

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

**O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA APÓS AS LEIS Nº 11.101/05 E
11.719/08: do juízo natural para o processamento e o julgamento dos crimes
falenciais**

Nova Lima - MG
2011

RODOLFO SOARES DOS REIS

**O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA APÓS AS LEIS Nº 11.101/05 E
11.719/08: do juízo natural para o processamento e o julgamento dos crimes
falenciais**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *stricto sensu*, Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo

Nova Lima - MG
2011



Dissertação intitulada “*O recebimento da denúncia após as Leis nº 11.101/05 e 11.719/08: do juízo natural para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais*”, de autoria do mestrando Rodolfo Soares dos Reis, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo
(Orientador)

Prof. Dr.
(Examinador)

Prof. Dr.
(Examinador)

Prof. Dr.
(Suplente)

Nova Lima(MG), dezembro de 2011.

A minha amada mãe Priscila Soares dos
Reis por todo o seu especialíssimo e
inigualável “Santo Amor”. Ao meu
bondoso e querido pai Moisés Alves dos
Reis (in memoriam), cuja vida se
guarnecerá, indelevelmente, com a moral
e a honra e a Anne Karine, que é a energia
do amor, permanentemente aquecido em
mim.

AGRADECIMENTOS

A DEUS por sua infinita misericórdia;

Aos meus familiares;

A família Souto por todo apoio emocional e material, sem o que não teria alcançado a feitura da presente dissertação;

Ao Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo, pela excelência de suas aulas ao longo do mestrado e pelos firmes aconselhamentos, que me permitiram desenvolver temática voltada para as minhas atividades no Ministério Público do Maranhão;

Aos professores e funcionários da Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Empresarial da Milton Campos;

A Sayonara pela honra de me ter acolhido em sua residência, ao longo de minha estada na maravilhosa BH;

Aos meus colegas de mestrado, e ,em especial, a Simone, por todo o apoio e incentivo a mim dispensados, desde a seleção para ingresso no curso; ao Antonio, ao Aldo e ao Cristiano, por todo o aprendizado advindo de nossas proveitosas conversas e discussões temáticas.

A cidade de Belo Horizonte e de Nova Lima, por toda a sua beleza incrustada nos aclives e declives de seus aprazíveis recantos.

“De todos os homens que conheço o mais sensato é o meu alfaiate. Cada vez que vou a ele, toma novamente minhas medidas. Quanto aos outros, tomam a medida apenas uma vez e pensam que seu julgamento é sempre do meu tamanho”.

George Bernard Shaw

RESUMO

A Lei 11.101, publicada no Diário Oficial da União, no dia 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência), tratou de regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, sendo então conhecida como a “Nova Lei de Falência”. Referido diploma legal, em relação à legislação anterior - Decreto-lei 7.661/1945 -, trouxe significativas mudanças no procedimento processual penal nos crimes falenciais, desde o início da *persecutio criminis*, com a apuração das infrações falenciais, até o novo rito processual estabelecido. Com efeito, prescreve o art. 183 da Lei 11.101/2005 que “compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei”. Ocorre que, em algumas unidades da federação, notadamente São Paulo e Distrito Federal, a Legislação Estadual de Organização Judiciária atribuiu esta competência ao juízo de falência. Diante das modificações processuais ocorridas, o objeto desta dissertação radica na discussão a respeito da competência jurisdicional para o processo e o julgamento dos crimes falenciais, compreendendo essa abordagem, notadamente, na justificação constitucional do art. 183 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que outorga ao juiz criminal a competência para conhecer da ação penal pelos crimes falenciais, buscando esclarecer que se trata, em verdade, da competência do juízo universal falimentar, bem como as exceções à essa competência. Ademais, a Lei n. 11.101/2005, alterando o rito, então, aplicável, determinou em seu art. 185, que aos crimes falenciais fossem aplicados o procedimento sumário previsto nos arts. 531 a 540 do Código de Processo Penal, independentemente do *quantum* ou da natureza da pena aplicada ao crime. Logo, considerando que as disposições dos art. 395 a 398 do Código de Processo Penal aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeira instância, ainda que reguladas em legislações esparsas (art. 394, § 4º, Código de Processo Penal), e observada pela doutrina pátria uma evidente contradição entre os arts. 396, caput e 399, todos do Código de Processo Penal, posto que ambos se referem ao recebimento da denúncia, porém, em momentos procedimentais diversos, questiona-se, dessa forma, na presente dissertação, qual seria o marco inicial da relação processual penal, em sede de ação penal por crime falencial. Ou, em outras palavras, quando o cidadão/imputado assumirá a condição de “acusado” no processo penal por crime falencial.

Palavras-chave: Lei n. 11.101/05. Crime falencial. Competência Constitucional. Procedimento processual penal nos crimes falenciais. Legislação Estadual de Organização Judiciária.

ABSTRACT

Law 11,101, published in the Official Gazette, on February 9, 2005 (Recovery Act and bankruptcy), tried to regulate the bankruptcy, the bankruptcy-court and society of the entrepreneur and businesswoman, was then known as "The New Bankruptcy Law." Said law, in relation to the previous legislation - Decree-Law 7.661/1945 - brought significant changes in the procedure of criminal procedure for crimes bankruptcy since the start of persecutio criminal investigations regarding violations of the bankruptcy proceedings until the new rite established. Indeed, prescribes the art. 183 of Law 11.101/2005 that "the judge's criminal court where the bankruptcy has been enacted, granted or approved the bankruptcy court reorganization plan, meet the prosecution for the crimes specified in this Law." It happens that, in some units of the federation, especially Sao Paulo and the Federal District, the State Judicial Organization Law attributed this power to the bankruptcy court. Given the procedural changes that have occurred, the object of this thesis lies in the discussion of jurisdiction for the prosecution of crimes and process failures, including this approach, especially in the constitutional justification of art. 183 of the Law of Corporate Recovery and Bankruptcy, which gives the court jurisdiction to hear criminal prosecution for the crimes of bankruptcy, seeking to clarify that this is indeed the universal jurisdiction of the bankruptcy court, as well as the exceptions to that jurisdiction. In addition, Law No. 11.101/2005, changing the ritual, then applicable, set his art. 185, which were applied to crimes bankruptcies summary procedure provided for in the arts. 531 to 540 of the Code of Criminal Procedure, regardless of the nature or quantum of punishment to the crime. So whereas the provisions of art. 395 to 398 of the Code of Criminal Procedure apply to all prosecutions of first instance, though sparse regulated by laws (Art. 394, § 4, Code of Criminal Procedure), and observed by the country teaching a blatant contradiction between the arts. 396, first sentence and 399, all of the Code of Criminal Procedure, since both refer to the receipt of the complaint, however, several procedural times, one wonders, therefore, in this dissertation, which was the starting point of the relationship of criminal procedure we in the prosecution of a crime falencial. Or, in other words, when the citizen / imputed assume the status of "charged" in the prosecution of crime falencial.

Keywords: Law 11.101/05. Crime falencial. Constitutional Jurisdiction. Procedure in criminal procedure crimes bankruptcies. State Judicial Organization Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|----------------------------------|
| ACr. | Apelação Criminal |
| Art. | Artigo |
| CC | Controle de Constitucionalidade |
| c.c | Combinado com |
| cf. | Conferir |
| CF | Constituição Federal |
| CP | Código Penal |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CPP | Código de Processo Penal |
| DJU | Diário de Justiça da União |
| DJ | Diário de Justiça |
| Des. | Desembargador(a) |
| HC | Habeas Corpus |
| MG | Minas Gerais |
| Min. | Ministro |
| n. | Número |
| p. | Página |
| PR | Paraná |
| Rel. | Relator |
| REsp. | Recurso Extraordinário |
| RHC | Recurso Habeas Corpus |
| RTJ | Revista dos Tribunais de Justiça |
| Segs. | Seguintes |
| SP | São Paulo |

| | |
|------|-------------------------------------|
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| T. | Turma |
| t. | Tomo |
| TJ | Tribunal de Justiça |
| TJMG | Tribunal de Justiça de Minas Gerais |
| TJSP | Tribunal de Justiça de São Paulo |
| v. | Volume |
| v.u | Voto unânime |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 14 |
| 2 | CRIMES FALENCIAIS | 18 |
| 2.1 | Nascimento dos crimes falenciais: breve relato histórico e direito comparado | 18 |
| 2.2 | Evolução do instituto no Brasil | 27 |
| 2.3 | Posição topográfica da matéria e relacionamento interdisciplinar | 31 |
| 2.4 | Conceito, natureza, objetividade jurídica e nomenclatura..... | 33 |
| 2.5 | Sobre a condição objetiva de punibilidade | 39 |
| 2.6 | Conflito intertemporal entre a nova lei e a anterior | 48 |
| 3 | DO PROCEDIMENTO POR CRIME FALENCIAL | 56 |
| 3.1 | Da apuração dos crimes falenciais no âmbito do Decreto-Lei n. 7.661/45: o inquérito judicial..... | 56 |
| 3.2 | Da apuração dos crimes falenciais na Lei n. 11.101/2005 | 64 |
| 3.3 | Da ação penal nos crimes falenciais | 66 |
| 3.4 | Do rito processual nos crimes falenciais | 71 |
| 3.5 | A prisão cautelar (processual) em crimes falenciais..... | 74 |
| 3.6 | Dos efeitos da sentença penal condenatória e o instituto da reabilitação | 95 |
| 4 | O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA APÓS AS LEIS Nº 11.101/05 E 11.719/08: a imprescindibilidade do contraditório prévio à acusação | 100 |
| 4.1 | Do oferecimento da denúncia ou queixa | 102 |
| 4.2 | Do juízo de admissibilidade da acusação | 105 |
| 4.3 | Da antinomia dos arts. 396, <i>caput</i> , e 399 do CPP | 110 |
| 4.4 | Da tramitação do Projeto de Lei 4.207/01: a (suposta) intenção do legislador | 113 |
| 4.5 | Da (suposta) interpretação sistemática do CPP | 118 |
| 4.6 | Da (suposta) impossibilidade de absolvição sumária sem anterior recebimento da acusação..... | 121 |
| 4.7 | Do recebimento da denúncia ou queixa previsto no art. 399 do CPP: por uma interpretação corretiva do art. 396, <i>caput</i> , do CPP | 123 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 4.8 | Da interpretação conforme à Constituição do art. 396, caput, do CPP | 128 |
| 5 | DO JUÍZO NATURAL PARA O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DOS CRIMES FALENCIAIS | 135 |
| 5.1 | Da natureza mista e do procedimento bifásico para apuração dos crimes falenciais | 135 |
| 5.2 | Da (re)discussão da índole constitucional da competência para fixação do juízo natural em sede dos crimes falenciais..... | 140 |
| 5.3 | Da justificação das normas de organização e divisão judiciárias dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios como regras fixadoras da competência em matéria penal falencial..... | 144 |
| 5.4 | Da (in)justificação das normas de organização e divisão judiciárias dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios como regras fixadoras da competência em matéria penal falencial..... | 149 |
| 5.5 | Fixação da competência para apuração de crime falencial caracterizado como de menor potencial ofensivo..... | 155 |
| 5.6 | Crimes falenciais e as hipóteses de conexão ou continência..... | 157 |
| 5.7 | Apontamentos críticos acerca dos fundamentos doutrinários para fixação da competência para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais | 159 |
| 5.7.1 | Definição de competência e os critérios constitucionais e legais para sua fixação | 160 |
| 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 170 |
| | REFERÊNCIAS..... | 182 |

1 INTRODUÇÃO

A teorização do direito falencial se justifica, essencialmente, pela tutela do crédito. Dessa forma, é manifesta a preocupação com a inadimplência na atmosfera empresarial, porquanto uma superveniente sentença declaratória de falência, antes de redundar em consequências adstritas à esfera jurídica, é, verdadeiramente, um inefável drama social.

Destarte, desponta-se o direito das empresas em crise, objetivando a salvaguarda de situações efetivas ou potenciais de inadimplência. Nesse sentido, não podem ser toleradas condutas dolosas que afetem a própria ideia de proteção ao crédito. Diante disso, as condutas que concorram para a frustração do sistema creditício merecem ser reprimidas, sendo, portanto, tipificadas como crime.

O ordenamento criminal falencial, destarte, opera como expediente garantidor do sistema legal de respostas às crises empresarias, que têm inegável repercussão sócio-econômica, uma vez que gera manifesta insegurança jurídica, estorvando a regularidade da atividade empresarial.

Malgrado as nefandas consequências que subjazem ao instituto da falência e da recuperação de empresas, verifica-se, em nossa prática doutrinária, que esta categoria de crimes recebe usualmente pouca importância dos estudiosos comparativamente a outras espécies de delitos, não havendo maior envolvimento dos juristas ao estudo das infrações penais falenciais.

Justifica-se a verbalização escassa e limitada dos estudiosos, no que concerne ao tema crime falencial, à sua duvidosa filiação. É que ora atribui-se a filiação ao direito penal, ora remete-se a matéria aos estudos do direito comercial.

Nesse sentido, “a tendência normal e natural dos comercialistas e penalistas é afastar do âmbito de seus estudos os crimes falimentares: os primeiros consideravam matéria nitidamente de natureza penal, e os criminalistas alegavam sua vinculação íntima com o direito falimentar” (REQUIÃO, 1995, v. 2, p. 153).

Assim, debatem os tratadistas sobre a “*sede materiae*” do crime falencial, entendendo uns que a matéria deve ser disciplinada pelo Código Penal, uma vez que a conceituação dos delitos e a irrogação das penas pertencem ao Direito Penal. Outros, contudo, sustentam que a matéria deve ser regulada, em sua completude, pela disciplina empresarial, outrora denominada comercial.

Prescindindo qualquer discussão acerca da locação legislativa dos crimes falenciais, o fato é que, no interregno de 1945, o anteprojeto do que viria a ser o Decreto-Lei n. 7.661 rompeu com a velha casuística que provinha do Código Comercial de 1850. Assim, “pela primeira vez, as penas estão cominadas diretamente pela legislação falimentar, e não remissivamente pelo Código Penal” (BATISTA, 2006, p. 43).

No termo de 2005, a Lei 11.101, publicada no Diário Oficial da União no dia 09 de fevereiro (Lei de Recuperação de Empresas e Falência), tratou de regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, sendo então conhecida como a “Nova Lei de Falência”.

A nova sistemática, descortinada pela Lei nº 11.101/05, preconiza, em seu art. 183, que “compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei”.

Sobreleva registrar que as disposições teóricas do diploma falencial anterior - Decreto-lei n. 7.661/1945 - já apontava o juízo criminal como competente para o julgamento de eventual processo por crime falencial. Referida norma estabelecia que, recebendo a denúncia ou a queixa, o juízo da falência, em despacho fundamentado, determinaria a remessa imediata dos autos ao juízo criminal competente para prosseguimento da ação, nos termos da lei processual penal.

Destarte, ambos os diplomas legais – Decreto-lei nº 7.661/1945 e Lei nº 11.101/2005 – determinavam a competência jurisdicional do juízo criminal para o processo e o julgamento dos crimes falenciais. Importa referir que, a teor do art. 109, § 2º, do Decreto-Lei n. 7.661, a fixação da competência do juízo criminal ocorria após o recebimento da denúncia pelo juízo falência, enquanto a dicção do art. 183 da Lei 11.101/2005 radica a competência do juízo criminal desde o início da persecução criminal em juízo.

Ocorre que esse antigo regramento, assim como o novel, não impediu que a legislação estadual e as disposições internas dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios determinassem que a competência para o processo e o julgamento dos delitos falenciais permanecesse com o juiz da falência.

Com efeito, o juízo originário para o processo e julgamento dos delitos falenciais é a Justiça Comum Estadual. É que deflui da organização político-administrativa da Constituição Federal, que compete à lei estadual de organização judiciária a disciplina normativa no que tangencia ao processo e julgamento das infrações penais falenciais.

Esta dissertação pretende, precipuamente, analisar o juízo natural para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais após o advento da Lei nº 11.101/2005.

Ademais, como objeto secundário, busca-se discutir a celeuma que se inaugurou com as Leis n. 11.101/05 e 11.719/08, que alterando o rito, então aplicável, determinou em seu art. 185, que aos crimes falenciais fossem aplicados o procedimento sumário previsto nos arts. 531 a 540 do Código de Processo Penal¹, independentemente do *quantum* ou da natureza da pena aplicada ao crime.

Nesse viés, considerando que as disposições dos arts. 395 a 398 do Código de Processo Penal aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeira instância, ainda que regulados em legislações esparsas (art. 394, §4º, CPP), e observada pela doutrina pátria uma manifesta contradição entre os arts. 396, *caput* e 399, todos do Código de Processo Penal, posto que ambos se referem ao recebimento da denúncia, porém, em momentos procedimentais diversos, questiona-se, na presente dissertação, o marco inicial da relação processual penal, em sede de ação penal por crime falencial.

Justifica-se, portanto, a elaboração do pormenorizado estudo sobre a competência jurisdicional para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais após a nova justificação normativa do art. 183 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei nº 11.101/2005), mediante aprofundada análise crítica dos entendimentos hauridos da doutrina e jurisprudência pátrias, objetivando consolidar um entendimento denso e crítico a respeito do instituto do crime falencial, a fim de promover *locus* profícuos de discussão sobre as perspectivas de aperfeiçoamento desse importante expediente legal.

Destarte, lançando profundas raízes na tradição histórica dos árduos caminhos percorridos pelos devedores insolventes através dos tempos, o segundo capítulo cuidará do registro histórico sobre a criminalização da insolvência, tangenciando as conceituações e provisões legislativas no Brasil e no direito comparado. Analisar-se-á, outrossim, pormenorizadamente, institutos afetos à teorização do crime falencial, notadamente a posição

¹ Segundo Tourinho Filho (2009, p. 757), as regras dos arts. 531 a 537 do Código de Processo Penal referem-se ao período em que o delegado de Polícia ou a Autoridade Judiciária podiam dar início ao processo, o chamado procedimento judicialiforme. Nesse caso, a disposição contida na atual legislação de falência e recuperação judicial deve ser entendida no sentido de que o legislador quis, tão-somente, emprestar aos crimes falenciais um rito sumário, e como este é disciplinado pelos arts. 531 a 540 do CPP, não teve dúvida em a ele se referir. Na verdade, tendo em vista que o art. 129, I, Constituição Federal, ao conferir titularidade privativa para propositura de ação penal ao Ministério Público, revogou alguns daqueles dispositivos. Logo, à época da entrada em vigor da Lei n. 11.101/05, a referência deveria restringir-se aos arts. 538 a 540, todos do Código de Processo Penal. Atualmente, com a entrada em vigor da lei n. 11.719/08, houve alteração na redação dos artigos, adequando-os ao texto constitucional, e impondo uma nova sistemática aos ritos procedimentais.

topográfica da matéria, natureza jurídica, nomenclatura, condição objetiva de punibilidade e conflito intertemporal de leis no tempo.

O terceiro capítulo tem por marco de referência a análise do procedimento por crime falencial. Discorrer-se-á, dessa forma, sobre a apuração dos crimes falenciais no termo da incidência do Decreto-Lei n. 7.661/45, especificamente sobre as notas conceituais do inquérito judicial, perpassando pela delimitação do rito processual sob a vigência da Lei n. 11.101/2005. Outrossim, tratar-se-á sobre os expedientes afins ao procedimento falencial, a saber: prisão cautelar e os efeitos da sentença penal condenatória e o instituto da reabilitação

Objetivando analisar o recebimento da denúncia após as Leis n. 11.101/2005 e 11.719/2008, declinar-se-á, no quarto capítulo, considerações preambulares, à fixação da competência jurisdicional para o processamento dos crimes falenciais, notadamente o momento em que se inaugura a relação jurídica processual penal, por crime falencial.

Analisar-se-á, no quinto capítulo, a competência jurisdicional para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais após a nova justificação normativa do art. 183 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei nº 11. 101/2005). Finalmente, as considerações finais tangenciaram, sob um viés crítico e sistemático, as principais conclusões da temática ora proposta.

2 CRIMES FALENCIAIS

2.1 Nascimento dos crimes falenciais: breve relato histórico e direito comparado

A teorização dos crimes falenciais tem raízes no termo histórico do *jus mercatorum*, notadamente no arranjo jurisdicional estatutário das cidades italianas que se inclinaram à atividade mercantil, a partir do século XII (BATISTA, 2006, p. 34).

Ocorre, todavia, que embora o direito romano desconhecesse o instituto da falência, é naquela atmosfera pretoriana que se despontava as primeiras referências jurídicas a respeito do caráter infamante que subjazia a quebra (BESSONE, 1995, p. 166).

Nesse diapasão, cumpre recordar que “o devedor inadimplente convertia-se em *nexus*, sujeitando-se à *manus injectio*, isto é, ao ato de o credor pôr sobre ele a mão e conduzi-lo à presença do magistrado para que este o declarasse *addictus*, adjudicando-o o credor, que podia vendê-lo como escravo” (BESSONE, 1995, p. 166). Ressalta-se que a escravidão ou a morte revelava o caráter infamante da insolvência.

Com efeito, a restrição da execução pessoal exsurge dos postulados da *Lex Poetelia* “que libertou o *nexus*, o devedor inadimplente se tornou sujeito apenas à prisão e ao trabalho forçado em proveito do credor, até a extinção da dívida” (BESSONE, 1995, p. 166).²

Mais tarde, a *missio in possessionem* desloca o objeto da execução na direção dos bens do devedor, conquanto perdurasse o selo infamante da dívida. Nessa esteira, principiou-se a distinção entre o insolvente de boa-fé e o de má-fé, superando o objetivismo que imperava até então. Cuidava-se da Lei da *Cessio Bonorum* “que preservava da prisão real, da morte fictícia e da infâmia o devedor que voluntariamente tomasse a iniciativa de disponibilizar seu patrimônio aos credores” (BATISTA, 2006, p. 31-32).

No termo medieval, notadamente no direito estatutário das cidades italianas, os insolventes permaneceram sujeitos ao arresto pessoal por dívidas: individualizada na prisão do devedor, variando pela tortura regulamentada nos *Capitula mercatorum* do território de Lucca, ano 1308, e culminando à pena capital, na cidade de Bolonha. A perda da capacidade civil, a interdição para os atos de comércio e a incidência das penas infamantes encerravam as variantes das sanções impostas. Naturalmente dirigida a todo e qualquer devedor insolvente, a

² Impende anotar, a título informativo, que “Da categoria jurídica romana antiga do *nexum*, afetada sem dúvida pela *Lex Poetelia*, recolhemos a curiosidade de ser representada pela jurisprudência como “uma cadeia (uma corrente) que une as partes contratantes”, tal como os grilhões (*vinculis*) que prendiam o devedor insolvente ao destino que lhe concedesse a vontade soberana do credor” (BATISTA, 2006, p. 31).

execução pessoal, em consonância com as especificidades da progressão do direito *mercatorum*, limitou-se, paulatinamente, aos comerciantes (BATISTA, 2006, p. 35). Vislumbra-se, dessa forma, a estruturação do instituto falimentar no direito positivo da época, malgrado a conservação da rubrica infamante.

Ainda na atmosfera do Renascimento, o viés infamante não desistiu de qualificar a falência. Destarte, “o édito de Lion, de 1536, usando pela primeira vez o termo bancarrota, sujeitou o bancarroteiro à prisão corporal, ao pelourinho e, ainda, à prisão por tempo indeterminado, até que fosse paga a dívida” (BESSONE, 1995, p. 167).

Sobreleva registrar que os juristas, daquele ambiente comercial, valeram-se, inicialmente, da flexível moldura romana do conceito de furto impróprio para designar o delito falencial, no sentido de subtração fraudulenta de mercadorias ocorrida próxima à insolvência, posto que o conceito romano de furto

contemplava hipóteses de distração da coisa possuída (como no *furtum inventionis*) ou mesmo de coisa própria (como no *furtum possessionis*). Por essas raízes viabilizou-se tomar por furto o desvio de mercadorias compradas às vésperas da insolvência, entendendo que a *contrectatio* pode exercer-se sobre uma coisa que em alguma ocasião foi alheia (*quae aliquando fuit aliena*) ou sobre quantia de dinheiro depositada (*pecunia deposita ad numero*) (BATISTA, 2006, p. 34).

Nesse sentido, subjaz a teorização dos delitos falenciais, originariamente, uma manifesta presunção de fraude em toda falência.³ Assim, “num primeiro momento histórico a falência era considerada crime de per si, posto que o comerciante falido era considerado como uma verdadeira ‘entidade infamante’, sendo que bastava a declaração da quebra para que o mesmo fosse considerado verdadeiro criminoso” (MIGLIARI JÚNIOR, 2002, p. 09).

Ocorre que a identificação conceitual dos institutos de bancarrota e furto foi seccionada no interregno do século XVI, surgindo uma casuística que transbordará na distinção entre falidos culpáveis e falidos inculpáveis. Nesse viés, a falência será timbrada pela fraude “na falta ou destruição de livros, no desvio e ocultação de mercadorias, em atos de disposição de bens anteriores à quebra, e nos expedientes maliciosos para procrastiná-la.

³ Por oportuno, convém ressaltar que “Instituto tão antigo quanto a história do direito comercial, a falência surgiu de forma incipiente já a partir do século XIII, inspirado no *concursum creditorum* do Direito Romano, que, juntamente, com os agregados do Direito Canônico, formava o direito comum, aplicável a devedores comuns e aos comerciantes – absorvendo os usos e costumes derivados das decisões dos juízes consulares, das corporações de mercadores. Veio assim timbrado pelo rigorismo e por sanções penais severas, que buscavam reprimir os abusos perpetrados por devedores desonestos, maculados pela infâmia traduzida na sentença *decoctor ergo fraudator*” (PENTEADO, 2006, p. 25).

Porém situações que sugerem culpa – como perdas patrimoniais – estavam sujeitos a pena extraordinária” (BATISTA, 2006, p. 36).

Importa asseverar que a fisionomia dos crimes falenciais, neste processo histórico de construção jurídica, reverbera-se em três marcos teóricos singulares: teoria da falência-crime, teoria da dupla presunção legal e teoria da falência-condição.

Destarte, a teoria da falência-crime consubstancia o período preambular da delimitação conceitual dos delitos falenciais, haja vista que a decretação da falência representava, por si só, a manifestação de um crime. Consagrava-se a responsabilidade objetiva, sem se perquirir o fato gerador da quebra, apenas presumindo “*juris et de jure*” o dolo e/ou a culpa do falido (PEREIRA, 2010, p. 54). Infere-se, portanto, que o sujeito punível ou o objeto material do delito falencial reside na própria falência declarada.

Diante dos óbices operacionais de se compreender a responsabilidade penal objetiva, levantou-se a teoria da dupla presunção legal. Assim, a teoria ora ventilada sugere uma dupla presunção entre as causas geradoras da insolvência e a conduta irregular do devedor, isto é, ocorrendo alguma das situações fáticas delineadas na legislação penal falimentar, era presumível que o devedor mantinha uma vida desregrada – primeira presunção – e que essa conduta desidiosa revelava-se como a causa geradora da falência – segunda presunção. Dessa forma, malgrado a conceituação da falência situar-se fora das raias de uma conduta criminosa, preservou-se a responsabilidade penal objetiva.⁴ Verifica-se, portanto, por vias transversas, a identificação finalística entre a teoria da falência-crime e a teoria da dupla presunção.

Com efeito, Trajano de Miranda Valverde (1999, p. 28) assinalou suas inquietações a respeito da teoria da dupla presunção, alicerçada na manifestação da presunção absoluta. Assim,

contra a presunção, *juris et de juris*, de que o fato ou o conjunto de fatos mencionados na lei, de autoria do falido, fora a causa da falência (o dano), insurgem-se os criminalistas, por considerar este nexos de causalidade, mera criação da lei, como sobrevivência da responsabilidade penal por dano objetivo do antigo direito falimentar, absolutamente inadmissível no direito penal moderno, que não conhece “no tocante à *culpabilidade* (ou elemento

⁴ Vale a pena destacar as seguintes palavras: “Diante disso, existia a falência-crime. Tal conceito, porém, progrediu passando para a teoria da dupla presunção legal, em que o objetivo principal do instituto era o de amenizar o rigor da responsabilidade objetiva com o fim de acabar com a fase da falência-crime. Não obstante a tentativa, ocorreu uma situação inversa, uma vez que a teoria da presunção legal gerava situação totalmente diversa, por vezes, da real situação fática, posto que trazia ínsito na própria legislação a presunção de que o falido teria sido levado à tal situação porque teria uma vida desregrada e, portanto, esta seria a causa eficiente da quebra. Há a dupla presunção da lei por isso: na primeira observação crê-se que o falido foi levado à falência por uma vida desregrada e, numa segunda observação, somente houve a quebra por causa de sua incúria ou desídia na gestão de seus negócios” (MIGLIARI JÚNIOR, 2002, p. 9).

subjetivo do crime) outras formas além do dolo e da culpa *stricto sensu*". As construções jurídicas distanciam-se na conceituação do crime e não satisfazem, em regra, senão aos seus autores.

