

Lei de Recuperação de Empresas Do Processo e Julgamento dos Crimes Falimentares (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005)

Paulo Roberto Leite Ventura

Desembargador. Presidente da 1ª Câmara Criminal TJ/RJ e Diretor-Geral da EMERJ.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

Dentre as leis especiais ou extravagantes, no campo do Direito e do Processo Penal, está a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, em cujo conteúdo revogou, às expensas, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, como também os artigos 503 a 512 do Código de Processo Penal, que regulam o processo e o julgamento dos crimes de falência, ressalvando o artigo 192 da nova lei, como regra geral, que “não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início da sua vigência”, os quais deverão ser concluídos à luz do referido Decreto-Lei nº 7.661/45. Contudo, e curiosamente, no parágrafo 4º do referido artigo 192, o legislador dispôs que, no caso de sentença de falência decretada depois da entrada em vigor da lei nova, quer resultante de convalidação, de concordatas ou de pedido de falência anteriores,

observa-se o que dispõe o seu artigo 99, ou seja, nesse caso, muito embora incida o Decreto-Lei 7.661/45 até a sentença, a partir desta e posteriormente, aplica-se a nova lei.

A Lei nº 11.101/2005, diferentemente do Decreto-Lei nº 7.661/45, ao tratar incisivamente muito mais da preservação da empresa em momento de crise do que propriamente de sua falência, dá extraordinário realce a este pioneiro instituto da recuperação (artigo 47, da Lei nº 11.101/2005).

Esta lei, que à primeira vista causa perplexidade ao desavisado leitor, é inovadora no campo do direito, à medida em que visa, como regra, a recuperação do crédito e, como alternativa extrema, a falência.

Falir, juridicamente, quer dizer faltar ou suspender os pagamentos no âmbito do comércio. Assim, sob este ponto de vista, falência quer dizer o estado do comerciante que suspende ou falta aos seus pagamentos.

Foi no Código Napoleônico de 1807 que a falência foi disciplinada como instituição peculiar à classe dos comerciantes, e a esse código se filiou o nosso Código Comercial de 1850. Por ele, o interesse principal da falência estava na apuração da responsabilidade criminal do falido.

Propõe-se aqui, sob ciência das limitações doutrinárias que cercam o tema no âmbito do direito falencial, diante deste novo instituto legal, analisar o processo e julgamento dos crimes falimentares, que contêm tipos penais próprios e características processuais com rito bem diferenciado dos demais procedimentos.

O procedimento falimentar se inicia, como quer o artigo 180 da lei nova, com a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial, sentença essa que, para alguns, é meramente declaratória e, para outros, além de declaratória é também constitutiva.

Partindo-se desta premissa, a conclusão a que se chega é a de que a sentença declaratória da falência, ou a que concede a recuperação judicial ou extrajudicial, confere existência jurídica aos crimes falimentares e se converte, por conseqüência, em condição objetiva da sua punibilidade. A respeito, a nova lei não trouxe significativas novidades dentro da dogmática, tanto que o saudoso e

mestre de todos nós, Nelson Hungria, incluía os crimes antifalimentares no quadro dos crimes condicionados, nos quais a punibilidade é subordinada a um acontecimento extrínseco e ulterior à consumação (condição objetiva de punibilidade).

O crime falimentar é, por excelência, concursual, face à correlação existente entre a falência e o crime falimentar, razão por que é de se aproveitar a lição do professor Manoel Pedro Pimentel, quando afirmou alhures que a existência do crime falimentar está a depender da declaração da quebra, aduzindo, ainda, que o “crime falimentar é um crime concursual, pois o seu reconhecimento depende de um fato exterior à sua própria conceituação típica. Além da integração dos elementos constitutivos da sua figura típica, de concorrer à declaração da quebra” e, hoje, pela nova lei, de decisão que concede a recuperação judicial ou extrajudicial.

