

Coordenação

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR  
ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

# COMENTÁRIOS À LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA

Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo

*Introdução e apresentação à 1.ª edição*

CALIXTO SALOMÃO FILHO

ANTONIO MARTIN • ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

CARLOS KLEIN ZANINI • EDUARDO SECCHI MUNHOZ

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR • GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA • JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA • LUIS AUGUSTO ROUX AZEVEDO

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK • MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

MAURO RODRIGUES PENTEADO • PAULO SALVADOR FRONTINI

RACHEL SZTAJN • RICARDO BERNARDI • VERA HELENA DE MELLO FRANCO

2.ª edição revista, atualizada e ampliada

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo / coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Vários co-autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3025-8

1. Falências – Leis e legislação 2. Falências – Leis e legislação – Brasil 3. Recuperação judicial (Direito) – Leis e legislação – Brasil  
I. Souza Junior, Francisco Satiro de. II. Pitombo, Antônio Sérgio A. de Moraes.

06-9644

CDU-347.736(81) (094.56)

**Índices para catálogo sistemático:** 1. Brasil : Leis comentadas : Falência : Direito comercial 347.736(81)(094.56)

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

DIREITO COMERCIAL  
BIBLIOTECA

Objeto jurídico – é o interesse que o direito penal busca tutelar comunicando que determinada conduta não deve ser realizada, e que se o for, quem a praticar deve ser sancionado por uma pena criminal.

É o bem ou interesse que a sociedade considera fundamental para o desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos que a compõem ou que asseguram a manutenção e o progresso de todo o corpo social.

Normalmente, o objeto jurídico está implícito, devendo ser deduzido a partir do questionamento sobre a razão da proibição da conduta.

Objeto material – é o ente, pessoa ou coisa, sobre a qual recai a conduta proibida.

## Seção I

### Dos crimes em espécie<sup>669</sup>

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

O Dec.-lei 7.661/1945 demandava a reforma da parte penal, por variados motivos. Antes de mais nada, as infrações penais da lei antiga não apresentavam tipo delitivo estruturado em moldes que respeitassem à regra da legalidade,<sup>670</sup> com olhos a facilitar o juízo da tipicidade. Nem mesmo a simples exigência de técnica legislativa de iniciar a descrição típica com o verbo havia sido acatada no diploma legal anterior. 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.

Outra razão para alterar a lei vinculava-se à necessidade de trazer, nos novos crimes, uma noção mais perceptível ao intérprete<sup>671</sup> de quais seriam os bens jurídicos tutelados.<sup>672</sup> Os preconceitos sociais contra o falido se espraiaram pela *praxis* do judiciário, fazendo com que aspectos fundamentais do direito penal acabassem postos de lado.<sup>673</sup> A idéia de tipicidade material nem de perto tocava o aplicador da lei,<sup>674</sup> acostumado a impor condenação sem maiores preocupações quanto à culpa.<sup>675</sup>

Em realidade, promotores de justiça e juízes de direito queriam conferir à lei eficácia que o próprio sistema não lhes permitia. Assim, ao invés de se dedicarem à busca da verdade real, por meio da perquirição de materialidade e autoria delitivas,<sup>676</sup> ambos levavam a persecução penal a um teatro do absurdo, no qual acusador e magistrado agiam com o único propósito de escapar da prescrição especial do art. 199 do Dec.-lei 7.661/1945. Para tanto, valiam-se da burocratização dos institutos da Lei 9.099/1995, ou de condenações que, ao final de quatro anos, significavam somente o antevisto reconhecimento da

<sup>669</sup> Introdução por Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo.

<sup>670</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios de direito penal*. 5. ed., p. 21-29.

<sup>671</sup> Bom trabalho sobre o crime falimentar a auxiliar o pesquisador: GUSMÃO, Sady Cardoso de. *Dos crimes em matéria de falência e seu processo*.

<sup>672</sup> Faz-se menção à conhecida necessidade de alicerçar o estudo dos tipos em valores constitucionais, como opina, por exemplo: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitada*, p. 67.

<sup>673</sup> Vejam-se a coletânea e a crítica de: BETANHO, Luiz Carlos. *Crimes Falimentares*, v. 2, p. 1106-1164.

<sup>674</sup> Até porque desconhecedor de quais emergem os valores constitucionais tutelados, tema abordado por: CAETRO, Pedro. *Sobre a natureza dos crimes falenciais – (o patrimônio, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, p. 19-76.

<sup>675</sup> No tocante ao afirmado princípio da *culpabilidade*, conferir: LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 32-38.

<sup>676</sup> Sem falar dos apegos às presunções, de alguns, objeto de apreciação e crítica de: STEVENSON, Oscar. *Do crime falimentar*.

extinção da punibilidade, em virtude da causa acima mencionada. Em palavras simples, a condenação criminal mostrava-se um símbolo marcado sobre os comerciantes levados à garra com começo e final esperados.

Mesmo os advogados preferiam empurrar o andamento do processos, contando com o passar do tempo. Não se aproveitavam das normas processuais (e.g. art. 106 do Dec.-lei 7.661/1945)<sup>677</sup> que lhes permitiam exercer defesa técnica em favor dos falidos, nas duas fases da *persecutio criminis*. Não se dedicavam à desconstrução das imputações afastadas da realidade dos fatos, muito menos se esforçavam nas defesas dos responsáveis por falências fraudulentas, pois tinham certa a impunidade dos clientes, graças à benevolência do lapso temporal restrito. Logo, seja na perspectiva da acusação, seja sob o prisma da reação defensiva, impunha-se o dever de dar cabo à prescrição especial, em prol do emprego dos tipos da parte geral do Código Penal (arts. 108 a 110 do CP).<sup>678</sup>

Os crimes do Dec.-lei 7.661/1945, observados no contexto das excentricidades trazidas pelo legislador penal nos últimos dez anos, tornaram-se perfeito exemplo de que os descasos na elaboração das leis custam muito aos aplicadores do Direito. Ninguém poderia afirmar-se satisfeito com o resultado dos processos-crime em matéria de crime falimentar.

Difícil assentar que os projetistas da Lei 11.101/2005 cumpriram, na plenitude, a missão que se lhes determinou. Todavia, parece inegável o esforço de conferir mais qualidade aos dispositivos penais, desde os trabalhos na subemenda à emenda global do substitutivo ao Projeto de Lei 4.376, a contar do ano de 1997.

Hoje, há tipos descritivos de conduta, nos quais se pode aferir o valor tutelado a partir do matiz com a Lei Maior. Há boa definição dos elementos constitutivos dos tipos, o que exige, na prática, a identificação do corpo do delito. Há em vigor sanções penais aptas a permitir aplicação de penas que respeitem o necessário e o suficiente à justa reprovação, não obstante reconhecida alguma desproporcionalidade na previsão de penas mínimas e máximas.

Assim, algo tem de ser tomado como premissa: os velhos julgados, na maioria embasados em exegeses salvacionistas não respeitadoras do direito penal da culpa,<sup>679</sup> precisam ser desprezados por quem queira interpretar e aplicar os novos crimes de maneira coerente com a Constituição Federal, o Código Penal e o Código de Processo Penal (art. 108 da Lei 11.101/2005).

#### Fraude a credores

**Art. 168.** Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

##### Aumento da pena

§ 1º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente:

I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos;

II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar; ou altera escrituração ou balanço verdadeiros;

III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado;

IV – simula a composição do capital social;

V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

##### Contabilidade paralela

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

##### Concurso de pessoas

§ 3º Nas mesmas penas incidem os contadores, técnicos contábeis, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, concorrerem para as condutas criminosas descritas neste artigo, na medida de sua culpabilidade.

