

DIREITO PENAL/DIREITO PROCESSUAL PENAL

ASPECTOS CONTROVERSOS DA REPRESSÃO PENAL FALIMENTAR

Luiz Inácio Vigil Neto
Procurador de Justiça/RS

1. INTRODUÇÃO

1.1. PARÂMETRO HISTÓRICO E ASPECTOS TRANSICIONAIS DO SISTEMA PENAL FALIMENTAR – 1890/1929.

A revogação do Decreto nº 5.746/29, pelo atual Decreto-Lei nº 7.661/45, representou um marco de profunda alteração sistêmica na estrutura repressiva da legislação falimentar até então vigente.

O magistrado não só reconhecia o estado de insolvência para a decretação do regime, como também qualificava o gerenciamento da atividade econômico-mercantil. Em outras palavras, a falência poderia ser casual, culposa ou fraudulenta, sendo que nas duas últimas hipóteses haveria a pré-avaliação, ao menos potencial, da existência de crime falimentar.

Isto porque, durante a vigência do sistema anterior, crime falimentar era definido como crime único de gestão empresarial, nas modalidades dolosa ou culposa, de acordo com a qualificação dada pelo magistrado ao decretar a falência¹.

¹ Se o magistrado qualificasse como casual a falência, pré-definia a inexistência de gestão empresarial criminalmente punível.

Sequencialmente, caberia ao Promotor, atendidas as condições legais e dispondo de provas de materialidade e indícios suficientes de autoria, dar início à ação penal².

Entretanto, o Promotor deveria, antes de oferecer a denúncia, superar o que à época representava uma questão de alta complexidade relativa ao processo de adequação típica.

O Decreto 5.647/29 era uma lei tipicamente comercial, relegando ao Código Penal³ toda a estruturação das regras de Direito Material incluindo os tipos penais.

Este diploma, em seu artigo 336, definia como crime falimentar:

“Todo commerciante, matriculado ou não, que fôr declarado em estado de fallencia, fica sujeito á acção criminal, se aquella fôr qualificada fraudulenta ou culposa, na conformidade das lei do commercio”.

§ 1º - Se a fallencia fôr qualificada fraudulenta:

Pena - de prisão celllular por dois a seis annos.

§ 2º - Se culposa:

Pena - de prisão celllular por um a quatro annos.

§ 3º A fallencia dos corretores e dos agentes de leilão sempre presume-se fraudulenta, e será punida com as respectivas penas.

Uma análise de menor elaboração tenderia levar o intérprete a concluir que a repressão penal no sistema anterior se constituía em hipóteses de responsabilidade penal objetiva, uma vez que a caracterização da conduta típica decorreria da simples qualificação da falência, independentemente de descrição de ato punível. Não obstante, o processo de tipificação era um pouco mais elaborado, uma vez que o referido artigo 336 do Código Penal de 1890 tratava-se de norma penal em branco cujas normas integradoras estavam previstas nos artigos 170 e 171 da lei falimentar vigente⁴.

² Além do Ministério Público, a ação penal poderia ser exercida pelo liquidatário ou por qualquer credor habilitado (artigo 553 CPP).

³ Durante praticamente toda a existência da lei anterior vigorou o Código Penal de 1890.

⁴ “Artigo 170 (D. 5.746/29). Incurrerão nas penas de fallencia culposa, salvo a prova de fraude, caso em que serão applicaveis as penas da fallencia fraudulenta:

1º o devedor que tiver exercido o commercio sob firma ou razão social que não podia ser inscripta no Registro do Commercio;

2º o devedor que depois de encerrada a fallencia ou decretado o sequestro, praticar algum ato nullo;

3º o devedor que no prazo legal, não se declarar fallido, si a omissão resultar que fique fóra da influencia do termo legal da fallencia algum acto que dentro desse termo seria revogavel em beneficio da massa;

4º o fallido que se occultar, ausentar, negar informações e auxilio ao juiz e ao syndico ou crerar embaraços de qualquer especie ao bom andamento da fallencia;

5º o concordatario que, por negligencia, descuido ou outro acto de culpa, concorrer para a deterioração da massa e consequente rescisão da concordata.

Artigo 171. Incurrerão nas penas da fallencia fraudulenta:

1º o devedor que tiver empregado os fundos da casa commercial ou da empresa em despezas para fins reprovados, como jogos de qualquer especie, inclusive os chamados de bolsa;

2º o devedor que tiver desviado ou applicado a fins diversos do seu destino os valores de que era depositario, administrador ou mandatario;

3º o devedor que não proceder ao archivamento e lançamento no Registro do Commercio, dentro de 15 dias, subsequentes á celebração de seu casamento (Cod Comm., art. 31) do contrato ante-nupcial, sendo o marido commerciante ao tempo do casamento; desse contracto e dos titulos dos bens incommunicaveis da mulher, dentro de 15 dias subsequentes ao começo do exercicio do commercio, quanto ao contracto antenupcial, e, dentro de 30 dias subsequentes á aquisição, quanto aos referidos bens; e dos ritulos de aquisição de bens que não possam ser obrigados por dividas nos prazos aqui mencionados;

4º os corretores ou leiloeiros officiaes que tenham fallido, embora deixassem de exercer as suas funções, umavez que a fallencia se funde em actos que, nessa qualidade, praticaram;

5º o devedor que por meio de qualquer acto fraudulento ou de simulação, fizer concluiu com um ou mais credores para obter concordata preventiva ou concordata na fallencia;

6º o fallido que reconhecer, como verdadeiros, creditos falsos, suppostos ou simulados, por occasião do processo de verificação de creditos;

7º quem por si ou por interposta pessoa ou por procurador apresentar declarações ou reclamações falsas ou fraudulentas, ou juntar a ellas titulos falsos, simulados ou menos verdadeiros, pedindo a inclusão na fallencia (art. 82) ou na concordata preventiva, ou a reivindicación de bens (art. 139);

8º qualquer pessoa inclusive o syndico, liquidatario e guarda-livros, que se mancommunar com o devedor para, por qualquer fórmula, fraudar os credores ou auxiliar a occultar ou desviar bens, seja qual fór a sua especie, quer antes, quer depois da declaração da fallencia;

9º qualquer pessoa que occultar ou recusar ao syndico e liquidatario a entrega dos bens, creditos ou titulos que tenha do fallido; que admitir, depois de publicada a fallencia, cessão ou endosso do fallido ou com elle celebrar algum contracto ou ajuste sobre objecto que se prenda a interesse da massa;

10º o credor legitimo que fizer com seu devedor ou com terceiro qualquer concerto em prejuizo, ou transigir com o seu voto para obter vantagens para si nas deliberações e actos da concordata preventiva ou formada na fallencia, na quitação e rehabilitação;

11. o corretor que intervier em qualquer operação mercantil do fallido, depois de publicada a fallencia."

O autor da ação penal, preferencialmente o curador da massa falida, uma vez qualificada a gestão⁵ na sentença, tentaria enquadrar uma ou várias das condutas arroladas ou no artigo 170 ou no artigo 171 para oferecer denúncia por falência fraudulenta ou falência culposa, dentro da integração das regras do artigo 336, §§ 1º ou 2º, com, respectivamente, os artigos 171 e 170 da Lei 5.746/29.

Em síntese, o exame da viabilidade da persecução penal alcançava três hipóteses básicas possíveis:

- a) **o magistrado qualificar a falência como casual:** não haveria condutas puníveis ante a inexistência de tipo penal, conforme a regra do artigo 336 do Código Criminal de 1890;
- b) **o magistrado qualificar a falência como culposa:** haveria a possibilidade de se promover a ação penal por falência culposa desde que identificadas uma ou várias das condutas definidas no artigo 170 da anterior lei de falências;
- c) **o magistrado qualificar a falência como fraudulenta:** haveria a possibilidade de se promover a ação penal por falência fraudulenta, desde que identificadas uma das condutas definidas no artigo 171⁶.

Contudo, a prática de uma ou de diversas condutas dos artigos 170 ou 171, estranhamente, caracterizava um só crime. Isso era lógico dentro do sistema por duas razões:

- a) o sistema penal-falimentar 1929/1890 punia a gestão empresarial, que é o somatório de diversas decisões ou execuções de atos estratégicos da atividade empresarial;
- b) o tipo penal era único, ou falência fraudulenta ou falência culposa, sendo que os atos de decisão ou execução estratégica eram meras normas complementares de um tipo penal em branco – artigo 336.

Como decorrência disso, afastava-se do Direito Penal Falimentar o instituto do concurso de crimes, em detrimento da lógica sistêmica de crime único de gestão.

A reforma penal contida no Decreto-Lei nº 2.848/40, que revogou o Código Penal de 1890, teve uma tramitação legislativa contemporânea

⁵ Fraudulenta ou culposa.

⁶ Excepcionalmente, haveria a possibilidade de classificar uma conduta prevista no artigo 170 como dolosa, desde que se provasse a prática dolosa e fraudulenta.

ao Decreto-Lei 7.661/45. A proposta da então reforma falimentar seria disciplinar no próprio estatuto de quebras as regras penais e processuais penais falimentares, restando aos estatutos extrafalimentares uma aplicação de caráter apenas subsidiário. Diante disso, o então novo Código Penal não traria em seu texto nenhum tipo falimentar, conforme pode ser observado em sua exposição de motivos⁷.

Entretanto, a reforma falimentar, em que pese sua contemporaneidade frente à reforma penal, teve uma tramitação mais demorada e uma aprovação tardia em relação ao estatuto repressivo de três anos. Isso fez com que na Lei de Introdução do Código Penal de 1940, em seu artigo 2º, fossem introduzidos, temporariamente, os tipos penais previstos no artigo 336 do Código Penal revogado; além disso, a inclusão no novo texto, do artigo 360, segundo o qual: “ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário.”

Assim sendo, até 1º de novembro de 1945, o combate à criminalidade falimentar era repressivo à gestão empresarial, vinculado aos dois tipos penais acima referidos.

1.2. MATRIZ DA REFORMA FALIMENTAR – SISTEMA 1940/1945.

A principal idéia de transformação da reforma lançada pelo estatuto foi a adoção do sistema de Autonomia Legislativa, rompendo, em definitivo, com a tradição brasileira que seguia o modelo de Autonomia Criminal Mitigada. De acordo com o novo sistema, não só os tipos penais passariam a integrar a lei falimentar, como também a estrutura penal básica do sistema repressivo, relegando ao Código Penal apenas um caráter supletivo.

Ademais, os tipos deixaram de se constituir em normas penais em branco para se transformarem em regras penais incriminadoras de integração plena.

⁷ “O projeto absteve-se de tratar dos crimes de falência, que deverão ser objeto de legislação especial, já em elaboração”.

