

CRIME FALIMENTAR

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA
Desembargador TJJ/RJ

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. GENERALIDADES

O tema crimes falimentares constitui um tormento tanto para os comercialistas, que se o tratam, e o fazem de maneira bem limitada, é por considerarem ser matéria nitidamente penal, como também para os penalistas que, no reverso da medalha, esbarram com uma íntima vinculação ao domínio do direito falimentar. Aduza-se a escassez de monografias, que é geral em todos os países¹. Daí a pobreza de nossa literatura jurídica sobre os crimes falimentares.

Na Antigüidade, encontramos um quadro que apresenta o sistema de vinculação da pessoa do devedor à obrigação contraída, recordando-se de que entre os germanos havia o sistema de composição, não obstante também ocorrer a vinculação física ao cumprimento das obrigações, podendo até ficar estipulado em cláusula contratual a sanção de imposição de cruéis sevícias e a própria servidão, estendidas à mulher e ao filho do devedor inadimplente.

Vamos encontrar no vetusto Direito romano a pedra base da falência (*faillite*, como os franceses designam a falência casual), que toma fisionomia definitiva com o título de *bancarotta*, na Idade Média².

Na **Lex Duodecim Tabularum**, o direito do credor é obtido através de uma medida pessoal sobre o devedor (*obligatus*) para induzi-lo a pagar. A duplicidade do caráter, privado e penal, é a forma antiqüíssima da execução do débito. O devedor que não satisfizesse o débito tornava-se *nexus* e, em tal circunstância, deixava de existir a intervenção do juiz, ficando aquele

¹ Cf. Rodice, “Il reato di bancarotta semplice dove esclusi dai, piccoli fallimenti?”, in **II diritto fallimentare**, 1935, 31.

² No Direito pátrio, diante do Dec.-Lei nº 7.661/45, não cabe a tripartição em falência casual, culposa ou fraudulenta.

fisicamente ao dispor do credor, que poderia prendê-lo, acorrentá-lo, enfim, tratá-lo como escravo.

Desde o sistema da **Lex Duodecim Tabularum**, o inadimplemento do devedor, quando o crédito resultasse ou de sentença ou de confissão, dava imediatamente lugar à **manus iniectio**. Transcorridos trinta dias, o credor exercia a **manus iniectio** pronunciando sacramentalmente a fórmula de Gaio, colocando a mão sobre o devedor que, se não pagasse o **vindex**, era declarado **addictus** e adjudicado ao credor.

Aulo Gellio descreve o procedimento da **manus iniectio** dizendo: “*sed eam capitis poenam sanciendae, sicut dixi, fidei gratia horrificam, atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendam reddiderunt*”. Aliás, podemos afirmar que o caráter da **manus iniectio** é paralelo com o procedimento do **furtum manifestum**. O aspecto de atrocidade o caracterizava, pois o credor poderia dispor, como procedimento executivo, da divisão do corpo do devedor entre os demais credores (**in partis secanto**). O vínculo era unicamente pessoal com direito do credor sobre o devedor (as espécies de procedimento com **manus iniectio**, **manus iniectio indicati**, **manus iniectio pro indicato** e **manus iniectio pura**). Enfim, o direito do credor era realizado através de execução privada sobre a pessoa do devedor, condicionado ao seu inadimplemento. Gaio atesta que só em época posterior foi introduzido um processo patrimonial (**pignoris capio**) que se traduz: “*Per pignoris capionem lege agebatur de quibus dam rebus moribus, de quibus dam rebus lege*”. Caracterizava-se pela apreensão de uma coisa do devedor, que se constituía em um particular meio de coação.

Com a **Lex Poetelia** (326 a.C.), foi abolida a execução pessoal e liberou-se o **nexum** sem qualquer controle ou ingerência do Estado, recaindo as dívidas somente sobre o patrimônio, contudo, aprisionado o insolvente e obrigado ao trabalho forçado para o credor até a solução da dívida. Gaio recorda o pretor Rutilio como inventor da **bonorum venditio**, que consistia em decretar a entrega dos bens do executado ao credor - **missio in possessionem**, como medida assecuratória, fazendo-o alienar em hasta pública a um adquirente (**bonorum comptor**). Tinha uma situação idêntica à do herdeiro encarregado de promover a venda dos bens herdados por rateio (**bonorum venditio**). Foi sem dúvida com a edição de **Lex Poetelia Papiria** que o vínculo existente entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação deixou de ser puramente material para se tornar jurídico, respondendo corretamente pelo débito, não mais se admitindo como pagamento o corpo do devedor;

a questão se torna puramente de ordem patrimonial (os devedores deixam de ser condenados à pena de morte, vendidos como *res*, como escravos).

A **Lex Julia Bonorum** deu um tratamento diferenciado aos devedores que obrassem sem dolo (má-fé), evitando a infâmia aos devedores de boa-fé resultante da *venditio bonarum*, que consistia na entrega dos bens aos credores, que tinham o direito de reter o exatamente necessário (*beneficium competentiae*). Desta forma, a infâmia ficou tão-só aos devedores de má-fé.

No Direito clássico, os principais meios concedidos ao pretor contra os atos fraudulentos dos devedores eram a *interdictum fraudatorium* e a *in integrum restitutio*. Interessante o comentário de Baldo: “*falleti sunt infami et infamassimi et more antiquissimae legis tradi creditoris lanian-di... nec excusantur ob adversam fortunam; est decoctor ergo fraudator; sic lex enim vocat eos, and edictum fraudatorium*”. Foi uma **Lex Julia**, do início do Império, que concedeu a *cessio bonorum* aos credores, evitando a prisão e a infâmia. Na última fase da evolução, encontramos a *cognitio extraordinaria*, a concessão da *bonorum distractio*. Entre os romanos não era conhecido o concurso de credores. Ao curso do tempo, os romanos acordaram para que os bens, e não o corpo do devedor, respondessem por suas dívidas. Com os bárbaros desapareceram as noções jurídicas do atuar com dolo ou com boa-fé, retrocedendo a repressão à pena de morte do devedor ou à privação de liberdade indiscriminada. Escreve com propriedade o comentador Punzo que “*tale situazione di miseria materiale e culturale si potrasse fino all’aureo periodo di comuni in cui il commercio rifrori e gli studi giuridici ricevettero nuovo impulso*”³.

É de recordar a constante presença do rigor de tratamento dispensado aos comerciantes devedores (*bancae ruptores*), que recebiam respostas penais severíssimas, ainda mais agravadas em caso de revelia, tidos por Baldo como *deceptores et fraudatores*. Em uma visão de responsabilidade objetiva, encontramos a orientação das legislações à época inalterada até o século XVIII. Interessante o comentário de Conti, ao afirmar: “*Solo verso la fine del secolo, per la sempre maggior pressione delle correnti di pensiero iluministiche, le sanzione civili e criminali vennero in parte mitigate*”⁴.

³. Cf. Massimo Punzo, **Il delitto di bancarotta**, Torino, 1935, 7.

⁴. Cf. Luigi Conti, **I reato fallimentari**, Torino, 1935, 10.

Beccaria, seguindo os ideais enciclopedistas, escrevia: “*Il distinguere il fallito doloso dal fallito innocente*”; o que era básico para a tipificação e a resposta penal adequada ao desvalor da conduta⁵.

O Código Comercial francês (1807) substituiu a *pena de morte* por trabalhos forçados, colocando a bancarrota simples sancionada a título culposo, e a fraudulenta eleita à categoria de ilícito penal, que seguia o vetusto Código Penal de 1791, que teve, como origem, a ordenança do Direito italiano de 1673, de Luiz XIX. Aduza-se que o citado Código Comercial francês adotara o sistema de presunções de Stracca e, assumindo a orientação do Código Penal de 1791, aboliu a pena de morte e estabeleceu a distinção entre a bancarrota *dolosa* e a *culposa* e considerou a falência *per se* como um instituto particular da atividade comercial. Ressalte-se que as disposições do Código napoleônico, mesmo após as alterações da lei de 28.5.1838, que suprimiu a presunção *ius tantum*, teve influência fundamental na legislação italiana.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO DIREITO PÁTRIO

A legislação pátria recebeu forte influência das legislações italiana e francesa. Até 1520 vigoraram as Ordenações Afonsinas, em que a falência só era permitida aos comerciantes. As Ordenações Filipinas (1603), no Livro IV, que vigorou até a entrada do nosso Código Civil, qualificavam a *bancarrota* como própria dos comerciantes, e o Livro V dispunha sobre o *crime de bancarrota*, onde figuravam mercadores cambiadores ou seus feitores que *quebram seus tratos, levando-se como mercadorias fiadas ou dinheiros tomados a câmbio e manda sejam havidos por públicos leiloeiros e, como tais, castigados com a pena de morte*⁶. Na falta de prova, condenados ao degredo para as galés, não podendo mais em suas vida usar o ofício de mercador. As Ordenações proibiam a cessão de bens e a execução na pessoa ou patrimônio por parte dos credores.

Melo Freire apresentou em seu trabalho de reforma duas figuras de quebras, a *casual* e a *fraudulenta*, sendo que só na última ocorrência, em razão da fraude de credores, dolo ou culpa dos devedores, que seriam tidos como ladrões ou falsários e punidos com as penas do ilícito de falsidade.

⁵. Cf. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1973, n° XXXII, 101 e segs.

⁶. Diante do n° 6 da Lei III da Lei das XII Tábuas, que previa caso de pluralidade de credores, o corpo do devedor poderia ser retalhado para ser entregue em partes aos seus credores - *Tertiis nundinis partes secanto; si plus minusve sequerint, ne fraude esto*.

Com a lei de 20 de outubro de 1823, colocava-se em vigor no território nacional todos os atos dos reis de Portugal até 25 de abril de 1821 e, após, os de D. Pedro. Com a entrada em vigor do Código Penal de 1830, com o *nomen iuris* de “bancarrota” incriminava-se penalmente a falência⁷. Era também tratada no Código Penal, no Capítulo III, com o título “Banca-Rota, Estelionato e Outros Crimes contra a Propriedade.”

Na evolução histórica do instituto não podemos deixar de assinalar a Lei n° 556, de 25 de junho de 1850, e o Decreto n° 768, de 25 de novembro de 1850, melhorado pelo Decreto n° 1.597, de 1° de maio de 1855. O Código Comercial classificava a falência em *casual*, com *culpa* ou *fraudulenta*, que integravam a falência delitativa. Surge, de autoria de Carlos Carvalho e Macedo Soares, o Decreto n° 917, de 24 de outubro de 1890, atribuindo ao curador de massas o poder de promover o processo contra o falido, cúmplice e mais pessoas culpadas⁸, marcando uma nova era na vida do instituto. O Código Comercial dispunha os crimes falimentares em *próprios*, *culposos* e *fraudulentos*, incluindo como ilícito especial o do corretor e o do leiloeiro, além dos chamados *impróprios*⁹.

O Código Penal de 1890, no Título XII, relativo aos “Crimes contra a Propriedade Pública ou Particular”, e no Capítulo III, relativo à “Falência”, dizia, no art. 336: “*Todo comerciante, matriculado ou não, que for declarado em estado de fallencia, fica sujeito à acção criminal, se aquella for qualificada, fraudulenta ou culposa, na conformidade das leis do commercio. § 1° Se a fallencia for qualificada fraudulenta, a pena será de prisão celllular por dois a seis annos. § 2° Se culposa, de prisão celllular de um a quatro annos. § 3° A fallencia dos corretores e agentes de leilão sempre presume-se fraudulenta, e será punida com as respectivas penas*”. O art. 337 prescreve que “*o devedor não commerciante que se constituir em insolvência, ocultando ou alheando maliciosamente seus bens, ou simulando dividas em fraude de seus credores legítimos, será punido com a pena de prisão celllular de seis meses a dois annos*”. Ainda de 1908, eliminando a indicação do síndico pelas Juntas, poderíamos alinhar os regulamentos: Decreto n° 4.855, de 2 de

⁷ Art. 263. *A bancarrota que for qualificada de fraudulenta, na conformidade das leis do comércio, será punida com a prisão com trabalho por um e oito annos. Na mesma pena incorrerão os cúmplices.*

⁸ V. art. 78, § 1°.

⁹ V. art. 81, III e VII.

junho de 1903, e Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, que eliminava a indicação do síndico pelas Juntas Comerciais, fazendo recair a escolha dentre os credores do falido. O Decreto nº 5.746 reproduziu com pequenas alterações a Lei nº 2.024. Hodiernamente a matéria é tratada fora da sede do Código Penal pelo Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que tratava do inquérito policial no Título VII, arts. 103 a 113, e dos crimes falimentares *per se* nos arts. 186 a 189. O Código Penal de 1969 seguiu a mesma orientação da legislação de 1940, regulando a matéria através de lei especial. O Projeto de Reforma da Parte Especial de 1984, a despeito da relevância dada ao Título XII, que trata “Dos Crimes contra a Ordem Econômica, Financeira ou Tributária”, preferiu manter o Decreto-lei nº 7.661/45 disciplinando em separado a matéria.

