

# OS CRIMES FALIMENTARES NA LEGISLAÇÃO ATUAL E NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL: UMA ANÁLISE DESDE A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

## *THE BANKRUPTCY CRIMES ON THE CURRENT LEGISLATION AND IN THE PROJECT OF THE NEW PENAL CODE: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF CRIMINAL LAW MINIMUM*

*Marcello Caio Ramon e Barros Ferreira e Gladstone Leonel Silva Júnior\**

**Sumário:** Introdução; 1 Características gerais dos crimes falimentares no contexto legal atual; 2 Breves ponderações sobre a aplicação da pena diante dos crimes falimentares; 3 A abordagem do novo Código penal (PLS 236/2012) e a análise dos crimes falimentares; 4 A crítica ao instituto dos crimes falimentares enquanto crime de perigo; Considerações finais; Referências.

**Resumo:** O Direito Penal é tratado como verdadeira panacea no contexto contemporâneo. A aliança entre o clamor popular por justiça e o canto da sereia entoado pelo discurso punitivo é o cenário perfeito para políticas criminais repressivas, que conduziram a um agigantamento do Direito Penal. Contudo, um dos princípios fundantes do Direito Penal contemporâneo é o Direito Penal mínimo, ou, no jargão jurídico, Direito Penal como *ultima ratio*. Nesse diapasão, entre esses extremos, encontram-se os crimes falimentares e, principalmente, o projeto de lei de um novo Código Penal, de tal forma que se trata do momento oportuno de se questionar exatamente a quem servem os crimes falimentares e, mais importante que isso - são eles realmente necessários?

**Palavras-chave:** Crimes Falimentares. Novo Código Penal. Direito Penal mínimo. Crimes de Perigo.

**Resume:** Criminal law is treated as a real panacea in the contemporary context. The alliance between the popular clamor for justice and the siren song sung by punitive discourse is the perfect setting for criminal repressive policies, which led to provide robustness criminal law. Notwithstanding, one of the founding principles of contemporary criminal law is the minimum Criminal Law, or, in legal parlance, Criminal Law as *ultima ratio*. In this vein, between these extremes, there are bankruptcy crimes and especially the law project of a new Criminal Code, such that it is the appropriate time to question exactly who serve the bankruptcy crimes and more importantly - are they really necessary?

**Key words:** Bankruptcy crimes. New Criminal Code. Minimum Criminal Law. Danger crimes.

## INTRODUÇÃO

Direito Penal e políticas criminais são assuntos que engajam grande parte da sociedade em discussões que suscitam as mais diversas opiniões. Muitas vezes, essas opiniões são tão opostas quanto possível. Em tempos de elaboração de um novo Código Penal – PLS<sup>1</sup> 236/2012 -, o interesse popular é atraído e o debate é deveras estimulado. E nessa contextura, faz-se um momento extremamente oportuno para reavaliação de alguns institutos, um momento de análise e crítica sobre o que deverá integrar a nova legislação penal, como é o caso dos crimes falimentares.

Segundo Oliveira, “a conceituação do crime falimentar é objeto de funda controvérsia, o que se explica não apenas pelas dificuldades próprias da matéria, mas também pela diversidade de critérios utilizados no tratamento do assunto” (OLIVEIRA, 2005, p. 35). Apesar disso, para ser bem sucinto, e segundo a perspectiva analítica, crimes falimentares podem ser definidos como condutas típicas, ilícitas e culpáveis tipificadas na legislação falimentar.

É importante perceber inicialmente que a falência não é por si só um crime. A quebra em si já foi considerada ação criminosa, mas deixou de ser, embora ainda hoje

---

\* Marcello Caio Ramon e Barros Ferreira graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Gladstone Leonel Silva Júnior professor e doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bolsista da CAPES. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Especialista em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito na Universidade Federal de Viçosa (UFV). Advogado.

persista o descrédito moral por parte da sociedade com relação ao falido. “Palavras como *insolvente, falido, quebrado* estão marcadas por um valor negativo, vexatório, intimamente ligado à ideia de *caloteiro, criminoso, fraudador, desonesto, trapincola*, entre outros” (MAMEDE, 2010, p. 1, com destaque no original). A própria palavra “falência” vem do verbo latino *fallere*, cujo significado é falsear, enganar. Essa concepção, contudo, “[...] foi sendo superada, pela visão mais moderna do direito penal da culpabilidade, que exigia participação efetiva, de uma conduta voluntária do devedor falido na prática do crime” (PEREIRA, 2010, p. 53).

