

OS TIPOS PENAIS NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Hélvio Simões Vidal
Promotor de Justiça em Minas Gerais
Professor de Direito Penal do Instituto Vianna Júnior – Juiz de
Fora\MG
Mestrando em Direito (UGF-RJ)

RESUMO: A nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas trouxe significativas modificações relativas aos delitos denominados falimentares. A sentença de falência passou a figurar como condição objetiva de punibilidade dos crimes nela previstos; aumentou-se substancialmente o rol de crimes e delineou com mais precisão o problema da prescrição penal, remetendo-a aos dispositivos gerais do Código Penal. Por fim, o artigo procura acentuar a necessidade de modificar-se o entendimento uniforme da legislação anterior (Dec. lei n. 7.661/45) no sentido de que há unidade de crimes falimentares, mesmo que vários tenham sido os delitos praticados pelo devedor-falido.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Falências – Aspectos penais – Novos tipos – Unidade e pluralidade de crimes – Lei n. 11.101/2005.

SUMÁRIO: 1. A sentença de falência como condição objetiva de punibilidade 2. Sujeito ativo dos delitos 3. Bem jurídico protegido 4. Unidade e pluralidade dos crimes falimentares 5. Os tipos penais na nova lei de falências 5.1. Fraude a credores 5.2. Violação de sigilo empresarial 5.3. Divulgação de informações falsas 5.4. Indução a erro 5.5. Favorecimento de credores 5.6. Desvio, ocultação ou apropriação de bens 5.7. Aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens 5.8. Habilitação ilegal de crédito 5.9. Exercício ilegal de atividade 5.10.

Violação de impedimento 5.11. Omissão dos documentos contábeis obrigatórios 6. Prescrição penal 7. Bibliografia.

1. A sentença de falência como condição objetiva de punibilidade

A sentença declaratória de falência funciona como condição objetiva de punibilidade em relação aos crimes falimentares¹. O art. 180 da Lei n. 11.101/2005 criou duas novas condições de punibilidade para os crimes nela previstos (artigos 168 ‘*usque*’ 178), ou seja, a sentença que concede a recuperação judicial ou a recuperação extrajudicial do empresário ou da sociedade empresária (art. 1º Lei n. 11.101\2005). Para a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas estas sentenças são, sempre, condição objetiva de punibilidade dos crimes nela descritos.

A condição objetiva de punibilidade constitui-se numa *circunstância extrínseca ao delicto*, para a qual é estranha a culpa do agente². A imposição da pena nos crimes falimentares, assim, fica condicionada à declaração judicial da falência ou à sentença de concessão da recuperação judicial ou extrajudicial do empresário ou da sociedade empresária.

A condição objetiva de punibilidade não interfere na configuração do delito. Isso quer dizer que a sentença ‘já o encontra integrado de todos os seus elementos’³, estando o crime, portanto, já consumado. Sendo a condição objetiva de punibilidade externa ao processo executivo do delito, ela nada mais é do que um ‘*quid pluris*’, ‘indispensável para que, à violação da lei penal, siga-se a possibilidade de punição’⁴.

Para os crimes anteriores à declaração da falência ou à concessão da recuperação judicial ou extrajudicial, a sentença funciona, realmente, como condição objetiva da punibilidade. Isso quer dizer que a sentença encontra o crime já integrado em todos os seus elementos típicos. Os fatos anteriores às respectivas sentenças de falência ou de concessão da

¹ NÉLSON HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, Tomo 2, pg. 29.

² MAGALHÃES NORONHA. *Direito penal*, vol. 1, pg. 115.

³ TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE. *Comentários à Lei de Falências*, vol. III, pg. 44.

⁴ NÉLSON HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, Tomo 2, pg. 28.

recuperação judicial ou extrajudicial, já configuravam crimes que, pela superveniência da condição, tornam-se passíveis de punição, sob a roupagem da ‘*lex specialis*’⁵.

Nos crimes cometidos após a sentença declaratória da falência ou da concessão da recuperação judicial ou extrajudicial do empresário ou da sociedade empresária, a decisão judicial não se configura, verdadeiramente, uma condição objetiva da punibilidade. A sentença, aqui, é *elemento do fato típico*, posto que, sem ela, não há crime. Assim, p. ex., o crime do art. 174 da Lei n. 11.101\2005 (*aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens*) é fato atípico sem a sentença declaratória da falência. Igualmente, não há o próprio fato típico, no *favorecimento de credores* (art. 172 Lei n. 11.101\2005) sem a sentença de falência ou a recuperação judicial ou homologação da recuperação extrajudicial, que figuram como *elemento do tipo*⁶.

As condições objetivas de punibilidade são *elementos exteriores ao fato* e ocorrem quando o legislador subordina a punibilidade dele à superveniência de determinada condição exterior à conduta delituosa⁷, como, p. ex., a entrada do agente no território nacional na extraterritorialidade condicionada (art. 7º, § 2º CP) ou a ‘declaração de falência, na maior parte dos crimes falimentares’⁸.

⁵ Assim, p. ex., o crime de duplicata simulada (art. 172 do CP), pode ser cometido pelo empresário ou por qualquer pessoa autorizada a expedir duplicatas. Se há o decreto de falência da empresa emitente de duplicata simulada, impõe-se a sua apreciação no juízo falimentar, absorvendo-se o crime comum pelo crime falimentar, salvo se não disser respeito à massa falida (JÚLIO FABBRINI MIRABETE. *Código Penal interpretado*, pg. 1425). Isso quer dizer que se a duplicata simulada foi irregularmente emitida, o fato, que já se ajustava ao art. 172 do CP, passa a configurar, com o decreto de falência, o tipo previsto no art. 168 da Lei n. 11.101\2005, ou seja, constitui-se num ato fraudulento prejudicial aos credores, praticado com o intuito de obter vantagem indevida. Trata-se, então, de uma fraude, já punida pelo Código Penal. Se há o decreto de falência e se a emissão de duplicata simulada constitui-se no ato fraudulento, anterior a ela, porém, praticado com o fim de criar injusta vantagem e do qual resultou prejuízo para os credores, caracteriza-se o crime especial que absorve o comum (RT 692:257). Nesse sentido, RUBENS REQUIÃO (*Curso de direito falimentar*, vol. 2, pg. 156). Igualmente, se o sujeito falsifica ou adultera a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas, incide no art. 172, *parágrafo único* do CP. Se, praticado o crime, sobrevém a sentença declaratória de falência, o sujeito deverá ser punido pela fraude a credores, com a pena agravada (art. 168, §1º, II Lei n. 11. 101\2005).

⁶ A declaração de falência, em alguns crimes falimentares, como a ocultação ou desvio de bens da massa, a apresentação de declarações falsas ou o falso reconhecimento de créditos (art. 189 da Lei n. 7.661\45) figura como *pressuposto do crime* (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade*. RT 738/744).

⁷ HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade*. RT 738/744.

⁸ HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Ob. cit.* pg. 745.

O legislador, ao referir-se expressamente á sentença de falência como condição objetiva da punibilidade dos crimes previstos na Lei n. 11.101\2005, trouxe para o direito positivo um instituto que não havia merecido, jamais, qualquer preocupação legislativa⁹. De fato, antes dela, não havia em qualquer lei penal disposição sobre as condições objetivas de punibilidade¹⁰. Com isso, porém, nada mais fez o legislador do que reintroduzir um problema frente ao qual já se encontrava a doutrina penal longe de chegar a uma conclusão definitiva, a ponto de ter ANTOLISEI afirmado que sobre o instituto paira uma *confusão babilônica* ‘não se encontrando dois autores que estejam de acordo’¹¹.