##### Redução ou substituição da pena

§ 4º Tratando-se de falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte, e não se constatando prática habitual de condutas fraudulentas por parte do falido, poderá o juiz reduzir a pena de reclusão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) ou substituí-la pelas penas restritivas de direitos, pelas de perda de bens e valores ou pelas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Trata-se de reestruturação do art. 187 da antiga Lei de Falências. Agora, o novo dispositivo além de tratar das fraudes que circundam a decretação da falência também o faz quanto à recuperação judicial e à sentença homologatória de recuperação extrajudicial.

O procedimento para a decretação da falência está descrito nos arts. 94 a 101 da nova Lei. O inovador instituto da recuperação judicial, criado para propiciar meios de superação da crise econômico-financeira do devedor está delineado nos arts. 47 a 72. A recuperação extrajudicial, por sua vez, vem tratada nos arts. 161 a 166, constituindo-se na possibilidade do devedor, que preencher determinados requisitos, definidos no art. 48, propor e negociar com credores plano de recuperação da sua situação econômico-financeira, extrajudicialmente, podendo, *a posteriori* requerer a homologação em juízo de aludido plano que somente produzirá efeitos após a sentença homologatória.

O presente dispositivo incrimina a realização de atos jurídicos eivados de fraude, para tutelar os interesses dos credores. Atos fraudulentos praticados na vida civil ou na atividade comercial, não obstante sejam ilícitos na esfera civil, nem sempre configuram infração penal.

O pressuposto do crime em exame é a perpetração da fraude em prejuízo dos credores, o que se configura por sua realização em momento de crise econômico-financeira. Com efeito, não é porque o tipo penal se refere à fraude praticada antes da decretação da falência, da recuperação judicial ou da sentença homologatória de recuperação extrajudicial, que poderá configurar o delito qualquer ato praticado desde o início da atividade empresarial.

<sup>677</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Contribuição ao estudo dos crimes falimentares. p. 597-599.

<sup>678</sup> Na acepção de REALE JUNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal*.

<sup>679</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Velhos fantasmas*. p. 11.

A fraude a credores de que ora se trata é aquela praticada já em momento de desequilíbrio financeiro do devedor. Na recuperação judicial, desde seu requerimento (art. 48). Na recuperação extrajudicial, desde o início das tratativas com os credores para o estabelecimento do plano de recuperação a ser homologado judicialmente. Já na falência o momento do início da crise é de mais difícil determinação, podendo retroceder aos momentos iniciais do período de endividamento temerário que acaba por ensejar a falência, entendimento compatível com a definição da decretação de falência, pelo menos nos crimes pré-falimentares, como condição objetiva de punibilidade.

Trata-se de crime próprio. O sujeito ativo do delito será somente a pessoa física que, na atividade empresarial ou na administração de empresa, tendo credores, ou seja, tendo contraído obrigação de dar, fazer ou deixar de fazer em favor de terceiros, pratica atos fraudulentos, que causem ou possam causar prejuízos a eles. O fato de o crime ser próprio não impede que outras pessoas, alheias à atividade empresarial, cooperem para a realização do delito, configurando co-autoria ou participação.

Se o ato fraudulento é praticado por pessoa jurídica, a responsabilidade criminal será de todos aqueles que, inseridos na estrutura administrativa da empresa, contribuíram de modo eficiente para a realização do ato, sabendo ou devendo saber da situação de crise, do prejuízo aos credores e da vantagem indevida.

A conduta descrita como delituosa é a prática de ato fraudulento, vale dizer, a realização de ato jurídico eivado de fraude. A conduta se perfaz quando se realiza ato que cria, modifica, preserva ou extingue direitos ou obrigações, mas a realização do ato é contaminada por fraude.

A fraude, seja no âmbito penal, seja no âmbito civil, caracteriza-se pelo vício do ato jurídico, consistente tanto na manipulação de seus requisitos e pressupostos quanto no desvirtuamento dos efeitos previstos pelo ordenamento. Nesse contexto, o ato fraudulento somente se perfaz se sua realização tiver sido consequência de engodo, simulação, falsidade ou induzimento em erro, bem assim, se seus efeitos forem deliberadamente distintos daqueles normalmente previstos no ordenamento.

O ato fraudulento deve resultar ou ser idôneo a causar prejuízos aos credores. Vale dizer: se mesmo tendo sido praticado, não se verificar prejuízo real ou potencial aos credores, não haverá crime. Cumpre, portanto, comprovar-se que o ato inquinado de fraude causou um prejuízo determinado ou gerou a possibilidade concreta de um prejuízo. No primeiro caso, o crime é de dano, no segundo, de perigo concreto.

Problema interessante atinente à conduta está relacionado com a utilização, na redação do tipo legal de crime, da palavra “credores”, causando ambigüidade na inteligência da norma. O uso da palavra no plural acaba por ensejar a necessidade de comprovação da existência de mais de um credor para a perfeita subsunção da conduta concreta ao tipo penal, não obstante, aparentemente, a intenção do legislador fosse configurar apenas a existência de débito, sendo o credor indeterminado, sentido que seria obtido também com o uso da palavra no singular, o que não causaria referida perplexidade.

O crime em exame somente se perfaz na modalidade dolosa, consubstanciada na vontade livre e consciente de praticar o ato jurídico fraudulento.

Há previsão de uma finalidade especial da conduta, ou seja, a fraude deve ser perpetrada com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Indispensável, pois, elemento subjetivo específico dirigido a essa especial finalidade. Destarte, mesmo que praticada a fraude, verificado o prejuízo, se se constatar que a conduta não estava informada pela intenção de obter ou assegurar para si ou para outrem uma vantagem indevida, não haverá o crime.

A vantagem indicada na norma não significa apenas dinheiro, mas deve ter expressão econômica. O elemento normativo do tipo *indevida* aduz que não há qualquer autorização legal para a obtenção ou o asseguramento da vantagem, a qual, nesse sentido, em nenhum aspecto pode ser entendida como direito subjetivo do agente, exercido regularmente.

#### 344. Aumento de pena

Há previsão nos cinco incisos do parágrafo primeiro, de causas de aumento de pena de 1/6 a 1/3, hipóteses de condutas fraudulentas que se presume que causem ou possam causar prejuízo aos credores. Nesses casos, os crimes são de perigo abstrato, pois se considera inexorável o risco que essas condutas causam ao bem jurídico.

Nas hipóteses de aumento de pena, o legislador já antecipa a existência de maior culpabilidade na prática das condutas, impondo ao juiz a aplicação da pena dentro de limites fixados em parâmetros superiores ao mínimo legal previsto na sanção-base, fixada para o tipo simples, no caso, o art. 168, *caput*.

Em verdade, a majorante incide na terceira fase da aplicação da pena (art. 59 do CP), após escolher a pena e a quantidade aplicáveis, de acordo com a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, o juiz estará adstrito a impor o aumento, dentro dos patamares determinados pela norma legal, sendo que, para fixar um aumento acima da fração mínima imposta, o deverá fazer de forma fundamentada, não podendo apontar novamente o mesmo fundamento que eventualmente tenha usado para fixar a pena-base acima do mínimo legal, sob pena de violar o princípio do *non bis in idem*, eivando a decisão de forma absoluta.

