

O CRIME FALIMENTAR COMO PRESSUPOSTO DE PEDIDO DE FALÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

THE BANKRUPTCY CRIME AS A CONDITION OF BANKRUPTCY ORDER OF FINANCIAL INSTITUTIONS

Felix Magno Von Dollinger *

RESUMO: A Lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, a par das disposições de cunho empresarial/civil, traz em seu bojo uma série de normas de conteúdo penal e processual penal. Prevê também o citado diploma legal que o regime por ela regulado não se aplica às instituições financeiras. Todavia, trata-se de disposição que precisa ser obtemperada em uma análise sistemática das demais normas que compõe o sistema financeiro nacional, em especial a Lei 4.595/1964 e a Lei 6.024/1974, a qual prevê a hipótese de decretação da falência de instituições financeiras.

Palavras-chave: Instituição financeira, intervenção, liquidação extrajudicial, falência, crime falimentar.

ABSTRACT: The 11.101/2005 Law, which governs the bankruptcy, the bankruptcy-court and the entrepreneur and business associations, along with the provisions of stamp business / industry, brings with it a number of content standards and procedural criminal law. It also provides for the said statute that the arrangements which it does not apply to regulated financial institutions. However, it is that needs to be available in a systematic analysis of other rules that make up the financial system, especially the Law and the Law 4.595/1964 6.024/1974, which provides for the possibility of going bankrupt financial institutions.

Keywords: Financial institution, intervention, extrajudicial liquidation, bankruptcy, bankruptcy crime.

* Delegado de Polícia Civil em MG, Professor de Direito Penal Econômico da Faculdade Batista de Minas Gerais, Mestrando em Direito Empresarial na Faculdade de Direito Milton Campos.

INTRODUÇÃO

A Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 veio a introduzir no ordenamento jurídico brasileiro uma nova sistemática para a recuperação judicial e extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

A antiga Lei de Falências (Decreto-lei 7661 de 21 de junho de 1945) foi ab-rogada pela Lei 11.101, a qual veio à lume três anos após a publicação no novo Código Civil (Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002), adotando a teoria dos “atos de empresa” e regulando o ator principal da atividade econômica, com uma análise subjetivista.

De acordo com Gonçalves Neto (2008, p. 64):

Gravitando em torno do empresário (na figura de agente econômico, assim designada pela Constituição Federal), o direito de empresa trata, portanto da pessoa (de seus direitos e obrigações enquanto profissional) e de tudo que envolve o exercício da atividade por ele abraçada: dos bens e das relações jurídicas a ela inerentes (do estabelecimento comercial e seus elementos, da atividade que exerce, id est, dos negócios jurídicos que, enquanto tal, celebra com terceiros etc.)

A figura da empresa (atividade) e de seu exercente, o empresário, como se nota, ganham especial relevo em face de sua importância econômica da sociedade capitalista e que portanto não poderia estar mais submetido a uma normatização falimentar criada em um contexto de diferente tratamento da longínqua década de 1940.

Necessário se fez o surgimento da teoria da “preservação da empresa”, que pode ser traduzida no seguinte: é preferível a manutenção de uma atividade no mercado, do que sua extinção (sem esgotamento de uma série de tentativas de seu salvamento), pois a existência daquela ainda permite a geração de riquezas (tributos para o Estado, geração de empregos, circulação de bens e serviços, dentre outros), com benefícios muito superiores à coletividade.

Para Guimarães (2007, p.39): “Nessa linha, não há como negar o avanço trazido pela Lei n. 11.101/2005, com a introdução do

instituto da recuperação judicial de empresas. É inegável que a superação da crise-econômica financeira passa pela avaliação da sua viabilidade econômica. O que nos leva a concluir que a nova lei adotou um pressuposto objetivo econômico ao estabelecer no seu art. 51, inciso I, que o devedor deverá na petição inicial de recuperação judicial, expor as causas concretas da sua situação patrimonial e as razões da sua crise econômico-financeira.”

O Direito Penal, por certo acompanhou todo esse desenvolvimento histórico e dogmático das questões econômico-empresariais, criando no bojo da atual lei de recuperação de empresas, novos tipos penais, bem como recrudescendo a punição daqueles delitos já previstos na legislação anterior sobre o tema, mudança do prazo prescricional (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 359).

A doutrina critica que os tipos penais previstos no Decreto-lei 7661/1945 não eram devidamente claros (ofensa ao princípio da legalidade), sendo que “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” (PITOMBO, 2005, p.535).

Ao lado de toda essa inovação legislativa, as instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, continuam sujeitas à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo de serem declaradas falidas, nos termos da legislação vigente, conforme dispõe o art. 1º da Lei 6.024 de 13 de março de 1974.