O Anteprojeto de 1999 manteve a sede em legislação especial¹⁰.

3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Quanto à deficiência de técnica legislativa em que sempre se tem criticado o abuso do sistema casuístico e o de “reenvio à corrente”, como diz Antolisei, o sistema casuístico se constitui em um resíduo de um passado histórico já superado. Surgem múltiplas situações inerentes à realidade da vida, e o aplicador não pode ficar dentro de uma camisa-de-força sem horizontes pela interpretação da previsão normativa¹¹.

O instituto da falência e o seu correlativo, o crime falimentar, apresentam relevância no sentido social e jurídico, pois a falência emerge do inadimplemento de uma obrigação positiva de fazer, onde o comerciante figura como o pólo passivo, e cuja prestação consiste em causa civil, ou comercial de valor pecuniário. O comerciante (noção vasta e abrangente,

¹⁰. Está em curso no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.376/93 que entre várias inovações sujeita as empresas de economia mista à legislação de falências e concordatas. Assim, as estatais terão de seguir as mesmas regras impostas às empresas privadas. É vedada à pessoa física a possibilidade de falência e concordata, devendo pedir, na forma do CPC, a insolvência civil (a pessoa física perde a administração dos seus bens e vende seus ativos para pagar a dívida, o que importará em confessar a sua insolvência). O Projeto é mais rigoroso em relação aos crimes falimentares aumentando a criminalização e penalização de condutas (no caso do sujeito ativo ser gestor de empresa pública ou de economia mista, a majorante específica é de um terço), bem como tipifica a solidariedade da pessoa física ou jurídica ligada à empresa cuja falência tenha sido provocada por uma delas. É o uso de terceira pessoa jurídica para o atuar reprovável.

¹¹. Cf. Antolisei, **Manuale di diritto penale**, “I reati fallimentari e societari”, Milano, 1959, 3, 7.

contidos todos os tipos societários mercantis)¹², que deixa de satisfazer os compromissos assumidos acarreta prejuízo aos credores, como também faz perigar a economia pública. Assim, em razão da repercussão social, torna-se imperativa a intervenção do Estado no sentido de frear as competições de interesses e aplicar sanções aos infratores.

Não se pode olvidar a correlação entre *falência* e *crime falimentar*, visto que são entidades complexas, apresentando princípios que muitas vezes contrastam com as regras do direito comum. Liszt dizia que o crime falimentar é uma idéia em desenvolvimento, não tendo chegado à ciência, bem como a legislação não atingiu resultados decisivos, resultando em dificuldades na inteligência e aplicação das disposições, o que não ocorre com figuras penais já em forma definitiva.

Há que observar que a “falência é um procedimento de execução forçada coletiva que tem por pressuposto o estado de *insolvência e impontualidade* de um comerciante, quer se trate de pessoa física ou jurídica¹³”. Observado o estado de fato da incapacidade do ativo para a solução do passivo, no vencimento das obrigações, ocorre o estado de direito por sentença judicial, que é a falência do comerciante. É a declaração judicial de insolvência do comerciante caracterizada pelo inadimplemento da obrigação líquida, constante de título que legitima a execução forçada (título líquido, certo e exigível). Destarte, o devedor de boa-fé, cuja impontualidade é originada por circunstâncias fortuitas e cujo comportamento é atípico, não comete crime falimentar. Não é punível a falência, mas o crime falimentar. A impontualidade é o não-pagamento da obrigação líquida e certa na data do vencimento. Podemos afirmar que a impontualidade é o primeiro sintoma de um futuro estado de insolvência.

A *insolvência* é um estado de fato, caracterizada pelo desequilíbrio patrimonial entre os valores realizáveis e as prestações exigíveis, ocorrendo que o credor não encontra meios a seu alcance para satisfazer seu crédito no patrimônio do devedor. Como já vimos, não há de se confundir o estado

¹² Designa-se por comerciante a pessoa capaz que, em seu nome e por conta própria ou de outrem, pratica, ordinariamente, como profissão habitual, atos relativos ao comércio. Pode ser uma pessoa física ou jurídica. Assim, a firma individual ou social só adquire personalidade jurídica com o registro em relação à primeira, e registro e arquivamento do contrato, pertinente à segunda. O Código Comercial brasileiro, isto é, a Lei n° 556, de 25 de julho de 1850, em sua primeira parte, que trata do “Comércio em Geral”, versa sobre as qualidades necessárias para ser comerciante, as obrigações comuns, as prerrogativas e as disposições gerais.

¹³ Cf. Antolisei, **Manuale di Diritto Penale**, 1959.

de insolvência e a situação patrimonial em que o ativo resulta inferior ao passivo. Pode o devedor estar em *situação de insolvência*, embora tenha bens que supram suas dívidas, e que só pode converter em dinheiro através de grandes perdas (época de grave crise econômica). Temos então uma *situação de insolvência* por falta de *liquidez* e, de outro lado, a insuficiência pode acompanhar a solvência do devedor por existir uma expectativa de bens futuros que possibilitarão o crédito; logo, toda incapacidade de saldar as dívidas se constitui em insolvência. Há casos de insolvência *real e aparente, total ou parcial*. Há a chamada *presunção de insolvência* quando presentes os chamados indícios veementes de insolvência. Cada caso deve ser objeto de apurada análise pretoriana. Para efeitos penais, a insolvência de fato deverá ser *real, definitiva e reprovável*.

Crime falimentar, como delito *sui generis*, se constitui em um ilícito penal único, em que a conduta se caracteriza pela realização das figuras típicas elencadas normativamente como motivos impeditivos que concorrerem para o inadimplemento de obrigação ou estado de insolvência real e definitiva, praticados antes ou depois da prolação da sentença declaratória de falência, condição objetiva de punibilidade e procedibilidade, ou realizados por não-comerciantes, que direta ou indiretamente adquiram bens de massa, ou, em relação a eles, entraram em alguma especulação de lucro, causando lesão ao patrimônio de massa creditícia na satisfação de seus créditos. Há múltiplas definições elaboradas por especialistas que se acham vinculadas obviamente à ótica do doutrinador, caso conceba o crime falimentar como crime contra a fé pública, a administração da justiça, do crédito ou da economia popular, ou ainda dentro dos crimes contra o patrimônio¹⁴.

O objeto jurídico do crime falimentar seria o patrimônio dos credores, a garantia da satisfação dos créditos, a economia pública, a administração da justiça? A opinião dominante na doutrina penalística italiana é de que a *bancarotta* é um *crime contra o patrimônio*, constituindo-se o objeto jurídico no direito de garantia que os credores possuem sobre o patrimônio dos devedores. Tal orientação da tutela dos interesses patrimoniais dos credores é sustentada também por autores germânicos¹⁵. Já os cultores do Direito

¹⁴ Neste sentido: Alfani, Bonelli, Bédarride, Weumayer, Woto Sardenha, Meyer, Merkel, Schutze e Liszt.

¹⁵ No mesmo sentido: Maurach, *Deutsches Strafrecht*, Hannover, 1952, 219; H. Mayer, *Strafrecht*, Stoccarda, 1953, 348.

Comercial vêm na tutela penal um objeto de interesse social, ressaltando a prevalência ao correto andamento das relações econômicas, falando-se em crime contra a *economia pública*¹⁶. Nuvolone sustenta que a *bancarotta* é um crime contra a *administração da justiça*, pois o direito de crédito não vem tutelado pela norma falimentar sob o ponto de vista individual, mas sim do ângulo coletivo. A norma incriminadora teria como pressuposto *concurisal* os créditos em massa, o que significaria que o interesse jurídico imediatamente lesado seria um interesse publicístico-processual¹⁷. Antolisei, em síntese, declara que o objeto jurídico da tutela é a economia pública diante de uma multiplicidade de interesses, tratando-se de crime pluriofensivo, concluindo ao final que a proteção está ligada à administração da justiça¹⁸.

Não podemos deixar de consignar que a falência é essencialmente patrimonial. A nosso aviso, o objeto jurídico do crime falimentar é a *economia pública* em sentido lato e, diretamente, os interesses patrimoniais dos indivíduos traduzidos na massa creditícia. É, sem dúvida, o patrimônio do sujeito passivo. A doutrina chega a entender que o bem tutelado seria a *administração da justiça*¹⁹, pois com o crime falimentar estar-se-ia protegendo o processo executivo consensual: a administração da justiça. O desvalor no injusto falimentar situa-se no fato de colocar-se o devedor em situação de insolvência. Há, pois, o direito de os credores terem satisfeitos os seus créditos (devolução do patrimônio).

O sujeito passivo pode ser o *falido*, na hipótese de que terceiro obre delitivamente violando o interesse múltiplo tutelado pelo direito (interesses da *massa* nos aspectos da administração da justiça, da fé pública a da economia do crédito)²⁰.

¹⁶ Neste sentido: Belaffio, “La bancarotta della bancarotta”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1929, I, 636; Candian, “Della bancarotta”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1935, 218/219; Noto Sardegna, *I reati in materia di fallimento*, Palermo, 1940, 63; Provinciali, *Manuali*, II, 1934.

¹⁷ Cf. Nuvolone, *Fallimento*, 25.

¹⁸ Cf. Antolisei, *op. cit.*, 7, 23.

¹⁹ Neste sentido: Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle procedura concursali*, 1975, 25.

²⁰ A doutrina apresenta múltiplas posições: a) seriam sujeitos passivos tão-só os credores individualmente considerados (neste sentido: Filippo Antonioni, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, 97); b) seria impossível a sua determinação por tratar-se de tipo de perigo coletivo (neste sentido: Franco da Fonseca, “Anotações sobre alguns procedimentos criminais especiais”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1975, 46).

O objeto material da ação são os créditos, a inexistência dos livros obrigatórios ou a escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa; a destruição, inutilização, supressão de lucros ou balanços etc.

Na classificação típica, trata-se de um tipo *sui generis*, ou como definiu Bonelli: *uno reato molto speciale*, ou Punzo que o caracteriza como *istituto giuridico singularissimo*. É um *delito condicional* e de lesão, pois inexistirá crime falimentar sem incapacidade patrimonial para satisfazer as dívidas vencidas. Quando o devedor se coloca em situação real de insolvência, lesiona e não apenas coloca em perigo o direito dos credores à satisfação de seus créditos vencidos²¹.

O crime falimentar é um *delito condicional*, por motivos de conveniência legal ou prática, e somente existe e se torna punível mediante a verificação de um acontecimento involuntário e futuro ou concomitante com o fato voluntário. Momento de máxima importância, é o da *sentença declaratória de falência*²² na estrutura do crime falimentar que, na apreciação dogmática, confere existência jurídica e se converte em uma *condição objetiva de punibilidade*. A sentença falencial, que é objetivamente complexa, apresenta um aspecto *sui generis*, pois, declarada a falência, fica ratificado e divulgado o estado de falência do comerciante devedor; a partir deste momento, ficam sujeitos aos seus efeitos todos os envolvidos no processo. Trata-se de juízo indivisível e exclusivamente competente para todos os assuntos relativos à matéria pertinente à massa. Embora seja um ato formalmente único, engloba uma atividade de conhecimento e outra de execução imediata. Ficam antecipados os vencimentos de todas as dívidas do falido. A declaração judicial é um *pressuposto* e, como tal, estranho à conduta; integra o fato típico, enquanto incide sua qualificação de sujeito

²¹ Marcondes Filho, ao escrever a EM da atual Lei de Falência, não tomou posição diante da controvérsia de o crime falimentar ser de lesão ou de perigo. Veremos que há crimes de dano e de perigo na complexidade dos mesmos crimes falimentares. Está entre aqueles que sustentam a univocidade do crime falimentar, que se caracteriza por sua estrutura complexa, sendo que a sentença declaratória de falência, como condição de punibilidade, converte em unidade a pluralidade de atos praticados antes de sua declaração. Recorde-se de que nula será a sentença que violar o princípio da unidade complexa das ações ou omissões dos falidos.

