 1º, da Lei Complementar nº 105/2001, *in verbis*:

Art. 1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

(...)

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa.”

4.6. Substituição da pena

É possível a substituição das penas para a maioria dos crimes já estudados de acordo com o artigo 44 do Código Penal, conforme se verifica *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pela privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo.

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 2º - Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direito e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º - Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de

condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º - A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitando o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

A análise dos diversos julgados envolvendo os crimes objeto do presente estudo identifica que tais condutas criminosas, em sua maioria, são suscetíveis a substituição de pena.

As penas privativas de liberdade geralmente são substituídas por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviço a comunidade ou a entidades públicas pelo mesmo período da condenação imputada ao réu, à prestação pecuniária e multa.

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, fixada pelo juiz, não inferior a 01 salário mínimo e não superior a 360 salários vigente na época da condenação.

O § 1º do artigo 45 do Código penal traz que o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. Em alguns casos o valor é estipulado de acordo com a vantagem ilícita / econômica que o agente obteve.

Essa prestação é encaminhada à vítima, seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social.

4.7. Sonegação Fiscal

A fraude de sonegação fiscal consiste em utilizar procedimentos que violem diretamente a lei fiscal ou regulamento fiscal. Caracteriza-se pela ação do contribuinte em se opor conscientemente a lei. Desta forma, sonegação

é um ato voluntário, consciente, em que o contribuinte busca omitir-se de imposto devido.

Constituem-se crimes contra a ordem tributária, os atos praticados por particulares, visando suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, através da prática das condutas definidas no artigo 1º da lei nº 8.137/1990, adiante reproduzido:

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; (grifo nosso).

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber ser falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Trazendo esse contexto para o presente estudo, podemos citar o caso da Duplicata Simulada onde o empresário é obrigado a ter e escriturar o Livro de Registro de Duplicata, que deve ser conservado no seu próprio estabelecimento. A falta de escrituração desse livro enseja uma série de consequências civis e penais ao infrator.

Porém, se o agente falsifica ou adultera o livro para servir de base para a emissão de Duplicata Simulada, o fato será considerado crime meio e ficará absolvido e se falsifica ou adultera depois da emissão da duplicata, o fato será considerado impunível. Percebe-se, portanto, que o crime em questão atinge apenas a boa-fé nos títulos e documentos, já que dele

não decorre prejuízo patrimonial e, portanto, a vítima é o Estado.

Logo, quem usa tal nota, pode responder pelo delito de uso de documentos falsos e/ou falsidade ideológica. O adquirente que usar o crédito fiscal oriundo da nota “fria”, comete um estelionato contra a Fazenda Pública.

Outro exemplo típico desse tipo é a nota “calçada”, onde o sonegador lança um valor na primeira via (que se destina à circulação da mercadoria ou comprovação do serviço prestado é a que é enviada as empresas de Factoring em caso de descontos), e outro valor, diferente, nas demais vias que ficam com o estabelecimento e são exibidas ao fisco, numa eventual fiscalização.

Com o surgimento da nota fiscal eletrônica, essa prática ficou mais difícil, mas não impossível, o problema ocorre quando a evasão é sofisticada, envolvendo crimes contra a ordem tributária, com arquivos excluídos, servidores de caixa remotos ou partições criptografadas ocultas. O advogado tributarista Paulo Nolasco³⁰ explica que a possibilidade de sonegação acontece de uma maneira muito simples: A empresa, emite nota fiscal eletrônica para o transporte de um certo produto, recolhe o imposto, a Receita Estadual é informada online da operação e a mercadoria é entregue em seu destino. O transportador leva com a mercadoria uma cópia, o documento auxiliar de nota fiscal eletrônica (Danfe). Se a mercadoria passa por uma fiscalização, ela recebe o carimbo da Receita Estadual, mas nada impede que uma nova cópia seja feita.

4.8. Princípio da consunção

Conhecido também como princípio da absorção, é um princípio aplicável nos casos em que há uma sucessão de condutas com existência de umnexo de dependência. De acordo com tal princípio, o crime fim absorve o crime meio.

Trata-se de um dos critérios utilizados para solução dos conflitos aparentes de normas penais, cuja finalidade é afastar a dupla incriminação, “*bis in idem*”.

Este entendimento já está pacificado pela súmula nº 17 do Supremo Tribunal de Justiça, “*in verbis*”: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

Em se tratando de fraudes praticadas contra as empresas de Factoring, podemos citar o crime de duplicata simulada que pode ser absorvido pelo crime de estelionato caso o agente tenha a intenção “*ab initio*” de obter vantagem indevida por meio fraudulento.

