

# Crime Falimentar.

*Paulo Salvador Frontini*

Professor Assistente Doutor de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito da Universidade de São  
Paulo. Membro do Ministério Público de  
São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Introdução. Colocação do Tema.* 2. *O Crime Falimentar como Crime Especial.* 3. *Classificação Tripartite dos crimes Falimentares.* 4. *Delito Falimentar, Crime de Dano com Dolo de Perigo.* 5. *Elemento Subjetivo no Crime Falimentar.* 6. *Concurso de Crimes e Crime Continuado.* 7. *Responsabilidade Penal por Crime Falimentar: efeitos penais puros e efeitos penais mistos.* 8. *Responsabilidade de Administradores de Pessoas Jurídicas Falidas.*

1. Vastos são os problemas que assomam à superfície da legislação penal no momentoso terreno da insolvência mercantil. Com efeito, o conjunto de particularidades que envolve toda a teia de relações econômicas inerentes à atividade do empresário comercial coloca o legislador diante de uma primeira e imensa dificuldade: a de precisar os contornos do ilícito penal falimentar, tarefa sobremodo difícil, se se considerarem suas peculiaridades.

2. Na verdade, o crime falimentar está localizado legislativamente fora do Código Penal porque se trata de um *crime especial*.

A divisão dos crimes em comuns e especiais resulta do conjunto da própria legislação penal. O art. 10 do Código Penal, ao mandar aplicar as regras do Código “aos fatos incriminados por lei especial se esta não dispõe de modo diverso”, oficializa a distinção.

Os fatos incriminados por “lei especial” constituem a legislação penal complementar, em crescente desenvolvimento — como realça JOSÉ FREDERICO MARQUES, “ao influxo da exigência de específica proteção jurídica a bens e valores, postos em perigo pelo surgir de problemas novos na vida em comunhão” (*Tratado de Direito Penal* 4/50).

Ao contrário dos crimes comuns, que disciplinam fatos ordinários da vida social, de que participam, como sujeitos ativo e passivo, as pessoas na sua qualidade normal de seres humanos ou no modo comum de suas existências, os crimes especiais disciplinam fatos estranhos à rotina social que, ou pelos valores tutelados, ou pela condição do agente, ou pelos meios e modos de execução, ou por qualquer outra circunstância, merecem tratamento jurídico específico. Exemplos de legislação penal especial encontram-se na lei que define os crimes contra a economia popular; na legislação sobre crimes militares (*Código Penal Militar*) e na Lei de Imprensa. A primeira tutela valor de excepcional relevância social, a economia coletiva; a segunda traça uma disciplina penal específica para certos agentes, os militares ou assemelhados; a terceira considera a especialidade do ilícito penal em face dos meios e modos de sua execução, a imprensa.

O crime falimentar é especial não apenas porque o direito positivo o trata fora da codificação dos delitos comuns, mas principalmente porque, em relação ao sujeito ativo da maior parte dos tipos penais, é ele um crime próprio do comerciante; assim também porque, em relação a seu objeto jurídico, busca ele tutelar o comércio, como lembra OSCAR STEVENSON (*Do Crime Falimentar* — Capítulo V, n.º 8, p. 89) ou o crédito público, como anota MANOEL PEDRO PIMENTEL (*Legislação Penal Especial — Crimes Falimentares*, p. 83), ou o comércio, dentro de uma divisão genérica dos crimes contra a economia pública, como prefere SAMPAIO DE LACERDA (*Manual*, p. 291), ou, na verdade, uma série de bens jurídicos, com feição adequada de crime pluriobjetivo, como ecleticamente preferem RUBENS REQUIÃO (*Curso de Direito Falimentar* 2/139, invocando lição de SADY CARDOSO GUSMÃO e MAXIMILIANUS FÜHRER *Crimes Falimentares*, p. 23). Isso sem se desconhecer a vigorosa argumentação de RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO no teor de que “o ilícito penal falimentar é fundamentalmente um crime contra o patrimônio”, face à relevante ponderação de que “o que a norma penal visa tutelar em primeira plana é, pois, o direito dos credores sobre o patrimônio do devedor, como fonte comum de garantia de seus créditos” (*Do Processo e Julgamento dos Crimes Falimentares no Anteprojeto do Código de Processo Penal*, “in”, Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto, p. 206), posição essa que, somada às opiniões anteriores, bem evidencia tratar-se em verdade de crime pluriobjetivo. E, com efeito, se mesmo nas falências com exíguo passivo (*Lei de Falências*, art. 200 § 4.º), se apuram os crimes falimentares,

assim como na exploração de comércio exíguo a isenção de pena só atinge duas figuras penais falimentares, subsistindo as demais (*Lei*, art. 186, § único), há que concluir-se serem relevantes, para a tutela da lei, outros valores que não apenas os que se referem ao patrimônio dos credores. Mas, o crime falimentar é especial, neste passo bem se distinguindo dos crimes comuns, porque “o sujeito ativo age, em regra, sobre seu próprio patrimônio”, enquanto “nos crimes comuns a ação se orienta, em regra, contra o patrimônio alheio” (FÜHRER, *ob. cit.*, p. 43). Por essa razão, o ilícito penal somente se torna tal em sobrevindo a falência, estado jurídico que condiciona a existência do ilícito falimentar, contaminando de matizes criminais condutas até então penalmente irrelevantes. Esta característica, sobre mostrar uma certa afinidade do delito falimentar com o crime culposo, eis que, em ambos, a conduta inicial do agente é, em si, lícita, traz à tona a grande dificuldade contida na tarefa do legislador, que deve escolher quais ações e omissões hão que ser recortadas, para formulação dos respectivos tipos-penais-falimentares.

3. A falência assume, diante de tudo que já foi exposto, decisiva função no contexto do ilícito-penal falimentar.

Por falência há que entender-se, aqui, o estado jurídico do comerciante insolvente, assim constituído por decisão judicial. É importante salientar esse ponto, porque JURIDICAMENTE a falência somente existe a partir do momento em que o Juízo, por sentença, constitui o comerciante, pessoa física (firma individual) ou jurídica (sociedade comercial) no estado de falido. Enquanto não proferida sentença de quebra, não há como, em face da lei, falar-se em falência.