²² Para Júlio Mirabbete, a sentença só deixa de ser condição objetiva de punibilidade quando elemento do crime, “como no art. 186, III, da LF” (**Processo penal**, SP, 1991, 523). No caso, a quebra, situada fora do fato material (emprego de meios ruinosos), é um dos elementos subjetivos do tipo (para obter recursos a retardar a declaração da falência). Mas, assim mesmo, o *emprego de meios ruinosos* para obter recursos e retardar a declaração da falência só será punível se advier essa declaração (condição objetiva de punibilidade).

ativo do crime. Os crimes falimentares se dividem em (a) *antefalimentares* e (b) *pós-falimentares*. Nos (a) crimes antefalimentares os fatos enumerados normativamente são indiferentes penalmente até a sentença declaratória, que lhes dá a antijuridicidade, sendo elemento constitutivo do ilícito. A condição objetiva pode ser *futura* ou *concomitante* aos fatos, extremando-se, no momento da sentença declaratória, os crimes ante e pós-falimentares. Nos crimes antefalimentares, a *sentença declaratória de falência* é elemento constitutivo, funcionando como condição de punibilidade, e (b) os pós-falimentares são os ilícitos havidos *depois* da sentença declaratória de falência.

Assim, a *insolvência* e a *suspensão dos pagamentos* não constituem a condição objetiva de punibilidade no crime falimentar. Há divergências doutrinárias quanto ao momento consumativo²³. Há um momento em que, pela situação, pode-se provar a falência; é a *zona de risco penal*. É um tipo misto alternativo, sendo questão polêmica. Enquanto alguns sustentam tratar-se de crime contra o comércio, como a orientação de Stevenson, o que rejeitamos, e, embora sem desconhecer que o crime falimentar atenta *per se* contra o comércio, damos uma maior amplitude à tutela penal, vendo-o como um delito pluriobjetivo, onde entram os interesses múltiplos em relação ao crédito, ao comércio e à economia, admitindo os credores como *massa* e não como meros indivíduos.

Há, pois, um interesse publicístico-processual, abrangendo, obviamente, a administração da justiça. A nosso sentir, a *posição eclética* é a que corresponde à realidade da tutela de defesa globalística.

Seguindo a lição de Carnelutti, convém lembrar que os pressupostos não passam de elementos de fato e relativos ao fato e nestes se resolvem, visto que não são estranhos à vontade, à conduta e ao resultado. Como salienta Oscar Stevenson, nos crimes *pós-falimentares, especiais e impróprios*, a *sentença declaratória de falência* não é o pressuposto, mas sim pressuposto do atuar reprovável, elemento típico. Pouco importa que seja circunstância antecedente que aborta a conduta; a sentença declaratória é elemento específico do fato punível²⁴.

²³ Maggiore e Alimena entendem que é o momento em que o sujeito pratica o ato - condição extrínseca; Lombardi e Ramella acham que é o da cessão dos pagamentos, e para Longhi é a insolvência. Diz Nuvolone que “*il problema della bancarotta prefallimentare è insolubile... non si individuano i limiti della zona di rischio penale*”, concluindo que “*il limite del rischio penale della bancarotta prefallimentare coincide con la manifestazione della insolvenza... il dovere di no dissipazione degli beni ai creditori*”.

²⁴ Cf. Oscar Stevenson, **Crime falimentar**, Saraiva, 1939, 2, 105.

Quanto à *sedes material* dos crimes falimentares, duas posições se apresentam: **(a)** a que entende que devem ser regulados pelo Código Penal no campo do Direito Penal; **(b)** devem ser regulados no diploma comercial; e surge uma terceira, **(c)** que defende que a norma comercial definiria os fatos *delituosos*, e a norma penal, as penas. Para Longhi, é uma *semplíce questione di tattica*. A matéria deve ser regulada por *lei penal especial*, visto que o legislador comercial trabalha com tecnicismo diverso do penalista e, hoje, o Direito Penal é multidisciplinar. Stevenson, ao analisar a sede material do crime falimentar, distribui em três grupos as legislações: **a)** orientadas pelos Códigos franceses de 1807 e 1810: a norma comercial fornece a noção de crime, ficando ao Código Penal as medidas respectivas. Tal legislação influenciou a espanhola, a italiana (1865), a japonesa e a brasileira; **b)** a representada pelo Código italiano de 1882, situado no campo da lei comercial, só explicável para a bancarrota como falência qualificada, sendo falsa tal posição, ampliado o conceito de crime falimentar, abrangendo todos, comerciantes ou não; **c)** as de tendência moderna de confinar no Código Penal toda a matéria concernente ao crime falimentar. Saliencia o referido autor que “pelo mesmo interesse público, que torna a falência processo cercado de garantias excepcionais, situa-se ao seu flanco e se trava com elo de interdependência a norma repressiva do crime falimentar.” A posição enciclopédica ou a posição interdisciplinar informam os vários endereços²⁵.

4. SUJEITO ATIVO E PASSIVO

O *sujeito ativo* em sentido lato não é somente o comerciante²⁶, visto que também podem sê-lo o juiz, o representante do Ministério Público, o síndico, o perito, o avaliador, o escrivão e o oficial de justiça nos denomina-

²⁵ Quanto à *locação legislativa*, teve rara sensibilidade o jurista Landrove Diaz em sua monografia sobre “Las quiebras punibles”, colocando as três vertentes: **a)** sistema de autonomia penal (pertence ao domínio exclusivo das leis penais: Suíça, Argentina, Peru); **b)** sistema de autonomia legislativa (ficaria a cargo de lei especial, integrando a Lei de Falências, como ocorre no Brasil, Chile, Inglaterra e Estados Unidos); **c)** sistema eclético (conjuga a matéria tanto no Código Comercial, com a sua descrição, como no Código Penal, com o conjunto de respostas à violação normativa, originário da codificação napoleônica e ainda presente na Bélgica e Grécia). Como vimos, no estudo dos antecedentes históricos normativos do Direito pátrio, o Dec.-Lei n° 7.661/1945 passou a tratar unicamente dos crimes falimentares, excluindo-se do âmbito do Código Penal. Todavia, no campo processual manteve a dicotomia, pois a denúncia do crime falimentar é recebida pelo juiz da falência que após encaminha os autos ao juiz penal, para que processe e julgue, cabendo recurso ao Tribunal de Justiça. É um grande equívoco tal dualidade a ser sanada.

²⁶ V. art. 190 da Lei de Falências.

dos *crimes falimentares impróprios*, isto é, praticados por pessoas diversas do falido. O leiloeiro e o corretor podem ser sujeito ativo, *ex vi legis*. Na falência das sociedades, os seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes são equiparados ao devedor ou falido, para todos os efeitos legais²⁷.

Por último, sob a ótica crítica do Direito Comparado, coloca-se a estrutura normativa considerando a possibilidade existencial de haver ou não sujeito ativo próprio, em três vertentes: **a)** o *sistema francês* que só reprova a falência fraudulenta praticada por comerciantes, não estendendo aos não-comerciantes, em um sistema casuístico de enumeração dos obreres reprováveis²⁸; **b)** o *sistema germânico* que estende as disposições pertinentes à bancarrota aos não-comerciantes, condensando as regras em diferentes casos concretos²⁹; **c)** o *sistema inglês* que confere reprovabilidade das disposições relativas à falência fraudulenta também aos não-comerciantes, porém apresentando uma enumeração tão-só de *cases*³⁰; **d)** no *sistema brasileiro*, não só o comerciante pode ser sujeito ativo de crime falimentar, que está casuisticamente enunciado nos tipos próprios da Lei de Falências. A insolvência civil possui tratamento separado através do concurso de credores e através da execução por quantia certa contra devedor insolvente. Declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles até a liquidação total da massa.

Sujeito passivo é, em princípio, todo credor cujo direito à satisfação de seus créditos tenha sido lesionado por uma situação de insolvência. Os credores podem ser quirografários ou comuns, contudo convertidos seus créditos em um simples direito ao dividendo (*per conditio creditorum*). É indiferente que sejam credores concorrentes ou apenas concursais. Aduza-se que não se pode identificar o sujeito passivo do crime falimentar da massa de credores da quebra.

²⁷ Não estão sujeitos à falência os bancos e instituições financeiras (Lei n° 4.395/64), as companhias de seguros (Dec.-lei n° 73/66) e as sociedades cooperativas (ver art. 191 do Dec.-lei n° 7.661/45).

²⁸ No mesmo sentido: as legislações da Espanha, Colômbia, Argentina, Peru, Turquia, Grécia, Itália, Romênia e Portugal.

²⁹ Neste sentido: as legislações da Áustria, Hungria, Dinamarca e Holanda.

³⁰ Neste sentido: as legislações da Escócia, Canadá, Irlanda e a maior parte dos Estados americanos.

5. ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO

Constitui-se em grande questionamento histórico-doutrinário a conceituação do crime falimentar, havendo uma gama de definições³¹.

Deve-se ressaltar que é a condição de punibilidade que influi como complicador da definição do crime falimentar, diante das vertentes doutrinárias: **a)** é imperativa uma relação direta de causa e efeito entre os fatos caracterizadores e qualificativos da insolvência e a lesão ao patrimônio³²; **b)** o ilícito penal seria constituído pelo fato da bancarrota, porém a quebra não constitui sua conseqüência, sendo a falência tão-só condição jurídica de punibilidade do fato; **c)** o fato punível seria a quebra *per se*, e a bancarrota se constituiria na condição jurídica de punibilidade da falência.

Enfim, de tudo, pode-se extrair que repousam sobre o resultado e o nexo de causalidade do crime falimentar os pontos básicos e questionantes das várias vertentes da doutrina: **a)** a *do dano efetivo de Carrara* - que exige para a conceituação do crime falimentar uma relação entre o atuar do falido e a quebra, em uma relação de causa a efeito³³; **b)** a *da lesão* - baseia-se na resistência do dano ou perigo de lesão ao direito de crédito, sendo a falência mera condição de punibilidade do crime falimentar. A declaração de falência é mera condição de punibilidade³⁴; **c)** a *da lesão condicionada à falência* - sustentam seus defensores que o dano fica condicionado à ocorrência da falência, coexistindo com a transgressão das normas do direito de crédito, sem qualquer interdependência com a *ratio* da punição³⁵; **d)** a *da falência geratriz de danos ao crédito* - a falência seria o resultado lesivo produzido pelos atos ilícitos nela enumerados, presumindo-se um atuar reprovável do falido e, desse atuar, se presumiria a quebra; presente a relação de causalidade³⁶; **e)** a *do agravamento da lesão ao crédito* - o agravamento do dano causado pela falência gerada pela prática de atos reprováveis, *ex lege*³⁷; **f)** a

³¹ Neste sentido, destacamos a definição: a) de Liszt: “ofensa aos direitos do credor pelo devedor, mediante diminuição dolosa ou culposa do patrimônio deste, ou ocultação de sua situação patrimonial”; b) de Neumayer: “violação de confiança dos credores relativamente à satisfação de seus direitos, a qual se consuma com a diminuição da massa patrimonial do devedor”.

³² Neste sentido: Binding, Carrara, Liszt, Longhi, Noto-Sardegna, Bonelli e Cárfora.

³³ No mesmo sentido: Maino, Binding, Longhi, Cárfora e Alfani.

³⁴ No mesmo sentido: Von Liszt, Maycr e Wach.

³⁵ Neste sentido: Noto-Sardegna, Bonelli e Chaveau-Hélie.

³⁶ Neste sentido: Alfredo Rocco.

³⁷ Neste sentido: Longhi.

da bancarrota como crime de perigo - os crimes falimentares seriam tão-só crimes de perigo; segundo Rocco, uma mera exteriorização da vontade de modificação do mundo exterior e capaz de produzir um dano. O crime falimentar seria um crime de perigo, objetivando não o dano *per se*, mas sim a possibilidade do perigo de dano. Colocadas, em síntese, as várias vertentes de conceituação do crime falimentar, arriscamos o nosso posicionamento.

A nosso sentir, a conduta consiste em colocar-se o devedor em situação de *insolvência* ou *imponatualidade* pela suspensão dos pagamentos gerada pela prática de um dos atos casuisticamente enumerados como reprováveis *ex lege*, cuja concorrência é necessária para a configuração delitativa de desordenada, irregular ou imprudente administração mercantil.

O resultado típico é a situação de *insolvência real*, devendo mediar entre a conduta e o resultado uma relação objetiva de causalidade. Na discussão no plano doutrinário do resultado típico, há uma corrente que defende só ser necessária a concorrência de uma **insolvência**, produto de deficiente e irregular administração mercantil, ao passo que, para outro seguimento, só na hipótese de determinados casos. Daí, há inúmeros reflexos de ordem pragmática em razão do lugar e do tempo da comissão do delito, da questão da tentativa, prescrição, participação e concurso. Para Muñoz Conde, trata-se de ilícito de mera atividade, e a conduta consistiria em colocar-se em situação de insolvência. Identifica-se com Delitalla, para quem o resultado típico e a lesão ao bem jurídico, como tipo de mera conduta, consiste em causar a insolvência. Os legisladores costumam limitar as hipóteses de falência penalmente reprovável estabelecendo um catálogo de atividades desvaloradas, mas sempre de difícil enumeração. Longli, citando Stracca, dizia: “*Tot sunt decoctorum fraudes quod vix aut enumerati possunt*”. É sempre impossível prever normativamente todos os casos de fraudes para serem descritos em suas modalidades. Para Alfredo Rocco, a *insolvência* nunca é produto de um único fato de devedor, mas de um *complexo de atos* realizados pelo sujeito ativo. Admite-se a co-autoria.