Para reforçar a ideia, segue julgado onde aponta ser este o entendimento do magistrado:

[...] Informam os autos que o ora Paciente foi denunciado como incurso nos artigos 171, *caput*, e 172, por duas vezes, na forma do artigo 71, todos do Código penal, por emitir duplicata simulada em prejuízo de empresas de factoring. O juízo monocrático, todavia, condenou o Paciente, apenas, nas sanções do artigo 171, *caput*, do Código Penal, a pena de 01 ano de reclusão, em regime aberto, substituída por prestação de serviço à comunidade.

[...] Na presente ordem, a Impetrante alega, que “apenas de ter a sentença reconhecido a consunção, que existia *ab initio*, prevalecendo apenas o delito de estelionato (art. 171, *caput*, do diploma legal), mesmo diante do preenchimento dos demais requisitos pelo paciente, não foi o julgamento convertido em diligência – como se lhe impunha – para a proposta de suspensão condicional do processo, na forma do art. 89, da lei nº 9099/95³¹.”

4.9. Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros

³⁰ Fonte: Folha Econômica – www.uniaocontabil.com.br/v3/noticias

³¹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 60.469 – SP (2006/0121793-0). Estelionato e

Duplicata simulada. Relatora: Laurita Vaz. 28 de junho de 2007.

meios de controle social revelam-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são etapas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Como preconiza Maurach (1962, apud Bitencourt, 2012, p. 52), “na seleção dos recursos próprio do Estado, o direito penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em ultimo lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica”³². Assim, o direito penal assume uma feição subsidiária e a sua intervenção se justifica, segundo Conde (1975, apud Bitencourt, 2012, p. 52) “quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”³³.

Trazendo esse conceito para o trabalho e analisando alguns acórdãos sobre os crimes sofridos pelas fomentadoras, verificamos que os casos em que vão para o ramo do direito penal, em sua maioria, têm sua pena máxima convertida em prestação pecuniária, serviço à comunidade e multas. Esses valores de multas e prestação pecuniária são, quase sempre, entre 02 e 10 salários mínimos, sem observância do valor real do prejuízo a vítima.

Diante desse fato e, se tratando de um contrato regulado pelo direito civil, devemos questionar se as medidas civis não seriam suficientes para suprir o bem jurídico tutelado, com imposição de indenizações capaz de suprir o prejuízo sofrido por estas empresas de fomento e descapitalizar os fraudadores a fim de minimizar tais condutas uma vez que esses delinquentes colocam em perigo a existência social e econômico financeira do afetado.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por finalidade descrever a matéria pertinente ao Factoring, demonstrando que é um instituto relativamente novo no Brasil e tem sido marginalizada em razão de ser praticada de forma ilícita por agiotas e por empresas que dela fazem uso para a prática de operações criminosas.

O trabalho, em seus primeiros capítulos, discorreu sobre o conceito de uma empresa de Factoring, suas modalidades e definição, como é feito o contrato com essas empresas e a distinção entre Factoring e bancos. Como evidenciado, ao contrário dos bancos, Factoring não é uma instituição financeira. Embora sejam equiparadas aos bancos, as Factorings apenas presta serviços, compra créditos e antecipa recursos não financeiros, mas jamais fazem empréstimos.

Foram considerados, também, alguns desvios de finalidade praticados por empresas de Factoring, entre os quais estão: o crime de agiotagem, crime de usura, lavagem de dinheiro, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e crimes afetos a economia popular.

Em uma operação de Factoring, o faturizador assume os riscos da cobrança e, eventualmente, a insolvência do devedor. Com isso, são várias as fraudes que podem vir a sofrer, um exemplo bem comum é a emissão de duplicatas simuladas, conceituadas no art. 172 do Código Penal brasileiro.

O infrator que usa esse tipo de dispositivo, normalmente, está passando por uma crise financeira em sua empresa e vê essa oportunidade de fraudar devido à relação de confiança que tem com a empresa de fomento e o sistema falho de confirmações que possuem.

Abordamos as infrações penais mais comuns, suas consequências e porque são praticados contra essas empresas fomentadoras em suas operações. Não se pretende aqui, esgotar todas as fraudes relacionadas às Factorings, mas apontar aquelas mais frequentes, dentre elas, os crimes de

³² MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal. 1962. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte geral 1. 17ª Edição. Ed.: Saraiva, São Paulo, 2012, p. 52.

