

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE OS CRIMES FALIMENTARES

Vander Ferreira de Andrade

Especialista em Direito Penal.

Professor de Introdução ao Estudo do Direito e de Direito Penal do IMES.

Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO

O presente artigo objetiva delinear algumas características específicas dos crimes falimentares, em especial, aquelas afetas à natureza do delito, à peculiaridade do sujeito ativo, bem como os pressupostos para sua ocorrência, entendendo necessário um enfoque da ciência penal, visto que a doutrina majorante que tem se debruçado sobre a matéria prima pela militância primordial no campo do direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: crimes falimentares, direito privado, direito, legislação penal.

ABSTRACT

The present article has the purpose to demonstrate someone specifically characters of the falencial crimes, specially, those crimes natural, the people of the criminals, and the basic elements for your fact, understanding necessary one abroad of the criminal science.

KEYWORDS: falencial crimes, private law, law, criminal legislation.

1 – A CORRELAÇÃO ENTRE OS CRIMES FALIMENTARES E OS CRIMES DE DANO E DE PERIGO DE DANO

Como é cediço, os crimes falimentares, posto não constantes do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), preceitos primários e secundários (tipificação legal e correspectiva cominação penal), conformam-se como legislação especial ou extravagante, delineados no âmbito da própria Lei de Falências, mesmo o Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945.

Nesse sentido, depreende-se que a intenção do legislador ao estabelecer a norma penal falimentar foi a de conferir um tratamento especial para os delitos desta natureza, circunvizinhos dos dispositivos correlatos à respectiva legislação comercial, impondo ao operador do Direito, bem como ao intérprete, a tarefa de considerar esta justaposição, como princípio hermenêutico de base.

Também exsurge a compreensão de que, buscando prestigiar a normatização precedente, cunhou o legislador normas penais tipicamente de perigo de dano, com objetivo preventivo evidentemente perceptível, na linha do que indicava Oscar Stevenson: “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, 1938)

Assim também Trajano de Miranda:

“Adere a 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, 1999)

Contudo, não asserimos que a simples constatação da presença de crimes de perigo de dano no texto legal tenha o condão de elidir a consubstanciação de crimes de dano, ao contrário: a própria condição objetiva de punibilidade da falência descortina-se como resultado no mundo fenomênico, adquirindo com isso aptidão para ser considerada, casuisticamente, como

hipótese delituosa, ou ainda, em face dos crimes de falência, pressuposto para a conformação do delito.

Logicamente que nesse diapasão convém lembrar o significado do alcance destes institutos tipicamente penais, analisados e classificados doutrinariamente, tomando-se como parâmetro o critério do resultado; assim são crimes de dano aqueles cuja consumação se perfaz com a lesão efetiva do bem jurídico posto sob tutela da norma, o que ocorre com a honra no crime de injúria, com a integridade física no crime de lesões corporais, ou com a vida no delito de homicídio; já os crimes de perigo, consumam-se com a situação de risco em que se coloca o bem jurídico; como leciona Mirabete “pode o perigo ser *individual*, quando expõe ao risco o interesse de uma só ou de um número determinado de pessoas (arts. 130, 132 etc.), ou *coletivo* (comum) (arts. 250, 251, 254 etc.); às vezes a lei exige o perigo *concreto*, que deve ser comprovado (arts. 130, 134 etc.); outras vezes refere-se ao perigo *abstrato*, presumido pela norma que se contenta com a prática do fato e pressupõe ser ele perigoso (art. 135, 253 etc.)”. (Mirabete, 1991)

Encontramos, portanto, ao longo da legislação criminal falimentar delitos tanto de dano efetivamente considerados, como aqueles que se caracterizam pelo perigo de dano, não sendo, por vezes, tarefa símplice diferenciá-los, como talvez possa parecer à primeira vista; nesse sentido, é o que informa a Exposição de Motivos (à guisa de atos preparatórios da referida Lei e *considerandum* para sua correta interpretação): “difícil não há de se tornar para o intérprete distinguir os crimes falimentares de dano dos crimes falimentares de perigo de dano. Cogitar-se-á, nos primeiros, do nexos de causalidade entre o dano e a conduta incriminada; nos segundos, a mesma consideração carecerá de qualquer relevância jurídica”.