Há, no crime falimentar, os elementos específicos próprios - **essentialia propria delicti**, constituindo requisitos estabelecidos por lei para a figura legal, que são: **a)** a sentença declaratória de falência³⁸; **b)** os fatos

³⁸ A sentença declaratória da falência não produz apenas efeitos futuros; irá retroagir para tornar sem efeito determinados atos praticados pelo devedor, que, para evitar a ruína de seu negócio, lança mão de meios precipitados, muitas vezes prejudicando, não só a si, como aos credores. Por essa razão, a

dolosos ou de mera conduta conforme o tipo; c) o resultado jurídico de perigo ou dano para o comércio. A condição de comerciante não integra os *essentialia propria delicti*, porque não é apenas o comerciante que pode ser sujeito ativo do crime falimentar³⁹; há os denominados *crimes falimentares impróprios*, praticados por pessoas diversas do falido, porém em conexão com a falência⁴⁰.

No crime falimentar *próprio e especial*, o elemento constitutivo é a circunstância de ser o comerciante o devedor. Na falência das sociedades, não podem ser as pessoas jurídicas - *impossibile est quod universitas delinquat*, respondendo criminalmente seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, de direito e de fato (há de observar a natureza da atividade desenvolvida na sociedade).

Autores há que sustentam a impossibilidade de co-autoria no crime falimentar, não admitindo a responsabilidade objetiva, sendo esta personalíssima e incomunicável. Assim, se o mesmo fato foi atribuído a dois sócios, haverá dois crimes⁴¹. Outros opinam em sentido contrário, sustentando a possibilidade da co-autoria nos crimes falimentares⁴². Ensina Nuvolone que,

lei considera certos atos praticados pelo devedor, anteriores à declaração da falência, como ineficazes ou revogáveis, a fim de que os bens fiquem incorporados ao patrimônio da massa falida. Os ineficazes não produzem efeitos em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não a intenção deste fraudar credores. São inválidos de pleno direito para a massa falida; é como se não existissem, e estão previstos no art. 52 da Lei de Falências. Para a ineficácia destes atos, pouco importa a causa, a intenção das partes contratantes; interessa somente a natureza do ato e a data em que foi praticado. O ato é ineficaz em relação à massa. O falido fica pessoalmente com a obrigação de cumprir o que assumiu, e até responder por perdas e danos para com terceiros de boa-fé. Só a massa obtém a isenção dos efeitos do ato, que, em relação às partes, permanecem em todo seu teor. Os coobrigados e fiadores não aproveitam a ineficácia do ato em relação à massa. O ato jurídico é válido, seu efeito quanto à massa é que não o será. Os revogáveis são os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se a fraude do devedor e do terceiro que com ele contrata. Os atos revogáveis poderão produzir efeitos até que sua revogabilidade seja decretada pelo juiz. O ato é anulável. Exige a lei que haja prova, não só do prejuízo dos credores, como também da fraude. A fraude deve ser comprovada, embora bastem certas presunções graves, sérias e concludentes. O fundamento essencial à fraude é o dano como elemento objetivo. Para que estes atos sejam revogados, é necessária a propositura da ação revocatória, que corresponde à chamada ação pauliana do Direito Civil. Enquanto para os atos ineficazes a prova de fraude é irrelevante, para os revogáveis é relevante, mas devedor e terceiro contratante têm que estar imbuídos do propósito de fraudar.

³⁹. V. art. 190 da Lei de Falências em que podem ser sujeitos ativos do crime falimentar: o juiz, o representante do Ministério Público, o síndico, o perito, o avaliador, o escrivão e o oficial de justiça.

⁴⁰. V. art. 189: “qualquer pessoa”.

⁴¹. No mesmo sentido: Stevenson.

⁴². No mesmo sentido: Nuvolone, Punzo, Miranda Valverde e Antolisei.

no crime pré-falimentar, a co-autoria existe quando o terceiro tem consciência da antijuridicidade da conduta do comerciante e o auxilia a frustrar a destinação dos bens dos credores, isto é, na lição de Antolisei, sabia da situação dos negócios e do escopo da conduta que auxiliou. Sustenta-se que o sócio retirante não é imputável por crime falimentar *próprio* ou *especial* diante da ausência de circunstância de qualidade e do fato de a capacidade penal substantivar-se na falência, porém responderá por crime comum. Inexistindo diferença fundamental entre os crimes ante e pós-falimentares, certo que *antes* ou *depois* da falência, “crimes de dano são os que consistem numa subtração do ativo à execução concursal, e crimes de perigo são aqueles que consistem na criação de condições que tornam possível a subtração dos ativos”⁴³. Pode ocorrer a multiplicidade de fatos puníveis imputados ao sujeito, suscitando a *quaestio* sobre a existência de um só ou vários crimes em concurso. A pluralidade natural de tipos penais coexistentes é apenas aparente; são leis complexas alternativas, havendo distintas modalidades dentro de um mesmo tipo delituoso.

Nossa jurisprudência é no sentido de que, na existência de vários fatos de natureza falimentar praticados pelo sujeito ativo, apenas um é mais severamente punido, sendo imposta censura penal a ele correspondente⁴⁴. Sobrevindo a sentença declaratória, torna o comportamento um único crime falimentar.

O estado de falência é uma criação judicial, decorrente da sentença declaratória de falência, pois o estado de fato se constitui no próprio estado econômico de insolvência. Logo, o estado de fato - *insolvência* - dá lugar, com a sentença declaratória, à constituição do estado de direito falimentar. A conduta reprovável do comerciante, no real e efetivo exercício da atividade comercial, na prática do crime falimentar, exclui o direito à concordata em qualquer de suas modalidades (preventiva ou suspensiva). Para o concordatário ter culpabilidade no injusto do tipo falimentar, *ex vi* do artigo 150, VII, da LF, é necessária a rescisão da concordata, por óbvio.

Na hipótese prevista no artigo 173 da LF, pode considerar-se a possibilidade da ocorrência do crime falimentar, para rejeitar o pedido de concordata preventiva. Trata-se de hipótese anômala. Assim, recebendo os embargos diante da prova inquestionável da existência do crime falimentar,

⁴³ Neste sentido: Nuvolone.

⁴⁴ TJ-SP, HC 105.871, Câmaras Conjuntas Criminais, Rel. Des. Salles Abreu, julg. em 21.6.1970, RT 420/60.

o juiz deverá decretar a falência e, como tal, há o pressuposto da condição objetiva de procedibilidade e punibilidade existencial do crime falimentar. Nega-se a concordata. Vale repetir Bardo: *decoctar ergo fraudator*.

Na *sentença declaratória de falência* está o momento consumativo, e os fatos posteriores pertencem à multiplicidade conseqüente e natural, em um crime continuado. Os autores, ao fixarem o *momento consumativo* do crime falimentar, resumem as cinco correntes de opinião: **a)** no momento em que ocorre a diminuição do patrimônio do comerciante, ou nos fatos típicos de dano potencial ou atual, sejam anteriores ou contemporâneos ao processo falimentar⁴⁵; **b)** na prática do fato positivo na lei, independentemente da prolação da sentença declaratória de quebra⁴⁶; **c)** seria tal momento o mesmo momento da quebra, qualificada aos fatos posteriores⁴⁷; **d)** identificado tal momento com a cessação de pagamentos⁴⁸; **e)** seria no momento da declaração judicial da falência, quanto a fatos anteriores, a ao tempo dos fatos, quanto aos posteriores⁴⁹. Como já foi dito, em nosso Direito a falência poderá ser caracterizada pela impontualidade ou por fatos tipificados na lei falimentar como crime falimentar, daí as múltiplas dificuldades. Escreve Sady de Gusmão, em seu **Crime de falência**, que se deverão considerar os momentos sucessivos para a sua caracterização, e aponta os fatos possíveis de consideração: **a)** momento consumativo em relação à ação, coincidindo com a insolvência; **b)** momento de definição formal do injusto penal, que se reputa consumativo no processo não de fato, mas de direito, *ex vi* do artigo 14, II, do Código Penal⁵⁰. Há autores que não admitem a possibilidade da tentativa na bancarrota⁵¹. Há importante, vertente doutrinária que admite a tentativa no crime falimentar, assegurando que tal ocorre quando a condição de punibilidade sobrevém, mas o ato reprovável não se completa⁵². Existe a possibilidade em relação ao crime pós-falimentar, isto é, o praticado *após* a decretação judicial da falência, pois sairia da ficção jurídica de que o mo-

⁴⁵ Neste sentido: Carrara.

⁴⁶ Neste sentido: Pezzelle.

⁴⁷ Neste sentido: Bonelli e Naverini.

⁴⁸ Neste sentido: Cárfora, Ramella e Longhi.

⁴⁹ Neste sentido: De Litele.

⁵⁰ Cf. Sady de Gusmão, **Repertório enciclopédico**, v. 13, 7, 352/353.

⁵¹ Neste sentido: Gennaro, Cuzzi e Zanardelli.

⁵² Neste sentido: Binding, Reichard e Neumayer.

mento consumativo se enfeixaria como em relação ao tipo antifalimentar, quando da prolação da sentença declaratória da falência.

Outro aspecto relativo aos *crimes falimentares* é o da tentativa. Os autores que consideram a falência *per conditio* não admitem a tentativa nos *crimes antefalimentares*⁵³; outros sustentam que nos crimes falimentares a tentativa é cabível, mesmo em se tratando de crime condicional⁵⁴. Para a *teoria da falência-crime*, há impossibilidade: “Não é o dano causado por estes fatos que conta para a consumação do crime, mas o dano causado pela falência.”⁵⁵ Antolisei dá o exemplo da possibilidade da tentativa quando o devedor, desejando desviar vultoso lote de mercadoria, providencia o embarque clandestino para outro país⁵⁶ e declara a falência, dando ao síndico tempo de apreendê-la no porto. Nos crimes *antefalimentares*, há tentativa desde que a *sentença declaratória* de falência interrompa o *iter criminis*, não atingindo a *meta optada* por circunstâncias alheias à vontade do autor típico. Nos crimes *pós-falimentares*, é tranqüila a sua possibilidade existencial.

Sabemos que a maioria dos doutrinadores sustenta, em síntese, que no momento da tentativa o fato consumado não é possível, pois depende de um fenômeno jurídico integrativo que é a sentença declaratória de falência. No que concerne aos *crimes pós-falimentares*, cometidos após a decretação da sentença condenatória de falência, não há dúvida. A nosso sentir, sendo condicional o ilícito penal, ocorrerá a tentativa quando da prolação da sentença declaratória e constitutiva da falência que é condição objetiva de punibilidade, retroagindo-se à data do fato gerador. Em conclusão, admitimos a tentativa.

A conduta delitativa para alguns autores pode ser configurada por comissão ou omissão, dando lugar a crimes comissivos, puramente omissivos ou comissivos por omissão. Para tal grupo de autores, na chamada falência negligente, a falta de livros e sua escrituração seria um crime puramente omissivo (deixa o devedor de fazer o que a lei lhe impõe fazer). Stevenson diz que há omissão por negligência, quanto aos deveres especiais da profissão mercantil, quando o comerciante gera situação de perigo para os credores e

⁵³ Neste sentido: Nuvo lone.

⁵⁴ Neste sentido: Antolisei.

⁵⁵ Bonelli, *Commentario al Codice di Conunercio*, Vallardi, Milão.

⁵⁶ V. art. 188, III, LF.

para o crédito público. Quando o devedor não possui os livros nem a escrituração apropriada com o escopo de criar vantagem em prejuízo dos credores, a omissão é o meio por que atua a vontade no crime omissivo (deixa de fazer para atingir dolosamente o resultado). Logicamente, a conceituação de livros obrigatórios⁵⁷ depende dos textos extrapenais, sendo uma norma penal em branco. Para efeitos penais, os livros mercantis são equiparados a documento público⁵⁸. A falsificação tanto pode ocorrer diretamente no livro (material) como em seu conteúdo (ideológica).

A norma fala em escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa. No Direito germânico, o crime só se configura se o fim é impedir o exame da situação econômica do devedor. A lei italiana é semelhante à nossa, presumindo que o resultado jurídico constitui perigo⁵⁹. Não é caso de crime de omissão negligente ou comissivo por omissão, mas de *mera conduta* (só há evento jurídico), pois que o pequeno comerciante, nos termos do Decreto-lei n° 486, de 3.3.69, está isento da obrigação de manter livros comerciais. Todavia, no que se refere à escrituração irregular, poder-se-ia vislumbrar figura *culposa*, sendo que parte do tipo previsto no art. 186, VI, LF, teria caráter *negligente* na omissão, e a outra parte, *doloso*, em um tipo *complexo alternativo*.