O sempre lembrado professor Oscar Stevenson, em sua obra sobre Crime Falimentar, lecionou: “chamam-se crimes concursuais ou concursais aqueles que concorrem com outros fatos jurídicos estranhos à esfera do Direito Penal, incluindo-se entre eles, sem dúvida, o crime falimentar”.

Importante salientar que o crime falimentar tem por objetivo atentar contra o comércio, sendo o crédito público o bem jurídico tutelado pela lei, gerando causas que venham a atingir a esfera penal, decorrentes da conduta criminosa do comerciante.

Correta, a meu juízo, a posição do jovem professor Arthur Migliari Júnior, ao prelecionar que “das várias definições estudadas, sentimos que os crimes falenciais têm natureza híbrida, posto que ferem mortalmente o crédito público e a economia pública, gerando a instabilidade nas relações comerciais e econômicas. São situações que abalam a credibilidade daqueles que negociam, além das perdas naturais do relacionamento comercial. Dentro desta linha de raciocínio, entendemos que o crime de falência tem natureza pública, gerando a instabilidade ao crédito público e à economia pública”.

Este conceito, já sedimentado desde o advento do Decreto-Lei nº 7.661/45, não foi inteiramente modificado pela nova Lei nº 11.101/2005.

Quanto ao seu elemento subjetivo, o crime falimentar é eminentemente doloso, podendo ele ser de dano, quando resulta uma

lesão, total ou parcial, e de perigo, quando sobrevém a possibilidade de uma ameaça lesionadora de um bem ou interesse. Assim, à luz da Lei 11.101/2005, todos os delitos nela previsto são punidos a título de dolo, realçando-se que, em algumas hipóteses, ocorre o dolo específico, como mais adiante analisarei.

Cumprе ressaltar que, por força do disposto no artigo 12 do Código Penal, “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Assim, contrariamente ao que dispunha o artigo 199 “caput” do Decreto-Lei 7.661/45, que estabelecia o prazo prescricional de dois anos para o crime falimentar, hoje, com o advento da Lei 11.101/2005, consoante dispõe o seu artigo 182, a prescrição dos crimes previstos nesta lei reger-se-á pelo Código Penal, começando a fluir do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial. Assim, restabelecendo o legislador, em boa hora, as diretrizes traçadas pelo Código Penal, a prescrição passa a ser calculada com base na pena cominada ou aplicada ao delito, advertindo-se, contudo, para o seu marco inicial, que não é a data do cometimento do crime, mas sim a data da decretação da quebra ou da sua recuperação judicial ou extrajudicial (art. 182).

Os crimes falimentares ou falenciais, partindo-se do sujeito ativo, classicamente estão divididos em crimes próprios e impróprios, pontuando a nova lei, aliás, não discrepando da tradição, que os crimes falenciais próprios são aqueles cometidos pelo próprio comerciante que incorre em falência, e impróprios, quando decorrentes de um concurso de agentes, ou seja, sempre que pessoa estranha ao mundo do comércio pratica com o comerciante ou possibilita que este pratique atos que venham a gerar falência, para o que se impõe uma conexão, não só instrutória como probatória. Em resumo, os crimes falenciais impróprios ocorrem relacionados àqueles que participam da relação processual, direta ou indiretamente (Juizes, Promotores, Contadores, Gestores, Administradores etc.), conforme prevêm os artigos 168, parágrafo 3º, 169, 170, 174, 175, 177 e 179, todos da Lei 11.101/2005. Curioso ressaltar que, por um equívoco do legislador, a figura do depositário restou esquecida e não figurou no

elenco daqueles que podem cometer um crime falencial impróprio, contudo, por aplicabilidade absoluta do artigo 12 do Código Penal, poderá ele sofrer imputação, à luz do que dispõe o artigo 29 do Código Penal, ao cuidar do concurso de pessoas, o mesmo ocorrendo com aquele que exerce a função de preposto.