A título de exemplificação, no Brasil, o art. 336 do Código Penal de 1890 era claro quando punia todo comerciante que viesse a falir, quer fosse matriculado, quer não. Antes disso, no Código Criminal do Império, se punia a bancarrota fraudulenta. O rompimento com essa noção só viria muitos anos depois, já em meados do século XX, com o Decreto-Lei 7.661/1945, que abandonou os conceitos de falência culposa ou fraudulenta previstos na Lei 859/1902 (PEREIRA, 2010, p. 58), em parte porque a tipificação dessas “condutas” vai de encontro a certos princípios do Direito Penal moderno, como a rejeição ao Direito Penal do autor – no caso, se puniria alguém pelo mero fato de ele ser um falido, não por seus atos específicos – ou ainda a rejeição à responsabilidade penal objetiva, que também prescinde da ação do indivíduo, importando apenas que haja um resultado danoso, independente de o agente ter se portado legal ou ilegalmente.

Outro aspecto que se pode ter como fator para essa evolução que levou à descriminalização do (f)ato de falir é a própria evolução do sistema capitalista, que naturalmente depende da atividade empresarial, cujos riscos são inerentes e consideravelmente altos, de tal sorte que se tornou insustentável e inexigível que o empresário (ou comerciante, como era tratado pelo então vigente Código Comercial) assumisse os riscos de sua atividade e aceitasse como consequência da falha, que se poderia dar naturalmente, a privação de sua liberdade.

Seja lá como for, hoje, o diploma legal que dispõe sobre crimes falimentares é a Lei 11.101/2005, que disciplina situações referentes à falência e às recuperações judicial e extrajudicial. Nesses casos disciplinados pela lei, nota-se claramente o elemento comum que é justamente a crise empresarial.

## **1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS CRIMES FALIMENTARES NO CONTEXTO LEGAL ATUAL**

O que motiva um empresário a recorrer à recuperação judicial ou extrajudicial, ou ainda a se sujeitar ao instituto da falência, é a crise empresarial, condição *si ne qua non* para a recuperação e para a falência – o que é relativamente óbvio. Ocorre que, por vezes, pessoas incorrem em práticas ilícitas com o fim de fugir de suas responsabilidades, causando prejuízos a terceiros. São justamente essas práticas as tipificadas como crime na Lei de Falência e Recuperação Judicial.

Nelson Hungria afirmava ser a disciplina dos crimes em questão ligada à instituição falimentar, tema de legislação intermitente e variável e que não deve ser exposto no direito penal que é objeto de codificação<sup>2</sup>. Seja lá como for, essa é a tese vigente, aceita na legislação revogada, Decreto-lei 7.661/45, e na atual legislação, Lei 11.101/2005. Assim, atualmente, os crimes falimentares em espécie encontram-se todos nesta lei. Sem maiores detalhes – até porque são autoexplicativos -, são eles os crimes previstos nos arts. 168 *usque* 178, cujos *nomen iuris* são, respectivamente, fraude contra credores; violação de sigilo empresarial; divulgação de informações falsas; indução a erro; favorecimento de credores; desvio, ocultação ou apropriação de bens; aquisição,

recebimento ou uso ilegal de bens; habitação ilegal de crédito; exercício ilegal de atividade; violação de impedimento; e omissão de documentos contábeis obrigatórios.

De maneira geral, pode-se afirmar que os crimes falimentares têm por objetivo tutelar a massa de credores, visando a instigar a integridade da administração da massa falida, a correção da conduta das pessoas ligadas, direta ou indiretamente, ao evento falência, tais como o devedor ou falido, o curador, o perito, o leiloeiro, enfim; e assegurar um apropriado processamento das medidas aplicáveis à falência e à recuperação, antes, durante e após o reconhecimento judicial. Entretanto, não há acordo entre os penalistas sobre a natureza dos crimes falimentares, discussão que, no fundo, é indiferente. As opiniões são bem variadas: uns os consideram contra a fé pública; outros sustentam que são crimes contra a economia pública; alguns sustentam ainda que são crimes contra a administração da justiça. Para muitos, contudo, aparecem como delitos contra o patrimônio. Pode-se afirmar, dessa forma, que o crime falimentar é um ilícito penal imediatamente contra o patrimônio (teoria mais difundida e predominante), de tal sorte que o bem jurídico tutelado é justamente o patrimônio dos credores, muito embora se reconheça que em um segundo momento eles possuem natureza pública, gerando instabilidade do crédito público e da economia pública por tabela.

De saída, nessa contextura, é importante lembrar o disposto no art. 180 desta lei:

Art. 180. A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.

Portanto, é fundamental se ter em mente que não há crime falimentar sem a referida sentença que decreta a falência ou concede a recuperação, o que não quer dizer que o agente não possa praticar crime antes da sentença, mas que essa sentença é necessária à configuração do crime. Nesse sentido, o art. 168 da Lei 11.101/2005, por exemplo, deixa bem claro que comete crime quem pratica “*antes ou depois* da sentença que decreta a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação judicial” (sem destaque no original) a ação ali tipificada.