Essa nova proposta de matriz sistêmica trouxe consigo alguns problemas transicionais a serem enfrentados pela comissão de juristas encarregada da elaboração do projeto:

- a) **definição e descrição dos tipos penais e sanções correlatas:** superada a discussão sobre qual o sistema legislativo deveria ser adotado, restava aos legisladores a construção de uma estrutura de tipos penais a ser alocada na lei de falência. Afastou a comissão a punição do crime único de gestão empresarial, passando-se a reprimir atos específicos de decisão ou execução estratégicas. Dessa forma, ao invés de um sistema onde um ou vários atos descritos caracterizavam um único crime, passou-se a punir os atos individualmente, arrolando-os nos artigos 186, 187, 188, 189 e 190;
- b) **inserção do concurso de crime em Direito Penal Falimentar:** conforme antes referido, a responsabilidade penal era a partir da gestão (somatório de atos gerenciais e de decisão estratégica). Nesse sistema, em que pese muitos atos serem atentatórios ao patrimônio do ente econômico ou ao interesse dos credores, mesmo que praticados multiplicadamente representariam apenas uma unidade criminosa e por conseguinte incompatível com o instituto do concurso de crimes.

A radical transformação operada pelo sistema Penal-Falimentar 1940/1945, adotando a teoria dos atos gerenciais em detrimento do crime único de gestão, permitindo, assim, a repressão individual de cada ato praticado, gerou na época a expectativa de inclusão na criminalidade falimentar do instituto do concurso de crimes.

A forma de inclusão adotada pela comissão foi lançada no artigo 192 que será futuramente discutido neste trabalho;

- c) **contemplação da modalidade tentada e da modalidade culposa no crime falimentar:** o sistema 1929/1890 orientava-se pela idéia de pré-qualificação do crime falimentar. Em outras palavras, salvo hipóteses excepcionais⁴, o magistrado influía na apreciação do Ministério Público, informando-o sobre a natureza da falência e conseqüentemente, sobre a natureza do crime a ser reprimido que era único de gestão

⁴ Vide nota nº 06.

empresarial. Dessa forma, havia a incompatibilidade conceitual para aceitação de crimes falimentares na modalidade tentada, uma vez que a gestão expressava-se como uma unidade orgânica e completa. Uma vez qualificada a falência e identificado ato punível, o crime estaria consumado em todos seus aspectos.

A redefinição da estrutura de tipos penais, tornando-os independentes, propiciou um novo debate, sustentando alguns a possibilidade de inclusão da tentativa em Direito Penal Falimentar. De logo admitiu-se essa possibilidade quanto aos crimes praticados após a decretação da falência. Alguma resistência inicial, hoje superada, surgiu quanto aos crimes antifalimentares em virtude de a lei exigir a sentença falimentar como condição prévia objetiva de punibilidade. Nos dias atuais, ao menos majoritariamente, vem sendo admitida a tentativa, observando-se a estrutura descritiva do tipo, permissiva ou não dessa modalidade, independentemente de sua natureza penal-falimentar.

A lei falimentar não trouxe consigo um balizamento normativo para a aplicação da modalidade culposa. Frente a essa omissão, e diante do caráter normativo subsidiário do Código Penal, há a inegável aplicação do artigo 18 do estatuto de repressão geral que sustenta o princípio da excepcionalidade pelo qual todos os crimes são dolosos, salvo expressa referência.

Nenhum dos tipos contidos no Decreto-lei 7.661/45 se faz acompanhar da cláusula de excepcionalidade, o que faz afirmar a impossibilidade de punição na modalidade culposa. Há, sem sobra de dúvida, um debate consistente que vem sendo travado sustentando a existência de crimes falimentares culposos. Esse debate decorre do fato de que o legislador de 1945, ao criar os tipos penais, apenas relacionou as condutas anteriormente previstas nos artigos 170 e 171 do Decreto 5.746/29, sendo que o artigo 170 se referia a normas de integração do crime de falência culposa, e nesses casos praticados com culpa. Como se poderia admitir, segundo alguns doutrinadores, punir-se a título de dolo um crime negligencial, imperística ou imprudencialmente praticado?

- d) o instituto da prescrição e a sua repercussão nos novos tipos penais: diferentemente do sistema vigente, o sistema 1929/1890 disciplinava a prescrição na lei falimentar como um acontecimento que afetava o exercício do direito de ação. Consentâneo à estrutura sistêmica de crime único de gestão, na modalidade culposa ou dolosa, o prazo prescricional era de dois anos, independentemente da pena cominada ou aplicada. O sistema 1940/1945, ao criar uma estrutura de tipos penais independentes, com penas próprias, deveria ter se aproximado da estrutura estabelecida do Código Penal, vinculando o prazo à pena cominada ou aplicada. Frustrando as expectativas que eram depositadas, a comissão resolveu repetir no artigo 199 da atual lei o antigo artigo 177⁹ da lei de 1929 estabelecendo prazo único de prescrição independentemente do crime e da pena.

2. ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS TIPOS PENAIS ELENCADOS NO DECRETO-LEI Nº 7.661/45.

Antes de dar início à análise crítica dos dispositivos penais contidos no Decreto-Lei 7.661/45, é de vital importância uma breve introdução e contextualização do então novo sistema penal-falimentar.

Importa lembrar que a atividade econômica no contexto brasileiro até a década de sessenta era desenvolvida basicamente pelo comerciante individual, tendo as sociedades então mercantis, hoje empresárias, um papel de menor relevância. Isso explica o porquê da lei vigente direcionar sua descrição normativa ao falido, figura representativa da atividade econômica individual e não societária.

Punia-se basicamente a gestão, e excepcionalmente algum ato específico não gerencial, mas que ainda assim era lançada como conduta integrante de crime de falência culposa ou fraudulenta¹⁰.

Sem descartar a possibilidade de prática de crimes após a decretação da falência, a gestão, sendo por óbvio somente exercida antes da quebra, tornava muito difícil a punição de um ato pós-falência sem esta ter sido qualificada como criminosa.

⁹ Artigo 177 do Decreto 5.746/29: "A ação penal dos crimes definidos nesta lei prescreve em dois anos depois de encerrada a falência ou de cumprida a concordata".

¹⁰ Vide nota nº 04.

A fim de melhorar o sistema, a comissão procurou alterar a estrutura vigente – crime de falência fraudulenta e crime de falência culposa – para crimes antefalimentares e crimes pós-falimentares. Esta radical alteração exigia uma completa desvinculação do sistema anterior. Tal fato, como antes referenciado, não se configurou, gerando algumas contradições sistêmicas ainda não resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência.

A nova estrutura pune não mais a gestão, mas o ato de execução da decisão estratégica de risco ou naturalmente ilícita, procurando diferenciar os crimes praticados com poder de gestão¹¹ – crimes antefalimentares – dos crimes sem poder de gestão – crimes pós-falimentares.

Os primeiros, na maioria das vezes, não se constituem em condutas naturalmente ilícitas, mas puníveis em virtude da decretação da falência se praticadas no período de desagregação econômico-financeira, não tendo, necessariamente, relação de causa com a falência. A sentença, nesse caso, é condição objetiva de punibilidade para um crime que em circunstâncias outras que não falência do negócio seria impunível ou penalmente irrelevante.

Os últimos, por terem sido praticados após a decretação da falência, que determina a perda do poder de gestão, trazem em si um conhecimento inarredável por parte de seu agente da ilicitude de sua ação, sendo nesse caso a sentença falimentar uma condição de ambiente para a existência do crime como elemento do tipo e de mera procedibilidade para o exercício da ação e, mas não para a sua punibilidade pois a falência é pressuposto de sua prática.

2.1. ARTIGO 186 – SERÁ PUNIDO O DEVEDOR COM DETENÇÃO, DE SEIS MESES A TRÊS ANOS, QUANDO CONCORRER COM A FALÊNCIA ALGUM DOS SEGUINTE FATOS:

Inicialmente, é importante destacar que o artigo 186 trata de crimes antefalimentares, condutas praticadas pelo empresário enquanto administrador.

¹¹ Conforme o artigo 40, “caput” do Decreto-Lei 7.661/45: “Desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar seus bens e deles dispor”.

A expressão final do artigo – **concorrer com a falência** – refere que a(s) conduta(s) a ser(em) examinada(s) vinculam-se ao fato jurídico-econômico falência, não sendo, necessariamente, a causa desta.

Isso quer dizer que, embora não seja necessária a prova de o(s) fato(s) ter(em) causado a falência, é necessária a prova de que tenha(m) ocorrido no período de desagregação cuja informação deverá ser prestada na perícia contábil. Existem algumas presunções possíveis e aplicáveis para o caso de impossibilidade de posicionamento ou mesmo elaboração da perícia tais como as contagens retroativas que para o direito falimentar remontam até dois anos. Porém, há de se observar que essa presunção cede lugar à informação contida na perícia¹².

Por fim, importa também destacar que a prática dessas condutas dar-se-á por ato do empresário individual ou de administradores, sócios ou não, de sociedade empresarial.

I – gastos pessoais ou de família, manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal.

A primeira questão a ser discutida é a real compreensão do termo cabedal, sendo, para isso, necessária a utilização de recursos da ciência econômica e contábil.

Cabedal significa patrimônio líquido (PL) que é a resultante da seguinte fórmula contábil:

Bens + direitos – obrigações = PATRIMÔNIO LÍQUIDO (PL).

Analisando a seguinte configuração contábil:

ATIVO			PASSIVO		
Caixa	R\$	5.000,00	Contas a Pagar	R\$	11.000,00
Títulos a Receber	R\$	3.000,00	Exigível a Longo Prazo	R\$	8.000,00
Imóveis	R\$	15.000,00			
			<u>Patrimônio Líquido¹³</u>	R\$	<u>4.000,00</u>
			(capital social)	R\$	1.000,00
			(REA)	R\$	3.000,00
Total	R\$	23.000,00	Total	R\$	23.000,00

¹² Por essa razão, seria ilógico, senão absurdo, punir-se um desses fatos ocorridos há mais de cinquenta anos. Menos pelo número de anos transcorridos, mas principalmente pela falta de correlação com a falência.

¹³ A conta patrimônio líquido se obtém pelo resultado bens+direitos-obrigações. Outrossim, é formada pelas subcontas Capital Social e REA (resultado do exercício anterior).