#### 345. Inciso I – Elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos

Trata-se de fraude específica voltada à falsificação do balanço ou da escrituração contábil, instrumentos essenciais à organização da vida econômico-financeira das atividades comerciais.

A vulnerabilização da confiabilidade das escriturações e do balanço é rechaçada pelo legislador, e a não correspondência de suas informações com os dados reais que neles deveriam estar inseridos gera a presunção de que tal prática pode, no mínimo, resultar prejuízo aos credores.

O sujeito ativo será a pessoa física que, na estrutura societária se responsabiliza pela escrituração contábil, bem assim aquele que assina o balanço. Entretanto, serão co-autores ou partícipes todos aqueles que de forma consciente e eficiente contribuirão, ainda que de forma indireta, para a inserção de dados inexatos.

Cumprido, nesse passo, considerar que teria sido mais eficiente a linguagem usada na redação do dispositivo, se tivesse usado a expressão *dado falso*. O termo *inexato*, a rigor, significa apenas o que está errado, em desacordo com o correto, que difere do que seria exato. Dessa forma, poderia gerar a interpretação de que a inserção de *dado inexato*,

mesmo não tendo o agente a consciência da inexatidão, poderia caracterizar o delito. Essa interpretação, todavia, não procede.

Para que se caracterize o delito *sub examine* é necessário que o agente tenha vontade e consciência de inserir dado inexato, ou seja, é imprescindível que ele tenha conhecimento da inexatidão. Entretanto, para quem tem conhecimento de que o dado que está inserindo não corresponde com o verdadeiro que deveria inserir, aquele que está lançando no balanço é, precisamente, um dado *falso*, ideologicamente falso.

O elemento subjetivo, portanto, é e dolo genérico, a vontade livre e consciente de inserir dado (que sabe) inexato.

#### 346. Inciso II – Omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou alterar escrituração ou balanço verdadeiros

O inc. II tipifica duas condutas: (i) omitir na escrituração contábil ou no balanço lançamento que deles deveria constar; (ii) alterar escrituração ou balanço verdadeiros.

Na primeira, a conduta é omissiva, o agente não realiza a ação que tinha dever legal de efetuar. A inação, o não fazer, somente ganha relevância no direito penal em situações excepcionais, notadamente, quando no ordenamento jurídico há disposição que impõe ao agente o dever de agir. Na atividade comercial, há obrigação de manutenção de perfeita escrituração e na elaboração de balanços periódicos, o que exige o lançamento de todos os dados relevantes para a operação empresarial.

Nessa hipótese, configura o delito a conduta do agente que, tendo conhecimento dos dados relevantes que deveriam ser lançados, deliberadamente, não o faz.

O sujeito ativo é quem tem a incumbência de realizar o lançamento, e também quem, vindo a ter conhecimento da omissão, por exemplo, quando apontado em relatório de auditoria, não determina o lançamento.

Como todo crime omissivo, somente se perfaz na modalidade dolosa, consistindo o dolo genérico na vontade de não inserir em escrituração contábil ou em balanço, dado que sabe (dolo direto), ou mesmo que deveria saber (dolo eventual), ser o lançamento devido.

Na segunda hipótese, trata o legislador da falsificação material de escrituração contábil ou de balanço. Configura-se aludido delito se, havendo escrituração verdadeira ou balanço verídico, realiza-se a alteração, vale dizer, dados verdadeiros constantes naqueles “documentos” são materialmente substituídos por dados falsos.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e a conduta pressupõe a existência de escrituração contábil e balanço verdadeiros que perdem sua veracidade e sua autenticidade, pela alteração fraudulenta de seus conteúdos. O elemento subjetivo consiste no dolo genérico, a vontade de falsificar documentação contábil verdadeira.

#### 347. Inciso III – Destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou comerciais armazenados em computador ou sistema informatizado

Em nossos dias, praticamente inconcebível atividade comercial alheia a sistemas informatizados. O computador apresenta-se como ferramenta indispensável, e a confiabilidade de seus dados se impõe como necessária à regularidade das operações mercantis. Por essa razão, estabelece-se ao comerciante a obrigação de manter dados

relevantes à atividade da empresa, seja contábil, seja negocial, em seus registros e sistemas informatizados.

O crime em tela se consubstancia pela destruição dos dados informatizados cuja manutenção seria essencial para a continuidade das atividades da empresa e cuja inexistência ou não integridade dificulta ou impossibilita a sua recuperação, ou a melhor liquidação da massa falida, prejudicando, conseqüentemente, os credores.

Não é correta a interpretação de que cuidaria o presente dispositivo de incriminar a chamada “queima de arquivos”, ou seja, a destruição de elementos que pudessem facilitar a investigação das irregularidades da empresa. A uma, porque não se pode punir alguém pela não manutenção da integridade de algo cuja existência não se pode, nem se poderia, impor; a duas, pelo princípio fundamental de quem ninguém é obrigado a produzir prova contra si.

A multiplicidade de condutas adotadas pelo legislador se justifica apenas em razão das dificuldades terminológicas que a informática ainda causa nos meios sociais.

O dolo é a vontade livre e consciente de fazer desaparecer dos computadores da empresa ou dos sistemas informatizados as informações contábeis ou comerciais essenciais as atividades da empresa.

#### 348. Inciso IV – Simula a composição do capital social

Trata-se de reestruturação de tipo penal já existente na lei anterior que tipificava a simulação de capital para a obtenção de maior crédito. O novo dispositivo tem maior amplitude, incriminando não apenas a simulação para fim de crédito como também para qualquer outro fim.

A composição do capital social é uma das informações mais importantes que se pode obter acerca da vida de uma empresa. Ser essa informação fidedigna, verídica, transparente, é condição essencial para as relações mercantis. Daí a importância de se sancionar criminalmente a simulação de sua composição, seja no que concerne ao seu *quantum*, seja no que tange ‘a sua distribuição e a sua integralização.

#### 349. Inciso V – Destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios

A integridade dos documentos de escrituração obrigatória é condição essencial à aferição da lisura das atividades empresárias.

O dispositivo penal incrimina condutas que, incidindo sobre os livros de escrituração e manutenção obrigatória, retiram-lhe, total ou parcialmente, as informações reveladas em seu conteúdo.

Com efeito, pretendeu o legislador proteger as informações contidas nos livros obrigatórios, enquanto fontes de prova de fatos empresariais que precisam ser fiscalizados e, eventualmente, investigados.

#### 350. Contabilidade paralela

O § 2.º prevê nova hipótese de aumento de pena, agora em patamares mais elevados que no § 1.º. A imposição de majoração mais elevada significa a consideração de uma elevação ainda maior do grau de culpabilidade no caso da conduta que descreve.

Trata-se da incriminação do caixa dois. De fato, a manutenção de recursos estranhos não levados à contabilidade, bem assim a movimentação de valores ou recursos fora da escrituração exigida pelas normas legais, é conduta potencialmente lesiva aos interesses dos credores e da regularidade das relações mercantis.

A conduta concreta se subsumirá ao tipo legal de crime se recursos ou valores com expressão econômico-financeira determinada ou determinável, deveriam estar contabilizados nas escriturações da empresa, mas não o foram, tendo sido movimentados ou não.

Não é necessária que tenha havido uma contabilidade paralela, ainda que rudimentar. A expressão “paralelamente” usada pelo legislador, ainda que cause certa ambigüidade, significa simplesmente a ausência de registros na escrituração imposta pela Lei.