Há algum debate sobre a natureza dessa sentença – se é condição de punibilidade ou de procedibilidade –, que, todavia, também parece irrelevante. Apenas a título de explanação, parece correto o posicionamento adotado pela própria Lei (condição de punibilidade). É o que explica Eugênio Pacelli, afirmando que a matéria é de âmbito penal, não processual, na medida em que o art. 182 da Lei 11.101/2005 “[...] prevê como marco inicial da prescrição dos crimes falimentares a sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, ou seja, condição de punibilidade” (OLIVEIRA, 2008, p. 256).

Além da falência ou recuperação e do dolo, destaca-se como condição o intuito de lucro do falido (ou empresário em recuperação) ou de terceiro, em benefício próprio. Alguns autores trazem o prejuízo aos credores como condição à configuração do crime, mas não parece ser um apontamento acertado, uma vez que os crimes falimentares são de mera conduta.

Ainda acerca das características gerais dos crimes falimentares, e nesse sentido, em geral os dispositivos tipificam crimes de perigo, algo constatado há muito. O Jurista Oscar Stevenson dizia que “em todos os crimes falimentares o evento é de perigo, determinado por culpa ou dolo de perigo. Num caso ou no outro, perigo para o comércio e para a pública economia” (STEVENSON, 1939, p. 89-90). Logo, o crime falimentar fere bens jurídicos porque coloca em perigo o comércio e a economia pública.

Assim também Trajano de Miranda:

Adere à concepção de que tradicionais figuras, sobretudo da pretensa falência culposa, exprimem crimes de dolo de perigo. Representam conduta incriminável, pelo risco de, vindo a ocorrer a falência, serem manifestamente danosos aos credores. Irrelevante é que, de qualquer desses atos, condicionalmente perigosos, decorra a falência, como o efeito da causa. O prejuízo dos credores, determinável por eles, é inerente à sua prática, quer haja tal decorrência, quer seja mesmo casual a insolvência. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo; ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica *ex ante*; presta anuência ao seu advento (VALVERDE, 1955, p. 83).

Mas sem dúvida os crimes sofreram modificações nas últimas décadas. Todavia, os crimes falimentares novos, em sua grande maioria, como já acontecia no Decreto-Lei 7.661/45, são de mera conduta, não se verificando resultado naturalístico, sendo punidos justamente pelo perigo representado pelo comportamento do sujeito ativo. Assim, os crimes de mera conduta – como é o caso dos assim chamados crimes falimentares – são infrações de perigo presumido, sempre dolosos<sup>3</sup>.

Ademais, percebe-se que todos os crimes falimentares são de ação penal pública (ou de iniciativa pública, denominação mais correta) incondicionada. É o que dispõe o dispensável art. 184 da Lei de Falência e Recuperação Judicial (é dispensável porque o *caput* e o § 1º do art. 100 do Código Penal já afirmam que a ação penal é de iniciativa pública e é incondicionada, salvo quando a lei exige que se proceda mediante representação do ofendido, ou quando a lei declara que ela seja privativa do ofendido). Portanto, a despeito de esses crimes serem, conforme apontado acima, contra o patrimônio dos credores, em um primeiro momento, nota-se que a lei sequer condiciona a ação penal à representação do ofendido – o que ocorre igualmente no crime de furto, etc.

Um último aspecto relevante é que, no que concerne à Lei 11.101/05, a doutrina e a jurisprudência majoritária tratam os crimes falimentares como complexos e de natureza unitária para fins de fixação de pena. Isso significa que, não obstante a lei preveja vários tipos penais, várias condutas criminalmente puníveis, a pena é fixada levando-se em conta unicamente o evento de maior gravidade. Na prática, aqueles que praticam mais de uma conduta tipificada na Lei de Falência e Recuperação Judicial recebem somente a penalidade do delito mais grave.

Sobre o tema, Fábio Ulhoa Coelho<sup>4</sup> assevera que a característica essencial do crime falimentar é a sua unidade. Conforme explicado, ainda que a conduta do sujeito ativo subsuma-se a mais de um comportamento típico, aplicar-se-á, somente, a pena do crime mais grave, já que a doutrina e a jurisprudência prevalecentes no Brasil defendem o princípio da unicidade penal falimentar, impedindo a dupla sanção privativa de liberdade, ainda que vários tenham sido os tipos penais praticados. A explicação para isso seria que todas as infrações praticadas nada mais são do que um complexo unitário de fatos através dos quais se exterioriza um só comportamento, dirigido a um só evento de perigo. O número de crimes e suas consequências junto à coletividade de credores podem ser considerados pelo juiz no cálculo da pena-base, elevando-a até o máximo previsto, se for o caso.