O balanço patrimonial acima, embora de forma simplificada, é extremamente informativo na questão posta em análise:

- 1) a primeira conclusão é de que a empresa se encontra em séria crise financeira, pois suas dívidas de curto prazo superam seus ativos líquidos. Este é um fato potencialmente determinante de sua insolvência econômica. Se a insolvência for judicialmente declarada e conseqüentemente decretada a falência, o ato gasto excessivo ou retirada social excessiva, que em situação não falimentar não seria investigável, passa, a partir da decretação da falência a ser penalmente punível, ainda que não seja a causa determinante, desde que ocorrente dentro desse quadro de desagregação.
- 2) Aplicando-se a equação bens (caixa e imóveis) R\$ 20.000,00 + direitos (títulos a receber) R\$ 3.000,00 – obrigações (contas a pagar e exigível a longo prazo) R\$ 19.000,00 = PL R\$ 4.000,00. A conduta punível é dentro de um contexto econômico-financeiro de insolvência, que tenha levado à decretação da falência, gastar excessivamente em relação ao patrimônio líquido. Sendo necessário provar que, dentro daquela situação, a decisão gerencial de gastos ou retiradas excessivas foi desproporcional ao patrimônio líquido, que é em última análise o limite máximo de gastos permitido pelas regras de gerenciamento responsável.
- 3) O gasto ou retirada acima desse limite torna o patrimônio líquido negativo, fato gerencialmente possível em virtude das adversidades do negócio, mas não autorizado se em decorrência de decisão estratégica irresponsável.
- 4) Como a conduta somente será punível se a falência tiver sido decretada, na hipótese de qualquer alteração do quadro econômico-financeiro tornando-a afluyente e, por via de conseqüência, impedindo a decretação da falência, a conduta não será penalmente reprimida uma vez que o fato praticado não foi concorrente ao período de desagregação que culminou na decretação da falência.
- 5) Adaptando-se esse tipo penal à atividade empresarial associativa, sabe-se que os sócios são credores da pessoa jurídica¹⁴ e o direito de retirada é a forma jurídica pela qual a

¹⁴ Por essa razão a conta capital social integra o passivo.

sociedade legitimamente paga seus sócios que são seus primeiros financiadores. Todavia, o direito de retirada é limitado ao patrimônio líquido da empresa. Se o exercício desse direito representar um desfalque no patrimônio daquela, e se tal “sangria” ocorrer dentro do contexto de insolvência – com a posterior decretação do regime falimentar – o crime estará consumado e será imputável a todos os sócios que exerceram abusivamente o direito de retirada.

II – despesas gerais do negócio ou da empresa injustificáveis, por sua natureza ou vulto, em relação ao capital, ao gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas.

Trata-se de conduta de gerenciamento temerário – predatório ou negligente – que somente será punível com a decretação da falência.

No balanço patrimonial abaixo, um pouco mais completo que o anterior, demonstra-se:

ATIVO			PASSIVO		
<u>CIRCULANTE</u>	R\$	9.000,00	<u>CIRCULANTE</u>	R\$	15.000,00
Caixa	R\$	5.000,00	Contas a Pagar	R\$	11.000,00
Títulos a Receber	R\$	3.000,00	Empregados	R\$	3.000,00
Estoques	R\$	1.000,00	Empréstimos	R\$	1.000,00
<u>PERMANENTE</u>	R\$	15.000,00	<u>EXIGÍVEL A LONGO PRAZO</u>	R\$	8.000,00
Imóveis	R\$	15.000,00	Financiamento	R\$	8.000,00
			<u>PATRIMÔNIO LÍQUIDO</u>	R\$	1.000,00
			Capital Social	R\$	1.000,00
TOTAL	R\$	24.000,00	TOTAL	R\$	24.000,00

- 1) Observa-se que essa empresa também se encontra em grave situação financeira pois seu passivo circulante é bem superior ao seu ativo circulante.
- 2) A manutenção desse quadro de crise financeira poderá causar a insolvência da empresa e conseqüentemente a decretação do regime falimentar.

- 3) Se a falência for decretada, e evidenciada a prática da conduta em época abrangida por essa situação econômico-financeira, estará caracterizado o tipo penal.
- 4) A conta **patrimônio líquido (PL)** é formada pela subconta **capital social** e pelo **resultado do exercício anterior (REA)**¹⁵. O **capital social** representa o quanto e na proporção daquilo que os sócios transferiram de seus patrimônios pessoais para o patrimônio da sociedade. Indica o primeiro financiamento que uma empresa recebe, tornando-a devedora de seus sócios, dando-lhes o direito de realizar as retiradas sociais¹⁶.
- 5) Outrossim, o capital social define o tamanho da empresa e traça o referencial de gastos (despesas e custos) que ela pode realizar, os quais deverão estar em conformidade com o tamanho do ente empresarial, ou seja, de acordo com o capital social.
- 6) A prática desse delito se perfectibiliza sob três bases possíveis:
 - a) despesa injustificável (natureza ou vulto) em relação ao capital social ;
 - b) despesa injustificável (natureza ou vulto) excessiva em relação ao ativo circulante;
 - c) despesa injustificável (natureza ou vulto) em relação ao gênero do negócio.
- 7) Inicialmente é de se observar que a conta despesa é lançada não no balanço patrimonial, mas em peça contábil parcial, chamada balancete. Dessa forma, o operador deverá obter do perito judicial as informações que este apurar dos balancetes e avaliar a compatibilidade do gasto frente aos parâmetros lançados.
- 8) No parâmetro “a” deve-se observar o valor da despesa – lançada nos balancetes mensais – frente ao capital social lançado no balanço patrimonial.
- 9) No parâmetro “b” deve-se observar a natureza ou vulto da despesa frente ao valor total do ativo circulante.
- 10) No parâmetro “c” deve-se observar a natureza da despesa em relação ao objeto social constante no contrato ou estatuto social da empresa.
- 11) É também importante notar que despesas se referem a gastos operacionais do negócio, excluindo da tipificação as despesas

¹⁵ No balanço acima foi estipulado valor zero ao REA.

¹⁶ Tal informação é extremamente válida para a análise do item 5 do inciso anterior.

decorrentes de aquisição de ativo imobilizado ou para fins de investimento.

- 12) Tratando-se de gastos operacionais há a absoluta exclusão da prática criminosa dos sócios que não tenham poder de decisão ou execução estratégica.

III – emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da falência, como vendas, nos 6 (seis) meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou a sucessiva reforma de títulos de crédito.

Esta modalidade típica apresenta uma certa dificuldade de integração sistêmica entre a normatividade empresarial e os limites de garantia penal. Normativamente visa a punir o gerenciamento protelatório à decretação do regime falimentar através de decisões estratégicas que aumentam a ruína do negócio. A expressão meios ruinosos é genérica e poderia ser tranquilamente interpretada como aberta e que as modalidades descritas – venda por menos do preço corrente e sucessiva reforma de títulos – seriam exemplificativas, realizando-se o processo de adequação típica por outras formas ainda que não expressamente descritas no enunciado do tipo.

O Direito Penal vem se demonstrando muito refratário a essa tese, apoiando-se no princípio da legalidade, segundo a qual a acusação por prática de conduta não expressamente prevista seria uma afronta à segurança e garantia constitucional.

Por outro lado, em que pese a equivocada formatação descritiva, a idéia inequívoca do legislador foi criar um tipo aberto, admitindo-se outras condutas além das elencadas. Neste particular, registre-se a situação de operações de desconto bancário com taxas além das cotadas no mercado para o fim de alcançar uma liquidez aparente e com isso retardar a decretação da falência. Há nessa hipótese uma indubitável caracterização da conduta sucessiva reforma de títulos. Entretanto, operações de *FACTORING*, nas mesmas ou piores condições de juros, por não se tratar de venda abaixo do preço corrente nem reforma de título, poderia caracterizar o delito?

Pelo pensamento majoritário do garantismo penal, não. Certamente sim, de acordo com o ponto de vista da legislação falimentar.

A par dessa relevante discussão, observa-se que a conduta busca a obtenção de liquidez temporária a fim de evitar a decretação da falência.

A ação punível não é a que tenha causado a falência, mas a que procure retardá-la e com isso arruinando ainda mais o patrimônio. Se praticada no período de desagregação concomitante com a decretação do regime, estará caracterizado o tipo penal. Observando-se, também uma especial característica na modalidade venda abaixo do preço corrente que trata do período de ocorrência, dentro dos seis meses anteriores à quebra.

Por se tratar de ato de decisão estratégica é somente imputável a quem detenha esse poder, estando afastada qualquer responsabilidade de sócio meramente cotista.

Por fim, não se pode confundir este ato, com dolo específico de retardar a falência, com decisões normais de negócio como as liquidações, queimas de estoque obsoletizados, vinculados aos princípios racionais de administração negocial.

IV – abuso de responsabilidade de mero favor.

A administração empresarial é voltada para a maximização de afluência da empresa.

A sociedade mercantil, conforme princípio consagrado em Direito Empresarial tem existência distinta da de seus sócios. O sócio não é a empresa, mas um órgão essencial¹⁷.

Sendo um órgão e não se confundindo com a sociedade, o sócio, quando administra e quando exerce seus direitos sociais está restrito a alguns limites impostos pela lei e pelo contrato. No âmbito gerencial, especificamente, o endividamento ou a assunção da posição de garantidor de obrigações alheias (fiança ou aval) devem estar sempre direcionadas para algum benefício imediato ou mediato para a sociedade, ou que no mínimo esteja amparada pelo contrato social.

Por se tratar, mais uma vez, de ato de decisão estratégica, a conduta somente será imputável a quem detiver poder de gestão na empresa.

V – prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de bolsa.

As empresas não vivem apenas da geração de riqueza produtiva. Em muitas oportunidades, o ganho decorre de oportunidades especulativas lícitas que aumentam seu patrimônio. Operações no mercado de capitais, no mercado de câmbio, mercado de opções são

¹⁷ Segundo o artigo 5º do Decreto-Lei nº 7.661/45, a falência da sociedade não determina a falência dos sócios.

iniciativas de risco que podem elevar o lucro da empresa em um curto espaço de tempo sem que haja um maior esforço produtivo.

Por serem de risco, essas operações, em geral, demandam quantias consideráveis. Por se tratarem de resultados não-operacionais, fora da atividade normal da empresa, corre o administrador o risco de descapitalizar o ente econômico enfraquecendo o equilíbrio financeiro do negócio.

A norma pune criminalmente a decisão estratégica de risco que traga, por ações meramente especulativas, prejuízos relevantes ao negócio diminuindo sua capitalização e por via de consequência enfraquecendo sua capacidade financeira.

Sendo uma decisão estratégica de risco punível, somente poderá ser imputada a conduta àqueles que detenham poder de gerência.

VI – inexistência de livros obrigatórios ou a sua escrituração atrasada, defeituosa ou confusa.

Provavelmente constitua-se em um dos delitos de maior incidência da criminalidade falimentar. O registro contábil é a fotografia diária da atitude gerencial do empresário. É uma espécie de testemunha ocular permanente dos atos de gestão criminosa. É uma prova de fácil obtenção e de difícil contestação.

