

A FALÊNCIA E SUAS REPERCUSSÕES PENAIS

Luiz Gonzaga Modesto de Paula¹

Introdução

A Constituição Federal, em seu parágrafo 5º do art. 173, tratando dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, adotou a teoria causal do direito penal para estabelecer: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. , e em seu parágrafo quinto: “...§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

A teoria do direito penal oscila entre duas correntes antagônicas: a teoria causal da imputabilidade e a teoria finalística. Pela primeira, a responsabilização penal se dá conforme o resultado da ação humana, independentemente da vontade consciente de alguém de infringir a lei, o que leva a distinguir os crimes em dolosos e culposos, de acordo com a critério subjetivo da caracterização da vontade humana de produzir um resultado lesivo. A outra corrente é a teoria finalística que defende a imputação como decorrência do simples resultado da ação. Hans Welzel, que em primeiro lugar discorreu sobre a prevalência da teoria finalística, considera que todo comportamento do homem possui uma finalidade dirigida por sua vontade, e que ele não pode ser responsabilizado por eventos aos quais não deu causa e nem assumiu os riscos de produzi-los.¹ Há de se investigar se a sua conduta foi no sentido de produzir um resultado ou o resultado ocorreu em desconformidade com a sua ação consciente. Agride o sentimento de Justiça a penalização criminal de um motorista que dirigindo o seu veículo com toda a precaução acaba se envolvendo em um acidente para o qual não concorreu, ao contrário daquele motorista bêbado que dirigindo o seu veículo nessas condições acaba por produzir um evento danoso a integridade física de terceiros. E, a Lei de Falência e Recuperações, por sua vez, destoando da opção constitucional, adotou a teoria finalística em seus arts. 168 a 188, tratou de estabelecer para o empresário falido a possibilidade de se ver punido criminalmente pela prática

¹ Mestre e doutorando em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da mesma Universidade.

de atos ou omissões relativas ao exercício regular da atividade empresarial, com ou sem a sua participação direta, admitindo “a priori” que, na qualidade de responsável pelo funcionamento da pessoa jurídica que titulariza, é também responsável por eventuais ilicitudes praticadas pela pessoa jurídica.

O mesmo ocorre na esfera do direito tributário que, nos arts. 131 a 135 do Código Tributário Nacional, prescreve a responsabilidade tributária dos sucessores e de terceiros, que, evidentemente, não participaram da eventual conduta ilícita. O disposto nos arts. 134 e 135: confirmam: “Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;ⁱⁱ VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.”, e, adiante: “Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.” E, o art. 135: “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.ⁱⁱⁱ

A inerência do risco na atividade empresarial

Sabemos que a atividade empresarial apresenta riscos na sua prática e que esses riscos são inerentes à atividade, mas, na maioria das previsões legislativas, existe a possibilidade de punição do empreendedor pelo simples fato de não ter tido sucesso no seu empreendimento. Não procura apenas punir a conduta criminosa objetiva, na qual o empresário se utiliza da pessoa jurídica para a prática de delitos comuns ou contra a ordem econômica ou a tributária, mas prevê a punibilidade com fundamento no mal resultado da atividade empresarial, sem se importar com a subjetividade da ação. O denominado Direito Penal Econômico e o Direito Penal Tributário cercam a atividade empresarial prevendo, não a prática de ações ou omissões

indesejadas pela ordem jurídica pelo empresário, mas o resultado efetivo dessa atividade. Assim, o empresário é passível de punição quando este age em desconformidade com a legislação empresarial ou contra os termos de seu contrato social ou estatuto; e ao mesmo tempo, igualmente, quando a sua atividade, por melhores que tenham sido a sua intenção, resultaram em prejuízo.

A legislação falimentar

Também a legislação falimentar atual prevê a punição do empresário pelo simples fato de que a sua atividade não logrou êxito, adotando a teoria finalística em seu pior aspecto: a ação é punível de acordo com o resultado aferido, pouco importando se a atividade foi consciente ou decorreu do simples exercício de regular atividade empresarial. Para a legislação falimentar não há nenhum limite entre a ação delituosa e a ação inexitosa. Isto é, aplica a teoria finalista da lei criminal, que pune a atividade pelo seu resultado, sem se importar sobre as suas condicionantes.