Quanto ao sujeito passivo da relação processual penal falencial, tem-se o Estado especialmente, como regra, e, secundariamente, a comunidade de credores, estes habilitados ou não e, ainda, como novidade trazida pela nova lei, o devedor, especialmente nos crimes definidos nos artigos 169 e 170 da LRE.

O crime falimentar ou falencial, quanto ao momento da execução, será ante-falimentar, ou seja, quando praticados atos criminosos antes da declaração judicial da falência (art. 168, parágrafo 1º, incisos I a V; 169, 171, 172). O crime, contudo, será pós-falimentar (próprio) quando os atos tipificadores da conduta criminosa ocorrerem após a sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial (art. 172 da LRE).

DO PROCEDIMENTO CRIMINAL

O crime falencial ou falimentar, em regra, segundo dispõe o artigo 184 da LRE, é de ação pública incondicionada, muito embora o legislador tenha previsto, no parágrafo único do referido artigo, a possibilidade de ser proposta ação penal privada subsidiária quando decorrido o prazo a que se refere o artigo 187, parágrafo 1º, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, o suficiente para legitimar qualquer credor habilitado ou o administrador judicial para deflagrar a *persecutio criminis*, dando, assim, uma redação diversa daquela prevista no artigo 503 do Código de Processo Penal, ora revogado.

A ação penal privada subsidiária, contudo, fica adstrita a um prazo decadencial de 6 meses, e o prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia é aquele previsto no artigo 46 da lei processual penal, ou seja, 5 (cinco) dias se o réu estiver preso e 15 (quinze) dias se estiver solto, conforme estatui o parágrafo 1º do artigo 187 da LRE, ressalvada a hipótese de, estando solto ou afiançado o réu, decidir o Ministério Público por aguardar a apresentação da exposição

circunstanciada de que trata o artigo 186 da lei especial em comento, devendo, nesta hipótese, oferecer a denúncia seguidamente em 15 (quinze) dias. Este prazo, como lógico, será contado a partir da data em que o Ministério Público receber novamente os autos.

Com o advento da Lei nº 11.101/2005, **ex-vi** do seu artigo 200, restaram revogados os artigos 503 a 512 do Código de Processo Penal que disciplinavam o processo e julgamento dos crimes de falência e, assim, como prelecionou o Professor Arthur Migliari Júnior, em aula proferida na EMERJ, durante o período de **vacatio** da nova lei, haveria vários momentos “destinados à apuração dos crimes falenciais, não se cingindo ela ao inquérito judicial, como era no modelo do Decreto-Lei 7.661/45”.

Prossegue o eminente professor:

Assim, podemos observar que o primeiro momento de apuração dos crimes falenciais se dá com a decretação da falência, ou da concessão da recuperação judicial, sendo intimado o Órgão do Ministério Público (artigo 187, caput), ao qual incumbirá observar se age desde esse instante, ou não, dentro de seu juízo de discricionariedade.(...)

O segundo momento de apuração dos crimes falenciais se dará quando da apresentação do relatório do administrador (art. 22, III, “e”, c/c 186, caput), quando este mostrar as responsabilidades civis e penais dos envolvidos nos processos falenciais e de recuperação de empresa” (ao mesmo estilo do que acontecia com o relatório do síndico na legislação anterior).(...)

O terceiro momento se resume a uma forma pouco comum de apuração de quaisquer delitos, eis que se dará em qualquer fase processual, desde que haja indícios de prática de delitos (art. 187, parágrafo 2º).

Importante ressaltar que o legislador buscou, com a nova lei, acabar de vez com aquele anacrônico procedimento processual do inquérito judicial, prestigiado por tantos anos pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, em seu artigo 103, cujo desenvolvimento corria no juízo falencial, até que a denúncia fosse recebida por despacho funda-

mentado, pelo qual o Juiz da falência se despojava da sua competência e determinava a imediata remessa dos autos ao Juízo Criminal para posterior prosseguimento da ação penal que, a partir de então, deveria obedecer às diretrizes traçadas pela lei processual penal, previstas nos artigos 503 a 512 do Código de Processo Penal, o que, aliás, já não vinha sendo efetivamente observado.