Por essa razão, muitos empresários, ao cometerem atos puníveis, procuram enfraquecer essa prova não constituindo os meios de sua produção ou tornando-os pouco confiáveis.

Os livros comerciais obrigatórios são, nos dias atuais, o livro diário e o registro de duplicatas. O tipo penal estará caracterizado tanto pelo fato de inexistirem os livros no período como também, ainda que existindo, verifiquem-se problemas em seus lançamentos.

Quanto à primeira hipótese, há de se observar uma questão prática de alta procedência. Se os livros não existirem, como será possível apurar o período de desagregação? Nessas hipóteses, tendo sido aproveitada, pela idéia de interpretação analógica, do prazo de dois anos retroativos à decretação da falência, que segundo o legislador, salvo prova material em contrário, convencionou-se como o período prévio de desagregação que a torna insolvente e faz com que o Poder Judiciário venha a decretar o regime falimentar¹⁸.

¹⁸ Vide regra dos artigos 5º, parágrafo único; 51, “caput” e parágrafo único e artigo 52, IV e V do Decreto-Lei nº 7.661/45.

A jurisprudência vem entendendo que a partir de 1994 a microempresa não está dispensada de manter algum tipo de escrituração (ED TJRS – 591096581; Acr TJRS 69116657), podendo realizá-la por intermédio de fichas ou outros meios idôneos alternativos sem obrigatoriedade de escrituração nos livros comerciais obrigatórios.

A responsabilidade penal, nesse delito, é imputável ao administrador e em certas circunstâncias ao contador da empresa.

VII – falta de apresentação de balanço, dentro de sessenta dias após a data fixada para o seu encerramento, à rubrica do juiz sob cuja jurisdição estiver o seu estabelecimento principal.

O balanço referido neste inciso é o balanço patrimonial. A rubrica do juiz com a data identifica sua elaboração como peça formal. Diante disso, ao rubricar o juiz não está afirmando a veracidade das informações contidas. Tal análise será feita no caso da falência da empresa.

A maior valia desse tipo penal está no plano acadêmico, pois plenamente elucidativo da estrutura penal falimentar. É possível afirmar que o simples fato de não apresentar livros comerciais à rubrica judicial é um fato socialmente reprovável? Sem a decretação da falência, certamente não. Porém, a falência torna essa conduta penalmente reprimível. Caracterizando-se como condição penal objetiva de punibilidade sem a qual não seria possível punir.

Parágrafo único. Fica isento de pena, nos casos dos nº VI e VII deste artigo, o devedor que, a critério do juiz da falência, tiver instrução insuficiente e explorar comércio exíguo.

Dois são os requisitos básicos para a aplicação do benefício: a) instrução insuficiente do administrador da sociedade ou do empresário individual; b) exploração de comércio exíguo (podendo hoje, analogicamente, ser identificado como ME e EPP).

Quanto à instrução, não se apresenta como requisito único a titulação escolar ou acadêmica, mas também, e às vezes de forma bem mais decisiva, o conhecimento, ainda que meramente prático, da atividade negocial desempenhada, independentemente de sua formação escolar ou universitária.

Historicamente, a base de concessão desse benefício já foi objeto de exclusiva avaliação judicial subjetiva. Atualmente, com a criação do estatuto da micro e da empresa de pequeno porte, vincula-se o

magistrado, pelo quanto ao requisito exploração de comércio exíguo, em ater-se aos critérios da Lei. 9.841/99.

Na forma enunciada pelo parágrafo único, verifica-se que o legislador criou uma modalidade extraordinária de isenção de pena.

A teoria penal diverge sustentando, majoritariamente, que a isenção de pena seria, dependendo da circunstância, em exame de caso concreto, causa de absolvição ou de diminuição de pena.

Assim sendo, a denúncia seria recebida pelo juiz da falência¹⁹ e de imediato remetida ao juízo criminal competente para o processamento e julgamento da ação penal. Se, ao menos potencialmente, estiverem presentes as condições de isenção, o juiz criminal deixaria de aplicar a pena ou então absolveria o réu. Porém, tal entendimento afronta a regra acima exposta, pois, segundo o seu enunciado, cabe exclusivamente ao juiz da falência essa análise.

É de se aceitar, por trazer uma proposição mais harmônica ao sistema, a teoria de que o artigo 186, parágrafo único, é uma causa especial de extinção de punibilidade uma vez que, ao examinar a denúncia, e observando a existência de seus pressupostos, o juiz da falência deverá rejeitá-la por falta de justa causa.

2.2. ARTIGO 187 – SERÁ PUNIDO COM RECLUSÃO, POR UM A QUATRO ANOS, O DEVEDOR QUE, COM O FIM DE CRIAR OU ASSEGURAR INJUSTA VANTAGEM PARA SI OU PARA OUTREM, PRATICAR, ANTES OU DEPOIS DA FALÊNCIA, ALGUM ATO FRAUDULENTO DE QUE RESULTE OU POSSA RESULTAR PREJUÍZO AOS CREDORES.

Esse tipo penal assume uma condição diversa para a sua consumação. Não consta em seu texto a expressão: “concorrer com a falência”. Por via de consequência, sua prática não está relacionada a um quadro de desagregação econômico-financeira, mas atos fraudulentos independentes que concreta ou potencialmente causem prejuízos aos credores da falência, praticados antes ou após a decretação da falência.

Nesse sentido, o ato ocorrente antes da falência trata-se, na expressão do artigo 192: “crime por si mesmo, independentemente da declaração da falência”, uma vez que esta não é sua condição de punibilidade. Não o sendo, o crime já está perfectibilizado e a conduta é reprimível independentemente do estado jurídico-econômico de

¹⁹ Ressalvando-se as hipóteses do artigo 113 e do artigo 194 do Decreto-Lei nº 7.661/45.

falência. Contudo, nessas condições, não se pode olvidar a regra contida no Código de Processo Penal, artigo 507, que coloca, para essas hipóteses, a sentença falimentar como condição de procedibilidade.

Para o ato praticado após a decretação da falência, afasta-se de plano a condição de procedibilidade, assim como a condição objetiva de punibilidade, uma vez que o ato necessita do cenário falência para ser consumado. Nesta hipótese, a falência é um dos elementos do tipo penal.

O presente artigo guarda algumas semelhanças com o crime de estelionato previsto no artigo 171 do Código Penal, em que pese certas características próprias.

As diferenças mais marcantes são identificadas a partir do sujeito ativo que será o empresário individual ou administrador de sociedade empresarial e do sujeito passivo, que pela forma enunciada no artigo é a coletividade de credores e não uma individualidade identificada, o que caracterizaria a hipótese de estelionato comum.

A consumação depende de um resultado, concreto ou potencialmente, de prejuízo aos credores da massa falida, para a criação ou garantia de injusta vantagem, decorrente da prática de ato fraudulento. Dentro dessa linha de raciocínio, posiciona-se também o STJ, ao afirmar, *verbatim*: “Com efeito, na atual fase de apuração dos ilícitos, impossível determinar-se, com precisão, se emissão das duplicatas simuladas visou ao prejuízo dos credores, para que possa ser caracterizado como crime falimentar. O simples fato de ser comerciante falido não implica, necessariamente, se a conduta criminosa foi cometida de forma a causar lesão ou ameaça de perigo aos credores da massa falida. A emissão de duplicata simulada antes do termo da quebra caracteriza crime de estelionato, não estando sujeito ao procedimento da lei de falência (RHC 7011/SP)”.

Dessa forma, atos de emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos, emissão de duplicatas sem lastro ou qualquer ato que afete individualmente um credor será tipificado como crime comum, com previsão no Código Penal.

2.3. ARTIGO 188 – SERÁ PUNIDO O DEVEDOR COM A MESMA PENA DO ARTIGO ANTECEDENTE, QUANDO COM A FALÊNCIA CONCORRER ALGUNS DOS SEGUINTE FATOS:

Assim como no artigo 186, trata-se de crime antifalimentar, onde o empresário ou administrador detenham o poder de tomada da decisão estratégica, cujas condutas por si só não podem ser reputadas como puníveis, passando a sê-lo, porém, em virtude da condição de punibilidade que é a decretação do regime de falência²⁰.

I – simulação de capital para obtenção de maior crédito.

A atividade produtiva se desenvolve a partir da realização concreta ou potencial de resultados econômicos e financeiros. Muitas vezes os entes empresariais não dispõem, no momento da negociação, dos recursos para a execução de seus projetos para alcance das metas de resultado.

O tráfego negocial se move por realizações no presente e pelas expectativas futuras. Nessas expectativas depositam-se o cumprimento de performances anteriormente acordadas. Acredita o banco que o tomador irá, por sua idoneidade moral e financeira e/ou pela sua potencialidade, restituir a importância mutuada no prazo e nas condições previamente estabelecidas.

Nos dias de hoje, a concessão de crédito é estabelecida por dois critérios básicos:

- garantias oferecidas pelo tomador;
- fluxo de caixa do tomador.

O primeiro critério identifica o patrimônio livre que possa suplementarmente ser despojado do devedor a fim de viabilizar o pagamento. O segundo, a potencialidade financeira do tomador.

Até a década de sessenta, o ordenamento falimentar dava maior resguardo ao primeiro critério de avaliação pois o crédito prioritário era

²⁰ Neste momento já é importante destacar a diferença estrutural existente entre um crime antifalimentar e um crime pós-falimentar. O primeiro se realiza no contexto econômico-financeiro da insolvência. O fato pode não ser punível, por si só, mas se a insolvência for judicialmente reconhecida com a decretação do regime falimentar o fato passará a ser punível. O crime pós-falimentar ocorre no contexto judicial da falência como regime jurídico já consolidado.

Para uma melhor compreensão da diferença entre insolvência e falência como regime jurídico, sugere-se a leitura de artigo publicado "Reflexões sobre o Sistema Falimentar" in Revista Jurídica nº 241, pg 34 – Nov/1997.

o que possuísse garantia real. Essa situação vem se alterando já há algum tempo e o crédito com garantia real já não mais representa uma certeza de satisfação do direito do credor no caso da falência do tomador, pois cedeu, por força de legislação posterior, seu lugar de prioridade aos créditos de acidente do trabalho, trabalhistas, fiscais e parafiscais. Desse modo, em relação ao ofertador de moeda não mais vê a garantia real como uma vantagem comparativa aos demais credores.

Essa nova conjuntura jurídico-negocial fez com que as atenções dos ofertadores de moeda fossem direcionadas a um outro critério, de maior credibilidade, embora também de risco, mas que pudesse dar, ao menos uma maior previsibilidade ao concedente de crédito. Esse novo critério é a avaliação do fluxo de caixa da empresa mutuária, pois revela não só a potencial capacidade de adimplemento como também o próprio dimensionamento do crédito a ser concedido, definindo o tamanho do risco decorrente da operação.