Uma leitura açodada da Lei 11.101/2005 poderia permitir uma interpretação literal de que a legislação falimentar não se aplicaria em hipótese alguma às instituições financeiras. De fato dispõe o art. 2º, inciso II do citado diploma: “2º Esta Lei não se aplica a: [...] II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de

capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores”.

Conforme visto no parágrafo anterior, as Leis 11.101/2005 e 6.024/1974 não são excludentes quanto ao tema falência de instituição financeira, mas ao contrário são complementares, com a peculiaridade de que estas instituições possuem um regime excepcional para decretação de falência imposto pela Lei 6.024/1974, distinto de outras sociedades empresárias que se submetem à vala comum da Lei 11.101/2005.

Tal assertiva é corroborada pelo art. 34 da Lei 6.024/1974: “Art. 34 - *Aplicam-se a liquidação extrajudicial no que couberem e não colidirem com os preceitos desta Lei, as disposições da Lei de Falências (Decreto-lei 7661, de 21 de junho de 1945), equiparando-se ao síndico, o liquidante, ao juiz da falência, o Banco Central do Brasil, sendo competente para conhecer da ação revocatória prevista no artigo 55 daquele Decreto-lei, o juiz a quem caberia processar e julgar a falência da instituição liquidanda”.*

Nesse trabalho, objetiva-se analisar o crime falimentar como um dos pressupostos para o pedido ao Banco Central do Brasil para que este decreta a falência de instituição financeira, conforme art. 21, letra “b” da Lei 6.024/1974 e o caráter supletivo da lei falimentar em relação à liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

Feitas essas considerações, passemos ao estudo de uma premissa fundamental para o desenvolvimento do trabalho, qual seja a definição de instituição financeira.

DA DEFINIÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

A caracterização das instituições financeiras no Brasil é feita pela Lei 4.595 de 31 de dezembro de 1964, em seu art. 17, *caput*, como sendo *peças jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros e equiparando as estas as pessoas físicas que exerçam qualquer*

das atividades referidas de forma permanente ou eventual.

Como exemplos destas instituições podem ser citados:

- Bancos Comerciais (intermediários financeiros);
- Cooperativas de Crédito;
- Bancos de Investimentos;
- Sociedades de Créditos, Financiamentos e Investimentos;
- Sociedades Corretoras,
- Sociedade de Arrendamento Mercantil,
- Sociedades de Crédito Imobiliário,
- Companhias Hipotecárias,
- Bancos Múltiplos;

O funcionamento de tais instituições se dá com autorização do Banco Central do Brasil e sob a regulamentação a fiscalização deste.

O ex-presidente do Banco Central do Brasil, Gustavo Loyola, critica como defeituosa e confusa a definição jurídica acima, assim se expressando: “*Quando de sua publicação, isto era apenas um pecado venial. Afinal, vivíamos um mundo onde havia, nos mercados, uma separação bem clara entre as instituições financeiras e as demais. Hoje, no entanto, com a maior fluidez das fronteiras do mercado financeiro, o texto da Lei 4.595 representa um grande obstáculo para o exercício da supervisão das instituições financeiras pelo Banco Central, inclusive no que concerne aos poderes que lhe foram conferidos pela Lei 6.024/1974. O mesmo ocorre com a omissão da lei 4.595 no que diz respeito à supervisão das empresas controladas por instituições financeiras.*” (LOYOLA, 1999, p. 16).

De fato, a regulamentação do tema das instituições financeiras deve estar em constante sintonia com a evolução dos mercados financeiros, haja visto o caráter volátil e dinâmico das transações que envolvem, mormente após a globalização da economia e a facilidade de comunicações aumentada pela internet, “*no qual se multiplicam as relações jurídicas legais produzidas pelas pessoas em geral, ultrapassando-se tradicionais limites das costumeiras transações realizadas...*” (BARROS, 2007, p. 34).

Com isto, torna-se necessária uma

básica incursão histórica dada ao tratamento da falência de instituições financeiras no Brasil.

ESCORÇO HISTÓRICO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA QUEBRA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO BRASIL

No Brasil, datam do século XIX as primeiras normas estatais reguladoras da falência de instituições financeiras, não se revelando-se desde o princípio um caráter diferenciado em relação às demais atividades comerciais da época.

Inicialmente, a matéria foi tratada pelo Decreto nº 575 de 1849, que permitia ao poder público dissolver bancos, organizados sob a forma de sociedades anônimas e que não seguissem a regulamentação bancária da época.

Com a crise bancária de 1864, quando a casa bancária Antônio José Alves Souto & Cia. suspendeu o pagamento de todas as suas obrigações e com objetivo de se evitar as graves consequências de uma corrida aos bancos, foi promulgado o Decreto 3.308 de 17 de setembro de 1864, que de forma paliativa, prorrogava o vencimento de letras de câmbio, promissórias e outros títulos pagáveis no Rio de Janeiro.