Nessa senda, deflagrou-se a teoria da falência-condição, predominante na atmosfera jurídica atual, cuja falência, considerada singularmente, prescinde da noção de fato criminoso, "que decorre unicamente da prática de atos capitulados como crime em lei, mas impõe a quebra como "*conditio júris*" para a punição do crime falimentar" (PEREIRA, 2010, p. 54).

Cumpra anotar que, conforme os ensinamentos da teoria da falência-condição, o sistema normativo penal falencial encontra-se disperso do instituto da falência. Assim, a falência não se revela mais como condição de punibilidade do agente, mas, tão-somente, uma condição objetiva de punibilidade do crime falimentar, limitando a persecução criminal à sua decretação.

É oportuno anotar que o crime falencial sob o viés do direito comparado assumiu diversos contornos e delimitações teóricas, conforme as legislações dos respectivos países.

No sistema jurídico Português, os delitos falenciais encontram-se positivados nos arts. 227 a 229 do Código Penal de Portugal, consagrando as condutas de insolvência dolosa, insolvência por negligência, frustração de créditos e favorecimento de credores.⁵

⁵ Dos crimes contra direitos patrimoniais
Artigo 227º. Insolvência dolosa

1 - O devedor que com intenção de prejudicar os credores:

a) Destruir, danificar, inutilizar ou fizer desaparecer parte do seu património; b) Diminuir ficticiamente o seu activo, dissimulando coisas, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los, ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, nomeadamente por meio de contabilidade inexacta, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organizando a contabilidade apesar de devida; c) Criar ou agravar artificialmente prejuízos ou reduzir lucros; ou d) Para retardar falência, comprar mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente; é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser reconhecida judicialmente, com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 - Se a falência vier a ser declarada em consequência da prática de qualquer dos factos descritos no número anterior, o devedor é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

3 - O terceiro que praticar algum dos factos descritos no nº 1 deste artigo, com o conhecimento do devedor ou em benefício deste, é punido com a pena prevista nos números anteriores, conforme os casos, especialmente atenuada.

4 - O concordatado que não justificar a regular aplicação dada aos valores do activo existentes à data da providência, é punido com a pena prevista no nº 1.

5 - Sem prejuízo do disposto no artigo 12º é punível nos termos dos nºs 1 e 2 deste artigo, no caso de o devedor ser pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, quem tiver exercido de facto a respectiva gestão ou direcção efectiva e houver praticado algum dos factos previstos no nº 1.

(Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro)

Artigo 228º. Insolvência negligente

1 - O devedor que:

a) Por grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas, ou grave negligência no exercício da sua actividade, criar um estado de insolvência; ou

b) Tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhum providência de recuperação; é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser reconhecida judicialmente, com pena

Nesse sentido, na Itália os delitos falenciais foram rascunhados no R.D. 267, de 16 de março de 1942, especificamente nos arts. 216 e seguintes⁶, em prolixa regulamentação adstrita ao conceito de bancarrota simples (originária da culpa) e qualificada (fraudulenta).

de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

2 - Se a falência vier a ser declarada em consequência da prática de qualquer dos factos descritos no número anterior, o devedor é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

3 - É correspondentemente aplicável o disposto no n° 5 do artigo anterior. (Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro)

Artigo 229º. Favorecimento de credores

1 - O devedor que, conhecendo a sua situação de insolvência ou prevendo a sua iminência e com intenção de favorecer certos credores em prejuízo de outros, solver dívidas ainda não vencidas ou as solver de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais, ou der garantias para suas dívidas a que não era obrigado, é punido:

a) Com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se vier a ser declarada a falência;

b) Com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se vier a ser reconhecida judicialmente a insolvência.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto no n° 5 do artigo 227º. (Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro).

⁶ Art. 216. Bancarrota fraudolenta. È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che: 1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti; 2) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari. La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal n. 1 del comma precedente ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili. È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione. Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa.

Art. 217. Bancarrota semplice. È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente: 1) ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; 2) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; 3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; 4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa; 5) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare. La stessa pena si applica al fallito che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta. Salve le altre pene accessorie di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a due anni.

Art. 217-bis. Esenzioni dai reati di bancarrota. Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis ovvero del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d). (1) Questo articolo è stato aggiunto dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78.

Art. 218. Ricorso abusivo al credito. 1. Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. 2. La pena è aumentata nel caso di società soggette alle disposizioni di cui al capo II, titolo III, parte IV, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. 3. Salve le altre pene accessorie di cui al libro I, titolo II, capo III, del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni. (1) Articolo così modificato dalla Legge 28 dicembre 2005, n. 262.

Art. 219. Circostanze aggravanti e circostanza attenuante. Nel caso in cui i fatti previsti negli artt. 216, 217 e 218 hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla

metà. Le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate: 1) se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati; 2) se il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale. Nel caso in cui i fatti indicati nel primo comma hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo.

Art. 220. Denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze da parte del fallito. È punito con la reclusione da sei a diciotto mesi il fallito, il quale, fuori dei casi preveduti all'art. 216, nell'elenco nominativo dei suoi creditori denuncia creditori inesistenti od omette di dichiarare l'esistenza di altri beni da comprendere nell'inventario, ovvero non osserva gli obblighi imposti dagli artt. 16, nn. 3 e 49. Se il fatto è avvenuto per colpa, si applica la reclusione fino ad un anno.

Art. 221. Fallimento con procedimento sommario. Se al fallimento si applica il procedimento sommario le pene previste in questo capo sono ridotte fino al terzo.

Art. 222. Fallimento delle società in nome collettivo e in accomandita semplice. Nel fallimento delle società in nome collettivo e in accomandita semplice le disposizioni del presente capo si applicano ai fatti commessi dai soci illimitatamente responsabili.

Capo II - Reati commessi da persone diverse dal fallito

Art. 223. Fatti di bancarotta fraudolenta. Si applicano le pene stabilite nell'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo. Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se: 1) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile; (¹) 2) hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società. Si applica altresì in ogni caso la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 216. (1) Numero così modificato dal D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61.

Art. 224. Fatti di bancarotta semplice. Si applicano le pene stabilite nell'art. 217 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali: 1) hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo; 2) hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge.

Art. 225. Ricorso abusivo al credito. Si applicano le pene stabilite nell'art. 218 agli amministratori ed ai direttori generali di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso il fatto in esso previsto.

Art. 226. Denuncia di crediti inesistenti. Si applicano le pene stabilite nell'art. 220 agli amministratori, ai direttori generali e ai liquidatori di società dichiarate fallite, che hanno commesso i fatti in esso indicati.

Art. 227. Reati dell'instutore. All'instutore dell'imprenditore, dichiarato fallito, il quale nella gestione affidatagli si è reso colpevole dei fatti preveduti negli artt. 216, 217, 218 e 220 si applicano le pene in questi stabilite.

Art. 228. Interesse privato del curatore negli atti del fallimento. Salvo che al fatto non siano applicabili gli artt. 315, 317, 318, 319, 321, 322 e 323 del codice penale, il curatore che prende interesse privato in qualsiasi atto del fallimento direttamente o per interposta persona o con atti simulati è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa non inferiore a euro 206. La condanna importa l'interdizione dai pubblici uffici.

Art. 229. Accettazione di retribuzione non dovuta. Il curatore del fallimento che riceve o pattuisce una retribuzione, in danaro o in altra forma, in aggiunta di quella liquidata in suo favore dal tribunale o dal giudice delegato, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da euro 103 a euro 516. Nei casi più gravi alla condanna può aggiungersi l'inabilitazione temporanea all'ufficio di amministratore per la durata non inferiore a due anni.

Art. 230. Omessa consegna o deposito di cose del fallimento. Il curatore che non ottempera all'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altra cosa del fallimento, ch'egli detiene a causa del suo ufficio, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a euro 1.032. Se il fatto avviene per colpa, si applica la reclusione fino a sei mesi o la multa fino a euro 309.

Art. 231. Coadiutori del curatore. Le disposizioni degli artt. 228, 229 e 230 si applicano anche alle persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione del fallimento.

Art. 232. Domande di ammissione di crediti simulati o distrazioni senza concorso col fallito. È punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 51 a euro 516, chiunque fuori dei casi di concorso di bancarotta anche per interposta persona presenta domanda di ammissione al passivo del fallimento per un credito fraudolentemente simulato. Se la domanda è ritirata prima della verifica dello stato passivo, la pena è ridotta alla metà. È punito con la reclusione da uno a cinque anni chiunque: 1) dopo la dichiarazione di fallimento, fuori dei casi di concorso in bancarotta o di favoreggiamento, sottrae, distrae, ricetta ovvero in pubbliche o private dichiarazioni dissimula beni del fallito; 2) essendo consapevole dello stato di dissesto dell'imprenditore distrae o ricetta merci o altri beni dello stesso o li acquista a prezzo notevolmente inferiore al valore corrente, se il fallimento si verifica. La pena, nei casi previsti ai nn. 1 e 2, è aumentata se l'acquirente è un imprenditore che esercita un'attività commerciale.

Art. 233. Mercato di voto. Il creditore che stipula col fallito o con altri nell'interesse del fallito vantaggi a proprio favore per dare il suo voto nel concordato o nelle deliberazioni del comitato dei creditori, è punito con la

As disposições normativas referentes aos delitos falenciais na Espanha localizam-se no Título XIII, Código Penal, que cuida dos delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica, merecendo destaque o Capítulo VII que trata das insolvências puníveis.⁷

No Ordenamento Jurídico Francês, os crimes falenciais encontram guarida no Code de Commerce, Capítulo IV, Livro V, denominado “De la Banqueroute et des Autres Infractions”, ressaltam-se as alterações introduzidas pela Ordonnance 2008-1.345, de 18 de dezembro de 2008.⁸

reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 103. La somma o le cose ricevute dal creditore sono confiscate. La stessa pena si applica al fallito e a chi ha contrattato col creditore nell'interesse del fallito.

Art. 234. Esercizio abusivo di attività commerciale. Chiunque esercita un'impresa commerciale, sebbene si trovi in stato di inabilitazione ad esercitarla per effetto di condanna penale, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa non inferiore a euro 103.

Art. 235. Omessa trasmissione dell'elenco dei protesti cambiari. Il pubblico ufficiale abilitato a levare protesti cambiari che, senza giustificato motivo, omette di inviare nel termine prescritto al presidente del tribunale gli elenchi dei protesti cambiari per mancato pagamento, o invia elenchi incompleti, è punito con la sanzione amministrativa da euro 258 a euro 1.549. La stessa pena si applica al procuratore del registro che nel termine prescritto non trasmette l'elenco delle dichiarazioni di rifiuto di pagamento a norma dell'articolo 13, secondo comma, o trasmette un elenco incompleto.

⁷ Capítulo VII. De las insolvências punibles

Artículo 257. 1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

2.º Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada. 3. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal.

Artículo 258. El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con La finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 259. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, el deudor que una vez admitida a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los órganos concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto.

Artículo 260. 1. El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos será castigado con las penas de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.

2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.

3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de La continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, em su caso, a la masa.

4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.

Artículo 261. El que en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquéllos, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses.

⁸ Code de Commerce, Livro V, Capítulo IV (“De La Banqueroute et des Autres Infractions”), com as modificações introduzidas pela Ordonnance 2008 – 1.345”, de 18.12.2008.

Art. L654-1. Les dispositions de la présente section sont applicables :

Na Alemanha, os crimes falenciais (Insolvenzstraftaten – Insolvenzdelikt) são regulamentados no Código Penal alemão (StGB – Strafgesetzbuch), na seção Vigésima Quarta.⁹

1° A toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur et à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ;

2° A toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé ;

3° Aux personnes physiques représentants permanents de personnes morales dirigeants des personnes morales définies au 2° ci-dessus.

Article L654-2. En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article L. 654-1 contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après :

1° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;

2° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur ;

3° Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur ;

4° Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation ;

5° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.

Article L654-3. La banqueroute est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Article L654-4. Lorsque l'auteur ou le complice de banqueroute est un dirigeant d'une entreprise prestataire de services d'investissement, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

Article L654-5. Les personnes physiques coupables des infractions prévues par les articles L. 654-3 et L. 654-4 encourent également les peines complémentaires suivantes :

1° L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités de l'article 131-26 du code pénal ;

2° L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement ;

3° L'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus ;

4° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ;

5° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal.

Article L654-6. La juridiction répressive qui reconnaît l'une des personnes mentionnées à l'article L. 654-1 coupable de banqueroute peut, en outre, dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 653-11, prononcer soit la faillite personnelle de celle-ci, soit l'interdiction prévue à l'article L. 653-8, à moins qu'une juridiction civile ou commerciale ait déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive prise à l'occasion des mêmes faits.

Article L654-7. Les personnes morales déclarées responsables pénalement des infractions prévues par les articles L. 654-3 et L. 654-4 encourent les peines suivantes :

1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;

2° Les peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

⁹ Vierundzwanzigster Abschnitt Insolvenzstraftaten § 283 Bankrott

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit

1. Bestandteile seines Vermögens, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gehören, beiseite schafft oder verheimlicht oder in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise zerstört, beschädigt oder unbrauchbar macht,

-
2. in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise Verlust- oder Spekulationsgeschäfte oder Differenzgeschäfte mit Waren oder Wertpapieren eingeht oder durch unwirtschaftliche Ausgaben, Spiel oder Wette übermäßige Beträge verbraucht oder schuldig wird,
 3. Waren oder Wertpapiere auf Kredit beschafft und sie oder die aus diesen Waren hergestellten Sachen erheblich unter ihrem Wert in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst abgibt,
 4. Rechte anderer vortäuscht oder erdichtete Rechte anerkennt,
 5. Handelsbücher, zu deren Führung er gesetzlich verpflichtet ist, zu führen unterläßt oder so führt oder verändert, daß die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert wird,
 6. Handelsbücher oder sonstige Unterlagen, zu deren Aufbewahrung ein Kaufmann nach Handelsrecht verpflichtet ist, vor Ablauf der für Buchführungspflichtige bestehenden Aufbewahrungsfristen beiseite schafft, verheimlicht, zerstört oder beschädigt und dadurch die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert,
 7. entgegen dem Handelsrecht
 - a) Bilanzen so aufstellt, daß die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert wird, oder
 - b) es unterläßt, die Bilanz seines Vermögens oder das Inventar in der vorgeschriebenen Zeit aufzustellen, oder
 8. in einer anderen, den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widersprechenden Weise seinen Vermögensstand verringert oder seine wirklichen geschäftlichen Verhältnisse verheimlicht oder verschleiert.
- (2) Ebenso wird bestraft, wer durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Handlungen seine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit herbeiführt.
- (3) Der Versuch ist strafbar.
- (4) Wer in den Fällen
1. des Absatzes 1 die Überschuldung oder die drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit fahrlässig nicht kennt oder
 2. des Absatzes 2 die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit leichtfertig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (5) Wer in den Fällen
1. des Absatzes 1 Nr. 2, 5 oder 7 fahrlässig handelt und die Überschuldung oder die drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit wenigstens fahrlässig nicht kennt oder
 2. des Absatzes 2 in Verbindung mit Absatz 1 Nr. 2, 5 oder 7 fahrlässig handelt und die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit wenigstens leichtfertig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (6) Die Tat ist nur dann strafbar, wenn der Täter seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist.
- § 283a Besonders schwerer Fall des Bankrotts
- In besonders schweren Fällen des § 283 Abs. 1 bis 3 wird der Bankrott mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter
1. aus Gewinnsucht handelt oder
 2. wissentlich viele Personen in die Gefahr des Verlustes ihrer ihm anvertrauten Vermögenswerte oder in wirtschaftliche Not bringt.
- § 283b Verletzung der Buchführungspflicht
- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
1. Handelsbücher, zu deren Führung er gesetzlich verpflichtet ist, zu führen unterläßt oder so führt oder verändert, daß die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert wird,
 2. Handelsbücher oder sonstige Unterlagen, zu deren Aufbewahrung er nach Handelsrecht verpflichtet ist, vor Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfristen beiseite schafft, verheimlicht, zerstört oder beschädigt und dadurch die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert,
 3. entgegen dem Handelsrecht
 - a) Bilanzen so aufstellt, daß die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert wird, oder
 - b) es unterläßt, die Bilanz seines Vermögens oder das Inventar in der vorgeschriebenen Zeit aufzustellen.
- (2) Wer in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 oder 3 fahrlässig handelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
- (3) § 283 Abs. 6 gilt entsprechend.
- einem Gläubiger eine Sicherheit oder Befriedigung gewährt, die dieser nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat, und ihn dadurch absichtlich oder wissentlich vor den übrigen Gläubigern begünstigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Der Versuch ist strafbar.
- (3) § 283 Abs. 6 gilt entsprechend.
- § 283d Schuldnerbegünstigung
- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

Os preceitos falimentares nos sistemas jurídicos de matriz anglo-saxão lograram a despontar-se no reinado de Henrique VIII, termo XVI, sendo originariamente criminais em sua essência, destacando-se as penas essencialmente pecuniárias (PEREIRA, 2010, p. 55).

2.2 Evolução do instituto no Brasil

O arranjo jurisdicional dos delitos falenciais, no Brasil, foi instituído pelo Código Criminal do Império de 1830. Até então, como colônia de Portugal, naturalmente se aplicava a legislação Portuguesa, consubstanciado nas Ordenações do Reino (REQUIÃO, 1995, v. 1, p. 13).

Rascunhado no Código Criminal de 1830, o crime de bancarrota¹⁰ qualificada como fraudulenta ou culposa, em consonância com a legislação comercial, era punida com pena de trabalho por um a oito anos.

O Código Comercial, Lei n. 566, de 25 de julho de 1850, em sintonia com outras provisões legislativas, incorporou uma classificação da falência em “casual, com culpa ou fraudulenta” (art. 798).

Nesse viés, o fato gerador da falência causal seria aquela que procedesse de acidentes, de casos fortuitos ou de força maior (art. 799). A falência culposa consubstanciava-se na insolvência decorrente de excesso de despesas pessoais, perdas originadas em jogos ou agiotagem, venda por valor inferior ao corrente de mercadorias compradas a crédito nos seis meses anteriores à quebra, e acúmulo injustificável de passivos (art. 800). Ademais, irregularidades na escrituração e ausência do falido também poderiam configurar a modalidade de falência culposa (art. 801). Fraudulenta seria a falência quando concorressem despesas ou perdas fictícias, ocultação no balanço de dinheiro, títulos ou bens, desvio de

1. in Kenntnis der einem anderen drohenden Zahlungsunfähigkeit oder

2. nach Zahlungseinstellung, in einem Insolvenzverfahren oder in einem Verfahren zur Herbeiführung der Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens eines anderen Bestandteile des Vermögens eines anderen, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gehören, mit dessen Einwilligung oder zu dessen Gunsten beiseite schafft oder verheimlicht oder in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise zerstört, beschädigt oder unbrauchbar macht.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. aus Gewinnsucht handelt oder

2. wissentlich viele Personen in die Gefahr des Verlustes ihrer dem anderen anvertrauten Vermögenswerte oder in wirtschaftliche Not bringt.

(4) Die Tat ist nur dann strafbar, wenn der andere seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist.

¹⁰ Ressalta Valverde que “Bancarrota é o termo geralmente empregado pelas legislações européias para designar o crime de insolvências culposa e dolosa” (VALVERDE, 1999, v. 3, p. 27).

recursos de que fosse o falido depositário, simulação de dívidas ou doações, aquisição em nome de terceiros, e ausência ou adulteração dos livros contábeis (art. 801).

Assevera-se que o rito procedimental dos crimes falenciais foi delineado pelo Decreto nº 707, de 09 de outubro de 1850, que vigorou até a formulação do Código de Processo Penal de 1941 (BATISTA, 2006, p. 39).

Nesse ínterim, no interregno de 1864, o Decreto nº 3.309, expurgou da disciplina das falências a hipótese da quebra de “bancos e casas bancárias”, em virtude da gravidade da crise comercial que imperava na atmosfera do Rio de Janeiro, despontando, dessa forma, em nosso sistema jurídico, as regras de liquidação extrajudicial de instituições bancárias, ressalvada as “ações criminosas que competirem contra o falido” (art. 9º). Destarte, os dirigentes do banco liquidando estavam sujeitos, se fosse o caso, a responder por delito falencial, não obstante ausente o selo da quebra. Convém, ainda, trazer à memória, que no Brasil de configuração imperial, incidia uma previsão legislativa, no sentido de que “ao credor que, nas deliberações sobre a concordata, transigir com o seu voto para obter vantagens para si”, perderia seu crédito em favor da massa, “sem prejuízo de outra pena em que incorrer, segundo a legislação criminal” (art. 5º, Decreto-Lei n. 3.065, de 06 de maio de 1882) (BATISTA, 2006, p. 40-41).

No termo republicano, excitado pela crise que passou a história sob a rubrica de encilhamento, procedeu-se a edição do Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, que reformou a Terceira Parte do Código Comercial de 1850. O anteprojeto, elaborado pelo jurista Carlos de Carvalho¹¹, mantendo idêntica casuística do Código Comercial, conservando a qualificação da falência em causal, culposa e fraudulenta.

Sobreleva anotar que “um vestígio do encilhamento está na migração da hipótese de perdas avultadas em jogos ou agiotagem, sediada na falência culposa em 1850, para a falência fraudulenta” (BATISTA, 2006, p. 41). A sentença declaratória de falência, conforme o art. 77¹², assumiu o caráter de condição de procedibilidade. O rito procedimental deveria cumprir o positivado no Decreto n. 707, de 08 de outubro de 1850 (art. 83). Assevera-se que as penas dos crimes falenciais, conforme a sua designação como fraudulenta (prisão celular de 2 a 6

¹¹ “Sobre a nova lei falimentar, que despertara tantas esperanças de conter a fraude, J. X. Carvalho de Mendonça teceu judiciosa apreciação, dizendo que o Decreto nº 917 continha, é certo, muitos defeitos, mas não se lhe podia, porém contestar o mérito de haver aberto novos horizontes ao direito pátrio. “Quantos institutos não foram reconhecidos, escreve o notável comercialista, cessando as incertezas que tantas perturbações trouxeram às relações mercantis? Infelizmente, os juízes, em sua grande maioria, que o tiveram de aplicar, nunca se esforçaram pela realização das idéias da reforma. A jurisprudência nada fez em benefício do prestígio e eficácia da lei e conseqüentemente em garantia dos grandes interesses que esta visava acautelare e proteger” (REQUIÃO, 1995, v. 1, p. 20).

¹² Art. 77, Decreto n. 917: “Não poderá (o processo criminal) ser iniciado antes de declarada a falência”.

anos) ou culposa (prisão celular de 1 a 4 anos), estavam positivados no Código Penal de 1890 (art. 336, §§ 1º e 2º) (BATISTA, 2006, p. 41).

Malgrado a modernização do instituto de direito falimentar proveniente do Decreto n. 917, a Lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, emerge com o escopo de superar as críticas levantadas contra a legislação anterior. É que, conquanto o Decreto n. 917 representasse “notável avanço e aprimoramento científico sobre a legislação anterior; mas inaplicado satisfatoriamente, em sua vigência se verificaram fraudes que ensejaram sua reforma” (FERREIRA, 1966, p. 407). Contudo, no que tange à matéria penal, limitou-se a pequenas alterações. O processo criminal continuou a reger-se pelo Decreto n. 707, de 09 de outubro de 1850 (BATISTA, 2006, p. 41).

Movida pelo fracasso dessa reforma, partiu o governo republicano para a elaboração de uma nova lei, que obstasse as fraudes e as procrastinações processuais. Promulgou-se, assim, a Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, que suprimiu o dispositivo referente à falência causal, restringindo, dessa forma, a classificação dos crimes falenciais em culposos e fraudulentos. Destaca-se que à falência na modalidade culposa, notadamente na hipótese de “excesso de despesas no tratamento pessoal do falido” foi agregada a expressão “despesas gerais do negócio superiores às que deveriam ser em relação ao capital, movimento da casa e outras circunstâncias análogas”. Ademais, positivaram-se regras especiais para diretores de sociedades anônimas (art. 171) e procedeu-se a equiparação dos síndicos e liquidatários a funcionários públicos (art. 172, §2º). A sentença declaratória de falência, conforme art. 174, permanece como condição de procedibilidade (BATISTA, 2006, p. 42).

Em virtude da depressão originária da Grande Guerra de 1914 a 1918 e das subsequentes crises, promulgou-se o Decreto n. 5.746, de 09 de dezembro de 1929, com o desiderato de “aperfeiçoamento no seu mecanismo e naqueles pontos em que o aparelho mostrou não funcionar com a devida precisão” (REQUIÃO, 1995, v. 1, p. 21).

Contudo, a rigor, o Decreto n. 5.746 operou pequenas modificações: a introdução, no art. 169, § 8º, da duplicata simulada como hipótese de falência culposa; a previsão de uma simulação de capital social nas falências fraudulentas, no art. 169, inciso VIII; a inovação da prisão preventiva do falido e seus cúmplices, art. 175, §7º. Assevera-se, todavia, que o procedimento permanecia regido pelo Decreto n. 707/1850 (BATISTA, 2006, p. 42).

A tipologia da legislação falencial, das provisões legislativas do Império à República, cuidou de estruturar a falência em culposa e fraudulenta, contudo não regulou as penalidades correspondentes, que eram emprestadas do Código Criminal de 1830, art. 263 e Código Penal de 1890, art. 336. Nessa esteira, em virtude da ausência das respectivas penas, a Lei de

Introdução ao Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n. 3.914, de 09 de dezembro de 1941) cuidou em seu artigo segundo de positivá-las.

No termo de 1945, uma comissão de juristas formulou o anteprojeto do Decreto-Lei n. 7.661. Destarte, “a velha casuística, que provinha do Código Comercial de 1850, foi objeto de depuração formal e adaptação aos tempos. Pela primeira vez, as penas estão cominadas diretamente na legislação falimentar, e não remissivamente pelo Código Penal” (BATISTA, 2006, p. 43).

Impende registrar que a sentença declaratória de falência assume a condição objetiva de punibilidade para a materialização do delito falencial, conforme interpretação sistemática dos arts. 186 e 192, do Decreto-Lei n. 7. 661, de 21 de julho de 1945.¹³ Deflui de sua Exposição de Motivos¹⁴ a supressão dos crimes falenciais culposos, “já que as figuras que integram “a pretensa falência culposa exprimem crimes de dolo de perigo” (BATISTA, 2006, p. 44).¹⁵ Nesse sentido, “todo crime falimentar, dessarte, será crime doloso. Todo falido condenado será criminoso fraudulento” (TEIXEIRA, 1966, p. 411).

No termo de 2005, a Lei n. 11.101, publicada no Diário Oficial da União no dia 9 de fevereiro (Lei de Recuperação de Empresas e Falência), tratou de regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, sendo então conhecida como a “Nova Lei de Falência”.

Referido diploma legal, em relação à legislação anterior, - Decreto-lei 7.661/1945 -, trouxe significativas mudanças no procedimento processual penal para apuração dos crimes falenciais, desde o início da *persecutio criminis*, com a apuração das infrações falenciais, até o novo rito processual estabelecido.

¹³ Art. 186, Decreto-Lei n. 7.661/45: “Será punido o devedor com detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos: (...)”.

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

¹⁴ “Imprópria pareceu à exposição justificativa de seu projeto classificar os crimes falimentares em fraudulentos ou culposos e qualificar a falência de fraudulenta ou culposa, como nas leis anteriores. Aderiu, por isso, à “concepção de que tradicionais figuras, sobretudo da pretensa falência culposa, exprimem crimes de dolo, de perigo” (TEIXEIRA, 1966, p. 408).

¹⁵ Cumpre ventilar as seguintes palavras: “De fato, com a regra da excepcionalidade da punição a título de culpa do Código Penal de 1940 (art. 15, par. único; após a reforma de 1984, art. 18, par. único), e a inexistência de expressa referência a modalidades culposas na lei, os fatos que tradicionalmente eram reportados à falência culposa (...) deveriam ser tratados como crimes dolosos. Isto colocou alguns problemas, pela superposição de tipos, seja pela estrutura manifestamente culposa de alguns tipos” (BATISTA, 2006, p. 44). Ademais, importa consignar que “tendo em vista, por um lado, a impropriedade da classificação dos crimes falimentares em culposos e dolosos, ou em ‘falência culposa’, ou em ‘falência fraudulenta’, e, por outro lado, o preceito do art. 15, nº 1, do Código Penal vigente, concernente às duas modalidades de dolo criminal admitidas pelo legislador pátrio – querer o agente o resultado ou assumir o risco de produzi-lo – o projeto suprime aquela classificação. Limita-se a distribuir as modalidades delituosas por artigos, considerando o grau de gravidade que representam e comina para sua prática as penas correspondentes (MARCONDES FILHO apud VALVERDE, 1999, v. 3, p. 29).