Na época da criação da lei, entretanto, conforme antes mencionado a avaliação de risco era proporcional aos bens livres a serem dados em garantia. O instrumento de avaliação era o balanço contábil, não o fluxo de caixa. Conseqüentemente, o tomador do empréstimo às vezes via inviabilizada ou diminuída sua expectativa por não poder oferecer garantias suficientes ao mutuante.

Na tentativa de obter o empréstimo e na quantia desejada, pode a empresa simular um aporte falso de capital a fim de induzir em erro o emprestador e conseguir concretizar a operação no nível desejado.

Esta não é uma conduta enquadrável no tipo de estelionato comum, uma vez que não requer a geração do benefício indevido ao ente empresarial, nem a geração do prejuízo a outrem. O que se reprime é a conduta de simular o capital com o objetivo específico, independentemente de consumação do empréstimo ou financiamento. Isto é mero exaurimento do delito.

Tratando-se de mera conduta, independentemente de resultado material, não admite a tentativa.

II – pagamento antecipado de uns credores em prejuízo de outros.

A insolvência e a perspectiva de decretação de um regime falimentar não isentam a empresa de honrar as suas

obrigações²¹. Enquanto não decretado o regime falimentar, está a empresa legitimada a adimplir suas obrigações no vencimento ou até mesmo antes, se conveniente. A lei, mais uma vez, a partir da condição de punibilidade – decretação da falência – propõe-se a punir uma decisão estratégica que em outras circunstâncias não seria penalmente relevante. O que procura a lei reprimir é o fato de o administrador no exercício de sua gestão, antevendo uma possível falência, vir a beneficiar “amigos” cujos créditos ainda não tenham vencido os quais ele pretenda beneficiar, retirando-lhe o ônus de participar do concurso de credores na falência.

Procura-se punir o favorecimento, não a necessidade estratégica da empresa que às vezes, por conveniência gerencial tenha de tomar essa atitude.

III – desvio de bens, inclusive pela compra em nome de terceira pessoa, ainda que cônjuge ou parente.

A conduta punível básica é o desvio de bens (móveis ou imóveis – tangíveis ou intangíveis) que integram o patrimônio da empresa, sendo que a compra em nome de terceiros é apenas uma das modalidades de consecução do tipo.

O fato necessita ser realizado antes da decretação da falência e dentro do quadro de insolvência econômico-financeira.

A estrutura patrimonial de uma empresa é composta de bens e direitos²² e toda essa estrutura é lançada contabilmente. Mas assim como a atividade empresarial é dinâmica, o perfil patrimonial também assume esse dinamismo, sendo obrigatório o registro de toda e qualquer alteração patrimonial, conforme se demonstrará a seguir:

²¹ A falência e a concordata suspendem a exigibilidade das dívidas da massa ou da concordatária – no caso as dívidas quirográficas – até as respectivas etapas de pagamento.

²² Exemplo de bens: imóveis, estoques, veículos...

Exemplo de direitos: contas a receber, realizável a longo prazo...

ATIVO			PASSIVO	
Caixa (b)	R\$	1.000,00	Obrigações	xxxxx
Imóveis (b)	R\$	20.000,00		
Veículo (b)	R\$	8.000,00		
Estoque (b)	R\$	12.000,00	Exigível de Longo Prazo	xxxxx
Contas a receber (d)	R\$	5.000,00		
Realizável Longo Prazo (d)	R\$	800,00	Patrimônio Líquido	xxxxxxxx
Obs: (b) bens (d) direitos			Obs: os itens acima não foram lançados por não interessarem na análise desse tipo penal.	

Um dos princípios básicos da ciência contábil é o chamado princípio do **equilíbrio patrimonial** pelo qual a movimentação patrimonial da empresa contabilmente repercute no ativo e no passivo. Para exemplificar, assume-se a venda de estoque pelo valor de R\$ 4.000 para pagamento à vista. Por força desse princípio, lança-se uma diminuição de valor na conta estoque (12.000 – 4.000 = R\$ 8.000) e um aumento na conta caixa (1.000 + 4.000 = R\$ 5.000).

Imediatamente, a peça contábil (ainda que parcialmente) assumiria a seguinte configuração:

ATIVO			PASSIVO	
Caixa	R\$	5.000,00	Obrigações	xxxx
Imóveis	R\$	20.000,00		
Veículo	R\$	8.000,00	Exigível a Longo Prazo	xxxx
Estoque	R\$	8.000,00		
Contas a receber	R\$	5.000,00		
Realizável Longo Prazo	R\$	800,00	Patrimônio Líquido	xxxxxxxx

Observa-se que simultaneamente à diminuição de estoques houve incremento da conta caixa. Compreendida esta dinâmica operativa, fica extremamente fácil detectar a prática do delito.

Na hipótese exemplificativa de realizada a venda de estoque com sua conseqüente diminuição de valor, não se registra a correspondente entrada no caixa da empresa uma vez que esse foi apropriado pelo administrador ou pelos sócios.

O objeto do desvio pode ser qualquer tipo de bem, inclusive marcas e patentes.

Há, contudo, uma discussão possível de ser travada, eis que o enunciado refere-se a bens e não a direitos. Diante disso, indaga-se, pode-se enquadrar como típico o desvio da posição patrimonial da conta exigível a longo prazo?

Bens e direitos possuem significados diversos, seria possível uma analogia? Acredita-se que não, pois o direito é apenas um resultado possível, uma posição potencial. Quando essa posição potencial se verifica, transforma-se em um bem, passando a ser punível caso haja o desvio. Esse desfalque de direitos poderá ser tipificado como estelionato falimentar uma vez que o artifício será sempre fraudulento gerando uma vantagem indevida ao agente em prejuízo do universo de credores da falência.

Pune-se o ato e o benefício decorrente do ato, nessa forma de pensar é plenamente possível estender a punição não só àquele que gerenciou o ato, tomando a decisão estratégica, como também aquele que se beneficiou, ainda que sem poder de gerência, por exemplo o sócio cotista.

IV – simulação de despesas, de dívidas ativa ou passiva²³ e de perdas.

A compreensão dessa modalidade típica demanda, mais uma vez, a análise contábil, em especial o exame de balancetes periódicos apresentados pela empresa, em complementação informativa ao balanço contábil, agregando-se o demonstrativo de resultados.

A gênese desse delito está em lançar contabilmente registros que não representem operações negociais da empresa, seja para justificar um desvio de ativo líquido, seja para justificar um desfalque de bem de raiz, ou qualquer outra lesão no patrimônio da empresa. Logo, a estratégia utilizada para a redução dos valores contabilizados na conta caixa ou qualquer outra conta será a criação de uma despesa simulada a fim de justificar aquela saída patrimonial, reequilibrando o balanço da empresa.

A simulação de lançamento contábil não representa um fim em si próprio. Para o gestor do negócio serve para mascarar algum ato de desvio, de estelionato, de retirada excessiva impedindo sua operação.

²³ Importa notar que para a Contabilidade, o termo dívida ativa significa crédito enquanto que dívida passiva significa débito.

Porém, a adequação típica realiza-se a partir da simulação, sendo dispensada a prova do dolo específico.

Observe-se a movimentação patrimonial que segue:

ATIVO			PASSIVO		
CIRCULANTE	R\$	50.000,00	CIRCULANTE	R\$	70.000,00
Caixa	R\$	25.000,00	Fornecedores	R\$	40.000,00
Títulos a Receber	R\$	10.000,00	Empregados	R\$	20.000,00
Estoques	R\$	15.000,00	Impostos	R\$	10.000,00
PERMANENTE	R\$	25.000,00	PATRIMÔNIO LÍQUIDO	R\$	5.000,00
Imobilizado	R\$	10.000,00	Capital Social	R\$	5.000,00
Máquinas	R\$	15.000,00	Lucros Acumulados		xxxxxxxx
TOTAL	R\$	75.000,00	TOTAL	R\$	75.000,00

No balanço acima, observa-se a crise financeira da empresa de acordo com os valores correspondentes à sua situação patrimonial.

A seguir, será feita uma evasão na conta caixa não decorrente de atividade da empresa, ou seja, sem nenhuma justificativa operacional ou não operacional. Esta saída de caixa não importou em benefício para a empresa e como a empresa não apurou lucro, a retirada desfalca a empresa e desequilibra o balanço, perdendo este sua função de peça informativa confiável, como abaixo se demonstra:

ATIVO			PASSIVO		
CIRCULANTE	R\$	30.000,00	CIRCULANTE	R\$	70.000,00
Caixa	R\$	5.000,00	Fornecedores	R\$	40.000,00
Títulos a Receber	R\$	10.000,00	Empregado	R\$	20.000,00
Estoques	R\$	15.000,00	Impostos	R\$	10.000,00
PERMANENTE	R\$	25.000,00	PATRIMÔNIO LÍQUIDO	R\$	5.000,00
Imobilizado	R\$	10.000,00	Capital Social	R\$	5.000,00
Máquinas	R\$	15.000,00	Lucros Acumulados		xxxxxxxx
TOTAL	R\$	55.000,00	TOTAL	R\$	75.000,00

Um balanço não pode ser apresentado dessa forma, com desequilíbrio entre ativo e passivo. O crime é lançar uma despesa ou

dúvida (ativa ou passiva) simuladas no balancete a fim de obter um reequilíbrio fictício, tornando-o como peça formalmente aceitável e mascarando uma operação lesiva praticada pelo administrador, na forma que segue:

ATIVO			PASSIVO		
CIRCULANTE	R\$	30.000,00	CIRCULANTE	R\$	70.000,00
Caixa	R\$	5.000,00	Fornecedores	R\$	40.000,00
Títulos a Receber	R\$	10.000,00	Empregados	R\$	60.000,00
Estoques	R\$	15.000,00	Impostos	R\$	10.000,00
PERMANENTE	R\$	25.000,00	PATRIMÔNIO LÍQUIDO	R\$ (15.000,00)²⁴	
Imobilizado	R\$	10.000,00	Capital Social	R\$	5.000,00
Máquinas	R\$	5.000,00	Lucros Acumulados		xxxxxxxxxx
			Resultado Ex. Anterior	R\$	(20.000,00)
TOTAL	R\$	55.000,00	TOTAL	R\$	55.000,00

DRE: Receitas = zero

Despesas = 20.000

Resultado do Exercício (20.000,00)

O bem jurídico ofendido diretamente é a credibilidade da peça contábil, que no caso é o balancete (não apresentado) e alimenta as demais peças, no caso o balanço de acordo com uma base falsa de dados informativos.

A realização desta conduta caracteriza, sem sombra de dúvida, o concurso de agentes, sendo plenamente viável a incriminação do contador.

V – perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie.

