

Felix Magno Von Dollinger\*

## A NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA JUDICIAL NA FALÊNCIA COMO PRESSUPOSTO PARA A OCORRÊNCIA DO CRIME FALIMENTAR

---

**Resumo:** A Lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, a par das disposições de cunho empresarial/civil, traz em seu bojo uma série de normas de conteúdo penal e processual penal. Nesses últimos aspectos, as modificações trazidas pela novel legislação são de grande importância e alteram toda a sistemática a respeito da prescrição, da quantidade de pena aplicada, a introdução de novas figuras penais, dentre outros. No tocante a sentença judicial que decreta a falência, concede recuperação judicial ou homologa recuperação extrajudicial, agora tem natureza de condição de punibilidade, ao contrário do que era no revogado Decreto-Lei 7661/1945, onde tinha natureza de condição de procedibilidade. Todavia, antes de abordarmos este tema, com reflexos nos diversos aspectos do *jus puniendi* estatal, far-se-á, inicialmente, uma análise do crime falimentar e do seu contexto na criminalidade econômica.

**Palavras-chave:** Crime falimentar, sentença judicial, condição de punibilidade, criminalidade econômica, prescrição, consumação e tentativa.

**Abstract:** 11.101/2005 Law regulating the bankruptcy, the bankruptcy-court and the entrepreneur and business associations, along with the provisions of stamp business / industry, brings with it a number of rules of criminal procedure and criminal content. In these latter aspects, the changes brought about by novel legislation are of great importance and any systematic change with respect to the prescription, the amount of punishment, the introduction of new criminal figures, among others. Regarding the court ruling that decrees bankruptcy, grants judicial or extrajudicial recovery homologous, now has the nature of the condition of punishment, contrary to what was in the repealed Decree-Law 7661/1945, where nature had provided procedibilidade. However, before we can discuss this topic with reflections on various aspects of *jus puniendi* state, far-will, initially, an analysis of a bankruptcy crime and economic crime in its context.

**Keywords:** Bankruptcy crime, court order, condition for punishment, economic crime, prescription, and attempted consummation.

---

### I INTRODUÇÃO

A Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 veio a introduzir no ordenamento jurídico brasileiro uma nova sistemática para recuperação judicial e extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

A antiga Lei de Falências (Decreto-lei 7661 de 21 de junho de 1945) foi ab-rogada pela Lei 11.101, a qual veio à lume três anos após a publicação no novo Código Civil (Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002), adotando a teoria dos “atos de empresa” e regulando o ator principal da atividade econômica, com uma análise subjetivista.

De acordo com GONÇALVES NETO (2008, p. 64):

Gravitando em torno do empresário (na figura de agente econômico, assim designada pela Constituição Federal), o direito de empresa trata, portanto da pessoa

---

\* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (2013), Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva, é professor de Direito Penal Econômico da Faculdade Batista de Minas Gerais. Delegado de Polícia Civil, Nível Especial, atuando como Adido junto à Corregedoria Geral da Polícia Civil de Minas Gerais, nas áreas de investigação criminal e disciplinar. E-mail: magno.felix@gmail.com

(de seus direitos e obrigações enquanto profissional) e de tudo que envolve o exercício da atividade por ele abraçada: dos bens e das relações jurídicas a ela inerentes (do estabelecimento comercial e seus elementos, da atividade que exerce, id est, dos negócios jurídicos que, enquanto tal, celebra com terceiros etc.)

A figura da empresa (atividade) e de seu exercente, o empresário, como se nota, ganham especial relevo em face de sua importância econômica da sociedade capitalista e que portanto não poderia estar mais submetido a uma normatização falimentar criada em um contexto de diferente tratamento da longínqua década de 1940. De acordo com VALLEJO (2004, p. 22), *“Em realidade, no se puede negar que hoy en día tanto la empresa como el empresario, como agentes económicos, tienen un papel protagónico especial...”*

Necessário se fez o surgimento da teoria da “preservação da empresa”, que pode ser traduzida no seguinte: é preferível a manutenção de uma atividade no mercado, do que sua extinção (sem esgotamento de uma série de tentativas de seu salvamento), pois a existência daquela ainda permite a geração de riquezas (tributos para o Estado, geração de empregos, circulação de bens e serviços, dentre outros), com benefícios muito superiores à coletividade.

Para GUIMARÃES (2007, p.39), :

Nessa linha, não há como negar o avanço trazido pela Lei n. 11.101/2005, com a introdução do instituto da recuperação judicial de empresas. É inegável que a superação da crise-econômica financeira passa pela avaliação da sua viabilidade econômica. O que nos leva a concluir que a nova lei adotou um pressuposto objetivo econômico ao estabelecer no seu art. 51, inciso I, que o devedor deverá na petição inicial de recuperação judicial, expor as causas concretas da sua situação patrimonial e as razões da sua crise econômico-financeira.