Hoje, por força do que dispõe o artigo 187 da LRE, ao ser intimado da sentença, quer daquela que decreta a quebra ou da que concede a recuperação judicial, o Ministério Público, se verificar a prática de crime previsto na nova lei especial ou mesmo a existência de indícios sérios e concludentes dos delitos, estará legitimado para, imediatamente, como quer a lei, deflagrar ação penal ou, se assim não entender, em razão de ausências de documentos capazes de revelar um suporte mínimo acusatório, poderá requisitar a instauração de inquérito policial, este disciplinado pelos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal, consoante dispõe o artigo 188 da LRE.

Averbe-se, entretanto, por disposição expressa do artigo 192, parágrafo 1º da LRE, ainda restou preservada a figura do inquérito judicial, cuja conclusão deve ser aguardada, por não se aplicar a nova lei aos processos de falência ou concordata, desde que ajuizados anteriormente à sua vigência, os quais deverão ser concluídos em conformidade com o estatuído pelo Decreto-Lei 7.661/45.

Por outro lado, como a Constituição Federal legitima plenos poderes ao Ministério Público para promover ações em defesa dos interesses difusos e coletivos, pode também o *Parquet* ajuizar ação civil pública, quer por meio de inquérito civil (art. 8º da Lei 7.437/85), ou, ainda, por peças de informações (art. 129, I, III, VI, VIII e IX, da Carta Constitucional Federal), podendo ser este mais um momento ou meio para também se apurar prática de crimes falenciais, isto porque “a ação civil de responsabilidade dos danos patrimoniais abrange tanto os interesses difusos quanto os coletivos, neste último aspecto, a comunidade de credores habilitados ou não”, como se infere, aliás, do artigo 186 da LRE, que faz expressa referência ao artigo 22, III, “e”, da aludida nova lei especial.

Rematando, segundo dispõem os artigos 183 a 188 da LRE, o rito procedimental do crime falimentar ou falencial é de natureza sumária, previsto nos artigos 538 a 540 do Código de Processo Penal, uma vez que, a partir da Constituição de 88, o procedimento judicialiforme restou sepultado, tendo em vista a norma expressa do artigo 129, I, da CF, que assegura somente ao Ministério Público, como uma de suas funções institucionais, a legitimidade privativa para promover ação penal pública.

Entendamos, pois, o rito procedimental do crime falimentar.

1. É da competência do juízo criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência conhecer e julgar a ação penal proposta por infração dos tipos previstos nos artigos 168 a 178 da LRE.

Esta regra expressa no artigo 183 da referida lei estabelece o princípio da unidade do juízo falencial, criando uma exceção ao princípio da competência *ratione loci* contemplado no artigo 69 do Código de Processo Penal, isto é, permite a nova lei que o fato de longe seja julgado na jurisdição da falência.

Quero dizer que, apesar de a primeira regra definidora da competência em matéria penal se situar exatamente no lugar da infração, ditando o artigo 6º do Código Penal que "considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde produziu ou deveria produzir-se o resultado", segundo a nova lei, ainda que a ação criminosa venha a ser praticada em local outro, a teor de seu artigo 183, prevalece o princípio da universalidade que previne a competência do juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, para conhecer da ação penal pelos crimes nela previstos.

Na verdade, a nova lei construiu uma derrogação da regra do julgamento no distrito da culpa, quando se sabe que onde o crime foi praticado, onde a ordem social foi violada, aí deve haver a manifestação do *jus persecuendi* e aí deve realizar-se o *jus puniendi*, isso porque o lugar da infração é o mais indicado para o processo, por vários motivos, dentre os quais sobressaem dois: o primeiro está atrelado ao princípio da prevenção geral, pois a pena, entre suas diversas finalidades, tem a de prevenir o crime, e o castigo imposto ao delinqüente é exemplo a ser edificado na comunidade onde

o fato se passou; o outro é que aí existem, em regra, as provas do delito, pois elas, em sendo colhidas, geralmente no local do crime, por tal razão e conseqüentemente, poderão ser melhor pesadas e apreciadas pelo julgador da localidade onde ele foi perpetrado.