A concepção deste delito é bem mais direcionada à repressão de uma conduta desregrada do empresário individual uma vez que a sociedade empresarial tem patrimônio próprio e separado do patrimônio dos sócios que somente podem administrá-lo em consonância com os limites traçados pela lei e pelo contrato.

²⁴ Contabilmente, lançar o número entre parêntesis significa valor negativo.

Trata da prática de condutas fora da atividade empresarial mas que por seu caráter temerário afetam patrimonialmente o negócio. As perdas, decorrentes do desvio de finalidade levam à diminuição patrimonial e ao prejuízo dos credores. Enquanto a empresa tem condições de adimplir suas obrigações, não há que se falar em conduta punível. Isto somente ocorrerá se falência for decretada.

Importa destacar uma diferente apreciação e tipificação das condutas praticadas. Se a aposta for em nome, proveito e risco da empresa, não se trata deste tipo penal, mas do delito previsto no artigo 186, II, despesas injustificadas pela natureza ou vulto em relação ao gênero do negócio. Se a aposta for em proveito pessoal do empresário com o conseqüente desvio de finalidade dos recursos, estará caracterizada a hipótese.

VI – falsificação material, no todo ou em parte, da escrituração obrigatória ou não, ou alteração da escrituração verdadeira.

VII – omissão, na escrituração obrigatória ou não, de lançamento que dela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela devia ser feito.

VIII – destruição, inutilização ou supressão, total ou parcial, dos livros obrigatórios.

A idéia de reunião das condutas acima elencadas decorre de sua proximidade fática e de geração de resultados no processo falimentar.

Em síntese, todas reforçam a fundamental importância dos registros contábeis para a avaliação da atitude gerencial do empresário e identificação de formas de violação ou neutralização dessas fontes informativas, constituindo-se em conduta punível qualquer atitude neste sentido.

A primeira dessas condutas trata da apresentação de uma escrituração forjada constituída de lançamentos que não representem as operações da empresa ou mesmo modificação da escrituração verdadeira.

A segunda conduta constitui-se em, na escrituração obrigatória ou não, deixar de realizar lançamento contábil ou realizá-lo de forma diversa do fato econômico ocorrido. A diferença entre um e outro tipo está que no primeiro a matriz é forjada e no segundo, a matriz é fidedigna, mas composta de um ou alguns lançamentos falsos ou omitidos.

O terceiro tipo penal é a prática de atos destrutivos (destruição, inutilização, supressão total ou parcial) do livro diário e/ou do livro de registros de duplicatas, livros empresariais obrigatórios.

Observa-se a clara diferença entre o inciso VIII e os demais. Para aquele, o ato praticado é contra o livro obrigatório, nos demais, o ato é contra a escrituração.

A participação, no aspecto teórico, alcança a todo aquele que tiver qualquer tipo de responsabilidade, em especial o contador.

IX – ser o falido leiloeiro ou corretor.

É basicamente uma repetição do tipo penal contido no artigo 336, § 3º, do Código Penal de 1890²⁵. A razão da manutenção desse tipo no ordenamento repressivo é histórica e muito pouco técnica para a visão Penal moderna.

A realização do tipo não traz maiores dificuldades. O leiloeiro e também o corretor, consoante ao sistema Comercial 1850/2003 eram agentes auxiliares do comércio e com tal condição jurídica não poderiam exercer de maneira regular o comércio. Se o fizessem, estariam desrespeitando norma restritiva. A forma de impedir o exercício clandestino dessa atividade seria a punição criminal pelo simples fato de entrarem em falência, pois esta era, até 2003²⁶ exclusiva para comerciantes. E de acordo com a concepção do antigo sistema, a adesão ao ordenamento mercantil era compulsória, não por escolha, mas pela prática de atos de comércio. Se o leiloeiro ou o corretor praticassem com habitualidade atos de comércio seriam considerados, ao menos, comerciantes de fato e passíveis de falência e punidos criminalmente.

A primeira resistência nesse sentido é que em tal dispositivo, na forma enunciada, trata-se de responsabilidade penal objetiva, independentemente de dolo ou culpa ou até mesmo de ter praticado qualquer conduta, pois a conduta pura e simples de falir há muito deixou de ser crime .

A segunda questão, já mais uma análise prospectiva frente ao novo sistema implantado a partir de janeiro de 2003, trata da extinção da idéia diferenciadora entre comerciante e não comerciante, uma vez que foi abolida a concepção dos atos de comércio em prol da teoria da empresa. Se um leiloeiro organizar-se empresarialmente, uma vez que

²⁵ Artigo 336, § 3º: “A falência dos corretores e agentes de leilão sempre presume-se fraudulenta, e será punida com as respectivas penas”.

²⁶ Ano de vigência do novo Código Civil.

sua atividade profissional não é intelectual de natureza científica, literária ou artística e, ainda que fosse, se tal constituísse elemento de empresa²⁷, poderia ser considerada empresarial a atividade com direito a registro na Junta Comercial? Se tal acontecesse estaria exercendo irregularmente a atividade empresarial? Caso não, existiria a justa causa para a sua punição?

2.4. ARTIGO 189 – SERÁ PUNIDO COM RECLUSÃO DE UM A TRÊS ANOS:

Inicialmente se observa tratarem-se de crimes basicamente pós-falimentares²⁸, isto é, ocorridos após a decretação da falência, sendo esta não mais uma condição objetiva de punibilidade, mas um elemento do tipo penal necessário para sua consumação integral.

I – qualquer pessoa, inclusive o falido, que ocultar ou desviar os bens da massa.

O reconhecimento judicial do estado econômico-financeiro de insolvência, legitimador da decretação do regime falimentar, tem como uma de suas conseqüências a formação da massa falida, a qual sucede juridicamente em direitos e obrigações a empresa. O regime falimentar externa-se em um processo judicial de execução coletiva no qual todos os bens do ente falido são arrecadados para apuração e partilha entre todos os credores na linha hierárquica das prioridades político-sociais traçadas pelo legislador. Em virtude da expectativa jurídica de satisfação dos credores pela venda forçada de todos bens do falido, surge para este a obrigação de colocar à disposição da massa a integralidade de seu patrimônio para fins de arrecadação.

O ato do falido, ou presentantes da sociedade, ou mesmo qualquer sócio que despreste esta imposição legal, transferindo ou apropriando-se de patrimônio da massa, diminuindo o patrimônio a ser arrecadado, concretiza o tipo penal.

Essa conduta já possui previsão anterior no artigo 188, III, com a diferença de que no dispositivo ora examinado, o desvio é após a decretação da falência, enquanto que para o artigo 188, III, o ato precede a instauração do regime. Por isso, comina-se uma pena mais branda.

²⁷ Vide regra do artigo 966 e parágrafo único do Código Civil.

²⁸ A expressão “basicamente” foi lançada tendo em vista o enunciado contido no inciso II que inclui ato praticado em concordata preventiva.

Na hipótese em análise, a consciência de ilicitude é mais intensa, pois tão logo decretada a falência, será o empresário ou sociedade empresarial²⁹ intimado da sentença ficando ciente de que o seu patrimônio a partir de então passa a ser administrado pelo Estado. Ademais, deverá comparecer ao juízo falimentar onde será advertido da obrigação de informar e/ou entregar os bens para a composição do acervo da massa falida. Tudo isso justifica uma punição mais rigorosa.

II – quem quer que, por si ou interposta pessoa, ou por procurador, apresentar, na falência ou na concordata preventiva, declarações ou reclamações falsas, ou juntar a elas títulos falsos ou simulados.

Como fora anteriormente referido, este inciso traz uma exceção à regra geral acima lançada. Em que pese tratar-se de um conjunto de ações pós-falimentares, há, conforme o enunciado, a possibilidade de o ato ser praticado, em momento anterior, quando em concordata a empresa. Especificamente em relação a este fato, não se pode afirmar que a falência é um dos elementos do tipo penal, pois se consuma antes dela. Por outro lado, tratando-se de uma simulação, o ato é punível independentemente da condição objetiva. Entende-se que, em relação à simulação de crédito na concordata, a sentença falimentar tem apenas a finalidade prevista no artigo 507 do Código de Processo Penal, ou seja, mera condição de procedibilidade. Ademais, em conformidade com o texto do artigo 143, parágrafo único, do Decreto-Lei 7.661/45, a prática de crime falimentar é fundamento para a oposição de embargos para a não-concessão da concordata e sua transformação em falência, e diante do atendimento da condição de procedibilidade exigida pela lei processual, poder-se-ia dar início à ação penal.

Esse delito não é imputável ao empresário como autor direto de sua prática, salvo hipótese de concurso, mas prioritariamente ao terceiro, credor ou não, que nos regramentos concursais (falência ou concordata) apresentam declarações habilitatórias de seus créditos sem a correspondência de um efetivo crédito ou em valores superiores ao direito legalmente reconhecido. Não se pode, nesse particular, esquecer-se da profunda diferença conceitual entre dívida e título, sendo este – o título – um instrumento para o exercício daquele direito – a dívida³⁰.

²⁹ Na pessoa de seu representante.

³⁰ Aproveitando a definição de Vivante para títulos de crédito: “É o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo que nele se contém”.

Isso afasta a eventual alegação de atipicidade quanto à simulação apenas do título mas não da dívida, pois a conduta punível se concretiza sob qualquer uma dessas formas, desde que a tentativa de integração no concurso seja falsa ou simulada, independentemente do meio utilizado.

III – o devedor que reconhecer como verdadeiros créditos falsos ou simulados.

O delito acima analisado é geral, no sentido de ser praticado prioritariamente por quem não seja o falido ou presentante da falida. A lei de falências concebeu uma modalidade criminosa própria para o falido, ou presentante, que atue nesse contexto fático. Responderá pelas mesmas penas, na medida de sua culpabilidade, quando, podendo identificar a omissão, age contrariamente à expectativa nele depositada, reconhecendo como verdadeiro um ou vários crédito(s) falso(s) ou simulado(s).

O inciso não descreve expressamente o reconhecimento do título falso ou simulado. Contudo, ao reconhecer a dívida, estará também afirmando como verdadeiro o instrumento de agregação ao concurso, declaração ou título.

IV – o síndico que der informações, pareceres ou extratos dos livros inexatos ou falsos, ou que apresentar exposição ou relatórios contrários à verdade.

O síndico exerce uma função estratégica no processo falimentar. A sua eficiência, dedicação, correção são fundamentais para o efetivo sucesso do regime de execução coletiva.

A falência moderna tem como um dos seus requisitos básicos a natureza pública e judicial. É pública, pois a administração do instrumento normatizador não está nas mãos dos credores, mas do Estado. É judicial porque o Estado, dentre seus diversos poderes, delegou-a para o Poder Judiciário. Os magistrados, representantes do Poder Judiciário, delegam algumas atribuições a agentes de confiança. No caso da falência a administração do patrimônio da massa falida é delegada ao síndico³¹.