2.3 Posição topográfica da matéria e relacionamento interdisciplinar

O posicionamento enciclopédico do tema referente aos crimes falenciais sugere divergências doutrinárias. É que ora atribui-se a filiação ao direito penal, ora remete-se a matéria aos estudos do direito comercial.

Nesse sentido, “a tendência normal e natural dos comercialistas e penalistas é afastar do âmbito de seus estudos os crimes falimentares: os primeiros consideravam matéria nitidamente de natureza penal, e os criminalistas alegavam sua vinculação íntima com o direito falimentar” (REQUIÃO, 1995, v. 2, p. 153).

Com efeito, essa incerteza topográfica não se reserva ao direito nacional. O jurista italiano G. Rodice observou que a dificuldade de tratar dos crimes falenciais em sede de falência “nasce, precisamente, do que eles implicam questões comerciais, do que provém que os comercialistas omitem este estudo para não invadir o campo penal, e os penalistas o evitam para não invadir o campo comercial e porque se encontram pouco afeitos às noções mercantis (apud REQUIÃO, 1995, v. 2, p. 153-154).

Ademais, a duvidosa filiação dos crimes falenciais reflete a divergência doutrinária quanto à identificação do objeto jurídico, a saber: aqueles que extraem dos delitos falimentares uma tutela a bens jurídicos similares a outros crimes positivados na legislação penal ordinária. Já, outros, defendem que subjaz aos delitos falenciais um objeto jurídico *sui generis*, com sua inserção em legislação própria, notadamente a mesma que disciplina o instituto falencial.

Impende asseverar que, historicamente, o delineamento nos sistemas normativos, quanto ao modo de inserção topográfica dos delitos falenciais, se resumem em três matrizes: o grupo ventilado pelos Códigos franceses de 1807 e 1810, cuja lei falimentar define os institutos e reserva as disposições penais a cargo dos respectivos Códigos Penais; o tipo seguido pelo Código Italiano de 1882, quando a especificação dos tipos e das penalidades é conservada exclusivamente na legislação comercial falimentar; e o vetor dominante na Áustria e Hungria que insere toda a matéria criminal falimentar no bojo do Código Penal (STEVENSON, 1939, p. 122).

Com efeito, o sistema que identifica a competência da lei penal sustenta que a destinação da lei falencial é a composição de interesses privados, dessa forma, não se deve envolver em seara, essencialmente, de direito público, como é o caso da caracterização e punição dos crimes. Em voz de réplica, aduz-se que o desiderato da Lei de Falências não se

exaure na tutela de interesses privados. Ela cuida também do processo, que, como o direito penal, integraliza o direito público.

O sistema que reconhece no direito falimentar a “*sedes materiae*” (BESSONE, 1995, p. 165) ventila a íntima relação do crime com a falência, legitimando, assim, o interesse da lei comercial no que tangencia à determinação dos elementos de configuração do crime. Opõe-se a tal raciocínio, a objeção de que o delito é matéria privativa do direito penal, motivo pelo qual deve ser tratado necessariamente pela lei penal. Finalmente, a teoria que concilia a normatização das regras falenciais nas duas legislações, defende a competência da lei falencial para descrever as condutas criminosas e a aptidão do legislador penal para delimitar as medidas punitivas (BESSONE, 1995, p. 165-166).

Sobreleva registrar, ainda, que, na atmosfera jurídica atual, a reserva dos delitos falimentares ao Código Penal está circunscrito a Portugal, Espanha e Alemanha. Na legislação norte-americana, os delitos falenciais foram, a priori, inseridos na moldura da Lei Falimentar, sendo, hoje, tipificados no Código Criminal (Us Code). Na nação francesa, os delitos falenciais radicam no *Code de Commerce*, e na Itália em disposição normativa extravagante (R.D. 267, de 16 de março de 1942) (PEREIRA, 2010, p. 60).

No sistema jurídico nacional, como outrora delineado, a disciplina referente aos delitos falenciais encontrou guarida, inicialmente, nos diplomas falenciais e penais, sendo transportada, posteriormente, em sua integralidade para a legislação falimentar.¹⁶

Irresignado com a preferência legislativa de inclusão dos crimes falenciais na própria Lei de Falências, insurge-se José da Silva Pacheco (1977, p. 555), sustentando que o crime, invariavelmente, ligado ou relacionado à quebra, quer por se manifestar anterior a ela e apenas ligado aos fatos que a determinaram ou ao negócio; ou ao patrimônio ou à pessoa do falido, que por ser diretamente relacionado ao processo falimentar, denomina-se delito falimentar. “Antes de tudo, é crime. Como tal, nenhum Código mais adequado para contê-lo que o Penal”.

Vislumbra-se, todavia, a verbalização de uma interpretação escassa e limitada do sistema normativo, pelo respectivo autor, eis que a pura afirmação de, essencialmente, se tratar de crime, independente de sua natureza, não constitui óbice para previsão e

¹⁶ Importa registrar a seguinte crítica: “Conquanto não se justifique a especificidade conferida ao crime falimentar, cuja sede adequada seria o Código Penal, o fato é que, fazendo ecoar as legislações anteriores sobre insolvência editadas no Brasil, a LRE contém diversos dispositivos que vão desde a descrição de condutas típicas até a regulamentação processual penal das ações destinadas à punição (...). Uma lei que orienta o regime de insolvência não deveria, seja por razões formais, seja porque ingredientes da procrastinação do processo falimentar, conter matéria penal. São poucos os delitos genuinamente falimentares, senão delitos comuns praticados antes e durante o processo de quebra. Assim, o estelionato falimentar não deixa de ser estelionato, integrando a LRE pelo fato de causar prejuízo aos credores da massa falida” (FAZZIO JÚNIOR, 2010, p. 366).

regulamentação em legislação própria. Entendimento diverso conduziria ao pertinente questionamento a respeito dos diplomas legislativos esparsos que versam sobre crimes contra os idosos, contra o meio ambiente ou, ainda, os crimes de drogas. Ademais, não se pode olvidar a especificidade conferida aos crimes falenciais, no que tangencia conceitos que são afetos, exclusivamente, ao instituto do Direito Falencial e, que, conseqüentemente, apenas a Lei de Falências os esclarece.

Corroborando com a abordagem e a inserção dos crimes falenciais na legislação empresarial, impende resgatar as seguintes palavras:

Julgamos não se compreender a equiparação dos crimes falimentares a certos delitos já punidos pela legislação penal, como quer Gilberto Valente, por isso que apresentam eles característicos próprios que só poderão ser verdadeiramente compreendidos através das noções do direito falimentar, que nos são fornecidas pela própria lei específica. Essa é a razão porque preferimos o sistema em que os caracteres dos crimes falimentares permaneçam previstos nas Leis de Falências, deixando-se, quando muito, para as criminais tão-somente as penas correspondentes. Acreditamos mesmo que o critério adotado entre nós pelo legislador de 1940 seja o mais aconselhável e perfeitamente justa a doutrina exposta por Nelson Hungria (LACERDA, 1999, p. 306).

Ante as considerações ventiladas, a divergente locação legislativa dos crimes falenciais promoveu rancorosos preconceitos jurídicos, acarretando a pobreza da nossa literatura jurídica a propósito dos mesmos, em virtude do desinteresse da matéria seja pelos criminalistas, seja pelos comercialistas.

2.4 Conceito, natureza, objetividade jurídica e nomenclatura

A teorização do direito falencial se justifica, essencialmente, pela tutela do crédito. Assim sendo, é manifesta a preocupação com a inadimplência na seara empresarial, haja vista que um superveniente “decreto de falência, antes de redundar em ente que projeta-se apenas no mundo jurídico, é, a bem da verdade, máxime e mormente em se tratando de empresa de vulto, um indizível drama social” (MORELLE, 2006, p. 43).

Destarte, desponta-se o direito das empresas em crise, objetivando a salvaguarda de situações efetivas ou potenciais de inadimplência. Neste âmbito, não podem ser toleradas condutas dolosas que afetem a própria ideia de proteção ao crédito. Assim, condutas que colaboram com a frustração do sistema creditício merecem ser reprimidas, sendo, portanto, tipificadas como crime.

Os crimes falenciais podem ser conceituados, dessa forma, como

toda e qualquer conduta típica, antijurídica e culpável, definida e sancionada no âmbito penal 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 de falência ou recuperação (PEREIRA, 2010, p. 60-61).

Sistematizados os elementos deste conceito, objetivando uma melhor compreensão do tema, infere-se que: a) conduta criminosa por ser típica, antijurídica e culpável; b) tipificação da conduta proibida na parte penal do diploma legislativo falimentar; c) conduta criminosa com o condão de agravar, ainda que potencialmente, a situação de crise econômico-financeira do devedor empresário; d) punibilidade do delito subordinada ao reconhecimento pelo Poder Judiciário da situação de crise empresarial, seja deferindo a recuperação judicial, homologando o plano de recuperação extrajudicial ou decretando a falência (PEREIRA, 2010, p. 61).

No que tangencia a natureza jurídica dos crimes falenciais, importa timbrar a manifesta divergência doutrinária. Nesse sentido, diversos são os critérios preconizados pelos estudiosos para a delimitação do objeto jurídico¹⁷, isto é, o bem jurídico tutelado pela norma penal falencial.

Alguns doutrinadores radicam o objeto jurídico dos delitos falenciais nos crimes patrimoniais. Outros, observam objetos jurídicos singulares nesses crimes (administração da justiça, por exemplo). Alguns afixam serem crimes contra a fé pública. Finalmente, há aqueles que reconhecem, de forma cautelosa, a multiplicidade de bens jurídicos abrangidos nos tipos penais falenciais.

Sobreleva registrar, ainda, a doutrina sustentada pelo Prof. Oscar Stevenson ao verbalizar, em sua tese ‘Do Crime Falimentar’, que a objetividade jurídica dos delitos falenciais identifica-se entre os crimes contra o comércio.

Assim, os doutrinadores que computam os crimes falenciais nas raias dos delitos contra o patrimônio¹⁸ afirmam que sua objetividade jurídica repousa nos direitos dos credores

¹⁷ “A fim de precisarmos melhor o entendimento do conceito de objeto jurídico, fazem-se necessárias ainda duas observações. A primeira é a de que o conceito de objeto jurídico, ou bem-interesse protegido pela norma penal, deve ser um conceito amplo e genérico, abrangendo interesses gerais de uma determinada coletividade. A segunda observação, e a mais importante, é a de que objeto jurídico deve estar sempre relacionado ao ser humano, titular do interesse protegido” (FÜHRER, 1972, p. 20).

¹⁸ Nesse sentido, “é crime contra o patrimônio, afirmam Puglia, Ramella, Von Liszt, Carvalho de Mendonça, Galdino de Siqueira, Longhi, Delitala, de Semo. Objeto jurídico do crime é o dano causado ao patrimônio dos credores, bem jurídico que está sob a imediata tutela da lei, porque assim ordena o interesse público, que

ao patrimônio do devedor, isto é, “aparelhados para responder punitivamente às lamúrias dos credores, os crimes falimentares foram tratados predominantemente como crimes contra o patrimônio” (BATISTA, 2006, p. 58).

Nesse sentido, “podemos considerar a bancarrota como ofensa dos direitos do credor pelo devedor mediante diminuição dolosa ou culposa do patrimônio deste ou ocultação de situação patrimonial. Direitos do credor, eis que o objeto que a bancarrota particularmente ataca” (LISZT apud PEREIRA, 2010, p. 61).

Já a doutrina de Pontes de Miranda reconhece que o bem jurídico tutelado pelo delito falimentar é a administração da justiça.¹⁹ Assim,

A concepção que aí se exprime consideramos a mais científica. Na literatura não a encontramos, aqui e alhures. Porém somente ela satisfaz as exigências de exposição sistemática e está em dia com a ciência do Direito. São de afasta-se, totalmente, as concepções que apontam os crimes falenciais como crimes que violam deveres especiais que se assumem com o exercício do comércio (...) ou como figuras de que lança mão o sistema dos institutos defensivos do crédito (...), o que é assaz vago, devido à extensão. Tê-los como crimes contra a ordem jurídica ou a administração da justiça já é estar mais perto da verdade (...). Os próprios crimes falenciais de outras pessoas que não o devedor entram na classe dos crimes que dificultam ou preexcluem ou excluem o cumprimento da promessa do Estado. Todos são ligados a empecilhos à prestação jurisdicional (MIRANDA, 1984, p.120).

Sob a perspectiva de compreensão que o crime falencial tem natureza nitidamente contra a fé pública²⁰, destaca-se que a objetividade jurídica é a tutela da fé que deve orientar o comércio em geral.

A doutrina que considera a multiplicidade de bens jurídicos abrangidos nos tipos penais falenciais, assenta ser o delito falencial um crime pluriofensivo, eis que teria como

constitui, na realidade, sempre e necessariamente o objeto jurídico do crime. É a classificação tradicional de nossas leis, desde o Código Criminal de 1830, que o catalogava como crime contra a propriedade” (MIGLIARI JÚNIOR, 2002, p. 12)

¹⁹ “Objeto primário da tutela não é o direito dos credores, mas o processo executivo concursal. As normas incriminadoras baseiam-se num pressuposto “concursal”, isto é, na idéia dos credores tomados como “massa” e não como indivíduos isolados, o que significa que o interesse jurídico imediatamente lesado é um interesse público processual” (...). “Objeto genérico de toda norma penal concursal é o processo executivo concursal. Os crimes correspondentes, portanto, são crimes contra a Administração da Justiça (embora indiretamente possa atingir o patrimônio, a fé pública e a economia pública) (NUVOLONE apud FÜHRER, 1972, p. 21-2).

²⁰ “Escassa influência teve a opinião de Carrara, para quem “a verdadeira sede” dos crimes falimentares estaria “entre os delitos sociais contra a fé pública”. Na verdade, tal opinião só poderia ser perfilhada por quem igualmente comparti-lhasse da teoria carrariana sobre a fé pública como “filha da sociedade civil”, que para favorecer o tráfico jurídico entre os contratantes sociais imporia a todos uma fé (“no sentido de crença ou confiança”) sobre certos signos materiais (moeda, selos) ou sobre as declarações de certos funcionários públicos” (“embora seus livros tenham fé em certos limites e façam prova em juízo”), a ele “se defere um crédito mais ou menos extenso” (BATISTA, 2006, p. 59).

objeto jurídico “o conjunto de interesses que se estabelece em torno da massa falida” (FÜHRER, 1972, p. 23).

Nesse sentido, entendem seus defensores que as tentativas de reconhecimento de um único objeto jurídico para todos os delitos falenciais revelam-se por demais reducionistas, haja vista que o objetivo da falência “que é não só o saneamento da economia, no meio empresarial, como também a defesa dos interesses da economia nacional e dos credores. Essa pluralidade de escopo naturalmente se reflete na natureza dos crimes decorrentes da falência” (REQUIÃO, 1995, v. 2, p. 158-159).

Destarte, no reconhecimento da pluriobjetividade inerente aos crimes falenciais, ressalta-se que:

A Lei de Falências é uma lei absorvente, que envolve praticamente todos os ramos do Direito. Assim, a complexidade do instituto da falência reflete-se também no âmbito penal, e seria mesmo estranho que a lei protegesse apenas um dos muitos interesses em jogo. Por isso o legislador foi obrigado a omitir qualquer referência expressa ao objeto jurídico dos crimes falimentares, vez que, dentre os interesses protegidos, não há possibilidade de se estabelecer qual o prevalente. Como já salientou Arturo Rocco, “ocorre frequentemente que a ação proibida sob ameaça de pena ofende simultânea ou sucessivamente não apenas um, mas vários bens e interesses”. Portanto, o crime falimentar é um crime pluriofensivo, que atinge ou pode atingir não só o patrimônio mas também o crédito, a fé pública, o comércio, a economia pública, a economia popular, o interesse ao tratamento igualitário dos credores, o interesse a uma liquidação rápida e justa da massa ativa, e ainda o interesse da Administração da Justiça (FÜHRER, 1972, p. 23).

Assente, portanto, a ideia de que os delitos falenciais são de objetividade múltipla, variando segundo o tipo penal em análise, não podendo se revelar em um único bem tutelado. A verificação do objeto do crime falencial deve se dar, dessa forma, a cada tipo penal estudado, e não genericamente, pela categoria dessa espécie de delito.

Impende consignar-se o entendimento esposado por Oscar Stevenson, no qual a objetividade jurídica dos delitos falenciais está catalogada entre os crimes contra o comércio. Nesse condão, “o delito que versamos deve ser capitulado como sendo contra o comércio, dentro de uma divisão genérica dos crimes contra a economia pública. Neste sentido tem natureza de crime social, creado pêlas contingências da vida em sociedade” (STEVENSON, 1939, p. 89).

Por oportuno, ressalta-se o entendimento de Migliari Júnior no que tange à natureza híbrida dos crimes falenciais, porquanto tal infração macula o crédito e a economia pública, consubstanciada na instabilidade das relações comerciais e econômicas. Ademais, os

delitos falimentares não geram apenas uma grave instabilidade econômica ao credor único que não teve seu crédito satisfeito e, por tal razão, levou-o à quebra, mas, sim, porque a declaração da falência leva a uma consequência imediata de instabilidade econômica, punindo e esgarçando a cadeia comercial, gerando graves insatisfações no comércio próximo ao falido e, numa área de maior abrangência, produzindo efeitos em cascata sobre outros direitos, expandindo-se num raio de ação degenerador de um sistema. Assim, há uma instabilidade econômica geral, devendo ser considerada como pública, posto que os danos causados pela quebra são difusos e sem condições de comensuração, somente aferível pelo volume de insatisfeito que aportam no processo falencial (MIGLIARI JÚNIOR, 2002, p. 15).

Sobreleva registrar a classificação dos crimes falimentares, considerando o momento do crime em relação à decretação da falência. Assim, tais crimes podem ser pré-falimentares (ou antifalimentares), quando ocorridos previamente à decisão judicial de quebra, ou pós-falimentares, se ocorridos em momento ulterior.

Cabe acrescer a esta classificação, com a nova disciplina dada pela Lei 11.101/2005, que a materialização desses crimes também na recuperação judicial ou extrajudicial, permite classificá-los, ainda, em crimes pré-recuperação e pós-recuperação, conforme ocorram antes ou depois da decisão judicial concessiva da recuperação judicial ou homologatória do plano de recuperação extrajudicial.

Maximilianus Cláudio Américo Führer (1972, p. 26-27) bem esclarece a repercussão prática dessa distinção, em relação aos crimes pré-falimentares (ou pré-recuperação). É que embora a ação ou o resultado típicos definidos na lei já tenham ocorrido, têm estes delitos sua punibilidade condicionada à decretação da quebra ou à concessão da recuperação judicial ou extrajudicial, resultando isso na inexistência de prazo prescricional a se iniciar a partir da data da consumação do fato. Em relação aos delitos pós-falimentares (ou pós-recuperação) perfeita está a condição de punibilidade (decisão de falência ou de concessão da recuperação) já em seu momento consumativo inicial, contando-se a prescrição da data de sua consumação.

É possível que a existência de crimes pré-falimentares ou pré-recuperação possa ensejar certa insegurança ao empresário e ao jurista, haja vista que tais crimes, em tese, poderiam abranger toda e qualquer conduta que antecederesse a falência ou a recuperação, retroagindo *ad infinitum* para alcançar atos praticados desde a data de nascimento do empreendimento, o que parece inadmissível.

Daí a ideia de que a conduta criminosa pré-falimentar ou pré-recuperação mantenha ao menos um mínimo de vínculo com a situação de crime empresarial, uma vez que não faria qualquer sentido punir fatos que, em tese, poderiam ser tipificados como crimes quando

praticados nos muitos anos que antecederam a quebra ou recuperação, quando o negócio empresarial ainda se apresentava saudável (FÜHRER, 1972, p. 27).

Obviamente que não seria admissível retroagir indefinidamente na vida do empreendimento para atingir condutas que sequer se relacionam com a situação de dificuldades econômicas, razão pela qual entende-se necessário estabelecer, ainda que de modo impreciso, um limite razoável de tempo anterior à quebra ou recuperação em que as condutas do devedor possam ser enquadradas nos tipos penais respectivos. É o que se costumou denominar de “zona de risco penal”, fixada em cada caso concreto, de modo a estabelecer um nexó mínimo entre o crime pré-falimentar ou pré-recuperação e a crise empresarial, fora da qual referidos delitos seriam impuníveis (FÜHRER, 1972, p. 27)

Por fim, cumpre discutir a nomenclatura adotada para definir os crimes falenciais diante da inovação legislativa operada pela Lei n. 11.101/2005, que deflagrou a possibilidade da ocorrência de crimes falenciais na hipótese de recuperação *lato sensu*, e não somente no caso de falência, como se verificava da legislação anterior.²¹

Diante da inovação perpetrada pelo constituinte derivado, indaga-se a adequação da nomenclatura ‘crimes falimentares’ para designar os delitos preconizados na Lei n. 11.101/2005.

Nesse ínterim,

É curioso apontar que os autores se referem aos crimes da falência como sendo ‘crimes falimentares’. Não obstante consagrado o termo ‘crime falimentar’ na doutrina e na jurisprudência pátria há mais de séculos, não podemos nos esquecer de que esse entendimento, porém, deve sucumbir. Primeiramente, necessitamos observar que a nova legislação não trata apenas dos crimes cometidos na falência, como o Decreto-Lei 7.661/45 tratava, mas, também, dos crimes cometidos nas recuperações judicial e extrajudicial - o que não existia em relação às concordatas -, daí por que a utilização de ‘crime falimentar’ não estaria correta, eis que poderá existir crime que não tenha sido praticado na falência. Seja como for, a expressão ‘falimentar’ não é correta, nunca. E pregoamos que o melhor momento para se alterar a sua utilização é agora, com a modificação legislativa, passando a utilizar o termo ‘falencial’ ao já consagrado e utilizadíssimo ‘falimentar’ (MIGLIARI JÚNIOR, 2010, p. 553).

Nessa esteira de raciocínio, aduz Pedro Caeiro, da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, sua preferência ao empregar “o adjetivo *falencial*, em detrimento

²¹ “A nova Lei de Falências não se vale da expressão “crime falimentar’ para identificar os crimes por ela tipificados. O motivo provável é o contido no art. 180, que estabelece como condição objetiva de punibilidade não só a Sentença Declaratória da Falência (SDF), como também a de concessão da recuperação judicial e homologação de recuperação extrajudicial” (COELHO, 2011, p. 529).

do vocábulo da mesma espécie *falimentar*, apesar de este último ser de uso corrente na doutrina e na jurisprudência” (2003, p. 62). Ademais, sustenta o referido autor que o termo falimentar decorre do italianismo, ao passo que o falencial provém do Português. Sustenta, ainda, que a expressão falencial é remissiva à falência, que consiste na ação ou efeito de falir, cessação de pagamentos, quebra de um negociante; enquanto o vocábulo falimentar é indicativo de erro, omissão, míngua, carência, falha, gerando o termo falimento e, conseqüentemente, a expressão falimentar.

Sobreleva registrar que a proposta metodológica de utilização do termo ‘falencial’ em detrimento da expressão ‘falimentar’ já ecoava na doutrina de Pontes de Miranda (1984, p. 120).

Diante das incongruências conceituais que gravitam em torno da expressão falimentar, notadamente após o advento da Lei n. 11.101/2005, empregaremos o vocábulo ‘falencial’ em toda a extensão da presente dissertação.

2.5 Sobre a condição objetiva de punibilidade

Deflui da disposição normativa delineada no art. 180 da Lei n. 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que “a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta lei”.

Impende ressaltar, a título preambular, o manifesto equívoco do constituinte derivado ao equiparar à sentença que decreta a falência aquela que concede o processo de recuperação de empresas, que poderá ser judicial ou extrajudicial.

É que se encontra ínsito à conceituação de ‘condição objetiva de punibilidade’ uma função político-criminal de limitação do poder coercitivo estatal, ao encerrar a punibilidade que regra geral emana da verificação de um injusto culpável. Vislumbra-se, portanto, que a legislação penal falencial assume o escopo de “mecanismo de preservação da credibilidade e confiança dos agentes econômicos” (PEREIRA, 2010, p. 45).

Com efeito, “sem a condição objetiva de punibilidade (decretação da falência) existiria “para muitos empresários economicamente fracos o risco permanente de serem denunciados e de se verem imersos num processo penal que provavelmente seria a verdadeira causa de sua ruína econômica”” (BATISTA, 2006, p. 51-52).

Nesse sentido, a deflagração de um processo criminal pela simples suspeita da materialização de um tipo penal falencial, prescindindo da aplicação da condição objetiva de

punibilidade, poderia arruinar a confiança na liquidação das dívidas e acarretar precisamente a insolvência do empresário e o prejuízo aos interesses dos respectivos credores.

Destarte, a condição objetiva de punibilidade assume o caráter de salvaguarda dos inconvenientes que o processo criminal falencial acarreta. Infere-se, portanto, uma redução da esfera de punibilidade, haja vista que apenas haverá crime falencial se houver anterior sentença declaratória de falência ou, equivocadamente, sentença concessiva de recuperação judicial ou extrajudicial (homologação).

Ora, se própria legislação brasileira falimentar, Lei n. 11.101/2005, prescreve que as possibilidades de recuperação, judicial²² ou extrajudicial, antecedem a falência, haja vista os inúmeros inconvenientes que advêm da quebra do empresário e que o desiderato precípua do instituto da recuperação radica na “preocupação de preservar a empresa, vista esta como verdadeira instituição social para a qual se conjugam interesses diversos: o lucro do titular da empresa; os salários dos trabalhadores; os créditos dos fornecedores; os tributos do Poder Público” (ALMEIDA, 2012, p. 320), como entender que a sentença concessiva da recuperação judicial ou que homologa o plano de recuperação extrajudicial seja condição objetiva de punibilidade, juntamente com a sentença que decreta a falência, uma vez que tal equiparação “viabilizará iniciativas criminais potencialmente capazes de perturbar gravemente o procedimento de recuperação empresarial, acelerando quebras que talvez fossem evitáveis” (BATISTA, 2006, p. 53)?

Por isso que a condição objetiva de punibilidade adstrita ao processo da falência cumprirá, essencialmente, “a função de impedir que um promotor de justiça estouvado, com a TV Globo a reboque, interviesse sobre a já abalada credibilidade da empresa recuperanda, na contramão dos interesses que a lei pretendeu tutelar (fomentando os danos que ela quis evitar e aprofundando a crise de liquidez que almejou ser superada)” (BATISTA, 2006, p. 53).

Diante dos argumentos ventilados, indaga-se como compreender o expediente da recuperação da empresa *lato sensu*²³, no sentido de solução para as empresas em crise, em consonância com as perniciosas consequências geradas pela propositura de um processo

²² Eis o teor do art. 47, Lei n. 11.101/2005: “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”.

²³ Primeiramente, cumpre anotar que a designação ‘recuperação da empresa *lato sensu*’ refere-se à recuperação empresarial judicial e extrajudicial. Convém anotar as seguintes palavras: “A recuperação judicial é o somatório de providências de ordem econômico-financeira, econômico-produtiva, organizacional e jurídica, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isto, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, de emprego e a composição dos interesses dos credores” (CAMPINHO, 2006, p. 10-11).

criminal. Afigura-se, dessa forma, a incidência da condição objetiva de punibilidade no que tangencia ao processo de recuperação de empresas, verdadeiramente, um expediente impeditivo à preservação do empreendimento mercantil.

Ademais, não se pode olvidar que a falência de um empresário é timbrada por um latente prejuízo social que, originariamente, transborda o interesse privado dos credores. Destarte, “o decreto de falência, antes de redundar em ente que projeta-se apenas no mundo jurídico, é, a bem da verdade, máxime e mormente em se tratando de vulto, um indenizável drama social” (MORELLE, 2006, p. 43).²⁴

Impende asseverar que, “na atualidade, abre-se espaço à opinião segundo a qual o Direito Penal deve estender sua proteção a interesses menos individuais, porém de grande valor para amplos setores da população” (PUIG, 1985, p. 105).

