

Aspectos Penais da Lei 11.101/2005, Lei de Falências, Recuperação Judicial e Extrajudicial

Elydia Leda Barros Monteiro¹,elydialeda@yahoo.com.br

1. Pós-Graduada em Direito Eleitoral pela Universidade do Tocantins (UNITINS).

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo apresentar os aspectos penais mais relevantes dos dispositivos da Lei 11.101/05, Lei de Falências, Recuperação Judicial e Extrajudicial, sobretudo no que tange à análise da tipicidade nos crimes definidos como culposos, bem como dos aspectos processuais penais aplicados em discordância com a essência do novo texto que regulamenta a matéria.

Palavras-chave: princípios, reserva legal, recuperação judicial, culpabilidade, legalidade.

RESUMEN: Aspectos criminales de la Ley 11.101/2005, Ley de Bancarrotas, Recuperación Judicial y Extrajudicial. El actual trabajo tiene por objetivo presentar los aspectos penales más resaltantes de los dispositivos de la Ley 11.101/05, Ley de Bancarrotas, Recuperación Judicial y Extrajudicial, sobre todo a lo que se refiere al análisis de la doctrina de la imprecisión en los crímenes definidos como culpables, bien como de los aspectos procesales criminales aplicados en discordia con la esencia del nuevo texto que regula la sustancia.

Palabras llaves: principios, reserva legal, recuperación judicial, culpabilidad, legalismo.

ABSTRACT: Aspectos Penais da Lei 11.101/2005, Lei de Falências, Recuperação Judicial e Extrajudicial.

The present work has for target to present the more relevant criminal aspects of the devices of Law 11.101/05, Law of Bankruptcies, Judicial and Extrajudicial recovery, especially in what it refers to the analysis of the vagueness doctrine in the definite crimes as guilty, as well as of the applied criminal procedural aspects in discord with the essence of the new text that regulates the substance.

Keywords: principles, legal reserve, judicial recovery, culpability, legality.

Introdução

Com o advento do Estado Moderno, concebido como a primeira forma de organização na qual o Estado toma para si a responsabilidade pela manutenção da ordem e estrutura social, intensifica-se a necessidade de estabelecer leis, de observância obrigatória, a fim de estabilizar a sociedade na sua totalidade, de forma a unificá-la, substituindo a diversidade de regras existentes no sistema feudal por uma estrutura normativa única.

Assim, faz-se imprescindível que o Estado, ao se revestir dessa condição de Ente de estruturação social, reserve-se o poder de determinar condutas, sendo, para sua efetividade, imposta sanção em caso de descumprimento. A idéia de leis não nasce, contudo, nesse momento, uma vez que estas são uma constante em todas as civilizações desde os tempos mais remotos. Entretanto, é a partir do Estado Moderno que se efetiva o exercício dessa função para, através do uso da força coativa, organizar a sociedade.

Essa força coativa se torna mais evidente quando tratamos da esfera penal, visto que esta nos possibilita perceber a “mão forte” do agente público, seja ele o Rei, déspota no absolutismo, início do Estado Moderno, sejam os magistrados, atuais encarregados do julgamento dos cidadãos, porém em conformidade absoluta com os preceitos legais, sob pena de invalidade da pena aplicada.

Dessa forma, surge a necessidade de conceituar os fatos puníveis sob essa perspectiva. Surge a necessidade de definir o crime. Inicialmente surge a idéia de *crimes naturais*, como sendo os fatos puníveis considerados criminosos em todos os tempos e lugares e, por isso, não instituídos, mas apenas reconhecidos pela lei penal (BRUNO, 2003, p. 173-176).

Todavia, com a evolução dos estudos, tornou-se flagrante a fragilidade desse conceito em virtude da abstração deste, bem como a diversidade de

culturas existentes. Assim, surge, em contraposição à primeira, a teoria dos crimes legais, quais sejam aqueles que assim são definidos pela lei.

Nesse contexto, Von Ihering apresenta um conceito material ou substancial do crime definido como ato que põe em perigo as condições de vida em sociedade, constatado pela legislação e só evitável por uma pena (VON IHERING; DER ZWECK in RECHT apud BRUNO). Essas condições passam a ser interesses da comunidade ou do indivíduo e, portanto, bem juridicamente relevante tutelado pelo Direito Penal.

Desse modo, a idéia da imposição de pena, sobretudo, a possibilidade de restringir a liberdade dos indivíduos torna imperioso adequar dois valores contrapostos, quais sejam: a liberdade individual, como direito indisponível e a pacificação da sociedade através da prevenção e repressão de lesão aos bens jurídicos considerados relevantes para a comunidade e para o Direito Penal.

É, basicamente, na busca da coexistência destas duas vertentes que se fundamentam os princípios da legalidade estrita no Direito Penal e o da tipicidade, princípios estes que limitam o poder de punir, impedindo que o Estado aja lançando mão de arbitrariedades e restringindo a liberdade do cidadão. Com o fim de impedir essas ditas arbitrariedades, desenvolveram-se mecanismos legais como o artigo 5º da Constituição da República, o qual traz inúmeros preceitos garantidores que nortearão a produção e interpretação de toda legislação infraconstitucional, assegurando ao indivíduo seu direito à liberdade ampla.

Pelo exposto, torna-se de fácil percepção que as normas penais sancionadoras, quais sejam, aquelas que impõem ao sujeito a proibição de uma conduta, ou a exigência de uma ação ou omissão, sob pena de incidência em uma sanção cominada, devem seguir preceitos basilares de estrutura e de interpretação obrigatoriamente, não só referente às constantes no código penal, mas a toda legislação penal extravagante, dentro da qual encontramos a lei de falências nas disposições sobre crimes falimentares.