### 351. Concurso de pessoas

A norma penal que trata do concurso de pessoas, no que pese seu caráter simbólico, do ponto de vista da técnica legislativa é inócua.

Com efeito, sendo aplicáveis aos crimes previstos na Lei de Falências, as disposições da Parte Geral do Código Penal, notadamente arts. 29 a 31, aludido dispositivo é despiciendo.

De qualquer modo, cumpre salientar que os profissionais citados no dispositivo legal, bem assim, toda e qualquer pessoa, somente podem ser responsabilizados pela prática de infração penal se a conduta individualmente analisada tiver relevância causal para o resultado e estiver informada pelo elemento subjetivo indicado na descrição da conduta proibida.

### 352. Falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte

Na lei anterior, o juiz podia deixar de aplicar a pena quando constatasse que o devedor tinha instrução insuficiente e que explorava comércio exíguo (art. 186, parágrafo único).

No novo diploma não há mais a possibilidade de isenção de pena, nem há qualquer consideração à eventual pouca instrução do devedor. As situações em que o sancionamento criminal pode ser mitigado apresentam critérios objetivos.

Em primeiro lugar, somente se permite uma menor reprovação criminal, nos casos das condutas típicas terem sido realizadas no âmbito de microempresa e de empresa de pequeno porte, definidas conforme legislação própria. Em segundo, o falido não pode ter praticado condutas fraudulentas habitualmente durante a vida da empresa, vale dizer, a prática de atos eivados de fraude não pode ter sido reiterada. Habitual é o que se repete com freqüência, o que se realiza de forma contumaz, repetidamente.

Presentes ambos os requisitos, o juiz terá que ou reduzir a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), ou substituí-la por pena restritiva de direitos, por pena de perda de bens e valores ou pela prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Não obstante a norma afirme que o juiz *poderá* reduzir ou substituir a pena, estando presentes os requisitos legais, na verdade, não haverá fundamento legal para a proibição. Como todas as decisões judiciais devem ser motivadas, motivações essas afirmadas em lei, não havendo autorização legal para a não substituição ou redução, o juiz *deverá* conceder ao condenado o *benefício*, ou melhor dizendo, o direito subjetivo público.

## Violação de sigilo empresarial

**Art. 169.** Violar, explorar ou divulgar, sem justa causa, sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

A introdução na nova Lei deste dispositivo, dentre os crimes perpetrados antes da decretação da falência, deve-se a uma reconhecida preocupação do mundo contemporâneo: os mercados se alimentam de informações e a tutela jurídica de tais informações se mostra relevante, com objetivo de garantir igualdade de condições aos participantes de determinada atividade econômica.

O embasamento para o estudo do bem jurídico constitucional, no caso, encontra-se no *caput* e incisos do art. 170, da Constituição Federal, bem como na análise do art. 5.º, X, da Lei Maior. Almeja-se resguardar fatos ou dados conhecidos por uma ou poucas pessoas que não devem ser revelados por interesse da empresa.<sup>680</sup> Cuida-se neste artigo dos denominados ativos intangíveis.<sup>681</sup>

Trata-se da preservação do devedor em recuperação judicial ou extrajudicial (art. 1.º da Lei 11.101/2005), com o fim de evitar que a violação, a exploração ou a divulgação,<sup>682</sup> sem justa causa, de sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços lhe conduzam à inviabilidade econômica ou financeira.

Ora, a lei quer oferecer meios para o devedor recuperar-se da dificuldade econômica, logo, não se poderia aceitar o comportamento de revelar segredos, o qual pudesse frustrar o “objetivo de viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor”, expressão do art. 47, da Lei 11.101/2005.

Tais ações típicas se consumam com a condução do devedor à falência. Note-se que o agir criminoso deve contribuir para o insucesso da recuperação judicial ou extrajudicial, portanto, deve concorrer para o resultado da inviabilidade econômica ou financeira.<sup>683</sup> A relação de causalidade deve ser examinada, sem a preocupação de considerar o fato como *conditio sine qua non*.

Admissível a tentativa, se executados atos típicos que não ocasionem a inviabilidade econômica ou financeira, por circunstâncias alheias à vontade de quem os praticou (art. 14, inc. II, do CP).

O juízo da tipicidade exige que se observe o elemento normativo *sem justa causa*. A hipótese de a conduta ocorrer em razão do resguardo de legítimo interesse pode signi-

<sup>680</sup> Menciona-se ao dever de fidelidade e lealdade empresariais, na acepção de: PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Nova Lei de Falências II*. p. 331.

<sup>681</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências*. p. 370.

<sup>682</sup> Os núcleos *explorar* e *divulgar* foram acrescidos à descrição típica, prevista no Projeto de Lei da Câmara 71, pelo Substitutivo do falecido Senador Ramez Tebet.

<sup>683</sup> Em sentido contrário, ver: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As disposições penais na Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Crimes em espécie e procedimento, p. 289.

ficar não considerá-la como típica. Pense-se, também, no dever de testemunhar, ou no consentimento quanto à revelação do conteúdo sigiloso.

Pune-se o empregado, o sócio, ou qualquer um<sup>684</sup> que tenha tido o acesso a segredo ou a dados confidenciais do devedor, cuja conduta se adequa ao agir típico de violar, explorar ou divulgar o segredo a terceira pessoa não autorizada a conhecê-lo.

O crime se ostenta doloso, sendo necessário que o agente, ao menos, assuma o risco de contribuir para o fim da recuperação judicial ou extrajudicial (art. 18, inc. I, do CP).

#### Divulgação de informações falsas

**Art. 170.** Divulgar ou propalar, por qualquer meio, informação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de levá-lo à falência ou de obter vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

Outra vez, foca-se a tutela penal no campo do valor jurídico das informações. Ao se identificar o direito dos atuantes no mercado de conhecer as empresas, respectivos sócios e administradores, bem assim a forma como conduzida a atividade econômica, cria-se o dever de veracidade quanto a tais aspectos, dentre outros.

Em especial, no campo da recuperação judicial, a comunicação de falso conteúdo a um indeterminado número de pessoas<sup>685</sup> pode acarretar a falência do devedor. Da mesma maneira, a propalação da informação falsa pode significar agravamento da situação econômica da empresa, dada a perda de confiança do mercado.<sup>686</sup>

Assim, o objeto jurídico se alicerça nos princípios da ordem econômica (art. 170 da CF), afinal, tanto a livre iniciativa, como a livre concorrência podem ser maculadas pela conduta ilícita, sem falar nas conseqüências no âmbito do direito de propriedade. O juízo da tipicidade requer o exame da relevância da informação, para se aquilatar a potencialidade lesiva do comportamento.

Os sujeitos ativos se mostram aqueles que realizam a divulgação, ou a propalação, da informação falsa. Podem ser concorrentes do devedor em fase de recuperação judicial, o que não exclui a possibilidade de outros poderem perpetrar essa conduta, desde que tenham dolo específico de levar a empresa à falência ou de obter vantagem. Nem sequer se elimina a hipótese de o crime ser praticado por pessoas ligadas ao próprio devedor, se eles puderem almejar vantagem, mediante a ação típica.<sup>687</sup>

Ressalta-se que o legislador não adjetivou a vantagem de indevida, assim a criação de boato destinado a auxiliar no eventual recebimento de crédito, ainda que crédito lícito, configura fato típico.

<sup>684</sup> MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 445.