Observa-se, portanto, a confusão do legislador ordinário ao equipar a sentença que decreta a falência aquela que concede a recuperação judicial ou homologa o plano de recuperação extrajudicial.

No que concerne à natureza jurídico-penal da decisão que decreta a falência ou a recuperação judicial ou extrajudicial com relação ao crime falencial, no sistema normativo brasileiro²⁵, cumpre discorrer acerca de três correntes que se consolidaram na doutrina, a saber: aqueles que entendem ser a decisão declaratória de falência elemento do tipo penal; outros que a entendem como condição de procedibilidade da ação penal; e, por fim, como condição objetiva de punibilidade.

Perfilhando a posição doutrinária que considera a decisão de falência ou recuperação como elemento do tipo penal falimentar, ao argumento de que é a corrente que melhor explica as consequências práticas da posterior reforma da decisão, Vicente Greco Filho (1999, p. 439) sustenta que:

Nossa posição é a de que se trata de elemento do tipo penal, ainda que implícito ou genérico. As outras posições, de que seria condição de procedibilidade ou condição de punibilidade, não explicam a extinção de todos os efeitos, inclusive da sentença condenatória, se for rescindida a

²⁴ “O decreto de falência não apenas fulmina postos de trabalhos diretos, sendo, mui comezinho, seus nefandos efeitos reverberarem em outras empresas, mas também, aniquila inúmeras colocações no mercado formal de trabalho (...). Projeta-se diretamente na população, eis que priva o Estado de seus tributos, sem os quais, não pode cumprir sua elevada missão, o bem-comum (...). Produz imensa insegurança jurídica, estorvando a regularidade da atividade comercial” (MORELLE, 2006, p. 43).

²⁵ Importa mencionar, a título de direito comparado, que “ao contrário do que ocorre na legislação nacional, em que a decisão de falência ou recuperação é essencial em todos os casos para viabilizar a punibilidade do crime falimentar, o ordenamento de muitos países europeus traz exceções ou mitigações ao rigor da regra do art. 180 da Lei 11.101/2005, dispensando a presença da decisão de quebra em determinadas situações específicas (PEREIRA, 2010, p. 75)

sentença de falência. Afirmar que se trata de condição de procedibilidade explica a impossibilidade de ação penal sem ela, mas não a extinção da ação penal depois de proposta, no caso rescisão; afirmar que se trata de condição de punibilidade, por sua vez, não explica a extinção de todos os efeitos, inclusive da sentença penal condenatória transitada em julgado se houver rescisão da sentença de falência. Nossa conclusão, portanto, apesar de argumentos em contrário, como por exemplo o de que esse elemento do tipo não se encontra na vontade do agente, é de que a sentença de falência tem essa natureza, ainda que, quanto ela, se deva reconhecer a existência de resquício de responsabilidade objetiva.

Tal posicionamento, entretanto, foi rechaçado pelas críticas. Assim, como contraponto a esta corrente impera o argumento de que estaria implícito na ocorrência da falência ou da recuperação da empresa o dolo do agente, razão pela qual seria possível aferir que um devedor, ao cometer crime falencial antes da quebra (por exemplo, uma fraude a credores), deveria ter a intenção de falir posteriormente, o que não faz muito sentido. De outra sorte, admitir a existência de um elemento do tipo penal não abrangido pelo dolo do agente seria admitir a responsabilidade penal objetiva, o que poderia configurar verdadeira inconstitucionalidade (PEREIRA, 2010, p. 77).

Ademais, impende asseverar que, na maioria dos tipos penais falenciais, prescinde-se da ocorrência da falência ou da recuperação *lato sensu* como elemento do tipo e quando é erigida a elemento do tipo seu objetivo radica, singularmente, na fixação do termo no qual o delito poderia ter sido praticado. Dessa forma, resta prejudicada a teoria da sentença declaratória da falência como elemento do tipo penal falencial.

Afinada com a corrente que entende que a sentença de falência ou recuperação possui a natureza de condição de procedibilidade da ação, encontram-se as ideias de Fernando da Costa Tourinho Filho (2003, p. 122). Nessa esteira, aduz o autor, em referência, que observando a dicção do parágrafo único do art. 143 da Lei de Falências, “parece-nos que a sentença declaratória funciona como condição de procedibilidade, tanto mais quando o art. 507 do CPP dispõe que a ação penal não pode iniciar-se antes de decretada a falência”.²⁶

Por condição de procedibilidade entende-se todo e qualquer requisito, cuja verificação a lei imponha como imprescindível ao exercício da ação penal em juízo, tais como a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça nos crimes em que a lei assim a exija. As condições de procedibilidade vinculam a manifestação do exercício da ação penal, e não, propriamente, o direito de punir do Estado. Materializado o crime, surge para o

²⁶ É imperioso ressaltar que a fundamentação de Tourinho Filho “se funda no fato de o credor, na vigência do Decreto-lei 7.661/1945, poder fundamentar seus embargos à concordata preventiva em fato que tipificasse, em tese, crime falimentar, sem que a decisão declaratória de falência tivesse ainda sido prolatada” (PEREIRA, 2010, p. 77).

Órgão Estatal o direito de punir, que permanece, entretanto, subordinado a uma condição para ser exercido em juízo (PEREIRA, 2010, p. 77).

Entretanto, a tese esposada pela condição de procedibilidade da ação penal contraria a disposição positivada na Lei 11.101/2005, porquanto o seu art. 184 prescreve, de forma salutar, que “os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada”. Destarte, evidencia-se latente incoerência admitir que os crimes falenciais tivessem como pressuposto uma condição de procedibilidade, haja vista expressa referência legal, atestando sua incondicionalidade.

Nesse ínterim, o entendimento que aduz ser a sentença de falência ou recuperação condição objetiva de punibilidade é a que prevalece na doutrina, inclusive referendada com entendimento jurisprudencial da lavra do Supremo Tribunal Federal.²⁷

Convém consignar que a conceituação de condição objetiva de punibilidade repousa no fato ou circunstância, extrínseco ao tipo penal, não abrangida pelo dolo do agente, exigido em lei como elemento imprescindível à punição do delito. Trata-se do próprio surgimento do direito de punir estatal. Assim, ao passo que na “ausência de uma condição de procedibilidade o Estado vê seu direito de punir nascer, mas seu exercício em juízo fica impedido até a implementação daquele condicionamento, não havendo uma condição de punibilidade exigida em lei, sequer surgirá o *ius puniendi* estatal” (PEREIRA, 2010, p. 76).

Diante do exposto, infere-se a fragilidade da teoria que identifica a decisão que decreta a falência ou concede a recuperação ao elemento do tipo penal falimentar, notadamente pela vedação da responsabilidade penal objetiva e não abrangência do dolo pelo sujeito ativo.

Outrossim, não se pode olvidar que a natureza jurídico-penal da decisão que decreta a falência ou a recuperação não se localiza na teoria da condição de procedibilidade, uma vez que tal concepção contraria dispositivo expresso na legislação falimentar e, ademais, tal identificação teria por “consequência o condicionamento da ação penal em juízo, e não do direito de punir do Estado – o que permitiria, por exemplo, o início da contagem do prazo prescricional do delito pré-falimentar desde seu cometimento, antes da superveniência da decisão de quebra ou recuperação” (PEREIRA, 2010, p. 78).

Portanto, vislumbra-se que a identificação da natureza jurídico-penal da decisão que decreta a falência ou a recuperação assenta no instituto da condição objetiva de punibilidade.

Nessa esteira, eis a lição de Juarez Tavares (2000, p. 168):

²⁷ “Ementa: Habeas corpus. O crime falimentar é de natureza complexa e decorre da declaração de como única e insubstituível condição de punibilidade.” (STF, RHC 34.731, j. 2.1.1957, ADJ 26.8.1957, p. 2.184).

As condições objetivas de punibilidade são tidas normalmente como elementos do fato punível situados fora do tipo do injusto, mas previstos no complexo típico como manifestação da valoração de sua punibilidade. Podem ser preenchidas após ou antes do fato, não sendo, portanto, necessariamente, acontecimentos futuros. Estas condições representam uma particularidade do conflito social desencadeado no delito e a delimitação do legislador acerca de sua solução através do emprego de uma sanção penal. Muitas vezes não interessa ao legislador, que determinado fato, embora típico, seja punido simplesmente pelo cometimento por um agente culpado, mas somente quando ocorrerem resultados ou conseqüências específicos, que considera relevante à consecução de sua política criminal (...). No crime falimentar tem suscitado alguma dúvida se é ou não condição objetiva de punibilidade a declaração de falência. Como a declaração de falência não interfere na configuração do injusto desses delitos, nem na culpabilidade do agente, parece tratar-se evidentemente de uma condição de punibilidade. Assim, o comerciante que realiza, por exemplo, conscientemente operações arriscadas de puro acaso ou jogos de qualquer espécie não precisa também estender seu dolo à declaração de falência. Até mesmo porque, nesses delitos, o comerciante não quer falir, apenas realizar ações que locupletem ou até mesmo possam melhorar seu negócio. A declaração de falência depende de outros fatores, como, normalmente, o pedido de algum credor, o não pagamento do débito no prazo elisivo de título de dívida líquida e certa etc., sendo, por isso mesmo, estranha tanto ao tipo de injusto quanto à culpabilidade.

Importa consignar a manifestação eclética de determinados doutrinadores, no sentido de admitir que a decisão de falência ou recuperação possua natureza multifacetária.²⁸

Sob essas considerações, sobreleva da dicção do art. 180 da Lei 11.101/2005, que, independentemente da corrente sustentada pelo intérprete, a sentença que decreta a falência ou defere a recuperação judicial ou homologa o plano de recuperação extrajudicial, assumirá, inexoravelmente, condição jurídica para a manifestação do delito falencial, ou melhor, a sentença declaratória de falência e a sentença que defere a recuperação judicial e extrajudicial, “concedem existência jurídica aos crimes falimentares” (ANDREUCCI, 2006, p. 66).

Corroborando com as ideias já esposadas, Luiz Flávio Gomes destacar que:

A sentença da falência, antes, era condição de procedibilidade (CPP, art. 507): sem ela, não poderia a ação penal ser exercida. Tinha repercussão, como se vê, no âmbito processual (mais precisamente no momento da ação penal). Por força do art. 180 da nova lei de falências, a sentença que decreta

²⁸ Nesse sentido, é oportuno trazer à baila as seguintes considerações: “Para nós, a sentença declaratória de falência é pressuposto dos crimes pós-falimentares e condição objetiva de punibilidade dos crimes antefalimentares, exceto quando a quebra é elemento do crime. A condição objetiva de punibilidade é um acontecimento incerto, posterior ao fato criminoso e não coberto pelo dolo do agente. Assim, não pode acontecer crime, sendo, nesse caso, seu pressuposto. Será elemento do crime a sentença se o tipo penal exigir que a quebra esteja abrangida pela consciência do agente, perfazendo o dolo da infração, como no art. 186, III, da Lei de Falências. Caso contrário, nos crimes antefalimentares, é mera condição de punibilidade, como nos crimes previstos no art. 186, VI e VII, etc., e não condição de procedibilidade, que se refere direta e exclusivamente às condições para o exercício da ação penal (MIRABETE, 2004, p. 384)

a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial mudou sua natureza jurídica: agora é condição objetiva de punibilidade. Sem ela, o fato não é punível.

Condição objetiva de punibilidade é uma condição criada pelo legislador, por razões de política criminal, que está coligada não com o merecimento da pena, e sim com sua necessidade. Ela não interfere no injusto penal (fato materialmente típico + antijuridicidade), nem na culpabilidade do agente. Integra, isso sim, o fato punível (a punibilidade abstrata). Toda condição objetiva de punibilidade está fora do fato e, portanto, fora do dolo do agente. É algo a mais, um *plus* que o legislador passa a exigir para que o fato seja ameaçado com pena (seja punível, em tese).

Consequências práticas: antes da sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial, não há nem sequer fato punível. Pode já estar configurado um injusto penal (fato materialmente típico e antijuridicidade). Pode o agente ser culpável (se podia agir de modo diverso e não agiu). Mas não existe fato ameaçado com pena. Logo, nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada contra ninguém. Não há que se falar em prisão preventiva, indiciamento em inquérito policial etc.²⁹

Importa registrar, outrossim, que a sentença declaratória de falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação da recuperação extrajudicial revela-se como condição objetiva de punibilidade, restritivamente, aos crimes pré-falenciais, porquanto para os crimes posteriores à decretação, a sentença transmudar-se-á em pressuposto, em elemento do tipo (TOMAZETTE, 2011, p. 555).

Nessa esteira, aduz Heleno Fragoso (1962, p. 158) que “a condição objetiva de punibilidade somente pode ser um acontecimento futuro ou concomitante e incerto, pois de outra forma não teria sentido a sua disciplina jurídica”. Da mesma sorte, Mirabete (2001, p. 550) sustenta que a sentença declaratória da falência constitui pressuposto dos crimes pós-falenciais, e condição objetiva de punibilidade dos crimes antifalenciais, posto que a *conditio juris* é um acontecimento incerto, posterior ao fato criminoso e não abrangido pelo dolo do agente.

Finalizando o presente tópico, convém destacar duas questões ventiladas pela doutrina de Alexandre Demetrius Pereira (2010, p. 80): a) Se modificada por qualquer circunstância a decisão de falência ou recuperação (por exemplo, através da interposição do recurso cabível), como fica a situação do crime falencial? b) Encerrado o processo de falência ou recuperação sem que haja reforma da decisão declaratória de falência ou concessiva da recuperação, é possível ainda a punição do delito falencial?

²⁹ Citação extraída do sítio eletrônico síntese online (Disponível em: < <http://online.sintese.com.br> >. Acesso em: 20 jun. 2011.

No que tangencia à primeira problemática suscitada, observa-se que ulterior reforma da decisão de falência ou recuperação judicial, restará impunível o crime falencial, caso ainda não proferida decisão definitiva, sujeitando-se a decisão a revisão criminal na hipótese de já existir trânsito em julgado de decisão condenatória. É que não haverá mais em tal circunstância, por desconstituído, o requisito legal imprescindível para a deflagração da punibilidade do crime falencial (PEREIRA, 2010, p. 80).³⁰

Obviamente que, na hipótese da modificação da decisão declaratória de quebra ou concessiva de recuperação, judicial ou extrajudicial, já houver sido instaurado inquérito para a verificação do crime falencial ou já houver ajuizamento de ação penal, poderão estes ser trancados judicialmente pela via do remédio constitucional denominado *habeas corpus*.

Já o encerramento do processo de falência ou recuperação, segunda problemática suscitada, por ausência de arrecadação de ativo, falta de credores habilitados, pagamento do passivo ou rateio proporcional para a extinção das obrigações, por exemplo, não impede o prosseguimento da persecução penal. Isso porque, nessas hipóteses, a decisão de falência ou recuperação, condição de punibilidade do crime falencial, “mantêm-se intacta, pouco importando que o processo falimentar ou de recuperação estejam encerrados, uma vez que o trâmite é completamente independente do processo criminal que apura o delito falimentar” (PEREIRA, 2010, p. 81).³¹

Entretanto, vale trazer a lume o entendimento, ainda que minoritário, segundo o qual a finalização do processo falencial por ausência de credores habilitados deve resultar na improcedência do pedido condenatório, ao argumento de que, não havendo quaisquer habilitações, não se vislumbraria sequer um risco potencial a eventuais interesses de uma coletividade de credores.

Nesse sentido, importa anotar o seguinte entendimento:

³⁰ Nesse viés, a “consequência da condicionalidade do crime falimentar à decretação da falência é a de que a revogação da respectiva sentença extingue a punibilidade. Os atos praticados antes da quebra ou são penalmente irrelevantes ou constituem crime comum; só passam a ser crimes falimentares depois da declaração judicial da falência. Por consequência, se a sentença de falência for reformada (para torná-la sem efeito) ou anulada, o crime falimentar deixará de estar configurado” (ABRÃO, 1993, p. 267).

³¹ Nesse sentido, confira o teor do seguinte julgado: FALÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CREDORES HABILITADOS. ENCERRAMENTO. DENÚNCIA POR CRIME FALIMENTAR. INOCORRÊNCIA DESTA POR SUPERVENIÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECIAL. Sendo a falência uma execução coletiva, a inexistência de créditos habilitados a serem satisfeitos, faz com que o processo perca o objeto. A simples declaração de encerramento da falência não obsta a instauração de ação penal cabível para apurar-se os delitos falimentares ocorridos. Em se tratando de micro-empresário e ocorrendo para si a desobrigatoriedade de manter escrituração contábil (art. 15 da Lei nº 7256/84), a denúncia que descreve e imputa crime previsto no art. 186, VI do D.L. 7661/45, perde sua tipicidade, e o prosseguimento de ação penal por tal fato constitui-se em constrangimento ilegal. Recurso a que se dá provimento para efeito de trancamento da ação penal. (STJ - RHC 451 - SP - 5ª T. - Rel. Min. Cid Flaquer Scarcezini - DJU 06.08.1990).

Fato anômalo pode ocorrer quando nenhum credor declara seu crédito, nem mesmo o próprio requerente da falência, que, por um motivo qualquer, não se habilita. Neste caso deve o juiz encerrar a falência, que não pode prosseguir, por falta de objeto, vez que inexistem credores. Na hipótese, em relação ao falido e às pessoas a ele equiparadas não pode ser reconhecido crime falimentar, vez que o falido seria o único titular dos interesses envolvidos na massa falida, não sendo admissível reconhecer-se que o devedor possa praticar crime contra si mesmo. Sob o aspecto patrimonial, na haveria possibilidade de se frustrar a finalidade do processo executivo concursal, que no caso, teria sido instaurado apenas nominalmente, mas não de fato. Na verdade, considerando-se a hipótese de ausência total de credores habilitados, seria como se o devedor não tivesse falido. No caso, se crime houver, será crime comum, punido independentemente da declaração da falência (FÜHRER, 1972, p. 46-47).

Em que pese tais considerações, vozes dissonantes entendem que esse raciocínio não merece prosperar, uma vez que a habilitação em processo falimentar ou de recuperação é de natureza eventual e não afere a ocorrência, ou não de interesses de credores prejudicados pela conduta de determinado devedor. Prova disso, é que no curso do trâmite do feito verificam-se sempre habilitações retardatárias de credores, fato que pode modificar completamente a situação de omissão outrora manifestada.

Assim, “a ausência de credores habilitados não significa que estes não existam ou que seus direitos não tenham sido lesados. Muitas vezes os credores simplesmente deixam de se habilitar por motivos outros, tais como a descrença em receber seus direitos em face do elevado passivo do devedor” (PEREIRA, 2010, p. 84). Afora a hipótese da existência de classes de credores que não necessitam se habilitar para receber seu crédito, a saber, os credores tributários.

Por fim, cumpre verificar a materialização da punibilidade no crime falencial, no caso do devedor em crise se valer do expediente da reorganização empresarial, dentre as variantes do processo de recuperação de empresas.

Com efeito, não se pode descurar que a reorganização do devedor em crise financeira não se consubstancia apenas na recuperação judicial ou na recuperação extrajudicial homologada em juízo. Outros expedientes se revelam compatíveis e previstos na própria legislação falencial como técnicas aptas a fomentar a reestruturação do devedor. Cuida-se da recuperação judicial; recuperação extrajudicial de homologação obrigatória ou facultativa; acordos privados, homologados ou não em juízo.³²

³² Art. 167, Lei n. 11. 101/2005: “O disposto neste Capítulo não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores”.

Diante de tais considerações, questiona-se se a condição objetiva de punibilidade está circunscrita apenas à sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial e extrajudicial.

Extrai-se da disposição normativa esculpida no art. 180, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que “se a opção escolhida pelo empresário recair sobre a realização de recuperação extrajudicial não submetido a homologação em juízo (...) ou mesmo se houver mero acordo privado, não haverá possibilidade de punição por crime falimentar” (PEREIRA, 2010, p. 85) ante a ausência da verificação da condição objetiva de punibilidade.

Dessa forma, se o devedor eleger a recuperação judicial como expediente de revitalização da crise econômica das suas atividades mercantis, a decisão concessiva deste tipo de reestruturação empresarial constitui condição objetiva de punibilidade para a deflagração de eventual processo criminal.

Verifica-se, portanto, a pertinência da discussão inaugurada no início deste tópico, ao suscitar a incoerência do constituinte derivado ao equiparar a sentença declaratória de falência àquela que concede o processo recuperação de empresas.

Como entender que as técnicas de reorganização da empresa, quais sejam, recuperação judicial; recuperação extrajudicial de homologação obrigatória ou facultativa; acordos privados, homologados ou não em juízo; tenham tratamento jurídico diverso?

Conforme o teor da norma positivada no art. 167, da Lei n. 11.101/2005, “tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis, não há, salvo, evidentemente, ordem pública, moral e bons costumes, nada que impeça acordos entre particulares nos quais se privilegie a função social da empresa” (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 551).

Revela-se, diante de tais argumentos, que no caso de reorganização da atividade empresarial via acordos privados, o constituinte derivado consagrou os princípios da política criminal ao dispensar a condição objetiva de punibilidade. Contudo, de manifesta incoerência, o mesmo legislador olvidou da função político criminal que impera na conceituação de condição objetiva de punibilidade ao prevê a *conditio juris* no caso de sentença concessiva de recuperação empresarial.

2.6 Conflito intertemporal entre a nova lei e a anterior

O legislador derivado positivou no texto normativo falencial dispositivos destinados a nortear a solução de conflitos intertemporais de leis. Nesse viés, deflui do art. 192 que “esta lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início

de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-lei nº 7.661 de, de 21 de junho de 1945”. Sobreleva registrar que o art. 201, da referida lei, estabeleceu o prazo de *vacatio legis* de 120 dias. Assim, infere-se que a operacionalização da lei de falência ocorreu somente a partir do dia 09 de junho, do mencionado ano.

Ademais, o §4º do art. 192 preceitua que “esta lei aplica-se às falências decretadas em sua vigência resultantes de convocação de concordatas ou de pedidos de falências anteriores, às quais se aplica, até a decretação, o Decreto-Lei n.7.661, de 21 de junho de 1945, observado, na decisão que decretar a falência, o disposto no art. 99 desta Lei”.

Sobreleva anotar que concorrem ao arcabouço da legislação falencial, normas nitidamente comercial e normas de viés criminal, materializadas nos textos normativos de direito material, bem como nas disposições processuais sobre os crimes falenciais.

Dessa forma, imprescindível a observação, no que tange à aplicabilidade do sistema falencial, das regulamentações penais e processuais penais concernentes ao Direito intertemporal, sendo irrefutável que o alcance do preceito versado no art. 192 e seu §4º está adstrito a questões falenciais, posto que a norma constitucional determina que a “lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, inciso XL, Constituição Federal). Assim, “à luz desta garantia, ao mesmo tempo derivada e integradora do princípio da legalidade, todo conflito intertemporal entre a nova lei e a anterior, do ponto de vista penal falimentar, haverá de resolver-se segundo os critérios estabelecidos pelos arts. 1º e 2º CP” (BATISTA, 2006, p. 45).

No bojo dessa casuística, diversas hipóteses emanam do conflito entre os tipos legais da nova lei e da lei anterior, assim como das penas cominadas. Ademais, verificam-se casos de *abolitio criminis*, isto é, revogação expressa da criminalização de condutas tipificadas na legislação anterior. Outrossim, casos de novas criminalizações manifestam-se, além de situações, cuja tipificação legal se reproduzem na lei nova, a despeito da elevação da pena.

Como conciliar, portanto, a problemática derivada da vigência e revogação sucessivas de tipos penais no sistema jurídico, cada qual cuidando do crime de forma diversa? Para a exata compreensão dessa problemática, propõe-se, preliminarmente, apurar em que momento ocorreu o crime falencial.

Evidencia-se do art. 4º do Código Penal, que “nossa legislação optou claramente pela referência objetivo-temporal da ação ou omissão, descartando expressamente o resultado (BATISTA, 2006, p. 46).³³

Ocorre que em relação aos crimes falenciais, exsurge uma peculiaridade doutrinária: uma manifesta divergência conceitual, quanto ao momento consumativo dos crimes pré-falimentares, isto é, aqueles que ocorrem antes da decisão que decreta a falência, bem como dos crimes que antecedem o deferimento da recuperação judicial ou homologação do plano de recuperação extrajudicial.

A problemática tem como referência a necessidade, ou não, de se considerar a superveniência da condição objetiva de punibilidade para a efetiva consumação do delito.

Determinadas vozes entendem que o crime pré-falencial ou pré-recuperação somente se concretiza com a superveniência da *conditio juris*. Trata-se da teoria que identifica a condição objetiva de punibilidade como elemento constitutivo do tipo. Nessa hipótese, a ausência da incrementação da decisão judicial reconhecendo a quebra ou a recuperação da empresa torna a conduta indiferente ao sistema penal falencial.

Outra corrente doutrinária sustenta que a decisão falencial ou de recuperação é apenas uma condição de punibilidade externa a tipificação penal respectiva, dessa forma, o crime falencial estará consumado quando da prática da ação ou omissão arrolada no tipo penal, e não quando, posteriormente, sobrevenha uma decisão reconhecendo a falência ou a recuperação judicial (PEREIRA, 2010, p. 105).

Nessa hipótese, observa-se a postergação do direito de punir Estatal, malgrado a caracterização do delito no momento da conduta do agente. Assim, “a data da quebra será, tão-só, o termo inicial para a persecução criminal” (SILVA, 2009, p. 1.196).

Nessa esteira, conquanto a decretação da falência assumo importante marco para o direito falencial propriamente dito, servindo para determinar qual a norma aplicável aos procedimentos já em andamento, a dicção do art. 4º do Código Penal assinala a referência para aplicabilidade da lei de viés penal, devendo ser considerado o momento da prática da conduta criminosa (SILVA, 2009, p. 1196).

Perfilhando tal entendimento, aduz Nilo Batista (2006, p. 47) que

para o direito propriamente falimentar, a decretação da falência seja um importante marco divisor, capaz de fornecer critérios para a convivência

³³ “Pela teoria da atividade, tempo do crime será o da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Para essa teoria, o que importa é o momento da conduta, comissiva ou omissiva, mesmo que o resultado dele se distancie do tempo” (GRECO, 2009, p. 12).

intertemporal da lei nova e da anterior, perante procedimentos já em curso (art. 192 e seu §4º). No âmbito penal falimentar, contudo, a referência deve centrar-se, por imposição legal (art. 4º CP), no tempo da ação ou omissão do sujeito; nem qualquer resultado (como, p. ex., prejuízo aos credores) nem muito menos a decretação da falência, o deferimento da recuperação judicial ou a homologação do plano de recuperação extrajudicial – meras condições objetivas de punibilidade – definem o tempo do crime.

Portanto, ainda que a materialização da conduta remonte ao termo de 1945, Decreto-Lei n. 7.661, indiferente será o fato da decretação da falência ou da recuperação judicial operar-se na vigência da lei nova, no caso, Lei n. 101.101/05: está só incidirá na hipótese de se mais benigna.

No que tangencia a aplicação das novas normas penais e processuais penais, é necessário que as regras de direito intertemporal sejam afinadas e medidas sob o viés da Constituição Federal, do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Dessa forma, há de se considerar o preceito positivado no art. 5º, inciso XL da Constituição Federal ao determinar que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Outrossim, o art. 2º do Código Penal, dispõe que “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. Ademais, destaca o parágrafo único do referido artigo: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

O art. 2º do Código de Processo Penal estabelece que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Deflui, portanto, que o princípio regente da aplicação das leis penais no tempo é aquele segundo o qual a lei aplicada ao autor de uma conduta delitiva deve ser aquela vigente à época do fato criminoso – *tempus regit actum* -. Tal regra, necessariamente, deverá ser vencida, sempre que a lei posterior beneficiar, de qualquer forma, o acusado.

Ocorre que, diante dos conteúdos normativos ventilados, exsurge uma singular particularidade no que diz respeito ao emprego do princípio *tempus regit actum* na aplicação das leis penais no tempo, as quais consubstanciam as hipóteses de retroatividade e de ultratividade da lei penal mais benigna ao sujeito.

Nesse ínterim, a regra geral é a atividade da norma. “A todo facto, jurídico ou antijurídico, aplica-se a norma dominante quando êle se verifica. Êste preceito comporta uma exceção: observa-se diploma recente, se é mais favorável ao indiciado que os postulados imperantes quando ocorreu o ato ou a omissão condenável” (MAXIMILIANO, 1946, p. 289).

Dessa forma, vislumbra-se o fenômeno da retroatividade da lei penal mais benigna “toda vez que uma lei penal posterior beneficie de qualquer modo o agente. Assim ocorrendo, a norma penal benéfica retroagirá para incidir sobre fatos ocorridos anteriormente à sua vigência” (PEREIRA, 2010, p. 110-111).