Característica da condição objetiva de punibilidade é a de referir-se a um *acontecimento futuro e incerto* (evento-condição) cuja função é a de suspender a punibilidade de um delito já perfeito¹². Se o ‘*evento condição*’ é intrínseco ao crime, então, de condição objetiva da punibilidade não se trata, mas, ao contrário, de elemento constitutivo do crime, ou de elemento do tipo¹³.

⁹ Foi pela doutrina de BINDING que as condições objetivas de punibilidade nasceram. Na Teoria das Normas, distinguiu ele os elementos objetivos das leis penais que seriam totalmente estranhos ao delito (*dem Delikt ganz fremden*) e que se constituiriam em pressupostos da punibilidade, ‘como sinais objetivos, que não atingiriam a reprovabilidade da conduta’ (FRAGOSO, RT 738/744). A origem histórica do instituto, porém, reflete uma necessidade de conciliação de exigências contrapostas. De um lado, existem sempre razões de conveniência prática e oportunidade político-criminal, que induzem a subordinar a efetiva punibilidade de alguns tipos de comportamento à verificação de determinadas circunstâncias, de forma que proceder a uma punição incondicionada pode, de fato, em certos casos, conflitar com a tutela de outros interesses merecedores de consideração ou provocar inconvenientes superiores às vantagens. De outro lado, vigendo em matéria penal o princípio da estrita legalidade, referidas valorações de conveniência e oportunidade não podem ser entregues ao poder discricionário do juiz: ‘il principio di legalità, e il connesso principio dell’obbligatorietà dell’azione penale, impongono che sia lo stesso legislatore a tipizzare in forma espessa le circostanze capaci, appunto, di influenzare la scelta relativa alle concrete applicazioni della pena’ (FIANDACA – MUSCO. *Diritto penale*, pg. 726).

¹⁰ Assim, FRAGOSO. RT 739/756.

¹¹ Cf. FRAGOSO. *Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade*. RT 738/745.

¹² BELLINI (*Le condizioni obiettive di punibilità*. Apud LUIZ RÉGIS PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 1, pg. 766).

¹³ Para se poder individuar a condição objetiva de punibilidade, e distingui-la dos elementos constitutivos do fato, inclina-se a doutrina italiana (NUVOLONE, BRICOLA, PAGLIARO, NEPPI MODONA) pela utilização de *parâmetros substanciais* (relativos à determinação do interesse tutelado), de forma que devem ser excluídas do rol das condições objetivas de punibilidade e, portanto, considerar-se como elementos constitutivos do fato, aqueles eventos nos quais se concentra a ofensa ao interesse protegido (FIANDACA – MUSCO. *Diritto penale*, pg. 729). Assim, é condição objetiva de punibilidade todo acontecimento objetivo, estranho à ação ilícita, e a ela sucessivo, cuja verificação é necessária para a punibilidade (ANTONIO PAGLIARO. *Principi di diritto penale*, pg. 394). As condições objetivas da punibilidade são extrínsecas à violação do interesse protegido e se limitam a refletir valorações de oportunidade, conexas a um interesse externo ao perfil ofensivo do crime (cf. FIANDACA – MUSCO. *Diritto penale*, pg. 730).

A sentença declaratória da falência, ou a concessão da recuperação judicial ou a da recuperação extrajudicial somente podem ser condição objetiva da punibilidade em relação aos crimes falimentares nos quais a ação é anterior à sentença¹⁴ isso porque a condição objetiva de punibilidade somente pode ser um acontecimento futuro e incerto. Se o ‘*evento condição*’ surge anteriormente à conduta deve ser considerado como elemento do crime, do que são exemplos os crimes falimentares praticados posteriormente à sentença declaratória da falência¹⁵.

O legislador, entretanto, na sistemática da Lei n. 11.101\2005, deu tratamento uniforme à questão, inserindo a sentença de falência ou de concessão de recuperação judicial ou extrajudicial como condições objetivas de punibilidade, quer o crime tenha sido praticado antes dela, quer o fato tenha sido praticado posteriormente. Nesses casos, subsiste o delito, independentemente do vínculo subjetivo do agente com a condição. A prescrição começa a correr, então, da data da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (art. 182, Lei n. 11.101\2005), o que poderá gerar situações inusitadas nos crimes ‘pós-falimentares’, cuja prescrição começará a correr antes mesmo da consumação do crime¹⁶.

2. Sujeito ativo dos delitos

Sujeito ativo dos delitos, na falência ou na recuperação judicial ou extrajudicial de sociedades, é o devedor (art. 179, Lei n. 11.101\2005), a ele se equiparando os sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, bem como o administrador judicial que, assim, podem figurar como autores ou partícipes de todos os delitos previstos na lei. Podem, igualmente, ser sujeitos ativos os técnicos contábeis, contadores, auditores e quaisquer profissionais, nos crimes de fraude a credores (art. 168, § 3º da Lei n. 11. 101\2005), em inútil redução legislativa, posto que as regras do concurso de agentes (art. 29 CP) serão sempre aplicáveis subsidiariamente.

¹⁴ HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (RT 739/760).

¹⁵ Substancialmente, nesse sentido, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (RT 739/760).

¹⁶ Contrariamente, porém, WALDO FAZZIO JÚNIOR (*Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, pg. 364), para quem o termo ‘*a quo*’ do prazo prescricional é a data do fato. Na impossibilidade de defini-la, o termo inicial da prescrição é a data da decretação da quebra ou da recuperação judicial, conforme o caso.

O devedor-empresário é o sujeito ativo dos crimes, por excelência. A responsabilidade penal, entretanto, a ele não está limitada, podendo estender-se ao terceiro, seja empresário ou não (p.ex., ao participante da fraude a credores), a quem se aplicam as regras da co-autoria¹⁷.

Ao diretor, p. ex., pode ser atribuída a prática de fraude a credores, se, quando exercia o cargo, ocorreu simulação de capital social, em prejuízo a credores (art. 168, § 1º, IV), mesmo que tenha se retirado da sociedade¹⁸.

O próprio credor será sujeito ativo do delito de *favorecimento de credores* (art. 172 Lei n. 11.101\2005), desde que se beneficie ou possa se beneficiar com o ato de disposição ou oneração patrimonial feito pelo devedor em seu proveito e em prejuízo aos demais credores. Trata-se de delito de concurso necessário que pode envolver o credor ou credores do devedor falido ou que haja obtido a recuperação judicial ou extrajudicial da sociedade empresária.

Os sócios que detiverem a gerência da sociedade são sujeitos ativos dos delitos previstos na Lei n. 11.101\2005. Isso importa dizer que não basta a alegação de que o sócio não exercia a gerência da sociedade, para exclusão da responsabilidade penal. Responde pelo crime praticado ou para o qual haja concorrido com ação ou omissão¹⁹. Se o sócio-gerente, p. ex., outorga procuração a outrem, com ilimitados poderes de gestão, pode figurar como sujeito ativo dos delitos eventualmente praticados pelo mandatário.

Outras pessoas, p. ex., o representante do Ministério Público, o juiz, o administrador judicial, o gestor judicial, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro podem figurar como sujeitos ativos do crime próprio de violação de impedimento (art. 177 da Lei n. 11.101\2005), inclusive a interposta pessoa que haja intervindo na aquisição de bens da massa ou participado de especulação de lucro de bens pertencentes a devedor em recuperação judicial.

¹⁷ JOSÉ DA SILVA PACHECO. *Processo de falência e concordata*, pg. 925.

¹⁸ JOSÉ DA SILVA PACHECO. *Processo de falência e concordata*, pg. 922.

¹⁹ JOSÉ DA SILVA PACHECO. *Processo de falência e concordata*, pg. 934.