O legislador brasileiro de 1945 inovou na disciplina dos crimes falimentares, abandonando o antigo critério da qualificação da falência em casual, culposa ou fraudulenta — em cuja conformidade se daria a capitulação para fins de responsabilidade penal (cf. decreto-lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941, art. 2.º — *Lei de Introdução ao Código Penal*). E distribuiu as condutas falimentares penalmente relevantes entre três grandes categorias. Assim, houve a previsão de

- a) crimes que concorrem para a falência;
- b) crimes que concorrem com a falência;
- c) crimes que ocorrem na falência.

Essa tripartição abrange exaustivamente todos os ilícitos penais passíveis de ocorrerem na órbita da falência. E, embora

difícil de aparecer no cotidiano forense, não há como afastar-se a hipótese de ações e omissões desenvolvidas por comerciantes com o propósito de, através delas, gerar a falência. Trata-se da antiga falência fraudulenta ou falência dolosa. O sujeito ativo da infração, comerciante, deseja sua falência, provocando-a através de manobras, desdobradas em um ou mais atos.

A Lei de Falências previu essa hipótese, embora adotando na descrição uma figura mais ampla, dentro da qual, entretanto, aquela cabe. Cuida do assunto o art. 187: “Será punido com reclusão, por um a quatro anos, o devedor que, com o fim de criar ou assegurar injusta vantagem para si ou para outrem, praticar, antes ou depois da falência, algum ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores”. Há, no tipo penal, um elemento subjetivo, descrito na cláusula “com o fim de assegurar injusta vantagem”; em linguagem mais convencional, dir-se-á tratar-se de dolo específico, ou seja, a vontade do agente anima-se do propósito de alcançar um fim especial.

Interessa observar que, por sua amplitude, o tipo penal do art. 187 abrange qualquer ato fraudulento levado a cabo pelo comerciante, mesmo depois da falência, bastando queira o agente ocorra o perigo desse resultado (“ou possa resultar prejuízo”).

A dificuldade, porém, em detectar, na prática, as ações ou omissões fraudulentas, face à complexidade da gestão empresarial e aos diversos níveis em que se desdobra a administração societária, fez com que o legislador, no afã de obstar a impunidade dos autores de falências fraudulentas, buscasse uma solução pragmática. Através desta, houve a incriminação de ações ou omissões insusceptíveis de caracterizarem um crime, salvo se a falência for decretada. A experiência ensinou, com efeito, que, muitas vezes, em meio ao processo econômico-financeiro de deterioração da empresa, dá-se a prática de conduta, ou condutas, que, sem se destinarem a causar a falência, e sem que possam mesmo ser apontadas como fatores causais da quebra, encerram um comportamento perigoso por parte do comerciante. Tais ações — note-se bem — não concorrem para a falência, mas concorrem com a falência. Verificam-se paralelamente à seqüência de insucessos que degeneraram o empreendimento mercantil.

Os crimes que concorrem com a falência consubstanciam uma grande contribuição do legislador de 1945 ao Direito Falimentar, ou, mais propriamente, ao Direito Penal Falimentar. Se ao longo dos séculos foi possível, vencendo preconceitos,

dissociar a idéia de falência da idéia de crime, não faz sentido punir o falido apenas porque faliu. Deverá ser punido, é claro, se praticou atos fraudulentos destinados a causarem a quebra, para lhe proporcionarem indevida vantagem, e disso cuidou a espécie anterior já vista (art. 187); mas é preciso examinar, também, se, à frente da empresa, não procedeu perigosamente, correndo o risco, dessa forma, de vindo a ocorrer a falência, ensejar prejuízo aos credores. Em outras palavras, trata-se de condutas que, caso ocorra falência, criam o perigo de delas decorrer um prejuízo aos credores ou a outros interessados (p. ex., sócios da falida).

É sob a égide dessa concepção que a Lei de Falências, no art. 186, incisos I a VII e no art. 188, incisos I a IX, previu condutas que concorrendo com a falência, caracterizam crime falimentar. A elas assim se refere a Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça, ALEXANDRE MARCONDES FILHO: “Irrelevante é que, de qualquer desses atos, condicionalmente perigosos, decorra a falência, como o efeito da causa. O prejuízo dos credores, determinável por eles, é inerente à sua prática, quer haja tal decorrência, quer seja mesmo casual a insolvência.”

As ações previstas no art. 186 caracterizavam, ao tempo do direito anterior (decreto n.º 5.746, de 1929), a chamada falência culposa (art. 168 daquele diploma). E as do art. 188, de um modo geral, correspondiam aos casos de falência fraudulenta (art. 169). A atual Lei, porém, como esclarece a Exposição de Motivos, suprimiu aquela classificação. Por outro lado, não havendo qualquer ressalva quanto ao elemento subjetivo da infração, surge logo o entendimento de que tais condutas somente são imputáveis a título de dolo, grande celeuma doutrinária emergindo dessa dúvida.

Duas questões da maior relevância tem assim de ser sucessivamente enfrentadas: a da precisa natureza dos crimes falimentares, e a do elemento subjetivo que informa a culpabilidade do agente.

Antes disso, porém, resta lembrar que a Lei de Falências contém a previsão, também, de crimes que ocorrem na falência. Trata-se de infrações penais cometidas *após* a decretação da quebra. Identificam-se no art. 189, I a IV (com exceção do delito de apresentação de declarações ou informações falsas na concordata preventiva), e no art. 190. O falido não é, aí, necessariamente, o sujeito ativo, já que há previsão de condutas puníveis por parte de terceiros, credores, síndico, Juiz, representante do Ministério Público, perito, escrivão, oficial de jus-

tiça e avaliador! Em todos esses casos, se não houvesse falência não existiria crime, pois todas essas infrações pressupõem a existência da massa falida ou do processo de falência.

4. O exame dessas três categorias (crimes que concorrem para a falência; crimes que concorrem com a falência; crimes que ocorrem na falência) confirma a anterior observação de que a falência assume decisiva função no contexto do crime falimentar.