Notam-se, já no Decreto-Lei 7.661/ 45 (que regula a falência até junho de 2005), várias contrariedades com os princípios do Direito Penal, não obstante toda preocupação dos juristas com a preservação destes. Contrariedades que, se tomadas com rigor, tornariam inaplicáveis os dispositivos do referido decreto.

Algumas das apontadas impropriedades foram repetidas pela Lei 11.101/05, Lei de Recuperação Judicial e Falências (LREF), a qual, a despeito de trazer alterações importantes sob o prisma principiológico do Direito Penal, contém disposições incompatíveis sob este mesmo enfoque.

O presente trabalho tem por finalidade tratar dos crimes de falência segundo as novas determinações legais, sobretudo, em face da alteração de con-

cepção do instituto da falência, ressaltando os pontos nos quais entende-se ter havido uma evolução, e também apontando os equívocos que permaneceram. Neste aspecto, o trabalho tratará especificamente da atipicidade das condutas praticadas sob a modalidade culposa, por falta de determinação legal expressa.

O embasamento teórico orientador de tal estudo não poderia ser outro diverso daquele que define, analiticamente, o crime, sob a visão de teoria finalista da ação desenvolvida por Welzel. Assim, como concepções norteadoras de nosso trabalho, o crime será tratado como conduta típica, ilícita e culpável. O dolo e a culpa, por sua vez, serão elementos da conduta típica, e não de culpabilidade como defende a teoria causalística da ação.

Por isso, far-se-á necessária a definição, ainda que sintética, dessas duas teorias, sobretudo quanto ao estudo dos elementos do crime. Neste, nos deteremos mais profundamente ao elemento da tipicidade, porque este é o cerne da análise do trabalho desenvolvido, tomando como objeto a lei de falências na parte que define as condutas típicas.

O estudo reflete uma tendência atual dentro do universo jurídico: a tentativa de sensibilizar o leitor da necessidade do emprego de técnicos auxiliando a produção da lei em conformidade com o ordenamento jurídico considerado como um todo. Contudo, não se nota, em todos os diplomas legais, grande preocupação com as reformas a fim de atualizá-los o que causa inúmeras confusões. Em mesma situação, encontram-se os que, não obstante terem sido produzidos sob a égide do Estado Democrático de Direito concretizada pela Constituição da República de 1988, carecem dos elementos necessários a conferir a efetivação dos direitos e garantias do cidadão, sobretudo no aspecto penal. Tal é o caso da Lei 11.101/05.

Por fim, ensaja-se lidar com as perspectivas da lei falimentar, no tocante à parte criminal, frente às constantes inovações trazidas pela sociedade, esta, por nós, em uma visão teleológica do Direito, entendida como fonte primeira do direito.

I – Dos crimes falimentares

“Apurar a responsabilidade do falido no querer tal resultado ou no assumir o risco de produzi-lo para que seja punido o dolo e amparada a honestidade (...)”. Esta é a razão apontada na Exposição de Motivos da Lei de Falências, Decreto-Lei 7661/45, para a definição de condutas típicas, ou seja, que definem como crime ações ou omissões descritas nos artigos 186 a 190 do referido diploma legal.

É a forma de coação máxima empregada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a restrição da liberdade – sem prejuízo da privação de bens de cuja

posse já foi destituído. Mecanismo que visa proteger, tal como o escopo da esfera penal, os bens jurídicos mais importantes contra as lesões mais graves¹. Portanto, ao estabelecer sanções penais, além das comerciais incidentes sobre o patrimônio, já tão rígidas, quer-se preservar mais que o direito dos credores na falência, mas também a segurança das relações comerciais e da ordem econômica, por conseguinte.

Entretanto, a tipificação destas condutas na lei de falência estará bem disposta se observados os princípios do direito penal? Poderia, sob este prisma, a Lei 11.101/05, não obstante produzida sob regime democrático, ser utilizada para a definição de crimes? A referida lei tem elementos necessários a conferir tipicidade aos seus artigos incriminadores?²

Para responder às questões, faz-se necessário o desenvolvimento de um estudo que estabeleça esse liame entre o ramo penal e comercial, visto que, a doutrina de ambas as áreas passam ao largo da árdua tarefa, como atesta Rubens Requião:

Com efeito, a tendência normal e natural dos comercialistas e penalistas é afastar do âmbito de seus estudos os crimes falimentares: os primeiros consideram a matéria nitidamente de natureza penal, e os criminalistas alegam a vinculação íntima do direito falimentar com a matéria de domínio do direito comercial... (1995, p. 22).

Este é o objetivo do estudo ora realizado, o qual, embora, sem pretensões de apresentar grandes inovações, intenta analisar o conteúdo das normas incriminadoras, utilizando, para tanto, conceitos e elementos do Direito Penal, primando pela observância dos princípios fundamentais do Direito Penal, frente à restrição da liberdade como sanção.

- 1 Essa é a concepção mais aceita até o finalismo, todavia, não prevalece nos estudos da teoria do funcionalismo construída por Roxin e Jacobs.
- 2 Rogério Greco sobre normas penais incriminadoras: “às normas penais incriminadoras é reservada a função de definir as infrações penais, proibindo ou incorporando condutas, sob ameaça de pena. (...) São elas, por isso, consideradas *normas penais em sentido estrito*, proibitivas ou mandamentais” (Curso de Direito Penal: parte geral. 4. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 22).