Imprescindível pontuar que, de fato, não há concurso formal próprio ou impróprio de crimes, concurso material ou sequer continuidade delitiva – institutos dos arts. 69 a 71 do atual Código Penal. Ocorrendo diversos crimes falimentares, dá-se uma só ação punível, sob o argumento de que se trata de crime complexo, que converte em unidade dos diversos atos praticados pelo agente, não se caracterizando o crime

continuado, unidade esta dita total, abrangendo todas as condutas ilícitas, tanto antes como depois da decretação da quebra. Um esclarecimento sobre a unicidade que geralmente não é tratado na doutrina é que, obviamente, ela se refere a determinado agente. Se agentes diferentes cometeram delitos diversos, não há como se condená-los por um mesmo fato que eles não praticaram, o que é trivial, mas é uma explicação necessária ante o caráter total da unidade. Logo, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é que, apresentando-se uma série de fatos, não importa se ocorreram antes ou depois da falência, o juiz aplicará uma única pena, a mais grave.

Feitas essas considerações gerais sobre os crimes falimentares, é importante destacar agora algumas características do novo Código Penal para melhor relacionar o debate da matéria.

## **2 BREVES PONDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA PENA DIANTE DOS CRIMES FALIMENTARES**

Como apontado, todos os crimes da Lei de Falência e Recuperação Judicial são de ação penal pública incondicionada. Isso, em alguma medida, fortalece o entendimento de que, de fato, a tipificação dessas condutas resguarde bens jurídicos outros, que não exclusivamente o patrimônio dos credores. Esse fator parece indicar que se trata de interesse eminentemente estatal, independente de qualquer representação de eventuais ofendidos, seja por se defender a economia pública, seja por se defender a fé pública etc., conforme já debatido.

Todavia, algumas ponderações são necessárias. Percebe-se que alguns dos tipos penais da Lei 11.101/05 são muito similares a disposições do Código Penal. O crime de desvio, ocultação ou apropriação de bens é parecido com a apropriação indébita; violação de sigilo empresarial se parece com divulgação de segredo, etc. Questiona-se: são esses dispositivos da Lei 11.101/05 realmente necessários?

Argumenta-se que há, no caso desta lei, opção política do legislador por um maior rigor conferido às penas desses crimes, muitas vezes semelhantes a crimes do Código Penal, e isso é justamente o que justifica a necessidade dos crimes falimentares. Endossa-se que a severidade no caso de crimes falimentares é maior. Porém, logo se flagra uma contradição: se a severidade dos crimes falimentares é maior, como se justifica a característica de unidade dos crimes falimentares? Como dito, ainda que a conduta do sujeito ativo subsuma-se a mais de um comportamento típico, aplicar-se-á, somente, a pena do crime mais grave. Ora, esse é um entendimento que conflita claramente com o maior rigor alegado pela legislação falimentar, frisando-se de que a unidade não significa concurso de crimes ou continuidade delitiva (hipóteses em que se aumentaria a pena segundo as regras do Código Penal), mas tão somente que será aplicada somente a pena do crime mais grave (a qual, claro, estará sujeita às etapas de dosimetria da pena, como reprovabilidade da conduta, antecedentes, enfim).

Nesse diapasão, a prática de crimes quaisquer da legislação falimentar que fossem praticados nas condições do art. 71 do Código Penal (mais de uma ação ou omissão, crimes da mesma espécie, praticados em circunstâncias semelhantes quanto ao tempo, lugar, execução...) poderia ter a pena fixada pelo crime mais grave, aumentada de um sexto a dois terços. Não é o que ocorre. Do mesmo modo, se fossem crimes diferentes, que não se adequassem aos requisitos deste art. 71, as penas seriam cumuladas, o que seria uma punição deveras mais rigorosa (art. 69, Código Penal). O mesmo vale se ocorresse concurso formal de crimes, caso em que se aplicaria o art. 70 do Código Penal, e as penas ou seriam cumuladas, caso houvesse desígnios autônomos,

ou seria aplicada a pena mais grave, aumentada de um sexto até a metade, caso não houvesse.

Também se verifica contradição quanto a essa unicidade à medida que a questão é tratada como grave e de ordem pública, devendo haver ação penal pública em todas as hipóteses de crime da Lei 11.101/05, reafirmando o rigor exemplar, diz-se, com que se punem essas condutas. Contudo, na hora de se aplicar a pena, de se mostrar o quão reprovável é a conduta, aplica-se a unicidade.

Mostra-se, de toda sorte, paradoxal o discurso punitivista do rigor da pena, em se tratando dos crimes falimentares, quando a questão poderia, em vista das disposições similares aplicáveis, ser tratada pelo Código Penal, evitando-se um agigantamento do Direito Penal, que ainda se ergue sobre o discurso da punição, mas apresenta-se até mais brando. Utilizando uma metáfora, há uma clara esquizofrenia.