Assim é, com efeito. Veja-se que, tanto em relação aos crimes que concorrem para a falência, como em relação aos que concorrem com a falência, sua relevância penal fica condicionada à superveniência da quebra. Daí dizer-se que, nesses casos, a falência é condição objetiva de punibilidade. Relativamente aos crimes que ocorrem na falência, mostra-se esta presposto deles.

Os crimes antefalimentares têm, assim, na falência, uma condição objetiva de punibilidade. Os delitos pós-falimentares, a seu turno, pressupõem-na.

A falência, porém, salvo o caso de crime falimentar doloso, causador da quebra (art. 187), não é efeito do delito, não resulta da perpetração das condutas descritas na lei.

Cabe então perguntar : qual o resultado do crime falimentar, resultado de que, como diz o art. 11 do Código Penal, depende a existência do crime?

É essa uma das mais tortuosas questões que emergem da vigente legislação.

A Exposição de Motivos, pelo menos em relação às hipóteses da antiga falência culposa — hoje descritos no art. 186 — assevera tratar-se de crimes de perigo, informados pelo “dolo de perigo”. ANIBAL BRUNO explica que “no dolo de perigo, a vontade consciente se dirige só a um resultado de perigo. O agente quer pôr em perigo um bem jurídico penalmente tutelado. O resultado de dano deve ser previsto, mas o agente não o quer e mesmo, em vez de aceitar o risco de produzi-lo, espera que ele não ocorra” (*Direito Penal*, II/462).

É estranhável que a Lei, insculpindo em seu corpo crimes de perigo tenha subordinado sua punibilidade à superveniência da quebra. Essa subordinação dá a entender que, nos crimes do art. 186, o perigo em si não justifica a responsabilização do comerciante; esta depende da efetivação de prejuízo aos credores, o que se verifica em ocorrendo a falência. Mas há aqui uma

contradição, pois o próprio legislador fez ver, na Exposição de Motivos, que a falência não é elemento do crime falimentar, vale dizer, não integra o FATO delituoso falimentar, já que não constitui o RESULTADO DA AÇÃO OU OMISSÃO TÍPICA.

Volta então a pergunta: qual seria o RESULTADO do crime falimentar nos casos do art. 186?

A seguir-se fielmente os autores da Lei, resultado seria o perigo decorrente da simples prática das ações ou omissões descritas no texto. Vale relembrar a Exposição de Motivos, no trecho retro-reproduzido (item 3), quando fala que o prejuízo dos credores, determinado por tais condutas, é inerente à sua prática, quer deles decorra a quebra, quer seja mesmo casual a insolvência.

Se o perigo está na conduta, em si, não se entende por que a punibilidade se subordina à condição objetiva da decretação da falência. Como diz SADY CARDOSO DE GUSMÃO, citado por RUBENS REQUILÃO (*ob. cit.*, p. 140), “muito mais prático seria punir o devedor logo que este pusesse em risco os direitos dos credores”.

Na verdade, a despeito das palavras da Exposição de Motivos, a Lei de Falências, se não presumiu (como se fazia no sistema anterior) a falência como resultado doloso ou culposo do crime, nem por isso logrou escapar do sistema de presunções. Assim, tendo como certo o fato óbvio de que da falência resultam prejuízos para credores, o legislador presumiu, pela prática das figuras do art. 186, o agravamento do prejuízo dos credores.

As diversas condutas previstas nesse artigo são, por si, perigosas; mas, sobrevindo a falência, presume a lei que esse perigo contribuiu para agravar o prejuízo dos credores. Essa interpretação mostra-se coerente com o teor das figuras previstas nos incisos (I a VII) do art. 186, que incriminam “gastos pessoais ou de família manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal”, ou “despesas gerais do negócio ou da empresa injustificáveis, por sua natureza ou vulto, em relação ao capital”, ou “emprego de meios ruinosos para obter recursos” ou “abuso de responsabilidade de mero favor”, ou “prejuízos vultosos em operações arriscadas” ou “inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração” ou “falta de apresentação do balanço à rubrica do juiz”. Com efeito, em caso de falência, difícil será — senão mesmo impossível — determinar haja a prática de uma ou mais dessas condutas causado a insolvência;

mas será possível afirmar, com certeza, que tais condutas contribuíram para aumentar o prejuízo dos credores.

Este raciocínio permite afirmar que, nas diversas hipóteses do art. 186 da *Lei de Falências*, o resultado da conduta não é o simples perigo, vale dizer, o risco de dano, mas apenas o risco (sem querer, portanto, o dano) ; ao contrário, o resultado é uma agravação do prejuízo dos credores. Ao prejuízo que normalmente decorre da quebra, a lei acresce, por presunção, o aumento do prejuízo dos credores, que teria sido menor se não tivessem sido excessivos os gastos pessoais, se tivessem sido justificáveis as despesas gerais do negócio, e não tivesse ocorrido o emprego de meios ruinosos para obtenção de recursos, se não tivesse ocorrido abuso de responsabilidade de mero favor, se os livros existissem, devidamente escriturados, e se o balanço estivesse autenticado pelo juiz.

A Lei, portanto, presume um resultado de dano nos casos do art. 186: a agravação do prejuízo dos credores. Essa a conclusão a que se chega, tudo indicando que fora, também, a conclusão do saudoso TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE quando, estudando o tema, concluiu que tanto no sistema da lei atual, como da anterior, não se abriam mão do regime das presunções (*Comentários*, III/314), embora o grande falencista não chegasse a explicitar conclusão nos termos aqui formulados.

Do exposto resulta, em suma, a crença de que, nas espécies delituosas configuradas no art. 186, não há a previsão de crime de perigo, mas de autêntico crime de dano, consistente este na agravação presumida do prejuízo dos credores.

É preciso ressaltar, entretanto, que o sujeito ativo, ao desenvolver as condutas incriminadas no art. 186, não está querendo nem a falência nem qualquer dano aos credores, ou sua agravação; nem quer assumir o risco desses eventos, pois se essa for sua intenção, a hipótese será de falência dolosa, subsumindo-se à hipótese do art. 187, já estudada. Nos casos do art. 186 — e neste ponto há que concordar-se com a Lei e a Exposição de Motivos — o agente somente quer o perigo. Em outras palavras: o dolo é de perigo, embora o crime seja de dano.