O Direito Penal, por certo acompanhou todo esse desenvolvimento histórico e dogmático das questões econômico-empresariais, criando no bojo da atual lei de recuperação de empresas, novos tipos penais, bem como recrudescendo a punição daqueles delitos já previstos na legislação anterior sobre o tema, mudança do prazo prescricional (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 359).

Os chamados crimes falimentares inserem em um contexto maior dos crimes econômicos, tutelado pelo Direito Penal econômico. Este novo ramo, voltado para a proteção de bens jurídicos supraindividuais (PRADO, 2009, p. 36), possui princípios e técnicas próprios, uma vez que o Direito Penal clássico, acostumado com bens jurídicos individuais (vida, patrimônio, liberdade, etc...) não estaria suficientemente preparado para essa nova forma de criminalidade: a econômica.

A doutrina critica que os tipos penais previstos no Decreto-lei 7661/1945 não eram devidamente claros (ofensa ao princípio da legalidade), sendo que *“começavam, os artigos, com o apontamento da pena cominada, sem se delinear a conduta-modelo de forma clara -*

*má característica, causadora de embaraços na pesquisa do núcleo do tipo e respectivos objetos” (PITOMBO, 2005, p.535).*

Nessa linha, o presente trabalho visa a uma análise descritiva do crime econômico e em especial da sentença que decreta a quebra ou a recuperação judicial, como pressuposto para a existência do crime falimentar, como se verá nas linha seguintes.

## **II O CRIME FALIMENTAR NO CONTEXTO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA**

### **a) O Bem jurídico Tutelado**

Conforme visto, a atividade empresarial encontra-se dentro do contexto da ordem econômico-financeira do Estado. Esta ordem pode ser definida como a regulação jurídica da produção, circulação e distribuição de bens e serviços no mercado.

A ordem econômica, bem jurídico tutelado pelo Direito Penal econômico, pela sua supraindividualidade, cria a principal diferença em relação ao Direito Penal Clássico, cuja tutela sempre se notabilizou pela proteção de bens individuais, tais como a vida, a liberdade, o patrimônio.

Essa ordem econômica está dentro do rol de bens de terceira geração (junto com meio ambiente, direitos dos consumidores, por exemplo), os quais criaram novos microssistemas, com características peculiares, pela sua transindividualidade, indivisibilidade.

Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, *apud* MORAIS (2001, p. 57), assim se expressou:

... os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF-Pleno- MS nº 22164/SP- Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 de novembro de 1995, p. 39.206.)

### **b) A necessidade de criminalização de certas condutas praticadas pelo falido**

De acordo com o princípio da subsidiariedade, o Direito Penal somente será utilizado quando os demais meios de intervenção judicial não forem suficientes para impedimento do ilícito ou mesmo a reparação do dano provocado.

A responsabilização civil do indivíduo faz com este seja submetido aos ônus/custos que sua ação resultou, ou seja, uma compensação financeira à vítima.

Todavia, essa responsabilização civil, em certos casos não é suficiente, como nos casos de impossibilidade de compensação e necessidade de se impedir a repetição do ato lesivo (Pereira, 2010, p.30). O homicídio é um exemplo clássico. Não basta uma tentativa de compensação financeira (apesar de haver a *actio civilis ex delicto*), mas é evidente que o sistema jurídico, através do Direito Penal que evitar que outros crimes ocorram.

PEREIRA (2010, p. 31/32), prossegue:

Em relação aos crimes falimentares a explicação acima referida é de aplicação indubitável. Com efeito, impossível seria responsabilizar o autor das condutas tipificadas como crime falimentar com mera indenização oriunda de responsabilidade civil, pelos seguintes motivos:

- (1) A indeterminação e a pluralidade das vítimas dos delitos falimentares...
- (2) Os danos causados pelos crimes falimentares na maior parte são incalculáveis...
- (3) Pelos mesmos motivos elencados no item anterior, seria impossível aplicar o conceito de indiferença econômica ao crime falimentar, de modo a sustentar que as vítimas, ao serem indenizadas, entendessem como economicamente similar sofrer ou não sofrer o dano causado pela conduta criminosa.
- (4) A imposição de compensação econômica em crimes falimentares, de forma isolada, não teria o condão de impedir ou deter a prática desses delitos.