A restrição da participação dos contadores, técnicos contábeis, auditores e quaisquer profissionais como sujeitos ativos somente do delito de fraude a credores (art. 168) também é sem propósito, podendo esses profissionais, p. ex., figurarem como sujeitos ativos, dentre outros, do delito de *indução a erro* (art. 171) se, no processo de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial, prestarem informações falsas, induzindo o juiz a erro.

3. Bem jurídico protegido

Os crimes falimentares são *plurilesivos*²⁰. Neles, a tutela jurídica atinge uma objetividade complexa, não sendo possível uma classificação uniforme dos crimes falimentares que podem figurar na categoria dos crimes de perigo contra o comércio ou a fé pública, nos crimes de dano ao patrimônio dos credores²¹ ou da massa, ou na categoria dos crimes contra a Administração Pública²².

De fato, nos onze delitos falimentares previstos na Lei n. 11.101/2005 existe uma multiplicidade de bens jurídicos protegidos, o que torna problemática uma classificação homogênea dos respectivos crimes. Neles, ocorre uma pluralidade de ofensas ou lesões ao bem jurídico tutelado pela lei penal²³.

A fé pública vem protegida na fraude a credores qualificada pela falsificação da escrituração contábil (art. 168, § 1º II); se o devedor mantém recursos ou valores em contabilidade paralela (art. 168, § 2º Lei n. 11.101/2005), há também ofensa à ordem tributária²⁴. No delito de violação de impedimento (art. 177), tutela-se a moralidade pública e,

²⁰ Contrariamente, OSCAR STEVENSON (*Do crime falimentar*, pg. 88\89), para quem o crime falimentar atenta contra o comércio.

²¹ SADY CARDOSO GUSMÃO (*Crime de falência*. Repertório Enciclopédico do direito brasileiro, vol. 13, pg. 350\351), para quem o patrimônio dos credores sofre defraudação nos crimes falimentares que possuem, assim, natureza predominantemente patrimonial, embora possam atingir o comércio e a economia.

²² TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE. *Comentários à lei de falências*, vol. III, pg. 49.

²³ Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 21\408.

²⁴ A manutenção de contabilidade paralela configura crime contra a ordem tributária (art. 1º Lei n. 8.137/90). Se o agente, por este expediente, omite operações, de lançamentos ou qualquer outro meio fraudulento capaz de suprimir ou reduzir tributo, a conduta subsume-se à Lei n. 8.137/90 (cf. LUIZ RÉGIS PRADO. *Direito penal econômico*. pg. 446). A manutenção de contabilidade paralela também é punida pelo art. 11 da Lei n. 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, com pena de reclusão de 01 a 05 anos e multa. A 'contabilidade paralela' ou 'caixa dois' é jargão utilizado nos meios empresariais para designar as despesas e receitas de uma empresa que não são registradas oficialmente, e, portanto, podem dar lugar a transações sem o respectivo

com mais intensidade, a moralidade da justiça. No desvio, ocultação ou apropriação de bens (art. 173), assim como na aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens (art. 174), tutela-se os interesses patrimoniais dos credores. No exercício ilegal de atividade (art. 176), tutela-se a administração da justiça²⁵.

4. Unidade e pluralidade dos crimes falimentares

Os delitos falimentares, consoante firme opinião doutrinária²⁶, existente na vigência do Dec. lei n. 7.661\45, não dão origem ao concurso de delitos, consistindo a prática das diversas condutas incriminadas, crime único²⁷, o que é endossado por antiga jurisprudência²⁸. Os delitos falimentares teriam, assim, *estrutura complexa*, prevalecendo, para fins de apenação, o crime mais grave.

A construção da teoria da unidade do crime falimentar remonta a VON LIST²⁹ que sustentava que a pluralidade de atos praticados pelo devedor, anteriores à declaração da falência, seria convertida em unidade, por força da declaração da falência, única condição de punibilidade do crime. Na hipótese de ocorrência de fatos dolosos e culposos, a punição

pagamento de impostos (SANDRONI, P. Novíssimo dicionário de economia, p. 72, 'apud' LUIZ RÉGIS PRADO. *Direito penal econômico*, pg. 271, nota 103).

²⁵ Cuidando do art. 359 do CP (desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito), LUIZ RÉGIS PRADO (*Curso de direito penal brasileiro*, vol. 4, pg. 801), posiciona-se no sentido de que o bem jurídico tutelado é a administração da justiça *lato sensu*, com particular ênfase conferida ao prestígio e eficácia das decisões judiciais. A desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito compromete o normal funcionamento da atuação judicial, atingindo a instituição da justiça e, mais especificadamente, sua atividade ou função.

²⁶ NÉLSON HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal*, vol. VIII, p. 219) doutrinava nesse sentido. Para ele, não obstante a multiplicidade de fatos que caracterizavam a bancarrota, havia unidade de crime, sob o fundamento de que, o fato criminoso que se pune é a violação do direito dos credores, pela superveniente insolvência do comerciante. Pelo prejuízo efetivo ou potencial dos credores, pune-se o devedor, tão somente por causa dele. A pena, assim, somente poderá atingir aquilo que esse evento representa.

²⁷ AMADOR PAES DE ALMEIDA. *Curso de falência e concordata*, pg. 452.

²⁸ STF, RHC n. 49.563/SP: "Sendo o crime falimentar um todo único, não pode a sentença cindi-lo, para aplicar penas autônomas a cada uma de suas partes". TJSP, HC n. 39.644: "Se as diversas infrações relacionadas com a quebra do paciente só podem constituir um único crime falimentar, a pena aplicada na sentença não deve exceder ao máximo cominado a qualquer dos artigos da lei de falência por ele violado. Inadmissível o concurso formal estabelecido entre os delitos definidos nessa lei e os de natureza comum, como razão de ser da exacerbação" (RT 222\38); TJSP, Ap. Crim. n. 45.771: "Embora diversas as infrações praticadas pelo falido, constituem elas um só delito, de modo que uma única pena deve ser aplicada" (RT 245\74); TJSP, Ap. Crim. n. 45.967: "Ainda que vários sejam os delitos falimentares praticados, a pena a ser imposta é uma só, aquela cominada à infração mais grave" (RT 248\63).

²⁹ *Direito penal*, vol. 2º, pg. 288 (trad. de JOSÉ HIGINO).

deveria recair sobre o crime mais grave, uma vez que revelava a intenção fraudulenta do devedor falido.

Essa concepção foi paulatinamente sendo solidificada, tendo a doutrina a ela agregado dois novos argumentos, ou seja, o de que o evento lesivo seria um apenas e que o crime falimentar possui estrutura complexa, consistindo-se em tipos penais de ação múltipla³⁰. A única exceção à unicidade do crime falimentar ocorria quando um dos fatos configurasse crime comum que merecesse pena autônoma, o que foi objeto de expressa disposição no Dec. lei n. 7.661\45 (art. 192)³¹, determinando a aplicação das regras do concurso formal.

Como se percebe dessa construção, a unidade do crime falimentar está apoiada na consideração da ofensa ao interesse dos credores, reduzindo-se, portanto, a uma única lesão patrimonial a múltiplos credores.

O posicionamento doutrinário e jurisprudencial, após o advento da Lei n. 11.101\2005 é imprevisível. Julgamos, entretanto, que deva ser revista a antiga concepção da unidade dos crimes falimentares³².