Com efeito, pode-se concluir, com supedâneo em Trajano de Miranda que o critério de distinção, portanto, entre o delito de falência de dano e o de perigo “está na necessidade ou não-necessidade de se apurar, conforme o caso previsto na lei, o nexos de causalidade objetiva entre a ação ou a omissão e o evento ou resultado dela.

Não se trata, pois, de perigo concreto, efetivo ou real, que, em cada caso, deve subsistir e ser demonstrado, mas sim de perigo eventual, futuro, potencial, que não é senão a probabilidade de um perigo, isto é, de um evento não lesivo de um interesse, mas simplesmente perigoso. É o perigo presumido (ou que deve ser reconhecido *in abstracto*), que a lei presume, *juris et de jure*, em determinada ação ou omissão”. (Valverde, 1999); assim também a lição de Antolisei:

“o evento perigoso caracteriza-se pela relação em que ele se acha a respeito de um outro evento, que teria podido ou poderia verificar-se, mas que não se verificou. E assim como este outro evento pode ser por sua vez um perigo, deve-se, pois, admitir também o *perigo de perigo*, isto é, de um evento de perigo (próximo), do qual pode derivar um outro perigo (remoto)”. (Antolisei, 1934)

2 – O SUJEITO ATIVO NOS CRIMES FALIMENTARES

Somente pode ser autor de crime de falência a pessoa física. Vale aqui o brocardo *societas potest non delinquere*. Não que a lei disponha que qualquer pessoa natural e em qualquer hipótese possa ser sujeito ativo dos delitos falimentares. Haverá situações que, decorrente da disposição normativa em voga, poderemos ter como autor pessoa determinada, mesmo dotada de uma qualificação jurídica especial, situação em que nos depararemos com um crime próprio; em outras circunstâncias, tal exigência não se fará presente, no que teremos um crime simples. No entanto, inclinações encontramos no sentido da responsabilização penal da pessoa jurídica, ideário este com o qual não concordamos consoante já asserido, compreensão esta abonada na análise de Pedrazzi e Costa Jr.:

“o afastamento da lei societária do princípio *societas potest non delinquere* é meramente aparente, pois a perigosidade que se pretende combater com a medida de segurança não é a da sociedade como tal, mas das pessoas físicas que se servem dela para violar a lei penal: seria injusto, em nosso modo de ver, atribuir ao legislador brasileiro demasiado tradicionalismo. Não se deve esquecer, em primeiro lugar, que dentre as normas penais societárias existem algumas que tutelam a própria sociedade: nesse caso, não se pode nem de leve pensar que a sociedade possa ser, simultaneamente, sujeito ativo e passivo de crime”. (Pedrazzi e Costa Jr, 1973)

Assim é que, a título de exemplo, serão crimes próprios os delitos dos arts. 186, 187 e 189, III, onde se exige do sujeito ativo ser falido (circunstância pessoal jurídica especial), igualmente os praticados por outras pessoas físicas determinadas como o síndico, o juiz, o representante do Ministério Público, o perito, o avaliador, o oficial de justiça, o leiloeiro, etc., como vistos no arts. 189, I, II, IV e 190; ausente esta exigência especial poder-se-á reconhecer o crime simples.

Interessante observar que a doutrina privatista, ao comentar o crime falimentar, classifica-o, sob a égide do agente, de próprio e impróprio, entendendo tratar-se o primeiro de crime perpetrado pelo falido e o segundo para os demais sujeitos ativos citados em lei; anotamos que tal classificação se nos afigura, no mínimo, inadequada, pois além de olvidar a célebre e já consagrada distinção entre crimes próprios e simples, cuja relevância se nos depara evidente, especialmente quando delimita as hipóteses de ocorrência delituosa, cria nova figura classificatória, sem acrescentar qualquer utilidade de ordem prática, ao invés disso, causando perplexidade, especialmente pelos incipientes estudiosos deste tipo de delito.