A isso tudo, acrescente-se que os tipos previstos na atual e na revogada lei de falências possuem características próprias, decorrente da própria especificidade da lei falimentar (LACERDA, 1999, p.306).

c) Necessidade de mudança na tipificação dos crimes falimentares

Conforme escrito em linhas anteriores, os delitos falimentares com sua descrição típica no Decreto-lei 7661/1945, eram reputados como ofensivos aos princípios da legalidade, na medida em que havia dificuldade de exato enquadramento das condutas aos tipos penais, impedindo assim o adequado juízo de tipicidade.

A ausência de tipicidade material (Pitombo, 2005, p.535) também era motivo de crítica, pois sob o regime de um Estado democrático de Direito é imperioso que os tipos penais criados tenham amparo na doutrina de direitos fundamentais localizada no seio da Carta Magna. É preciso uma investigação do desvalor da conduta e do resultado, de modo a compatibilizar a criação e a interpretação de tipos penais aos valores abrigados na Constituição. Não suficiente apenas a vigência formal da norma, mas também a sua validade (força principiológica) perante todo o sistema jurídico.

As críticas ao sistema anterior, de acordo com PITOMBO (2005, p.599-601) referem-se à vagueza de conteúdo das descrições típicas, previsão de crime sem descrição de

conduta (art. 188, inciso IX do Decreto-lei 7661/45), a busca vantagem econômica do falido, dentre outros.

Na sequencia será feita a definição de crime falimentar e de sua natureza jurídica

### **III DEFINIÇÃO DE CRIME FALIMENTAR E SUA NATUREZA JURÍDICA**

#### **a) Definição de crime falimentar**

Após as considerações sobre o contexto em que se encontram os crimes falimentares dentro da Ordem Econômica, agora se faz necessária a definição de falência e de recuperação, para após promover a definição daquele tipo de delito.

Falência, do latim *fallere*, faltar- enganar- é situação em que se encontra a sociedade ou o empresário, diante de um enquadramento entre as hipóteses definidas em lei (art. 94, incisos I, II e III da Lei 11.101/2005), que podem ser resumidos em impontualidade do pagamento das dívidas, execução frustrada, indícios de fraude contra os credores (GUIMARÃES, 2007, p. 57).

Economicamente, a falência é uma crise da empresa (financeira, patrimonial ou econômica), em que o sócio ou a sociedade não possui recursos, passivo supera seus bens e direitos, ou há dificuldade do empreendimento (PEREIRA, 2010, p.19).

A recuperação, por seu turno, veio a substituir a concordata prevista no Decreto-lei 7661/1945. Ela é uma ação judicial que visa à preservação da empresa, cumprido certos requisitos, sendo prevista no art. 47 da Lei 11.101/2005 que dispõe:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Sob o prisma da antiga lei de falências, REQUIÃO (1995, p. 03) conceituou a concordata como sendo “*o instituto jurídico... que visa resolver a situação econômica de insolvência do devedor, ou prevenindo ou evitando a falência (concordata suspensiva)...*”

A leitura dos dispositivos penais entre os artigos 168 a 178 da Lei 11.101/2005 chama a atenção para as ações que visem prejuízos a terceiros (credores) e a obtenção de vantagem indevida, tendo como pré-requisito uma sentença que decretou a falência ou recuperação judicial.

PEREIRA (2010, p. 60/61) define o crime falimentar assim:

... toda e qualquer conduta típica, antijurídica e culpável, definida e sancionada no âmbito da legislação falimentar, que possa efetiva ou potencialmente, agravar a situação de crise em que se encontra um devedor empresário e cuja punibilidade se encontra subordinada ao reconhecimento desta conjuntura econômico-financeira pelo Poder Judiciário, por meio da falência ou recuperação.

b) Natureza jurídica do crime falimentar:

A doutrina não é pacífica na definição da natureza jurídica do crime falimentar, podendo sê-la considerada como crime contra o patrimônio, crime contra a administração da justiça, contra a economia popular, crimes contra o comércio.

LACERDA (199, p. 306/307) assim se pronuncia:

Os primeiros escritores que dele se ocuparam assimilaram-no ao furto. O mesmo fazia a legislação punindo com as penas deste o falido fraudulento: furibus et latronibus ita equiparavit (Scaccia, §VII, gl. VI, nº149, pág. 480). Outros identificavam o estelionato ou variedade deste. Esses entendimentos, esclarece Oscar Stevenson, não mais podem tomar em conta.

Em se tratando de crime de falido, a diminuição do patrimônio, por ele causada, não poderia identifica-se ao furto, de vez que não se concebe subtração de bens pelo próprio dono. Menos ainda ao estelionato, que requer o emprego de artifícios para iludir a confiança de outrem e espoliá-lo de sua propriedade. Se os objetos materiais são coisas pertencentes ao sujeito do ativo do crime, ficam excluídos o furto, o estelionato ou a apropriação indébita.