Em virtude da especialidade da matéria, conforme apontada pelo citado professor, intentamos adequar nosso estudo às características essenciais aos dois ramos jurídicos, a fim de compatibilizá-los e, assim, apresentar idéias aplicáveis à matéria sem inviabilizar a aplicação dos princípios do direito comercial, dentre os quais, da preservação da atividade empresarial e da proteção ao crédito e à ordem do comércio, tampouco desconsiderar as garantias individuais elencadas pela Constituição da República relativas ao Direito Penal.

Será também objeto deste estudo comparar o Decreto-Lei 7661/45 com a lei 11.101/05 apontando as principais mudanças, mas também a continuidade na utilização de meios impróprios para definir os tipos, sobretudo no tocante às condutas culposas as quais eram punidas, não obstante a flagrante atipicidade existente³.

Tal tema é relevante para discutir, dentre outras questões, a necessidade de punir os crimes de natureza falimentar na modalidade culposa⁴, uma vez que, são condutas relativas ao exercício da atividade empresarial, à organização do comércio, as quais exigiriam observância do dever objetivo de cuidado no desenvolvimento destas atividades, não obstante a impossibilidade jurídica em virtude da determinação da lei penal trazida pelo parágrafo único do artigo 18 do CP, que assim prescreve:

Artigo 18: Diz-se o crime:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único: Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

3 Neste sentido, cite-se o acórdão do TJSP-AC-Rel. Onei Raphael nos seguintes termos: “Ao mencionar a palavra ‘atraso’ para afirmar sua existência na escrituração dos livros obrigatórios, já descreveu a denúncia a figura culposa, ou seja a de deixar de fazer alguma coisa no tempo devido, revelando tal postura voluntária em não fazer o esperado, a culpa do tipo omissivo de que cuida a LF em seu artigo 186, VI” (RT 582/302).

4 A Lei 11101/05, a exemplo do Decreto-Lei 7661/45 não prevê condutas punidas a título de culpa.

II – Histórico dos crimes de falência

Em 1830, os crimes falimentares já eram previstos pela lei. Entretanto, esta previsão era estabelecida pelo Código Criminal do Império, no qual constavam apenas duas modalidades de crime: a bancarrota (falência dolosa/fraudulenta) e a falência culposa. O devedor que havia tido a falência declarada, apenas por esse fato, já era punido. Portanto, não se fazia necessária a descrição de condutas, bastando apenas que viesse a quebrar para sofrer as sanções também penais.

Dispunha o artigo 263 do Código Criminal de 1830: “A bancarrota, na conformidade com as leis do comércio, será punida com prisão com trabalho por um a oito anos”. A mesma *ratio legis* foi adotada pelo Código penal de 1890 quando trata de penalizar o falido simplesmente pelo fato de falir, seja culposa ou dolosamente. Determina o referido diploma em seu artigo 336: “Todo comerciante, matriculado ou não, que for declarado em estado de falência, fica sujeito a ação criminal se aquela for qualificada fraudulenta ou culposa, na conformidade das leis do comércio”.

Em ambos os casos, vê-se que a falência já é considerada um crime, posto que é a própria conduta apenada, excetuando-se apenas casos de força maior, caso fortuito, circunstâncias que configurariam estado de necessidade, sendo em todos eles excludentes de ilicitude, e por isso, afastariam o crime.

O Decreto-Lei 3.914 de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal) tratava, em seu artigo 2º dos crimes de falência seguindo mesma linha dos demais diplomas já mencionados. Assim descreve: “Quem incorrer em falência será punido: I - se fraudulenta a falência, com pena de reclusão de dois a seis anos; II - se culposa, com pena de detenção por seis meses a três anos”.

Todavia, este dispositivo fora revogado pelo Decreto-Lei 7.661 (lei de falências), a qual como lei penal, no que trata de crimes, teria por isso legitimidade para se sobrepor.

Entretanto, a extinção da diferenciação entre falência culposa e dolosa, a partir do Decreto-Lei 7661/45, não mais existe. A partir deste, o foco do Direito Penal passa a ser a conduta descrita que tenha resultado na quebra.

O referido decreto, ao tratar, em seus artigos 186 a 190, dos crimes falimentares propriamente ditos, inovou sob dois aspectos: reúne elementos do direito comercial e do direito penal em um só texto para especificar os tipos penais; desconsidera o ato de falir, por si só, como criminoso. Destarte, depois de decretada a falência, os atos eram verificados podendo ser tidos como criminosos se estritamente descritos nos tipos penais estabelecidos pela lei de quebras.

Todavia, o Decreto-Lei 7661/45 não tratava das condutas na modalidade culposa. Tal fato gerou inúmeros inconvenientes, sobretudo, em razão da necessidade de proteção à ordem do comércio, sen-

do, portanto, exigível o dever objetivo de cuidado daqueles que desenvolvam as atividades mercantis.

Em razão disso, a jurisprudência e doutrina tentavam suprir tal lacuna, apontando como crimes culposos aqueles cuja pena cominada fosse de detenção⁵, enquanto aos tipos cuja pena cominada fosse de reclusão, seria imputável aos atos dolosamente praticados.

Neste aspecto, a inconstitucionalidade em face do texto de 1988 é óbvia, uma vez que desconsidera o princípio da legalidade estrita, da qual se originou a tipicidade.

Todavia, o novo diploma legal regulador da matéria também não tipifica as condutas praticadas sob a modalidade culposa. Dessa forma, é forçoso concluir pela ausência de interesse do Estado em puni-las, não obstante a dificuldade de aceitar tal premissa como verdadeira, visto a natureza dos crimes de falência.