O síndico, por ser delegado, não administra o patrimônio em interesse próprio, mas no interesse dos credores, supervisionado pelo juiz, fiscalizado pelo promotor, credores e pelo próprio falido. Por

³¹ A regra do artigo 40, “caput”, faz com que o falido perca o direito de administrar seu patrimônio.

exercer uma função de interesse público tem a obrigação de fiel desempenho de suas atividades, sob pena de quebra da confiança depositada. A quebra da confiança pode acarretar-lhe três espécies de sanções:

- administrativa: destituição (artigo 66, “caput”);
- civil: se a omissão ou ato prejudicial causar prejuízo para a massa falida (artigo 68);
- criminal: artigo 189, IV.

O artigo 189, IV, é crime próprio do síndico, ou de seu preposto se o síndico for pessoa jurídica.

2.5. ARTIGO 190 – SERÁ PUNIDO COM DETENÇÃO DE UM A DOIS ANOS, O JUIZ, O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, O SÍNDICO, O PERITO, O AVALIADOR, O ESCRIVÃO, O OFICIAL DE JUSTIÇA OU LEILOEIRO QUE, DIRETA OU INDIRETAMENTE, ADQUIRIR BENS DA MASSA, OU, EM RELAÇÃO A ELES, ENTRAR EM ALGUMA ESPECULAÇÃO DE LUCRO.

Durante a vigência do sistema 1929/1890, de acordo com o artigo 173 da Lei de Falências³², as pessoas mencionadas seriam punidas pelas sanções do artigo 232 do Código Penal, caso praticassem as condutas ali definidas. O artigo 232 do Código Penal de 1890 expressava:

“Haver para si, directa ou indirectamente, ou por algum aco simulado, no todo ou em parte, propriedade ou efeito, em cuja administração, disposição, ou guarda deva intervir em razão do officio; entrar em alguma especulação de lucro ou interesse relativamente á ditta propriedade ou efeito:

Penas – prisão cellullar por um a seis mezes, de perda do emprego e multa decinco a vinte por cento da propriedade, efeitos adquiridos ou interesse que auferir da negociação. Em todo o caso a aquisição será nulla”.

É de se registrar a considerável melhora operada na redação do texto de 1945 que, inclusive, incluiu o Promotor de Justiça. A conduta punível é qualquer forma de vantagem ou especulação com patrimônio da massa falida ou mesmo sua aquisição total ou parcial.

Todo e qualquer agente do Estado, enquanto cidadão, tem direito de adquirir bens da massa falida, mesmo juízes e promotores de justiça.

³² Trata-se do Decreto nº 5.746/29.

A lei procura reprimir que o juiz da falência e o promotor da falência, o síndico, o escrivão, etc., por força de sua situação funcional representativa da sociedade utilize-se desta situação e ilicitamente obtenha vantagens patrimoniais.

2.6. ARTIGO 191 – NA FALÊNCIA DAS SOCIEDADES, OS SEUS DIRETORES, ADMINISTRADORES, GERENTES OU LIQUIDANTES SÃO EQUIPARADOS AO DEVEDOR OU FALIDO, PARA TODOS EFEITOS PENAIS PREVISTOS NESTA LEI.

Muito pouco há para se falar sobre este artigo diante da clareza de seu texto. Nos dias atuais, a atividade societária tomou um impulso maior dividindo, com a atividade empresarial individual o exercício da atividade econômica³³. O contexto econômico da década de quarenta era a atividade econômica exercida principalmente pelo empresário individual, razão pela qual os tipos penais foram descritos para a punição deste. Entretanto, já naquela época, e hoje cada vez mais, observa-se o exercício associativo da atividade econômica. O Direito Penal Falimentar não pune criminal a pessoa jurídica³⁴, desta forma, a fim de evitar discussões sobre o alcance penal de condutas praticadas por agentes de operação das sociedades empresariais inclui-se também este artigo de extensão.

2.7. ARTIGO 192 – SE O ATO PREVISTO NESTA LEI CONSTITUIR CRIME POR SI MESMO, INDEPENDENTE DA DECLARAÇÃO DA FALÊNCIA, APLICA-SE A REGRA DO ARTIGO 51, § 1º, DO CÓDIGO PENAL³⁵.

Trata-se do dispositivo de maior polêmica em sede de Direito Penal Falimentar. Não existe, na verdade, qualquer linha uniforme de sua compreensão. Muitas decisões, inclusive, omitem-se quanto à sua análise.

³³ Conforme dados estatísticos da Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul a atividade econômica empresarial gaúcha possui a seguinte configuração: 51% -empresa individual – 49% sociedades mercantis(99% sociedades limitadas – 0,5% sociedades anônimas – 0,5% sociedades cooperativas)

³⁴ Salvo, por via indireta, a regra do artigo 111 do Decreto-Lei nº 7.661/45 que impede a concessão de concordata suspensiva se a denúncia criminal tiver sido recebida pelo juiz da falência.

³⁵ Hoje é a regra do artigo 70 da Parte Geral alterada em 1984.

Para um grande número de operadores e intérpretes do Direito, sustentados em majoritária posição jurisprudencial e doutrinária, a interpretação dada é a simples aplicação da tese da unidade do crime falimentar, deixando, na prática de se observar a regra do artigo 192, por inaplicabilidade sistêmica.

Outros entendem que há a aplicação plena do princípio da unidade, ressalvada a hipótese do artigo 192, interpretando a dita regra da seguinte forma: Se o fato punível estiver previsto na lei de quebras e ao mesmo tempo em outra lei penal, rompe-se o princípio da unidade, aplicando-se o concurso formal, desde que tal interpretação não represente um *bis in idem*.

Na opinião do autor, as duas interpretações carecem de maior consistência. A primeira por desconhecer uma regra vigente. A segunda, por sua inaplicabilidade prática, uma vez que a maioria dos delitos antefalimentares não são puníveis, não constituindo tipos penais, se não houver a decretação da falência, além do mais, não existe nenhum enquadramento exato de tipos penais falimentares com tipos penais comuns. Desse modo, ou estar-se-ia criando uma analogia prejudicial ao acusado, o que é verdade, ou estar-se-ia dando a mesma aplicação prática da corrente anterior.

Um argumento bem mais robusto é apresentado por Paulo Salvador Frontini, que afirma ser a unidade do crime falimentar aplicada apenas aos crimes antefalimentares, se praticados simultaneamente. Na hipótese de prática de crimes antefalimentares e pós-falimentares, sustenta a ocorrência de duas ações com desígnios e resultados diversos, configurando a hipótese de concurso material. Em relação aos crimes pós-falimentares, a solução seria o crime continuado.

Para o autor, trazendo, quem sabe, uma nova base reflexiva, a resposta esteja na análise transicional dos sistemas 1929/1980 e 1945/1940(1984)³⁶.

Durante a vigência do sistema anterior, dois eram os delitos básicos praticados pelo falido: a) falência fraudulenta (artigo 336, § 1º, CP – 1890) – caracterizado pela prática de uma ou mais condutas elencadas no artigo 171 do Decreto 5.746/29; b) falência culposa – caracterizado pela prática de uma ou mais condutas previstas no artigo 170 da Lei 5.746/1929.

³⁶ Considerando a reforma da Parte Geral do Código Penal.

Não existia uma relevante diferenciação entre crimes antefalimentares e pós-falimentares, em que pese alguns deles terem sido elencados como condutas posteriores à sentença de quebra.

Essa formulação diversa da atual era devida ao fato de a repressão penal falimentar daquele sistema estar direcionada à gestão empresarial. Punia-se a gestão como um todo – somatório de todos os atos gerenciais que constituíam uma unidade delitiva. Dessa forma, tendo o falido praticado uma ou várias condutas, representava um crime de gestão falimentar fraudulenta ou culposa, sem maior consideração à época, pré ou pós falimentar.

O sistema 1945/1940(84) procedeu a uma profunda reforma conceitual de repressão penal falimentar. Não se pune mais a gestão como um todo, mas a execução da decisão estratégica de risco, desde que, atendendo aos princípios penais de legalidade e anterioridade, estivessem descritas em lei, no caso, na lei de quebras, que, a partir da reforma, trouxe para seu texto os tipos penais que até então constavam no Código Penal. Foi abolida a divisão binária dos tipos penais – falência fraudulenta e falência culposa – criando-se quatro tipos penais (dois antefalimentares e dois pós-falimentares) realizáveis mediante condutas de execução de decisões estratégicas independentes entre si.

A legislação de 1945, ao trazer essa inovação, criando um novo sistema repressivo, tentou abolir a idéia de unidade, pois esta afigura-se incompatível com um sistema que não mais pune a gestão (somatório de decisões estratégicas), mas punindo a decisão de risco, individualmente.

Para certificar-se dessa nova forma de punição incluiu o artigo 192: “Se o ato previsto nesta lei constituir crime por si mesmo, independente da declaração da falência, aplica-se a regra do artigo 51, § 1º (hoje artigo 70) do Código Penal.” Fica evidenciado que, para o legislador da época, o princípio da unidade do crime falimentar, coerente com o sistema anterior, era apenas para o crime de gestão e não existia, naquele sistema punitivo, o conceito de crime ante ou pós falimentar, apenas, falência fraudulenta ou culposa, pois a perda da gestão afasta a possibilidade de praticar atos de decisão estratégica; logo, de acordo com Paulo Salvador, se praticada mais de uma conduta, seria, pelas condições de tempo, modo e outras tomadas em consideração, a hipótese de crime continuado.

Tentando explicar melhor essa tese, crime único é crime de gestão, e gestão empresarial é o somatório de diversos atos. O empresário assume riscos, minuto a minuto, quando toma decisões gerenciais, e isso

forma a unidade delitiva. Mas esse somatório de decisões estratégicas de risco somente existe enquanto o empresário detém o poder de gerenciamento do negócio. Ao decretar a falência, por força da regra do artigo 40, *caput*, o empresário, agora falido, não tem mais poder de gestão, conseqüentemente não há avaliação possível de uma unidade psicológica de atos praticados. Não mais corre riscos ou pratica atos gerenciais temerários; passa, a partir de então, a praticar atos contra a massa falida ou contra o universo de credores. A unidade só existe enquanto houver gestão, fora dessas hipóteses aplicam-se as regras gerais de Direito Penal. Os crimes de gestão são apenas os antefalimentares, uma vez que a regra do artigo 40, *caput*, tem eficácia *ex nunc*.

O sistema antigo não poderia ser aplicado à inovação. O crime pós-falimentar foi uma das inovações trazidas, conseqüentemente, o princípio da unidade a ele não seria aplicável. Essa regra, tão basilar ao legislador da época, fez com que não a mencionasse expressamente, por lhe parecer por demais elementar.