É possível isso?

Sim, responde ANIBAL BRUNO: “Pode ocorrer ainda o que se chama crime de dano com dolo de perigo. É o caso em que, para configurar a espécie delituosa, é suficiente o dolo que visa o perigo, mas o crime só se faz punível com o resultado de



dano. Então o agente não quis o dano, só o perigo, mas para a punição se exige que o dano realmente ocorra. No caso, o resultado danoso é, na realidade, simples condição objetiva de punibilidade” (*ob. cit.* II/462). O texto até dá a impressão que o eminente penalista pensava no crime falimentar, embora, na verdade, estivesse trazendo à tona, pela referência feita na mesma página, o exemplo do art. 131 do Código Penal (“*Perigo de contágio de moléstia grave*”).

Firma-se, assim, a conclusão de que as figuras do art. 186 da Lei de Falências consubstanciam autêntico “crime de dano com dolo de perigo”.<sup>1</sup>

As considerações acima expendidas, referentes ao art. 186, ajustam-se por igual às figuras do art. 188. Estas, grosso modo, equivalem aos casos que a lei anterior previa para configuração da falência fraudulenta; surgem, na atual lei, como delitos concursuais, pois concorrem com a falência. São antefalimentares e têm na sentença de quebra uma condição objetiva de punibilidade. À leitura das diversas figuras, verifica-se que, como nos casos do art. 186, o agente quis apenas praticar a ação ou omissão; não quis nem aceitou o risco de produzir a falência ou, com esta, a agravação da situação dos credores. O dolo, pois, é de perigo. Mas a punibilidade depende da superveniência do prejuízo, também presumido, o agravamento deste. Em suma: crime de dano com dolo de perigo.

5. A colocação feita no item anterior, permitindo concluir que as diversas hipóteses dos arts. 186 e 188 consubstanciam crimes de dano com dolo de perigo, facilita sobremodo o estudo do problema do elemento subjetivo nos delitos falimentares.

---

1. A despeito da referência feita por TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (*ob. cit.* p. 303), as figuras do art. 186 também não caracterizam o chamado *crime de mera conduta ou de simples atividade* em que “o tipo não encerra nenhuma referência ao resultado” (J. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.* 2/333). Foi demonstrado, no texto, que a Lei de Falências presume um resultado, o agravamento do prejuízo dos credores. Se há resultado, não cabe cogitar de crimes de mera ação ou omissão (v.g., conduta sem resultado). Rejeita essa asserção uma grande autoridade, MANOEL PEDRO PIMENTEL, que exaustivamente discorreu sobre os “Crimes de Mera Conduta” (*ed. R.T.*, São Paulo, 1968), em estudo posterior sobre os crimes falimentares, incluindo-os naquela categoria (*cf. ob. cit.* p. 86 e segs.), sem todavia — e *data venia* — considerar a alternativa aqui proposta. A tese do crime falimentar como de mera conduta enfrenta dificuldades insuperáveis face ao princípio da unidade do delito falimentar, bem como no plano da co-autoria. Veja-se a propósito, neste trabalho, o item n.º 6.

Grassa, é verdade, larga polêmica em torno da matéria<sup>2</sup>, justificável face à anterior tradição do direito pátrio, face à dificuldade da matéria e face ao ineditismo de nossa legislação.

Sem embargo desses óbices, é possível dizer que, ou pela vontade de querer causar um dano, ou pela vontade de causar um perigo, em todos os casos o crime falimentar é sempre doloso.

A vontade de causar dano ou assumir o risco de produzi-lo transparece nos casos do art. 187, do art. 189 e do art. 190: trata-se de dolo de dano, direto ou eventual. A vontade de causar um perigo, penalmente punível se sobrevier o dano, desponta nos casos do art. 186 e art. 188.

Afasta-se a idéia de crimes culposos, em coerência, note-se, com o Código Penal (art. 15) que impõe haja expressa previsão da modalidade culposa, quando a conduta é punível a este título: e a *Lei de Falências* não contém essa previsão.

6. O crime falimentar deve ser examinado, também, sob o ângulo dos problemas que emergem da unidade ou pluralidade de condutas e de resultado. Sob esse tópico, urge considerar as questões relacionadas com:

- a) pluralidade, na mesma falência, de condutas incriminadas pela Lei de Falências como delito falimentar;

---

2. PONTES DE MIRANDA dá bem a idéia da perplexidade que gravita em torno ao assunto ao dizer: “Não se há de partir da premissa de que, para haver crime falencial haja de existir dolo ou culpa. De qualquer modo, o Decreto-Lei n.º 7.661 de modo nenhum remeteu ao art. 15 do Código Penal. Não se há de trazer à balha o art. 15 do Código Penal, nem, a fortiori, o art. 15, parágrafo único. Melhor é que, na interpretação e aplicação dos textos do Decreto-lei n.º 7.661, abstraiamos do que se enuncia no art. 15 e no art. 15, parágrafo único, do Código Penal.” MANOEL PEDRO PIMENTEL afirma categoricamente que “os crimes falimentares são sempre dolosos”. mas, estudando os crimes falimentares de mera conduta, adverte: “Sem embargo, haverá comportamentos culposos previstos nos arts. 186, 187 e 188 da Lei de Falências, pois a culpa é o menor índice de subjetividade censurável”. Outros autores, dando maior ou menor ênfase ao elemento subjetivo, falam em crimes dolosos e culposos (R. REQUIÃO, ob. cit. p. 147); em fatores dolosos e culposos (SAMPAIO DE LACERDA, ob. cit., p. 291); em excepcionalidade da culpa (FUHRER, ob. cit. p. 31); em violação culposa da lei penal pelo falido (WALDEMAR FERREIRA, “Tratado”, 15/418); em crimes que evidenciam a imprudência, a negligência ou a imperícia do devedor no exercício da profissão de comerciante e crimes com dolo direto ou eventual, tomando a forma específica de fraude (TRAJANO, ob. cit. p. 307). Bem se vê que há um tempero para cada paladar, justificando as vacilações e incertezas da jurisprudência, sempre alarmada com a perspectiva de, aplicando a lei, incidir em responsabilidade objetiva.