Em virtude disto, apesar de ser impossível prever a tendência da jurisprudência na interpretação da matéria criminal à luz da nova lei, pensa-se

- 5 Rubens Requião ao tratar do artigo 186 da LF os define como crimes culposos, bem como discute a necessidade de comprovação ou não desta. “Questão relevante, na interpretação das várias alíneas do preceito legal posto em relevo (art. 186), é saber se a culpa é real ou presumida. O prof. Gilberto Valente, na sua monografia *Há Crimes Específicos da Falência ou Concordata?*, critica a opinião de Miranda Valverde, expressa em seu projeto de que ‘não há que se indagar se houve culpa ou fraude, pois que a lei a presume’. Contrapondo-se à crítica que Valverde fez aos juízes que entenderam o contrário, escreve o jurista baiano: “Os juízes cumpriram com seu dever, quando, em cada caso concreto de processo criminal contra o falido perquiriram cuidadosamente se havia ou não culpa ou dolo. E a melhor prova no-la deu a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, quando proclamou: “Em nenhum caso haverá presunção de culpa”. Assim, na exposição de culpa *stricto sensu*, é inteiramente abolido o dogmatismo da inobservância de alguma disposição regulamentar, pois nem sempre é culposo o evento subsequente”.

Ao contrário do entendimento supra, nada obstante majoritário, cite-se: Euvaldo Chaib (RT 555/297-301 “a punibilidade depende de conduta dolosa com superveniência de um prejuízo” e Luiz Carlos Betanho (Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial, p. 1100) “Não existe crime falimentar culposo. A antiga Lei de falências (n. 2.024 de 1908) é que dividia a falência fraudulenta, culposa ou causal. A lei atual (decreto-lei 7661/45) só prevê modalidades dolosas. O sistema da legislação penal é de que todos os crimes são dolosos, salvo quando estiver a forma culposa. (...) Apesar disso, inúmeros julgados continuam a fazer referência a formas culposas”.

que os Tribunais seguirão a igual forma de aplicação utilizada nas ações penais decorrentes dos crimes definidos pelo decreto, isto é, a permanência do mesmo entendimento pela doutrina e jurisprudência, a qual, apesar de inconstitucional, é uníssona neste sentido.

Portanto, vê-se que, apesar de moderna sob o aspecto comercial, os aspectos criminais revelam falhas trazidas ou não solucionadas pela Lei 11.101/05, as quais serão tratadas nos tópicos seguintes.

III – Conceito e elementos gerais dos crimes falimentares

A falência, se isoladamente considerada, não é crime, sendo crime a conduta típica, antijurídica e culpável. Entretanto, como já dito, esta é condição objetiva de punibilidade conforme determinação expressa do novo texto legal em seu artigo 180. O procedimento preparatório para a ação penal inicia-se com um relatório do administrador judicial, na forma definida pelo artigo 22, III, e, pelo qual este presta informação sobre a ocorrência de fatos ou circunstâncias que poderão ensejar a imputação de fato criminoso. Caberá ao administrador judicial, portanto, fornecer as informações que possibilitem a tipificação da conduta descrita.

Conceitua-se crime, para a maioria da doutrina penal (BITTENCOURT, 2004), como sendo a conduta típica ilícita⁶ e culpável. Esta definição será a utilizada para o estudo dos crimes falimentares, uma vez que a presença de todos estes requisitos é condição essencial à aplicação da sanção penal.

Apesar de poucos estudos sobre o tema, muitas divergências são encontradas a respeito do bem jurídico tutelado. Há aqueles, como o professor Carvalho de Mendonça (1963), que entendem o bem jurídico tutelado como patrimônio; outros, a exemplo de Galdino Siqueira, entendem-no como fé pública; e ainda aqueles que consideram-no prejudicial ao comércio, conforme Oscar Stevenson (1938). Contudo, grande parte da doutrina como os professores Rubens Requião (1995) e Landrove Diaz (1970) sustenta ser crimes de natureza pluriobjetiva, ou seja, são crimes em que se mesclam crimes contra a fé pública, contra o patrimônio, contra a ordem financeira, contra o comércio e contra a administração da justiça, dependendo do tipo incidente (LANDROVE, 1970). É a mais completa posição, visto a diversidade de condutas típicas existente dentro de um mesmo título, não obstante protejam bens jurídicos diferentes.

6 O CP traz o termo ilicitude, o qual é tratado como sinônimo da antijuridicidade.

Apesar disso, a Lei 11.101 traz importante melhoria de técnica ao conferir a cada conduta um tipo separado, diferentemente do Decreto-Lei 7661. Essa alteração permite analisar mais especificamente cada conduta, suas circunstâncias elementares e a aplicação da pena de forma mais individualizada, já que, ao se concentrarem diversas condutas sob mesmo tipo, possibilita-se que o autor de várias das condutas ali descritas tenha a mesma pena aplicada ao autor de uma única conduta, não obstante a reprovabilidade seja maior.

Todavia, não se pode furta de tecer disposições gerais às condutas dos artigos 168 a 178, os quais apresentam semelhanças e fundamentos comuns. Dessa forma, buscam-se definir os elementos normativo, objetivo e subjetivo a fim de definir elos entre estes.

Os crimes falimentares, quanto ao sujeito, poderão ser próprios – quando o agente da conduta descrita for o falido (após decretação da falência) – ou o devedor. Cumpre aqui declarar nosso entendimento de que o prazo definido como anterior à quebra deva ser o do termo da falência, caso não determinado expressamente pelo tipo, já que é a partir deste que se presume a situação de falência de fato. O crime também poderá ser comum, quando o agente não for o devedor, ou falido, mas qualquer outro que a lei estabeleça.