Todavia, para Siqueira (1999, p. 96), uma legislação especial de intervenção só surgiu com o Decreto 3.309 de 1864, dispondo sobre a liquidação de instituições bancárias, o qual era judicial, aplicando-se a legislação falimentar, vigorando até 1908, quando o Decreto 2.204 consolidou o tratamento da falência, aplicando-se a toda atividade comercial. Em 1930, é expedido o Decreto 19.479, de 12 de dezembro, o qual dispunha em seu art. 5º o seguinte: “*Art. 5º Os bancos e casas bancárias que se sentirem na impossibilidade de retomar seus pagamentos normais, após a, terminação do prazo concedido, poderão, durante o referido prazo, requerer à Inspeção Geral de Bancas sua liquidação, a qual se processará de acordo com a lei de falência, mas fora de juízo, sob a direção de um liquidatário eleito pela maioria dos credores e sujeito à fiscalização de um delegado do Governo Provisório, que poderá substituí-lo quando entender. Esta liquidação*

deverá ser concluída no prazo de um ano”.

Posteriormente foi publicado o Decreto-Lei 9.228 de 03 de maio de 1945, que revigorou o processo de liquidação extrajudicial de Bancos e Casas Bancárias, a que se refere o art. 5º do Decreto nº 19.479, de 12 de dezembro de 1930, pelo qual os Bancos e Casas Bancárias, impossibilitados de manter suas operações normais, poderiam requerer à Superintendência da Moeda e do Crédito sua liquidação, a qual se processará de acordo com o Decreto-lei nº 7.661, de 21 de Junho de 1945, mas fora de Juízo, sob a direção de um liquidante designado pelo Ministro da Fazenda.

Seguem-se a citada Lei 4.595/1964, o Decreto-Lei 48 de 18 de novembro de 1966 (regulava a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, revogado pela Lei 6.024/1974), o Decreto-Lei 685 de 17 de julho de 1969 (que ao lado do Decreto-Lei 48/1966, estabelecia normas complementares para resguardo da economia pública, poupança privada e segurança nacional no âmbito econômico-financeiro) e a Lei 6.024/1974.

Feitas essas breves considerações, passemos a análise dos institutos da intervenção e da liquidação extrajudicial das instituições financeiras, seus pressupostos, em paralelo com o instituto da falência.

A INTERVENÇÃO, A LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A FALÊNCIA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Da intervenção e da liquidação extrajudicial. Conceito e pressupostos

Conforme visto no item anterior, as instituições financeiras no Brasil sempre foram alvo de normatização específica em relação à situação de crise patrimonial, aplicando-se o procedimento judicial da falência às demais sociedades empresariais.

Salienta-se, entretanto, que a própria Lei 6.024/1974 prevê a possibilidade de falência de tais instituições, mas não na forma ordinária prevista na Lei 11.101/2005. Não é o caso de tratamento privilegiado, mas uma necessidade de proteção rápida do sistema financeiro nacional.

Paulin (1999, p. 124) assim se pronuncia sobre o citado tratamento diferenciado: “Com efeito, as instituições financeiras desempenham funções imprescindíveis, à economia, ao Estado e à sociedade. Pode-se dizer que o mal funcionamento ou não funcionamento deste setor levaria toda a economia ao caos”. O citado autor ainda cita diversas funções realizadas pelas instituições financeiras tais como realocação de capitais, desenvolvimento da economia. Daí a necessidade de mecanismos diferenciados como a intervenção e a liquidação extrajudicial.

A diferença entre tais instrumento é a gravidade da crise que atinge a instituição financeira, ou seja, a intervenção é uma medida menos drástica, com o intuito de evitar a extinção da instituição financeira.

De acordo com a Lei 6.024/1974 ocorrerá a intervenção *ex officio* pelo Banco Central do Brasil ou por solicitação dos administradores da instituição, por um período de seis meses, prorrogável uma única vez, quando forem verificadas as seguintes situações, conforme o art. 2º: “I - a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores; II - forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização; III - na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei de falências), houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial”.

Trata-se, portanto, de situação temporária, que visa à correção de atos de indisciplina e ou má gestão da instituição financeira (PAULIN, 1999, p.133).

Já a liquidação extrajudicial é uma medida mais drástica, que visa por fim à instituição financeira, sendo que o Banco Central irá avaliar a gravidade dos fatos geradores da liquidação, designando um liquidante.

Requião (apud PAULIN, 1999, p.137) afirma que ela “constitui uma forma de extinção

da empresa determinada pelo Estado ex officio, ou a requerimento dela própria, quando ocorrerem graves indícios ou evidência de insolvência ou quando for cassada a autorização para funcionar.”