- b) pluralidade de resultados mediante uma só ação ou omissão;
- c) pluralidade de resultados mediante mais de uma ação ou omissão.

Na primeira hipótese (alínea “a”), surge o problema da chamada unidade do crime falimentar. Na segunda hipótese, cogita-se do concurso formal entre crime falimentar e crime comum (ou, pelo menos, crime extrafalimentar); a última hipótese, delineando o concurso material, também envolve crime falimentar concorrendo com crime comum (ou, igualmente, extrafalimentar).

Quando, na falência, se apura que o falido praticou mais de uma ação ou omissão prevista como crime nas diversas hipóteses constantes do diploma falimentar, é razoável que se indague se a espécie não comporta a aplicação das normas do Código Penal referentes ao concurso material ou ao concurso formal de delitos (C. Penal, art. 51), ou mesmo, ao crime continuado.

A doutrina, de modo que se pode considerar uniforme, responde negativamente a essa possibilidade. Se o falido está incurso em condutas previstas, por exemplo, em um dos incisos do art. 186, no art. 187, e em um dos incisos do art. 188, o juiz, ao sentenciar o processo-crime, ainda que reconheça praticadas as ações, sob responsabilidade do réu, não deverá condená-lo senão à pena mais grave, sem qualquer cumulação ou acréscimo. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE explica: “Sendo, como é, na hipótese, única a condição de punibilidade, converte ela em unidade a pluralidade dos atos praticados pelos devedores anteriores à declaração da falência. O evento ofensivo é um só, ainda que haja o concurso de vários fatos mencionados na lei, já que estes não constituem crimes por si mesmos, e, se constituírem, dar-se-á o concurso formal (art. 192). Trata-se, pois, de crime de estrutura complexa, em que as ações ou omissões são unificadas pela lei porque revelam uma conduta ilícita do devedor ou falido na direção dos seus negócios ou da sua empresa.” (*ob. cit.* p. 308)

Nesse sentido se alinham as posições, dentre outros, de HELENO CLAUDIO FRAGOSO (*Jurisprudência Criminal I/162* e segs), trazendo o respaldo da opinião de NELSON HUNGRIA, e de RUBENS REQUIÃO (*ob. cit.* p. 142). Já em sentido contrário, FUHRER sustenta erigir-se, o princípio da unidade, em “uma anomalia no sistema moderno, pagando a lei, neste ponto,

ainda um tributo às teorias antigas” (*ob. cit.* p. 41), pregando, assim, o reconhecimento da pluralidade de condutas e o reconhecimento do crime continuado.

OSCAR STEVENSON — que escreveu ao tempo da anterior lei — aceita o princípio do que denomina unitariedade, ou seja, unidade do crime falimentar, em relação a todos os fatos ocorridos antes da sentença de quebra. Quando estes concorrem com fatos ocorridos posteriormente (crimes antefalimentares + crimes pós-falimentares), sustenta haver, então, multiplicidade natural de fatos, embora um só seja o crime continuado: “os vários fatos anteriores e posteriores à quebra se homogeneizam em unidade de resolução e as ações sucessivamente repetidas originam uma única ofensa de direito” (*ob. cit.*, p. 154).

Assim colocadas as posições doutrinárias mais expressivas a respeito, cabe concluir que o princípio da unidade do crime falimentar é plenamente aceitável em relação a todas as condutas perpetradas antes da falência. Explica-se: no Direito Penal brasileiro, o fato-crime se desdobra em dois elementos: a conduta (ação ou omissão) e o resultado (MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Crimes de Mera Conduta*, capítulo II). Se, ao ensejo da falência, concorrem condutas alimentadas por dolo de dano e por dolo de perigo, em todos os casos, o resultado será um dano. Ou este é efetivo (p. ex., nos casos do art. 187), ou é presumido, como nas hipóteses dos arts. 186 e 188 (valendo relembrar, como foi dito linhas atrás, item 4, que nos casos destes últimos dois artigos a lei presume, como dano, a agravação do prejuízo dos credores). De qualquer forma, sendo um só o resultado (prejuízo maior ou menor dos credores, efetivo ou presumido), resulta claro que a multiplicidade de condutas se funde na unidade de resultado, o que autoriza a conclusão de que o fato-crime é um só. A pena, logicamente, será única, impondo-se a mais grave.

Já não parece cabível essa solução se ocorrem crimes antefalimentares e crimes pós-falimentares. Nestes, há que reconhecer-se sempre a existência de crimes de dano (art. 189 e 190 da Lei). O resultado, como elemento do crime pós-falimentar, é um dano à massa. Estas ponderações permitem concluir que, em tal hipótese, há duas ou mais ações, com dois ou mais resultados, configurando-se nitidamente um concurso material, a determinar a imposição de pena cumulativamente. Se porém, se entender que os crimes pós-falimentares atingem também e apenas os credores causando-lhes dano, a solução adequada

será a preconizada por STEVENSON, ou seja, reconhecer-se a ocorrência de crime continuado, impondo-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada em qualquer caso de um sexto a dois terços (*C. Penal*, art. 51 § 2.º).

Resta concluir estas observações sobre a unidade do crime falimentar com a ressalva de que esse princípio não pode ser invocado pelos que vislumbram, nos ilícitos falimentares, simples crimes de mera conduta. Se nestes o resultado não é considerado com relevância pelo legislador, consubstanciando-se na conduta o próprio resultado *jurídico* como elemento do fato, disso decorre que a sentença de quebra não determina nenhuma unificação das condutas, no elemento final único do fato, que é o resultado. Contendo (a seguir-se a tese da mera conduta) cada conduta, em si, seu resultado *jurídico*, não se vê como a sentença de falência possa unificar resultados já ultimados em toda sua plenitude.

Cabe estudar, doravante, a hipótese de pluralidade de resultados mediante uma só ação ou omissão (alínea “b”, retro). Em outras palavras: concurso formal de crime falimentar com crime comum.