Na hipótese de aceitar a posição de Bonelli, repetida por Miranda Valverde, em seus comentários à Lei de Falência, “o simples fato positiva o crime, pois revela uma conduta irregular do comerciante, uma negligência imperdoável”. Os crimes falimentares de mera conduta são dolosos. Para nós, é a melhor doutrina, embora o comerciante sempre responda diretamente pela boa ordem dos livros (culpa *in vigilando* e *in eligendo*), a fim de combater a responsabilidade objetiva; tal culpa seria pesquisada *in concreto*. É evidente que não se deve confundir com o previsto no art. 188, VII, LF - omissão na escrituração obrigatória ou não, de lançamento que nela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela devia ser feito. Indaga-se se o ato constitui ilícito penal independentemente da declaração da quebra: pode-se aplicar a regra do art. 70, parágrafo único, do Código Penal⁶⁰, prevalecendo o juízo falimentar⁶¹. No crime falimentar, não

⁵⁷ V. art. 186, VI, da LF.

⁵⁸ V. art. 297, § 2°, do CP.

⁵⁹ Cf Conti, *Il reati fallimentari*, 1955; *Diritto penale commerciale*, 1967, Utet, Turim.

⁶⁰ V. art. 192 da Lei de Falências.

⁶¹ Art. 78, n° IV, do CPC.

há que reconhecer o concurso ideal de tipos penais, pois, como definimos, é um *crime único*: se Caio comete uma pluralidade de ações ou omissões típicas (tipo misto alternativo), responderá com um só crime falimentar, em razão do seu caráter unitário. A pluralidade de infrações servirá de indicador ao juiz penal para a medida da pena, consideradas a gravidade e a qualidade dos fatos desvalorados. A partir do acórdão de 26 de julho de 1900 da Corte Suprema da Itália, que reconheceu a prática de crimes de bancarrota fraudulenta, inexistindo concurso real de tipos penais, mas sim um único fato complexo, surgiram na doutrina diversos questionamentos. Tuozzi critica sustentando tratar-se de concurso real de tipos penais, ao passo que Noto-Sardegna entende que a bancarrota fraudulenta exclui a simples, pois o objetivo é único. Carrara é também pela absorção, no que lhe segue Longhi apontando inúmeras analogias.

O elemento subjetivo do tipo inscrito no art. 187 é o dolo com o especial fim de agir. Aliás, é crime falimentar o ato fraudulento que, praticado antes da falência, prejudique os credores. Não importa que o ilícito patrimonial seja também punido pelo Código Penal ou até estranho à Lei de Falências. É relevante que tenha pertinência com a conduta típica falimentar, pois absorve-se para formar um *crime único* (v.g.: Caio desvia bens através da falsificação de documentos públicos ou particulares). O crime falimentar⁶² coexiste com o crime de falsificação⁶³. No que tange ao concurso aparente de tipos, há que examinar *in casu*, resolvendo-se pela regra da *especialidade* (caso em que não haverá concurso de tipos penais coexistentes mas um só crime). No mesmo exemplo citado, a falsificação da escrituração contábil⁶⁴ constitui um só crime falimentar, ficando excluída a falsificação de documento público prevista no art. 297 do Código Penal. O conflito de preceitos legais se resolve na *unicidade* de delito pela aplicação de uma só norma. A operação de determinar a preeminência de uma norma, diante de outras que tipificam a mesma espécie, deve partir de um pressuposto necessário: unicidade de fato como unidade simples ou complexa e unidade na caracterização do fato como delitivo, por pluralidade de normas. Se não há tais pressupostos, não há concorrência aparente. No concurso de tipos coexistentes, a aplicação de uma impede a aplicabilidade de outra.

⁶² V. art. 188, n° III, da LF.

⁶³ V. arts. 297 a 299 do Código Penal.

⁶⁴ V. art. 188, VI, da LF.

Não cabe a contestação do caráter complexo do tipo falimentar, pois o crime do falido, a diminuição patrimonial, jamais poderia ser *furto* (subtração pelo próprio titular), muito menos *estelionato* ou apropriação indébita. O crime é um *fato* e um *ato* jurídico. Fato jurídico é todo acontecimento a que se ligam efeitos de direito e ato é a declaração de vontade no intuito de produzir efeito jurídico. O crime, pelo autor, é *ato* e, sob o prisma da mutação no mundo exterior, é fato jurídico.

O Decreto-lei nº 7.661, de 1945 consagrou a teoria de que o crime falimentar não é a falência *per se*, mas cada um dos fatos enumerados na lei. Também, em virtude da Exposição de Motivos (*a concepção de tradicionais figuras, sobretudo da pretensa “falência negligente”, que aboliu a categoria dos crimes falimentares negligentes, traduzindo em crime de dolo de perigo*), cuja “punibilidade é subordinada à condição objetiva da falência”. Assim, se Caio, o lesado, foi excluído do quadro de credores da massa falida, inexistente crime falimentar, mas sim de apropriação indébita do autor do fato, Tício.

É patente a deficiência do texto penal falimentar, devendo aplicar-se a Parte Geral do Código Penal, no que for conciliável, às disposições penais falimentares. Embora a Lei de Falências tenha adotado a *teoria da falência-condição*, há uma exceção à *teoria da falência-crime*, quando da *gestão fraudulenta ou temerária*, prevista na Lei nº 1.521, de 26.12.51, art. 3º, inciso IX, que é causa de falência ou da insolvência.

De resto, o fundamento da punição do crime falimentar situa-se em cinco partes vitais: **a)** na falência *per se* compromete a função social do crédito; **b)** na existência do abuso de confiança em relação a terceiros; **c)** no aspecto ético dos atos praticados pelo falido; **d)** nas conseqüências gerais que o dano acarreta; **e)** na exigência de garantias protecionistas ao crédito. A punição se justifica, em síntese, pelo aspecto *concurssual*, isto é, da intervenção de uma ou várias condições típicas. Sendo um evento de lesão, a insolvência se constitui no resultado típico, após a decretação da falência. A insolvência é sempre lesiva, pouco importando que, *a posteriori*, pela liquidação do ativo, o credor venha a ser pago, pois tal pagamento é tardio, duvidoso, sujeito a risco, quando jamais atualizado, afora as despesas e perda do capital de giro do credor.

A falência é um mero remédio processual *sui generis* em relação às suas formas e aos seus efeitos.

6. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O dolo, conhecimento e vontade referidos no tipo objetivo, reúne tanto a modalidade de conduta como o resultado típico (insolvência). Há que obedecer ao dirigismo finalístico da vontade de lucrar, não satisfazendo suas dívidas. A pretendida presunção *iuris et de iure* carece de vigência no Direito Penal. A se manter a presunção *iuris* de fraude, deve referir-se à tipicidade. O juiz penal deverá chegar à certeza legal da existência do elemento subjetivo, *intenção de fraudar os credores*, e operar com a certeza formal da existência do dolo. A lei obriga o juiz a indagar as causas da falência no elenco normativo. Ripollés defende a atipicidade do comerciante carente de contabilidade cuja insolvência é atribuível ao administrador que tenha fugido com os fundos de caixa. Cita-se o clássico exemplo do comerciante que, sem escriturar seus livros, torna-se insolvente por tempestades que fizeram inundar sua loja e perecer suas mercadorias⁶⁵. O juiz penal deverá verificar a relação de causalidade entre a insolvência e a deficiente administração mercantil normatizada.

O mestre Pontes de Miranda diz que, para a existência do crime falimentar, não há necessidade do dolo ou da negligência, enquanto Hungria sustenta só haver crimes falimentares dolosos. O jurista Stevenson, ao dividir os crimes falimentares em *próprios, especiais e impróprios*, diz que os crimes falimentares próprios são os do falido, subdividindo-se nas duas modalidades principais: falência culposa e fraudulenta, respectivamente, *crimes próprios culposos e dolosos*.

Para o citado autor, o elemento subjetivo se reveste de dupla forma: culpa e dolo. A *negligência* consistiria na voluntária omissão de cuidados ordinários, produtora de um fato previsível contrário à lei, diverso daquele que se dirige à vontade. Não querendo o evento, o crime seria negligente, e doutrina que a lei estabelece normas de proceder que visam em primeiro lugar ao comerciante, para a defesa não apenas dos credores, mas principalmente do crédito mercantil e do interesse público. Com efeito, ao comerciante não é dado ignorar os particulares deveres da profissão, como também os que estejam incidentemente no trato com eles. São compelidos a abster-se de atos atentatórios ao patrimônio do devedor, garantia comum dos credores.

Nossos tribunais têm decidido com base na culpa *in eligendo* ou *vigilando*. Manuel Pedro Pimentel, na mesma linha de Muñoz Conde, sustenta

⁶⁵ Cf. Quintano Ripollés, *Tratato*, III, 73-74.

que os crimes falimentares previstos no art. 186 da Lei de Falências são de *mera conduta*. Aliás, Delitala entende que determinados crimes falimentares podem ser cometidos tanto por dolo quanto por negligência.

Tendo a Exposição de Motivos da Lei de Falências suprimido a modalidade culposa, há que partir da *presunção do dolo*, embora em determinado tipo possa ser vislumbrada também a *forma culposa*. Soler ensina que, quando uma figura se apresenta só em uma das formas, a prevista é a forma *dolosa*. Porém, nos casos dos arts. 186, II (*despesas gerais injustificáveis*), VI (*escrituração irregular*), e 188, VII, da LF (*escrituração omissiva ou falsa*), só no plano do subjetivo pode ser verificado o elemento subjetivo. A nosso ver, se não admitirmos a excepcionalidade da culpa em sentido estrito ou os crimes de mera conduta, a conduta será atípica.

Autores há que defendem que o crime é a *própria falência*⁶⁶, ao passo que outra corrente entende que o crime não é a falência *per se*, mas *determinada conduta* ou *fato relacionado na lei*⁶⁷.

Portanto, há divergências fundamentais quanto ao *elemento subjetivo* e à *natureza jurídica* do crime falimentar, a resumir:

a) o crime é falência quando acompanhado de certas circunstâncias;
b) o crime é um conjunto de atos causadores ou agravadores não da falência *per se*, mas da insolvência⁶⁸.

Não podemos olvidar as tendências do Direito francês e do norte-americano, que prevêm certa forma de intervenção judicial nas empresas.

Surgem várias teorias: **a)** teoria da falência-crime; **b)** teoria da dupla presunção legal; **c)** teoria da falência-condição.

Cabe-nos analisá-las, individualmente:

a) TEORIA DA FALÊNCIA-CRIME

O objeto material da ação no crime falimentar é a própria falência declarada, com a qual são lesados os credores. Inicialmente, tal corrente punia todos os falidos - *infami et intamissii; deceptores et fraudatores*⁶⁹; porém, há um abrandamento, visto que nem em todas as falências há *culpa*

⁶⁶ Neste sentido: Baldo, Bonelli e Provincialli.

⁶⁷ Neste sentido: Nuvolone, Antolisei, Rovelli e Punzo.

⁶⁸ Neste sentido: Alfredo Rocco, **Il fallimento**, 1917; Longhi, **Bancarotta ed altri reati...**, Milão, 1930.

⁶⁹ Neste sentido: Baldo.

ou *fraude* do devedor. A presunção *juris et de jure* passa a ser *juris tantum* no campo da culpabilidade do falido. Todavia, em razão das dificuldades da prova, voltou a ser *juris et de jure*; as circunstâncias e fatos diversos passam a ser ou não circunstâncias qualificativas.

Bonelli diz que o crime falimentar é “a quebra do comerciante na falência, precedida ou seguida de circunstâncias de culpa e dolo, especificamente designadas por lei”. Seria um crime qualificado, cujo elemento subjetivo se deslocaria do *caput* para as causas especiais de aumento de pena. Tal teoria foi combatida por Punzo, apontando os seguintes defeitos: **a)** consagração da responsabilidade objetiva - a caracterização de uma circunstância induz à presunção *juris et de jure* de culpabilidade; **b)** a falência *per se* não pode ser objeto material da ação do crime falimentar por não ser ato do devedor, apenas uma situação de direito determinada judicialmente para a realização do ativo e liquidação do passivo.

b) TEORIA DA DUPLA PRESUNÇÃO LEGAL

É acolhida nas legislações penais falimentares em razão da transição entre a responsabilidade penal por dano objetivo e a responsabilidade penal por dano (dolo-culpa) do Direito moderno. São *características*: **a)** o crime não seria a falência declarada judicialmente, mas a situação de insolvência criada ou agravada pelo devedor, reconhecida formalmente na sentença declaratória; **b)** a falência não é um crime, apenas um fato danoso. Não se pune a falência, mas a causação ou agravamento da insolvência que der a causa.

