**ESTUDO DE CASO**

**CRIME FALIMENTAR EM FACE DE SIMULAÇÃO DE AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL[[1]](#footnote-1)**

*José Muniz Neto[[2]](#footnote-2)*

1. **DESCRIÇÃO DO CASO**

Aki Batistaka, Ali Batitambore e Akolah Batikartera, sócios da Ene & Ergúmenos Empreendimentos Hoteleiros LTDA, simularam aumento de capital social, despesas extraordinárias, dívidas ativas/passivas e perdas de sua empresa, no intuito de se beneficiar de crédito especial em face de seu novo valor de capital social, alterando-o de R$66.666,00 para R$666.666,00, com cotas a integralizar. Além disso, também se constatou o aumento do capital de bens imóveis e dos equipamentos da empresa. Após 60 dias da referida simulação, foi proferida sentença de decretação de falência dos empresários supracitados e, por conta disto, os credores alegam o cometimento de crime falimentar visando a responsabilização tantos dos sócios quanto da própria empresa enquanto pessoa jurídica de direito privado.

Conforme exposto, foi decretada a falência da referida empresa. A falência é um meio extintivo da pessoa jurídica. Ensina-nos José Francelino de Araújo que falência consiste em “um conjunto de bens de execução forçada coletiva patrocinada pelo Estado, que, visando à proteção do crédito, como fator de riqueza, cumpre a promessa de partilhar os bens do devedor para que haja a *par conditio creditorum*”(ARAÚJO, 2009. p. 25). De acordo com o conceito exposto, cabe processo falimentar às empresas individuais e sociedades empresárias, entretanto o art. 2º da Lei de Falência exclui algumas da possibilidade de decretação de falência. Desta forma, é visível a possibilidade de decretação falimentar em face da sociedade empresária em questão, pelo fato desta se tratar de uma sociedade limitada.

A falência tem como características primordiais que o devedor seja empresário (individual ou sociedade empresarial) e a existência de impontualidade com protesto. A esta última cabe maiores elucidações, visto que a insolvência cabível no processo falimentar é a financeira, ou seja, aquela consistente na falta de expectativa de recebimento de capital para honrar com suas dívidas. Esta é a insolvência definitiva do empresário. Os efeitos deste processo são vistos no art. 99 da Lei de Falências, conforme se pode ver:

“Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...] II – **fixará o termo legal da falência**, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1o (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados; III **– ordenará ao falido que apresente**, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, **relação nominal dos credores**, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência; [...] V – **ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido**, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1o e 2o do art. 6o desta Lei; [...] VIII **–** **ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão "Falido", a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei**. [...] X – **determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades** para que informem a existência de bens e direitos do falido; XI – **pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos**, observado o disposto no art. 109 desta Lei;[...]” (LEI 11.101, 2005)(grifei.).

Além destes efeitos, cabe-nos elencar também a impossibilidade do empresário em procedimento falimentar de exercer a função empresarial até o adimplemento das dívidas, antecipação dos créditos vincendos, suspensão da fluência de juros (art. 124 da Lei de Falência) e da prescrição, formação da massa falida objetiva, a qual consiste na arrecadação dos bens do devedor.

Por fim, é relevante frisar que a falência apresenta quatro legitimados para propor a liquidação da empresa. Fábio Ulhôa Coelho nos afirma que cabe concorrentemente ao próprio empresário requerer sua autofalência, quando for perceptível a impossibilidade de recuperação judicial, aos sócios ou acionistas da sociedade empresária e, por fim, aos credores, os maiores interessados no processo concursal (COELHO, 2011. p. 243).

Como disposto no caso em tela, a conduta mencionada pelos sócios subsume-se no artigo 168, §1º, IV, da Lei 11.101, a qual tutela o procedimento falimentar e de recuperação de empresas, conhecido como fraude contra credores. O artigo dispõe:

“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:**[...] IV. Simula a composição do capital social;**”(LEI 11.101, 2005) (grifei.).