A Lei de Falências cuida da espécie:

“Art. 192 — Se o ato previsto nesta lei constituir crime “por si mesmo, independentemente da declaração da falência, “aplica-se a regra do art. 51 § 1.º, do Código Penal”.

O dispositivo enseja sérias dúvidas. Isso porque, no concurso formal, o agente “mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes”. Daí se conclui que o art. 192 expressa mal a hipótese, pois seu texto dá a entender que o “ato previsto” tanto se subsume ao tipo do delito falimentar como ao tipo do delito comum. Se assim for, a espécie será de concurso aparente de normas. Entretanto, de concurso formal se há de cogitar se, ao desenvolver a conduta (ação ou omissão), o agente cometeu, também, um crime comum. Por exemplo: usando documento particular falso (*C. Penal*, art. 304 x 298), o comerciante logrou simular capital para obtenção de maior crédito (*Lei de Falências*, art. 188, I). A ação foi uma só, consistindo em exhibir o documento particular falso. Houve, porém, a prática de dois crimes, um falimentar e um contra a fé pública, inspirados por desígnio único: há aí concurso formal.

Mas não caberá cogitar de concurso formal se a ação ou omissão única, embora subsumível em uma figura penal comum e em uma figura penal falimentar, gerar um só resultado. Haverá, aí, apenas um único crime, como se imagina no exemplo em que, mediante falsificação de lançamento, se falseia a escrituração obrigatória ou se altera a verdadeira. A ação é uma só; ajusta-se ela, se houver falência, ao delito do art. 188, VI; ajusta-se, também, independentemente de quebra, ao art. 299 do C. Penal (falsidade ideológica). Mas estas figuras não podem competir em concurso: ou houve falência, e o crime falimentar, como norma especial, afasta o crime comum, ou, se não houve falência, deu-se apenas o falsum.

A Lei de Falências não faz qualquer referência ao concurso de crime falimentar com crime comum, quando, mediante mais de uma conduta, são praticados mais de um crime. Trata-se de considerar a pluralidade de resultados mediante pluralidade de condutas (alínea “c”, retro), o que se enquadra como concurso material. A omissão da Lei de Falências nada significa, porque, nos termos do art. 10, do C. Penal, caberá aplicar ao caso as regras da codificação repressiva referentes ao concurso material. Consoante determina o art. 51 “caput” do C. Penal, as penas deverão ser aplicadas cumulativamente.

7 Efeito específico da responsabilidade penal é a imposição ao agente de uma sanção criminal. Trata-se da resposta penal que se desdobra através das penas, principais e acessórias, e das medidas de segurança, pessoais ou patrimoniais. Como bem esclarece DAMÁSIO E. DE JESUS, “as penas e as medidas de segurança constituem as duas formas de sanção penal” (*Direito Penal*, I/471).

O caráter essencial da pena, diz ANTOLISEI, é sua aflitividade. Não é privativo do Direito Penal estabelecer penas para os ilícitos, delas cogitando por igual o Direito Administrativo, o Tributário, o Civil, etc. O mesmo autor esclarece, porém, que as penas criminais se distinguem das demais por duas características: 1.<sup>a</sup>) o órgão que as aplica, que é sempre judicial; 2.<sup>a</sup>) o modo dessa aplicação, que ocorre através do processo. Interessa, porém, acentuar o traço que o renomado penalista aponta como substancial da pena: consiste ela na privação ou diminuição de um bem individual (*Manual de Derecho Penal* ed. argentina UTEHA, 1960, p. 497/8).

O ponto central do instituto está justamente nessa diminuição de um bem individual, que deve ser rigorosamente entendido como um bem pessoal, quer dizer, da pessoa natural,

a sofrer uma sanção exclusivamente pessoal e intransferível. E, com efeito, a sanção criminal, enquanto pena, alcança o delinqüente, e somente o delinqüente, não podendo ir além dele, afligindo-o no bem vida (pena de morte), no bem liberdade (pena privativa de liberdade) ou no bem patrimônio (pena patrimonial, de difícil alcance prático, porque fungível seu caráter aflitivo — terceira pessoa pode cumprí-la pelo condenado, pagando a multa ou porque difícil ou impossível de aplicar — quando o condenado é pobre ou insolvável, sendo curial que, na hipótese de ser pobre, privará sua família de recursos para cumprir a sanção, que assim estará passando da pessoa do delinqüente!).

No quadro da sociedade moderna, marcada pelo impulso demográfico, pela concentração urbana e pelo imperativo da vida associativa, o desenvolvimento das atividades sociais, e especialmente das econômicas, faz-se através de organizações coletivas. No plano econômico, são as empresas, organismos em que se combinam e coordenam contribuições materiais e pessoais, articulando funções especializadas impostas pela técnica da divisão do trabalho. Quanto a seus paramentos formais, a empresa vem, de modo quase absoluto, revestindo a forma legal de sociedade comercial, geralmente por quotas de responsabilidade limitada ou anônima. São, em suma, pessoas jurídicas, como tal privadas de forma humana, entes ideais personalizados por uma abstração da lei, que a eles imputa a convergência de direitos e obrigações.

A difusão da fórmula da pessoa jurídica como meio técnico para o desempenho de atividades, outrora exercidas pessoalmente, em nome individual, vem se constituindo em grave desafio para o Direito Penal, cujos fins repressivos e educativos devem, obviamente, alcançar os agentes naturais dos delitos, sempre e sempre pessoas físicas, vencendo a barreira formal da personalidade jurídica e respeitando o pressuposto ético, político e jurídico de que a pena não deve passar da pessoa do delinqüente. Daí a necessidade de novas fórmulas tendentes a caracterizar a responsabilidade penal nos delitos praticados através de pessoas jurídicas, notadamente através da empresa (cf. o estudo deste autor, *Crime Econômico por Meio da Empresa*, Rev. de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, 5/41).