### **3 A ABORDAGEM DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL (PLS 236/2012) E A ANÁLISE DOS CRIMES FALIMENTARES**

O projeto de lei traz reformas esporádicas nas partes geral e especial, e algumas ideias que norteiam a reformulação da parte especial, principalmente. Em linhas bem gerais, busca-se concentrar todas as disposições penais em um só código, e enxugá-lo, com base no princípio do Direito Penal mínimo (fundamentalmente, e também em princípios como a subsidiariedade, a fragmentariedade e a lesividade), revogando, por exemplo, o crime de perturbação de cetáceos, da Lei 7.643/87, que pune o “molestamento intencional de toda espécie de cetáceos”. Isso faz sentido, quando se constata que atualmente há mais de duzentas leis esparsas que contém algum tipo de dispositivo penal – leis mais conhecidas, como Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei de Tóxicos, Lei Maria da Penha, a própria Lei de Falência e Recuperação judicial, entre tantas outras. Além disso, os parlamentares têm a proposta de “ressignificação” das penas, alterando a quantidade de pena dos crimes com vistas justamente a se demonstrar quais os crimes mais nocivos à sociedade.

É pertinente ressaltar, sobre o novo Código penal, o momento conjuntural por que passa a sociedade brasileira: o projeto de lei não está sendo editado em nenhuma situação de “grande comoção nacional” ou algo afim. Como foi o caso, por exemplo, da Lei de Crimes Hediondos, que até os dias atuais é criticada<sup>5</sup> por ter sido supostamente alterada para incluir o crime de homicídio qualificado em virtude do assassinato da filha da novelista Glória Perez.

Contudo, no atual momento político do Brasil, vige um tratamento populista dado a esta seara do direito, e o discurso repressivo é o canto da sereia da contemporaneidade. Grande parte das propostas é para aumento do rigor da punição em resposta à impunidade, como o aumento da pena máxima, de 30 para 40 anos, e o aumento do tempo necessário para progressão de regime.

Nesse cenário, muito timidamente, inserem-se os crimes falimentares, que passam despercebidos ante mais polêmicas inovações do novo Código Penal, como a legalização do aborto até as 12 semanas de gravidez, a criminalização da homofobia, a tipificação do crime de terrorismo e a diminuição da pena em abstrato para o crime de furto, por exemplo. Ficam em segundo plano, inclusive, porque os dispositivos da Lei 11.101/2005 foram basicamente replicados. Em síntese, há quatro modificações: dois tipos penais suprimidos (exercício ilegal de atividade e omissão de documentos contábeis obrigatórios) e outros dois cuja redação foi alterada, não substancialmente (fraude contra credores passa a se chamar “fraude contra falência ou recuperação judicial ou extrajudicial” e, no crime de divulgação de informações falsas, o verbo

propalar é suprimido). Nos demais delitos, a redação é mera transposição para o Projeto de Código da atual legislação falimentar.

Sobre as alterações, é bem evidente que a modificação referente ao crime de divulgação de informações falsas é irrelevante, justamente porque propalar é sinônimo de divulgar. Por outra volta, a alteração no *nomen iuris* do atual crime de fraude parece errônea, haja vista que a vítima da fraude não é a falência ou a recuperação, mas claramente os credores – por mais que se reconheça que os crimes falimentares também afetam a economia pública, enfim.

Outrossim, no Projeto, persiste-se no erro de se misturarem os conceitos de empresa e empresário, confusão tradicional na legislação brasileira. O exemplo principal das consequências práticas dessa confusão é a proibição de que o empresário condenado por crime falimentar obtenha o benefício da recuperação, situação em que a lei condena a empresa pela conduta de quem a exerce ou dirige.

De mais a mais, também as penas previstas no novo Código Penal parecem ser errôneas. Em sua maioria, elas apenas foram repetidas. Em dois terços dos crimes, a pena continua sendo de dois a quatro anos de reclusão. Na fraude, a pena, que é de três a seis anos, passaria a ser de dois a seis anos. No crime de favorecimento de credores, a pena mantém-se entre dois a cinco anos de reclusão. E, por fim, no crime de violação de impedimento<sup>6</sup>, a pena, hoje de dois a quatro anos de reclusão, passa a ser de mirabolantes dois a doze anos de reclusão, pena idêntica à mínima cominada ao homicídio qualificado no atual Código Penal e no PLS 236/2012. E ainda sobre as questões das penas, faz-se uma última observação de que não há mais a previsão de multa cumulativamente à pena privativa de liberdade na parte especial, o que é suprido pelo disposto no artigo 74 do projeto do novo Código Penal, segundo o qual “a multa será aplicada em todos os crimes que tenham produzido ou possam produzir prejuízos materiais à vítima, ainda que coletiva ou difusa, independentemente de que cada tipo penal a preveja autonomamente”.