Quanto ao concurso de agentes, de verificar-se que mesmo os crimes tidos por próprios, admitem a possibilidade de concurso de pessoas, sobretudo na modalidade participação, até porque prestigia a nossa legislação penal a teoria unitária no concurso de agentes, entendendo que qualquer sujeito que tenha de alguma forma contribuído para o advento do crime deve, em razão de sua conduta, sujeitar-se à respectiva pena ao delito cominada; torna-se assim indispensável à consciência do agente quanto ao *status* jurídico daquele com que age em inequívoca colaboração (intelectual ou material) ou auxílio, seja este devedor ou falido, comerciante (ou a este equiparado) ou ainda os diretores, administradores, gerentes ou liquidantes na hipótese de falência das sociedades. Recai assim a responsabilidade penal na pessoa física de firma individual, na pessoa dos gerentes de sociedade limitada, dos administradores e diretores das sociedades anônimas, dos liquidantes, bem como dos administradores de fato de uma sociedade qualquer; já a esposa do sócio-cotista, se não ficar comprovado que exercia os poderes de gerência, não responde.

“Há crimes por si mesmo e crimes falimentares que necessitam para sua realização ou consumação do concurso de duas ou mais pessoas. O crime, v. g., de falsificação da escrita, determinada pelo devedor ou falido, somente poderá surgir com o concurso do guarda-livros ou contador. Isso porque a lei exige que a escrituração nos livros mercantis seja feita por profissional habilitado ... No crime previsto no art. 187, de dano ou de perigo de dano, o terceiro que participa conscientemente do ato fraudulento torna-se, evidentemente, co-autor de crime, de conformidade com o que prescreve o art. 25 (atual 29) do Código Penal. E o concurso de agentes tanto pode ocorrer no crime doloso, quanto no crime culposo”. (Nelson Hungria, 1972)

3 – CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DOS CRIMES FALIMENTARES

Walter T. Alvarez alinhava as características precípua que pressupõe sejam imanentes ao delito concursal:

- a) é condicional, isto é, só se consuma mediante a declaração de falência;
- b) não admite tentativa, pois, se existe o fato, que concorreu para a falência e se esta foi decretada, está o delito consumado (737);
- c) tem caráter unitário, pois, ainda que existam vários fatos, pela lei enumerados como delituosos, só existe uma lesão jurídica que se configura pela sentença declaratória de falência;
- d) admite o concurso formal, pois uma determinada ação praticada pelo agente pode constituir crime falimentar, se declarada a falência, e, igualmente, crime contra a economia popular, ou contra o patrimônio, contra a fé pública, etc. Trata-se efetivamente do concurso formal delineado no art. 51, § 1º do Código Penal, e expressamente aplicado pelo art. 192 da lei falimentar. (Alvarez, 1982)

Comentando assim os pressupostos elencados pelo renomado privatista diríamos: de fato, o crime falimentar impende sua consubstanciação via sentença declaratória de falência; este pressuposto do crime, elemento do injusto, condição objetiva de punibilidade ou, para nós, condição de procedibilidade, manifesta-se imprescindível, seja para convolar em crime concursal as condutas infracionais classificadas como antefalimentares, seja para corroborar as ações e omissões delituosas pós-falimentares; ausente esta poder-se-á falar em crime autônomo comum que se apresenta na razão direta de sua subsidiariedade decorrente da especialidade que giza a lei de falências (como no caso de estelionato ou falsificação de títulos), mas jamais um crime falimentar. Contudo há que se verificar a conexão da conduta com o caráter falencial, sem o que, a sentença declaratória de falência de per si não poderá ser considerada apta a caracterizar o delito concursal.

Quanto a não ocorrência da tentativa: de fato, os crimes falimentares, especialmente os de perigo de dano, delineiam-se como crimes de mera conduta ou formais, onde o *iter criminis* não admite o seccionamento da conduta na fase executória; assim é que teremos ou crime de consumação antecipada, ou de consumação instantânea, com conduta e resultado ocorrentes num mesmo momento temporal.

Acrescentaríamos ainda outra característica, à guisa de classificação: os crimes falimentares são complexos, posto tutelarem mais de um bem jurídico (patrimônio, fé pública etc.), reunindo-se na descrição normativa mais de um delito no tipo penal, ou como leciona Frederico Marques, referindo-se a Hungria:

“No crime complexo, observa Nelson Hungria (que ocorre quando vários fatos criminosos convergem como elementos constitutivos ou agravantes especiais, em um só título de crime), a extinção da punibilidade dos crimes-membros (que perdem sua autonomia ao se integrarem na unidade jurídica do crime complexo) não acarreta a do crime-corpo. Assim no crime de roubo, por exemplo, não importa que se extinga a punibilidade no tocante à lesão corporal que funciona como crime-membro; o fato, na sua integralidade, continua punível a título de roubo”. (Marques, 1975)