É crime contra o patrimônio, afirmam Puglia, Ramella, Von Liszt, Carvalho de Mendonça, Galdino Siqueira, Longhi, Delitala, De Semo. O objeto jurídico do crime é o dano causado ao patrimônio dos credores...

Há ainda quem sustente trata-se de crime contra a fé pública (Carrara, Lemmo, Galdino Siqueira, etc.) ou crime contra a economia (Pessina, Carfora)

A leitura dos tipos penais da Lei 11.101/2005 mostra que são vários os interesses protegidos pelo legislador, devido à própria natureza complexa do instituto da falência.

PEREIRA (2010, p. 64) foi muito feliz ao afirmar *que “a objetividade jurídica do crime falimentar é múltipla, variando conforme o tipo penal em análise e não podendo se consubstanciar em um único bem jurídico protegido”*.

#### IV CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES FALIMENTARES

Os crimes falimentares podem ser classificados das seguintes formas:

a) Pré-falimentares ou pós-falimentares, conforme ocorram antes ou depois da decisão judicial que decreta a falência;

b) Pré-recuperatórios ou pós-recuperatórios, conforme ocorram antes ou após a concessão ou homologação da recuperação;

- c) Próprios: cometidos apenas pelo falido;
  - d) Impróprios: cometido por outros atores do processo de falência, com exceção do falido (MP, Juiz, contadores, escrivão, perito, etc.)
  - e) Crimes falimentares de perigo: quando há presunção de lesão ao bem jurídico, potencialidade de dano.
  - f) Crimes falimentares de dano: quando a lei exige a lesão do bem jurídico.
- Para PEREIRA (2010, p. 71), seriam apenas os art. 169 e 173 da nova lei de falências.

## V UNIDADE DO CRIME FALIMENTAR

Esse princípio significa que uma vez decretada a falência, todas as ações praticadas e tipificadas como crime serão unificadas e punida a conduta de maior pena.

Para PEREIRA (2010, p. 124):

A principal justificativa doutrinária para a unidade ou unicidade dos crimes falimentares era que a decisão que decreta a falência (hoje também a concessiva de recuperação judicial e homologatória do plano de recuperação extrajudicial), agindo como condição de punibilidade do delito falimentar, de forma uma, converte em unidade jurídica os atos praticados pelo devedor ou equiparados.

Nesse sentido, também já se manifestou o TJMG:

Suspensão condicional do processo. Ausência de proposta ministerial. Possibilidade. Concessão "ex officio" pelo magistrado. Direito público subjetivo do réu. Pena. Princípio da unidade do crime falimentar. Recurso improvido. Diante da manifestação negativa do Ministério Público pela suspensão condicional do processo, poderá o magistrado, de ofício, homologar a concessão de tal benefício, desde que haja expressa concordância do réu e estejam presentes os requisitos legais. Está consagrada na doutrina e na jurisprudência o princípio da unidade do crime falimentar, pelo qual várias ações típicas formam necessariamente crime único. (Apelação Nº 000.229.179-7/00, Desembargador Herculano Rodrigues).

PEREIRA (2010, p. 126/127) também chama a atenção para o momento da aplicação do princípio da unidade dos crimes falimentares, se na denúncia ou na sentença, pois o reconhecimento em uma outra fase processual pode impedir a concessão de benefícios processuais, tais como a suspensão do processo e cita a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas Corpus. Crimes falimentares. Concurso material. Suspensão condicional do processo. Impossibilidade. Princípio da unicidade. Inaplicabilidade antes da sentença. Incidência da súmula n.º 243 do STJ.

1. Constitui óbice inarredável o fato de haver concurso material de crimes (arts. 186, inciso VI, e 188, inciso VIII, do Decreto-lei n.º 7.661/45), cujas penas mínimas cominadas em abstrato são, respectivamente, de 6 (seis) meses e 1 (um) ano, perfazendo um somatório acima da restrição legal, que é de 1 (um) ano. Incidência do verbete sumular n.º 243 desta Corte.
2. A unidade dos crimes falimentares, ressalte-se, fictícia, de criação doutrinária, e altamente questionável, já caracterizaria uma benesse ao agente, aplicável somente ao final da instrução criminal, por ocasião da prolação da sentença. Não pode servir, também, para, contornando o comando legal (art. 89 da Lei n.º 9.099/95), vencer uma restrição objetiva à suspensão condicional do processo, outro benefício instituído pela lei.
3. É improcedente o pedido alternativo de remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, porquanto a hipótese de aplicação analógica do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal ocorre quando há divergência entre o Juiz e o Promotor de Justiça acerca do oferecimento do benefício, o que não é o caso dos autos.
4. Ordem denegada. (HC 26126 / SP HABEAS CORPUS 2002/0175898-4, DJ 15/12/2003 p. 332).