2. Firma a regra da ação penal pública incondicionada e suprime a figura do assistente de acusação;

3. Estabelece o rito sumário, a teor dos artigos 538 a 540 do Código de Processo Penal, após recebida a denúncia;

4. Recebida a denúncia, regularmente citado o réu, será ele interrogado, deferindo-se-lhe prazo para oferecer alegações preliminares e arrolar até cinco testemunhas, **ex-vi** do artigo 539 do Código de Processo Penal. Inquiridas as testemunhas, passa-se aos debates orais, seguindo-se a sentença, que pode ser prolatada na audiência, caso o Juiz se julgue habilitado para decidir a questão. Caso contrário, a teor do disposto no artigo 538, parágrafo 3º do Código de Processo Penal, o julgador poderá determinar que os autos lhe sejam conclusos para decidir no prazo de 5 (cinco) dias.

Em verdade, com esta nova lei, o legislador buscou dar maior celeridade ao julgamento dos crimes falimentares ao estabelecer o rito sumário, que se aplica a todos os feitos, ainda àqueles em que o andamento tenha sido iniciado à luz do Decreto-Lei 7.661/45, por se tratar de regra de direito processual, de incidência imediata, como previsto no artigo 2º do Código de Processo Penal, descabendo, portanto, qualquer alegação de afronta a princípio constitucional. Desprezado, assim, o rito mais lento, o legislador buscou impedir que a maioria dos crimes falimentares prescrevessem, dada a complexidade da apuração do tipo penal, muitas vezes desdobrada em inúmeros estágios no curso da investigação falencial para se chegar até a decretação da quebra, esta como condição objetiva de punibilidade. Visou, em verdade, o legislador, a uma rápida entrega da prestação jurisdicional.

DOS TIPOS PENAIIS

A nova lei pune com mais gravidade os crimes contábeis e, na medida em que fomenta a pena, faz com que o comerciante reflita

e pense mais um pouco na cautela que deve ter no desempenho da sua atividade comercial, não porque a pena em si só possa intimidar, mas sobretudo, porque a lei encerra, aliás com muita evidência, a certeza da punição e as conseqüências dela decorrentes.

A regra da prescrição, como novidade, passou a ser regulada pelo Código Penal, conforme expressamente dispõe o artigo 182 da LRE.

Por outro lado, a respeito das causas interruptivas do lapso prescricional, a nova lei, no parágrafo único do artigo 182, apenas estatui que a decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha sido iniciada com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial. Importante realçar, contudo, apesar do silêncio da lei falencial, que também interrompem o curso da prescrição o recebimento da denúncia, a sentença condenatória recorrível, o início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência, **ex-vi** do artigo 117, I, IV, V e VI do Código Penal, c/c o artigo 182, parágrafo único da LRE.

A respeito, pela Súmula 592, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que “nos crimes falimentares aplicam-se as causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal” e, com o advento da nova lei, nada restou alterado no entendimento sumulado.

Incide, também, na nova lei, a redução dos prazos prescricionais, conforme disposto no artigo 115 do Código Penal, que disciplina: “são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos de idade, ou, na data da sentença [aqui entendida condenatória] maior de setenta anos de idade”.

Importante aclarar que, fugindo à regra do **tempus regit actum**, o prazo da prescrição da pretensão punitiva não começa a correr do dia em que o crime se consumou, como previsto no artigo 111, I, do Código Penal, mas da data da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Uma outra questão, é importante comentar, diz respeito à suspensão do prazo prescricional, em face do absoluto silêncio da nova

lei. Assim é que, decretada a falência e havendo interposição de recurso, até que a instância superior julgue, não há a menor dúvida de que está suspenso o prazo prescricional por incidência, na hipótese, do artigo 116 do Código Penal, até que seja pacificada ou não a validade da sentença recorrida.