As exclusões objetivas

A maior prova dessa assertiva é a premissa contida na legislação falimentar criminal de que o crime falimentar se consuma apenas quando existe, anteriormente, a sentença de quebra. Se o juiz, por qualquer motivo, deixar de decretar a falência do empresário ou da sociedade empresária, não há de se cogitar de instauração de processo criminal, mesmo tendo ocorrido, sem a menor sombra de dúvida, as previsões contidas nos arts. 168 e seguintes da lei falimentar., Como corolário dessa afirmação, verificamos que a legislação falimentar não cogita de ser passível de punição por prática de ato ilícito empresarial se antes não tiver sido decretada a falência do empresário, concedida a recuperação judicial ou a extrajudicial, como diz, com todas as letras o art. 180 da Lei: “A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.”

Ou seja, raciocinando-se ao contrário, parece que a lei imuniza o empresário pelas práticas descritas nos arts. 168 a 178 da Lei Falimentar e que este só será passível de punição por essas práticas, se e quando tiver a sua falência decretada ou deferido pedido de recuperação. A decretação de falência e a concessão de recuperação são as condições objetivas de punibilidade. Aí está o caráter odioso da lei falimentar que não pretende punir ou evitar a prática dos atos individualizados nos arts. 168 a 178 da lei, mas punir o empresário cuja atividade não foi exitosa e sobreveio a decretação de sua falência ou exigiu dele o pedido de recuperação

judicial ou extrajudicial. Mirabete já antecipou que as condutas puníveis pela lei falimentar “Situam-se fora do dolo do agente e estão sujeitas a um acontecimento incerto e posterior ao fato criminoso.”^{iv} Bitencourt também já denunciou que: “Sem a decretação da falência ou da recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, não se pode falar em “crime falimentar” e muito menos em ação penal decorrente de tais crimes.”^v Jane Silva, em artigo publicado na coletânea “Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas” de Osmar Brina Corrêa-Lima e Sergio Mourão Corrêa-Lima^{vi} afirma que: “Basta uma leitura da já vasta bibliografia existente sobre a Lei nº. 11.101/2005, para verificarmos que há uma tendência a se deixar de lado sua parte criminal.” Cita especialmente Arthur Migliari Junior que remete aos estudos de Rubens Requião.^{vii}

O legislador atual não pretendeu impedir a prática das ações tipificadas nos arts. 168 a 178 da Lei Falimentar, porque se o quisesse teria incluído tais práticas no Código Penal que é o lugar próprio para se definir as condutas indesejadas pela ordem jurídica. Ao condicionar essas práticas a um evento futuro e incerto pretende punir, em verdade, não a prática desses atos, mas a própria atividade empresarial, com completo desprezo pela inerência do risco dessa atividade sumamente necessária para a economia do país. Quando o legislador condiciona o exercício da ação penal a esse acontecimento futuro e incerto é claro que ele não pretende impedir a prática desses atos, mas tornar ainda mais arriscada a atividade empresarial transformando-a numa aventura e não uma necessidade para a economia global.

O limite monetário da conduta criminosa.

Outro argumento que reforça a adoção dessa visão medieval da atividade econômica é o fato de que não existe qualquer crime, mesmo que o empresário pratique todos os atos desenhados nos arts. 168 a 178 da Lei Falimentar, se a sua dívida for inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, em face do que preceitua o art. 94, inciso I da Lei,^{viii} porque, nesse caso, a sua falência não poderá ser decretada e, portanto, não ocorrerá a condição de punibilidade. Diz o art. 94: Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;”. Ora, se não puder ser decretada a falência por dívida inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, também não poderá ser instaurado nenhum processo crime contra alguém que só tem dívidas abaixo desse valor.