No tocante ao concurso de crimes falimentares com outros crimes (previsto no Código Penal ou outra legislação especial), não há aplicação do princípio da unidade, conforme tem decidido os tribunais, devendo haver punição para cada delito separadamente:

Criminal. HC. Crimes falimentares. Quadrilha. Princípio da unicidade. Aplicação somente aos crimes falimentares. Quadrilha. Delito autônomo. Concurso material. Possibilidade. Incompetência do juízo cível para o julgamento. Argumento anteriormente analisado por esta corte. Reiteração de pedido. Não conhecimento. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

I. O princípio da unicidade é ficção criada pela doutrina, a qual dispõe que, no caso de concurso de diversas condutas direcionadas o cometimento de fraudes geradoras de prejuízos aos credores da empresa submetida ao processo de falência, deve-se entender como praticado um só tipo penal, com a aplicação ao agente somente da pena do mais grave deles.

II. Não há que se falar em aplicação do princípio da unidade dos crimes falimentares na hipótese dos autos, pois não se trata de concurso de delitos tipificados apenas na Lei n.º 11.101/2005, uma vez que também foi atribuído ao paciente crime descrito no Código Penal.

III. As situações tratadas pelo Estatuto Repressivo, desde que não configurem de bis in idem, devem ser punidas separadamente em relação àquelas compreendidas pelo princípio da unicidade, sendo o caso de concurso material, cumulando-se as reprimendas impostas.

IV. Evidenciado que o tema trazido na impetração, referente à incompetência do Juízo Cível para julgar o delito autônomo e distinto do falimentar, já foi apreciado por esta Corte, resta configurada a indevida reiteração de pedido.

V. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada. (HC 56368 / SP HABEAS CORPUS 2006/0058937-3, DJ 20/11/2006 p. 347)

## VI CONSUMAÇÃO E TENTATIVA NOS CRIMES FALIMENTARES

A consumação dos crimes falimentares deve ser analisada em separado para os crimes pré-falimentares (recuperação) e os pós-falimentares (recuperação).

Em relação aos crimes cometidos antes da sentença que concede a recuperação ou



decreta a falência, a doutrina diverge se o momento consumativo é o da realização do tipo penal inscrito na lei ou se é no momento em que a sentença (de falência ou de recuperação) é proferida.

Importante citar a súmula 147 do Supremo Tribunal Federal que é um reforço à segunda teoria: *a prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata.*

Para os crimes pré-falimentares (recuperação) há duas teorias sobre a consumação. A primeira entende que a consumação só ocorrerá quando da sentença de decretação da falência/recuperação ou homologação da recuperação. A segunda, por entender que a sentença de decretação da falência/recuperação ou homologação da recuperação é mera condição de punibilidade, entende consumados tais delitos desde o momento da prática do ato ou da omissão.

Os crimes pós-falimentares (recuperação), por já existir sentença de decretação da falência/recuperação ou homologação da recuperação, consumam-se com a prática do ato.

No tocante à tentativa, em relação aos crimes pré-falimentares e pré-recuperação, também diverge a doutrina sobre a possibilidade de existência daquela.

Parte entende não ser possível a tentativa em crimes pré-falimentares e pré-recuperatórios, uma vez que no momento na prática da ação não haveria a sentença judicial.

LACERDA (1999, p.313) afirma o seguinte:

Discute-se a respeito da admissibilidade ou não da tentativa, em se tratando de crime falimentar. Negam alguns, tendo em vista que a falência resulta, como vimos, da sentença declaratória de falência e que só aí o crime se caracteriza. Bento de Faria considera a tentativa inaplicável ao crime falencial, mas reconhece que, em caso excepcional, poderia ocorrer...

Em relação aos crimes pós-falimentares e pós-recuperação, é pacífico o entendimento que pode ocorrer a tentativa, dependendo do delito (PEREIRA, 2010, p.107).

## **VII PRESCRIÇÃO NOS CRIMES FALIMENTARES**

Segundo a doutrina, a prescrição é a perda do direito de punir do Estado, em face do decurso do prazo (NUCCI, 2010, p. 607).

Sob a égide do Decreto-lei 7661/1945, a prescrição era assim regulamentada:

Art. 199. A prescrição extintiva da punibilidade de crime falimentar opera-se em dois anos.

Parágrafo único. O prazo prescricional começa a correr da data em que transitar em julgado a sentença que encerrar a falência ou que julgar cumprida a concordata.