Determina a Lei 6.024/1974 em seu art. 15 que a liquidação extrajudicial da instituição financeira assim ocorrerá: “I - *ex officio*: a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência; b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais; c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários; d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores; II - a requerimento dos administradores da instituição - se o respectivo estatuto social lhes conferir esta competência - ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida”.

O liquidante terá, dentre outros, a função de levantar o balanço geral e o inventário de todos os livros, documentos, dinheiro e demais bens da entidade, ainda que em poder de terceiros, a qualquer título.

Segundo Faria (1985, p. 30): “Determinado o prosseguimento da liquidação, inicia-se a fase de verificação do passivo, em que são declarados e julgados os créditos. Na anterior, pela arrecadação e inventário dos bens, logra-se a determinação do ativo. Se não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários ou houver indícios de crime falimentar, o Banco Central do Brasil pode autorizar o liquidante a requerer a falência da entidade (lei 6.024, art. 21, “b”)”.

Da falência de instituições financeiras

A inaplicabilidade da Lei 11.101/2005 prevista em seu art. 2º, inciso II às instituições financeiras não é absoluta. Tais pessoas jurídicas podem ter a falência requerida, conforme os art. 12 e 21 da Lei 6.024/1974:

Na intervenção:

- quando o seu ativo não for suficiente para cobrir sequer metade do valor dos créditos quirografários;

- quando julgada inconveniente a liquidação extrajudicial;

- quando a complexidade dos negócios da instituição ou, a gravidade dos fatos apurados aconselharem a medida.

Na liquidação extrajudicial:

- quando o seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários;

- ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares.

TOLEDO (2007, p. 06 e 08) assim se pronunciou: *“Desde logo, impõe-se uma observação. A Lei, ao dispor que não se aplica às empresas elencadas, implicitamente diz que serão elas submetidas a regime específico. Isto não quer dizer, entretanto, que as normas da LRE não possam ser aplicadas supletivamente, sempre que a legislação própria deixar de prever soluções. (...) A falência das instituições financeiras somente pode ser decretada nas situações previstas na legislação específica. Não se admite, pois, a legitimação ativa dos credores para tanto. Não faria sentido estabelecer um regime próprio, diferenciado, com a previsão de quebra quando presentes requisitos exigíveis, e, ao mesmo tempo, permitir a concomitância de um regime paralelo. Assim sendo, do mesmo modo que não podem as instituições financeiras impetrar recuperação judicial ou extrajudicial, também não podem seus credores pleitear-lhes a falência, com fundamento num dos pressupostos da LRE.”*

PAULIN (1999, p. 140) ao diferenciar o instituto da falência em relação à liquidação extrajudicial afirma: *“Ora, é inegável a conformação do instituto ao interesse público que se dispõe a proteger, bem como é*

incontestável, sua vantagem sobre a falência, neste mister. E os argumentos são vários. Antes de mais nada, a existência do instituto da liquidação extrajudicial permite que a autoridade, tendo completo domínio, possa utilizar-se do instrumento em ocasiões determinadas, eliminando certos focos de iliquidez, de sorte que o restante do mercado não venha a ser contaminado. Entende-se que esta é a principal importância do instituto. Ou seja, o Banco Central do Brasil rapidamente, e escolhendo o momento mais oportuno, decreta a liquidação extrajudicial de uma instituição financeira. Esta intervenção da autoridade, em função da flexibilidade de que dispõe, produz efeitos menos negativos que pedidos de falência distribuídos no âmbito judicial...”

A leitura da Lei 6.024/1974 demonstra uma gradação de ações a serem tomadas contra a instituição financeira em situação de crise, partindo inicialmente da intervenção (com seu caráter temporário), passando pela liquidação (forma grave de extinção, mas que se processa de forma extrajudicial), podendo desaguar em falência (com os requisitos e pressupostos da Lei 6.024/1974, mas tramitando na vara falimentar).

CAEIRO (2001, p.226) sobre o bem jurídico penal na falência disse: *“Atualmente, a doutrina largamente dominante perfilha uma concepção dual do bem jurídico tutelado, colocando ao lado do patrimônio dos credores “a capacidade de funcionamento da economia creditícia”, “o funcionamento da ordem econômica...”*

O requerimento de falência da instituição financeira com base em indícios de crime falimentar e a apuração destes

Conforme visto em linhas anteriores, o requerimento de falência de instituição financeira com base em indícios de crime falimentar somente existe durante o processo de liquidação extrajudicial, de acordo com o art. 21, letra “b” da Lei 6.024/1974.

A falência poderá ser requerida com base em outros fundamentos na intervenção, mas não com fulcro e indícios de crime falimentar.