Os tipos penais na Lei n. 11.101\2005 não são, evidentemente, tipos mistos alternativos, não podendo ser reduzidos a uma unidade. As condutas incriminadas não descrevem modalidades da prática de um mesmo tipo delituoso. Além disso, várias das condutas incriminadas pressupõem uma violação não contextual do bem jurídico. Desse modo, é insustentável a redução dos crimes falimentares a uma ‘unidade complexa’, de forma que não se deve ‘*a priori*’ rejeitar a possibilidade de concurso de crimes falimentares e, com maior enfoque, para os crimes praticados após a sentença de falência ou da concessão da

³⁰ PAULO LÚCIO NOGUEIRA. *Leis especiais. Aspectos penais*, pg. 251: “O crime falimentar é tratado como sendo ‘crime de conteúdo variado’, de ‘ação múltipla’ ou de ‘estrutura complexa’, que descreve várias formas de execução, mas a prática de várias condutas implica na prática de **infração única**, em face ao **princípio da unidade**” (*grifos originais*).

³¹ “Se o ato previsto nesta Lei constituir crime por si mesmo, independentemente da declaração da falência, aplica-se a regra do art. 51, § 1º do Código Penal”.

³² Analisando a unidade ou pluralidade de crimes falimentares, MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHRER (*Crimes falimentares*, pg. 41), criticava acerbamente o posicionamento redutor da unidade dos delitos, sob o fundamento de que representaria uma *anomalia* no sistema, pagando a lei um tributo às teorias antigas. “Abolida a teoria da falência-crime, há que se arcar com as conseqüências, reconhecendo a pluralidade das condutas onde a mesma foi proclamada, sem mais subterfúgios. É evidentemente artificial e arcaico o conceito de que um único fato demonstre *júris et de jure* o complexo genérico do comportamento do falido”.

recuperação judicial ou extrajudicial, quando a multiplicidade de condutas poderá importar em pluralidade de crimes.

De outro lado, não é correto reduzir a ofensa ao patrimônio coletivo dos credores como o único bem jurídico tutelado na Lei de Falências e Recuperação de Empresas que ampliou, sensivelmente, o rol de bens suscetíveis de violação. Assim, p. ex., se o falido ou o empresário sob recuperação judicial, pratica favorecimento de credores (art. 172), dispõe do patrimônio social em benefício de credor, e, sucessivamente, desvia outros bens da massa, em proveito próprio, é de se reconhecer o concurso material de crimes. Igualmente, é possível que o devedor, antes da falência, omita a escrituração contábil (art. 178), prestando, após o decreto de falência, informações falsas no respectivo processo (art. 171 Lei n. 11.101\2005), caso em que terá praticado dois crimes.

Com muito mais razão, não poderá deixar de ser reconhecido o concurso de crimes, se o autor deles for pessoa diversa do devedor, como no caso, p. ex., de *violação de sigilo empresarial* (art. 169), antes do decreto de falência, tendo o seu autor, após a sentença, desviado bens da massa falida (art. 173).

A existência do concurso de crimes, então, deve ser vista caso a caso. Sendo plurilesivos os crimes falimentares, é possível que as diversas condutas violem bens jurídicos distintos, acentuando a possibilidade do concurso de delitos, com o afastamento do princípio da unidade do crime falimentar.

De outro lado, as regras do concurso aparente de normas penais tem inteira cabida nos crimes previstos na Lei n. 11.101\2005. Assim, p. ex., o credor que haja divulgado informação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de obter vantagem (art. 170 Lei n. 11.101\2005), obtendo, após a sentença de falência, a vantagem patrimonial (art. 172), deverá responder por um só delito, no caso pelo art. 172, que, sendo mais grave, absorve o delito antecedente (*princípio da consunção*).

Se o devedor apropria-se de bens da massa (art. 173), terá praticado ato fraudulento em prejuízo aos credores (art. 168), nem por isso responderá em concurso

material, mas, apenas, por crime único, no caso pelo art. 173 da Lei n. 11.101/2005, que é um tipo especial em relação ao tipo genérico (art. 168) (*princípio da especialidade*).

5. Os tipos penais na nova lei de falências

A Lei n. 11.101/2005 ampliou sensivelmente os tipos penais, em relação ao Dec. lei n. 7.661/65, que previa apenas 05 crimes falimentares. Novos tipos penais foram criados, em substituição às condutas típicas descritas no Dec. lei n. 7.661/45, que, realmente, ‘estavam completamente obsoletas’³³. Em virtude da especificidade dos crimes falimentares, foi adequada a colocação dos tipos penais na própria lei de falências e recuperação de empresas, mesmo porque seria extremamente difícil a inserção dos respectivos crimes no Código Penal, muito especialmente tendo em vista a pluriofensividade dos delitos.

Isso não quer dizer que a criação dos respectivos tipos penais tenha sido bem feita. Ao contrário, há deficiências múltiplas, seja de técnica legislativa, seja de estruturação dos tipos. No caso do aumento de pena previsto no crime de fraude a credores (art. 168), p. ex., o legislador empregou, de forma inusitada, os verbos típicos no passado e, assim, a pena será aumentada de 1/3 até a metade, se o devedor ‘*manteve ou movimentou*’ recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, o que parece fazer retroagir a lei penal, para agravar condutas, antes da sua prática.

Outros tipos penais (p. ex., art. 168, 177, 178) nada mais são do que arranjos novos, para velhas infrações falimentares que estavam espalhadas pelos artigos 186 a 189 do Dec. lei n. 7.661/45. De outro lado, houve uma sensível melhoria no que diz respeito à tipificação exclusivamente dolosa das infrações, pondo-se fim a uma prejudicial controvérsia existente durante a vigência da lei anterior, no sentido de se admitir ou não crimes falimentares dolosos e culposos³⁴.

³³ WALDO FAZZIO JÚNIOR. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, pg. 359.

³⁴ MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHRER (*Crimes falimentares*, pg. 30). Para o Autor, não havendo na lei especial falimentar nenhuma ressalva ou cominação expressa, em princípio, todos os crimes falimentares são dolosos. Igualmente, JOSÉ DA SILVA PACHECO (Processo de falência e concordata, pg. 917/918), para quem o Dec. lei n. 7.661/45 não previa crimes de ‘falência culposa’, tendo sido equiparado o dolo direto ao eventual. *Contrariamente*, porém, TRAJANO MIRANDA VALVERDE (*Comentários à lei de falências*, pg. 43), para quem os tipos penais do art. 186 do Dec. lei n. 7.661/45 ‘evidenciam a imprudência, a negligência ou a imperícia do devedor no exercício da profissão de comerciante’; TJSP, Ap. Crim. n. 45.967 (RT 248/63:64) admitindo procedimento culposo na conduta do falido que realizou despesas gerais injustificadas (art. 186 Dec. lei n. 7.661/45) em

Os crimes elencados na Lei n. 11.101\2005 são de dano e de perigo³⁵. Todavia, não se pode negar a existência de crime de mera conduta (art. 178 – *omissão dos documentos contábeis obrigatórios*) e também formal (art. 176 – *exercício ilegal de atividade*). Mesmo sendo a sentença de falência ou de concessão de recuperação judicial ou extrajudicial condição objetiva de punibilidade desses delitos, não é de se afastar, ‘*a priori*’ a possibilidade da tentativa. Suponha-se que, próximo à declaração de falência, o devedor emita cheques em benefício de algum credor (art. 172) e, declarada a quebra, o administrador judicial susta o respectivo pagamento, ou o caso do devedor que, pretendendo desviar vultoso lote de mercadorias, providencia o embarque clandestino das mesmas para outro país, tendo sido a mercadoria apreendida³⁶.

A co-autoria e a participação são admissíveis. Além disso, há *crimes próprios* (art. 177 – *violação de impedimento*; 176 – *exercício ilegal de atividade*) que somente podem ser cometidos pelas pessoas especialmente designadas, bem como *crimes comuns* (art. 170 – *divulgação de informações falsas*) que podem ser praticados por qualquer pessoa.