O legislador, face a esse contexto, ao editar normas penais, deve levar em conta, pelo menos no atual estágio de elaboração da Ciência Penal, a indenidade prática das sanções contra

pessoas jurídicas. A inocuidade das sanções penais (tanto penas como medidas de segurança), relativamente às pessoas jurídicas, revela um traço essencialmente pragmático do problema, que considera o teor fundamentalmente corporal das principais penas, que afligem a vida humana ou a liberdade física, bens inexistentes na pessoa jurídica. Esse enfoque prático, note-se, não exclui problemas de ordem superior, referentes à filosofia do Direito Penal, lucidamente destacados por GIULIO BATTAGLINI, a mostrar que jamais se poderá estender a imposição de pena criminal a uma pessoa jurídica se se partir da concepção de que “o delito é a violação de norma de comportamento, suscetível de valoração moral”, donde enfatizar esse autor: “E essa valoração não pode dizer respeito senão à ação humana, pois somente nesta é que se pode encontrar uma vontade moralmente valorável. Fora do homem, não se concebe crime: porque somente o homem possui a consciência e a faculdade de querer, exigidas pela responsabilidade moral, em que fundamentalmente se baseia o direito.” (*Direito Penal*, p. 132, ed. Saraiva, 1964, tradução de PAULO JOSÉ DA COSTA JR. e ADA PELLEGRINI GRINOVER).

No caso do crime falimentar, se o falido for comerciante individual (pessoa física comerciante), logicamente o problema ora examinado não se coloca. Mas, na esmagadora maioria dos casos, figurando como falida uma sociedade mercantil, as melindrosas dificuldades expostas nestas linhas exigem solução adequada, justa e suscetível de aplicação prática.

Como punir com penas principais (reclusão/detenção ou multa) a falida, se aquelas são sanções corporais, e esta repercutiria patrimonialmente sobre a massa falida, gravando em última análise os direitos de credores e ultrapassando, assim, a pessoa do delinqüente?

Como impor pena acessória, se, dentre estas, a perda de função pública é incompatível com a espécie; se a interdição de direito fica comprometida pela proibição da sociedade falida exercer atividade (*C. Comercial*, art. 2.º, n.º 4)? Como afligir através de publicação de sentença, se é da substância do processo falimentar a ampla divulgação da quebra?

Como ministrar medida de segurança se as pessoais são incompatíveis com a abstração da pessoa jurídica e as patrimoniais perdem seu objeto porque a falência acarreta necessariamente a arrecadação dos bens (— fechando-se, assim, o estabelecimento —) e os direitos dos credores ficariam comprometidos ainda mais pelo confisco?



Este rol de incompatibilidades ou de impossibilidades, a desafiar o legislador, conduziu à única solução prática admissível: a projeção da responsabilidade penal diretamente sobre a pessoa (ou as pessoas) dos administradores.

O art. 191 da Lei de Falências prevê, com efeito:

“Art. 191: Na falência das sociedades, os seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes são equiparados ao devedor ou falido, para todos os efeitos penais previstos nesta lei.”

Esse dispositivo praticamente repete o art. 37 que, cuidando dos efeitos da sentença da falência em relação à pessoa do falido, estipulara que “as sociedades falidas serão representadas na falência pelos seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, os quais ficarão sujeitos a todas as obrigações que a presente lei impõe ao devedor ou falido, serão ouvidos nos casos em que a lei prescreve a audiência do falido, e incorrerão na pena de prisão nos termos do art. 35” (prisão administrativa).

Quais são os efeitos penais previstos na lei?

É possível subdividi-los, para uma resposta mais clara, em efeitos penais típicos, ou puros, inerentes à resposta penal (consistem em penas criminais, principais ou acessórias), e efeitos penais atípicos, ou mistos, específicos da matéria falimentar (e que consistem em sanções processuais ou administrativas, de caráter não penal).

Os efeitos penais típicos abrangem, como pena criminal principal, a detenção ou a reclusão, conforme o delito praticado, aplicando-se à disciplina destas as normas figurantes no Código Penal. Como pena acessória, o crime falimentar gera como “efeito da condenação” a “interdição do exercício do comércio” (*Lei de Falências, art. 195*).

A pena de multa não foi prevista como resposta para nenhum crime falimentar.

Os efeitos penais atípicos combinam um antecedente penal — a condenação por crime falimentar — e um conseqüente de outra índole, processual ou administrativa. Daí poder-se falar em efeitos penais mistos.

Processualmente, não pode impetrar concordata “o devedor condenado por crime falimentar” (*Lei de Falências, art. 140*,

III) ; essa determinação coroa o leque de inibições arquitetado pelo legislador no sentido de restringir o exercício do direito à concordata ao comerciante desprovido de comprometimentos penais. Realmente, a Lei de Falências obsta seja proposta concordata suspensiva por parte do comerciante ou sociedade comercial quando houve recebimento da denúncia do Ministério Público pelo Juízo, instaurando-se ação penal (art. 111) ; se a denúncia ou queixa não foi vestibularmente recebida, a concordata suspensiva poderá ser proposta e concedida na pendência do recurso contra a rejeição da peça inicial da ação penal, mas não prevalecerá se sobrevier sentença condenatória definitiva (art. 112). Ademais, o art. 150, VII, abrangendo tanto a concordata preventiva como a suspensiva, diz que ela pode ser rescindida “pela condenação, por crime falimentar, do concordatário ou dos diretores, administradores, gerentes ou liquidantes da sociedade em concordata”. Finalmente, cabe lembrar o parágrafo único do art. 143 que, na concordata preventiva, estabelece constituir fundamento para os embargos “a ocorrência de fato que caracterize crime falimentar”.

Em resumo: processualmente, os efeitos atípicos do crime falimentar restringem ou inibem o exercício do direito à concordata preventiva ou suspensiva.

Cabe nesse tópico uma ressalva final. Versa ela sobre o alcance do art. 140, III, segundo o qual “não pode impetrar concordata o devedor condenado por crime falimentar”.

Quando se trata de comerciante pessoa jurídica, o impedimento prevalecerá se, ao ensejo da proposta de concordata os administradores da sociedade forem as pessoas naturais condenadas pelo delito falimentar. Entretanto, se houve substituição desses administradores, forçoso convir que injusto será cercear a pessoa jurídica, que terá, assim, direito de pedir o favor suspensivo da quebra. Entender-se de outro modo será permitir que os efeitos penais da condenação alcancem pessoa (embora jurídica) diversa. Nesse sentido alinha-se o entendimento de RUBENS REQUIÃO (*ob. cit.* 2/26).