É preciso enfatizar, que a Lei

6.024/1974 não exige a comprovação da exigência da ocorrência de crimes falimentares para que seja autorizado o requerimento de falência de instituição financeira. A citada lei admite como necessária a existência de *indícios e não a apuração em definitivo destes*.

Tais indícios de crime falimentar poderão chegar ao conhecimento do Banco Central através de relatório do interventor ou do liquidante da instituição financeira.

Somente após a decretação da falência é que será aberto inquérito a cargo do Banco Central do Brasil, de acordo com o art 41 e 44, ambos da Lei 6.024/1974: *“Decretada a intervenção, da liquidação extrajudicial ou a falência de instituição financeira, o Banco Central do Brasil procederá a inquérito, a fim de apurar as causas que levaram a sociedade àquela situação e a responsabilidade de seu administradores e membros do Conselho Fiscal. (...) § 2º O inquérito será aberto imediatamente à decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial, ou ao recebimento da comunicação da falência, e concluído dentro em cento e vinte dias, prorrogáveis, se absolutamente necessário, por igual prazo”*. “Art. 44. Se o inquérito concluir pela inexistência de prejuízo, será, no caso de intervenção e de liquidação extrajudicial, arquivado no próprio Banco Central do Brasil, ou, *no caso de falência, será remetido ao competente juiz, que o mandará apensar aos respectivos autos*”. (grifo nosso)

Como se nota, o inquérito não é para apuração de crimes falimentares, mas nesse ponto, genericamente, apurar as causas que levaram a sociedade financeira ao seu atual estado.

Considerando que o instituto da falência representa um microsistema (TOLEDO, 2007, p.6), pode-se afirmar que eventuais crimes falimentares cometidos no âmbito de instituições financeiras serão apurados pela via do inquérito policial, a cargo da Autoridade Policial, o Delegado de Polícia.

Outro ponto relevante é que a Lei 11.101/2005 prevê, além dos crimes falimentares, crimes pré-recuperação e pós-recuperação, os quais são incabíveis às instituições financeiras, que não podem ser

submetidas a regime de recuperação judicial ou extrajudicial.

Quando da vigência do Decreto-lei 7661/1945, a apuração dos crimes falimentares se dava através de inquérito judicial, o qual veio a ser substituído pelo inquérito policial, a cargo do Delegado de Polícia, conforme determina a Lei 11.101/2005.

(PODVAL e HAKIM, 2005, p. 619), assim se pronunciaram: *“Outra modificação importante foi o fim da antinomia gerada pela existência do inquérito judicial, pois este rompia com todo nosso sistema processual penal, permitindo a figura de um juiz inquisidor, com a função tanto de presidir o inquérito, como posteriormente o processo. Não bastasse a própria ilogicidade sistêmica, nos parecia impossível a imparcialidade da autoridade que presidiu o inquérito, quando da prolação da sentença. Se o magistrado teve contato com a prova, deferiu diligências a, ao final do inquérito judicial decidiu pelo recebimento da denúncia, difícil acreditar que seu provimento jurisdicional de mérito viesse a contrariar a decisão anterior.”*

De acordo com o que dispunha o Decreto-lei 7661/1945 nos art. 103 e seguintes que, após os credores declararem seus créditos, o síndico apresentava em cartório, em duas vias, uma exposição circunstanciada, na qual, relatava as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença declaratória, os atos que constituem crime falimentar, indicando os responsáveis e, em relação a cada um e os dispositivos penais aplicáveis. A exposição, instruída com os documentos cabíveis, concluía, se fosse o caso, pelo requerimento de inquérito.

Houvesse ou não pedido de instauração de inquérito judicial, os credores podiam alegar e requerer o que lhes fosse interessante.

O Ministério Público após todas as manifestações, tinha vista dos autos para opinar, e requerer o que desejasse.

Posteriormente, o falido tinha vista dos autos para contestar e requerer o que fosse de seu interesse.

Com todas as manifestações do envolvidos realizadas, o Juiz proferia um

despacho saneador em que deferia ou não as provas requeridas. Se não houvesse provas a realizar ou realizadas as deferidas, os autos serão imediatamente encaminhados ao Ministério Público, que, no prazo de cinco dias, pedia a sua apensação ao processo da falência ou ofereceria denúncia contra o falido e outros responsáveis. No prazo de três posteriores ao prazo do MP, o síndico poderia ajuizar ação penal privada subsidiária da ação penal pública.

Não tendo sido oferecida queixa, o juiz, se considerasse improcedentes as razões invocadas pelo representante do Ministério Público para não oferecer denúncia, podia fazer a remessa dos autos do inquérito judicial ao procurador geral, conforme o art. 28 do Código de Processo Penal.