De acordo com este dispositivo podemos fazer a análise da conduta cujo *nomen iuris* é fraude contra credores. Como elementar normativa pode se afirmar a necessidade de decretação da sentença declaratória de falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial. Não ocorrendo tais fatos, portanto, o ilícito perderia sua elementar normativa, não podendo ser punido nesta seara. Quanto ao elemento subjetivo, afirma-nos Menegon:

“O elemento subjetivo geral do delito é o dolo, identificado na livre e consciente vontade do agente em praticar o ato fraudulento. Ainda, existe a previsão no dispositivo de conduta específica, devendo ser a fraude realizada com o fim específico de obter ou assegura vantagem indevida para si ou outros. Trata-se de elemento-conduta indispensável na configuração de finalidade específica, pois, mesmo que praticado o ato fraudulento e configurado o prejuízo real não se constatar a intenção específica de obter ou assegurar vantagem indevida, não existirá o crime.” (MENEGON, 2007. p. 25)

Conforme exposto, podemos frisar a necessidade de *animus damni* e de *consilium fraudis*. Neste sentido, nos elucida Marcelo Aguiar Pereira:

“Na fraude contra credores ou fraude pauliana há de se observar o elemento objetivo, qual seja, o *eventus damni,* consistente na diminuição ou esvaziamento do patrimônio do devedor já insolvente, ou pelo negócio jurídico reduzido à insolvência; e o elemento subjetivo, ou *consilium fraudis,* que se caracteriza pela ma-fé, pelo intuito fraudulento. Em contraposição ao que defendia Beviláqua, o *consilium fraudis* é essencial para determinar a fraude e tornar anulável o negócio jurídico.” ( PEREIRA, ¿. p. 03-04)

Em relação aos sujeitos, podemos caracterizar tal crime como um crime próprio. Ecio Perin reafirma tal fato: “o sujeito ativo deste crime é o empresário falido ou em recuperação judicial ou extrajudicial, tratando-se então de crime próprio, podendo ainda outras pessoas responder, na medida de sua culpabilidade, pelo mesmo crime, conforme §3º.” (PERIN JUNIOR, 2006. p. 367-368).

1. **IDENTIFICAÇÃO E ANÁLISE DO CASO**
   1. **Descrição das decisões possíveis:**
2. **Responsabilização apenas dos Sócios.**
3. **Responsabilização conjunta dos Sócios e da Pessoa Jurídica.**
4. **Não responsabilização de nenhum ente por crime falimentar.**
   1. **Argumentos Capazes de Fundamentar cada Decisão.**
5. **Responsabilização apenas dos Sócios.**

Como foi visto no caso em questão, para que haja a subsunção da conduta criminosa dos sócios ao art. 168, §1º, IV, da Lei de Falência faz-se necessária a decretação da falência dos empresários. No ato de formação de uma sociedade empresarial, os sócios passam a ter responsabilidade pelos atos praticados pela empresa e suas respectivas consequências. Em face disto, podemos perceber a presença da Teoria da Responsabilidade Subjetiva, a qual se faz presente no Código Penal brasileiro. Ensina-nos Carlos Roberto Gonçalves que “diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.” (GONÇALVES, 2012. p. 68).

Em relação ao modelo de sociedade, a sociedade limitada apresenta um regime jurídico de responsabilidade bastante específico, o qual está abordado no art. 1.052 do Código Civil brasileiro, o qual aponta a responsabilidade do sócio no limite de sua quota do capital social da empresa. Arnoldo Wald afirma que “a limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios de sociedades limitadas está prevista no art. 1.052 do Código Civil, que estabelece que os sócios respondem unicamente pelo valor de suas quotas, mas solidariamente pela integralização do capital.” (WALD, 2012. p. 225). Desta feita, percebe-se que a sociedade limitada oferece ao sócio uma maior segurança quanto à utilização de seus bens pessoais para arcar com dívidas de sua empresa. Neste mesmo sentido dispõe o art. 82 da Lei de Falência, o qual afirma que a responsabilidade pessoal dos sócios e dos funcionários de confiança, na sociedade limitada, deve ser apurada na própria análise da falência (LEI 11.101, 2005).