De outra sorte, observa-se a ultratividade³⁴ da lei penal mais benigna sempre que uma lei penal anterior seja revogada por uma lei posterior, mais severa. Materializado o fato durante a vigência da lei penal mais benigna, contudo revogada, esta incidirá sobre fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo após sua revogação pela lei mais severa.

Outra problemática que emerge da casuística do direito intertemporal tangencia a hipótese de existirem conteúdos normativos favoráveis e desfavoráveis, ao mesmo tempo, na legislação penal anterior e na superveniente. Nesses casos, diverge a doutrina quanto à possibilidade de conjugação ou combinação parcial de ambas as previsões legislativas, notadamente na parte que beneficie o acusado.

Perfilhando o entendimento da impossibilidade da aplicação concomitante do diploma legislativo anterior e do atual, sustenta Nelson Hungria que “cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo” (1953, v.1, t.2, p. 96). Nessa esteira, Heleno Fragoso aduz que “em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu aplicando ambas parcialmente” (2003, p. 126).

Esposando conhecimento no sentido da consideração simultânea de duas leis, com marcos temporal e espacial distintos, em favor do réu, levanta-se Frederico Marques (1997, p. 256-257) prelecionando que

dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, o julgador em obediência a princípios de equidade consagrados na Constituição está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. (...) Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos por que se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente a Constituição. Se lhe está afeto escolher o “todo”, para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de

³⁴ “Segundo o princípio da ultra-atividade da lei penal mais benéfica, o agente do delito responde, nos termos da lei favorável, pelos fatos cometidos durante sua vigência, se, posteriormente, esta lei for revogada, introduzindo-se no seu lugar lei mais gravosa (STJ, HC 46083/GO, Relatoria Min. Laurita Vaz, Quinta Turma. D.J. 05/02/2007).

outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepor a pruridos de lógica formal.

De igual sorte, Mirabete (2002, p. 67) sustenta que “a conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra lei, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior”.

No que concerne a hipótese de *abolitio criminis*³⁵, a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, Lei n. 11. 101/05, distanciou, da tipificação legal, determinadas condutas, anteriormente reprováveis, a saber: “gastos pessoais ou de família manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal (art. 186, I); despesas gerais ou do negócio injustificada (art. 186, II); emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da falência, como vendas, nos seis meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou a sucessiva reforma de títulos de crédito (art. 186, III); abuso de responsabilidade de mero favor (art. art. 186, IV); prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive em “jogos de Bolsa” (art. 186, V); falta de apresentação do balanço, dentro de 60 dias após a data fixada para o seu encerramento, à rubrica do juiz sob cuja jurisdição estiver o seu estabelecimento principal (art. 186, VII); perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie (art. 188, V); ser o falido leiloeiro ou corretor (art. 188, IX) e síndico que der informações, pareceres ou extratos dos livros do falido inexatos ou falsos, ou que apresentar exposição ou relatórios contrários à verdade (art. 189, IV), todos previstos no Decreto-Lei n. 7.661/45.³⁶

Evidencia-se, para essas hipóteses, que os processos em tramitação podem ser trancados por via de *habeas corpus*, haja vista a ausência de justa causa (art. 648, I, Código de Processo Penal), e os processos timbrados pela irrecorribilidade poderão ser anulados, a requerimento do condenado ou do Órgão Ministerial, pelo juízo das execuções penais.³⁷

³⁵ “Ocorre *abolitio criminis* quando a lei nova deixa de considerar crime fato anteriormente tipificado como ilícito penal. A lei nova retira a característica de ilicitude penal de uma conduta precedentemente incriminada (art. 2º do CP)” (BITENCOURT, 2009, p. 08).

³⁶ Nesse sentido: “*Abolitio criminis* – Crime falimentar – Imputação da prática das condutas descritas no art. 186, III e VII, do Decreto-lei n. 7.661/1945 – Superveniência da Lei n. 11.101/2005 – Atipicidade – Extinção da punibilidade decretada – Recurso parcialmente provido” (4ª Câmara Criminal, ACr 469.955.3/0, São Paulo, rel. Des. Hélio de Freitas, j. 16.8.2005, v.u., Voto 6.704); “*Abolitio Criminis* – Crime Falimentar – Art. 186, VII, do Decreto-lei n. 7.661/1945 – Superveniência da Lei n. 11.101/2005 – Ausência de caracterização de tal conduta entre os novos delitos falimentares – Incidência, in casu, das disposições do art. 2º, *caput*, do CP – Decisão reformada – Extinção da punibilidade ex officio decretada, com fulcro no art. 107, III, do CP – Recurso provido para esse fim” (1ª Câmara Criminal, ACr 479.577-3/2-00, São Paulo, rel. Des. Mario Devienne Ferraz, j. 25.4.2005, v.u., voto 5.513).

³⁷ Súmula 611 do STF: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”. Decreto-Lei n. 3.931, de 11 de dezembro de 1941 – Lei de introdução ao Código de Processo Penal: Art. 13: “(...) O processo por crime de falência é atribuído integralmente ao juízo criminal, ficando suprimido, por sua conseqüente inutilidade, o termo de pronúncia. Não são convenientes os argumentos em favor da atual dualidade de juízos, um para o processo até a pronúncia e outro para julgamento. Ao invés das

Dentre os delitos que não foram rascunhados na legislação anterior, cuja tipificação penal exsurge da Lei n. 11.101/05, – hipótese de *novatio legis* incriminadora –, ressalta-se, a saber: “violação de sigilo empresarial (art. 169); divulgação de informações falsas (art. 170); indução a erro (art. 171); aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens (art. 174); exercício ilegal de atividade (art. 176)”.

Com efeito, as hipóteses de novas criminalizações reverberam a circunstância da fluidez e do dinamismo que envolve as relações sociais, isto é, hipóteses/conceitos inconcebíveis, no termo de 1945, que se descortinaram no ano de 2005, com a Lei 11.101.³⁸ Assevera-se que as hipóteses de *novatio legis* somente se configuram nas condutas perpetradas após a vigência da respectiva Lei (09 de junho de 2005), ante a inexistência de lei anterior que os definia.

Consigna-se, ainda, que dispositivos normativos foram objeto de majoração de pena ou que, invariavelmente, vieram a prejudicar a situação do agente. Trata-se da hipótese de *novatio legis in pejus*. É o caso, por exemplo, do crime do art. 187 da lei anterior (Decreto-Lei n. 7.661/45), punido com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, que foi substituído pelo art. 168 da nova lei (Lei n. 11.101/05), que prevê pena privativa de liberdade de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multas, além de diversas causas de aumento de pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) elencadas no parágrafo 1º, incisos I a V. O crime de simulação de capital, que era punido pelo art. 188, I, com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, passou a ser tratado pelo art. 168, §1º, IV da nova Lei, punida com reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos e multa, além do aumento de pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço). O crime de escrituração falsificada, art. 188, IV, Decreto-Li n. 7.661/45, que era punido com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (anos), passou a ser tipificado no art. 168, §1º, incisos I, II, III e V, com pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos e multa, e aumento de pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

Nesses casos, haja vista a severidade do novo regime penal, não ocorrerá à retroatividade, “podendo ter lugar, no julgamento, sob a vigência da lei nova, dos fatos ocorridos na vigência da lei anterior, o fenômeno da ultra-atividade, que é a aplicação de uma

singularidades de um processo anfíbio, com instrução no juízo cível e julgamento no juízo criminal, é estabelecida a competência deste *ab initio*, restituindo-se-lhe uma função específica e ensejando-se-lhe mais segura visão de conjunto, necessário ao acerto da decisão final”.

³⁸ “O direito de punir, considerado em um dos momentos mais importantes da sua atuação, isto é, quando se concretiza em preceito compulsório, é susceptível de sofrer modificações graças à influência de novas condições sociais ou de predominantes sistemas filosóficos; de tais eventualidades resulta a necessidade critérios especiais para resolver as questões que podem surgir ao julgar as ações humanas delituosas em face das alterações na legislação penal” (MAXIMILIANOS, 1946, p. 292).

lei, que tem eficácia preservada, mesmo depois de cessada a sua vigência” (ANDREUCCI, 2006, p. 58).³⁹

³⁹ TJSP, RT 856/589: “Denúncia – Crimes Falimentar – Fatos típicos anteriores que se seguiram regulados pela Lei n. 11.101/2005 – Peça inicial acusatória que deve ser feita com base na nova legislação, ainda que seja aplicada a pena prevista na lei anterior, por ser mais benéfica, devido à ocorrência de *“novatio legis in pejus”*”.

3 DO PROCEDIMENTO POR CRIME FALENCIAL

3.1 Da apuração dos crimes falenciais no âmbito do Decreto-lei nº 7.661/45: o inquérito judicial

No curso da vigência do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, - a antiga Lei de Falências -, a fase preliminar da persecução penal se desenvolvia perante uma autoridade jurisdicional de primeira instância e não diante de uma autoridade policial, diferentemente do que ocorria para a apuração das infrações penais comuns. Dizia-se, então, que a *persecutio criminis*, em matéria de delito falencial, deflagrava-se com a instauração do chamado inquérito judicial, que era “presidido pelo juiz competente para o processo de falências e concordatas e disciplinado pelos artigos 103 e ss. do Decreto-lei nº 7.661/45” (MIRABETE, 2001, p. 552).

Sustentava Badaró (2009, p. 142, t. 2) que para a apuração dos crimes falenciais existia um procedimento próprio, especial, caracterizado pela previsão de um inquérito judicial⁴⁰ (CPP, art. 509, c.c. Decreto-lei nº 7.661/1945, arts. 103 a 107), especialização esta que deixou de existir a partir do advento da nova Lei de Falência (Lei n. 11.101/2005), que, deixando de fazer qualquer alusão àquela espécie de inquérito, deu ao procedimento apuratório dos crimes desse jaez o mesmo caráter daquele previsto para as demais infrações penais, ou seja, tendo o inquérito policial como o principal instrumento de investigação preliminar.⁴¹

Esse especial procedimento, contudo, fizera surgir na doutrina pátria séria controvérsia acerca da natureza do inquérito judicial. A discussão girava em torno de se estabelecer a sua verdadeira índole: se contraditória ou inquisitória.

Em defesa de sê-lo de natureza inquisitória, GRECO FILHO (1999, p. 438) afirmara que, conquanto não se possa ter uma resposta absoluta, não se pode negar a sua feição contraditória, - ainda que de modo parcial -, em face da previsão normativa de se oportunizar ao falido o direito de manifestação e o de requerer diligências, no entanto a função investigatória do inquérito judicial está a lhe exigir inquisitividade.

⁴⁰ Capez (2010, p. 616), igualmente, afirma que essa inovação legislativa, que extinguiu o inquérito judicial para apuração de crimes falenciais, esvaziou o caráter especial do procedimento falimentar, porquanto eliminou o seu caráter bifásico, que se constituía na única característica a lhe conferir a qualidade de especial.

⁴¹ Eis o teor do art. 187, Lei n. 11.101/2005: “Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial”

E argumenta, finalmente,

o que se pode concluir, nos termos do que tem decidido o Supremo Tribunal Federal, é que o inquérito judicial tem natureza inquisitiva, não recebendo as conclusões do síndico decisão judicial, de modo que o Ministério Público não fica vinculado a elas ao oferecer a denúncia, apesar de ter algumas características de contraditório (GRECO FILHO, 1999, p. 438).⁴²

Por sua vez, os argumentos em favor da índole contraditória do inquérito judicial se justificariam pelo próprio conteúdo normativo que o previra. Segundo TOURINHO (2003, p. 316), o art. 106 do Decreto-lei n. 7.661/45 contém redação nesse sentido ao prever possibilidade de contestação por parte do falido, pelo que, embora se tenha a compreensão de ser o inquérito, de regra, mera peça informativa, o judicial, por imposição legal, exige o contraditório.

Na mesma direção, Marques (1997, p. 312) sustentava que “o inquérito judicial obedece aos mandamentos e aos princípios da instrução contraditória” e Tornaghi (1988, p. 249), de igual modo, defendia haver o contraditório na fase do inquérito judicial, tendo em conta o conteúdo normativo do art. 106 do Decreto-lei n. 7.661/45, que assegurava ao falido a faculdade de contestar as argüições contidas nos autos do inquérito judicial e a de requerer o que entendesse conveniente.

Com apoio na doutrina de João Canuto Mendes, a quem se refere como criador do conceito de contraditório no direito pátrio, Pitombo (2005, p. 598-599) argumenta que o instituto do contraditório estaria garantido desde o inquérito judicial falimentar (art. 106, do Decreto-Lei n. 7.661/45), resguardando-se, como corolário, o direito de defesa do falido desde a primeira fase da *persecutio criminis*. E, não obstante o exposto conteúdo do art. 106, do Decreto-Lei n. 7.661/45 restou assentado, em diversos arestos, serem desnecessárias a intimação pessoal do falido e a constituição de defensor técnico, mesmo após a vigência da Constituição de 1988, contrariando-se, desse modo, sem qualquer plausibilidade, os dispositivos constitucionais dos arts. 5º, LV e LXIII, e 133, combinados entre si.

⁴² Igualmente defendem a natureza inquisitória do inquérito judicial: Mirabete (2001, p. 554), quando afirma acerca da desnecessidade de se fundamentar o despacho que indefere pedido de provas feito pelo falido, eis que se trata de procedimento inquisitório; Rangel (2007, p. 134-135) sob o fundamento de que não existia acusação formalizada na fase do inquérito judicial, havendo tão-somente um procedimento preparatório da ação penal, presidido por um juiz de direito, ressaltando que a intervenção do Estado-juiz nesta fase não tinha o condão de levar o intérprete à crença de que aquele estaria no exercício regular de atividade jurisdicional, existindo, na verdade, apenas uma providência judicial; Capez (2010, p. 615) menciona que em sede do inquérito judicial o falido poderia contestar as alegações nele contidas, levando-se à crença, inicialmente, que nele poderia ser aplicado o contraditório. No entanto, a jurisprudência, posteriormente, passou a firmar o entendimento de que o inquérito falimentar era meramente inquisitivo, como qualquer outro.

Sob um outro prisma, Bessone (1995, p. 172-173) afirmou que, conquanto o substantivo “inquérito” proviesse do verbo “inquirir”, que tem o significado de procurar, investigar, colher informações, interrogar, tais qualificativos não foram observados, regularmente, no chamado “inquérito judicial”. É que este, de regra, alicerçava-se na exposição do síndico, que se constituía no seu ponto de partida, desprovido de qualquer outra investigação extra-autos.

Por outro lado, o qualificativo “judicial” não era utilizado com rigor técnico, na medida em que a atuação do juiz falimentar se resumia, virtualmente, em despachos de meio expediente ou de ordenação do processo, descabendo qualquer decisão na fase que precedia ao oferecimento da peça acusatória. Afigurava-se, assim, o inquérito judicial, como um procedimento singularizado por provas pré-constituídas, obtidas nos autos da falência ou nos livros e documentos do falido, apresentando caráter analítico e preparatório, sem se caracterizar, contudo, na sua essência, como um inquérito. E pelas regras contidas nos arts. 105, 106 e 108 do Decreto-Lei n. 7.661/45, verifica-se que a função jurisdicional somente era exercida depois de encerrado o inquérito e proposta a ação penal, com o oferecimento da denúncia, oportunidade em que o juiz da falência procedia ao juízo de prelibação ou de admissibilidade, pelo que é de se concluir que o chamado inquérito judicial somente se avizinha do que a linguagem técnico-jurídico designa por “inquérito”, por forma mais verbal do que substancialmente processual (BESSONE, 1995, p. 172-173).

Ao discorrer sobre o inquérito judicial, Waldemar Ferreira (1955, p. 455) observa que foi invertida a ordem natural das coisas, por entender que o representante do Ministério Público deveria officiar depois da audiência do falido, objetivando conhecer o conteúdo da defesa dele, analisando-a, conjuntamente, com a exposição do síndico, as alegações dos credores, e os requerimentos que estes tenham apresentados, pelo que não haveria lógica na disposição contida no art. 106 do Decreto-Lei n. 7.661/45, que permite ao falido contestar o que contra ele tenha sido arguido e requeira o que entender útil à defesa de seu direito e de seus interesses, manifestação esta que sucede a do Órgão Ministerial.

Sampaio de Lacerda (1999, p. 315), por seu turno, entende ser descabida referida crítica, sustentando que após a contestação do falido, os autos, se assim o entender o juiz da falência, poderão retornar ao representante do Ministério Público, argumentando, ademais, que seria indispensável a oitiva do Órgão Ministerial antes da manifestação do falido, porquanto o síndico poderia não ter concluído pela criminalidade deste, mesmo havendo indícios nesse sentido.

Divergências à parte, a índole inquisitória parece ser mais adequada ao inquérito judicial, uma vez que se trata de espécie do gênero inquérito, sendo, portanto, em regra, de natureza inquisitiva. Ademais, o seu caráter inquisitivo não impedia que o falido requeresse a realização de uma diligência que julgasse ser necessária para preservar algum direito seu. Contudo, a realização dela dependeria do juízo de valor a ser feito pela autoridade judiciária, que o presidia, tendo em vista o poder discricionário que lhe é conferido no Investigatório. E mais, pelo Sistema Acusatório, a imputação de um fato típico, ilícito e culpável, por intermédio de uma eventual ação penal, deveria ser feita, privativamente, pelo Ministério Público, conforme art. 108, do Decreto-lei n. 7.661/45⁴³, instaurando-se, em decorrência, a necessária relação jurídico-processual penal, em sede da qual, adequadamente, haveria o contraditório.

Entende-se, ademais, que não era necessária a intimação do falido para contestar e que o mencionado art. 106 limitava-se a prever a possibilidade de contestação do falido, no quinquídio legal, estabelecido após o término do prazo do Ministério Público para se manifestar sobre o relatório do síndico. Isso em razão da locução verbal contida naquele dispositivo: “poderá o falido contestar”, eis que o modo e tempo verbais contidos na expressão “poderá” indicam faculdade e não obrigatoriedade, tratando-se apenas de mera faculdade que lhe era conferida para, querendo, contestar as opiniões do síndico e as alegações dos credores, não resultando, pois, a necessidade de que lhe fosse nomeado defensor pela autoridade judiciária, caso deixasse transcorrer *in albis* aquele quinquídio legal, máxime pelo fato de os prazos serem contínuos e peremptórios, realidade essa deduzida da combinação dos conteúdos normativos dos arts. 106 e 204, ambos do Decreto-lei n. 7.661/45.⁴⁴

⁴³ Art. 108, *caput*, Decreto-Lei n. 7.661/45: “Se não houver provas a realizar ou realizadas as deferidas, os autos serão imediatamente feitos com vista ao representante do Ministério Público, que, no prazo de 5 (cinco) dias, pedirá sua apensação ao processo da falência ou oferecerá denúncia contra o falido e outros responsáveis”

⁴⁴ Entendimentos jurisprudenciais justificadores:

O Supremo Tribunal Federal não proveu recurso de *habeas corpus* em que o impetrante, entre outros argumentos, pretendeu o trancamento da ação penal por ter havido, no inquérito judicial, inobservância dos prazos referidos no art. 107. O fundamento desse julgado é o de que o inquérito judicial, na falência, é simples peça informativa, “motivo pelo qual a falha ocorrida naquela fase não pode servir de base para anular a ação penal” (RTJ, 127/951);

“Não constitui constrangimento ilegal o indeferimento pelo Juiz de provas requeridas pelo indiciado, no inquérito judicial, as quais tenham sido por ele reputadas como desnecessárias ou protelatórias, no exercício do seu poder diretivo do processo” (RTJ, 121/579);

“CRIME FALIMENTAR – Inquérito judicial – peça de caráter inquisitório e não contraditório – Desnecessidade de intimação do falido para contestação – Prazo contínuo e peremptório que corre em cartório – Nulidade inexistente – Inteligência dos arts. 106 e 204 do Dec.-Lei n. 7.661/45. O art. 204 da Lei de Falências determina que seus prazos são contínuos e peremptórios, não se suspendendo nas férias ou feriados, correndo em cartório, independentemente de publicação, salvo disposição em contrário, não existindo no citado diploma legal nenhum dispositivo que determine a intimação do falido da abertura do prazo para contestar as arguições contidas no

Convém destacar, de outro giro, que o procedimento penal por crime falencial, sob a égide do Decreto-lei n. 7.661/45, apresentava algumas particularidades, dando-lhe feições que o distinguia daquele que se estabelecia, comumente, para as demais infrações penais.

Dentre tais características, observavam-se as de que o inquérito era feito em juízo e não na polícia, daí se falar em inquérito judicial; este, ao contrário do policial, jamais era arquivado, eis que se, após a valoração jurídico-penal do fato pelo Órgão Ministerial, não fosse oferecida denúncia os autos do inquérito judicial eram apensados aos autos do processo de falência, de natureza cível; a perícia contábil nos livros comerciais do falido era feita por perito contador, designado pelo síndico, não havendo obrigatoriedade que se tratasse de perito oficial; quem recebia, ou não, a denúncia ou queixa oferecida era o juiz da falência (juízo extrapenal), que, em seguida, remetia os autos ao juízo penal e o representante do Ministério Público no processo falimentar era o curador das massas falidas (TORNAGHI, 1988, p. 248).

Na verdade, “para a compreensão do procedimento dos crimes falimentares, é necessário levar em conta o Código e a Lei de Falências, uma vez que esta, posterior ao primeiro, tem disposições a respeito” (GRECO FILHO, 1999, p. 437), destacando que a apuração da infração falencial era feita por meio de inquérito judicial, que se desenvolvia por dois ritos distintos: o do procedimento ordinário de falência, sempre que o passivo fosse igual ou superior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no País, e o do procedimento sumário, quando inferior a tal valor (TORNAGHI, 1988, p. 248).

Ressalta-se que o inquérito judicial era aberto com a primeira via da exposição circunstanciada feita pelo síndico, na qual eram especificadas as causas da falência, a conduta do devedor antes e depois da sentença declaratória e outros elementos de importância e apontados os fatos que constituíam crimes, porventura existentes, com a indicação dos responsáveis e consignação das disposições penais aplicáveis. Referida exposição era apresentada em duas vias, em cartório, nas vinte e quatro horas subsequentes ao vencimento do dobro do prazo marcado pelo juiz para os credores declararem seus créditos (arts. 14, parágrafo único, inciso V, e 80 do Decreto-lei nº 7.661/45).⁴⁵

A exposição em comento era instruída com o laudo pericial da escrituração do falido e com quaisquer documentos, que poderia concluir, conforme o caso, pelo pedido de inquérito, exames e diligências destinadas à apuração de fatos e circunstâncias necessários à instauração da ação penal, conforme dispunham o art. 509 do Código de Processo Penal e o § 1º do art.

inquérito judicial (art. 106), por ter este caráter inquisitório e não contraditório, desse modo, a falta de intimação não enseja nulidade do processo” (TJSP, 740/589).

⁴⁵ Nesse sentido, conferir: GRECO FILHO, 1999, p. 437; NORONHA, 2002, p. 380; e art. 103, *caput*, Decreto-Lei 7.661/45.

103 da Lei de Falências. E as primeiras vias desse relatório, do laudo e dos documentos instruiriam os autos do inquérito judicial, ao passo que as segundas seriam juntadas aos autos do processo de falência, ressaltando-se que não apenas o síndico poderia requerer o inquérito, mas também os credores, desde que aquele não o houvesse requerido. Para tanto, os credores teriam o prazo de cinco dias, contados da entrega daquela exposição em cartório, fazendo-os nos autos desta. Se, no entanto, o síndico tivesse formulado o pedido de inquérito, os credores, então, poderiam alegar e requerer o que entendessem útil à finalidade deste. E esgotado o quinquídio legal, os autos iriam ao Curador de Massas Falidas, órgão do Ministério Público Estadual, que se pronunciava sobre os elementos ali contidos, requerendo o que entendesse pertinente e cabível, inclusive a instauração de inquérito, caso ainda não tivesse sido pedida, sendo que o prazo para manifestação do Órgão Ministerial era de três dias. Após essa manifestação, o falido poderia, em cinco dias, contestar o aduzido no inquérito, bem assim requerer o que achasse conveniente à sua defesa.⁴⁶

Na sequência, os autos subiriam ao juiz da falência que, no prazo de quarenta e oito horas, deferiria ou não os requerimentos feitos, designaria dia e hora para a produção das provas deferidas, dentro dos quinze dias subsequentes, os quais não poderiam ser prorrogados, mesmo que tivesse de determinar expediente extraordinário. No caso de não se terem requeridas diligências ou provas, ou realizadas que fossem, iriam com vista ao Curador de Massas Falidas (representante do Órgão Ministerial), que, em cinco dias, após proceder à valoração jurídico-penal do fato, poderia promover o apensamento dos autos do inquérito ao processo falimentar, hipótese que “equivale ao pedido de arquivamento” (GRECO FILHO, 1999, p. 239) ou, convencendo-se da existência de crime(s) e de indícios suficientes de autoria, ofereceria denúncia contra o falido e os co-responsáveis, inaugurando-se, assim, a relação jurídico-processual penal.⁴⁷

Na hipótese de a Curadoria de Massas Falidas não oferecer denúncia, optando por promover o apensamento dos autos do inquérito ao processo de falência⁴⁸, o síndico, ou

⁴⁶ Conferir TORNAGHI, 1988, v. 2, p. 249-250; NOGUEIRA, 1995, p. 329; MIRABETE, 2001, p. 552-553; e arts. 103, §§1º e 2º, ao art. 106, Decreto-Lei 7.661/45.

⁴⁷ Cf. arts. 107 e 108, *caput*, Decreto-Lei 7.661/45.

⁴⁸ A promoção do apensamento dos autos de inquérito judicial ao processo de falência, equivaleria, segundo Vicente Greco Filho (1999, p. 438), ao pedido de arquivamento. A propósito disso, destaca o mencionado autor, com base em colocação feita por Claude Ferraz de Alvarenga, citado por Damásio Evangelista de Jesus “se o preceito antes contido no art. 29 do Código era interpretado de molde a admitir a queixa subsidiária apenas na hipótese de inércia do Ministério Público, tendo sido esse preceito erigido em texto constitucional (art. 5º, LIX), a compatibilidade que era possível entre o art. 29 (geral) e a Lei de Falências (especial), porque ambos são dispositivos de lei federal, não é mais possível com a Constituição. A conclusão, portanto, é a de que, a partir da Constituição de 1988, não é mais possível a queixa subsidiária dos credores se o Ministério Público pediu o

qualquer credor habilitado⁴⁹, poderia intentar ação penal privada subsidiária da pública, oferecendo queixa no prazo de três dias, permanecendo, para isso, os autos em cartório. E, uma vez esgotados os prazos para a denúncia ou a queixa, com ou sem elas, a autoridade judicial, no prazo de cinco dias, determinaria que os autos fossem apensados aos de falência, desde que não recebesse a denúncia ou queixa oferecida, ou se uma ou outra não houvesse sido intentada.⁵⁰

Em caso de não-oferecimento de queixa subsidiária, o juiz avaliaria as razões expostas pelo Ministério Público para não ter promovido a ação penal, oferecendo a denúncia, e se as julgasse improcedentes, remeteria os autos de inquérito judicial ao Procurador-Geral de Justiça, no prazo de quarenta e oito horas, “aplicando-se, no caso, o sistema do art. 28 do Código de Processo Penal” (GRECO FILHO, 1999, p. 437).⁵¹

A Procuradoria, por sua vez, iria se manifestar, ou no sentido favorável ao não-oferecimento da denúncia, - situação que o juiz ficaria obrigado a acatar -, ou, entendendo que era caso para propositura da ação penal, ofereceria denúncia, destacando-se que o prazo para essa manifestação era de cinco dias.⁵²

Ressalta-se que todo o procedimento, acima referido, desenvolvia-se perante o juízo da falência. Era dele a competência. Os autos do inquérito judicial corriam perante ele. Cessaria sua competência, entretanto, com o oferecimento da denúncia ou queixa, porquanto recebendo-a, em despacho fundamentado, determinava a remessa dos autos ao juízo criminal competente, - que não poderia reformar aquele despacho -, perante o qual a ação penal prosseguiria, nos termos do art. 512, do Código de Processo Penal, ou seja, a instrução obedeceria, a partir de então, ao rito preconizado pelos arts. 394 e segs. do Código de Processo Penal, com a atuação do curador de massas falidas, enquanto o julgamento da ação obedeceria aos ditames dos arts. 498 e subsequentes do mencionado ordenamento legal (NORONHA, 2002, p. 381).