Recebida a denúncia ou a queixa, o juiz, em despacho fundamentado, determinava a remessa imediata dos autos ao juízo criminal competente para prosseguimento da ação.

Neste ponto, curioso notar que o Juiz que dava prosseguimento ao processo criminal não era o mesmo que recebia a denúncia ou queixa, não tendo assim acesso direto à origem dos fatos.

O síndico que o omitisse dados caracterizadores de crime falimentar e facilmente perceptíveis nos livros do falido, poderia ser destituído (art. 110).

Ainda sob a vigência do Decreto-lei 7661/1945, questionava-se o caráter inquisitório ou contraditório do inquérito judicial, sendo que a jurisprudência entendia que era inquisitório:

Ementa: falência - inquérito judicial - sua natureza simplesmente inquisitória e não contraditória - alegação de cerceamento de defesa por falta de intimação do falido para contestação - nulidade inexistente - oportunidade de defesa no processo criminal, e não no inquérito judicial. Por ser o inquérito judicial, na falência, peça de caráter meramente inquisitório e não contraditório, desnecessário se torna a intimação do falido para nele apresentar contestação. Ademais, se o crime falimentar se elenca no rol dos de ação pública, nada impede que a denúncia seja oferecida com suporte em simples

conhecimento do fato reputado delituoso. Daí não se reconhecer nulidade, por não ter, no inquérito judicial que antecedeu o processo por crime falimentar, sido estabelecido o contraditório com intimação pessoal do falido. E não há, porque o contraditório será estabelecido no respectivo processo, quando o falido terá oportunidade de defesa (e não no inquérito judicial). (TJMG. Processo nº 1.0000.00.289456-6/000(1), Rel. Des.(a) Hyparco Immesi, publicado em 15/10/2003).

Sob a égide da Lei 11.101/2005, intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime falimentar, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

O administrador judicial apresentará ao juiz da falência uma exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, podendo relatar a existência de crime falimentar ou outro delito conexo a estes.

Em qualquer fase processual, surgindo indícios da prática dos crimes previstos nesta Lei, o juiz da falência ou da recuperação judicial ou da recuperação extrajudicial cientificará o Ministério Público.

Percebe-se, como dito, que a investigação, se for determinada, estará a cargo da autoridade policial, o Delegado de Polícia, e não mais sob a presidência do Juiz da vara de falências.

O CRIME FALIMENTAR NO CONTEXTO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA

O Bem jurídico Tutelado

Conforme visto, a atividade empresarial encontra-se dentro do contexto da ordem econômico-financeira do Estado. Esta ordem pode ser definida como a regulação jurídica da produção, circulação e distribuição de bens e serviços no mercado.

A ordem econômica, bem jurídico tutelado pelo Direito Penal econômico, pela sua supraindividualidade, cria a principal diferença

em relação ao Direito Penal Clássico, cuja tutela sempre se notabilizou pela proteção de bens individuais, tais como a vida, a liberdade, o patrimônio.

Essa ordem econômica está dentro do rol de bens de terceira geração (junto com meio ambiente, direitos dos consumidores, por exemplo), os quais criaram novos microsistemas, com características peculiares, pela sua transindividualidade, indivisibilidade.

Conceito de bem jurídico é colocado em discussão de duas formas. Para GOMES (2005, p. 42): *“De um lado as necessidades de política criminal e a expansão do direito penal (até novas áreas de aplicação) têm feito perder certeza, concreção e personalização a ideia de bem jurídico. De fato aparecem como bens jurídicos programas de organização burocrática do estado, metas econômicas, padrões de segurança, etc. Isso mostra um caráter difuso que se torna ainda mais evidente nos chamados bens macrosociais”*.

Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, *apud* MORAIS (2001, p. 57), assim se expressou: *“[...] os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”*. (STF-Pleno- MS nº 22164/SP- Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça, Seção I, 17 de novembro de 1995, p. 39.206.*)

A necessidade de criminalização de certas condutas praticadas pelo falido

De acordo com o princípio da subsidiariedade, o Direito Penal somente será utilizado quando os demais meios de intervenção judicial não forem suficientes para impedimento do ilícito ou mesmo a reparação do dano provocado.

A responsabilização civil do indivíduo faz com este seja submetido aos ônus/custos que sua ação resultou, ou seja, uma compensação financeira à vítima.

Todavia, essa responsabilização civil, em certos casos não é suficiente, como nos casos de impossibilidade de compensação e necessidade de se impedir a repetição do ato lesivo (Pereira, 2010, p.30). O homicídio é um exemplo clássico. Não basta uma tentativa de compensação financeira (apesar de haver a *actio civilis ex delicto*), mas é evidente que o sistema jurídico, através do Direito Penal que evitar que outros crimes ocorram.