Para Longhi⁷⁰, o crime falimentar não consiste somente no fato de o devedor não honrar as obrigações, mas também de agir no sentido de piorar a situação econômica dos credores. Tal doutrina cria duas *presunções legais*: **a)** a verificação de que qualquer fato relacionado na lei é suficiente para demonstrar que o devedor, e não apenas naquela hipótese, tinha conduta desregrada; **b)** a conduta desregrada do devedor é causa da falência-presunção absoluta. Para autores como Rocco, é difícil a descoberta do fato causador da falência, agindo a lei através de presunções por força da tradição.

⁷⁰ Longhi, *Bancarotta ed altri reati*, 1930, 67.

O crime falimentar não seria um ato isolado, mas um complexo de atos praticados pelo devedor, “uma conduta em seu complexo reprovável”⁷¹.

Na *teoria da falência-crime*, a verificação de uma circunstância cria a presunção de que a falência foi dolosa ou culposa, e na *teoria da dupla presunção legal* o mesmo resultado é atingido, presumindo: **a)** que tal circunstância revela conduta geral irregular; **b)** tenha causado a insolvência judicialmente declarada. A *teoria da falência-crime* é adotada por Carrara⁷², na forma culposa, pois no crime falimentar culposo a falência deveria ocorrer como consequência direta de uma conduta culposa, ao passo que na fraudulenta pune-se a fraude.

c) TEORIA DA FALÊNCIA-CONDIÇÃO

É sustentada pelos autores que entendem que os crimes falimentares são os diversos fatos previstos em lei. Assim, teríamos a falência constituindo condição objetiva de punibilidade, de procedibilidade ou de existência do crime.

A conduta do devedor é punível por ato praticado *antes* ou *depois* da falência, tipificada como crime falimentar, porém, somente punível após a sentença declaratória de quebra⁷³. Há em tais arrais discrepância sobre vários temas: momento consumativo, unidade e pluralidade de crimes, tentativa, elemento subjetivo, co-autoria, objeto jurídico. No que tange à natureza jurídica como condição, existem duas posições doutrinárias básicas, partindo da falência como condição de punibilidade, que se subdivide: **a)** é condição *intrínseca* do crime, sem o qual inexistente; **b)** é condição *extrínseca*, condicionada à punibilidade de um crime já consumado.

Na doutrina encontramos as seguintes posições: **a)** Nuvolone: a falência é uma condição objetiva *intrínseca*, exercendo um efeito qualificante sobre a objetividade jurídica do crime. Antes da sentença declaratória, os fatos constitutivos do crime condicional são sempre reversíveis. A *restitutio in integrum* eliminaria a confirmação do ilícito; **b)** Manzini: as condições de punibilidade do fato são extrínsecas, porque, se não ocorrem, o fato não constitui crime⁷⁴; **c)** Azzolina sustenta posição *eclética*, entendendo que a

⁷¹ Neste sentido: Binding.

⁷² Cf. Carrara, **Programma**, § 3.495.

⁷³ Neste sentido: Nuvolone, Antolisei, Rovelli, Maurach, Punzo, Mayer, Delitalla e Azzolina.

⁷⁴ Cf. Manzini, **Trattato**, § 213.

condição objetiva é *extrínseca*, e a conduta é *intrínseca* à configuração do crime falimentar.

Uma *quaestio juris* é saber se a *sentença declaratória de falência* é mera condição de procedibilidade (semelhante à representação ou requisição). Para Punzo, a falência é uma condição de existência do crime falimentar, e os crimes falimentares teriam a natureza de *reata a forma vinculata*. Na redação dos textos penais falimentares, há resquícios da *teoria de falência-crime*. Realmente procede a afirmação de Magalhães Noronha de que há falta de nitidez entre as condições objetivas de punibilidade e de procedibilidade. Já H. Mayer diz do valor parcial, por força da unidade dos direitos substantivo e adjetivo no campo penal. É condição constitutiva intrínseca, isto é, elemento constitutivo do tipo falimentar.

A sentença declaratória da falência é, portanto, condição existencial do ilícito penal.

7. TIPOS FALIMENTARES DOLOSOS A NEGLIGENTES

Há efetiva repercussão do instituto da reabilitação na atividade do falido condenado pela prática de crime falimentar devido à extinção da interdição do exercício do comércio. Para tal, são necessários dois requisitos: **a)** o prazo de dois anos decorridos da data em que finda a execução da pena de detenção; **b)** ou, no caso de pena privativa de liberdade de reclusão, contada da data em que finde o seu cumprimento. Para o pedido, deverá o condenado juntar a certidão da sentença declaratória da extinção de suas obrigações e a certidão do cumprimento da pena imposta, julgando extinta a punibilidade.

A prescrição nos crimes falimentares é matéria controvertida na doutrina e na jurisprudência. A Lei de Falências, em seu artigo 199⁷⁵, estabeleceu que “*a prescrição extintiva de punibilidade de crime falimentar opera-se em dois anos*, e o biênio começa a correr da data em que transita em julgado a sentença que encerrar a falência ou que julgar cumprida a concordata”, firmando *ope legis* que o prazo da extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva ou da pretensão executória é de *dois anos*. Todavia, embora inexistindo divergência em relação ao prazo da prescrição da pretensão executória, o mesmo não se pode firmar em relação à prescrição da pretensão punitiva. O artigo 132, § 1º, da LF dispõe que o

⁷⁵ V. Decreto-lei nº 7.661, de 21.6.1945.

processo falimentar deverá estar encerrado no prazo de dois anos depois da sentença declaratória de falência, que contradiz com a realidade factual que demonstra que, por sua própria natureza, há obstáculos intransponíveis para que os juízos possam encerrá-lo no biênio legal, o que tornaria impossível a decretação da extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva no caso do crime falimentar.

Já o voto no STF do Ministro Pedro Chaves mostrou que o falido é o maior responsável pelo atraso do processo da falência, sempre dependente da provocação do síndico, do liquidatário, do curador das massas falidas e até do próprio Juiz de Falências e Concordatas⁷⁶. Como já vimos, será sempre de dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, *ex vi* do artigo 112, I, do CP, quando se trata de pretensão executória. O STF, diante da realidade, passou a admitir a prescrição da pretensão punitiva a partir da data em que *deveria* ser encerrada a falência com apoio no citado artigo 132, § 1º, da LF e, salvo no caso de força maior, devidamente provado, o processo de falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da sentença declaratória falimentar. A Súmula 147 do STF estabelece que: *A prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que encerrar ou que julgar cumprida a concordata*⁷⁷. Buscava, assim, uma saída para o rigor do formalismo estrito diante da realidade, extinguindo-se a controvérsia.

Aduza-se que, pela Súmula 592 do STF, *nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da prescrição prevista no Código Penal, pois não se poderia olvidar o artigo 12 do CP (as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso)*. Quanto à prescrição retroativa nos crimes falimentares, devido à Reforma Penal de 1984, passou a ser admitida, *por termo inicial, data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa*, passando a se contar retroativamente *também* da data do recebimento da denúncia à data da decretação da sentença declaratória de falência (dois anos). Dispensa discutir as três correntes de opinião diante do direito sumular.

Contudo, a orientação dominante e prática se resume em entender a ocorrência do crime falimentar, quando concorrem com a falência os fatos

⁷⁶ STF, HC 39.916.

⁷⁷ STF, RE 94.930, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cordeiro Guerra, julgado em 17.4.1982, RTJ 103/1223.

típicos descritos literalmente nos artigos 186 a 188 da Lei de Falências. Desta forma, a legislação pátria cingiu-se a enunciar os fatos reprováveis ético-juridicamente, despida de qualquer preocupação classificatória. Seguindo a tradição, os tipos culposos estariam enumerados no artigo 186 da LF e os tipos dolosos relacionados no artigo 188 do citado diploma legal.

Dispõe o art. 186: *Será punido o devedor com detenção de seis meses a três anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos: I - gastos pessoais, ou de família, manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal; 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; III - emprego de meios ruinosos para obter recursos a retardar a declaração de falência, como vendas, nos seis meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou a sucessiva reforma de títulos de crédito; IV - abuso de responsabilidade de mero favor; V - prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de bolsa; VI - inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa; VII - falta de apresentação do balanço, dentro de sessenta dias após a data fixada para o seu encerramento, à rubrica do juiz sob cuja jurisdição estiver seu estabelecimento principal.* O parágrafo único isenta da punibilidade, nas hipóteses dos incs. VI a VII, relativamente aos livros e rubrica nos balanços, o devedor que, a critério do juiz da falência, tiver instrução insuficiente a explorar comércio exíguo. A propósito dessa isenção, lembramos que leis especiais facilitam o pequeno empresário, cuja atividade seja de cunho artesanal ou em que predomine o próprio trabalho e o de sua família, ficando dispensado da obrigação de escrita contábil.

Cumpre-nos analisar objetivamente os tipos referidos. Vejamos:

a) reprovam-se os gastos pessoais, ou de família, manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal. O que tipifica o ilícito penal falimentar são os gastos “manifestamente excessivos”. A lei anterior aludia ao luxo e prodigalidade, no que a presente foi mais cautelosa, limitando-se ao exagero não passível de justificação. No que tange ao conceito de família, base da sociedade, diante da Constituição Federativa de 1988, *para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...* Outrossim, *cabedal* significa bens livres ou desobrigados e acumulados, isto é, o patrimônio do empresário que constitui a garantia de seus credores. Os gastos excessivos *per se* não tipificam a conduta se o

seu patrimônio é vultoso e forem contidos de maneira prudente diante das adversidades financeiras de sua empresa. Não aceitamos a posição daqueles que entendem não ser lícito o gasto superior aos lucros da empresa, pois, em determinada situação conjuntural episódica, o empresário trabalha *no vermelho*, e não se poderia impedi-lo de tentar superar a crise, inibindo suas despesas quando ocorrem prejuízos;

b) trata-se de 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 outras circunstâncias análogas. O legislador reprova a feitura de despesas gerais desproporcionadas ou injustificáveis. Há necessidade de uma mínima relação objetiva de causalidade com a insolvência, excluindo fatos passados ou remotos quando era outra a situação do devedor. As *despesas gerais* são as necessárias ao funcionamento e sucesso do negócio, dedutíveis da renda para efeito tributário e até reguladas na legislação do imposto de renda, e podem ser permanentes ou eventuais. Quando tais despesas estão ligadas à propaganda para levantar as vendas, diante de súbitos aumentos de salários e impostos, taxas de juros elevadíssimas, concorrência imprevisível, não se pode rotular de despesas *injustificáveis*, sendo atípica a conduta. A reprovabilidade do atuar está ligada à ausência do dever objetivo da cautela nos negócios exigíveis ao empresário;

c) cuida-se do emprego de meios ruinosos para obter recursos a retardar a declaração de falência, como vendas, nos seis meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou sucessiva reforma de títulos de crédito. O legislador englobou fatos previstos no artigo 168, da lei anterior, sendo, em síntese, o obrar constituído por meios ruinosos característicos do retardamento à falência. Deriva da obrigação de o comerciante confessar a própria falência, se impossibilitado de solver obrigação líquida, e o prazo legal é de trinta dias se não tiver relevante razão de direito para não pagar. A impontualidade caracteriza a falência. Tal conduta de satisfazer credores exigentes constitui violação do princípio *per conditio creditorum*, que a lei visa a proteger. Assim, cumpre verificar o *fim-objetivo* do obrar, de retardar a falência pela realização de pagamentos à custa de meios ruinosos. Lembre-se de que as liquidações destinadas à renovação de estoques, à venda de artigos com preços reduzidos por defeitos ou necessidade de fazer caixa para a reforma de títulos, sem comprometimento das disponibilidades, não constituem conduta típica. Exclui-se o pagamento de luvas, pois se refere

à necessidade de manutenção do estabelecimento no ponto explorado. Porém, a sucessiva reforma de títulos caracteriza o retardamento da falência, considerando que causa um gravame de despesas e juros;

d) constitui crime falimentar “abuso de responsabilidade de mero favor”. Na lição de Bento de Faria, o legislador só puniu o *abuso*, tolerando o *uso*. Trata-se do ato praticado através do aceite ou comissão de títulos de crédito cambiário. Constituem-se nas “letras de favor”, que não têm por causa uma operação econômica, são baseadas tão-só no crédito. Como ensina Rubens Requião “pode não haver crédito proveniente de uma dívida ou obrigação preexistente, mas sempre é possível conceder-se crédito a outrem”⁷⁸. Não se limita a reprovabilidade da conduta ao abuso da emissão de letras de favor, mas também aos abusos de emissão ou aceite de títulos de crédito, concessão de avais, endossos e fianças⁷⁹. No caso da fiança de caráter civil, é típica a conduta quando não só há o abuso, mas principalmente quando é proibida pelo contrato social do falido;

e) ocorrência de prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de bolsa, visando-se a obstaculizar aventuras. Na lição dos comerciantes, pune-se a imprevidência pelos desvirtuamentos da atividade comercial, através de empréstimos exagerados, abertura de filiais para a concorrência desleal a competidores em situação segura. Há que provar o prejuízo;

f) refere-se à inexistência dos livros obrigatórios ou a sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa. A matéria, ao final, é destacada em nosso comentário, quando tratamos que, embora os livros contábeis sejam escriturados obrigatoriamente por profissionais habilitados legalmente, inexistente excusa da reprochabilidade comportamental do empresário *in vigilando* ou *in eligendo*. O guarda-livros no caso é co-autor. A legislação italiana distingue a irregularidade nos livros, a falta de livros e a falsificação, simulação nos assentamentos; a falta do “diário” e do “copiador” torna a falência negligente;

g) finalmente, o elenco se esgota com a falta de apresentação de balanço, dentro de sessenta dias após a data fixada para o encerramento, à rubrica do juiz sob cuja jurisdição estiver o estabelecimento principal. O legislador objetivava evitar o atraso na escrituração, razão pela qual

⁷⁸ Cf. Rubens Requião, **Curso de direito falimentar**, v. 2, Saraiva, 1991, 152.