Os crimes capitulados na Lei n. 11.101\2005 são pré-falimentares ou pós-falimentares, bem como podem ser cometidos antes ou depois da concessão da recuperação judicial ou extrajudicial. Todos os crimes são sancionados com reclusão e multa, com exceção do art. 178 (detenção e multa).

O art. 168, parágrafo 4º da Lei n. 11.101\2005 prevê uma causa especial de diminuição de pena, na falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte se o juiz não constata a prática habitual de condutas fraudulentas, por parte do falido, caso em que fica autorizado a reduzir a pena de reclusão de 1\3 a 2\3. Pretendia a lei facultar a aplicação das penas substitutivas a esta única hipótese, como alternativa à redução da pena de reclusão em 1\3 a 2\3. Porém, o dispositivo já nasceu obsoleto, uma vez que a Lei n. 9.714\98 importou em alterações de fundo no Código Penal (aplicável subsidiariamente), de forma que, se

relação ao capital social, adquirindo bens que o absorviam, na sua quase totalidade. A situação anterior era, de fato, tão problemática que PAULO LÚCIO NOGUEIRA (*Leis penais especiais. Aspectos penais*, pg. 263) chegou a afirmar que, embora agindo culposamente, o comerciante responde por crime doloso.

³⁵ WALDO FAZZIO JÚNIOR. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, pg. 361.

fazendo presentes os pressupostos (art. 44 CP), é possível, em qualquer dos delitos, a aplicação das penas restritivas de direito (art. 43 do CP).

5.1. Fraude a credores

O tipo penal em questão corresponde ao art. 187 do Dec. lei n. 7.661\45, tendo sido as margens mínima e máxima da pena privativa da liberdade (reclusão) sensivelmente ampliadas (três a seis anos de reclusão). A redação do tipo não é elogiável, utilizando-se o legislador do verbo *'praticar'*, obscurecendo o verdadeiro sentido da conduta incriminada. Além disso, utilizou-se da locução *'que possa resultar prejuízo aos credores'*, o que pode gerar dúvidas quanto à necessidade da existência do dano ou da suficiência do perigo de dano aos credores³⁷.

Sujeito ativo do crime é o devedor. Sujeito passivo são os credores do falido ou do devedor sob recuperação judicial ou extrajudicial. O dano patrimonial pode ocorrer, porém é suficiente, para a configuração do delito, o perigo de dano, expresso na locução *'que possa resultar'*, o que equivale à própria tentativa.

A conduta incriminada consiste na deliberada diminuição do patrimônio do devedor, em prejuízo aos credores. Exige a lei a prática de *'ato fraudulento'*, ou seja, da má-fé ou astúcia, muito semelhantes ao estelionato comum (art. 171 do CP³⁸), porém, aqui, com a especificação da necessidade da sentença de falência ou concessão de recuperação, além do prejuízo aos credores.

Nesse tipo, podem ser incluídas a aquisição de grande quantidade de mercadorias a crédito, com desvio ou liquidação em proveito próprio³⁹, a emissão de cheque

³⁶ Os exemplos são de MAXIMINIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHRER (*Crimes falimentares*, pg. 36), com alteração da nomenclatura, à vista da Lei n. 11. 105\2005.

³⁷ A redação do tipo penal poderia corresponder ao seguinte: "Obter ou tentar obter, mediante fraude, para si ou para outrem, em prejuízo aos credores, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, indevida vantagem, ou assegurar, para si ou para outrem, vantagem indevida".

³⁸ "Nesta categoria se incluem vários atos tidos na lei penal comum como estelionato" (JOSÉ DA SILVA PACHECO. *Processo de falência e concordata*, pg. 925).

³⁹ JOSÉ DA SILVA PACHECO. *Processo de falência e concordata*, pg. 925.

sem fundos, a falsificação de duplicatas, a hipoteca outorgada com ânimo fraudulento, a venda e a revenda simulada de mercadorias⁴⁰.

O crime é especialmente agravado nas hipóteses do art. 168, § 1º, quando o agente, para obter ou tentar obter vantagem indevida, elabora escrituração contábil⁴¹ ou balanço⁴² com dados inexatos (inciso I); omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar ou altera escrituração ou balanço verdadeiros⁴³; destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado⁴⁴; simula a composição do capital social⁴⁵; destrói, oculta, ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios⁴⁶.

⁴⁰ MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHRER. *Crimes falimentares*, pg. 71\72.

⁴¹ É o conjunto de procedimento por meio do qual se registra, em livros próprios, de forma metódica e sistemática, de acordo com normas dadas pela contabilidade, um complexo de obrigações, bens materiais e direitos que constituem um patrimônio, assinalando sua variação ao longo do tempo (COMISSÃO DE REDAÇÃO. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 33, pg. 157).

⁴² É o relatório que, resultando do encerramento dos procedimentos contábeis de determinado exercício, demonstra a sua posição financeira global, uma vez que nele aparecem as origens dos fundos utilizados (passivo e patrimônio líquido) e a sua aplicação (ativo), permitindo uma avaliação de sua evolução no exercício, mediante uma comparação com o balanço do período anterior (R. LIMONGI FRANÇA. Verbetes *Balanço*. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 10, pg. 54). Contém três partes: Ativo, Passivo e Patrimônio Líquido.

⁴³ O tipo atual corresponde ao art. 188, VI e VII do Dec. lei n. 7.661\45, ou seja, a prática de falsificação material ou ideológica da escrituração ou do balanço. A conduta pode consistir na falsificação de parte ou de toda a escrituração ou balanço, com alteração do conteúdo dos livros existentes, 'seja materialmente adicionando ou subtraindo palavras ou números, seja intelectualmente, omitindo lançamentos ou fazendo lançamentos que não correspondem à realidade' (TRAJANO MIRANDA VALVERDE. *Comentários à lei de falências*, vol. III, pg. 73). Pode, também, a conduta consistir no 'falsum' ideológico.

⁴⁴ O dispositivo, evidentemente, acompanha o desenvolvimento de novas técnicas de armazenamento informatizado de dados, que, com grande velocidade, vem substituindo os antigos processos de arquivamento contábeis por papéis e documentos escritos.

⁴⁵ Deixou a lei n. 11. 101\2005 de exigir o intuito de obtenção de maior crédito previsto no Dec. lei n. 7.661\45 (art. 188, I), bastando o fim de obtenção ou assecuração de vantagem indevida para si ou para outrem. A simulação de *capital social* (montante em dinheiro, dos valores ou bens, que o dono ou donos da empresa realmente contribuíram, para possibilitar a sua exploração, cf. TRAJANO MIRANDA VALVERDE. *Comentários à lei de falências*, vol. III, pg. 68), consiste na declaração ou inserção em qualquer documento, de forma inexata, de maior capital que o verdadeiro, v.g., pela entrega a bancos ou financeiras de relatórios, memoriais ou exposições, confecção ou difusão de prospectos ou publicações, divulgação em revistas, etc. Se a simulação de capital social for inserida em balanço, escrituração contábil ou lançamento, configura-se a causa de aumento de pena prevista no art. 168, § 1º II, Lei n. 11. 101\2005. Em todo caso, a simulação ocorre quando a cifra que exprime o capital social não representa o valor real das contribuições, em bens ou dinheiro, que os sócios da sociedade fizeram para a constituição deste capital.