Já quanto ao sujeito passivo, o Estado poderá ser o principal lesado, como no caso descrito pelo art. 175 que prevê a falsificação de documento, visando proteger a fé-pública ou o credor, quando protege o direito ao crédito, ou ainda o comércio quando protege a *par conditio creditorum*.

Os crimes poderão ser de dano e de perigo⁷, e não apenas de perigo como sustentava a antiga doutrina (STEVENSON apud VALVERDE, 2001, p. 28-29), com base na proteção ao comércio, para a qual se exigia punir qualquer ato que ferisse a segurança nas relações comerciais. Como ensina Miranda Valverde:

O sistema penal da lei não autoriza a classificação uniforme dos crimes falimentares. Uns entram na categoria de crimes de perigo contra o comércio ou a fé pública; outros na categoria dos crimes de dano ou lesão do patrimônio dos credores, ou da massa falida; outros, enfim, de modo geral como crimes contra a Administração Pública. (...) Na realidade não existe crime falimentar: existem, sim, crimes

7 Crimes de dano são os que só se consumam com a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado e crimes de perigo os que se consumam tão só com a possibilidade o dano. (Damásio E. de Jesus, obra citada 166 e 167).

falimentares, uns de dano, outros de perigo, conforme claramente veio dito na “exposição de Motivos”, e, ainda, outros, que se prendem ao processamento da falência e à administração do patrimônio do falido (2001, p. 37-38).

Admite-se também o concurso de crimes, seja com os tipos descritos no diploma de falência, seja com condutas previstas no código penal⁸. Essa também é uma conclusão sem expressão na doutrina, mas não há graves implicações na adoção dessa idéia, uma vez que se trata de consequência lógica da interpretação dos artigos 69 e 70 do CP em razão da subsidiariedade das normas gerais do Código Penal às normas penais extravagantes.

Ademais, a adoção do entendimento de que os crimes de falência têm natureza jurídica pluriobjetiva nos leva a tal conclusão, visto que as condutas praticadas podem ferir bens jurídicos diversos, e, por isso, não poderiam ser tratados como conduta única.

Já no tocante ao concurso de pessoas, este não encontra qualquer vedação, tendo sido, inclusive, expressamente previsto pelo artigo 168, § 3º, sendo possível o cometimento da mesma ação delituosa por mais de um sujeito ativo, conforme dispõe a parte geral do Código Penal.

Note-se ainda, que também não há vedação à comunicabilidade da condição pessoal de um dos sujeitos ativos aos demais se estes tinham conhe-

8 Acerca da questão, no que tange à doutrina, cite-se Rubens Requião: “Os autores em uníssono, afirmam a unidade do crime falimentar. Muito embora sejam várias as infrações delituosas falimentares, a aplicação da pena se determina com o evento de maior gravidade” (Curso de Direito Falimentar, v. 2, p. 141).

Luiz Carlos Betanho, contrariamente, admite a possibilidade de concurso formal quando o crime falimentar também constituir crime comum.

A jurisprudência também ratifica o entendimento dominante: “É entendimento prevaletente na jurisprudência que, ocorrendo diversos fatos descritos como crime falimentar na lei específica, dá-se uma só ação punível, e não uma pluralidade de ações, visto tratar-se de crime de estrutura complexa, em que o comportamento do falido deve restar unificado, em uma perspectiva abrangente e unitária da direção ilícita que imprimiam aos seus negócios. A pluralidade natural é apenas aparente nestes delitos, que, em verdade, nada mais são do que o complexo unitário de fatos pelos quais se exteriorizam um só comportamento” (TJSP-AC-Rel. Marinos Falcão. RT 575/364).

cimento desta. Este é um dos princípios basilares do concurso de pessoas no direito penal sendo, portanto, possível sua aplicação nos crimes falimentares.

IV – Do procedimento

4.1 – O administrador judicial, o termo circunstanciado e o inquérito

Após rápida análise dos principais aspectos materiais dos crimes falimentares, vê-se como a ação penal se processará, utilizando-se, para tanto, dos procedimentos determinados pela lei de falências, e subsidiariamente, pelas leis processuais penais e civis respectivamente.

O procedimento tem início com o relatório inicial do administrador judicial, atual nome dado ao síndico, o qual, após mencionar a situação financeira e organizacional da empresa ou sociedade falida, além de apontar os atos ineficazes ou revogáveis praticados pelo falido dentro do termo legal, estabelecido pelo juiz, vai determinar os atos que constituam ou indiquem a prática de crime falimentar⁹, destacando os responsáveis e os dispositivos penais aplicáveis, previstos no capítulo VIII da Lei 11.101, requerendo a instauração do inquérito e diligências que entender necessárias à apuração dos fatos que poderão fundamentar a ação penal.

Note-se que agora o inquérito é policial, segundo preceito trazido pelo artigo 187, o qual vem substituir o inquérito judicial previsto pela LF. A motivação é a tentativa de desafogar o número de atribuições do juízo falimentar. Entretanto, tal procedimento poderá vir a ser mais prejudicial que benéfico, em virtude da especificidade da matéria a ser investigada. O juiz como presidente do Inquérito é assessorado, para tanto, por peritos, a quem são remetidos todos os livros e documentos que possam vir a ser encontrados no curso do procedimento falimentar. Contudo, a autoridade policial não terá tais mecanismos a sua disposição, fato que somado ao desconhecimento técnico e prático nesta matéria resultará, fatalmente, em uma forma de o falido se esquivar da responsabilização penal por deficiência das provas, a qual pode, até mesmo, obstar o recebimento da ação penal.