O escrivão, antes de proceder à remessa dos autos ao juízo criminal competente, deveria extrair certidão do despacho do recebimento e juntá-lo aos autos da falência (parágrafo 3º, art. 109, do Decreto-Lei 7.661/45).

apensamento dos autos do inquérito à falência, admitindo apenas no caso de inércia, ou seja, se o Ministério Público não se manifesta no prazo legal”.

⁴⁹ Em conformidade com o que se sustenta no tópico referente ao procedimento atual para apuração dos crimes falenciais, deve-se dizer que não bastava que o credor fosse regularmente habilitado, mas que, também, suportasse direta ou imediatamente os efeitos da infração penal falencial, objeto da demanda em processo-crime.

⁵⁰ Arts. 108, parágrafo único, e 109, caput, Decreto-Lei 7.661/45.

⁵¹ Art. 109, parágrafo 1º, Decreto-Lei 7.661/45.

⁵² Cf. art. 28, Código de Processo Penal e art. 29, parágrafo 1º, Decreto-Lei 7.661/45.

Sobreleva dizer, de outra parte, que o recebimento da denúncia ou da queixa substitutiva, por si só, gerava efeitos sumamente relevantes. Um desses efeitos consistia na hipótese de que recebida a denúncia ou a queixa subsidiária, se o juiz da falência reconhecesse que o fato nela descrito fosse aferível mediante simples inspeção nos livros do falido ou nos autos do inquérito e, não obstante, tivesse sido omitido pelo síndico em sua exposição circunstanciada, destituiria este por despacho proferido nos autos da falência. Um outro efeito, não menos relevante, era o de obstar, até sentença penal definitiva, a concordata suspensiva da falência, de que se ocupavam os arts. 177 e segs. do Decreto-lei n. 7.661/45, destacando-se que, em se tratando de falência de sociedades, o mesmo se daria em relação a seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes (NORONHA, 2002, p. 381-382) e, na hipótese de rejeição da denúncia ou da queixa, caberia o competente recurso, que, entretanto, não obstaría eventual pedido de concordata, desde que esse fosse feito antes do provimento daquele e uma vez concedida, nessas circunstâncias, ou seja, na pendência de recurso, ela prevaleceria até a sentença condenatória definitiva.⁵³

Impende registrar, ademais, que o inquérito judicial poderia oferecer rito mais breve quando o passivo da falência fosse inferior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no país, realidade trazida pela Lei n. 4.983, de 18 de maio de 1966, que alterou o art. 200 do Decreto-Lei n. 7.661/45.⁵⁴

Destaca-se, outrossim, os conteúdos normativos do art. 113 do Decreto-Lei n. 7.661/45 e os das demais disposições legais ali referenciadas, dos quais se pode inferir que, esgotados os prazos no juízo cível (juízo da falência) ou não recebida a denúncia ou queixa substitutiva ali oferecida, e mesmo independente disso, a ação penal, em matéria de crime falencial, poderia ter início no juízo penal, tendo por fundamento os mesmos ou diferentes fatos dos constantes na denúncia ou na queixa substitutiva, em caso de rejeição delas. O Órgão Ministerial que oficiava no processo falencial poderia, então, oferecer denúncia no prazo regulamentar, ou seja, aquele previsto pelo art. 46 do Código de Processo Penal, contado do dia que recebeu os papéis e documentos que a instruíam.

De igual modo, o síndico e os credores habilitados poderiam oferecer queixa, independentemente do valor do passivo, após escoado o prazo do Ministério Público, ressaltando-se que o prazo daqueles era decadencial de 06 (seis) meses, no curso do qual a legitimidade deles era concorrente com a do Órgão Ministerial, que poderia propor a ação

⁵³ O recurso cabível é o Recurso em Sentido Estrito (RESE), na forma do art. 581, I, do Código de Processo Penal. Ver, também, art. 112 do Decreto-Lei 7.661/45.

⁵⁴ Trata-se de rito procedimental sumário previsto no art. 200 e seus parágrafos do Decreto-Lei 7.661/45.

penal, a qualquer tempo, enquanto não implementado o lapso prescricional da pretensão punitiva.

De tudo quanto fora exposto acerca do procedimento para a apuração de crimes falenciais, sob a vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, pode-se concluir que: I – existem crimes comuns cometidos na falência ou durante o seu procedimento que, no entanto, não guardam dependência entre si, sendo, pois, autônomos, isto é, não são considerados crimes falenciais; II - na apuração dos crimes falenciais, o procedimento é próprio, ou especial, inaugurando-se com o inquérito judicial ordinário (rito mais alongado), ou com o inquérito judicial sumário (rito mais abreviado); III – recebida a denúncia pelo juiz da falência, o procedimento continuará perante o juízo penal, onde ali seguirá o rito ordinário ou comum, previsto no Código de Processo Penal; IV – o curador de massas falidas funciona em todo o procedimento e a ação penal poderá ser promovida diretamente no juízo criminal (NORONHA, 2002, p. 383).

3.2 Da apuração dos crimes falenciais na Lei n. 11.101/05

Na vigência do Decreto-lei 7.661/1945, o inquérito judicial era o meio por excelência utilizado para a apuração dos crimes falenciais, que se constituía em investigação presidida pelo juiz da falência, materializando-se no desmembramento dos autos principais da falência, correndo paralelamente a estes.

Seu procedimento era regulado nos arts. 103 a 113 do referido diploma legal, cujo rito previa fases de requerimento de credores, do membro do Ministério Público e do falido, sendo que, após eventual decisão do juiz sobre requerimentos de produção de prova, o Ministério Público poderia oferecer denúncia ou requerer o apensamento do inquérito judicial aos autos principais da falência.

Até a finalização do inquérito judicial, com a decisão de recebimento da denúncia ou apensamento, o prosseguimento do feito falencial ficava sobrestado, “em compasso de espera”.

Com o advento da Lei n. 11.101/2005, o inquérito judicial restou substituído pelo tradicional inquérito policial, nos seguintes termos: “Art. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.”

Tal alteração legislativa motivou um verdadeiro “levante da doutrina”, com não poucas vozes preconizando que essa investigação ainda possa ser feita através da presidência do Juiz de Direito ou diretamente pelo órgão do Ministério Público.

Nesse sentido Manuel Justino Bezerra Filho (2005, p. 620-621):

No entanto, embora formalmente desaparecido o inquérito judicial, ainda assim não haverá obrigatoriedade de requisição de inquérito policial. Isto porque o art. 187 dá ao Ministério Público a opção de apresentação imediata de denúncia ou então, segundo o §1º, a opção de aguardar a apresentação da exposição do art. 22, III, e (art. 186). Essa exposição, como visto, trará elementos de indicação da eventual existência de crime, com o necessário detalhamento, de tal sorte que poderá trazer os elementos que acaso ainda faltavam para que o Ministério Público pudesse optar por oferecer denúncia ou pedir o arquivamento. Assim, mais recomendável do que pedir a instauração de inquérito policial é que o Ministério Público opte por aguardar o relatório e até, se entender o caso, no entretempo, requerer providências para esclarecimento de alguns pontos, o que certamente será deferido pelo juiz. Com isso, evita-se a remessa dos papéis para abertura de inquérito policial, o que deve mesmo ser evitado, por várias razões. (...) Portanto, nada impede que se formem autos nos quais sejam coletados dados, à semelhança do que ocorria com o inquérito judicial da lei anterior. Caso oferecida e aceita a denúncia ou queixa subsidiária, o inquérito transforma-se em processo; não sendo aceita a denúncia, o inquérito poderá ser arquivado. Observe-se que, no presente caso (inquérito judicial para crime falimentar), embora se trate de inquérito, é ele conduzido sob a direção do juiz da falência, com a atuação do Ministério Público e do administrador judicial. Assim, embora inquérito, não há qualquer interferência da autoridade policial.

As razões para a manutenção do inquérito judicial, em detrimento do inquérito policial, seriam eminentemente de ordem prática.

A prática demonstra que os servidores da polícia judiciária não estão, em regra, familiarizados com a matéria comercial e falimentar, de modo a bem conduzirem a investigação policial. Não terão, da mesma forma que a autoridade judiciária, contato com o processo falimentar e seus apensos, o que os privará da informação necessária para a correta investigação do crime. Tais circunstâncias certamente contribuirão, na grande maioria dos casos, para uma precária apuração dos delitos e, por consequência, para o aumento da impunidade dos autores desses crimes (PEREIRA, 2010, p. 243).

É de se reconhecer, que, formalmente, não haveria qualquer óbice na continuidade da investigação dos delitos falenciais pela autoridade judiciária, uma vez que, por sua natureza, o inquérito policial constitui-se em peça meramente informativa e dispensável; ou seja, é apenas um dos meios pelos quais o membro do Ministério Público poderá formar sua *opinio delicti* e apresentar denúncia ao juízo. Tanto assim que o próprio art. 187 da Lei 11.101/2005 faculta

ao Ministério Público o oferecimento da denúncia ao ter ciência do relatório do administrador judicial, dispensando, conforme o caso, a instauração de inquérito policial (PEREIRA, 2010, p. 243).

Ocorre, no entanto, que a manutenção do antigo inquérito judicial falencial, que permitia a condução de investigação, - precedendo, pois, a fase judicial, ou seja, a deflagração da ação penal -, pelo juiz da falência, inegavelmente, se contrapõe ao modelo acusatório pátrio. Daí merecer registro e louvor a disposição contida no art. 187, § 2º, da nova Lei de regência da Falência e da Recuperação Judicial e Extrajudicial, por se tratar de norma mais consentânea com o sistema acusatório, ao estabelecer que, quando o juiz da falência ou da recuperação judicial obtiver *notitia criminis* da prática de fatos descritos na legislação penal falencial, deverá ele se reportar ao Ministério Público, implicando em dizer que caberá ao Órgão Ministerial, e não à mencionada autoridade judiciária, proceder à requisição do inquérito policial, se e quando necessário para a propositura da ação penal falencial.⁵⁵

3.3 Da ação penal nos crimes falenciais

A natureza dos crimes falenciais permite concluir que se trata de crime contra a ordem pública, sendo que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passou a ser o único senhor da ação penal pública incondicionada e condicionada à representação, nos termos do art. 129, inciso I.

Obviamente que não seria cabível a exigência de representação condicionante da ação penal pública, uma vez que na maior parte dos crimes falenciais a vítima é toda a sociedade, o Estado ou, mesmo, uma coletividade formada por número indeterminado de pessoas. Além disso, não há justificativa nos delitos falenciais para impedir a publicidade do processo em garantia da privacidade da vítima, subordinando a persecução penal em juízo à vontade desta última, como ocorre, por exemplo, em alguns crimes contra os costumes (PEREIRA, 2010, p. 245).

Desse modo, no que respeita à ação penal, a Lei 11.101/2005 preservou a tradição do Ordenamento Jurídico pátrio, dispondo em seu art. 184 que os delitos falenciais são apurados mediante ação penal pública incondicionada.

Convém registrar, particularmente, que o legislador ordinário cometeu alguns deslizes técnico-processuais nos regramentos dos arts. 184 e 185 da Lei n. 11.101/05.

⁵⁵ No mesmo sentido, Pacelli de Oliveira (2011, p. 750) tecendo elogios a esse regramento, que dá exclusivamente ao Ministério Público o poder de requisição da investigação policial.

É que no art. 184 menciona, desnecessariamente, que a ação penal é pública incondicionada, quando, na realidade, a legislação penal comum, por si só já disciplina a matéria.

Ora, o art. 12 do Código Penal preceitua que “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. E como a legislação falencial não disciplina de outro modo a matéria, vale a regra do art. 100 do Código Penal, estabelecendo que “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente declara privativa do ofendido”.

Constata-se, pois, que o legislador foi além do que deveria dizer. Isso porque a referência específica à ação penal somente se justificaria se fosse para dizer que ela seria condicionada à representação ou de iniciativa privada.

Relativamente ao regramento do art. 185, o deslize é observado quando diz “recebida a denúncia ou a queixa”, eis que olvidou que o oferecimento desta somente se efetuará em caso de queixa substitutiva da denúncia, tendo em conta que toda e qualquer ação penal por crime falencial é pública incondicionada (ar. 184), não havendo, portanto, ação penal de iniciativa exclusivamente privada (RANGEL, 2010, p. 730).

Prosseguindo-se, sobreleva dizer que essa prerrogativa de propor a ação penal pública exclusiva não tem caráter absoluto, na medida em que, se o Ministério Público não ajuizar a ação, dentro do prazo legal previsto no art. 187, §1º, que faz remissão ao art. 46 do Código de Processo Penal – sendo o prazo para denúncia de cinco dias, quando o réu estiver preso, e de quinze dias, quando o réu estiver solto – deixando o Promotor de Justiça esvair o prazo legal, quando então, não tendo sido ofertada a incoativa, começará a fluir outro prazo, este decadencial, para que qualquer credor habilitado ou o administrador judicial possa oferecer queixa-crime, esta de natureza subsidiária.

Nessa disposição do art. 187, §1º, verifica-se um outro excesso legislativo. É que, mais uma vez, o legislador ordinário expressa formalmente aquilo que é desnecessário, ao preceituar que o prazo para oferecimento da denúncia será o do art. 46 do Código de Processo Penal. Se o art. 188, da Lei n. 11.101/05 contempla regra de aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, por que, então, se fazer remissão específica a um artigo dessa legislação?

Sobreleva esclarecer, de outra parte, que não é qualquer credor que tem o direito de ajuizar a ação, mas, sim, o credor habilitado, isto é, aquele que se fez presente no processo falencial, ajuizando sua habilitação de crédito e sendo chamado a integrar a lide, independentemente do valor ou da natureza do crédito. Somente a decisão definitiva a

respeito da habilitação do credor, em princípio, o legitimará ao exercício da ação penal subsidiária em juízo (MIGLIARI JÚNIOR, 2010, p. 603).

E como o crédito pode ser objeto de impugnação em juízo, duas hipóteses podem ocorrer, e devem ser objeto de ponderação por parte do juiz quanto ao recebimento da ação penal subsidiária ajuizada pelo credor: 1º) a impugnação versa sobre a totalidade do crédito, podendo, se procedente, causar a completa exclusão do suposto credor da falência ou recuperação; 2º) a impugnação é parcial, ou tem por objeto apenas características secundárias do crédito cuja habilitação se pretende (por exemplo, valor, natureza, inclusão de juros e correção monetária etc.), não tendo o condão de afetar o crédito como um todo, mesmo que procedente (PEREIRA, 2010, p. 249).

Na primeira situação, o credor não deverá ser admitido como parte legítima para o ajuizamento de ação penal privada subsidiária até decisão definitiva a respeito de seu crédito, quanto à regularidade de sua habilitação, enquanto na outra hipótese ele é parte legítima, independentemente da decisão definitiva quanto à sua habilitação (PEREIRA, 2010, p. 249).

No que pertine ao prazo de 15 (quinze) dias para a propositura da ação penal falencial, estipulado especificamente para a hipótese de se encontrar o réu solto ou afiançado, poderá o Ministério Público aguardar a apresentação do relatório circunstanciado pelo Administrador Judicial, de sorte a extrair maiores elementos para embasar a inicial acusatória. E se optar por aguardar a apresentação desse relatório, o prazo de 15 (quinze) dias para o oferecimento da denúncia começará a fluir da data da intimação da mencionada apresentação (art. 187, §1º, Lei n. 11.101/05).

Na hipótese de prisão provisória ou cautelar na fase pré-processual, o Órgão Ministerial deverá ingressar com a ação, sem o relatório (art. 186, Lei n. 11.101/05), desde que se convença, obviamente, da suficiência do material indiciário. É de se crer na existência de indícios suficientes de autoria e prova do crime, porquanto sem tais componentes não haveria como se decretar a prisão em questão.

Retomando a análise do caso em que o Ministério Público não promova a ação penal nos prazos legais (cinco dias, quando preso o acusado, e quinze dias, quando solto), situação que ensejará a legitimidade concorrente de qualquer credor regularmente habilitado ou do Administrador Judicial, juntamente com o Órgão Ministerial, convém esclarecer algumas particularidades.

A inércia do Órgão Ministerial não lhe retira a legitimidade para propor a ação penal, eis que esta não se desnatura, ou seja, não perde a sua qualidade de ação penal pública. Ocorre que, em não agindo o Ministério Público nos prazos estipulados, a partir do escoamento deles,

estendendo-se pelo interregno de tempo de 6 (seis) meses, surge a legitimidade concorrente dos credores regularmente habilitados e do Administrador Judicial, que poderão propor ação penal subsidiária da pública. Nesse caso, e desde então, tanto o Ministério Público quanto qualquer credor regularmente habilitado ou o Administrador Judicial poderão promover ação penal, destacando-se que estes últimos têm o prazo decadencial de 6 (seis) meses, enquanto aquele poderá promover a ação penal a qualquer tempo, desde que presentes os pressupostos e condições para sua propositura e que, igualmente, não se já tenha fluído o lapso prescricional.

Ousa-se dizer, de outro modo, que a legitimidade do Administrador Judicial para promover a ação penal privada subsidiária da pública é inquestionável, na medida em que não age em defesa de seus próprios interesses, mas no de todos os envolvidos no processo de falência ou de recuperação judicial.

Questiona-se, todavia, se todo e qualquer credor regularmente habilitado tem legitimidade para propor a ação penal privada subsidiária da pública. Entende-se que não basta estar regularmente habilitado, sendo necessário, cumulativamente, a demonstração do interesse de agir do credor, mediante prova de que possa ou tenha sofrido os efeitos diretos e imediatos do fato falencial criminoso, objeto da ação penal substitutiva.

Se, por exemplo, o crime for o do art. 168, da Lei n. 11.101/05, estariam legitimados para promoverem a referida ação, além do Administrador Judicial, apenas os credores regularmente habilitados que, de alguma forma, viessem a sofrer prejuízos de qualquer natureza, suportando, em consequência, os efeitos diretos ou imediatos da prática criminosa falencial.

Fundamenta-se tal posicionamento nas disposições contidas nos arts. 29 *usque* 38, em combinação com o art. 387, IV, todos do Código de Processo Penal, aplicáveis subsidiariamente ao processo penal falencial, conforme regra disposta no art. 188, da Lei n. 11.101/05.

Uma outra questão interessante é a de estabelecer o direito de preferência, previsto no art. 36, do Código de Processo Penal. Em tais situações, entende-se que o Administrador Judicial exercerá, preferencialmente, sobre os demais credores regularmente habilitados e legitimados, o direito de promover a ação penal privada subsidiária da pública. E, não a promovendo, comparecendo em juízo penal falencial mais de um credor regularmente habilitado e legitimado, a preferência será exercida, indistintamente, por aquele que se adiantar na promoção da ação. Se, no entanto, houver simultaneidade, a preferência recairá sobre aquele que, potencialmente, suportar mais direta e imediatamente os efeitos da prática falencial criminosa.

Observa-se, por outro lado, que a nova legislação aumentou consideravelmente o prazo para o oferecimento da queixa-crime subsidiária, em relação ao art. 108, parágrafo único, do Decreto-lei 7.661/45. Neste dispositivo, o prazo era de sumários três dias, ao passo que o atual permite uma diligência muito maior para os credores que tenham interesse, visto que o prazo é de seis meses, a contar da data em que o Promotor de Justiça deveria ter oferecido a denúncia. Isto demonstra que haverá possibilidade real de se ajuizar ação penal subsidiária, ao contrário do que existia anteriormente.

Entretanto, é bom esclarecer que não se cuidará de hipótese de ação penal privada subsidiária quando o órgão do Ministério Público pleitear o arquivamento do inquérito policial, mas, sim, de inércia do *Parquet*. A distinção é fundamental, porque, na inércia, ainda há um direito a preservar, ao passo que, no arquivamento, o órgão do Ministério Público declara que não há crime, ou que não há provas do crime, ou que não tenha sido o investigado o autor do crime, enfim, analisa o mérito e se posiciona.

Outra questão sumamente relevante, que poderá surgir, é a de se estabelecer qual o membro do Ministério Público que tem atribuição para oferecer a denúncia. Se o que funciona junto ao Juízo onde a falência foi decretada ou o que atua junto ao Órgão Jurisdicional Criminal do local do fato da falência.

Antes de responder a essa indagação, cumpre observar que, aqui, buscar-se-á uma resposta mediante análise literal da disposição contida no art. 187 da Lei n. 11.101/05, posto que a solução envolve a delimitação da competência jurisdicional constitucional para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais, objeto de outro capítulo.

Assim, na medida em que a Lei n. 11.101/05, em seu art. 187, dispõe que o Ministério Público quando for intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, verificando a ocorrência de crime, promoverá, imediatamente, a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito judicial, parece claro que somente poderá ser o Promotor de Justiça que funciona junto ao Juízo Falencial e de Recuperação Judicial.

Ademais, destaca-se acerca da possibilidade de ser exercido o instituto da assistência, previsto nos arts. 268 e seguintes do Código de Processo Penal, tendo por legitimados os credores atingidos diretamente pelas condutas delituosas sobre persecução penal. Isso porque, na forma do art. 188, da Lei n. 11.101/05, todas as disposições do Código de Processo Penal, quando não houver incompatibilidade, poderão ser aplicadas, subsidiariamente, ao processo penal falencial.

3.4 Do rito processual nos crimes falenciais

A Lei n. 11.101/2005, no seu art. 200, revogou expressamente a aplicação dos arts. 503 a 512 do Código de Processo Penal, que regulavam o procedimento especial para julgamento dos crimes falenciais. A nova lei estabelece expressamente, no art. 185, que “recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o rito previsto nos arts. 531 a 540 do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal”.

Cumprido registrar, todavia, que, da forma como esse artigo foi redigido, ou seja, determinando a aplicação das regras dos arts. 531 a 540 do Código de Processo Penal, faz ressurgir um procedimento obsoleto, que, implicitamente, foi expurgado do sistema processual penal pelo art. 129, inciso I, da Constituição Federal. De fato, a prevalecer, *ipsi litteris*, a disposição do art. 185 da Lei n. 11.101/05, o processo criminal por delito falencial poderia se iniciar por portaria do Delegado de Polícia, do Juiz, ou até mesmo por auto de prisão em flagrante, o que *data máxima respecta*, seria uma verdadeira aberração jurídica. Desse modo, apenas para fins de registro, é que se afirma que as regras dos arts. 531 a 537 do Código de Processo Penal são do tempo em que o Delegado ou Juiz podiam dar início ao processo, o chamado procedimento judicialiforme. Contudo, em uma interpretação teleológica da norma do art. 185 da Lei n. 11.101/05, infere-se que o legislador quis, tão-somente, emprestar aos crimes falenciais um rito sumário, e como a disciplina deste era regida pelos arts. 531 a 540 do Código de Processo Penal, acabou por fazer alusão a eles, sem qualquer outra observação.

Ora, nas regras dos arts. 531 a 540 do CPP eram observados dois procedimentos sumários: I – o relativo às contravenções penais; II – e um outro, pertinente aos crimes apenados com detenção para os quais não houvesse rito especial. De forma que, se o legislador ordinário, responsável pela feitura da nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial, tivesse atentado para as regras ali contidas, certamente faria alusão apenas aos arts. 538 a 540 do Código de Processo Penal (TOURINHO FILHO, 2009, p. 757).

Atualmente, com a entrada em vigor da Lei n. 11.719/08, houve alteração na redação daqueles artigos do Código de Processo Penal, adequando-se-os ao texto constitucional, e impondo uma nova sistemática aos ritos procedimentais (TOURINHO FILHO, 2009, p. 757)

Retomando a análise da disposição específica do art. 185 da Lei n. 11.101/05, interpretando-a de acordo com as novas regras regentes dos ritos procedimentais na sistemática do CPP, entende-se que o rito sumário será aplicável aos delitos falenciais independentemente da pena cominada ao crime, mesmo com a atual redação do art. 394, II, do

CPP, dada pela Lei n. 11.719/2008, que ressalta que o procedimento comum será sumário apenas quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja de pena privativa de liberdade inferior a quatro anos. Isso porque a disposição especial da Lei Falencial afasta a aplicação do Código de Processo Penal, que se constitui em lei geral sobre a matéria.

Impende dizer, ademais, que não haverá qualquer vício ou manifesta nulidade, caso venha a ser adotado o rito comum ordinário, estipulado, de acordo com o art. 394, inciso I, do Código de Processo Penal, para os crimes em que a sanção máxima cominada seja igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, por ser esse procedimento mais amplo, aliado ao fato de que as modalidades criminosas previstas na nova Lei n. 11.101/05 são dolosas, destacando-se que a maioria absoluta é punida com reclusão, com pena máxima de até 4 (quatro) anos.

No entanto, optou o legislador por um procedimento mais célere, no caso o rito comum sumário. Adotado este rito, como regra para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais, devem ser destacadas as seguintes exceções à sua aplicação: a) a hipótese do art. 177 da Lei 11.101/2005 (violação de impedimento) quando esse delito for cometido por quem tenha prerrogativa de foro (por exemplo, juízes de direito, deputados, promotores de justiça etc.), atraindo, então, a incidência do rito definido na Lei 8.038/1990, que define o rito aplicável aos casos de competência criminal originária dos tribunais; b) a hipótese de ato infracional praticado por menor de 18 anos, que atrairia a competência do juízo da infância e juventude e o respectivo rito processual.

Sendo assim, levando em consideração o rito sumário já estabelecido pela reforma da Lei n. 11.719/2008, o rito procedimental dos crimes falenciais se iniciará com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público ou pela queixa-crime por parte do Administrador Judicial ou credor habilitado, sendo permitido, na oportunidade, arrolar até cinco testemunhas (art. 532 do CPP).

Já se questionou na doutrina se poderia o credor ser testemunha no processo criminal, ou se seu interesse o tornaria suspeito para tanto. Do mesmo em relação ao depoimento do administrador judicial como testemunha em processo que verse sobre crime falimentar.

Enfrentando a questão, J. X. Carvalho de Mendonça (2000, p. 590):

Pensava o Dr. Holanda Cavalcante que não, porque os credores, de ordinário queixosos, anda que em muitos casos com razão, não podem proceder com a imparcialidade necessária nessas circunstâncias. Além disso, os credores são partes no processo da falência e, como tais, têm interesses opostos aos do falido. O conselheiro Aquino e Castro não opinava tão radicalmente. Os credores são, sem dúvida, interessados, diz ele, na parte do falido e de

ordinário ou aperfeiçoados ou inimigos do devedor, conforme as relações individuais e de comércio que com ele entretêm, ou depõem muito ou nada. Mas o que é verdade é que são os únicos que com perfeito conhecimento podem dispor sobre os fatos submetidos à apreciação do juiz. O art. 89 do Código de Processo Criminal não proíbe o credor de ser testemunha em matéria penal; como, pois, criar uma suspeição que não existe? Quem poderá apresentar melhores informações que os credores, eles que estiveram com o falido em estreitas relações comerciais? Ao juiz cabe dar o valor devido aos depoimentos que lhe parecem livres de parcialidade, mas não há razão para excluir em absoluto a audiência dos credores.

Admitido, então, o credor como testemunha, ainda que com reservas, com maior razão será admitido o testemunho do Administrador Judicial, este que, na vigência da Lei n. 11.101/2005, revelou-se figura profissional no processo de falência, figurando como pessoa alheia às relações creditícias do devedor, longe, portanto, da parcialidade atribuível aos credores.

Pois bem, oferecida a denúncia ou a queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias (art. 396 do CPP).⁵⁶

Na resposta à acusação, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interessa à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar no máximo cinco testemunhas.

Após o oferecimento da resposta do acusado, o juiz deverá absolvê-lo sumariamente quando verificar: I – a existência manifesta de causa excludente de ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – a extinção da punibilidade do agente.

Recebida a denúncia ou a queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. A doutrina tem admitido como assistente da acusação os mesmos legitimados a propor a ação penal privada subsidiária: o administrador judicial e o credor habilitado (MIGLIARI JÚNIOR, 2010, p. 605).

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos

⁵⁶ A expressão “recebê-la-á” corresponde a uma transcrição do art. 396 do CPP, sendo que em relação ao momento do recebimento da denúncia ou da queixa substitutiva, em sede de crimes falenciais, remete-se o leitor ao Capítulo 4º.

peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.

As alegações finais em audiência serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez) minutos, proferindo o juiz, a seguir, sentença. Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. Ao assistente do Ministério Público, se houver, após a manifestação deste, serão concedidos 10 minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

3.5 A prisão cautelar (processual) em crimes falenciais

Cumprir discorrer, por necessário, ainda que de forma sucinta, acerca do que se deve compreender, sob o prisma jurídico processual-penal, por prisão.