⁴⁶ Esta causa de aumento de pena tem grande semelhança com a prevista no inciso III (destruição ou corrupção de dados contábeis ou negociais armazenados em sistema informatizado), sendo que aqui a conduta incide sobre os documentos de escrituração contábil obrigatórios, equivalendo ao art. 188, VIII do Dec. lei n. 7.661\45 (destruição, inutilização ou supressão total ou parcial, dos livros obrigatórios), sendo uma decorrência da obrigação legal do empresário, de conservação da escrituração correspondente, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados (CC. art. 1.194). Trata-se de causa especial de aumento de pena incidente sobre

A pena do crime de fraude a credores é aumentada de 1\3 até a metade, se o devedor mantém ou movimenta recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação (art 168, § 2º Lei n. 1.101\2005), ou seja, a manutenção ou movimentação de recursos através do sistema ‘caixa dois’, que se corporifica numa fraude visando iludir a arrecadação de tributos. Consiste num mecanismo fraudulento específico, visando a obtenção de vantagem indevida, nele figurando como sujeito passivo, principalmente, a Fazenda Pública, que também pode figurar como credora do devedor.

5.2. Violação de sigilo empresarial

Este tipo penal não encontra paradigma na legislação revogada. Consiste na violação, exploração ou divulgação indevidas de sigilo empresarial ou dados confidenciais, sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira. Como se vê, a conduta somente pode incidir sobre dados confidenciais ou sigilo empresarial de operações ou serviços, exigindo-se, ainda, um ‘plus’ consistente na contribuição para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira.

O tipo requer um nexo de causalidade entre a revelação dos dados ou sigilo empresarial e se encontra redigido completamente à ilharga do art. 13 do Código Penal, no que diz respeito ao nexo de causalidade. A exigência da ‘contribuição’ para o estado de inviabilidade econômica ou financeira do devedor consiste em manifesta superfetação, à vista da teoria adotada pelo Código Penal, no sentido de que todos as condições que concorram para o resultado equivalem-se na sua eficiência causal⁴⁷.

o empresário que objetiva ocultar fatos de sua vida profissional e que, muito provavelmente, revelariam irregular administração da empresa. O art. 1.180 do CC torna obrigatório o Livro Diário. Nesse sentido, quanto à obrigatoriedade do Diário: MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHRER (*Roteiro das falências e concordatas*, pg. 39). O *pequeno empresário* fica dispensado da exigência constante no art. 1.180 do CC (cf. art. 1.179, § 2º CC), dependendo, porém, de regulamentação por lei a sua situação, de forma que a causa especial de aumento de pena prevista no art. 169, § 1º, V configura-se como norma penal em branco em sentido impróprio, devendo ser regulamentada por lei de igual hierarquia.

⁴⁷ HÉLVIO SIMÕES VIDAL. *Causalidade científica no direito penal*, pg. 194.

Trata-se de crime comum que pode ser praticado por qualquer pessoa, com exclusão do próprio devedor. O dever de sigilo empresarial, porém, pode incidir muito especialmente sobre os empregados da sociedade, no sentido de guardar segredo sobre as atividades que ali se desenvolvem o que é essencial para o sucesso do empreendimento e cuja revelação pode causar sérios prejuízos à organização econômica empresarial⁴⁸.

A proteção penal, aqui, está voltada contra a violação, exploração ou divulgação de qualquer informação sobre a empresa, como venda, publicidade, relações com os consumidores e fornecedores⁴⁹ etc.

5.3. Divulgação de informações falsas

Pune-se, no art. 170 da Lei n. 11.101\2005, a divulgação, por qualquer meio, de informação falsa sobre o devedor em recuperação judicial, com o fim de leva-lo à falência ou de obter vantagem. Tal como o art. 169, consiste em inovação legislativa, não tendo sido a divulgação de informações falsas prevista no Dec. lei n. 7.661\45 ou na legislação pretérita falimentar.

Trata-se de delito comum, podendo, assim, ser praticado por qualquer pessoa, com exceção do próprio devedor. A conduta incriminada consiste na propalação ou divulgação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de leva-lo à falência ou de obter vantagem. O agente, assim, sabendo ou devendo saber falsa a informação sobre o devedor em recuperação judicial, faz a *divulgação* (tornar público ou notório) ou *propalação* (relato oral ou escrito daquilo que se ouviu de outrem)⁵⁰.

⁴⁸ A violação de segredo comercial está prevista como crime na Lei n. 9.279\1996 que trata dos crimes contra a propriedade industrial, configurando *concorrência desleal*. Assim, a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, com exceção das informações que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, é punida com pena de detenção de 03 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Da mesma forma, constitui crime punido com a mesma pena, a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato, obtidos por meios ilícitos, ou mediante fraude (art. 194, XI e XII).

⁴⁹ Enciclopédia Saraiva do Direito. Verbete *Sigilo comercial*, vol. 69, pg. 26.

⁵⁰ LUIZ RÉGIS PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 2, pg. 223.

O delito é de forma livre, tendo o legislador empregado a expressão ‘qualquer meio’, e, portanto, pode ser praticado por palavras, escritos, gestos, desenhos. O propósito de levar o devedor à falência ou de obter vantagem é indispensável, cuidando-se, então, de um delito de ‘*tendência intensificada*’⁵¹.

5.4. Indução a erro

O crime de indução a erro era previsto no art. 189, II, III e IV do Dec. lei n. 7.661\45 e encontrava-se cindido na conduta de qualquer pessoa que prestasse no processo de falência ou concordata declarações ou informações falsas, do devedor que reconhecesse como verdadeiros créditos falsos ou simulados ou na conduta do síndico que prestasse informações, pareceres, exposição ou relatórios contrários à verdade.

Pelo art. 171 da Lei n. 11.101\2005 o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa (*crime comum*), sendo incriminada a sonegação ou omissão de informações ou prestação de informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia geral de credores, o comitê ou o administrador judicial.

Trata-se de *crime de mera conduta*, configurando-se um *crime de perigo abstrato*, restando configurado independentemente da ocorrência de qualquer evento. Basta a finalidade de indução a erro do juiz ou das demais pessoas referidas. Assim, p. ex., se o devedor, no processo de falência, reconhece como verdadeiro crédito falso, comete o crime de indução a erro. O terceiro que o apresentar no processo responderá pelo delito do art. 175 (*habilitação ilegal de crédito*). Responde pelo crime em questão, igualmente, o perito, contador ou técnico contábil que, p. ex., elaborar laudo pericial falso. Se o crédito constar da escrituração contábil do devedor, caracteriza-se o crime do art. 168 (*fraude a credores*), com o aumento de pena do § 1º, I (*elaboração de escrituração contábil ou balanço com dados inexatos*).

Com o presente dispositivo, objetivou o legislador tutelar os interesses da massa e dos credores na recuperação judicial ou extrajudicial, mas, também, a administração

⁵¹ LUIZ RÉGIS PRADO. *Op. e pg. cit.*

da justiça, p.ex., quando o sujeito presta, no processo de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial, falsa perícia ou falso testemunho.

Se a prestação de informações falsas for feita por representante legal da pessoa jurídica, a responsabilidade penal é daquele; se houver constituição de procurador ou advogado, a responsabilidade penal recai sobre eles, se agiram à revelia ou até contra a vontade do representado. Agindo por orientação ou em nome do representante, é deste a responsabilidade penal. Trata-se de uma questão a ser resolvida no caso concreto.

É evidente que o crime não se configura, pela inexistência de qualquer perigo, se a informação prestada ou omitida incidir sobre fato irrelevante. A inexatidão ou a falsidade deve versar sobre fato relevante, de modo a constituir, pelo menos, um dano em potencial aos interesses envolvidos na massa falida⁵².

5.5. Favorecimento de credores

O crime em questão constitui-se numa ampliação do delito previsto no revogado art. 188, II do Dec. lei n. 7.661\45 que punia o devedor com pena de reclusão de um a quatro anos, pelo pagamento antecipado de credor em prejuízo de outros. Na nova redação, pune-se o favorecimento de credores, seja por pagamento antecipado de dívidas não vencidas ou não. O tipo penal requer o favorecimento de um ou mais credores, em prejuízo dos demais, seja por oneração ou disposição patrimonial ou por prática de qualquer ato gerador de obrigação, levado a efeito antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial.