O crime falimentar gera também efeitos penais atípicos de índole administrativa. Situam-se eles, nuclearmente, no plano do impedimento ao exercício de funções na administração de sociedades comerciais. Nesse sentido, a Lei de sociedades por ações (lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976), estatui, dentre outros óbices, que “são inelegíveis para os cargos de administração da companhia as pessoas . . . conde-

nadas por crime falimentar”. Já uma disposição anterior e mais genérica, o art. 38, III, da lei n.º 4.726, dispondo sobre os serviços de registro de comércio, havia estabelecido a impossibilidade de serem arquivados os documentos de constituição ou alteração de sociedades comerciais em que figure como sócio, diretor ou gerente pessoa que esteja sendo processada ou tenha sido definitivamente condenada pela prática, dentre outros crimes, dos de “falência culposa ou fraudulenta”.

8. Os administradores, diretores, gerentes ou liquidantes, a que alude a Lei de Falências, devem ser as pessoas que, na estrutura legal (e não simplesmente na estrutura administrativa) da sociedade estejam investidos da condição de órgãos da sociedade. Como bem realça J. EUNÁPIO BORGES, tanto o sócio-gerente como o diretor da anônima não são mandatários, representantes ou prepostos. Ao contrário, são eles órgãos da sociedade, são a cabeça do organismo, integram-se em sua estrutura orgânica. No mandato, na representação e na preposição, há sempre dualidade de pessoas (mandante/mandatário; representante/representado; preponente/preposto). Ora, não é essa a situação jurídica do administrador da sociedade; ele é a sociedade, ele encarna a sociedade: “são a própria pessoa jurídica da sociedade que vive e se exterioriza por meio de seus órgãos de relação que são os diretores. (*Direito Comercial Terrestre*, p. 473).

Nas sociedades existentes no Direito pátrio, tais órgãos são, na anônima, os administradores (conselheiros de administração e diretores). Os membros de outros conselhos, se existentes, e conselheiros fiscais, não são administradores, nem diretores, nem gerentes, como se deduz do disposto nos artigos 138 e seguintes, e especialmente do art. 145 da nova Lei da Sociedade por Ações. Assim, em caso de falência de sociedade anônima, os conselheiros fiscais e membros de outros conselhos, que não o de Administração, somente poderão envolver-se em responsabilidade penal falimentar a título de co-autoria, ou se, exorbitando de suas funções, se tornaram administradores de fato.

Nas demais sociedades comerciais, o órgão societário de administração é o sócio-gerente (C. Comercial, art. 302, n.º 3), havendo apenas um acréscimo a fazer-se, relativamente à sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que, além do sócio-gerente, admite o gerente-delegado (Decreto n.º 3.708, art. 13).

Com exceção deste último, todos esses órgãos societários são previstos em lei, razão por que foi dito, linhas atrás, que se integram eles na estrutura legal da sociedade. Outros gerentes, administradores, executivos ou titulares de cargos análogos, existentes por mera disposição de estrutura administrativa interna (organograma da empresa) não estão abrangidos pela equiparação a falido ou devedor noticiada pelo art. 191 da Lei de Falências.

9. Questão mais complexa é saber-se se o administrador de grupo de sociedades, constituído por convenção na forma dos art. 265 e segs. da Lei de Sociedades por Ações, poderá, em caso de falência de uma das sociedades integrantes do grupo, ser responsabilizado penalmente por ilícito falimentar.

O grupo de sociedades não constitui uma pessoa jurídica, tanto que é estabelecido por uma convenção de índole contratual, ao mesmo tempo em que cada sociedade conservará sua personalidade e patrimônio próprio (art. 266). Ocorre, porém, que a convenção poderá determinar a criação de órgãos de deliberação colegiada e cargos de direção geral do grupo. Tais órgãos e cargos, ainda por disposição da convenção, poderá ter afetos a si a representação da sociedade perante terceiros, o que induz à conclusão de que é possível ocorrer que um dos administradores do grupo, face aos poderes dados pela respectiva convenção, tendo representado a sociedade falida, ficará sujeito às responsabilidades penais acaso afluídas no seio desta.

10. Como síntese final de todas estas considerações é possível oferecer o seguinte rol de conclusões:

#### Conclusões.

- I). As figuras penais previstas na Lei de Falências arrolam-se dentre os chamados crimes especiais.
- II). Dividem-se elas em: a) crimes falimentares que concorrem para a falência; b) crimes falimentares que concorrem com a falência; c) crimes falimentares que ocorrem na falência.
- III). A falência é sempre pressuposto ou condição objetiva de punibilidade do crime falimentar.
- IV). O crime falimentar é sempre crime de dano; mas nas figuras previstas no art. 186 e no art. 188 da

Lei de Falências, há crime de dano com simples dolo de perigo.

- V). O crime falimentar é sempre doloso.
- VI). Caracterizando-se os ilícitos penais falimentares como crimes de dano, é válido e justo o princípio da unidade do crime falimentar, aplicável à hipótese de pluralidade de condutas no delito antefalimentar. Havendo pluralidade de condutas antefalimentares e pós-falimentares, ou se mediante uma só ação ou omissão houve a prática de dois ou mais crimes, é de rigor reconhecer-se o concurso formal.  
O concurso material entre crime falimentar e crime comum é perfeitamente admissível, quando se configurar a espécie, nos termos da parte geral do Código Penal.
- VII). A responsabilidade penal falimentar gera efeitos penais típicos, consistentes em penas principais e pena acessória; e efeitos penais atípicos, de conteúdo processual ou administrativo.
- VIII). Na falência de sociedade comercial, a responsabilidade penal se projeta sobre os administradores, diretores, gerentes ou liquidantes que sejam órgãos da pessoa jurídica, encarnando-a legalmente.
- IX). Os administradores de grupo de sociedades podem ser responsabilizados penalmente em caso de falência de sociedade integrante do grupo, se, nos termos da convenção instituidora do grupo, exerciam a representação da sociedade falida.