O limite societário da conduta criminosa

Outra disposição que reforça o que dizemos é a diferenciação que a Lei Falimentar faz entre os possíveis criminosos, que muito embora, pratiquem o mesmo ato considerado lesivo à ordem pública, são diferentemente apenados, em razão de uma condição absolutamente estranha que é o fato de ter uma constituição empresarial diferente: se se tratar de uma empresa de pequeno porte ou microempresa, o empresário, seu titular, praticante dos mesmos atos previstos nos arts. 168 a 178, terá a sua pena reduzida, não em decorrência de fatos diretamente ligados à sua pessoa ou ao ato punível, mas à qualidade da empresa que titulariza. Diz o § 4º do art. 168 da Lei Falimentar: “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.”

Conclusões

Como se vê, o desenho legislativo dos antigamente denominados “crimes falimentares” e hoje simplesmente “crimes em espécie” está inegavelmente corrompido pelo sentimento antigo sobre o falido como verdadeiro criminoso, “fraudadores, enganadores, velhacos”.^{ix}

A Lei de Recuperações e Falência do direito brasileiro (Lei Federal nº. 11.101, de 2005) manteve o caráter odioso da Idade Média equiparando o falido ou o empresário em recuperação judicial a um criminoso. Fez mais. Equiparou sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros ao falido “criminoso”. A culpabilidade por equiparação está determinada nos arts. 179 e 180 dessa Lei: “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.

A simples leitura dos arts. 168 a 178 da Lei Falimentar mostra que temos razão, porque tais hipóteses ou já estão configuradas no Código Penal ou podem ocorrer sem que o empresário tenha qualquer responsabilidade sobre o evento colocado na hipótese normativa. De fato, o art. 168, trata da hipótese da prática de “fraude a credores”, de uma maneira vaga e imprecisa, resultando, na prática, que nenhum juiz poderá imputar esse comportamento a alguém sem uma grande dose de arbitrariedade. Diz o art. 168, que: “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. ”

O que é “ato fraudulento” na atividade empresarial? Vender abaixo do custo em procedimento normal de “marketing”? Dizer que o seu produto é melhor do que o do concorrente? Nos incisos I a V desse artigo verifica-se que o legislador entende ser fraudulento a ação de empresário que: “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.” e ainda, manteve que “contabilidade paralela”, vulgarmente denominada de “caixa dois”. Todas essas condutas já estão previstas no Código Penal, como crimes autônomos, e não poderiam estar condicionados à prévia decretação de falência ou pedido de recuperação. Se o empresário comete qualquer das condutas descritas nos incisos I a V do citado art. 168 da Lei de Falência e Recuperações, independentemente de decretação anterior de falência ou no curso de pedido de recuperação, haverá que ser punido. Em outras palavras: se o empresário desonesto elabora escrituração fiscal com dados inexatos, pratica a denominada “caixa dois”, corrompe dados contábeis, simula a composição do capital social para obter empréstimo bancário, mas não tem a sua falência decretada e nem requereu os benefícios da recuperação judicial ou extrajudicial, estará ele isento de pena? Se todas essas condutas são crimes autônomos, como previstos nos arts. 151, 152, 153, 154 do Código Penal, art. 195 da Lei 9.279/96, arts. 171, 175, 177 do Código Penal, no art. 11 da Lei 7.492/86, e na Lei n. 8.137/90, evidentemente não há necessidade de reproduzi-los porque essa reprodução na Lei de Falência e Recuperações que tem a finalidade de preservação da empresa e proteção da atividade econômica e seu fim social só tem o caráter de grave ameaça à atividade empresarial, sem nenhum outro resultado prático.^x

O que queremos ressaltar é que qualquer dessas condutas é crime por si só, não importando se houve ou não decretação de falência para se caracterizar o caráter criminoso dessas condutas, porque, qualquer delas, mesmo se não for decretada a falência do empresário, ele estaria sujeito às penalidades porque estaria infringindo os termos do seu respectivo contrato

social e utilizando a pessoa jurídica para a obtenção de fins ilícitos, como por exemplo a sonegação fiscal. A manutenção dessas hipóteses na Lei Falimentar em nada agrega na necessidade de ser a atividade empresarial uma atividade de risco minimizado.