⁷⁹ Idem, *ibidem*.

impunha a rubrica do juiz no livro “diário”, bem como impossibilitava a recomposição da escrita para servir à falência ou à concordata. Hoje, há descriminalização pelo direito pretoriano de que a falta de rubrica do juiz no balanço não importa em crime falimentar,

Cumpre-nos agora analisar os *tipos dolosos*. Vejamos: o artigo 187 da LF dispõe que será punido com pena privativa de liberdade de reclusão, de 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. Trata-se de sanção penal aplicada aos atos fraudulentos ligados à falência. O Código Penal reprime o estelionato, a fraude no comércio e a fraude na execução. Temos o dolo com especial fim de agir, que é o prejuízo real ou potencial aos credores. Saliente-se que as perdas devem ser de vulto, colocando em risco o patrimônio dos credores; os atos fraudulentos estão em **numerus clausus** no art. 188, cujo texto é o seguinte: *Será punido o devedor com a mesma pena do artigo antecedente, quando com a falência concorrer algum dos seguintes fatos: I - simulação de capital para obtenção de maior crédito; II - pagamento antecipado de um dos credores em prejuízo de outros; III - desvio de bens, inclusive pela compra em nome de terceira pessoa, ainda que cônjuge ou parente; IV - simulação de despesas de dívidas ativas ou passivas e de perdas; V - perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie; 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; IX - ser o falido leiloeiro ou corretor.*

Como vemos, as hipóteses legais são formas diversas de simulação, desvio do ativo, ou falso aumento do passivo, ou nas formas de falsificação de livros ou registros e outras ilicitudes similares. Aliás, como modalidades típicas especiais de detração do ativo, ou mesmo fraude na própria falência, teríamos: **a)** perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogo de qualquer espécie; **b)** a falência do corretor ou leiloeiro. Cumpre-nos analisar objetivamente os pontos principais dos atos fraudulentos exemplificados:

a) simulação de capital para obtenção de maior crédito - deverá ocorrer verdadeira simulação de capital, sendo que a legislação anterior tratava da hipótese de capital declarado maior do que o realizado. Sabemos

que é lícita a declaração de capital a realizar em parte, razão pela qual a conduta só é típica com a presença do dolo com especial fim de agir, *in casu*, a simulação para obter maior crédito, o que poderá ocorrer diante da desproporção entre capital verdadeiro e o declarado ou pela sonegação de entrada do ativo, quando da reorganização da firma no aumento de capital;

b) pagamento antecipado de uns credores em prejuízo de outros - a matéria já foi anteriormente citada, visando-se a reprimir a violação da *conditio creditorum*. Obviamente que o ônus da prova incumbe a quem se julga prejudicado. O devedor não pode antecipar o pagamento por gratidão ou sob pressão lobística, pois estará diminuindo a garantia do crédito dos demais credores, causando-lhes grave prejuízo. O pagamento deverá ser feito mediante rateio no final do processo da falência, concorrendo todos os credores com igual oportunidade de verem satisfeitos os seus créditos. A nosso aviso, não se trata de modalidade dolosa, e sim culposa; porém, pela concursualidade com a falência, há crime falimentar;

c) desvio de bens, inclusive pela compra em nome de terceira pessoa, ainda que cônjuge ou parente - o objetivo é o mesmo: evitar reduzir o monte a ser rateado. Se o desvio se der antes da falência configura a tipicidade penal ora aumentada, ao passo que se ocorrer depois da sentença declaratória de falência teremos a violação do artigo 189, I, da LF, pois aí os bens já passaram a pertencer à massa falida. A modalidade mais comum é a forma de ocultação de coisas através da compra em nome de terceiros;

d) simulação de despesas, de dívidas ativas ou passivas e de perdas - trata-se do ato de simular, que é incompatível com a modalidade culposa. Constitui-se no atuar doloso que se traduzirá em falsidade refletida na escrituração dos livros, podendo também ocorrer a violação dos incisos VI e VII. A ausência do dever objetivo de cuidado, diante da modalidade de negligência, torna atípica a conduta. Há um aspecto a ser observado, que diz respeito à duplicata simulada, em que não correspondem a expedição e o aceite a uma efetiva venda de bens ou a uma real prestação de serviços, sendo levada a desconto em instituições financeiras ou apresentando como reforço de garantia em operações de financiamento. Sabemos que o fato está tipificado no artigo 172 do Código Penal⁸⁰. A antiga Lei de Falências capitulava o fato como típico crime falimentar no artigo 168, inciso 8º, do Decreto nº 5.746/1929 (falência culposa). A atual Lei de Falências não se

⁸⁰ V. Lei nº 5.472, de 18 de julho de 1968.

refere à duplicata simulada, porém pode ser o fato tipificado no artigo 188, IV da LF (*simulação de despesa, de dívidas ativas ou passivas e de perdas*)⁸¹. Exemplifique-se as *perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie*, como já estudamos na figura prevista no inciso V do artigo 186 da LF; aqui não se trata de “operação arriscada”, mas sim de operações de puro acaso, sem qualquer margem de previsibilidade do risco aceito (*ia quid pierunque accidit*). Trata-se de jogo de azar que também constitui contravenção penal;

e) *falsificação material, no todo ou em parte, da escrituração obrigatória ou não, ou alteração da escrituração verdadeira* - sabe-se que a escrituração dos livros comerciais tem crédito público, retratando a fidelidade da vida do empresário. Configura-se tanto no ato de falsificar como no de alterar o seu conteúdo (v.g.: se Caio substitui o livro “Diário” em que lançava suas operações por outro, preparando a sua falência, há *falsificação*; ao passo que, se Tício altera o conteúdo dos livros obrigatórios, acrescentando, subtraindo ou substituindo palavras ou números, ocorrerá *alteração*)⁸². Para efeitos penais, os livros mercantis equiparam-se a documento público⁸³. Aduzase que, com a sentença declaratória de falência, aplica-se a lei falimentar (*lex specialis derogat legis generalis*), resolvendo-se o concurso de tipos penais. Obviamente, sem a declaração de quebra, aplica-se o artigo 297, § 2º, do CP. O elemento subjetivo do tipo é o dolo (falsificação material);

f) *omissão, na escrituração obrigatória ou não, de lançamento que dela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela devia ser feito* - trata-se de falsificação ideológica⁸⁴, que deve concorrer coma falência, resolvendo-se o conflito de tipos penais concorrentes;

g) *destruição, inutilização ou supressão total ou parcial, dos livros obrigatórios* - o que é relevante mencionar, citando-se Miranda Valverde, é que a destruição, inutilização ou supressão de livros obrigatórios têm maior interesse para a avaliação da conduta do devedor e de seu obrar típico⁸⁵.

⁸¹. No mesmo sentido: Rubens Requião, *op. cit.*, v. II, 455, 156/157.

⁸². Neste sentido: Miranda Valverde, **Comentários à Lei de Falências**, v. III, 73.

⁸³. V. artigo 297, § 2º, do CP.

⁸⁴. V. art. 299 do Código Penal.

⁸⁵. Cf. Miranda Valverde, *op. cit.*, vol. III, 75.

O atuar tem correspondência típica objetiva no art. 305 do CP; o elemento subjetivo é o dolo, admitindo-se o atuar por ausência de cuidado;

h) ser o falido leiloeiro ou corretor - ensina Waldemar Ferreira que se os corretores oficiais exercem ofício público, estão proibidos de comerciar a os leiloeiros, como mandatários ou como comissários mercantis, são comerciantes, inexistindo qualquer paradoxo no presente dispositivo legal⁸⁶. O mestre Pontes Miranda diz que “basta que se abra a falência do leiloeiro ou do corretor. Não importa se as dívidas são provenientes de operações de leiloeiro, ou de corretor, ou de outros negócios jurídicos ou de outras fontes”⁸⁷. Trata-se de caso típico de *responsabilidade objetiva*, aplicado tão-somente aos leiloeiros a corretores *oficiais*.

Ainda a Lei de Falências tipificou como crimes falimentares dolosos: **a) ocultação ou desvio de bem da massa, pelo falido ou qualquer outra pessoa, inclusive as enumeradas no artigo 190 da LF; b) apresentação da declaração de crédito ou de reclamação falsa na falência ou na concordata preventiva, ou o fato de juntar a elas títulos falsos ou simulados, por qualquer pessoa, por si ou por interposta pessoa ou procurador; c) reconhecimento pelo devedor de créditos falsos ou simulados, como verdadeiros; d) a falsa ou inexata informação, parecer ou extrato dos livros do falido, ou a apresentação de relatório contrário à verdade, pelo síndico**. Todas as referidas figuras típicas (**a+b+c+d**) possuem como pressuposto a sentença declaratória de falência e, em determinadas hipóteses, a decretação de seqüestro. Sabemos que o devedor falido perde o direito de administração e disponibilidade de seus bens, a partir do momento da decretação judicial da falência, havendo a possibilidade de ordenação pelo juiz do seqüestro desses bens, mesmo anteriormente à sentença declaratória falimentar.

Para o injusto falimentar, exige-se, na primeira parte, a ocultação ou desvio de bens arrecadados, com o dolo com especial fim de agir (se Caio, ignorando tratar-se de coisas pertencentes à massa, subtrai, há injusto do tipo de furto e não do tipo falimentar). Os credores que dolosamente omitirem nas suas declarações de crédito a posse de bens do falido cometem crime falimentar, pois para o titular de um direito de um crédito é imprescindível que este seja *anterior* à sentença declaratória falimentar. Se houver relacionamento na *declaração retardatária*, o fato é atípico.

⁸⁶ Cf. Waldemar Ferreira, **Instituições de Direito Comercial**, v. I, 202.

⁸⁷ Cf. Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, tomo XXX, 339.

No caso das figuras **b** e **c**, sabemos que quem apresenta as declarações de crédito são os credores comerciais ou civis, e cujo conteúdo obrigatório deve estar de acordo com os termos do artigo 82 da LF e acompanhados dos documentos justificativos do crédito. Tal precedente é importantíssimo ao juiz para a verificação e julgamento dos créditos, de cuja sentença cabe apelação. Daí incriminarem-se as declarações ou reclamações falsas, ou a juntada de títulos falsos ou simulados. Se o devedor reconhecê-los como “verdadeiros” incorrerá nas penas cominadas pela incidência comportamental no artigo 189, III, da LF, ou ainda poderá tipificar o artigo 188, IV e VI, do referido diploma falimentar. Na figura **d**, trata-se do crime praticado pelo síndico a título de dolo. No processo, as segundas vias das declarações de crédito são encaminhadas ao síndico que, ao recebê-las, deverá exigir do falido ou de seu representante que preste informações, ocasião em que deverá consignar por escrito seu parecer acompanhado do extrato de conta do devedor, sempre seguido dos documentos oferecidos pelo falido e pelo próprio síndico. Recorde-se de que a função de síndico é indelegável, *ex vi* do artigo 61 da LF. Se o cargo é ocupado por pessoa jurídica, é responsável penalmente o representante que assinou o termo de compromisso. Não se pode olvidar a indagação: se a ilicitude foi na realidade praticada pelo procurador ou advogado, às vezes à revelia do síndico nominal.

Sem a prova do dolo na participação do síndico, a conduta é atípica, pois responsabilizá-lo por ato ilícito de terceiro constitui responsabilidade objetiva inadmitida no moderno Direito Penal da culpa.