Percebe-se que havia um prazo fixo e único para todos os delitos falimentares. Com isso, em virtude da dificuldade de se extinguir uma falência ou concordata, na época, em dois anos, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado de súmula 147, que assim dispõe: “*A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata.*”

FÜHRER (1972, p. 45) assim se expressou sobre a demora processual e o prazo prescricional:

Dependendo a movimentação do processo falencial precipuamente da iniciativa e da competência do síndico, bem como de vários outros fatores inteiramente alheios à vontade do falido, e sabendo-se que existem processos com até quinze anos de idade, ainda longe do encerramento, parece que a melhor doutrina está realmente com a tese consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, na primeira parte da Súmula acima citada.

Naquele momento, a prescrição possuía dois momentos, aplicando-se tanto aos crimes pré-falimentares quanto aos pós-falimentares, como destaca (PEREIRA, 2010, p.220-221) a se citar:

(1) da decretação da falência até o encerramento ou data em que deveria existir o encerramento do processo falimentar; (2) do encerramento da falência (ou data em que deveria se encerrar) até o fim do prazo prescricional de dois anos. A rigor, aliás, somente o segundo estágio era propriamente prescricional, pois o primeiro era apenas o prazo de encerramento da falência, servindo como termo a quo para a contagem do prazo.

MOARES NOSTRE (2005, p. 558) afirma:

A prescrição da pretensão punitiva nos crimes falimentares na antiga Lei de Falência representava verdadeira distorção de nosso sistema penal, favorecendo a impunidade e desmoralizando a persecução criminal. Com efeito, o prazo prescricional, inexplicavelmente, era de dois anos contados da data em que deveria se encerrar o processo falimentar, o qual, contudo, deveria se encerrar em dois anos. Assim, o prazo prescricional seria, no máximo, 4 (quatro) anos.

Com a Lei 11.1101/2005, a prescrição dos crimes falimentares foi regulada no art. 182, começando com a data da sentença que decretou a falência, concedeu a recuperação judicial ou homologou o plano de recuperação extrajudicial:

A prescrição dos crimes previstos nesta Lei reger-se-á pelas disposições do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, começando a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Parágrafo único. A decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial.

A nova norma, ao contrário da anterior, não impunha um prazo único e fixo para os casos de prescrição, mas a sua variabilidade de acordo com a pena estipulada a cada delito conforme estabelece o Código Penal em seus art. 109 e seguintes.

Seguindo as lições de PEREIRA (2010, p. 222-226), em relação aos crimes pré-falimentares e pré-recuperação não corre a prescrição a partir da data do fato, uma vez que ainda não teria nascido a condição de punibilidade para o Estado. A contagem do prazo referido para esses delitos se dá a partir da sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou homologa a recuperação extrajudicial. Já os crimes falimentares cometidos pós-falência, ou pós-recuperação terão seu prazo prescricional contados a partir do momento do cometimento do delito, uma vez que se fosse iniciado com as referidas sentenças (de quebra, recuperação ou homologação), haveria a contagem de um prazo prescricional que começaria posteriormente.

Ressalte-se que com a conversão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial em decretação da falência do devedor interrompe-se a prescrição cuja contagem tenha iniciado, sendo que ainda se aplicam as demais causas de interrupção da prescrição previstas no Código Penal (recebimento da denúncia, sentença ou acórdão condenatórios recorríveis).

Em relação à combinação de leis em relação à prescrição (PEREIRA, 2010, p. 226-228) faz a seguinte análise:

De fato, apesar de cominar penas mais severas, a Lei 11.101/2005 estabeleceu termo inicial de prescrição (com a declaração de falência ou a concessão de recuperação) em data anterior à prevista no Decreto-lei 7661/1945 (com o encerramento do processo falimentar ou a data em que este deveria estar encerrado)- regra, esta, cuja aplicação retroativa pode ser benéfica ao agente, por implicar maior lapso de tempo para a contagem da prescrição.

(...)

Como já ressaltamos nesta obra, muito se tem discutido na jurisprudência quanto à possibilidade de combinação de leis falimentares em matéria prescricional para beneficiar o acusado. Há decisões que entendem possível aplicar o prazo prescricional mais favorável ao réu, constante do Decreto-lei 7661/1945 (prazo de dois anos), em conjunto com o termo inicial de contagem da prescrição dos crimes pré-falimentares da Lei 11.101/2005 (a partir da decisão de falência). O resultado

dessa combinação, portanto, seria um prazo prescricional de dois anos a contar da data da decretação da quebra.

A prescrição retroativa nos crimes falimentares, cuja possibilidade era discutível na vigência do Decreto-lei 7661/1945, não encontra mais qualquer óbice ao seu reconhecimento no sistema da Lei 11101/2005, que adotou integralmente as normas do Código Penal...