O significado e o alcance do vocábulo prisão têm gerado inúmeras confusões entre os processualistas, na medida em que a sua utilização sirva tanto para designar a pena como para situação de recolhimento da pessoa humana ao cárcere antes do seu julgamento por uma suposta prática criminosa (NORONHA, 2002, 195). Em razão disso, João Mendes de Almeida Júnior (1920, p. 310) defendia que “nós temos a palavra *custódia e captura*, que poderíamos sempre empregar nas nossas leis, como fez a moderna legislação portuguesa”.

Na verdade, essa concepção dualista do significado da palavra prisão estabeleceu o seu alcance em duas espécies e modalidades: a prisão com pena ou sem pena, isto é, prisão-pena e prisão sem pena (MUCCIO, 2011, p. 1087).⁵⁷

Em uma conceituação mais abrangente, sem que se estabeleça distinção dessas duas modalidades, Nucci (2011, p. 575) a conceitua como “a privação da liberdade tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”.

⁵⁷ “A *prisão-pena*, também chamada *penal*, *prisão-sanção* ou *definitiva*, é a prisão feita para o cumprimento da pena, imposta em regular sentença. É a prisão que se opera na execução de uma sentença penal condenatória. A prisão sem pena, também chamada de *prisão-providência* ou *provisória*, é aquela que não decorre da imposição de pena. Nela não há condenação, não há cumprimento de pena” (MUCCIO, 2011, p. 1087). Na mesma direção, “a chamada prisão pena, - que advém de decisão condenatória transitada em julgado -, é a regulada pelo Código Penal, com respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva, destacando-se que havendo uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado, surge a possibilidade de **prisão sem pena**, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII, da CF (ALENCAR; TÁVORA, 2011, p. 515).

Digressão à parte, o alcance do termo prisão que se pretende estabelecer nesta seção, contudo, é de cunho estritamente processual penal, entendendo-se-o como a privação da liberdade pessoal, por motivo lícito ou por ordem legal, privação esta devidamente assentada na norma constitucional disposta no art. 5º, inciso LXI, e no respectivo regime das liberdades individuais, no qual a custódia do agente antes do julgamento de uma suposta prática criminosa somente se poderá inspirar numa razão de necessidade/ utilidade, uma vez que tolhe a liberdade do cidadão, fazendo pesar sobre seus ombros a presunção do crime, acarretando-lhe, ademais, e também a sua família, despesas, perdas e sacrifícios (BUENO, 1922, p. 116). Prisão, que segundo Manzini (1951, p. 554), é “uma limitação mais ou menos intensa, da liberdade física de uma pessoa, para uma finalidade processual penal”.

Sobreleva dizer, de outro modo, que a consciência jurídica pátria sempre repugnou a privação da liberdade de quem ainda não foi julgado ou convencido da prática de uma infração penal.

É o que se pode inferir, histórica e sistematicamente, das Constituições Brasileiras que se sucederam no tempo, todas sob o influxo dessa tradição liberal, em matéria de prisão processual cautelar.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, por exemplo, dispunha em seu artigo 179, parágrafo 10, que “à exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido, serão punidos com as penas que a lei determinar”.

A Republicana de 1981, por sua vez, erigida sob a influência do direito norte-americano, consagrava que “à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois da pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”.

E as Constituições de 1934, em seu art. 122, e a Carta Política de 1937, em seu art. 122, 11, continham disposições semelhantes às que foram reproduzidas no Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), art. 282, com a seguinte redação: “à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”.⁵⁸

⁵⁸ O art. 282 do Código de Processo Penal recebera nova redação, dada pela Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, que introduzira nova sistemática em matéria de medidas cautelares no Processo Penal, alterando, igualmente, a redação de outros artigos pertinentes à matéria.

E a Constituição de 1946, dispunha acerca do tema em seu art. 141, do qual se destaca o conteúdo do seu parágrafo 20: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei”.

A de 1967, reproduzindo referida disposição, no seu art. 150, parágrafo 12, acresceu ao enunciado, em referência, o seguinte “a lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará se não for legal”.

Idêntico espírito liberal é observado nas disposições contidas na atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, tendo por pedra angular o seu art. 5º, sob a rubrica “Dos direitos e garantias fundamentais”, sobretudo, as disposições dos seus incisos LXI *usque* LXV.

Ou, em outras palavras, cuidar-se-á aqui da chamada prisão sem pena, ou prisão cautelar, provisória ou processual prevista no Código de Processo Penal, em suas disposições contidas nos arts. 382 *usque* 350 e na Lei n. 7.960, de 22 de dezembro de 1989.⁵⁹

Estabelecidas as diretrizes desta seção, tem-se que a chamada prisão processual cautelar, disposta, essencialmente, no Código de Processo Penal, comporta seis espécies, a saber: a) prisão temporária; b) prisão em flagrante; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; f) condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia (NUCCI, 2011, p. 575-576).⁶⁰

Admitidas essas modalidades de prisão sem pena, buscar-se-á, doravante, analisá-las à luz das disposições penais e processuais penais atinentes aos crimes falenciais, visando estabelecer a possibilidade ou não de cada uma delas serem decretadas ante a existência de prática de delito desse jaez.

Cumprе observar, por despidiendo que seja, que o art. 188 da Lei n. 11. 101/2005 prevê a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Penal que não guardarem incompatibilidade com as normas preconizadas por aquela lei, daí porque a análise da prisão

⁵⁹ Publicada no Diário Oficial da União de 22 de dezembro de 1989, esta lei dispõe sobre a prisão temporária.

⁶⁰ Para Badaró existiam, em tese, no processo penal brasileiro, apenas cinco modalidades de prisões cautelares, a saber: 1. Prisão em flagrante.; 2. Prisão temporária; 3. Prisão preventiva; 4. Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível; 5. Prisão decorrente de pronúncia, ressaltando que com o advento da Lei n. 11.690/2008, que alterou o regime da pronúncia, retirando o efeito automático dela decorrente, que consistia na necessidade de o pronunciado ser preso, na forma da então redação do art. 408, §1º, do CPP, restara extinta tal modalidade de prisão processual, o mesmo se sucedendo com a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível ante a revogação do art. 594, do CPP pela Lei n. 11.709/2008 e diante do novo parágrafo único do art. 387 do CPP, eis que fora extinta a prisão para apelar. Desse modo, após as reformas pontuais do Código de Processo Penal, no curso do ano de 2008, atualmente, na sistemática do Código de Processo Penal pátrio existem apenas três modalidades de prisões cautelares: prisão temporária, prisão em flagrante delito e prisão preventiva.

processual cautelar nas modalidades previstas nesse diploma legal, em sede de crime falencial.

Antes, porém, far-se-á um breve registro acerca da Teoria Geral das Prisões Processuais Cautelares, com o fito de se estabelecer conceitos comuns e, sobretudo, a Principiologia que rege a sistemática cautelar, uma vez que da eficácia desses princípios exsurtem as *conditios sines quibus non*, que possam permitir a coexistência, adequada e equilibrada, das prisões processuais cautelares com a presunção de inocência ou estado da não-culpabilidade, que se erige como princípio reitor do Processo Penal e está formalmente consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

É necessário destacar que, conquanto se possa desenvolver e defender uma Teoria Geral do Processo com bases comuns aos Processos Civil e Penal, devem ser observadas as categorias jurídicas singulares a este último, de modo a serem afastadas, peremptoriamente, quaisquer tentativas de literal aplicação dos dogmas de um ao outro.

É que vem se estabelecendo, de forma equivocada e anacrônica, - olvidando-se a fenomenologia que os diferencia -, um paralelismo entre o Processo Civil e o Processo Penal, notadamente quando neste são utilizadas, de forma direta e automática, categorias e definições peculiares àquele (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 08).

É o que ocorre, com regular e reiterada frequência, com os pressupostos, o fundamento e o objeto da prisão processual cautelar, matéria afeta ao Processo Penal. Ora, as medidas cautelares de índole processual penal, visam assegurar o regular desenvolvimento do processo-crime e, por conseguinte, a pronta e eficaz aplicação do poder de fixar a pena correspondente à infração penal praticada. Tratam-se, portanto, de medidas que se destinam à tutela do processo-crime (LOPES JÚNIOR, 2002, p. 55).

No que pertine aos pressupostos e ao fundamento das medidas cautelares processuais penais, a doutrina tradicional, arrimada nas lições de Calamandrei, sobretudo nas suas argumentações inseridas nas obras *‘Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari’*, identifica-os com os *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 55).

Adotar-se *fumus boni iuris* como requisito ou pressuposto das medidas cautelares processuais penais constitui uma verdadeira heresia jurídica, na medida em que referido fenômeno se traduz em incompreensível inobservância de certas peculiaridades do Processo Penal.

É que se o referido pressuposto significa “fumaça do bom direito”, e considerando ser o objeto das medidas cautelares de índole processual penal a tutela do processo-crime, que

envolve a probabilidade de ocorrência de uma infração penal nos moldes e circunstâncias ali descritos, delito esse que se constitui, indisfarçavelmente, na antítese ou negação do direito, não se incorreria, assim, em um visceral antagonismo ao se admitir tal requisito como elemento justificador de uma medida cautelar processual penal?

E por assim ser, mais adequada é a compreensão de que um dos pressupostos para a decretação de uma prisão cautelar seja a presença do *fumus commissi delicti*, como probabilidade da ocorrência de uma infração penal, ou, de outro modo, - considerada a sistemática do Código de Processo Penal -, a prova da existência da infração penal e indícios suficientes de autoria (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 55-56).

O mesmo raciocínio serve para repelir, igualmente, o *periculum in mora* como um dos requisitos para a consecução de medida cautelar processual penal.

Entende Piero Calamandrei (1936, p. 18), que o *periculum in mora* corresponde ao risco originado pelo atraso inerente ao interregno de tempo que é observado até a prolação de uma decisão definitiva no processo.

Essa concepção é perfeita e adequada para as chamadas medidas cautelares reais, em sede das quais é legítima a argumentação de que o retardo na prestação da tutela jurisdicional poderia levar à dilapidação do patrimônio do réu.

Por seu turno, nas medidas coercitivas pessoais, como são as prisões cautelares processuais, o elemento preponderante não reside no lapso temporal, mais, propriamente, na situação de perigo ocasionada pela conduta do agente, a quem se imputa a prática de uma infração penal. Isso porque, dado o caráter instrumental das medidas cautelares processuais penais, decorrente do seu objeto, o que se quer evitar, mediante a implementação delas, é o risco de frustração da função punitiva, ou gravame de qualquer natureza ao processo-crime, ante a probabilidade de fuga do infrator ou de sua ausência no distrito da culpa, ou, ainda, o risco ao regular desenvolvimento do processo-crime, esse em razão da possibilidade de máculas sobre a prova, que podem ser trazidas pelo comportamento nocivo do agente.

É de se concluir, pois, que o risco, em sede de processo penal, advém do *status libertatis* do agente de conduta criminosa, ante a probabilidade de fuga ou destruição de provas. Daí, então, ter-se como requisito outro da medida cautelar processual pena, o *periculum libertatis*.

Ademais, ao contrário do que ocorre no Processo Civil, inexiste, dentro da sistemática adotada pelo Código de Processo Penal Pátrio, um “poder geral de cautela”, por intermédio do

qual a autoridade judiciária poderia submeter o acusado a determinadas restrições, independentemente de formal previsão legal das mesmas (GOMES FILHO, 1991, p. 57).⁶¹

É forçoso reconhecer, ante o exposto, que a compreensão dos pressupostos ou requisitos autorizadores de qualquer prisão processual cautelar implica, necessariamente, em um viés principiológico, ou seja, toda custódia cautelar processual penal deve guardar estreita relação com a principiologia constitucional.

Reconhecem-se, outrossim, observadas as peculiaridades do processo penal, que os pressupostos cautelares deste são *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* e seus respectivos desdobramentos, abandonando-se a Doutrina Civilista de Calamandrei, como medida necessária e salutar para se alcançar conceitos próprios, aptos e idôneos à satisfação das necessidades do processo penal, sob a orientação de que as medidas cautelares processuais penais são instrumentos a favor do processo-crime, objetivando a tutela da prova ou o efetivo asseguramento da presença da parte passiva na relação jurídica processual penal.

Impende dizer, enfim, que é sumamente relevante a demonstração da imprescindibilidade da custódia cautelar, na medida em que esta tem caráter excepcional.⁶²

Assim, prosseguindo-se, tem-se que a prisão temporária, conforme previsão contida no art. 1º, de sua legislação regente, isto é, a Lei n. 7.960, de 22 de dezembro de 1989, será cabível: “I-quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II- quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III- quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado, nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º)⁶³ d) extorsão (arts. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, e seus §§1º, 2º e 3º);

⁶¹ Em igual direção, refutando, de forma categórica, a possibilidade de uma ação cautelar em sede de processo penal, o qual conceberia apenas ações cognitivas e executivas, afirma Lauria Tucci (2002, p.107), que o que se tem, dentro da sistemática processual penal são ‘medias cautelares penais’, que podem ser tomadas no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento e até mesmo no processo de execução, ressaltando que as prisões cautelares, sequestro de bens, hipoteca legal e outras são meras medidas incidentais, em que não há o exercício de uma ação específica que gere um processo cautelar diferente do processo de conhecimento ou que se tem uma ação penal autônoma.

⁶² Nesse sentido, conferir H.C. 98821/CE, Relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 09, de março de 2010, pela Segunda Turma do Egrégio STF.

⁶³ A Lei n. 11.923, de 17 de abril de 2009, acrescentou o parágrafo 3º ao art. 158 do Código Penal, que dispõe sobre sequestro-relâmpago. E, embora não tivesse havido alteração da Lei n. 7.960/89, no que respeita ao acréscimo do § 3º ao art. 158, não se vislumbra nenhum óbice para a decretação da prisão temporária nessa situação, porquanto se trata de lei processual, que, dada a previsão contida no art. 3º do Código de Processo Penal, admite analogia (NUCCI, 2011, p. 586). Em sentido contrário, inadmitindo a aplicação de analogia em matéria de prisão processual cautelar, Badaró (2009, p. 184), Delmanto Júnior (1998, p. 72) e Gomes Filho (1991, p. 57) defendem que as prisões cautelares são apenas aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei autoriza, devendo ser observado, em sede das mesmas, o princípio da legalidade.

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e § único)⁶⁴; g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com art. 223, caput, e parágrafo único)⁶⁵; h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e § único)⁶⁶; i) epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificada pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12, da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976)⁶⁷; o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986).⁶⁸

O rol legal, acima transcrito, é taxativo, constituindo *numerus clausus*, não comportando, assim, ampliação por analogia, eis que se trata de excepcionalidade da prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, hipótese que deverá ter previsão estrita e expressa na lei, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência ou do estado da não-culpabilidade.

Ressalta-se, outrossim, que, como qualquer norma jurídica, podem as hipóteses ali elencadas receber a chamada interpretação extensiva, destacando-se que esta não amplia o rol legal, apenas admite que dada situação se subsume ou se adequa ao dispositivo interpretado, a despeito de sua linguagem mais restrita. A interpretação extensiva, reitera-se, não amplia o conteúdo da norma, mais tão-somente reconhece que determinada hipótese é por ela regida, ainda que sua expressão verbal não seja perfeita ou adequada.

Nessa perspectiva, é de se crer como desarrazoada a afirmação de Alexandre Demetrius Pereira que, diante da taxatividade do rol descrito no art. 1º da Lei n. 7.960/89, restaria impossível a decretação da prisão temporária em relação aos crimes falenciais. É que

⁶⁴ A Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou a redação do art. 213 e revogou o art. 223 do Código Penal. A nova redação é a seguinte: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

⁶⁵ A Lei n. 12.015/2009 revogou os arts. 214 e 223 do Código Penal, passando a matéria a ser tratada pelo art. 213.

⁶⁶ O art. 219 do Código Penal foi revogado pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, e o art. 223 foi revogado pela Lei n. 12.015/2009. Segundo Nucci (2011, p. 586), atualmente, se houver sequestro de uma pessoa, com fins libidinosos, o fato se amoldaria na figura típica do art. 148, § 1º, I, Código Penal, o que continuaria a ensejar a decretação da prisão temporária.

⁶⁷ A Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, foi revogada pela Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que dispõe sobre a matéria no art. 33.

⁶⁸ A Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos em seu art. 2º, §4º, possibilitou a decretação da prisão temporária a todos os delitos considerados como hediondos e os a ele equiparados, no caso os previstos nos arts. 1º e 2º daquela Lei, fazendo com que ao rol da Lei n. 7.960/89 sejam acrescidos os crimes de tortura e o de terrorismo (NUCCI, 2011, p. 587).

tal impossibilidade somente se verificaria se, de forma isolada, ou em concurso de crimes da mesma espécie, fossem consideradas as práticas de crimes falenciais.

Ora, não se pode descurar do instituto do concurso de crimes, quer sejam da mesma espécie ou não, previstos nos arts. 69 e 70, ambos do Código Penal, pelo que haveria a possibilidade da prática de um crime, - para o qual seja admissível a prisão temporária -, em concurso ou conexão com o delito falencial.

A propósito, tem-se a menção feita por Arthur Migliari Júnior, ilustrando a hipótese de decretação da prisão temporária para a prática de uma infração falencial, desde que esta venha a ser processada e julgada em conexão com uma daquelas previstas no rol do art. 1º da Lei n. 7.960/89, possibilidade esta observada em um crime falencial praticado por mais de três pessoas, caracterizando a infração penal de quadrilha ou bando, prevista no art. 288 do Código Penal e inserida no rol daquela Lei. Uma outra possibilidade, igualmente aventada pelo autor em referência, é a situação em que um juiz federal decreta a prisão de agentes envolvidos em casos que concorram, conjunta e contemporaneamente, um crime falencial e crimes contra o sistema financeiro nacional, estes previstos na Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, que integram, também, o elenco da Lei de regência da prisão temporária. E, em todas as hipóteses ventiladas, é fundamental e imprescindível que se obtenha prova suficiente da existência material da conexão, não sendo suficiente mera conjectura policial para a consecução desse desiderato.

Vale registrar, ainda, que diante das disposições normativas contidas no art. 187, da Lei n. 11.101/05, prevendo a possibilidade de requisição, emanada do Órgão Ministerial, de abertura de inquérito policial para apuração de crime falencial, e admitida a hipótese de decretação da prisão temporária para tais crimes, - nas situações acima sustentadas -, pode-se dizer que, com arrimo, também, no art. 2º, *caput*, e seu parágrafo primeiro, da Lei n. 7.960/1989, que a iniciativa para propositura de tal modalidade de prisão seria, concorrentemente, da autoridade policial, esta por meio de representação, ou do Ministério Público, por intermédio de requerimento, destacando-se a necessidade de oitiva deste último, no primeiro caso.

O prazo da referida custódia cautelar é de cinco dias, prorrogável por mais cinco, em “caso de extrema e comprovada necessidade” (art. 2º, parte final, da Lei n. 7.960/89), ressaltando-se que a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, em seu art. 2º, parágrafo quarto, ampliou o prazo para trinta dias, prorrogável por igual período em caso de

extrema e comprovada necessidade, para os casos de crimes hediondos, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e os de terrorismo.

Faz-se necessário observar que, em se tratando de conexão entre crimes falenciais e crimes contra o sistema financeiro, definidos na Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, considerando que estes últimos são da alçada da Justiça Comum Federal, haveria modificação da esfera de atuação jurisdicional (MIGLIARI JÚNIOR, 2006, p. 227).

Em se tratando de prisão em flagrante, a possibilidade de sua ocorrência pela prática de crime falencial é deveras reduzida, eis que são várias as restrições a respeito, máxime pela vinculação de delitos desse jaez a uma condição objetiva de punibilidade, porquanto dependem da superveniência de uma decisão judicial que decrete a falência, ou conceda a recuperação judicial, ou homologue o plano de recuperação extrajudicial.

Observando-se o rol dos crimes falenciais dispostos nos arts. 168 a 178 da Lei n. 11.101/2005, constata-se que alguns deles ocorrem antes da sentença declaratória da falência ou da decisão homologatória da recuperação judicial, daí serem chamados pela doutrina de crimes pré-falenciais ou pré-recuperação, distinguindo-os dos chamados pós-falenciais ou pós-recuperação pela implementação ou não da chamada condição objetiva de punibilidade (FÜHRER, 1972, p. 26-27).

Diante de tal realidade, em sede dos chamados crimes pré-falimentares ou pré-recuperação⁶⁹ tornar-se-ia impossível a execução de uma prisão em flagrante delito, em razão de sua subordinação a uma condição objetiva de punibilidade, que poderia ou não ser materializada, fazendo com que o reconhecimento da prática de tais ações criminosas, mediante a implementação da *persecutio criminis*, ficassem, igualmente, condicionada a um termo futuro e incerto.

Desse modo, não podendo ser implementada a persecução penal no momento da ocorrência do crime pré-falencial, por não haver sido suprida a condição objetiva de punibilidade, “referidos crimes não são suscetíveis de prisão em flagrante delito” (PEREIRA, 2010, p. 256).

No que pertine aos ditos crimes pós-falenciais ou pós-recuperação não se vislumbra qualquer óbice para uma possível execução de prisão em flagrante, desde que observados os pressupostos legais e constitucionais para a sua ocorrência, porquanto a sua consumação somente se dá depois de suprida a condição objetiva de punibilidade.

⁶⁹ É imperioso esclarecer que os chamados crimes pré-falenciais ou pré-recuperação encontram-se descritos nos arts. 168, 169, 172 e 178 da Lei n. 11.101/2005, conquanto as figuras delitivas dos arts. 168, 172 e 178 possam ocorrer, também, após o suprimento da condição objetiva de punibilidade, fazendo com que assumam, nessa hipótese, a qualidade de pós-falencial ou pós-recuperação.

Em referência à prisão preventiva pela prática de crime falencial, a própria Lei n. 11.101/2005, em seu art. 99, inciso VII, prevê tal possibilidade, mantendo nesse aspecto a mesma concepção legislativa contida no Decreto-Lei n. 7.661/45, que previa, em seu art. 14, parágrafo único, inciso IV, a possibilidade de decretação da prisão preventiva do devedor, que poderia ser decretada pelo juízo cível em sede da própria decisão declaratória da falência, sem que para tanto houvesse a necessidade de instauração da *persecutio criminis*, ou seja, independentemente da existência de inquérito ou processo criminal em andamento (PEREIRA, 2010, p. 257).

Percebe-se, tal como já ocorrera sob a égide da antiga Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/1945), a atribuição de competência a um juízo extrapenal em matéria de índole processual penal, e sem que houvesse sido deflagrada a persecução criminal. E referida situação não passou despercebida por Trajano de Miranda Valverde (1999, p. 120) que, discorrendo sobre o tema, tratou a hipótese como uma exceção à regra do art. 311 do Código de Processo Penal, o qual dispunha que a decretação da prisão preventiva somente seria possível no curso do inquérito policial ou da instrução criminal, razão pela qual o juízo extrapenal, no caso, o juízo falencial, somente poderia decretá-la quando se tratasse de crime dessa natureza.

A possível inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Falencial, ainda na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, que autorizava a decretação da prisão preventiva pelo juízo falencial (extrapenal) em sede da própria decisão declaratória da falência, independentemente de prévia ou concomitante apuração do crime em sede de inquérito judicial ou policial, fora afastada pela jurisprudência pátria.⁷⁰

Discorrendo sobre a natureza da prisão preventiva positivada na atual legislação falencial, Adalberto Simão Filho (2005, p. 442) afirma o seu caráter administrativo e que, uma vez decretada, dessa decisão poderá ser interposto agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ou, ainda, poderá ser interposto Habeas Corpus, sendo este de interposição autônoma, exigindo-se para tanto a existência de justos motivos e a presença dos caracteres previstos na Constituição Federal.

⁷⁰ Pela constitucionalidade da norma, por unanimidade, decidira a 6ª Turma do Egrégio STJ em sede do RHC n. 1.756-PR (1999200014631), Relatoria do Ministro Adhemar Maciel, julgado em 08 de março de 1993: “Ementa – Falência – Prisão Cautelar decretada no bojo da sentença da quebra – Possibilidade – Não violação do inciso LXI do art. 5º da Constituição – Desnecessidade de se aguardar inquéritos – Recurso improvido. I - O recorrente, sócio-gerente da falida, teve sua prisão cautelar decretada no bojo da sentença que declarou a quebra da falida. A prisão cautelar é instituto de direito processual e não do direito penal. Por outro lado, a sentença, por ser proferida por juiz cível (falências), não maltrata o inciso LXI do art. 5º da Constituição, uma vez que decretada por autoridade policial. II – Recurso ordinário improvido.

Tem-se como equivocada a afirmação de Adalberto Simão Filho quanto à natureza da prisão preventiva, prevista no art. 99, inciso VII, da atual legislação de regência da falência e da recuperação judicial.

Referida concepção remonta à ideia, - ainda que esse alcance conceitual não tenha sido externada pelo autor daquele ensaio -, da chamada prisão administrativa, então positivada no art. 35, *caput*, e seu parágrafo único, do revogado Decreto-Lei n. 7.661/45, que fora objeto de severas e acirradas críticas por não se inserir, à época de sua vigência, em nem uma das hipóteses constitucionais para prisão civil.

Representava aquela medida prisional, em última instância, um exacerbado meio de coerção vinculado ao amplo arbítrio do juiz da falência, exercido sempre que o falido deixasse de observar quaisquer dos deveres que lhe eram impostos, sob a égide daquela vestuta legislação (HAKIM; PODVAL, 2005, p. 629).

Tratava-se de uma prisão com a finalidade meramente coercitiva, com o fito exclusivo de compelir o falido ao cumprimento de alguma obrigação que lhe impunha aquela legislação, sobretudo a de prestar informações, esta disciplinada no seu art. 34.

Desse modo, a prisão em referencia tinha feição nitidamente disciplinar, em detrimento de um caráter punitivo ou cautelar, natureza essa que impedira a sua recepção pela Carta Política de 1988, a partir da qual a prisão, com tal índole, foi reservada aos casos estritamente de transgressão militar.

Com efeito, firmou-se o entendimento jurisprudencial de que as disposições do art. 35 do Decreto-Lei n. 7.661/45 haviam sido revogadas pelos conteúdos normativos dos incisos LXI e LXVII, do art. 5º da Constituição Federal de 1988.⁷¹

Bem assim, a Lei n. 11.101/05 afastou qualquer possibilidade de retorno dessa execrável medida prisional administrativa, dela não se ocupando em quaisquer dos seus dispositivos.

E, no caso de descumprimento dos deveres consignados no art. 104, seus incisos e alíneas, da Lei n. 11.101/05, contra o falido, após regularmente intimado pelo juiz da falência

⁷¹ Súmula 280 editada pelo Superior Tribunal de Justiça preconizava: “O art. 35 do Decreto-lei nº 7.661/1945, que estabelece a prisão administrativa, foi revogado pelos incisos LXI e LXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988”. No mesmo sentido, STF, RHC 76741/MG, Relatoria Min. Moreira Alves, julgado em 24.04.1998 pela Primeira Turma, publicado no DJ de 22.05.1998; STJ, HC 33529/MS, Relatoria do Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 15.06.2004 pela Quarta Turma, publicado no DJ em 11.10.2004; STJ, HC 33791/SP, Relatoria do Min. Antonio de Pádua Ribeiro, julgado em 22.06. 2004 pela Terceira Turma, publicado no DJ de 30. 08. 2004; STJ HC 24756/SP, Relatoria do Min. Ari Pargendler, julgado em 11.03.2003 pela Terceira Turma, publicado DJ 16.06.2003; STJ HC 22779/PR, Relatoria da Min. Nancy Andrighi julgado em 08.11.2002 pela Terceira Turma, publicado no DJ 16/12/2002; STJ, HC 21316/SP, Relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 11.02.2003 pela Quarta Turma, publicado no DJ 31.03.2003.

a fazê-lo, poderá haver a instauração de processo-crime por desobediência, conforme previsão contida no parágrafo único do mencionado artigo.⁷²

A medida prevista no parágrafo único do art. 104 da Lei n. 11.101/05 é de discutível constitucionalidade, em face da natureza dos deveres ali contidos, que poderiam resultar, se regularmente cumpridos, no fornecimento de substratos probatórios, caracterizadores de eventuais práticas criminosas.

É que o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, ao conferir a pessoa a quem se imputa uma prática criminosa o direito ao silêncio, assegura-lhe, também, como corolário, o direito de não se auto-incriminar.⁷³

Destarte, entende-se que se o juiz da falência determinar a entrega de documentos ou a prestação de informações que o falido venha a julgar passíveis de lhe ocasionar prejuízos ou aptas a lhe ensejar posterior envolvimento em processo-crime, poderá recusar-se a fazê-lo, sem que, com tal comportamento, incida na conduta típica do crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal.