Por último, nota-se que o Projeto de Lei em tela não se preocupou em corrigir o problema da prescrição, falha trazida pela Lei 11.101/2005, cuja regra é a de que a prescrição só começa a correr da data da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial ou homologa o plano de recuperação extrajudicial. Ocorre que, para os crimes cometidos após a falência ou recuperação (chamados de pós-falimentares), é óbvio que essa regra não pode valer: seria absurdo contar a prescrição antes que o crime ocorresse, antes de sua consumação. Contudo, a Lei 11.101/2005 se esquece dessa peculiaridade, falha reproduzida pelo PLS 236/2012, que deixa de apreciar de maneira pormenorizada – e mais correta – o instituto da prescrição nos crimes falimentares.

#### **4 A CRÍTICA AO INSTITUTO DOS CRIMES FALIMENTARES ENQUANTO CRIMES DE PERIGO**

Não obstante todas essas considerações específicas, a crítica mais relevante que se pode fazer é ao próprio instituto dos crimes falimentares e, de maneira mais abrangente, à própria natureza e existência deles, enquanto crimes de perigo.

O problema da precocidade da tutela penal tem se mostrado a tônica do debate político criminal da sociedade contemporânea. De fato, os tipos de perigo são fontes de inesgotáveis debates, em especial acadêmicos, e ocasionam sérias dificuldades na interpretação e respectiva aplicação da lei, uma vez que realizam central virada conceitual no Direito Penal Clássico, com a proposta de criminalizar condutas por elas mesmas, presumindo a existência de um fato perigoso.

O Direito Penal hodierno é marcado por e tenta se realizar especialmente através dos delitos de perigo, e nos últimos anos certamente mais focalizada nos delitos de perigo abstrato (vide todo debate em torno do crime de embriaguez ao volante), ou, como coloca Claus Roxin, “aqueles [crimes] em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha ocorrer um resultado de exposição a perigo” (ROXIN, 1997, p. 407, tradução livre). Trocando em miúdos, os crimes de perigo abstrato são justamente aqueles em que se presume a própria danosidade, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo real ao interesse tutelado pela norma penal.

Um dentre os vários problemas da previsão desses crimes é que, quando da tipificação deles, o legislador provoca uma inversão da carga probatória no processo penal, de modo a abdicar do dano e do nexos de causalidade, o que faz com que a situação delitiva fique muito mais fácil de ser provada. É o fenômeno que Silva Sanchez denomina segunda velocidade do Direito Penal.

Nos dizeres de Silva Sanchez<sup>7</sup>, a expansão do Direito Penal se opera em duas velocidades: uma primeira relacionada ao setor do ordenamento jurídico no qual se impõem as penas privativas de liberdade e, portanto, tratando-se de restrições ao direito de liberdade dos indivíduos, faz-se necessário, em tal cenário, a estrita observância das garantias individuais, tais como os princípios processuais (contraditório, ampla defesa etc.). A segunda velocidade, mais recente, se volta contra o criminoso dito menos habitual, isto é, àqueles que cometem delitos de ordem fiscal, tributária, ambiental e falimentar, por exemplo, para os quais se atribuem, em geral, penas pecuniárias ou restritivas de direito, formando um contexto no qual se entende possível uma flexibilização dos princípios e regras clássicos. No caso concreto não é necessário provar qualquer situação concreta, apenas a pura e literal violação da norma jurídica, o que, com certeza, proporciona ao acusado poucas possibilidades de defesa. Um típico instituto que exemplifica essa velocidade é a transação penal, prevista na Lei 9.099/95, que dispensa advogado, processo e denúncia.

Nesse sentido, é importante lembrar que, na maioria dos crimes falimentares – em dois terços dos previstos no PLS 236/2012 -, a pena máxima é de quatro anos, o que significa que em todas essas hipóteses o juiz pode substituir a privação da liberdade por penas restritivas de direitos<sup>8</sup>, de acordo com a legislação em vigor atualmente, qualquer que seja a pena aplicada. Nas outras hipóteses (desconsiderando a aberração trazida pelo art. 383 do Projeto de Lei em tela), também há considerável possibilidade de a pena ficar próxima ao mínimo legal, sendo igualmente possível a conversão em penas restritivas de direitos. Essa possibilidade de cominação de pena restritiva de direitos é ainda reforçada diante da dita unidade dos crimes falimentares, como já detalhado. Ora, parece exatamente o caso descrito na segunda velocidade: penas mais brandas e flexibilização dos princípios constitucionais garantistas<sup>9</sup>.