Embora o Código Civil preveja o princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária, o qual fundamenta a limitação da responsabilidade dos sócios às suas quotas do capital social da empresa quando em regime de sociedade limitada, sabe-se que o próprio Código prevê também o instituto da desconsideração da personalidade jurídica dos sócios. Maurício Faria da Silva elucida: “Conclui-se: em nome da segurança jurídica e de seus reflexos sociais, para a aplicação do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, não é suficiente apenas a insolvência da empresa.” (SILVA, 2011. p. 157). Portanto, se faz necessária a justificativa plausível para a aplicação desta teoria.

Por fim, é relevante frisar o disposto no art. 179 da Lei de Falência. O referido artigo afirma que na falência os sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, serão responsabilizados em face dos efeitos penais na medida de sua culpabilidade (LEI 11.101, 2005). Da leitura do dispositivo podemos vislumbrar que em momento algum o legislador citou a responsabilização da pessoa jurídica, estabelecendo apenas o concurso para todos aqueles que ocuparem cargos de extrema confiança e importância à empresa. Portanto, não se enxerga durante toda a argumentação a possibilidade de condenar penalmente a Pessoa Jurídica, a qual é vedada pelo art. 5º, XLV, da Constituição Federal brasileira de 1988.

1. **Responsabilização conjunta dos Sócios e da Pessoa Jurídica.**

Como foi visto na decisão de responsabilizar apenas o sócio, a possibilidade de responsabilização do sócio é amplamente defendida pela doutrina e abarcada pelo Ordenamento Jurídico*.* Quanto à responsabilização da pessoa jurídica, cabe-nos demonstrar o entendimento de alguns dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

O min. Ricardo Lewandowski, no voto proferido mediante o *habeas corpus* nº 92.921-4/BA (anexo 1), reconheceu a possibilidade de responsabilização penal da Pessoa Jurídica. Sabe-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional utilizado para combater lesão à liberdade de locomoção do paciente. Quando o min. defende a possibilidade de instauração de *habeas corpus* por pessoa jurídica, está defendendo automaticamente a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. De acordo com o min. Lewandowski necessita que a dupla imputação se dê em referência à lesão reflexa à pessoa física e por isso a possibilidade de instauração do *habeas corpus* por pessoa jurídica. Neste mesmo sentido, pensa a ministra Carmen Lúcia.

Além disso, é importante frisar que o art. 225, §3º, da Constituição Federal quando prevê a possibilidade de responsabilização penal do Pessoa Jurídica em casos de crimes ambientais. Tal possibilidade abre precedente para a análise da questão da responsabilização penal da Pessoa Jurídica. Essa abertura de precedente torna plausível esta questão, visto que uma vez punido criminalmente por danos ambientais, apresenta-se um impasse na Constituição de 1988, em face do art. 5º, XLV, da mesma. Neste mesmo sentido analisa o min. do STJ, Gilson Dipp, no Recurso Especial 564960/SC (anexo 2).

Portanto, a responsabilização pelo crime de fraude contra credores exposto em tela pode ser aplicada para os sócios e para a própria pessoa jurídica conjuntamente. Além disso, conforme já exposto anteriormente, também é possível a responsabilização de terceiros que contribuíram para a conduta criminosa, desde que sejam responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

1. **Não responsabilização de nenhum ente por crime falimentar.**

Conforme exposto no caso em tela, para a caracterização do crime de fraude contra credores, faz-se necessário que a prática da conduta fraudulenta traga ou possa acarretar prejuízos aos credores. Não havendo tal condição elementar, poderá ocorrer atipicidade relativa, não respondendo os empresários por crime falimentar. Desta feita, não ocorreria a responsabilização de ninguém (sócios, empresa ou terceiros), visto que o juiz deve analisar as provas do cometimento da conduta e seus resultados.