Abaixo, colaciona-se importante decisão do Superior Tribunal de Justiça em matéria de prescrição de crime falimentar:

Ementa Penal. Recurso Especial. Crimes Falimentares. Prescrição. Art. 199, caput, do Decreto-lei Nº 7.661/45 e art. 182 Da Lei 11.101/2005. Vedação à combinação de leis. Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (Art. 5º, Inciso XI Da CF/88) que impõe o exame, no caso concreto, de qual regra legal, em sua integralidade, é mais favorável ao recorrido. Prescrição. Ocorrência. Habeas Corpus concedido de ofício.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

II - A norma insculpida no art. 182, caput, da Lei 11.101/2005 (Nova Lei de Falências e Recuperação judicial e extrajudicial) explicitou que a disciplina relativa à prescrição dos crimes falimentares rege-se de acordo com as disposições contidas no Código Penal, estabelecendo, além disso, novo dies a quo para o início da contagem do lapso prescricional, começando a correr o prazo do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

III - Em contrapartida, verifica-se que o artigo 199 e parágrafo único do Decreto-lei nº 7.661/45 (Antigo diploma de Falências e Concordatas), definia o prazo prescricional para delitos falimentares como sendo de 2 (dois) anos, começando a correr da data em que transitar em julgado a sentença que encerrar a falência ou que julgar cumprida a concordata.

IV - Assim sendo, não há que se admitir a aplicação em combinação do prazo prescricional de 2 (dois) anos descrito no Decreto-lei revogado, com o novo dies a quo estabelecido na Lei nº 11.101/2005, qual seja, a partir da data de decretação da falência, gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação do prazo prescricional do revogado Decreto-lei nº 7.661/45, com início de contagem definido no parágrafo único do artigo 199, ou a aplicação da nova Lei de Falências, na qual os prazos prescricionais dos delitos são regidos pelo art. 109 do Código Penal, mas possuem dies a quo diferenciado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.

VI - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muños Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.

VII - Entretanto, na hipótese, levando-se em consideração o início da contagem do lapso prescricional de acordo com o Decreto-lei nº 7.661/45, qual seja, a data de

declaração da falência (20/09/2005), e a data em que ela deveria ter sido encerrada (20/09/2007), conforme o comando inserto no art. 132, §1º, do mencionado Decreto-lei ("1º Salvo caso de força maior, devidamente provado, o processo da falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da declaração"), bem como do disposto na Súmula nº 147 do Pretório

Excelso ("A prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou trânsito em julgado que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata"), tem-se que o prazo prescricional de dois anos referente aos delitos falimentares operou-se em 19/09/2009.

VIII - Deve-se reconhecer, portanto, in casu, a prescrição da pretensão punitiva quanto aos delitos falimentares eventualmente praticados pelo ora recorrido até o ano de 2004, quando ainda vigente o Decreto-lei 7.661/45. Recurso especial provido. "Habeas corpus concedido de ofício para trancar parcialmente o Inquérito Policial nº 813/2007, do 1º Distrito Policial de São Paulo, apenas no que se refere a apuração dos delitos falimentares". (REsp 1107275 / SP, Ministro FELIX FISCHER (1109), DJe 04/10/2010)

## **VIII A SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA, CONCEDE RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU HOMOLOGA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO CONDIÇÃO DE PUNIBILIDADE DO CRIME FALIMENTAR**

Ao tempo da vigência do Decreto-lei 7661/1945, havia três posições doutrinárias sobre a natureza jurídica da sentença que decretava a quebra ou a concordata para fins penais.

A primeira afirmava que a referida sentença era elemento do tipo penal, o que implicaria, por exemplo, nos crimes pré-falimentares a exigência de que o comerciante (hoje empresário) já soubesse que ia falir, criando assim um forma inconstitucional de responsabilidade penal objetiva.

A segunda e terceira posições afirmam, respectivamente, que a sentença supra é condição de procedibilidade e condição de punibilidade.

PEREIRA (2010, p. 75/76) faz excelente distinção das duas últimas posições:

Entende-se por condição de procedibilidade todo e qualquer requisito cuja existência a lei imponha como necessária ao exercício da ação penal em juízo. Exemplos clássicos de tal instituto são a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça, nos crimes em que a lei exija. As condições de procedibilidade subordinam o exercício da ação penal, e não o direito de punir estatal. Ocorrido o crime, surge para o Estado o direito punir, que permanece, entretanto, subordinado a uma condição para ser exercido em juízo. Assim, enquanto não presente uma condição de procedibilidade não pode o Estado ingressar em juízo para punir o criminoso...