Admitiu a possibilidade de se interpretar a unidade gerencial ao crime antefalimentar, mas resolveu excluir essa hipótese, para alguns delitos, ao elencar o artigo 192, afirmando, *verbatim*: “Se o ato constituir crime, por si mesmo, independente da declaração da falência, aplica-se a regra do artigo 51, § 1º, do Código Penal”, de onde se conclui:

- a leitura atenta da primeira parte desse dispositivo revela que em momento algum refere-se à dupla previsão legislativa, mas unicamente ao fato de o crime se consumir e objetivamente punível mesmo que a falência não tenha sido decretada;
- a segunda parte refere, em sendo crime antefalimentar, mas que a falência não seja condição objetiva de punibilidade, aplica-se o concurso formal e não o princípio da unidade;
- o parágrafo primeiro do artigo 51 (Parte Geral – 1940) trata do concurso formal próprio ou impróprio;
- deverão o operador e o intérprete do Direito observar se as condutas puníveis foram praticadas dentro de um mesmo contexto gerencial, em que pese diversos resultados, para aplicar o concurso formal próprio; entretanto, se praticados em contextos gerenciais diversos, desígnios autônomos e com resultados diversos, deverá ser aplicado concurso formal impróprio;

- se o crime for somente punível pelo fato da falência, condição objetiva para a sua punição, ou seja, a punição da mera decisão estratégica de risco, sem constituir-se em ato propriamente lesivo, aplica-se o princípio da unidade do crime falimentar.

3. PRESCRIÇÃO.

A reforma de 1945 não trouxe uma maior inovação sobre o tema prescrição do crime falimentar. Na verdade, apenas foi repetido o artigo 177 do Decreto nº 5.746/29, que definia em dois anos o prazo de prescrição.

O artigo 199, *caput*, do atual diploma enuncia: “A prescrição extintiva da punibilidade de crime falimentar opera-se em dois anos”.

Por sua vez, o parágrafo único estabelece que o prazo prescricional começa a correr da data em que transitar em julgado a sentença que encerrar a falência ou que julgar cumprida a concordata.

Nenhuma dificuldade existe na compreensão e/ou aplicação desse prazo prescricional. Entretanto, o mesmo não pode ser dito em relação à sua contagem. Pela regra do parágrafo único, o termo inicial da contagem é a data do trânsito em julgado da sentença que encerrar a falência. O debate instaurado durante algum tempo em sede de doutrina e de jurisprudência era devido ao fato de, em não raras oportunidades, o processo falimentar estender-se por mais de vinte anos. Aplicando-se a regra do artigo 199, aguardando-se, por exemplo, os vinte anos do encerramento de uma determinada falência e a partir daí dar início ao prazo de contagem prescricional, ter-se-ia um período de vinte e dois anos entre a prática do fato e a causa de extinção da punibilidade.

Frente a esse problema o STF posicionou-se ao enunciar a súmula 147, pela qual: “A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata”.

Inicialmente, cumpre salientar que a súmula adotou como referencial o prazo contido no artigo 132, § 1º, em que, segundo seus termos: “Salvo caso de força maior, devidamente provado, o processo da falência deverá estar encerrado 2 (dois) anos depois do dia da declaração”.

Algumas observações devem ser feitas a respeito do enunciado da súmula:

- a contagem vale tanto para a prescrição da pretensão punitiva como da pretensão executória;
- esta regra define um prazo único de contagem, independentemente da pena cominada ou pena aplicada;
- o prazo continua a ser contado a partir de data diversa da prática do delito, ao menos para os crimes antefalimentares;
- se o processo encerrar em até dois anos (por exemplo: seis meses após a decretação), o início do prazo prescricional irá levar em conta o trânsito em julgado da sentença de encerramento;
- se o processo levar mais de dois anos (por exemplo, doze anos), para fins de prescrição penal convencionam-se que a falência tenha encerrado em dois anos após a decretação e inicia-se a contagem de dois anos, esquecendo-se o efetivo trânsito em julgado do processo falimentar;
- se praticado na concordata preventiva e esta não transformada em falência³⁷, após julgada cumprida, dá-se início à contagem do prazo prescricional.

Porém, a súmula não conseguiu resolver todos os problemas prescricionais da falência, pois mostra-se incompatível com a prática de crime pós-falimentar após o encerramento fictício de dois anos.

Há os que sustentam que nessa hipótese não valeria a súmula e aplicar-se-ia a regra do artigo 199, parágrafo único, aguardando-se o trânsito em julgado do efetivo encerramento para iniciar-se a contagem prescricional.

Mais uma vez, recorre-se à análise transicional. No sistema 1929/1890 não havia a distinção entre crime antefalimentar e pós-falimentar, por conseguinte isto pouco refletia na contagem.

A comissão, historicamente, e talvez os intérpretes da lei ao longo do tempo, tem tentado aplicar conceitos próprios de um sistema em outro.

Tal como foi feito na atual lei, a simples alocação da regra do artigo 177, no artigo 199, sem preocupação com a repercussão na nova identidade sistêmica, trouxe esse problema que hoje é crítico e nem a súmula conseguiu resolver com precisão.

Entende-se, como única forma possível de compatibilizar com o novo sistema, a aplicação da súmula apenas para os crimes

³⁷ Nunca esquecer a condição de procedibilidade prevista no artigo 507 do Código de Processo Penal.

antefalimentares, valendo-se da regra do artigo 199, *caput*, quando se tratar de crime pós-falimentar.

Não se poderia deixar de referir, também, a existência da súmula 592 do STF pela qual, *verbatim*: “Nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal”.

4. REABILITAÇÃO.

A sentença que decreta a falência de um ente empresarial traz consigo diversos efeitos. Dentre eles, destaca-se o efeito de interdição para o exercício regular da atividade empresarial³⁸. O encerramento do processo falimentar poderá propiciar ao falido a sua reabilitação para voltar a exercer regularmente sua atividade econômica.

Para isso, o Decreto-Lei estabeleceu dois cenários e condições para o deferimento dessa pretensão.

4.1. FALIDO SEM CONDENAÇÃO POR CRIME FALIMENTAR.

É o cenário mais favorável ao pretendente à reabilitação e, por via de consequência, é onde as condições exigidas para o seu deferimento são de menor complexidade.

Neste cenário mais favorável, a única exigência legal é a obtenção de uma declaração judicial (na sentença de encerramento ou após, em expediente tardio) de extinção das obrigações, em conformidade com o artigo 138.

Essa declaração judicial deverá ser solicitada ao juiz da falência e tramitará em autos apartados, restando ao requerente provar:

- a prescrição individual de cada uma das dívidas do falido (artigo 134), ou;
- o pagamento integral, sendo permitida a novação dos créditos com direito real de garantia (artigo 135, I), ou;
- rateio de mais de 40% depois de realizado todo o ativo (artigo 135, II), ou;
- decurso de cinco anos, contados do encerramento da falência (artigo 135, III).

Qualquer uma das alternativas é válida para a obtenção da declaração de extinção das obrigações. Uma vez atendida essa única

³⁸ Vide artigo artigo 972 do Código Civil.

condição legal, estará o falido habilitado a formular seu pedido de reabilitação.

4.2. FALIDO COM CONDENAÇÃO POR CRIME FALIMENTAR.

Trata-se de uma hipótese mais complexa e destaca a diferença entre as diversas naturezas de sanção aplicáveis. Não bastará ao pretendente a simples declaração de extinção das obrigações, mas também cumprir a pena ou o tempo de suspensão e aguardar o transcurso seqüencial de um prazo definido no artigo 197.

4.2.1 Condenado à Pena de Detenção.

Cumulativamente, deverá:

- 1) obter a declaração de extinção das obrigações, se demonstrar:
 - a) prescrição (artigo 134), ou;
 - b) pagamento (artigo 135, I), ou;
 - c) rateio de mais de 40% (artigo 135, II), ou;
 - d) o decurso de dez anos, contados do encerramento da falência (artigo 135, IV).
- 2) Cumprir a pena, ou o prazo de suspensão;
- 3) Aguardar o decurso de três anos contados do cumprimento da pena (artigo 197).

4.2.2. Condenado à Pena de Reclusão.

Cumulativamente, deverá:

- 1) obter declaração de extinção das obrigações, porém nesta hipótese, com um benefício a menos³⁹:
 - a) prescrição, ou;
 - b) pagamento;
 - c) rateio de mais de 40%.
- 2) Cumprir a pena aplicada ou aguardar o prazo de suspensão;
- 3) Aguardar o decurso de cinco anos contados do cumprimento da pena ou da suspensão.

³⁹ Observa-se que se for condenado à pena de reclusão, não terá direito ao decurso de prazo.

BIBLIOGRAFIA:

- ABRÃO, N. – CURSO DE DIREITO FALIMENTAR – ED. UNIVERSITÁRIA DO DIREITO (1997).
- BLUM, B. – BANKRUPTCY AND DEBTOR-CREDITOR – LITTLE, BROWN AND COMPANY (1993).
- CANTIDIANO, L.L. - REFORMA DA LEI DA S/A – ED. RENOVAR (2002).
- CARVALHOSA M. e EIZIRIK N. – A NOVA LEI DA S/A – ED SARAIVA (2002).
- CHAIB, E. – CRIME FALIMENTAR: PUNIBILIDADE EXCLUSIVAMENTE A TÍTULO DE DOLO – RT, VOL 555 – (1982).
- COELHO, F. U. – CURSO DE DIREITO COMERCIAL – ED SARAIVA (2002).
- FAZZIO JR., W. – MANUAL DE DIREITO COMERCIAL – ED ATLAS JURÍDICO (2003).
- FRONTINI, P. S. – DA APURAÇÃO DO CRIME FALIMENTAR – JUSTITIA, VOL 71 (1970).
- FÜHRER, M. C. – CRIMES FALIMENTARES – RT (1972).
- MIRANDA, F. C. P. – TRATADO DE DIREITO PRIVADO TOMO XXX- ED BORSOI (1971)
- LOBO, J. – DIREITO CONCURSAL – ED FORENSE (1996).
- KING, L. P. and COOK, M. L. – CREDITOR'S RIGHTS, DEBTOR'S PROTECTION AND BANKRUPTCY – ED MATHEW BENDER (1993).
- OLIVEIRA, A. G. – CONTABILIDADE FINANCEIRA PARA EXECUTIVOS – EDITORAÇÃO EDITORA LTDA (1993).
- POSNER, R. – PROBLEMS OF JURISPRUDENCE ED HARVARD UNIVERSITY PRESS (1990).
- REQUIÃO R. – CURSO DE DIREITO FALIMENTAR – ED SARAIVA (1995).
- TRONCOSO JR., J. – CRIME PENAL FALIMENTAR – ED SARAIVA (1986).