9 Conforme determinação expressa do art. 22, III, e da Lei 11.101/05.

Ainda no tocante ao Inquérito, é necessário ressaltar a regra de transição determinada pelo artigo 192, o qual excepciona a regra geral de aplicação das normas processuais (artigos 185 e 189 da Lei 11.101/05) as quais definem como regra de aplicação imediata da norma vigente.

Prescreve o referido dispositivo que as ações iniciadas antes da vigência da Lei 11.101 seguirão o rito definido pelo Decreto-lei 7661. Assim, se a falência for decretada e o termo circunstanciado for elaborado com parecer favorável à instauração do inquérito antes da vigência da LRE, a peça informativa será o Inquérito Judicial presidido pelo juiz da falência, segundo os termos da LF. Esta peça será instruída pelo laudo do perito contador, resultante da análise feita da escrituração do falido. O laudo seria, para o crime falimentar, o equivalente ao exame do corpo de delito nos crimes comuns, tendo caráter informativo.

O administrador judicial deve ser preciso e objetivo na elaboração de seus documentos, sobretudo aquele que ensejará a abertura de inquérito (formador da *justa causa* necessária à persecução penal) para averiguar a existência de crime. Até porque disto depende a liberdade do falido ou dos gerentes, ou de qualquer agente ao qual se imputa a conduta ilícita.

Se, na exposição, o administrador judicial indicar alguma prática delituosa, muito provavelmente o inquérito terá seguimento e se transformará em ação penal, devido ao princípio do *in dubio pro societates*, o qual determina que havendo elementos mínimos sobre a existência de ilícito penal e de sua autoria, deve o titular da ação penal ajuizar tal pretensão e o magistrado recebê-la de forma a buscar a solução da lide cumprindo assim o Estado com sua função de prestação jurisdicional.

4.2 – A ação penal

Conforme determinação do art. 184, a ação penal é pública incondicionada. A doutrina e a legislação penal ensinam que a ação penal pública é aquela em que o titular da ação, seja para propositura, seja para promoção de quaisquer atos é do Ministério Público. Quando incondicionada, a propositura não está sujeita sequer a condição de procedibilidade, como no caso das ações penais públicas condicionadas à representação ou requisição do Ministro da Justiça.

Disso resulta o entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência de que apenas será cabível a propositura da ação penal pública mediante queixa na hipótese de inércia do MP. Contudo, o parágrafo único do artigo 108 da LF assim prescrevia:

Art. 108: (...)

§ único: Se o representante do Ministério Público não oferecer denúncia, os autos permanecerão em cartório pelo prazo de 3 (três) dias, durante os quais o síndico ou qualquer credor poderão oferecer queixa.

Note-se que o dispositivo refere-se ao não oferecimento da denúncia, fato que não permite, por si só, concluir pela inércia do MP, uma vez que este poderá atuar no processo oferecendo a denúncia, mas também requerendo novas diligências, ou ainda pedindo o arquivamento, caso convencido de que o fato não constitui crime, ou que fora motivado por alguma circunstância excludente de ilicitude, ou que não são suficientes as provas sobre a materialidade do fato ou sobre os indícios de autoria.

Dessa forma, havia uma incompatibilidade entre a determinação legal e a natureza jurídica da ação penal pública, sendo impossível, segundo esta, conceber a faculdade dada aos credores ou síndico de propor ação penal subsidiária caso o MP requeresse arquivamento, por exemplo. Por isso, a ação penal privada subsidiária da pública fora prevista pela legislação penal e processual penal e era considerada a forma de resolução do conflito supracitado.

Segundo o tema, a doutrina, não obstante o entendimento diverso da jurisprudência¹⁰, bem ensinava:

No sistema falimentar, antes da vigência da Constituição de 1988, o síndico ou qualquer credor podia apresentar queixa contra o falido, bastando que não tivesse sido oferecida a denúncia. Assim, a iniciativa era possível pelo

10 A jurisprudência admitia a propositura da ação penal pelo síndico, ou mesmo pelos credores, conforme a seguinte decisão:

“A propositura de ação penal por meio de queixa subsidiária para apuração de crime falimentar independe da inércia do MP, caracterizada em omitir-se na manifestação de que trata o art. 108 da LF. Tanto é certo que o parágrafo único desse dispositivo legal ordena a permanência dos autos em cartório para que o síndico ou qualquer credor ofereçam queixa, à míngua de denúncia do órgão fiscal. Ocorre aí, legitimidade subsidiária, não condicionada à omissão do Curador da Massa Falida, mas à inexistência de denúncia até mesmo quando resulte de alegação de insuficiência de elementos indiciários” (TJSP – Correição Parcial – Rel. Gonçalves Sobrinho – RT 650/282).

decurso do prazo legal para denunciar, ou mesmo que fosse requerido o apensamento do inquérito judicial. Após a Constituição de 1988, como ensina Damásio E. de Jesus, com o apoio do entendimento de Cláudio Ferraz de Alvarenga, “o artigo 129, I, ao tornar privativa do Ministério Público a iniciativa da ação penal pública mediante denúncia, não permite mais o entendimento de que cabe queixa subsidiária em qualquer caso: ela só é admissível na hipótese de desídia do Promotor de Justiça (art. 29 do CPP)”. Não basta, pois, (...) que haja o transcurso do prazo sem oferecimento da denúncia para possibilitar o exercício da ação penal privada subsidiária. Exige-se um requisito consagrado na jurisprudência: a inércia do órgão de acusação. De modo que não cabe mais a queixa substitutiva em caso de pedido de arquivamento (VALVERDE, 2001, p. 461).