Outro aspecto interessante é reconhecer-se que, uma vez iniciado o processo de recuperação, interrompe-se automaticamente o prazo prescricional; frustrada a recuperação, pode ser retomado o lapso prescricional com o advento da sentença declaratória da quebra.

O artigo 168 da LRE cuida da fraude contra credores, figura delituosa que não é nova, visto que já contemplada no artigo 187 do Decreto-Lei 7.661/45, agora, entretanto, punida com pena mais severa e que oscila entre 3 a 6 anos de reclusão, e multa, sendo que anteriormente a pena era de 1 a 4 anos de reclusão.

A novidade, contudo, é a imposição cumulativa da pena reclusiva com a pecuniária, esta com previsão no artigo 49 do Código Penal e seus parágrafos. Outra novidade trazida pelo legislador reside no elemento subjetivo, agora a título de dolo específico ou direto, à medida em que, contrariamente à previsão contida na legislação revogada, estabeleceu-se que o ato fraudulento há que ter fim específico e finalístico voltado para obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem, ao passo que, à luz do revogado artigo 187 do Decreto Lei nº 7.661/45, o fim visado pelo agente não era obter, mas criar ou assegurar injusta vantagem para si ou para outrem.

Por outro passo o legislador, nos parágrafos primeiro e incisos segundo e terceiro do suso mencionado artigo 168 da LRE, criou tipos subordinados que geram causas especiais de aumento da pena. Como novidade, passou a punir com agravamento da pena de 1/3 até a metade, se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores em contabilidade paralela àquela exigida pela legislação, admitindo, mais adiante, no parágrafo terceiro do mesmo artigo 168, o concurso de pessoas, estendendo uma malha para alcançar os contadores, técnicos contábeis ou outros profissionais que, direta ou indiretamente, de qualquer modo concorreram, na medida da sua culpabilidade, para as condutas criminosas descritas no seu parágrafo primeiro, incisos, I a V e parágrafo segundo.

Sensível ao funcionamento das microempresas ou de empresas de pequeno porte, o legislador, no parágrafo quarto, do artigo 168 em testilha, criou causa especial de diminuição da pena, admitindo, também, a possibilidade da substituição da mesma, sempre que não se constatar prática habitual de conduta fraudulenta por parte do falido. Na hipótese, a redução oscilará de 1/3 até 2/3, ou, se satisfeitas as diretrizes do artigo 44 do Código Penal, o Juiz poderá, também, substituir a pena privativa da liberdade por restritivas de direitos, pelas perdas de bens e valores ou pela prestação de serviço à comunidade.

Também punido a título de dolo direto, está o crime de violação de sigilo empresarial, previsto no artigo 169 da LRE, repousando o atuar injusto do agente na contribuição consciente para (o fim de) conduzir o devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira. No mesmo sentido, o crime de divulgação de informações falsas, previsto no artigo 170 da LRE, cujo elemento subjetivo do tipo reside na ação de divulgar ou propalar, por qualquer meio, informações sabidamente falsas sobre o devedor em recuperação, visando levá-lo à falência ou, ainda e alternativamente, para obter vantagem (vantagem essa que só pode ser econômica ou financeira, é a conclusão a que se chega em face do silêncio do legislador). Impende ressaltar, ainda, que somente a divulgação sabidamente falsa é que integra o tipo penal em tela. Estas duas modalidades de crime representam, sem dúvida, uma novidade da nova lei, cujo escopo é o de proteger os devedores.