<sup>685</sup> Leiam-se os comentários ao art. 153, do CP de: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal comentado*, p. 468-471.

<sup>686</sup> Sobre o papel da confiança nos delitos econômicos, dentre outros: PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al derecho penal económico*, p. 23.

<sup>687</sup> MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 447.

Note-se que a infração penal se consuma mesmo que não venha a se dar a quebra, ou a se obter vantagem.<sup>688</sup> Apresenta-se como crime formal, portanto.

Tipo doloso no qual se dever ter por inequívoca a ciência do agente quanto a ser a informação falsa.<sup>689</sup>

Este tipo delitivo não se confunde com os tipos do art. 195 da Lei 9.279/1996, atinentes à concorrência desleal, porque tem a especialidade de preservar o devedor na recuperação judicial e de indicar elemento subjetivo do tipo voltado à ocorrência da falência.

#### Indução a erro

**Art. 171.** Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

A eficácia da Lei 11.101/2005, com seu espírito voltado à preservação da atividade empresarial, e mesmo nos casos de quebra, à proteção mais adequada dos interesses dos credores, tem como *conditio sine qua non* as informações prestadas no processo falimentar, bem assim na recuperação judicial ou extrajudicial, sejam verdadeiras, confiáveis e suficientes ao conhecimento, por todos os envolvidos, da real situação do devedor.

A norma penal descreve três condutas: sonegar informações, omitir informações e prestar informações falsas.

Nos dois primeiros casos, a conduta é omissiva: na sonegação o agente deixa de prestar a informação, fazendo crer que ela não existe ou que dela não tem conhecimento; na omissão o agente simplesmente deixa de prestar. Em ambas as hipóteses a conduta omissiva somente será relevante se o agente tinha o dever jurídico de prestar a informação ou de trazê-las ao conhecimento das pessoas envolvidas no processo falimentar.

Nesses crimes, o sujeito ativo é qualquer pessoa que tenha o dever jurídico de prestar a informação, não necessariamente apenas o devedor.

Na prestação de informação falsa, a conduta é comissiva, consistente na prestação de informação que se tem conhecimento de não corresponder à verdade. Se o agente acredita na veracidade da informação que, posteriormente, apresenta-se como inverídica, não se configura o delito, pois a informação não era falsa na consciência do agente que a prestou, estando em erro.

O sujeito ativo, nessa hipótese, pode ser qualquer pessoa que atue no processo falimentar, ou na recuperação judicial ou extrajudicial.

<sup>688</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *As disposições penais na Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Crimes em espécie e procedimento*, p. 289.

<sup>689</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências*, p. 371.

Importante, salientar que a sonegação ou omissão das informações, como também as informações falsas devem ser aptas a induzir em erro o juiz, o Ministério Público, os credores, o Comitê ou o administrador judicial. Além disso, devem versar sobre fato relevante aos interesses envolvidos no processo. Vale dizer, as informações devem ser factíveis e relevantes. Com efeito, se mesmo sonegadas ou omitidas as informações já eram do conhecimento de todos, ou podiam ser obtidas por outros meios ordinários não há que se falar em crime. No mesmo sentido, se as informações ainda que tendo sido idôneas ao induzimento em erro, não eram capazes de causar prejuízo.

Mais uma vez, o legislador utiliza expressão no plural: “informações”, impondo que sejam sonegadas, omitidas ou falsificadas pelo menos duas ou mais informações. A interpretação estrita da norma penal, exigência do princípio da legalidade, levará a situações inusitadas, em que sendo comprovado, por exemplo, que foi falsificada uma única informação, ainda de extrema relevância e gravidade, não estará configurado o delito.

Os elementos subjetivos presentes na conduta tipificada são dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de sonegar, de omitir ou de falsificar informações relevantes, e o dolo específico voltado ao fim de induzir em erro as pessoas mencionadas na norma penal, e somente elas.

Se a finalidade da conduta não era o induzimento em erro relacionado aos interesses envolvidos no processo falimentar, mas outro de qualquer natureza, como, por exemplo, evitar fazer prova criminal contra si, evitar desmoralização pública etc., não se configurará o delito.

#### Favorecimento de credores

**Art. 172.** Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

**Parágrafo único.** Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no *caput* deste artigo.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Iniciada a crise econômico-financeira da empresa, considera-se lesivo o favorecimento de um ou mais credores em detrimento dos demais. Se os ativos da empresa dificilmente serão suficiente para garantir o pagamento de todos os débitos, o privilégio de um ou mais credores torna a situação ainda mais gravosa, aumentando o risco de prejuízo dos demais credores.

O dispositivo tipifica criminalmente três condutas: praticar ato de disposição patrimonial, praticar ato que onere o patrimônio ou gerar obrigação, todas voltadas ao favorecimento de determinados credores em prejuízo dos demais.

Ato de disposição patrimonial compreende qualquer ato de transferência de bem da propriedade ou da titularidade do devedor para a propriedade ou titularidade do credor.

Oneração do patrimônio implica na aposição de ônus sobre um ou mais bens em favor de credores determinados, que passam a ter vantagens na eventual excussão desses bens.

Gerar obrigação se refere à outorga de direitos subjetivos a credores que passarão a ter o direito de exigir determinada prestação (de dar, fazer ou não fazer) do devedor.

As condutas poderão ser praticadas antes ou depois da sentença que decretar a falência, ou da que conceder recuperação judicial ou, ainda, da que homologar recuperação extrajudicial.

Observe-se que a disposição de bens, a oneração patrimonial e a geração de obrigação não são incriminadas de *per se*, mas apenas quando realizadas com o fim de favorecer o credor que adquire o bem, que passa a ter um ônus sobre o patrimônio, ou que adquire o direito de exigir determinada prestação do devedor, “em prejuízo dos demais credores”.

Se as condutas forem praticadas com propósito empresarial, evidentemente, não haverá crime. Assim, se o devedor hipotecar bem em favor de instituição financeira para obter redução da taxa de juros incidente sobre suas dívidas financeiras, ainda que tenha criado ônus que favorece um credor, não se configura o delito.

O sujeito ativo será tanto a pessoa física que no âmbito da empresa devedora toma a decisão de favorecer alguns credores, quanto os credores que, tendo conhecimento que o ato jurídico era potencialmente lesivo a outros credores, mesmo assim, realiza o negócio.

O elemento subjetivo é integrado pelo dolo genérico, consistente na vontade de praticar os atos jurídicos descritos no tipo, e pelo dolo específico, consubstanciado no especial fim que informa a conduta: favorecer alguns credores, prejudicando os demais.

É indiferente à lei penal que o credor *favorecido* consiga concretizar a posição mais favorável gerada pelas condutas típicas, ou mesmo que os demais credores venham a experimentar prejuízo ou o agravamento de suas perdas.

#### Desvio, ocultação ou apropriação de bens

**Art. 173.** Apropriar-se, desviar ou ocultar bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida, inclusive por meio da aquisição por interposta pessoa:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Após a decretação da falência ou a concessão de recuperação judicial, é especialmente importante para a preservação dos interesses dos credores a manutenção da integridade do patrimônio do devedor ou da massa falida, bem como o pleno conhecimento de todos os bens que a integram.

O tipo legal de crime em exame tipifica três condutas que, afetando a esfera patrimonial dos devedores ou a massa falida, vulnerabilizam os interesses envolvidos na falência e na recuperação das empresas: a apropriação, o desvio e a ocultação de bens do devedor.