Evidencia-se, paulatinamente, na ânsia de conquistar a segurança social – e embarcando no canto da sereia do discurso punitivista -, rompendo-se visceralmente a sistemática clássica do Direito Penal, que se passou ao entendimento de que resultados mais remotamente prováveis ou apenas possíveis, segundo um juízo hipotético, deveriam ser considerados como puníveis, desde que pudessem causar potencialmente esse perigo. Cada vez mais se acentua uma ideologia punitiva, aumentando a gama de comportamentos penalmente condenáveis, mesmo sem serem conexos a um resultado danoso, ou sem apresentarem uma direta, ou perceptível, situação de dano próximo.

Põe-se em evidência, logo, um dos traços mais marcantes do Direito Penal hipertrofiado: precisamente a criminalização prévia ou ainda antecipada de alguns comportamentos frente ao que tradicionalmente foi considerado seu núcleo básico: a



lesão. Abre-se mão, assim, dos princípios do Direito Penal Mínimo, da lesividade<sup>10</sup>, da subsidiariedade, enfim, para se lançar mão do agigantamento do Direito Penal, que, muito embora não resolva os problemas, é tratado como grande panaceia pelos discursos punitivistas que abundam na sociedade e na mídia em maior ou menor medida sensacionalistas.

Essa discriminada tendência político-criminal da sociedade contemporânea, consciente dos riscos e ameaças que distinguem o processo de globalização, gera não só enfrentamentos com princípios fundamentais da ciência penal e do direito constitucional. Propicia também sérios e graves déficits de legitimação, de fundamentação e dos limites da pretensão punitiva estatal, que, agora, busca desenfreadamente manter a vigência da sua legislação (autolegitimação), e só em segundo plano proteger os bens jurídicos, punindo indivíduos que agem de maneira a lesar os bens jurídicos penalmente tutelados.

Destarte, é intenso o posicionamento de que os crimes de perigo abstrato afrontam o enunciado clássico consagrado no jargão jurídico como *nullum crimen sine injuria*, e, por conseguinte, o princípio constitucional da ofensividade. Nessa contextura, Diego Romero afirma que os crimes de perigo abstrato invertem o ônus da prova no processo penal, pois ao órgão acusador não é necessário provar qualquer situação concreta, mas somente a violação da norma jurídica. Com isso, o acusado tem poucas possibilidades de defesa (ROMERO, 2006, p. 45). Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, por sua vez, assera que a adoção dos crimes de perigo abstrato representam uma tendência expansionista do Direito penal, que contraria o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* (dentre outros, como já trabalhado) (OLIVEIRA, 2004, p. 100) e Alexandre Wunderlich defende que há "violação ao princípio da culpabilidade, uma vez que nos delitos de perigo abstrato, como se sabe, basta a realização da conduta pelo agente, não sendo necessária a demonstração do dano efetivo" (WUNDERLICH, 2000, p. 52). Resumindo, os principais argumentos contrários aos crimes de perigo abstrato são que eles vão de encontro aos princípios da ofensividade, intervenção mínima, presunção de inocência e culpabilidade, e ao Direito Penal Mínimo, como um todo. São fundamentalmente antidemocráticos.

Nesse cenário, cabe perguntar, por fim: o Direito Penal é realmente necessário para tutelar as situações de crimes falimentares, ou seria a tutela civil suficiente? Ou, em última análise, a quem servem os crimes falimentares? Porque parece haver um grande malabarismo argumentativo por parte de alguns teóricos (raciocínio já enraizado e introjetado na sociedade, é bem verdade) para endossar que os crimes falimentares são de ordem pública, quando na verdade as vítimas precípuas são os credores. Empresas falem todo tempo – principalmente as menores –, e causam dano à economia, mas, como já comentado, isso deixou de caracterizar crime há muito tempo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo, as disposições sobre crimes falimentares no projeto de lei do novo Código Penal não representam nenhuma evolução quanto ao instituto dos crimes falimentares: há, na verdade, mera transposição da legislação em vigor, que acarreta a reprodução de muitas falhas, de tal sorte que, ao que parece, o projeto não se preocupou em aprofundar os estudos em matéria criminal falimentar, aperfeiçoando o instituto, mas tão só modificar a lei que os tipifica, o que foi feito sem maiores mudanças.

À derradeira, destaca-se, ainda que assim não o fosse, os crimes falimentares, por se constituírem em crimes de perigo, parecem fulminados de inconstitucionalidade, não devendo essa matéria ser regulada pelo Direito Penal, ou, se

for, não é necessário o agigantamento do Direito Penal, haja vista que Crimes tipificados na Lei 11.101/2005, por muitas vezes, já possuem um tipo similar no atual Código Penal. Entretanto, alega-se que a severidade da punição no caso falimentar é maior – o que vai contra a unidade dos crimes falimentares, teorizada exatamente por aqueles que alegam esse maior rigor da pena, sem uma maior reflexão sobre o assunto – , reproduzindo o discurso do “mais do mesmo”, da Lei e Ordem, a pretexto de se dizer que os ricos também são punidos, quando há desnecessidade do Direito Penal para tutelar a matéria com dispositivos de crimes os quais, em sua maioria, ensejarão penas restritivas de direitos e a reparação do dano, isso quando não já se encontrarem prescritos...