PEREIRA (2010, p. 31/32), prossegue: *“Em relação aos crimes falimentares a explicação acima referida é de aplicação indubitável. Com efeito, impossível seria responsabilizar o autor das condutas tipificadas como crime falimentar com mera indenização oriunda de responsabilidade civil, pelos seguintes motivos:*

- (1) *A indeterminação e a pluralidade das vítimas dos delitos falimentares...*
- (2) *Os danos causados pelos crimes falimentares na maior parte são incalculáveis...*
- (3) *Pelos mesmos motivos elencados no item anterior, seria impossível aplicar o conceito de indiferença econômica ao crime falimentar, de modo a sustentar que as vítimas, ao serem indenizadas, entendessem como economicamente similar sofrer ou não sofrer o dano causado pela conduta criminosa.*
- (4) *A imposição de compensação econômica em crimes falimentares, de forma isolada, não teria o condão de impedir ou deter a prática desses delitos”*.

A isso tudo, acrescente-se que os tipos previstos na atual e na revogada lei de falências possuem características próprias, decorrente da própria especificidade da lei falimentar (LACERDA, 1999, p.306).

Na sequência será feita a definição de crime falimentar e de sua natureza jurídica.

DEFINIÇÃO DE CRIME FALIMENTAR E SUA NATUREZA JURÍDICA

Definição de crime falimentar

Após as considerações sobre o contexto em que se encontram os crimes

falimentares dentro da Ordem Econômica, agora se faz necessária a definição de falência e de recuperação, para após promover a definição daquele tipo de delito.

Falência, do latim *fallere*, faltar-enganar- (CAMPINHO, 2009, p. 3) é situação em que se encontra a sociedade ou o empresário, diante de um enquadramento entre as hipóteses definidas em lei (art. 94, incisos I, II e III da Lei 11.101/2005), que podem ser resumidos em impontualidade do pagamento das dívidas, execução frustrada, indícios de fraude contra os credores (GUIMARÃES, 2007, p. 57).

Economicamente, a falência é uma crise da empresa (financeira, patrimonial ou econômica), em que o sócio ou a sociedade não possui recursos, passivo supera seus bens e direitos, ou há dificuldade do empreendimento (PEREIRA, 2010, p.19).

A recuperação, por seu turno, veio a substituir a concordata prevista no Decreto-lei 7661/1945. Ela é uma ação judicial que visa à preservação da empresa, cumprido certos requisitos, sendo prevista no art. 47 da Lei 11.101/2005 que dispõe: “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Sob o prisma da antiga lei de falências, Requião (1995, p. 03) conceituou a concordata como sendo “o instituto jurídico [...] que visa resolver a situação econômica de insolvência do devedor, ou prevenindo ou evitando a falência (concordata suspensiva)...”

A leitura dos dispositivos penais entre os artigos 168 a 178 da Lei 11.101/2005 chama a atenção para as ações que visem prejuízos a terceiros (credores) e a obtenção de vantagem indevida, tendo como pré-requisito uma sentença que decretou a falência ou recuperação judicial.

Pereira (2010, p. 60/61) define o crime falimentar assim: “toda e qualquer conduta típica, antijurídica e culpável, definida e

sancionada no âmbito da legislação falimentar, que possa efetiva ou potencialmente, agravar a situação de crise em que se encontra um devedor empresário e cuja punibilidade se encontra subordinada ao reconhecimento desta conjuntura econômico-financeira pelo Poder Judiciário, por meio da falência ou recuperação.”

Natureza jurídica do crime falimentar

A doutrina não é pacífica na definição da natureza jurídica do crime falimentar, podendo sê-la considerada como crime contra o patrimônio, crime contra a administração da justiça, contra a economia popular, crimes contra o comércio.

Lacerda (199, p. 306/307) assim se pronuncia: “Os primeiros escritores que dele se ocuparam assimilaram-no ao furto. O mesmo fazia a legislação punindo com as penas deste o falido fraudulento: *furibus et latronibus ita equiparavit* (Scaccia, §VII, gl. VI, nº149, pág. 480). Outros identificavam o estelionato ou variedade deste. Esses entendimentos, esclarece Oscar Stevenson, não mais podem tomar em conta. Em se tratando de crime de falido, a diminuição do patrimônio, por ele causada, não poderia identifica-se ao furto, de vez que não se concebe subtração de bens pelo próprio dono. Menos ainda ao estelionato, que requer o emprego de artificios para iludir a confiança de outrem e espoliá-lo de sua propriedade. Se os objetos materiais são coisas pertencentes ao sujeito do ativo do crime, ficam excluídos o furto, o estelionato ou a apropriação indébita. É crime contra o patrimônio, afirmam Puglia, Ramella, Von Liszt, Carvalho de Mendonça, Galdino Siqueira, Longhi, Delitala, De Semo. O objeto jurídico do crime é o dano causado ao patrimônio dos credores... Há ainda quem sustente tratar-se de crime contra a fé pública (Carrara, Lemmo, Galdino Siqueira, etc.) ou crime contra a economia (Pessina, Carfora)”.