O crime é de dano, exigindo o prejuízo dos demais credores, pela diminuição do numerário, subtraído ao concurso de credores e pode ser praticado pelo devedor como por outras pessoas, p. ex., o administrador judicial que, em violação ao art. 113 da Lei n. 11.101\2005, aliena bens da massa, sem autorização judicial, preferindo determinado credor, com os recursos obtidos. O dispositivo alcança o credor beneficiado com o favorecimento e

⁵² MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHRER. *Crimes falimentares*, pg. 92.

está endereçado, sobretudo, ao ‘*desvio do ativo*’⁵³ praticado antes da sentença de falência ou da concessão da recuperação judicial ou extrajudicial.

A doutrina e jurisprudência formadas em torno do art 188, II do Dec. lei n. 7.661\45 restringia a incidência do crime de pagamento antecipado de credor em prejuízo de outros, aos atos realizados no período suspeito, quando praticados dentro da ‘*zona de risco penal*’⁵⁴, isso porque o pagamento de dívidas não vencidas violava a ‘*par conditio creditorum*’ não produzindo efeitos relativamente á massa. Na sistemática da antiga lei falimentar, então, a punição criminal endereçava-se àquilo que a própria lei fulminava de nulo.

Esse endereço interpretativo, na vigência da Lei n. 11.101\2005 deverá ser mantido. As condutas incriminadas pelo art. 172 prescindem do meio fraudulento, caso em que o tipo incidente é o art. 168 (*fraude a credores*). Então, a tutela penal restringe-se ao patrimônio dos demais credores prejudicados com os atos de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação a cargo do devedor e que seriam atípicos, não fosse a sentença de falência ou a homologação da recuperação judicial ou extrajudicial. Assim, a incidência das sanções do art. 171 deve limitar-se àqueles atos praticados em prejuízo dos demais credores, dentro do termo legal da falência, os quais fulmina o art. 129 ‘*caput*’ da Lei n. 11.101\2005 como ineficazes⁵⁵.

Se o devedor se encontra sob recuperação judicial, a incidência deste tipo penal somente ocorrerá se o devedor praticou os atos de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação fora da definição estabelecida no plano de recuperação judicial.

⁵³ SADY CARDOSO DE GUSMÃO. *Crime de falência*. Repertório Enciclopédico do Direito brasileiro, vol. 13, pg. 363.

⁵⁴ MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHRER. *Crimes falimentares*, pg. 74; RT 380\61: “Só se configura a infração do art. 188, n. II, da Lei de Falências, quando o indiciado, no termo legal da quebra, efetua pagamento de dívida não vencida” (TJSP, Ap. Crim. n. 89.088).

⁵⁵ Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:
I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;
II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;
III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;

Se o ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação contiver simulação como meio para que determinados bens do devedor sejam transferidos a terceiro, restará configurado o *desvio de bens* (art. 173 Lei n. 11.105/2005).

5.6. Desvio, ocultação ou apropriação de bens

O desvio de bens sempre foi um crime falimentar de grande incidência. Trata-se de crime de dano, consistente na subtração de bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida. Pode ser cometido por qualquer pessoa (crime comum), exigindo-se, porém, a prévia concessão da recuperação judicial ou o decreto de falência.

No desvio, o agente dá à coisa destino diverso daquele para o qual ela lhe foi entregue. Não há necessidade, assim, de que o agente tenha o ânimo de apropriação. Nessa hipótese (apropriação), o agente procura incorporar, no seu patrimônio, o patrimônio alheio. Ele inverte o título da posse. Na modalidade típica de ocultação, o agente coloca a coisa fora do alcance da massa ou dos demais credores.

O crime pode ser cometido por simulação, p. ex., do perecimento do bem, embora essa não seja necessária, como no caso de envio de mercadorias para o estrangeiro, em local onde não possam ser alcançadas pelos órgãos da falência⁵⁶.

O tipo penal pressupõe que os bens apropriados, desviados ou ocultados sejam pertencentes ao devedor e não a terceiro, caso em que a restituição se impõe⁵⁷.

⁵⁶ MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHRER. *Crimes falimentares*, pg. 76.

⁵⁷ Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.

Parágrafo único. Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada.

Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;

II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do [art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965](#), desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

A compra em nome de terceira pessoa (cônjuge, p. ex.) é típica forma de execução deste delito, razão pela qual o legislador a especificou na parte final do art. 173. Nesse caso, o agente que recebeu o bem responde pelo delito do art. 174 (*aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens*). De outro lado, é muito comum e, aliás, criminoso, p. ex., que o devedor, logo após o decreto da falência, transfira rapidamente maquinários, utensílios, matéria prima etc., para outro estabelecimento, especialmente quando ele é sócio ou tem interesse em ambas as empresas.

O tipo em questão apresenta-se como *misto alternativo* ou de condutas fungíveis, de forma que se ocorre a apropriação de determinados bens e a ocultação de outros, não se altera a lesão ao bem jurídico, permanecendo única a infração.

5.7. Aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens

Por sua vez, aquele que recebe, adquire ou usa, ilicitamente, bem que sabe pertencer à massa falida ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba ou use, incorre no art. 174 da Lei n. 11.101\2005. Trata-se de uma receptação especial, a qual se acrescentou a modalidade do uso de bem pertencente à massa falida. O crime é material, de dano, podendo ser cometido por qualquer pessoa. Se o devedor se apropria de bem pertencente à massa (um veículo, p. ex.), o uso posterior constitui-se em '*post factum*' impunível.

5.8. Habilitação ilegal de crédito

A habilitação ilegal de crédito é punida com reclusão de 02 a 04 anos e multa. O delito em questão guarda semelhança com o art. 189, II do Dec. lei n. 7.661\45, tendo sido, na sistemática da Lei n. 11.101\2005, ampliado o objeto da tutela penal, alcançando a apresentação ou habilitação de créditos ou reclamação falsas na recuperação judicial ou extrajudicial de empresas, além da juntada a elas de título falso ou simulado.

III – dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei.

Parágrafo único. As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei.

A conduta pode ser praticada por si ou por interposta pessoa. O crime é formal e de perigo, consumando-se com a apresentação da relação ou habilitação de créditos ou reclamação falsas ou com a juntada do título falso ou simulado, independente da ocorrência do efeito desejado pelo agente⁵⁸.

O devedor ou o administrador judicial que reconhecerem como verdadeiros o título falso ou simulado, ou a reclamação falsa, responderão pelo crime do art. 171 (*indução a erro*). Se o procurador judicial agiu com má-fé, na apresentação dos títulos, na falência ou na recuperação judicial ou extrajudicial, responderá solidariamente com o mandante⁵⁹.

Outra questão, relativa à simulação fraudulenta de que se revestem, normalmente, os títulos de crédito ou declarações questionadas, é a possibilidade de instauração de uma questão prejudicial, consistente na decisão do juízo falimentar sobre a falsidade ou simulação. Nesse caso, a ação penal não poderá ser instaurada, senão após a decisão que resolva excluir da falência ou da recuperação judicial ou extrajudicial, o crédito falso ou o título falso ou simulado⁶⁰.

5.9. Exercício ilegal de atividade

O exercício de atividade para a qual foi o agente declarado inabilitado ou incapacitado por decisão judicial, no processo de falência ou de recuperação de empresas, configura o crime do art. 176 da Lei n. 11.101\2005. Trata-se previsão inédita, em matéria de crimes falimentares.