Todavia, a LREF, de forma equivocada, manteve tal determinação, a qual está contida no artigo 184 Súnico. Tal dispositivo se mostra absurdo, visto que fere os institutos processuais penais criando uma nova modalidade de ação penal, esta cuja titularidade pertence tanto ao MP quanto aos credores e administrador judicial, visto não ser necessária a inércia do MP, bastando sua oposição à sua propositura.

Destarte, faz-se coro às lições da doutrina que já inadmitia tal disposição do decreto-lei 7661, em face à não recepção pela CR/88, ao também criticar o dispositivo da LREF, em virtude da sua inconstitucionalidade, visto a contrariedade com a determinação do art. 129 da Carta Magna.

4.3 – A competência nos crimes de falência

O artigo 183 da LREF traz, expressamente, a determinação da competência do juízo criminal do local onde tenha sido decretada a falência ou homologada a recuperação para processar e julgar os crimes de falência. Conforme já tratado, a homologação da recuperação, seja judicial ou extrajudicial, não obstante ser definida pela referida lei como condição de punibilidade, não deveria ser pressuposto para a persecução penal. No tocante à competência, esta será do juízo da sede da homologação, pois, também será para o processamento da falência caso frustrado o plano.

Outra consequência trazida por esta alteração refere-se à impossibilidade de análise da conveniência e pressupostos da ação penal por dois juízos

distintos, mas de mesmo nível hierárquico, como era possível pelo decreto-lei. Segundo as disposições dos artigos 109 a 113, competia ao juízo da falência receber ou rejeitar a denúncia ou queixa, caso rejeitada, o MP, síndico ou credores poderiam novamente intentar a ação penal perante o juízo criminal, durante o lapso temporal anterior à prescrição.

A modificação é perfeita por duas razões: porque define como competente para conhecer da ação penal um só órgão jurisdicional, extinguindo a possibilidade de discordância entre o juízo que recebeu a denúncia e o que deverá instruir e julgar o processo, ainda que não vislumbre os requisitos que possibilitassem o início da ação penal; porque determina a competência do órgão mais apto a avaliar as questões relevantes para o recebimento ou não da peça inicial, visto que a matéria, não obstante sua especialidade, é criminal.

Cabe mencionar que o referido dispositivo derroga a lei de organização judiciária do estado de São Paulo, único a estabelecer como competente para o julgamento dos crimes falimentares o juízo competente para processamento da falência. A regra nos demais Estados era de que o juízo competente é o criminal, ao qual se remetia o processo após a decretação da quebra.

4.4 – Denúncia

Conforme determinação constitucional¹¹, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas. O recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza jurídica de ato decisório (decisão interlocutória), carece de fundamentação.

Da referida decisão não cabe recurso, mas, em tese, pode ser passível de *habeas corpus*, em virtude da restrição (caso decretada a prisão preventiva), ou ameaça de restrição à liberdade individual.

Em virtude da não previsão da lei específica, e da aplicação subsidiária da lei processual penal, a rejeição da denúncia ou queixa desafiará recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581 CPP.

Sob o mesmo fundamento, torna-se possível incidência da regra utilizada para pedido de arquivamento do MP com o qual o juiz não concorde. Neste caso, segundo preceituação do artigo 28 CPP, o juiz remeterá ao Procurador Geral de Justiça o inquérito a fim de que este possa definir se o fato é passível de persecução penal por meio da denúncia. Caso afirmativo, será designado outro órgão do MP para oferecer, o qual atuará como *longa manus* do PGJ.

11 Artigo 93, IX CR/88.

4.5 – Prescrição

Grande confusão na doutrina existiu, durante a vigência do decreto-lei, o qual fixava em dois anos o prazo prescricional, conforme art. 199, acerca da data em que se inicia a contagem do prazo prescricional referido pelo artigo acima. Tal problema fora solucionado pelo STF ao editar a súmula 147 a qual adotou a data em que a falência deveria ter sido encerrada para início da contagem do prazo. Restava apenas a dúvida quanto às circunstâncias que interromperiam a contagem do prazo prescricional, já que, apesar de lei incriminadora, as que definem os crimes falimentares, são leis extravagantes, podendo ter causas interruptivas diversas das determinadas pelo CP. Entretanto, o entendimento do Egrégio Tribunal seguiu a mesma orientação elencando como causas interruptivas as mesmas do direito penal.

Questão mais importante a ser apresentada era a que tangia o caráter especial do prazo prescricional da referida lei, elidindo assim a incidência das regras gerais do CP, previstas no artigo 109. Deste modo, havia situações diversas no tocante à contagem do lapso temporal que impediam a propositura da persecução penal, caso este tivesse sido expirado.

A prescrição da pretensão punitiva tinha como prazo os referidos 2 (dois) anos a que se refere o artigo supra. Dessa forma, a pena abstratamente cominada e a pena aplicada concretamente, não eram a referência para a contagem do prazo, uma vez que não havia incidência do artigo 109 CP. Nos crimes falimentares, em virtude da determinação expressa da Lei, a prescrição, seja do prazo para a propositura da ação penal¹², seja do tempo para a conclusão do processo¹³, tinha como prazo dois anos, sendo interrompido pelo recebimento da denúncia ou queixa, tal como nos demais procedimentos do processo penal.