Na apropriação, o agente inverte a posse de bens pertencentes ao devedor ou integrantes da massa, agregando à sua esfera patrimonial aquilo que, na verdade, não lhe pertence.

No desvio, havendo bens que deveriam ingressar ou permanecer do patrimônio do devedor ou na massa falida, atua o agente deslocando-os para sua esfera patrimonial ou para a de terceiro.

Na ocultação, o agente dissimula a existência dos bens para que não constem no processo falimentar ou na recuperação de empresas.

O sujeito passivo é impróprio, o crime pode ser cometido por qualquer pessoa física, inclusive por sócio da empresa devedora, pelo síndico da massa falida etc.

O tipo faz menção, ainda, à possibilidade da conduta ser perpetrada por meio de aquisição por interposta pessoa. Trata-se da conduta em que se transfere simuladamente a propriedade de bens da empresa devedora para o nome de pessoas que se oferecem apenas para figurar como titulares aparentes de direitos, fraudando a lei: os denominados *laranjas*. A hipótese em tela causa perplexidade. A aquisição por interposta pessoa seria, evidentemente, um ato fraudulento que resultaria ou poderia resultar prejuízo aos credores, configurando o delito do art. 168, cuja pena é superior à prevista no presente tipo. Logo, não obstante a gravidade da conduta examinada, em que a fraude é requintada e bem esquematizada, a reprimenda é inferior àquela fixada para outras hipóteses genéricas de fraude.

O elemento subjetivo é o dolo genérico, consistente na vontade de se apropriar de bens pertencentes ao devedor ou integrantes da massa, desviá-los ou ocultá-los, consciente da situação em que se encontram.

Na aquisição por interposta pessoa, esse terceiro será co-autor na medida em que tenha vontade de adquirir bens pertencentes ao devedor, consciente de que com a prática desse ato está contribuindo para que outrem se aproprie, desvie ou oculte bens. Ressalte-se que se os bens adquiridos, ilicitamente, pertencerem à massa falida, o adquirente não será co-autor desse delito, mas autor do crime previsto no art. 174.

Mais uma vez, o legislador cria situação esdrúxula pelo uso inadequado da linguagem jurídica. Note-se que a conduta somente será típica se a apropriação, o desvio ou a ocultação atingirem dois ou mais bens. Se, por exemplo, apenas um bem for ocultado, a conduta não poderá ser tipificada no presente dispositivo legal. E, seria absurdo tipificá-la no art. 168, pois, nesse caso, se a ocultação fosse de um único bem, a pena seria maior do que se incidisse sobre dois ou até muitos bens.

#### Aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens

Art. 174. Adquirir, receber, usar, ilicitamente, bem que sabe pertencer à massa falida ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba ou use:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

O tipo penal, ora em comento, veio a ser introduzido por meio da subemenda à emenda global do substitutivo ao Projeto de Lei 4.376, nos trabalhos realizados pela Associação dos Advogados de São Paulo, a pedido do Deputado Osvaldo Biolchi, no ano de 1997. Neste lanço, a similaridade com receptação (art. 180 do CP) deixa manifesta a intenção dos autores do projeto de construir os tipos delitivos da nova lei, a partir de figuras típicas conhecidas pelos operadores do direito.

Quis-se proteger a massa falida, como forma de se respeitarem os fins aos quais se destina a falência: “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive, os intangíveis da empresa” (art. 75 da Lei 11.101/2005).

Tem-se aqui crime posterior à decretação da quebra, cuja objetividade jurídica se prende ao resguardo da administração da Justiça. Tutela-se o devido processo judicial da falência (art. 5.º, inc. LIV, da CF), assim como se conserva o direito de propriedade (art. 5.º, XI, c.c. art. 170, inc. II, ambos da CF).

O objeto material desta infração penal só pode ser bem pertencente à massa falida,<sup>690</sup> desse modo, depende o juízo da tipicidade da análise dos arts. 22, 108, 109 e 110 da Lei 11.101/2005. Tanto as coisas móveis, como as imóveis têm a possibilidade de serem atingidas pela conduta típica.

A aquisição pode se exibir onerosa ou gratuita, bem assim o recebimento pode ocorrer a qualquer título. O uso indevido do bem tinha de ser criminalizado,<sup>691</sup> pois, tratava-se de prática ilícita corrente como observa Arthur Migliari Júnior: “A experiência nos mostrou que inúmeros bens das massas falidas, notadamente imóveis e veículos, eram utilizados por terceiras pessoas ou até mesmo pelos próprios falidos ou pessoas vinculadas aos administradores da massa, ou até mesmo por terceiros que viam os imóveis lacrados e resolviam, *motu proprio* passar a utilizar os bens, sem quaisquer contraprestações à massa falida, em prejuízo dos credores”.<sup>692</sup>

O juízo da antijuridicidade, inserto na análise da tipicidade,<sup>693</sup> depende da verificação das previsões legais quanto à disposição de bens da massa, afirmação esta que veio a ser reforçada pelo legislador ao empregar o advérbio *ilicitamente*.

Admite-se a figura tentada apenas no atinente à primeira parte do tipo, na medida em que a ação típica de influenciar não se amolda à hipótese do art. 14, inc. II, do CP.

Tipo comissivo que produz resultado na modalidade própria, via de consequência, mostra-se crime material. Todavia, surge como crime formal no tocante à influência sobre o terceiro de boa-fé, reconhecida como modalidade imprópria.

Qualquer um pode ser autor ou participe deste crime, desde que adquira, receba ou use, ilicitamente, bem pertencente à massa. Ainda, pode caracterizar-se agente aquele que influi para aquisição, recebimento ou uso ilegal do referido bem por terceiro, de boa fé.

A configuração da conduta típica de influenciar o terceiro de boa-fé depende da efetiva aquisição, recebimento ou uso do bem pelo último, sob pena de frustrar-se a regra da *ofensividade*.<sup>694</sup>

Nas modalidades, própria e imprópria, constitui crime doloso,<sup>695</sup> exigindo-se o conhecimento de que o bem pertence à massa falida, para a adequação do tipo subjetivo.

Aludida ciência da origem do bem precisa ser antecedente ou contemporânea à ação. Parece imputável apenas o dolo direto.

<sup>690</sup> Assim, entendida: “...massa falida, a qual em sentido amplo e geral, significa o conjunto, o *totum* jurídico do ativo e passivo do devedor, sujeito da execução coletiva” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, Livro V, parte I, p. 135).

<sup>691</sup> Em sentido contrário: PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Nova Lei de Falências II*, p. 333.

<sup>692</sup> MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 447.

<sup>693</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, p. 52.

<sup>694</sup> Para alguns, princípio da *ofensividade*, como: PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 48-49.

<sup>695</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *As disposições penais na Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Crimes em espécie e procedimento*, p. 291.

A pesquisa quanto à boa-fé do terceiro depende da análise do quadro fático, valendo a experiência jurídica no campo da receptação culposa,<sup>696</sup> para auxílio quanto aos parâmetros do negócio jurídico levado a questionamento.

### Habilitação ilegal de crédito

**Art. 175.** Apresentar, em falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação falsas, ou juntar a elas título falso ou simulado:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Mais uma vez se preocupa o legislador em incriminar especialmente algumas condutas fraudulentas que, incidindo em momentos de grande fragilidade da vida econômico-financeira do devedor, podem acarretar sérios prejuízos aos interesses sociais envolvidos na atividade empresarial.