A leitura dos tipos penais da Lei 11.101/2005 mostra que são vários os interesses protegidos pelo legislador, devido à própria natureza complexa do instituto da falência.

Pereira (2010, p. 64) foi muito feliz ao

afirmar que “a objetividade jurídica do crime falimentar é múltipla, variando conforme o tipo penal em análise e não podendo se consubstanciar em um único bem jurídico protegido”.

Importante salientar que todos os crimes falimentares são punidos a título de dolo, uma vez que a punição por culpa é exceção que deve constar do tipo penal por óbvia previsão do legislador, o que não ocorreu no caso da Lei 11.101/2005. A maior parte da doutrina, ainda na vigência do Decreto-lei 7661/1945 não admitia a existência de crimes falimentares culposos (PEREIRA, 2010, p. 95), o que também é seguido por Migliari Júnior (2006, p. 92).

CONCLUSÕES

O estabelecimento de uma sistemática diferenciada para a decretação da falência de instituições financeiras decorre da necessidade de proteção do interesse público, calcado na defesa da ordem econômica e financeira.

Apesar da especificidade da legislação que trata da intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras, a Lei 11.101 representa, à semelhança do Código de Defesa do Consumidor, um microsistema, com normas gerais no âmbito falencial e que serão aplicadas desde que não sejam incompatíveis com a Lei 6.024/1974 (Art. 34. *Aplicam-se a liquidação extrajudicial no que couberem e não colidirem com os preceitos desta Lei, as disposições da Lei de Falências*).

Durante o procedimento de liquidação extrajudicial, o requerimento de falência da instituição financeira não exige a comprovação exaustiva do crime falimentar, mas apenas seus indícios.

Com isso, apesar de aparentemente excludentes diante da norma inculpada no art. 2º, inciso II da Lei 11.101/2005, tal diploma é complementar à Lei 6.024/1974, ganhando especial destaque o estudo dos crimes falimentares, que podem ser praticados em concurso com outros crimes típicos às instituições financeiras (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Lei 7.492/1986).

Apesar de tratar de um tema mais afeto ao Direito Econômico, pelo qual se

estuda a intervenção do Estado em instituições atuantes em áreas sensíveis da economia, as constantes reflexões impostas pela chamada sociedade de risco, com seu modelo social de incerteza, obrigam o Direito Penal econômico a dar respostas rápidas e eficientes aos delitos econômicos, mas com a necessária observância dos limites impostos pelos direitos e garantias fundamentais descritos na Constituição da República.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- CAEIRO, Pedro. A relevância da insolvência e da insolvabilidade nos crimes falenciais. In: PODVAL, Roberto (Org). *Temas de Direito Penal econômico*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. 4 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- FARIA, WETER Rotunno. *Liquidação extrajudicial e responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 2 edição revista e ampliada. São Paulo: editora Atlas, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. YACOBUCCI, Guilherme Jorge. *As grandes transformações do Direito Penal tradicional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2008.
- GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas e falência*. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2007.
- LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de Direito Falimentar*. 14 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.
- MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Crimes de recuperação de empresas e falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- PAULIN, Luiz Alfredo. *Conceito de intervenção e liquidação extrajudicial. Pressupostos para sua decretação*. In: SADDI, Jairo (Org). *Intervenção e liquidação extrajudicial no*

sistema financeiro nacional: 25 anos da Lei 6.024/1974. São Paulo: Textonovo, 1999.

PEREIRA, Alexandre Demétrius. *Crimes falimentares, teoria, prática e questões de concurso comentadas.* São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

PODVAL, Roberto. HAKIM, Paula Kahan Mandel. *Aspectos processuais penais da lei de falências.* In: DE PAIVA, Luiz Fernando Valente (Coord.). *Direito falimentar e a Nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: editora Quartier Latin, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar.* 2 volume. 14 ed. São Paulo: editora Saraiva, 1995.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SIQUEIRA, Francisco J. de. *O papel do Banco Central no processo de intervenção e liquidação extrajudicial.* In: SADDI, Jairo (Org). *Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional: 25 anos da Lei 6.024/1974.* São Paulo: Textonovo, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei n. 11.101/2005- artigo por artigo.* 2.ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. ABRÃO, Carlos Henrique. (Coord) *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

Artigo recebido em: 02.01.2012.

Avaliado em: 12.12.2012.

Aceito para publicação em: 12.12.2012.