Já a unicidade, característica imanescente dos crimes falenciais, denota e impõe um tratamento diferenciado em face de eventual concurso de crimes de falência: é que diante de tal princípio, há de se desconsiderar qualquer possibilidade de concurso (material ou formal), admitindo-se este somente quando ocorrente crime comum cumulado com o de falência; assim, o operador do Direito deverá examinar a gravidade maior do delito falencial perpetrado para aplicar a pena referente a este, podendo em nosso entender, valer-se da dosimetria da pena, agravando a sanção imposta, com base em outros crimes praticados conjunta ou separadamente, mas de qualquer forma, falenciais.

Rubens Requião, analisando a aplicação do citado princípio em nossos Tribunais comenta:

“Os autores, em uníssono, afirmam a unidade do crime falimentar. Muito embora sejam várias as infrações delituosas falimentares, a aplicação da pena se determina pelo evento de maior gravidade. O crime falimentar, por isso se caracteriza pela sua complexidade. Farta jurisprudência confirma o princípio. Elucidativo é o acórdão da Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo que enunciou: “O crime falimentar é de estrutura complexa. A declaração de falência, como única condição de punibilidade, converte em unidade a pluralidade dos atos praticados pelo devedor anteriores a essa declaração” (*Revista dos Tribunais*, 190/99).

Muito embora o princípio doutrinário seja consagrado, alguns magistrados porfiam na aplicação isolada das penas, sendo sistematicamente corrigidos

pelas decisões de superior instância, como se vê: “Indivisibilidade da ação penal. Nula a sentença que viola o princípio da unidade complexa das ações ou omissões dos falidos. Sendo o crime falimentar um todo único, não pode a sentença cindi-lo, para aplicar penas autônomas a cada uma de suas partes” (rec. de *Habeas Corpus* n. 49.563, SP, STF, 1ª Turma).

O Supremo Tribunal, em decisão plenária, fixou o princípio da absorção do estelionato pelo crime falimentar de quer o acusado foi absolvido (*Habeas Corpus* n. 45.525, CE. In: *RTJ*, 35/474). Mas anteriormente o mesmo Tribunal, no Recurso de *Habeas corpus* n. 37.213, relatado pelo Ministro Nélson Hungria, decidiu que, configurado o estelionato e quando se acha este em concurso formal com crime falimentar, a extinção da punibilidade do último não acarreta a do primeiro (*RTJ*, II/CL,II).

Waldemar Ferreira, por sua vez, acrescenta outros pressupostos aos acima enunciados:

- a) o estado de falência, declarado por sentença;
- b) o dolo, ou seja a fraude;
- c) o intuito de lucro, em benefício próprio, do falido ou de terceiros;
- d) o prejuízo dos credores.

De fato, os crimes de falência ensejam serem praticados com dolo, não mais se podendo falar em conduta culposa, haja vista a nova redação dos delitos falimentares, que nada dispõe a respeito de ações ou omissões que violem o dever jurídico de cuidado objetivo; contudo, poder-se-á questionar, da mesma forma como verificamos na Lei de Contravenções Penais, se não estariam alguns tipos penais implicitamente contendo as infrações criminais falimentares, a título de culpa, perpetrados com imprudência, negligência ou imperícia; a nós parece não ser possível tal constatação, isso porque, ao estabelecer condutas desprovidas aparentemente de um querer dirigido à finalidade típica, pensamos que de qualquer forma, poder-se-á cogitar quando possível do dolo eventual, especialmente quando a conduta livre admite e assume o risco de um resultado de dano ou mesmo de perigo de dano.

O escopo lucrativo, por sua vez, não pode a nosso ver ser erigido em pressuposto essencial de todos os crimes falimentares, até porque, tal elemento subjetivo do tipo, mesmo o especial fim de agir não se descortina presente em todos os delitos concursais. Depreende-se daí a imprescindibilidade da realização de uma perscrutação casuística, visando examinar se tal exigência está consoante o modelo, o tipo penal, hipótese em que

peremptoriamente haveremos como reconhecê-lo indispensável, sob pena mesmo da descaracterização do crime, posto elemento integrador essencial do tipo.