O crime tipificado no presente dispositivo, mais do que simples habilitação ilegal de crédito, é a criação artificiosa de débitos, comprometendo, ainda mais, a situação de desequilíbrio entre os ativos e o passivo do devedor, tornando maiores os riscos dos credores satisfazerem seus interesses, ou agravando seus prejuízos.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde o próprio devedor, até algum credor que tenha outro crédito verídico, passando por todos aqueles que de alguma forma possam levar aos autos da falência ou ao plano de recuperação de empresa, judicial ou extrajudicial, os documentos mencionados pelo dispositivo legal.

A norma tipifica a conduta de *apresentar* um dos seguintes documentos eivados de falsidade ideológica ou material: relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação. Além disso, cometerá o crime quem *juntar* a esses documentos título falso ou simulado.

*Apresentar* significa dar conhecimento da presença, pôr na presença, expor à vista, fazer constar. *Relação de créditos* é o rol de créditos que se conhece. *Habilitação de créditos* é documento em que, comprovando créditos, requer-se a habilitação para recebê-los. *Reclamação* é qualquer pedido, reclamo, para receber pagamento ou vantagem pretensamente devida.

A apresentação, em regra, se fará por petição, mas nada impede que se faça oralmente, situação na qual deverá ser reduzida em documento que passará a constar dos autos.

*Juntar a elas título falso ou simulado*, por sua vez, significa anexar aos documentos mencionados no tipo, título que consubstancie o crédito, material ou ideologicamente, falso ou simulado.

Título materialmente falso é aquele que sofreu indevida alteração na sua forma exterior ou seja, a cártula não é autêntica, foi fisicamente corrompido. Já o título ideologicamente falso é materialmente genuíno, vale dizer, sua cártula não sofreu qualquer interferência e se apresenta autêntica, mas seu conteúdo intelectual, os elementos nele lançados pelo emissor (verdadeiro) não correspondem à realidade.

<sup>696</sup> No mesmo sentido: MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 455.

O título simulado não deixa de ser ideologicamente falso. Mas a falsidade ideológica na simulação é bilateral. O título é verdadeiro materialmente, credor e devedor reconhecem os elementos intelectuais nele lançados, mas o fazem porque estão forjando a existência daquela relação jurídica que, em última análise, é falsa.

O elemento subjetivo é o dolo genérico: a vontade livre e consciente de apresentar na falência, na recuperação judicial ou na recuperação extrajudicial, documento de indicação, habilitação ou reclamação de crédito falso, bem assim, juntar a esses documentos título de crédito falso ou simulado.

Não é necessário que com a apresentação ou a ajuntada o agente tenha a finalidade de obter qualquer vantagem para si ou para outrem. Não se requer dolo específico para a configuração do delito.

### Exercício ilegal de atividade

**Art. 176.** Exercer atividade para a qual foi inabilitado ou incapacitado por decisão judicial, nos termos desta Lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

Protege-se a administração da Justiça, ao se incriminar quem descumprir decisão judicial de inabilitação ou incapacitação (art. 5.º, XXXV, da CF). Há interesse público de que tais decisões tenham eficácia (art. 93, inc. IX, da CF). Não se exige, *in casu*, o trânsito em julgado da decisão.

Tão só, aplica-se a infração penal a quem tenha sido imposta a inabilitação (art. 181, inc. I, da Lei 11.101/2005). Inexiste previsão legal de incapacitação na lei *sub examine*, não se admitindo a analogia para outros efeitos da sentença penal condenatória, em matéria de crime falimentar.

Há quem afirme típica a desobediência ao efeito da decisão de quebra que determina inabilitação do falido para atividade empresarial (art. 102 da Lei 11.101/2005). Embora, *a priori*, a descrição típica venha a se adequar ao caso, dificuldades não de emergir quando do juízo da tipicidade penal. Dentre outros motivos, porque não se prescindirá do estudo de quem é *falido*, em razão de cuidar-se de crime próprio.

Conforme o art. 1.º, como *falido* será tratado o empresário individual, entretanto, podem ser, desse modo, considerados os sócios de empresa de responsabilidade ilimitada (art. 81 da Lei 11.101/2005) e os sócios de sociedade de responsabilidade limitada que ainda sejam administradores desta (art. 81, § 2.º, da Lei 11.101/2005).<sup>697</sup>

Outro ponto que chama a atenção surge a questão da inexistência de prazo para a inabilitação,<sup>698</sup> prevista no art. 102 da Lei 11.101/2005, o que pode significar o surgimento de dúvida até mesmo quanto à constitucionalidade do dispositivo, ou no mínimo o exame da razoabilidade caso a caso. Nesse sentido, a configuração típica depende, também, do reconhecimento, ou não, das excludentes de ilicitude (art. 23 do CP).

<sup>697</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências*. p. 260.

<sup>698</sup> MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada*, p. 203.

É preciso ter em mente que o presente dispositivo não se amolda à hipótese de o juiz penal substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, em especial, pela interdição temporária de direito, do art. 47, inc. II, do CP. Afinal, o descumprimento injustificado da restrição imposta já implica a conversão em privativa de liberdade (art. 44, § 4.º, do CP c.c. art. 181, § 3.º, da LEP).

Ressalta-se que a ação típica se apresenta *exercer atividade*, portanto, o ato isolado não configura o crime, dependendo do desempenho de atos concatenados no tempo e no espaço (art. 966 do CC), objeto de inabilitação judicial. Dessa maneira, a consumação se dá com o efetivo exercício da atividade.

Pode-se acatar a tipicidade da tentativa (art. 14, inc. II, do CP), se interrompido o exercício antes de caracterizada, no tempo, a atividade.

O elemento cognitivo constitui aspecto fundamental para a análise do tipo subjetivo. O autor tem de possuir a consciência da determinação judicial da inabilitação, para cometer a infração penal, dado o caráter doloso do crime.

Assim, torna-se possível prever que, para os que aceitam a tipicidade da infração penal quanto à inabilitação como efeito da decisão de quebra (art. 102 da Lei 11.101/2005), surgirão hesitações na prática, inclusive em razão da eventual ocorrência de erro sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP).

De qualquer forma, não parece prudente desprezar o tempo de inabilitação, incorrido desde a sentença decretatória da falência (art. 102 da Lei 11.101/2005), sem descontá-lo do período de até cinco anos após a extinção da punibilidade, a ser imposto pelo juiz como prazo para inabilitação para o exercício de atividade empresarial (art. 181, inc. I e § 1.º, da Lei 11.101/2005).

Solução diversa pode acarretar exacerbação no tempo da inabilitação, com evidente violação à dignidade do falido (art. 1.º, inc. III, c.c. art. 6.º, ambos da CF). Sem dizer que tal desconsideração poderia induzir à ocorrência de *bis in idem*.

### Violação de impedimento

**Art. 177.** Adquirir o juiz, o representante 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 de massa falida ou de devedor em recuperação judicial, ou, em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro, quando tenham atuado nos respectivos processos:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Com o presente dispositivo se almeja garantir um distanciamento patrimonial e negocial entre o devedor ou a massa falida e os principais atores imparciais do processo falimentar ou de recuperação judicial de empresa. Somente com esse impedimento pode-se resguardar a imparcialidade dos sujeitos e a credibilidade do processo.

Os sujeitos que devem manter distanciamento são: qualquer juiz, o representante do Ministério Público, o gestor judicial, o perito designado, o avaliador, o escrivão, o

oficial de justiça e o leiloeiro que tenham, de qualquer modo, a qualquer tempo, atuado na falência ou na recuperação judicial da empresa.