Além disso, pode-se frisar a importância do recurso para tal decisão. Na falência, contra sentença declaratória cabe agravo e contra decisão denegatória da falência cabe apelação, conforme disposto no art. 100 da Lei de Falência. O recurso aplicável no caso em tela é o agravo por instrumento, pois já foi proferida a decisão declaratória de falência. Tal recurso deverá ser interposto no prazo de 10 dias após a publicação da decisão declaratória. Fábio Ulhôa Coelho afirma que “o agravo é interponível contra a sentença declaratória da falência em qualquer caso, independentemente do fundamento da quebra.” (COELHO, 2013. p. 283). No caso da sentença declaratória da falência da empresa descrita no presente estudo de caso, interpondo os sócios recurso, qual seja o agravo de instrumento, e este seja deferido, a elementar normativa do crime de fraude contra credores desapareceria. Portanto, ocorreria a perda do objeto da ação penal, visto a inexistência da elementar normativa do crime de fraude contra credores.

1. **Descrição dos Critérios e Valores Contidos em cada Decisão Possível.**
2. **Responsabilização apenas dos Sócios.**

- Teoria da Responsabilidade Subjetiva; Má-fé dos empresários; Desconsideração da Personalidade Jurídica; Responsabilidade em concurso, de acordo com o art. 179 da Lei de Falência.

1. **Responsabilização conjunta dos Sócios e da Pessoa Jurídica.**

- Teoria da Responsabilidade Subjetiva; Responsabilização da Pessoa Jurídica por crime ambiental; Precedente constitucional para responsabilização.

1. **Não responsabilização de nenhum ente por crime falimentar.**

**-** Inexistência de elementar normativa do crime de fraude contra credores; Recurso (agravo de instrumento) contra decisão declaratória de falência; Perda de objeto do crime falimentar.

**REFERÊNCIAS**

ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas** / José Francelino de Araújo . – São Paulo : Saraiva, 2009. (*ebook)*

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei 10.406 de 10/01/2002. Brasília: Diário Oficial da União, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05/10/1998. Brasília: Diário Oficial da União, 1998.

BRASIL. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** Lei 11.101 de 09/02/2005. Brasília: Diário Oficial da União, 2005.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº92.921–4, 1ª Turma, BA, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador .jsp?docTP=AC&docID=550495](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador%20.jsp?docTP=AC&docID=550495)>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº564.960 – SC, 5ª Turma, SC, 01 de junho de 2006. Disponível em: <<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_564960_SC_02.06.2005.pdf?Signature=FkUKfRUonM%2B2D4AwN81zKXKK8lQ%3D&Expires=1379080582&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> >. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. - São Paulo : Saraiva, 2012. (*ebook*)

COELHO, Fábio Ulhoa**. Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas** / Fábio Ulhoa Coelho. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. (*ebook*)

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa. v. 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. (*ebook*)

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial** : direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. – 24. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. (*ebook*)

MENEGON, Filipe. **Aspectos objetivos e procedimentais dos crimes falimentares conforme a nova lei de falências e recuperação de empresas.** 2007. Disponível em: **<** <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Filipe_Menegon.pdf>>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

PEREIRA, Marcelo Aguiar. **Fraude contra credores e fraude à execução.** ¿. Disponível em: <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B39050F8B-D6BC-4870-8ABF-FEB4DCA94866%7D \_1.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B39050F8B-D6BC-4870-8ABF-FEB4DCA94866%7D%20_1.pdf)>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2006.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito de empresa, v. 8 / Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes, Alexandre de Mendonça Wald. – São Paulo : Saraiva, 2012. (*ebook*)

1. Case referente à disciplina de Falência e Recuperação de Empresas do curso de Direito, UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluno da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, curso de Direito, 6º semestre noturno. [↑](#footnote-ref-2)