O artigo 171 da LRE cuida do crime de indução ao erro, delito que se assemelha ao de fraude processual, previsto no artigo 347 do Código Penal. Aqui, diferentemente daquele, o tipo penal contempla uma hipótese específica de fraude direcionada ao processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, que se pune a título de dolo e se especifica pelo fim de induzir a erro o Juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial. Trata-se, como se infere do próprio tipo, de crime formal ou de mera conduta, cujo *summum opus* ocorre desde que ultimada a sonegação ou a omissão de informação, ou, ainda, prestadas informações falsas, pouco importando

que se siga ou não o engano do juiz, do Ministério Público etc. ou, ainda, que por motivo superveniente, o processo não chegue à fase de julgamento, desde que o artifício articulado mostre-se idôneo a enganar.

Este crime, entretanto, é autônomo e não subsidiário, admitindo-se, contudo, cúmulo material com outro delito mais grave (p. ex., art. 168 da LRE).

O artigo 172 descreve tipos de crime ante e pós-falimentar. O primeiro, se a conduta antecede a sentença declaratória da quebra ou a que concede a recuperação judicial ou homologa plano de recuperação extrajudicial. O segundo, se a conduta criminosa é posterior. Em qualquer hipótese, o sujeito ativo pode ser próprio ou impróprio, visto que o legislador não distinguiu quem pode praticar o ato de disposição ou oneração patrimonial, ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores, em prejuízo dos demais. No parágrafo único do artigo 172, o legislador previu a mesma pena de 2 a 5 anos de reclusão e multa para aquele que recebeu os bens, desde que comprovado um nexos subjetivo de conluio com aquele que praticou a conduta prevista no *caput* do mesmo artigo, demonstrado que se beneficiou em detrimento dos demais credores.

A novidade trazida pelos artigos 173 e 174 da LRE repousa no uso dos bens. Notam-se, contudo, duas imperfeições do legislador. A primeira, no artigo 173, quando deixou sem punição aquele que ainda não teve a falência decretada e não estava em recuperação, apesar de o referido dispositivo legal falar em “massa falida”, a concluir-se pela existência já sedimentada da universalidade de direito, ao passo que, na dicção do artigo 174, o legislador optou por não punir aquele que praticou crimes contra bens da empresa em recuperação, privilegiando tão-só os bens pertencentes à massa falida.

No artigo 175 da LRE, o legislador ripristinou a figura delituosa contemplada no artigo 189, II, do Decreto-Lei 7.611/45, à medida em que cuida da habilitação ilegal de crédito.

Já no artigo 176, está prevista a hipótese de exercício ilegal de atividade, visando a punir aquele que desrespeita decisão judicial que inabilita ou incapacita alguém para o exercício do comércio.

Esta figura delituosa também tem previsão no artigo 359 do Código Penal, que pune com pena de detenção aquele que desobe-

dece decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito. Vê-se, pois, que a intenção do legislador foi a de assegurar penalmente o cumprimento de pena restritiva de direito. O que se incrimina, bom é realçar, é o fato de exercer atividade para a qual foi inabilitado ou incapacitado e, conforme expressamente declara o tipo penal, é preciso que a inabilitação ou incapacidade de que se cuida decorra de decisão judicial, definitiva ou em caráter provisório.

O elemento subjetivo é o dolo genérico, e o crime se consuma com a efetiva prática de qualquer ato que implique violação da decisão judicial no tocante à inabilitação ou incapacitação para a atividade comercial.

O artigo 177 da LRE descreve um crime falencial impróprio e de consumação antecipada, porque a conduta se exaure antes de qualquer prejuízo para a massa falida. O que se pune na espécie é a mera especulação, quebrando o princípio da boa-fé. Vê-se, pois, que quando o legislador cuida da especulação, está, em verdade, punindo a mera intenção do agente. Nota-se, assim, neste dispositivo, mais uma falha do legislador à medida em que deixou de fora o depositário de bens, exatamente aquele que, mais do que qualquer outra pessoa, melhor conhece os bens da massa falida.