Finalmente, os crimes falimentares podem ser imputados a terceiros, como já mencionamos, que podem figurar como autores ou co-autores do injusto falimentar (*delitos propriamente* ou *impropriamente falimentares*). Há duas vertentes interessantes: **(a)** a que sustenta a necessidade de que o terceiro tenha atuado no interesse do falido; **(b)** que não há tal requisito. Sady de Gusmão afirma com razão que os terceiros podem assumir formas ilícitas em seu atuar, senão vejamos: **a)** distração; **b)** receptação; **c)** dissimulação dos bens do falido; **d)** intromissão na falência de créditos falsos ou simulados; **e)** fraude no exercício do comércio sob outro nome⁸⁸. Aos credores se exige a lealdade, bem como aos representantes e administradores ou liquidantes das sociedades anônimas⁸⁹, e incidem também na falência dolosa se praticam os

⁸⁸. Cf. Sady de Gusmão, *Crime de falência*, 365.

⁸⁹. V. artigo 186, V1 a VII, da LF.

atos enunciados nos artigos 187, 188, excluído o último inciso, 189 e seus incisos, como qualquer terceiro, ou quando exercerem a sindicância, sem prejuízo do artigo 171, § 1º, do CP.

8. PENA E AÇÃO PENAL

a) A Lei de Falências⁹⁰ comina a pena privativa de liberdade de seis meses a três anos de detenção, quando concorrem para a falência os fatos descritos na norma contida no art. 186 do citado diploma; **b)** comina pena privativa de liberdade de um a quatro anos de reclusão, nos fatos tipificados nos arts. 187 a 188; **c)** comina pena privativa de liberdade de um a três anos de reclusão nos fatos tipificados no art. 189; **d)** comina pena privativa de liberdade de um a dois anos de detenção no fato tipificado no art. 190 do referido diploma especial.

A ação penal é pública incondicionada. Há possibilidade do reconhecimento do erro de proibição que, se evitável, poderá diminuir a pena de um sexto a um terço; e, se inevitável, isenta de pena⁹¹.

A pena de interdição do exercício de comércio se constitui em efeito da condenação e está expressa no artigo 195 do Dec.-lei nº 7.661/45, que não foi revogado pela Lei nº 7.209/84. A legislação especial não foi atingida pela Reforma de 1984, pois o artigo 12 do CP, em sua redação, é expresso em que *as regras deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*, pelo que subsiste em vigor a norma especial referente à lei falimentar, inalterada pela nova orientação dada pela Reforma Penal de 1984 relativa à extinção das penas acessórias.

Sabemos que há duas correntes divergentes, a saber: **a)** a que sustenta a inexequibilidade da interdição prevista no artigo 195 da LF, por força da supressão das penas acessórias trazida pela Lei nº 7.209/84, ocorrendo a não-inclusão entre os efeitos da condenação e por inexistir delimitação expressa do prazo para a sua duração⁹²; **b)** a que defende a manutenção da interdição, por força de sua específica natureza, como também devido ao acolhimento do princípio da especialidade no artigo 12 do CP⁹³. A interdição do comércio

⁹⁰ Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

⁹¹ V. art. 21, do CP.

⁹² Neste sentido: RT 596/331, 598/290, 609/315, 610/316, 611/333, 615/265, 617/284, 618/290, 637/241.

⁹³ Neste sentido: RT 622/279, 626/255, 628/298, 629/305, 636/267, 639/394, 653/372, 656/276, 657/265, 658/340, 661/349.

se diferencia das penas acessórias, que, como as penas de interdição temporárias de direitos, limitam-se a atividades que exigem habilitação especial sob o controle do poder público. Assim, como sustentamos, é puro efeito da condenação por crime falimentar, não vedado pela nova Parte Geral. A duração da interdição é ditada pela lei, contando-se do dia em que termina a execução da pena privativa de liberdade imposta até a decretação do sigilo dos registros pela reabilitação. Todavia, os prazos podem ser reduzidos pela sentença para dois anos na hipótese da reabilitação, *ex vi* do artigo 94 do CP. Se o condenado no prazo da interdição exercer o comércio, comete injusto do tipo de desobediência em razão do artigo 335 do CP.

Com o despacho de recebimento da denúncia ou queixa e respectiva citação, inicia-se a ação penal, e o processo passa a ser regulado pelas normas procedimentais pertinentes à forma ordinária (pena de reclusão) ou sumária (pena de detenção), observadas as regras pertinentes à instrução criminal⁹⁴ e do processo a julgamento dos crimes da competência do juiz singular⁹⁵. A competência do juízo falimentar estende-se até o recebimento da denúncia ou queixa ou a determinação do apensamento dos autos do inquérito ao processo da falência. Ocorrendo concurso ideal de tipos penais concorrentes, referido no artigo 192 da LF, dar-se-á a apresentação conjunta no *juízo da quebra*, podendo, de forma tão-só suplementar, iniciar-se no *juízo penal*, em razão do *descumprimento* dos prazos estabelecidos nos artigos 108, parágrafo único, a 194 da LF ou em razão da rejeição da denúncia ou queixa, *ex vi* do artigo 113 da LF. Recorde-se de que o foro competente para o processo e julgamento dos crimes falimentares é o do lugar onde foi declarada a falência, ocorrendo no processo falimentar não uma hipótese de competência territorial especial, pois há que incluir os casos de *competência funcional*. Seguindo a lição de Chiovenda, como patamar da competência territorial subordinada do princípio da prorrogabilidade, diante de uma competência improrrogável, não cabe uma simples competência territorial⁹⁶. Ao final, recebida a denúncia ou a queixa, será procedida a citação do réu para o interrogatório, sendo notificados o órgão do Ministério Público, o querelante e a parte assistente. A requisição de inquérito policial só é cabível

⁹⁴. V. artigos 394 a 405 do CPP.

⁹⁵. V. artigos 498 a 502, CPP.

⁹⁶. Cf. Chiovenda, **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed., 1965, 195.

se a denúncia se referir a fatos distintos dos anteriormente mencionados nos autos do inquérito apensado. Aliás, o inquérito judicial se constitui em um procedimento preliminar de investigação ratificada em juízo.

O Projeto de Lei nº 1.655/85 manteve a supressão originária do *inquérito judicial* substituindo-o por uma *investigação sumária* de caráter inquisitorial administrativo requerida ao *juiz da quebra* pelo órgão do Ministério Público e destinada a trazer elementos para formalizar o oferecimento da denúncia. O inquérito preparatório da ação penal terá início com o pedido de sua instauração formulado pelo síndico. Os prazos são peremptórios e contínuos em relação à propositura da ação penal perante o juízo falimentar. O despacho de recebimento da denúncia é dado pelo *juiz da quebra* e não pelo juiz penal que julgará o crime falimentar e tem como efeito obstaculizar a concordata suspensiva até a sentença penal definitiva. Se o passivo foi inferior a cem vezes o SM, ao inquérito judicial, com a falência, se reserva um procedimento sumário, que desconhece a ação penal subsidiária. Só há possibilidade do oferecimento da queixa no juízo penal na hipótese de descumprimento dos prazos, *ex vi* do artigo 46 do CPP.

Perante a Constituição Federativa de 1988, a interdição para o exercício do comércio é pena e não efeito da condenação⁹⁷. Como bem salienta a decisão do STJ, havendo previsão legal (princípio da reserva legal) e tendo sido aplicada expressamente em sentença judicial (observância ao devido processo legal), não ocorre ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois a lei especial podia prever tal pena e não foi impedido na Reforma Penal revogar a legislação especial, como se infere do artigo 12 do CP⁹⁸.

Diante do princípio da unicidade dos crimes falimentares, a unidade dos ilícitos falimentares praticados pelo falido é absoluta, abrangendo *todas* as condutas reprováveis, tanto *antes* como *depois* da decretação da falência. Aplica-se uma *única* pena, isto é, a mais grave. No concurso entre crime falimentar e crime comum, há duas situações a considerar: o ilícito falimentar também constitui crime comum (ato fraudulento - art. 187 da LF e o estelionato ou simulação de capital); o crime comum não configura o ilícito falimentar (dano praticado sobre bens arrecadados, apropriação indébita de depositário, fraude no comércio). Na primeira hipótese, o art. 192 determina: “Se o ato previsto” constitui crime *per se*, independentemente da declaração

⁹⁷ V. artigo 5º, inciso XLVI, alínea *a*.

⁹⁸ Cf. STF, Resp. 458, Rel. Min. Assis Toledo, Quinta Turma, Unânime, RJ, 2.10.1989, **Ementário** nº 1, nº 162, *in fine*, 81.

de falência, aplica-se a regra do concurso ideal de tipos penais, *ex vi* do art. 70 do CP, dando-se um tratamento mais severo. O direito pretoriano dá procedência ao crime falimentar e aplica o princípio da unicidade sobre os ilícitos comuns concorrentes. Na segunda hipótese, só há crime comum.

9. QUESTÕES PROCESSUAIS. A PRESCRIÇÃO DO CRIME FALIMENTAR

A contagem do prazo prescricional dos crimes falimentares gerou três diferentes orientações jurisprudenciais:

a) o lapso prescricional começa a correr no dia em que passar em julgado a sentença que der por encerrada a falência ou cumprida a concordata, exatamente segundo a regra do parágrafo único do art. 199 da LF;

b) o lapso prescricional começa a correr no dia em que passar em julgado a sentença que der por encerrada a falência; mas, se o processo da falência não se encerrar no prazo previsto no § 1º do art. 132 da LF, a prescrição cumpre-se quatro anos depois da declaração da quebra, porquanto determina esse preceito que: *Salvo caso de força maior, devidamente provado, o processo da falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da declaração.* Neste caso, em favor do falido, o prazo prescricional é contado a partir da data em que deveria estar encerrada a falência. Aos dois anos concedidos pelo § 1º do art. 132 (encerramento ficto), somam-se os dois anos assinalados no art. 199. Da reiteração de tal entendimento resultou a Súmula nº 147 do STF: *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;*

c) o lapso prescricional começa a correr no dia do recebimento da denúncia ou da queixa. Assim, se a denúncia ou a queixa é recebida antes de completado o prazo fixado para o encerramento da falência, é a contar do recebimento que começa a fluir o prazo da prescrição da pretensão punitiva; se é recebida depois daquele prazo, o curso prescricional se interrompe, para no mesmo dia recomeçar a correr por inteiro. *De uma ou de outra forma, o prazo é sempre de dois anos.*

Essa interpretação, hoje predominante, que admite aos crimes falimentares a aplicação da regra geral contida no art. 117, I, do CP, pelo fato de que a lei especial não dispõe de modo diverso⁹⁹, consolidou-se na Súmula nº 592 do STF: *Nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da*

⁹⁹. V. art. 12 do CP.

prescrição, previstas no Código Penal.

O prazo prescricional fixado no art. 199, *caput*, da LF, estende-se à pretensão executória, sem guardar qualquer relação com a pena imposta.

A orientação uniforme do STF, quanto ao despacho de recebimento da denúncia por crime falimentar, é de que deve estar fundamentado, sob pena de nulidade, salvo se já houver sentença condenatória¹⁰⁰. O despacho pode ser sucinto, o que não deve ser confundido com palavras vagas e genéricas, perdendo o conteúdo essencial à fundamentação, o que o torna *inexistente*. É claro que o juiz penal não deverá exigir que se repita tudo que se encontra no inquérito ou examinar em prejulgamento os fatos nele narrados. Porém, não é suficiente a fundamentação do despacho de recebimento quando o juiz faz remissão expressa à peça inaugural que, com base no inquérito judicial, narra claramente os fatos típicos¹⁰¹.

O recebimento da denúncia interrompe a prescrição; embora exista uma pluralidade de fatos *per se* responsáveis penalmente, o ilícito falimentar é um *crime único* (v.g.: se a falência foi decretada em 8 de janeiro de 1982 e foi encerrada dois anos depois, isto é, em 8 de janeiro de 1984, o biênio prescricional se completaria em 8 de janeiro de 1986. Contudo, se em 5 de janeiro de 1983 foi recebida a denúncia, interrompe-se a prescrição, que começa a correr desta data).

O STF entende que nos crimes societários não é indispensável a individualização da conduta de cada indiciado na oferta da denúncia, bem como que o prazo do art. 106 do Decreto-lei n° 7.661/45 é contínuo e peremptório, correndo em cartório, independentemente de publicação e de intimação.

O despacho de recebimento dado pelo juiz da falência obsta a concordata suspensiva até a sentença penal definitiva. Não obstará, contudo, se a concessão da concordata se verificar antes do provimento do recurso do despacho de rejeição da peça acusatória; nesse caso, só poderá ser rescindida a concordata pela condenação do concordatário por crime falimentar. ◆

¹⁰⁰. V. Súmula n° 564.

¹⁰¹. STJ, **Ementário** n° 1, n° 480, 191.