A prescrição da pretensão punitiva superveniente, qual seja aquela em que o Tribunal, em sede recursal, deverá analisar se em algum momento do processo ocorreu a prescrição. Se afirmativo, deve declará-la de ofício, extinguindo o processo. O termo inicial nas ações penais de crimes tipificados pelo CP é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, levando

12 A qual considera para cálculo a pena abstratamente cominada, conforme definido pelo artigo 109 do CP.

13 A qual leva em consideração a pena aplicada ao réu, segundo artigo 110, §§ 1º e 2º em virtude da possibilidade da prescrição da pretensão punitiva superveniente.

em consideração o *quantum* da pena aplicada ao caso concreto¹⁴. Nos crimes falimentares, entendíamos não incidir a pena aplicada, mas sim o prazo determinado pela lei especial, ou seja, os dois anos, visto a aplicação uniforme da orientação trazida pelo STF.

Todavia, tal discussão tornou-se irrelevante, salvo para os processos iniciados antes da vigência da Lei 11.101/05, os quais por força do art. 190 do referido diploma, seguirão as normas definidas no decreto-lei 7661/45, porque a Lei de Recuperações estabelece, expressamente, em seu artigo 182.

V – Considerações finais

Ao longo do estudo das questões apresentadas, destacam-se cinco conclusões importantes: a primeira e principal, em virtude da proposta do trabalho, refere-se à inexistência dos crimes na modalidade culposa. Dessa forma, torna-se inadmissível o entendimento de que os crimes cuja pena prevista seja de detenção possam ser punidos a título de culpa, conforme tem sido aceito pela doutrina e jurisprudência.

A LREF traz no artigo 178 a previsão de uma conduta punida com pena de detenção. Todavia, tal conduta apenas será punível se dolosa. O decreto-lei, igualmente descrevia apenas condutas dolosas, não obstante a interpretação dada pela maioria da doutrina e jurisprudência.

A segunda conclusão refere-se à legitimidade para intentar a ação penal, pois aqui reside um equívoco constante no decreto-lei e mantido pela LREF: a dupla titularidade para promover a *persecutio criminis in judicio*.

Apesar da disposição expressa do artigo 184, parágrafo único entendemos que a ação penal será pública incondicionada e, portanto, de titularidade do MP. Assim, apenas será possível a promoção da ação pelo particular, seja o administrador, sejam os credores, no caso de inércia do *parquet*, na forma dos artigos 29 CPP, 100 § 3º C.P. e 5º, LIX CR/88.

Outra questão que merece destaque é a determinação legal de que a sentença que decreta a falência é condição objetiva de punibilidade. Assim, mesmo sendo praticada durante a recuperação judicial ou extrajudicial, a conduta somente será passível de sanção caso haja a decretação da falência. Caso a recuperação não seja frustrada, mesmo havendo a prática das condutas descritas, estas não serão passíveis de incidência dos tipos descritos pela LRE, podendo, todavia, incidir nos crimes previstos pelo CP.

14 Por isso faz-se necessário o trânsito em julgado p/ acusação, visto que a partir deste, não haverá aumento da pena, em face da vedação ao *reformatio in pejus*.

Tal direcionamento se encontra em sintonia com a ideologia da nova norma, posto que esta visa proteger a atividade empresarial, e por isso, prevê a punição das condutas que provoquem a extinção da empresa em virtude da quebra. Portanto, não teria sentido em se punir, com base na legislação falimentar, a conduta caso não tenha resultado em dano efetivo a esta.

Já no tocante à orientação trazida pela nova lei, nota-se a mudança da vertente principiológica. Em 1945, o comerciante que falia, não obstante a falência, por si só não ser considerada crime, deveria ser punido, ainda que civilmente, porque não fora capaz de conduzir de forma adequada a atividade por ele desenvolvida.

É neste sentido que se baseiam todas as determinações contidas no Decreto-Lei, como, por exemplo, afastar o falido da administração, restringir a propriedade de seus bens, retirá-lo da posse direta destes.

Contudo, esta vertente não mais se adequava à exigência do atual conceito de empresa e de atividade empresarial, visto que esta poderá enfrentar dificuldades financeiras independentemente da habilidade de seus diretores, porque existem outros elementos externos à atividade igualmente condicionantes, como as exigências do mercado e a política financeira determinada pelo Estado.

Isto, somado ao reconhecimento da importância social da empresa, a qual gera empregos, renda e financia a própria atividade estatal através do pagamento de tributos, fez com que houvesse uma mudança de entendimento quanto à questão da insolvência da empresa, buscando, nestes casos, possibilitar a recuperação desta, a fim de evitar o encerramento da atividade.

Por isso, a criação dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial em substituição à concordata, os quais conferem ao devedor a possibilidade de continuar a atividade adimplindo com as obrigações em condições especiais estabelecidas em um plano aprovado pelos credores ou pelo juiz.

Por fim, destaca-se a determinação da nova lei de que as novas regras apenas serão aplicadas aos processos posteriores à sua vigência, sendo, portanto, uma exceção à regra processual, a qual determina a aplicação imediata, inclusive aos processos já iniciados.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falências e concordatas**. 16. ed. Saraiva: São Paulo, 1998.

BATALHA, Wilson Souza Campos. **Falências e concordatas**: comentário à Lei de Falências: doutrina e legislação. 3. ed. São Paulo: Atual, 1995.

- BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro I: Teoria Geral de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2.
- _____. **Direito Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.
- LANDROVE DÍAZ, G. **Lás quebras punibles**. Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1970.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 14. ed. Saraiva: São Paulo, 1995. v. 2.
- STEVENSON, Oscar. **Do crime falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1938.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 10. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1989.
- VALVERDE, Trajano Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3.
- WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal: uma introdução à teoria finalista**. Tradução, prefácio e notas por Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro I: Teoria Geral do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.