### **Referências Bibliográficas**

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n° 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 22 out. 2012;

\_\_\_\_\_. **Lei de Falência e Recuperação Judicial**. Lei n° 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em 29.out.2012;

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Senado n° 236**, de 9 de julho de 2012. Institui o novo Código Penal. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em 29.out.2012;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003;

DAOUN, Alexandre Jean. **Crimes falimentares**. São Paulo: Quartier Latin, 2006;

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: Falência e Recuperação de empresas**, volume 4. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2010;

OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Comentários à nova Lei de Falências**. 1ª ed. São Paulo, IOB Thonson Editora, 2005;

OLIVEIRA, Eugênio Paceli de. **Curso de processo penal**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de Perigo abstrato. *In: Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul: Notadez, ano 52, n. 325, nov. 2004;

PEREIRA, Alexandre Demetrius. **Crimes falimentares**. São Paulo: Malheiros, 2010;

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. In: **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, São Paulo: ano 7, n. 39, ago./set 2006;

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**, Tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997;

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001;

STEVENSON, Oscar. **Do crime falimentar**. São Paulo: Saraiva & Cia. 1939;

VALVERDE, Trajano de Miranda **Comentários à lei de falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1955;

WUNDERLICH, Alexandre. Uma reflexão sobre os delitos de perigo abstrato ou presumido. In: **Revista Jurídica**, São Paulo: Notadez, ano 48, n. 270, abr. 2000.

---

<sup>1</sup> Projeto de Lei do Senado.

<sup>2</sup> Diário das Sessões do Congresso Jurídico Nacional, de 1943, n. 16, pág. 364.

<sup>3</sup> Cf. DAOUN, Alexandre Jean. **Crimes Falimentares**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

<sup>4</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>5</sup> O Supremo Tribunal Federal, recentemente, no julgamento do HC nº 111.840/ES, da relatoria do ministro Dias Toffoli (DJE-023 02.fev.2012) declarou inconstitucional o dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que previa que a pena por crime hediondo ou equiparado seria cumprida em regime inicial fechado, e já declarou outros inconstitucionais, ao longo dos anos, como no famoso julgamento do HC nº 82.959/SP, da relatoria do ministro Marco Aurélio (DJ 01.set.06), que firmou a inconstitucionalidade do dispositivo que vedava a progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados.

<sup>6</sup> Art. 383, PLS 236/2012 – Adquirir o juiz, o órgão do Ministério Público, o administrador judicial, o gestor judicial, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro, por si ou por interposta pessoa, bens da massa falida ou do devedor em recuperação judicial, ou, em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro quando tenham atuado nos respectivos processos.

<sup>7</sup> Silva Sanchez trata de três velocidades, na verdade, mas a terceira não vem ao caso – explicando, apenas a título de honestidade e rigor acadêmicos, a terceira velocidade marca o resgate da pena de prisão, sendo uma mescla das duas outras, combinando penas duras, restritivas de liberdade, e relativização de direitos e garantias materiais e processuais do acusado, o que se dá, por exemplo, com os rotulados de terroristas, indistintamente despidos de quaisquer direitos. Trata-se de um direito de emergência, de exceção. Sobre o tema, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001.

<sup>8</sup> Art. 44, Código Penal - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (...)

<sup>9</sup> Acerca da ideia de garantismo penal, Ferrajoli destaca três possibilidades de entendimento desse conceito. O primeiro trata do modelo normativo de estrita legalidade do direito penal; o segundo aborda a separação do ser e do dever ser no direito penal; o último já se aproxima de uma filosofia política que requer do Direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela constitucionalidade. Diante da proposta deste trabalho, aproximamo-nos do primeiro e do terceiro entendimentos elencados pelo jurista italiano. Para nós, garantismo penal nada mais é do que a mistura de um conceito prático com outro abstrato - valorativo, o primeiro relacionado a uma técnica de aplicação do direito que obedece estritamente à lei, o segundo, à proteção do indivíduo diante do ônus que o aparato jurídico e político tem para direta ou indiretamente reprimir a liberdade do homem. Sobre o tema, Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>10</sup> Busca-se punir justamente a conduta lesiva, com base na exterioridade e na alteridade, proibindo-se as incriminações de atitudes totalmente internas, que não excedam o âmbito do próprio autor de simples

---

estados ou condições existenciais e, principalmente, de condutas desviantes as quais não afetem nenhum bem jurídico, devendo haver factualmente lesividade no bem jurídico alheio para que se incida o Direito Penal.