³³ CONDE, Muñoz. Introducción AL derecho penal, 1975. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte geral 1. 17ª Edição. Ed.: Saraiva, São Paulo, 2012, p. 52.

estelionato, falsidade ideológica, formação de quadrilha e apropriação indébita.

Ao analisar diversos julgados constatou-se o entendimento de que tais condutas criminosas são suscetíveis de substituição de pena. As sanções privativas de liberdade geralmente são substituídas por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviço a comunidade e pagamento de multa. A prestação pecuniária e a multa são fixadas pelo juiz, não devendo ultrapassar a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos vigente no país. Porém, nos julgados estudados tal valor não passa do mínimo possível a ser aplicado (01 salário mínimo), variando entre 02(dois) e 10(dez) salários mínimos. São poucos os entendimentos de que esses valores devem ser definidos de acordo com a situação financeira do infrator.

Sob essa ótica, a primeira providência a ser tomada visando combater as ilegalidades

atualmente praticadas e vastamente conhecidas, seria uma fiscalização mais rígida por parte das empresas de Fomento Mercantil e dos órgãos competentes quanto ao cumprimento dos dispositivos legais já existentes sobre a matéria, além de penas mais rígidas, não no sentido da prisão em si, mas em relação a valores, capaz de suprir os prejuízos sofridos pelas Factoring e desmotivar / descapitalizar os criminosos a fim de minimizar tais condutas.

Com o crescimento das operações de Factoring no Brasil, os ilícitos penais são cada vez mais constantes, e com este trabalho pretende-se ampliar o conhecimento de todos em relação às empresas mercantis, aos seus direitos e as formas pelas quais devem proceder e se proteger de fraudes praticadas nas operações de Factoring.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Direito Penal - Parte Especial III**. Editora Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. 17ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

_____. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial 3**. 9ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

_____. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4**. 7ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

BRASIL. Vade Mecum Compacto. 10ª edição. Editora Saraiva, 2013.

BOSCHI, Marcus Vinícius. **Código de Processo Penal Comentado**. Porto Alegre. Editora: Livraria do Advogado, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, vol. 3**. 5ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2005.

DELMANTO, Celso at al. **Código Penal Comentado**. 8ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 2ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Títulos de Crédito e contratos mercantis**. 9ª edição. Vol. 22. Editora Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio de. **Prescrição Penal**. 20ª edição. Editora Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9ª edição. Revista dos Tribunais, 2012.

SANT'ANNA, Valéria Maria. **Factoring Fomento Mercantil: Doutrina-Prática-Jurisprudência**. 1ª edição. São Paulo. Editora Edipro, 2008.

SOARES, Marcelo Negri. **Contrato de Factoring**. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral dos Contratos e teoria geral dos contratos**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

Actas Recebíveis. Site: www.actas.com.br

Associação Nacional de Fomento Comercial. Site: www.anfac.com.br

Direito Net - Procura por Jurisprudências sobre Fraude em Factoring. Site: www.direitonet.com.br

JusBrasil - Procura por Jurisprudências e acórdãos. Site: www.jusbrasil.com.br

Morais Donnangelo Toshiyuki Gonçalves Adv. Associados. Artigo Sobre Fraude em Factoring, por Domenico Dannangelo Filho. Acesso em 23.02.14. Site: www.mdtg.com.br

PHMP Advogados. Da emissão de Duplicatas sem origem e suas consequências criminais. Acesso em 17.01.14. Site: www.phmp.com.br

Planalto. Consultas à legislação brasileira. Site: www.planalto.gov.br

Poder Judiciário de Santa Catarina. Pesquisa por Jurisprudências e acórdãos. Site: www.tj.sc.gov.br

Portal Tributário. Sonegação, Fraude e Crimes contra a ordem tributária. Acesso em 22.01.14. Site: www.portaltributario.com.br

Revista do Factoring. Consulta por jurisprudências sobre factoring e duplicatas. Site: www.revistadofactoring.com.br

Sindicato das Sociedades de Fomento Mercantil do Rio de Janeiro. Site: www.sinfacrj.com.br

Sindicato das Sociedades de Fomento Mercantil de São Paulo. Site: www.sinfac-sp.com.br

Tribunal de Justiça de São Paulo. Pesquisa por Jurisprudências e acórdãos. Site: www.tjsp.jus.br

União contábil. Site: www.uniaocontabil.com.br