Na hipótese, se conceituada a conduta nos limites do crime meramente formal, ou seja, crime que descreve um resultado que efetivamente não se precisa verificar para a ocorrência da consumação, bastando, tão-só, a ação meramente volitiva do agente, *in casu*, esta isolada especulação de lucro para a concretização de seu intento, desde que manifestada, à evidência, no atuar reprovável do agente, é o suficiente para configurar um dano em potencial. Na verdade, em crimes desta natureza que, à primeira vista, parece buscar-se punição em razão de mera *cogitatio*, impõe-se entender que o legislador visou a definir um tipo penal de consumação antecipada, satisfazendo-se com a mera conduta que antecede, ou, em última análise, alheia-se por completo ao *eventus damni*, segundo a lição de Hungria. Há que se ressaltar, contudo, que, na parte final do artigo 177 da LRE, quando o legislador fala da “especulação de lucros”, está ele descrevendo tão-somente o comportamento do agente, sem se preocupar com o resultado, satisfazendo-se, como se pode concluir, com a sua mera volição. Contudo, comprovada, em decor-

rência da especulação de lucro, a existência de um efetivo **eventus danni**, capaz de tipificar autonomamente outro injusto, definido nesta lei especial ou no Código Penal, é de se recepcionar na capitulação a figura do concurso de crimes.

O artigo 178, por derradeiro, descreve um tipo de crime subsidiário, comissivo por omissão, sendo o único, na nova legislação falencial, que permite a suspensão condicional do processo, porque elencado no rol daqueles crimes de menor potencial ofensivo, cabendo, portanto, aplicação do artigo 89 da Lei 9.099/95 e artigo 2º da Lei 10.259/01.

Infere-se que o agente, ao deixar de elaborar, escriturar ou autenticar os documentos de escrituração contábil obrigatórios, pratica uma conduta omissiva imprópria ou comissiva por omissão, certo que a omissão no seu atuar reflete o meio pelo qual o agente produz o resultado, cabendo lembrar que, em crimes desta natureza, o que a lei pune não é a omissão em si, devendo o agente responder tão-somente em razão do resultado decorrente da sua deliberada conduta omissiva, conduta esta a que está obrigado a impedir. Esta é a conclusão lógica a que se chega em razão da regra que soa do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal, ao dispor, **verbis**:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância; de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado ou com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O legislador, como se infere, dá especial relevo à figura do garantidor, destacando a relevância da omissão. Como leciona o professor Cezar Roberto Bitencourt a respeito do tema:

Na omissão ocorre o desenrolar de uma cadeia causal que não foi determinada pelo sujeito, que se desenvolve de maneira estranha a ele, da qual é um mero observador. Acontece que a lei determina-lhe a obrigação de intervir nesse proces-

so, impedindo que produza o resultado que se quer evitar. Ora, se o agente não intervém, não se pode dizer que causou o resultado, que foi produto daquela energia estranha a ele, que determinou o processo causal.

E prossegue o eminente professor:

Na verdade, o sujeito não o causou, mas como não o impediu, é equiparado ao verdadeiro causador do resultado. Portanto, na omissão não há o nexó de causalidade, há o nexó de não impedimento. A omissão relaciona-se com o resultado pelo seu não impedimento e não pela sua causação. E esse não-impedimento é erigido pelo Direito à condição de causa, isto é, como se fosse a causa real. Dessa forma, determina-se a imputação objetiva do fato.

Contudo, a omissão só integrará o elemento do crime falencial no momento em que ocorrer o advento da sentença de quebra ou de recuperação, isto porque a simples omissão, solta no mundo exterior, sem que tal ocorra, pode, quando muito, caracterizar um tipo contravencional previsto no artigo 49 da LCP, ainda vigente, ou, quiçá, o tipo do artigo 297, parágrafo 2º, do Código Penal.

Na hipótese de ocorrer a prática do crime previsto neste artigo, a competência se firmará em favor do Juizado Especial Criminal, observando o que dispõe o artigo 183 da LRE.

Com estas breves considerações, espero contribuir para que todos possamos viver mais intensamente esta nova e revolucionária lei. ☐