Como diz Manoel Justino Bezerra Filho, nas notas finais da introdução aos seus comentários sobre a Lei 11.101/2005: “Finalmente, não há qualquer dúvida no sentido de que a lei anterior deveria ser reformulada, pois não se prestava às necessidades do momento atual da vida empresarial. No entanto, o lamentável é que se tenha discutido durante onze anos para se chegar a pouquíssimo resultado positivo. De qualquer forma, é necessário agora examinar com espírito científico a Lei, despido de qualquer preconceito, para, mesmo após essas críticas, tirar de seus artigos aquilo que de melhor neles exista para o fim pretendido de recuperação das empresas em crise, de um lado, e, de outro, para a falência da empresa cuja situação econômico-financeira demonstre ser este o caminho a seguir, para que não se mantenha no meio empresarial, contaminando-o e colocando em risco sua eficiência e seu crescimento, qualidades por todos nós desejadas. E se incremento da atividade empresarial no País é o melhor, senão O único meio de tentar encaminhar solução para o mais dramático problema social de nossos dias, a praga terrível do desemprego.”

Fabio Ulhoa Coelho, já tinha se manifestado no mesmo sentido, enfatizando: “A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional e até mesmo, nacional. Por isso, muitas vezes o direito se ocupa de criar mecanismos jurídicos e judiciais de recuperação da empresa.”

Urge, pois, propor a revogação imediata dos arts. 168 e seguintes da Lei n.º. 11.101/2005, não para ampliar a possibilidade de cometimento de crimes pelo empresário, mas submetê-lo às regras penais já existentes em nosso Código Penal e demais legislações (Código de Defesa do Consumidor, Crimes contra a Ordem Econômica, Código Tributário Nacional, etc.) sem condicionar possibilidade de punição ao êxito do seu empreendimento.

ⁱ OLIVEIRA, Daniela Rezende de, *Culpabilidade, livre-arbítrio e responsabilidade jurídica: notas sobre o pensamento jusfilosófico de Hans Welzel*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 6, nº 1, dezembro de 2012.

ⁱⁱ síndico e comissário eram as denominações antigas do atual administrador judicial, e concordatário é o atual recuperando, por motivo das alterações introduzidas pela Lei 11.101/2005, na lei falimentar.

ⁱⁱⁱ O Código Tributário Nacional também adota a teoria da causalidade penal, quando em seu art. 136, diz: “Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

^{iv} MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Processo penal*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 550.

^v BITENCOURT, Cezar Roberto, Aspectos procedimentais e político-criminais dos crimes disciplinados na nova lei falimentar. Boletim IBCCRIM nº 148 - Março / 2005.

^{vi} Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009, arts. 168 a 182)

^{vii} MIGLIARI JUNIOR, Arthur, “Crimes de Recuperação de Empresas e Falências - de acordo com a Lei nº 11.101/2005, São Paulo, Quartier Latin, 2006, e Requião Rubens, “Curso de Direito Falimentar”, Curso de Direito Comercial”, Saraiva, 1988.

^{viii} Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

^{ix} Como diz ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a lei n. 11.101/2005*. 21. ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

^x Os arts. 151 a 154 do Código Penal tratam, respectivamente, de violação de correspondência comum e comercial, divulgação de segredo comum e comercial, e fraude em arquivo digital. O art. 195 da Lei de Propriedade Industrial (Lei. 9.279/96) trata da concorrência desleal, os arts. 171, 175 e 177 do Código Penal tratam de estelionato e outras fraudes, o art. 11 da Lei 7492/86 (Lei que trata dos crimes contra o sistema financeiro, chamada de Lei do Colarinho Branco) diz: “Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação”; a Lei 8137/90 trata dos crimes contra a ordem tributária, etc.