Constitui-se em efeito da condenação, por crime previsto na própria lei, a inabilitação para o exercício de atividade empresarial, o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas à Lei n. 11.101\2005⁶¹, e, bem assim, a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por

⁵⁸ MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHRER. *Crimes falimentares*, pg.89.

⁵⁹ TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE. *Comentários à lei de falências*, vol. III, pg. 79.

⁶⁰ Substancialmente: TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE. *Op. cit.* Vol. III, pg. 92.

⁶¹ O art. 2º, I e II da Lei n. 11.101\2005 exclui de sua incidência a empresa pública e a sociedade de economia mista, bem como as instituições financeiras, públicas e privadas, cooperativas de crédito,

gestão de negócio (art. 181). Se o sentenciado viola o impedimento judicialmente determinado, comete o crime em questão.

O tipo penal tutela, assim, a própria administração da justiça, guardando semelhança com o art. 359 do Código Penal (*desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito*), do qual se aparta, entretanto, pela nítida relação de especialidade.

5.10. Violação de impedimento

A violação de impedimento constitui-se em crime funcional especial, exigindo a qualidade ou condição do sujeito ativo. Assim, trata-se de crime próprio. Incrimina-se a conduta do juiz, do representante do Ministério Público, do administrador judicial⁶², do gestor judicial⁶³, do perito, o avaliador, do escrivão, do oficial de justiça ou do leiloeiro que, por si ou por interposta pessoa, adquiram bens da massa falida ou de devedor em recuperação judicial ou, em relação a estes, entrem em especulação de lucro, tendo atuado nos respectivos processos (art. 177).

A sanção penal alcança, aqui, a nulidade do ato jurídico, também sancionada pelo Código Civil (art.497, III) que veda a compra, pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, ainda que em hasta pública, de bens ou direitos sobre que se litiga em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade.

A amplitude da norma contida no Código Civil alcança, com a nulidade, o ato jurídico, praticado por pessoas que nele não foram expressamente referidas, como, p. ex., o representante do Ministério Público, que não é, propriamente, auxiliar da justiça, mas cujas funções estão equiparadas às dos próprios juízes.

consórcios, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização, e outras a elas legalmente equiparadas.

⁶² “O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada” (art. 21 Lei n. 11.101\2005), com atribuições na falência e na recuperação judicial (art. 22).

⁶³ No procedimento da recuperação judicial, o devedor ou seus administradores são mantidos na condução da atividade empresarial. Nos casos de seu afastamento (art. 64 Lei n. 11. 101\2005), o juiz, após convocação da assembléia geral de credores, obterá destes um gestor judicial, que assumirá a administração das atividades do devedor (art. 65).

O dispositivo penal tutela a moralidade da justiça, no sentido de que as pessoas que funcionam em determinados processos desempenhem seus deveres desinteressada e profissionalmente.

A vedação perdura por tempo indeterminado. Não depende da prévia declaração da nulidade no juízo cível e subsiste ainda que não tenha havido prejuízo para a massa⁶⁴. O crime, assim, é formal.

A *especulação de lucro*, também vedada, consiste na operação realizada em bolsa, em que se joga na alta ou na baixa de valores ou mercadorias⁶⁵.

5.11.Omissão dos documentos contábeis obrigatórios

O último tipo incriminado é a omissão de documentos contábeis obrigatórios (art.178). Trata-se de crime de mera conduta, consistente na omissão da elaboração, escrituração ou autenticação, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, dos documentos de escrituração contábil obrigatórios.

O presente dispositivo contém uma *norma penal em branco*, ficando carente de especificação no que diz respeito aos *documentos de escrituração contábil obrigatórios*. O livro diário é obrigatório (CC, art. 1.180). Pune-se a omissão do empresário, quando tinha o dever de possuir escrituração contábil, revelando, assim, uma conduta irregular e dolosa, pois ‘não é sequer de imaginar-se um comerciante, por mais modesto que seja, que nenhum livro possua para nele assentar, ainda que sucintamente, as suas principais operações’⁶⁶.

Por fim, trata-se de um *tipo penal subsidiário*, ficando sujeito à pena de detenção de um a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave, p. ex., uma

⁶⁴ TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE. *Comentários à lei de falências*, vol. III, pg. 83.

⁶⁵ Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 33, pg. 282, verbete *Especulação*. Pode significar, também, um empreendimento de natureza mercantil, sujeito a riscos superiores aos dos negócios comuns, realizado com o intuito de auferir lucros acima do normal.

⁶⁶ TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE. *Comentários à lei de falências*, vol. III, pg. 59.

fraude a credores, praticada por omissão, na escrituração contábil, de lançamento que dele deveria constar (art. 168, § 1º, I, lei n. 11.101/2005).

6. Prescrição penal

Houve sensível melhoria no que diz respeito à prescrição dos crimes falimentares, principalmente na recondução dos prazos às normas do Código Penal. De fato, no sistema do Dec. lei n. 7.661/45, grande impunidade grassava para os delitos, por conta da exiguidade dos prazos prescricionais e pela incidência da Súmula n. 147 do STF, superada pelo advento da Lei n. 7.661/45.

A prescrição, assim, rege-se pelo máximo da pena privativa de liberdade (art. 109, CP), começando a correr não da data da consumação do crime (art.111, I, CP), mas do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (art.182, Lei n. 11.101/2005). Nesse caso, em se tratando de crimes ante-falimentares ou que possam ser cometidos antes da concessão da recuperação judicial ou extrajudicial, o dispositivo não apresenta qualquer dificuldade.

Se o crime é pos-falimentar ou somente pode ser cometido após a concessão da recuperação judicial ou da homologação da recuperação extrajudicial, o prazo prescricional começa a correr do dia da sentença, o que se constitui num contra-senso, ou seja o curso da prescrição começa a correr antes da consumação do crime. Nesse caso, a única solução possível será o cômputo do prazo do dia em que o crime se consumou, aplicando-se subsidiariamente o Código Penal (art.111, I) que determina o '*dies a quo*' da prescrição pelo dia da consumação do delito.

A Lei n. 11.101/2005 criou mais uma causa interruptiva da prescrição, ou seja, nos crimes falimentares, a prescrição cuja contagem tenha se iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial, interrompe-se pela decretação da falência (art. 182, *parágrafo único*). O dispositivo, evidentemente, somente se aplica aos crimes ante-falimentares.

7. Bibliografia

- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- CÓDIGO CIVIL. Senado Federal. Brasília: 2003.
- COMISSÃO DE REDAÇÃO. Verbete *Especulação*. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 33/282.
- _____. Verbete *Sigilo comercial*, Enciclopédia Saraiva do Direito vol. 69, pg. 26.
- _____. Verbete *Crime pluriofensivo*. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 21\408.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte Generale. 3ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1995.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade*. RT 738/744.
- FRANÇA, Limongi. Verbete *Balanço*. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 10, pg. 54.
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Crimes falimentares*. São Paulo: RT, 1972.
- _____. *Roteiro de falências e concordatas*. 17ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- GUSMÃO, Sady Cardoso. *Crime de falência*. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 13, pg. 339:370.
- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. I, Tomo 2.
- JÚNIOR, Waldo Fazzio. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: atlas, 2005.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 3ª ed. São Paulo: atlas, 2003.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Leis especiais (aspectos penais)*. 2ª ed. São Paulo: Leud, 1992.
- NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. 1.
- PACHECO, José da. *Processo de falência e concordata*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1996.
- PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2004.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001, vol. 4.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1975, vol. II.
- STEVENSON, Oscar. *Do crime falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1939.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, vol. III.
- VIDAL, Hélvio Simões. *Causalidade científica no direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.