Por condição de punibilidade entendem-se os fatos ou as circunstâncias, exteriores ao tipo penal, não abrangidos pelo dolo do agente, exigidos em lei como pressuposto necessário à punição do delito. Dizem respeito ao próprio nascimento do direito de punir do Estado, que não ocorre sem sua implementação efetiva. Enquanto na ausência de uma condição de procedibilidade o Estado vê seu direito de punir nascer mas seu exercício em juízo ficar impedido até a implementação daquele condicionamento, não havendo uma condição de punibilidade exigida em lei, sequer

surgirá o “ius puniendi” estatal, que não poderá nem mesmo ser declarado extinto, por nunca se ter aperfeiçoado, ante a falta de uma condição para tanto.

Entretanto, ultrapassadas as apresentações doutrinárias supra, a nova lei de falências em seu art. 180 demonstra a opção do legislador em adotar a corrente da condição de punibilidade: “*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.*”

A adoção desse posicionamento pelo legislador possui o conveniente de se permitir a exata contagem do período prescricional dos delitos falimentares, pois pela teoria da condição de procedibilidade (já existe o direito de punir), a contagem prescricional já começaria antes nos casos de crimes pré-falimentares, por exemplo.

## **IX CONCLUSÃO**

As modificações introduzidas pela Lei 11.101/2005 nos aspectos penais e processuais penais do crime falimentar apresenta inegável avanço legislativo, pois acompanha a evolução de um pensamento garantista do Direito Penal (um formato material e não apenas formal do tipo penal) e Processual Penal (efetiva instrumentalidade do processo, levando a um resultado prático e justo).

Essa nova forma de enxergar o procedimento de incriminação falimentar anda de mãos dadas com a também nova forma de visualizar o instituto da falência sob a ótica da teoria da preservação da empresa. Ou seja, de nada adiantaria um Direito Penal e Processo Penal mais avançado para apuração do crime falimentar se visão civil/empresarial (comercial) fosse a mesma da época do Decreto-lei 7661/1945 e vice-versa. “*El factor económico es acuciante, es determinante en la problemática de la sociedad actual*” (BERRUEZO, 2010, p. 01).

Como se viu, de acordo com o art. 180 da Lei 11.1101/2005, a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial é condição objetiva de punibilidade das infrações penais falimentares. Com isso há reflexos na contagem dos prazos prescricionais, na análise da consumação e tentativa do crime falimentar.

Importante lembrar os efeitos retroativos das normais penais mais benéficas, seja no aspecto material, seja no aspecto processual. Para o PODVAL e HAKIM (2005, p. 615): “*Não obstante a regra da irretroatividade das normas processuais penais, estamos com Luiz*

*Flávio Gomes para quem a regra da retroatividade da norma penal mais benéfica, tal qual narrado no artigo 5º, XL, da Constituição Federal, estende-se à parte processual penal...”*

A Lei 11.101/2005, com um novo procedimento penal para apuração do crime falimentar, com extinção do inquérito judicial (agora a apuração é feita pelo Delegado de Polícia, através do Inquérito Policial) e adoção do procedimento sumário do Código de Processo Penal. A novel legislação falimentar deixa clara a permanência da ação penal pública incondicionada contra o crime falimentar, com possibilidade de ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública, de acordo com o seu parágrafo único do art. 184.

## **X REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BERRUEZO, Rafael. *Derecho penal económico*. In: BERRUEZO, Rafael, ESTÉVEZ, Juan Maria Rodriguez, GÓMEZ, Carlos, DIÉZ, Jara, CESANO, José Daniel, BASUALTO, Héctor Hernandez, CAVERO, Percy Garcia. *Derecho penal económico*. Buenos Aires, editorial B de F, 2010.

BRASIL. *Código Penal brasileiro*. Decreto-lei 2848 de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 2 edição revista e ampliada. São Paulo: editora Atlas, 2005.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Crimes falimentares*. São Paulo: Editora RT, 1972.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2008.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas e falência*. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2007.

LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de Direito Falimentar*. 14 ed. Rio de Janeiro: Freitas

Bastos Editora, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

MORAES NOSTRE, Guilherme de A. de. *Disposições penais*. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de, PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7 ed. São Paulo: Editora RT, 2011.

PEREIRA, Alexandre Demétrius. *Crimes falimentares, teoria, prática e questões de concurso comentadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

PODVAL, Roberto. HAKIM, Paula Kahan Mandel. *Aspectos processuais penais da lei de falências*. In: DE PAIVA, Luiz Fernando Valente (Coord.). *Direito falimentar e a Nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: editora *Quartier Latin*, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 2 volume. 14 ed. São Paulo: editora Saraiva, 1995.

VALLEJO, Manuel Jaén. *Cuestiones actuales del derecho penal económico*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.