Já o prejuízo dos credores, da massa, também se nos apresenta um elemento dispensável, visto que, conforme asserimos a princípio, o escopo do legislador ao criar a legislação penal falimentar pareceu-nos voltada para a prevenção da ocorrência de ilícitos maiores, tudo visando tutelar o patrimônio dos credores, a fé pública, entre outros bens jurídicos protegidos. Portanto, falar-se na exigência do prejuízo, do dano em concreto, olvida que no *iter criminis*, fases existem que são até mesmo consideradas impuníveis, na hipótese em exame, o exaurimento, ou *pos factum* impunível.

4 – CONCLUSÃO

Os crimes falimentares, previstos na legislação penal especial, tem por objetivo tutelar a massa de credores, visando estimular a lisura e a probidade da administração da massa falida, a correção do comportamento das pessoas ligadas, direta ou indiretamente ao evento falência, tais como o síndico, o devedor ou falido, o curador, o perito, o leiloeiro etc., bem como, por derradeiro, garantir um adequado processamento das medidas aplicáveis à falência, antes, durante e após o seu reconhecimento judicial.

Certamente que o fato de constituir um delito por demais especial, com tratamento específico para diversos tipos de instituições penais (reincidência, prescrição, sujeitos do delito, concurso de crimes etc.), recomenda uma atenção pormenorizada até mesmo em face de institutos próprios do direito privado, não estranhando o fato de alguns doutrinadores deste campo utilizarem-se de linguagem própria tais como um delito praticado com *má-fé* (quando, na verdade, devendo referir-se ao elemento subjetivo do tipo deveria reportar-se ao dolo ou à culpa) ou ainda a classificações desconhecidas do direito penal (como aquela que define um crime próprio como o cometido pelo falido e o impróprio o cometido por outras pessoas que não o devedor).

Deflui-se ainda claramente o caráter preventivo dos crimes falimentares, posto que se evidencia na legislação concursal o desiderato do legislador de procurar fazer uso da incriminação de condutas preparatórias de fatos mais graves, o que se coaduna com a natureza dos crimes de perigo de dano.

Assim e, de acordo com nosso entendimento, carece a doutrina pátria de estudos científicos no campo do direito penal a respeito da especial natureza da legislação criminal falimentar, visto que a gama

majoritária de comentários, sejam os de índole doutrinária, sejam os de ordem jurisprudencial, partem de privatistas, de estudiosos do direito mercantil, excetuando-se os processualistas penais, que na maioria das vezes, dirigem suas análises a aspectos meramente procedimentais, não perscrutando os aspectos materiais dos delitos de falência, o que de certa forma, condiz com a essência de seus estudos.

Espera-se assim sejam os crimes falimentares tornados em objeto de estudo e pesquisa em nossas instituições de ensino superior, de especialização e pós-graduação em geral, especialmente pela comunidade afeta ao direito penal, em permanente comunhão com os cultores do direito privado, dado o seu caráter inegavelmente interdisciplinar, fato este que por si só, se nos apresenta capaz e apto a contribuir para uma melhor compreensão deste tipo de delito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, N. *Curso de direito falimentar*. [S.l.]: São Paulo: Leud, 1994.
- ALVAREZ, W. T. *Direito falimentar*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.
- ANDRADE, J. P. *Manual de falências e concordatas*. São Paulo: Atlas, 1992.
- BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BETTIOL, G. *Direito penal*. Tradução de P. J. C. Júnior e A. S. Franco. São Paulo: RT, 1971.
- BIOLCHINI, M. C. A. A responsabilidade pelo *insider trading* no Brasil: proposta de lei penal. *Seleções Jurídicas*, (S.l.), n. 9, 1990.
- BRAVO, F. C. Y. *La persona jurídica*. 2. ed. Madrid: Civitas, s.d.
- COELHO, F. U. *Código comercial e legislação complementar anotados*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERRARA, F. *Le persone giuridiche*. 2. ed. Con note di F. Ferrara Junior. Torino: Utet, 1958. (Trattato di Diritto civile italiano, dir. Filippo Vassali, 2).
- FUHER, M. C. A. *Crimes Falimentares*. São Paulo: RT, 1990.
- LACERDA, J. C. S. *Manual de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.
- MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989, v. 1.
- NORONHA, E. M. *Direito penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1.
- PIMENTEL, M. P. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 12, p. 230-232, jun. 1990.
- REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 2.
- STEVENSON, O. *Crimes falimentares*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- VALVERDE, T. M. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.