O dispositivo legal tipifica criminalmente duas condutas: *adquirir* bens da massa falida ou de devedor em recuperação judicial; “entrar em alguma especulação de lucro”.

*Adquirir* significa obter a propriedade ou a titularidade do bem. Pouco importa o valor ou a forma da aquisição. Pode ter sido por valor muito superior ao de mercado. O que configura o delito não é o prejuízo aos credores ou o enriquecimento ilícito do agente, mas a simples realização do negócio jurídico com sujeito com qual ele não podia se relacionar. Trata-se de crime de perigo abstrato.

O crime estará configurado mesmo que a aquisição seja feita por interposta pessoa.

Já a conduta “em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro”, parece se referir à possibilidade de obtenção de ganho indevido de alguma forma decorrente da situação dos bens do devedor ou da massa. Entretanto, a conduta descrita é tão vaga e imprecisa que não preenche os requisitos mínimos de segurança, clareza e certeza implícitos no princípio da legalidade.

Não há crime sem conduta previamente descrita, mas não qualquer descrição, a conduta descrita deve ser clara, precisa, certa, inteligível com segurança. Não se pode, sobretudo em direito penal, salvar a norma a qualquer custo, com interpretações em desacordo com a técnica jurídica e os princípios da linguagem normativa. Esse tipo de interpretação é inapropriada, *salvacionista*, compromete a liberdade individual, viola o princípio da legalidade e envergonha os verdadeiros operadores da moderna dogmática penal.

### Omissão dos documentos contábeis obrigatórios

**Art. 178.** Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

Nos trabalhos da Associação dos Advogados de São Paulo, nos idos de 1997, optou-se por excluir essa figura típica da subemenda à emenda global do substitutivo ao Projeto de Lei 4.376. Havia a consciência de que o automatismo na aplicação da sanção penal, ao tempo da vigência do art. 186, inc. VI, do Dec.-lei 7.661/1945,<sup>699</sup> fazia prudente abandonar esta infração criminal, como tipo autônomo.

A omissão seria relevante como meio para cometimento de fraude (art. 206, inc. II, da Subemenda), ou poderia ser tipificada na conduta da indução a erro (art. 210, da Subemenda). Na Lei 11.101/2005, ambas as previsões permaneceram, respectivamente: no art. 168, § 1.º, inc. II, agora, como causa de aumento de pena; e no art. 171, com redação mais ampla.

<sup>699</sup> Confirmam-se os arestos coletados por: BEZANHO, Luiz Carlos. Crimes Falimentares. v. 2, p. 1.126-1.227.

Entretanto, como antes já se havia o denominado, o velho fantasma ressurgiu no art. 178 da Lei em vigor.<sup>700</sup> As críticas não se mostraram poucas a esse crime, pois, exsurge como crime de perigo presumido, o que não se coaduna com os ditames do direito penal contemporâneo, como bem observam Luiz Guilherme Moreira Porto e Helena Regina Lobo da Costa.<sup>701</sup>

Com razão, Renato de Mello Jorge Silveira anota sobre o crime em comentário: “Trata-se de uma antecipação da tutela penal, comum nas relações penais econômicas, mas, bastante reprovada pela dogmática liberal, a qual, não raro, a entende por inconstitucional por não configurar a devida lesividade ao bem jurídico”.<sup>702</sup>

A única maneira de considerar-se a conduta – se típica, dada a exclusão das hipóteses de fraude (art. 168 da Lei 11.101/2005) e de indução a erro (art. 171 da Lei 11.101/2005) – seria exigir-se o prejuízo ou perigo de dano a credores ou à massa.<sup>703</sup> Tem de existir algum nexo entre a conduta de omitir documentos contábeis e o fato atinente à falência, sob pena de infringir-se o *nullum crimen nulla poena sine culpa*.

Ademais, não há o menor cabimento, no campo do tipo subjetivo, deixar-se de perquirir a efetiva ciência dos sócios e dos administradores, quanto à eventual lacuna nos documentos da escrituração. Nem se pode admitir a imputação em face somente destes, desconsiderando-se outras pessoas que se omitiram, porque inválida deve-se considerar a ação penal pública incondicionada, em virtude da violação à regra da indivisibilidade. Assim, quando há co-autoria ou participação (art. 29 do CP),<sup>704</sup> também neste crime, devem todos constar da denúncia (art. 41 do CPP).

O elemento normativo *documentos de escrituração contábil* identifica-se lhe o significado nos arts. 1.179 e 1.195, do CC.<sup>705</sup> O juízo da ilicitude, assim, se completa com a análise acurada das disposições de direito privado. Desse modo, a determinação ao profissional habilitado de fazer a escrituração (art. 1.182 do CC) tem importância para a tipicidade.

A natureza omissiva desta infração penal afasta a tipicidade da tentativa. No entanto, consuma-se o crime ao se deixar de elaborar, escriturar ou autenticar documento essencial à escrituração contábil, se presente o injusto.

## Seção II Disposições comuns

**Art. 179.** Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

O legislador penal utiliza-se de recurso de linguagem normativa de eficácia duvidosa. Aplica no presente dispositivo técnica de ficção jurídica, pela qual busca equiparar, para efeitos penais, sujeitos que ocupam posições jurídicas distintas e possuem, também, naturezas diversas.

Afirma o dispositivo que, no âmbito da nova Lei, sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se, para todos os efeitos penais, ao devedor.

Cumpra, nesse passo, esclarecer quem é o devedor, as razões da equiparação, as possibilidades de equiparação e quais são “todos os efeitos penais”.

*Devedor*, nos termos da Lei (art. 1.º) é o empresário individual ou a sociedade empresária, excluindo-se do conceito empresas públicas, instituições financeiras, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedades de capitalização e outras a essas legalmente equiparadas (art. 2.º).

A equiparação se dá para que o termo *devedor*, utilizado nos tipos legais de crimes, possa ser interpretado como sendo qualquer pessoa que, no âmbito da sociedade empresária, tem poder ou atribuição para praticar as condutas descritas como realizadas pela sociedade.

Com efeito, as pessoas jurídicas não podem ser responsabilizadas pelos crimes previstos na presente lei. Logo, quando os tipos se referem ao devedor, estão se referindo aos sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito.

Não há, portanto, equiparação objetiva. Há mera equiparação para fim de linguagem jurídica, para permitir interpretação *aparentemente* ampliativa do tipo penal, sem ferir o princípio da legalidade.

Não há qualquer possibilidade de interpretação do presente dispositivo para considerar todos os sujeitos mencionados como responsáveis conjuntamente para todos os efeitos penais. Aliás, a norma autoriza a equiparação apenas hipoteticamente. Jamais há que se pensar que o tipo cria alguma espécie de responsabilidade solidária em matéria criminal.

Na verdade, como na maior parte das vezes, as condutas penalmente relevantes se perfazem no âmbito de pessoa jurídica, é evidente que os crimes podem ser praticados

<sup>700</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Contribuição ao estudo dos crimes falimentares. p. 607.

<sup>701</sup> PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. Nova Lei de Falências II. p. 334.

<sup>702</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As disposições penais na Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Crimes em espécie e procedimento. p. 293.

<sup>703</sup> PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. Nova Lei de Falências II. p. 334.

<sup>704</sup> MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, p. 461.

<sup>705</sup> Idem, p. 460.