Retomando a discussão acerca da natureza da prisão preventiva, observa-se que o contido no art. 99, inciso VII, da Lei n. 11.101/05 guarda estrita similitude com a redação do texto do inciso VI, do art. 14, do Decreto-Lei n. 7.661/45⁷⁴, destacando-se que a Excelsa Corte, por sua Primeira Turma, em sede do HC nº 81880, sob a Relatoria do Min. Moreira Alves, decidiu que a prisão preventiva prevista na revogada Lei de Falências não se constituía em modalidade de prisão administrativa, mas sim de preventiva, de sorte que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, decidindo, também, que dada a sua natureza de custódia necessária e cautelar, a sua decretação estaria adstrita aos pressupostos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal.⁷⁵

⁷² O crime de desobediência é previsto no art. 330 do Código Penal, com seguinte redação: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público, contendo previsão de pena e detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, cumulada com pena pecuniária (multa).”

⁷³ Na mesma direção o art. 8º, 2, ‘g’, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, devidamente ratificado pelo Brasil em 25.09.1992, o que lhe confere força de norma constitucional, que assegura a todo indivíduo o direito de “não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem declarar-se culpado”.

⁷⁴ Art. 14, Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945: “Praticadas as diligências ordenadas pela presente Lei, o juiz, no prazo de 24 (vinte horas) horas, proferirá a sentença, declarando ou não a falência.

Parágrafo único: “A sentença que declarar a falência: (...) VI – providenciará as diligências convenientes ao interesse da massa, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou dos representantes da sociedade falida, quando requerida com fundamento em provas que demonstrem a prática de crimes definido nesta Lei”.

⁷⁵ “A prisão prevista no art. 14 da Lei de Falências não é prisão administrativa, como a referida no art. 35 dessa mesma Lei, mas, sim, prisão preventiva, tendo, portanto, sido recebida pela Constituição de 1988. Decreto de prisão preventiva que está fundamentado em conformidade com o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Habeas Corpus indeferido” (STF, HC 81880, Primeira Turma, Relatoria do Min. Moreira Alves, julgado em 25.06.2002, publicado no DJ de 30.08.2002).

Mencionada decisão não perdeu sua atualidade, máxime pelo fato de a atual legislação de regência da falência e da recuperação judicial ter apenas reproduzido aquilo que já havia sido positivado na legislação anterior.

A doutrina pátria, por sua vez, conquanto haja alguma dissonância, tem idêntico posicionamento a respeito, ratificando a natureza processual cautelar da prisão preventiva positivada no art. 99, VI, da Lei n. 11.101/05, bem assim a sua adstringência aos pressupostos preconizados pelo art. 312 do Código de Processo Penal.⁷⁶

Opondo-se à legitimidade do juízo da falência (extrapenal) para decretação de prisão preventiva por prática de crime falencial, Beatriz Vargas (2009, p. 1210) aduz que:

somente o juízo criminal pode decretar a custódia provisória do acusado, por ser esta providência autêntica medida cautelar de natureza penal que, inclusive, previne a competência para conhecer da ação principal – a ação condenatória.

A autoridade judicial, no exercício da jurisdição civil, não pode decretar prisão processual alguma, exatamente porque lhe falta competência pra conhecer da ação penal condenatória.

(...)

Ora, se é o juízo criminal que irá conhecer da ação penal pelos crimes falimentares, também será ele, e somente ele – juízo investido de competência criminal, quem deverá decidir sobre a prisão preventiva “do falido ou de seus administradores”.

Com igual posicionamento, convém destacar os trabalhos do I Simpósio Estadual sobre Crimes Falimentares, realizado na cidade de São Paulo, no período de 04 e 05 de julho de 2005, promovido pela Academia de Polícia Civil daquele Estado – ACADEPOL -, juntamente com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e o Centro de Pós-Graduação da

⁷⁶ Segundo Migliari Júnior “Embora não esteja exposto, com todas as letras, forçoso é convir que a prisão preventiva deverá ser decretada somente quando preenchido os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, posto que se trata de uma antecipação de prisão”, destacando, ainda, que “é uma *prisão cautelar*, uma verdadeira antecipação de tutela, e, como tal, deve ser sopesada e determinada quando as provas forem suficientes para a determinação da autoria e da materialidade do delito, bem como existam indícios suficientes de que a liberdade do agente do delito falimentar possa colocar em risco a produção das provas no processo falimentar” (2006, p. 223). “Provada a existência dos crimes falimentares e havendo indícios suficientes de autoria, o juiz poderá decretar a prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (CPP – art. 312)” (TOMAZETTE, 2011, p. 342). “Em todo caso não de estar sempre presentes os requisitos cautelares da prisão preventiva, que consubstanciam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* (ou *periculum in libertatis*) necessários à medida, previstos no art. 312 do CPP” (PEREIRA, 2010, p. 258). Art. 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. A Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, acresceu um parágrafo único ao artigo em referência com o seguinte teor: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)”.

Universidade UNINOVE, culminando com a elaboração de 9 (nove) verbetes de súmulas, das quais se destaca a de número 3, contendo a seguinte redação:

Súmula 3^a – A prisão preventiva prevista no artigo 99, VII, da Lei 11.101/2005, submete-se às exigências dos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal e somente pode ser decretada pelo Juízo Criminal, de ofício ou mediante provocação (da Autoridade Policial, do Ministério Público ou do querelante).⁷⁷

Um outro enfoque que merece destaque, diz respeito a um possível contra-senso do legislador em conferir ao juiz da falência (juízo extrapenal) a faculdade de decretar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores na sentença declaratória da falência, sempre que requerida com fundamento em provas da existência da prática de crime falencial.

Esse questionamento é trazido à lume por Hakim e Podval (2005, p. 632-636), sob o argumento de que a norma do art. 99, inciso VII, da Lei n. 11.101/05 seria inconstitucional, porquanto estar-se-ia admitindo a prática de ato jurisdicional, - de natureza e com reflexos exclusivamente penais -, sem que ainda exista a jurisdição apropriada, tendo em conta a inexistência de inquérito policial ou ação penal falencial com aptidão para o incremento do Poder de punir do Estado, como expressão da jurisdição de índole penal ou criminal.

Realça que antes de ser impulsionada a jurisdição penal, o juízo cível é dotado de poder punitivo ‘abstrato’, na qualidade de Estado-administração, não podendo, em consequência, desenvolver nessa situação o papel de Estado-juiz, aliado ao fato de que atos daquela natureza não se submetem à jurisdição voluntária e, além de tudo, numa eventual deflagração da *persecutio criminis*, a relação jurídico processual penal, dela decorrente, sequer se estabeleceria perante o juízo da falência, por força da norma contida no art. 183 da Lei n. 101.101/05.⁷⁸

Para melhor dimensão da questão, vale registrar a lição de Frederico Marques (1961, p. 312) que concebe a ação penal como sendo:

O direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo; e como dela se serve o Estado para tornar efetivo o seu ministério penal, a ação é também um momento da persecução criminal. Não basta ao Estado ter o direito de punir: sem a persecução do delinqüente, vedado –lhe

⁷⁷ Citação extraída do sítio eletrônico da Polícia Civil do Estado de São Paulo (Disponível em: <http://www.policia-civ.sp.gov.br/noticias/Isimposio/sumula/simposioestadual_inter.htm. Acesso em 11 set. 2010).

⁷⁸ Art. 183, Lei n. 11.101/05: “Compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei”.

está impor qualquer pena, e, por isso, quando surge um fato aparentemente delituoso, nasce para o Estado o ‘*jus puniendi*’ e o direito de perseguir o autor da infração para aplicar-lhe a pena legal e adequada”.

Por transbordar ao propósito dessa dissertação, cuidar-se-á desse assunto sem maiores aprofundamentos.

A possibilidade de decretação de prisão preventiva do falido ou de seus administradores por um juízo extrapenal, no caso o juiz da falência, independentemente de ter sido deflagrada a *persecutio criminis*, - aqui tomada em seu sentido lato -, já existia sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45 e, à época de sua vigência, instado a se manifestar a respeito, o Egrégio Supremo Tribunal Federal afastou qualquer eiva de inconstitucionalidade daquela norma, conforme demonstrado linhas atrás.

O que se pretende esclarecer, aqui, nesta seção, aliando-se ao pensamento de Trajano de Miranda Valverde⁷⁹, e, firmada a convicção de que a discussão acerca da validade ou não da norma em comento já se encontra ultrapassada, resta estabelecer, todavia, seus limites e alcances.

Ora, a matéria envolve medida processual penal cautelar e, conforme já amplamente demonstrado, a sua aplicação, uma vez presentes os pressupostos ou requisitos necessários, deve-se restringir às hipóteses expressamente previstas em lei, de modo que ao juízo falencial, por força de previsão legal, compete apenas decretar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores, na forma e nas circunstâncias previstas no art. 99, inciso VII, da Lei n. 11.101/05.⁸⁰

A respeito do conteúdo dessa norma, dela se extrai a expressão “(...) podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei”, que, conjugando-a com a contida no parágrafo 2º, do art. 187, do referido diploma legal⁸¹ e colimando-se uma interpretação sistemática, com logicidade e coerência, em que se preserve a observância absoluta dos limites e do alcance para se decretar uma medida processual penal cautelar, chega-se à ilação de que somente mediante requerimento do Ministério Público, no qual demonstre, cabal e

⁷⁹ Refere-se à ideia defendida por Valverde, citada em momento anterior, acerca de o juízo extrapenal ter competência para decretar prisão preventiva na forma e nas circunstâncias expressamente previstas em Lei.

⁸⁰ Contrariando o pensamento aqui adotado, Pereira argumenta que, embora a Lei n. 11.101/05 tenha quedado silente quanto a possibilidade de prisão preventiva do devedor em recuperação judicial ou extrajudicial, tal hipótese é perfeitamente possível, desde que obedecido os requisitos constitucionais e legais, sobretudo, a condição objetiva de punibilidade, prevista no art. 180 da Lei n. 11.101/05.

⁸¹ É de seguinte teor o §2º, art. 187, da Lei n. 11.101/05: “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”.

convincentemente, a necessidade premente de sua decretação, é que o juiz da falência poderá decretar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores.⁸²

Reforça tal pensamento, além do fato dos crimes falenciais serem de ação penal pública incondicionada e, pois, tendo como *dominis litis* o Órgão Ministerial⁸³, a sistemática adotada pelo Código de Processo Penal e a legislação esparsa, em sede dos quais todas as medidas coercitivas processuais, como as são as modalidades de prisão, a norma, de modo taxativo, consigna a forma e a circunstancia para sua implementação, bem assim estabelece contra quem podem ser tomadas e quais os entes legitimados para promoverem sua consecução.

À guisa de exemplo, tem-se o conteúdo do art. 2º, da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que prevê a decretação da prisão temporária por autoridade judiciária, desde que haja representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, nesse sentido. E, então, é de se indagar: além da Autoridade Policial e do Ministério Público existem outros entes legitimados a promoverem a implementação daquela medida coercitiva? E a Autoridade Judiciária, diante da ausência de previsão legal, poderá, *ex officio*, implementá-la? Pelas razões aqui sustentadas, para ambas as indagações a resposta é negativa.

Cumprindo observar, outrossim, que o art. 311 do Código de Processo Penal, dispondo sobre a forma e as circunstâncias em que a prisão preventiva pudesse vir a ser decretada, tinha a seguinte redação: “ Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”.

Recentemente alterado pela Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, a redação do mencionado artigo passou a ser: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Cotejando tais conteúdos normativos, infere-se que a autoridade judiciária, doravante, nas infrações penais comuns, somente poderá decretar, *ex officio*, a prisão preventiva, no curso da ação penal, afastada que fora, por força de nova legislação, a possibilidade de fazê-lo

⁸² Segundo Alencar e Távora (2011, p. 776), por ser a prisão preventiva medida extrema e tendo em conta a nova sistemática trazida pela Lei n. 12.403/2011, é possível que o juízo da falência constate ser adequada e necessária outra medida cautelar não cerceadora da liberdade, de acordo com o rol do art. 319 do CPP.

⁸³ Art. 184, *caput*, da Lei n. 11.101/05: “Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada”.

em sede do inquérito policial, como previra a antiga redação do art. 311 do Código de Processo Penal, ora em comento.

Relativamente à prisão decorrente de pronúncia, torna-se necessário, ainda que sucintamente, discorrer acerca do significado jurídico processual penal de pronúncia.

A pronúncia é definida como “decisão pela qual declara o juiz a realidade do crime e a sua suposição fundada sobre quem seja o seu autor” (FARIA, 1942, p. 124); “decisão em que se apuram a existência do crime, a certeza provisória da autoria e indícios da responsabilidade do réu” (MAGARINOS, 1939, p. 185); “decisão pela qual o juiz estabelece a existência de um crime e quem seja o seu autor” (FRANCO, 1939, p. 165); “sentença em que, julgada procedente a denúncia ou queixa, é o réu considerado indiciado em infração penal, provada na sua materialidade, para o efeito de, com o nome lançado no rol dos culpados⁸⁴ e sujeito à prisão imediata, ser submetido ao julgamento definitivo pelo Tribunal do júri” (ESPÍNOLA FILHO, 1942, p. 144).

A pronúncia, na verdade, antes da entrada em vigor da Lei n. 11.689⁸⁵, de 09 de junho de 2008, era concebida como uma sentença, sob a denominação de sentença de pronúncia, natureza esta que lhe foi conferida pelo próprio Código de Processo Penal, em seu art. 413⁸⁶, posteriormente modificado pela mencionada Lei.

E assim era considerada, porque nela havia julgamento, uma vez que o juiz poderia absolver o acusado, subtraindo-o até o julgamento pelo Tribunal do júri (NORONHA, 2002, p. 329).

Hodiernamente, não mais se utiliza a denominação sentença de pronúncia, mas, simplesmente, decisão, ou decisão de pronúncia.

Trata-se, enfim, de uma decisão interlocutória mista, que julga admissível a acusação, remetendo o fato, considerado como infração penal, ao julgamento pelo Júri popular (NUCCI, 2011, p. 797).

E é tida como decisão de natureza mista, ou melhor, como decisão interlocutória mista não terminativa, tendo em conta não haver julgamento do mérito, mas apenas o encerramento da fase de formação da culpa (*judicium accusationis*/juízo de prelibação), dando início à fase de preparação do plenário, objetivando o julgamento pela instituição do júri (*judicium causae*/juízo de delibação).

⁸⁴ O lançamento do nome do réu no rol dos culpados, por força de decisão de pronúncia, fora abolido com o advento da Lei n. 9.033, de 02 de maio de 1995.

⁸⁵ Alterou dispositivos do Código de Processo Penal, dando outra sistemática ao procedimento do Tribunal do Júri.

⁸⁶ A antiga redação do caput, do art. 413, CPP, era a seguinte: “O processo não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia”.

É de se ressaltar, de outra parte, que, formalmente, a pronúncia ainda possui a estrutura de uma sentença, eis que nela se contém relatório, fundamentação e dispositivo.

Especificamente sobre a prisão decorrente da pronúncia, tem-se pela nova redação do parágrafo 3º, art. 413, do Código de Processo Penal⁸⁷, dada pela Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008, que o legislador passou a considerar essa modalidade de prisão como uma exceção, que, dado o seu especialíssimo caráter, somente poderá ser decretada, ou mantida⁸⁸, em caso de comprovada e extrema necessidade.

A hipótese que se pretende analisar, aqui, todavia, é a da possibilidade dessa modalidade de prisão, - em que pese sua remotíssima ocorrência -, alcançar ou não um crime falencial⁸⁹.

Valer-se-á, aqui, igualmente, daquela argumentação apresentada ao se falar da prisão temporária, eis que, tendo em conta ser a pronúncia afeta aos crimes da competência do Tribunal do júri⁹⁰, somente quando houver concurso desses crimes com um delito falencial, tornar-se-á possível, em relação a este último, a prisão decorrente de pronúncia.

Convém, pois, discorrer, brevemente, acerca do instituto dos concursos de crimes (*concursum delictorum*).

Dar-se-á o concurso em referência sempre que um ou mais agentes, mediante unidade ou pluralidade de condutas, venha(m) a praticar duas ou mais infrações penais. O *concursum delictorum* poderá ocorrer entre infrações penais de qualquer natureza, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados e ainda entre crimes e contravenções (BITENCOURT, 2009, p. 2002).

A questão do concurso de delitos envolve, também, um problema de concurso de penas, na medida em que, tal como ocorre no concurso de várias pessoas numa mesma infração penal, em que se deve estabelecer a pena a ser aplicada a cada um dos participantes, no concurso de vários delitos praticados por uma única pessoa deverá ser estabelecida qual a pena a ser aplicada para todos os crimes praticados (MAGGIORE, 1972, p. 153), daí surgirem

⁸⁷ Art. 413, §3º, Código de Processo Penal: “O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade de decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código”

⁸⁸ Para a hipótese do pronunciado ter sido preso por outra modalidade de prisão cautelar, decretada anteriormente a decisão de pronúncia, como, por exemplo, a prisão preventiva.

⁸⁹ Para Pereira, em relação aos crimes falimentares resta sem interesse doutrinário a prisão por pronúncia, sob a alegação de que ela se restringe aos crimes dolosos contra vida, julgados pelo Tribunal do Júri (2010, p. 256).

⁹⁰ A Constituição Federal, em seu art. 5, XXXVIII, reconhecendo a instituição do Júri, atribui-lhe a competência para o julgamento dos crimes doloso contra a vida. Estes estão definidos no Código Penal, parte especial, Capítulo I do Título I, sob a rubrica dos Crimes contra a vida compreendendo o art. 121, que trata do homicídio doloso e estendendo-se até o art. 128, que descreve uma modalidade de crime de aborto.

os sistemas de aplicação da pena, dentre os quais o do cúmulo material e o da exasperação, que são os adotados pelo direito brasileiro.⁹¹

No que pertine às espécies de concurso de crimes, o Código Penal Pátrio adota os concursos material, formal e o do crime continuado, dispostos, respectivamente, nos arts. 69, 70 e 71, todos do Código Penal.

Feita tais considerações básicas, é forçoso admitir que entre dois ou mais fatos de relevância penal, possa existir alguma espécie de liame, de ligação, quer de cunho subjetivo, evidenciado pela intenção, motivação e pelo dolo, quer de índole objetiva, ligada às circunstâncias de fato como o lugar, o tempo e o modo de execução da conduta criminosa. E em tais hipóteses, dir-se-ia que entre tais fatos haveria uma conexão, situações concretas de aproximação entre um e outro acontecimento com reflexo no campo penal, estabelecendo um ponto de afinidade de contato ou de influência na apuração dos mesmos (OLIVEIRA, 2011, p. 278).

Convém esclarecer, de outro modo, por exceder ao escopo do presente trabalho, não se discorrerá, aqui, acerca da classificação ou espécies de conexão, ou mesmo de continência.

O que se pretende perquirir, reitera-se, é sobre a possibilidade de alcance da prisão decorrente de pronúncia a um crime falencial, máxime pelo fato de a natureza dos crimes descritos na Lei n. 11.101/05, no mais das vezes, impulsionar a facilitação e a ocultação de outros crimes, ocasionando, em consequência, situações em que a prova de uma infração penal irá influenciar, de modo decisivo, a prova de outro delito (MIGGLIARE JÚNIOR, 2006, p. 198).

Com efeito, poder-se-ia ter, numa situação hipotética, a prática de um crime de homicídio qualificado, descrito no art. 121, § 2º, inciso V⁹², do Código Penal, conexo ao crime descrito no art. 171, da Lei n. 11.101/05⁹³, em concurso material de crimes.

Objetivando uma melhor compreensão da problemática suscitada, oferece-se o seguinte exemplo: ‘A’, perito contábil, tem em seu poder as provas da sonegação, da omissão de informações ou da falsidade das informações prestadas por ‘B’, empresário, que foi

⁹¹ O sistema do cúmulo material é observado no art. 69 e art. 70, segunda parte, enquanto o da exasperação nos arts. 70, primeira parte, e art. 71, todos do Código Penal.

⁹² Sob a rubrica homicídio qualificado, o §2º, inciso V, do art. 121, dispõe: “Se o homicídio é cometido: (...) V- Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: pena – reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

⁹³ Com o *nomen juris* ‘indução a erro’, o art. 171, Lei n. 101.101/05, descreve a seguinte prática criminosa: “Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembleia Geral de Credores, o Comitê ou o administrador judicial: pena – reclusão de 2 (dois) e 4 (quatro) anos e multa”.

declarado falido ou esteja em curso de processo de recuperação, regularmente concedido pelo juiz da falência. ‘A’, após restar infrutífera a chantagem que fizera a ‘B’, ameaçou exhibir em juízo as provas que estavam em seu poder, que, uma vez ali exibidas, fariam com que ‘B’ incorresse na prática criminosa prevista no art. 171 da Lei n. 11.101/05. Temeroso, ‘B’, tomando conhecimento que ‘A’ se encontrava em seu escritório, onde ali guardava as provas em questão, provocou incêndio no local, com o intuito de matar ‘A’ e destruir as provas ali armazenadas, na crença de que sua atitude criminosa não seria descoberta, pois supunha que o caso seria tomado como um incêndio não-criminoso, pelo que adotou algumas cautelas nesse sentido. O incêndio provocou a morte de ‘A’, mas as provas ali não se encontravam, pois, posteriormente, foram localizadas na residência deste. Descoberta a trama criminosa, ‘B’ foi processado pela prática de crime de homicídio qualificado, descrito no art. 121, §2º, inciso V, Código Penal, em concurso material com o art. 171, da Lei n. 11.101/05, na forma do art. 69, Código Penal. Logo, em sendo ‘B’ pronunciado a julgamento pelo Tribunal do júri, a autoridade judiciária poderá, julgando conveniente e extremamente necessária, em sede da decisão de pronúncia, decretar a prisão de ‘B’.

Sobreleva dizer, que a Lei n. 11.101/05 não contempla qualquer determinação em relação a concurso de crimes, como o fazia o Decreto-Lei n. 7.661/45, em seu art. 192, que tratava especificamente do concurso formal.⁹⁴

Discorrendo sobre a matéria, Pereira (2010, p. 129) afirma que, havendo concurso entre um crime falencial e uma outra infração penal comum, a matéria restará regulada, integralmente, pelo Código Penal, dos arts. 69 a 71, de aplicação subsidiária à legislação falencial, em matéria penal.

Na verdade, o caso hipotético, acima apresentado, constitui-se em concurso material entre um crime da competência do Tribunal do júri e um delito falencial, havendo entres eles um liame, uma conexão. Esse caso, então, importa em unidade do processo e julgamento do autor, no caso “B”, e das infrações por eles cometidas, ou seja, do crime de homicídio e do delito falencial (*simultaneus processus*), resultando na necessidade de se estabelecer, entre os juízos e os foros envolvidos, qual o competente, ou seja, qual é o Juízo ou foro de atração (*fórum attracionis*).⁹⁵

⁹⁴ Art. 192 do Decreto-Lei n. 7.661/45: “Do ato previsto nesta Lei constituir crime por si mesmo, independentemente da declaração da falência, aplica-se a regra do art. 51, parágrafo 1º, do Código Penal”. Convém ressaltar que a mencionada remissão, atualmente, deve ser feita ao art. 70 do Código Penal.

⁹⁵ Art. 79, CPP: “A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo: I – no concurso entre a jurisdição comum e a militar; II – no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores; § 1º - cessará, em qualquer caso, a unidade do processo, se, em relação a algum corréu, sobrevier o caso previsto no art. 152; § 2º - a unidade do processo não importará a do julgamento, se houver corréu foragido que não possa

Por juízo ou foro de atração, entende-se como sendo aquele em sede do qual deva ocorrer o processo e o julgamento, seja porque, embora consumadas no mesmo foro, as infrações, *ratione materiae*, tomadas isoladamente, são da competência de dois ou mais juízes, seja porque foram consumadas em foros diversos; um dos juízos ou foros envolvidos exercerá a *vis attractiva*⁹⁶, e julgará não só a infração da sua competência (*ratione materiae* e *ratione loci*) como também a infração que, isoladamente, não era da sua competência, seja em razão da matéria, ou do lugar.

E atento a essa necessidade, a legislação processual penal pátria estabeleceu algumas regras para determinar o *forum attractionis*.

Sem adentrar no mérito acerca do juízo competente para o processamento e julgamento dos crimes falenciais, que será analisado mais adiante, reafirma-se que a *vis attractiva*, no caso hipotético em discussão, é exercida pelo Tribunal do júri.

Ora, a norma constitucional, ao estabelecer no seu art. 5º, inciso XXXVIII, 'd', a competência da instituição do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, constituindo tal norma em cláusula pétrea⁹⁷, assegurou-lhe, minimamente, a competência para julgamento desses crimes, não lhe sendo vedada a inclusão de outras infrações penais, quer por meio de Emendas Constitucionais, quer por força de legislação ordinária ou de regras processuais penais, como a que ora se apresenta.

Assim, se se considerar competente para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais a Justiça Penal comum, em uma aplicação literal do art. 183, o *forum attractionis* é solucionado pela regra disposta no art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal.⁹⁸

Se ao contrário, se entender que a competência para o processamento e julgamento dos crimes falências é do juízo da falência, considerada este, então, como de jurisdição especial, e não havendo no Código de Processo Penal uma regra específica para a solução, eis que a competência do júri não é considerada de jurisdição comum, o que ensejaria a aplicação da

ser julgado à revelia, ou ocorrer a hipótese do art. 461. Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação. Art. 81. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo de sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.

⁹⁶ O art. 79 do Código de Processo Penal, proclamando que a conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, dispõe acerca das hipóteses em que a separação se torna obrigatória, ou seja, haverá cisão do processo de do julgamento, distribuindo-os entre os juízos ou foros competentes.

⁹⁷ O art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...). IV – os direitos e garantias individuais”, que estão arrolados em seu art. 5º.

⁹⁸ Art. 78, I, Código de Processo Penal: “No concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri”

regra do art. 78, inciso IV, com a prevalência do juízo da falência, por sua especialidade⁹⁹, a solução mais adequada, ao que parece, é a da separação do processo e do julgamento, sendo o crime de homicídio julgado pelo Tribunal do júri, e o delito falencial, pelo próprio juízo da falência, podendo, ademais, aplicar-se a regra do art. 80, última parte, do Código de Processo Penal, justificando-se como motivo relevante a complexidade da matéria penal falimentar, evitando que fosse objeto de apreciação e julgamento por juízes leigos, como são os integrantes do Conselho de Sentença do Júri Popular.

Referentemente às outras duas modalidades de prisão processual cautelar, quais sejam: prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia, não há nenhum entrave para que elas sejam observadas em sede de crimes falenciais, desde que, o caso concreto demonstre a premente necessidade de adoção de tais medidas coercitivas, sobretudo, se, rigorosamente, forem preenchidos os requisitos ou pressupostos autorizadores.

Na verdade, o art. 594 do Código de Processo Penal, dispunha que: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

Referido dispositivo foi revogado pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, vindo, desde então, a se adotar como fundamento legal de prisão cautelar, em decorrência de sentença condenatória recorrível, a regra do art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.¹⁰⁰

Atualmente, e, sobretudo, pela nova política criminal, em matéria de prisão processual cautelar, trazida pela Lei n. 12. 403, de 04 de maio de 2011, vedar-se ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade, é medida que tem que se revestir de extrema cautela e prudência, conforme o caso concreto que cada sentenciado apresente.

3.6 Dos efeitos da sentença penal condenatória e o instituto da reabilitação

⁹⁹ Art. 78, IV, CPP: “No concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta”.

¹⁰⁰ O parágrafo único do artigo 387 foi acrescentado pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008.

Cuidar-se-á, aqui, em face do escopo desta dissertação, apenas dos efeitos específicos decorrentes de uma sentença penal condenatória por crime falencial, que se encontram dispostos no art. 181, e seus incisos, da Lei n. 11.101/05, a saber: a inabilitação para o exercício da atividade empresarial; o impedimento para o exercício de cargo ou função em Conselho de Administração, diretoria ou gerência da sociedade sujeitas à Lei em referência e a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

Os efeitos de que trata este artigo, contudo, não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença, e perdurarão até 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade, podendo, contudo, cessar antes pela reabilitação penal, conforme parágrafo 1º, do artigo em comento.

Convém destacar, que a atual legislação, mediante novas regras expressas, findou com os embates doutrinários e jurisprudenciais que se travaram sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45.

É que, como ali não havia qualquer regra expressa, levantou-se divergência acerca do efeito específico, previsto no art. 195¹⁰¹ do Decreto-Lei n. 7.661/45, de modo a se determinar se ele decorria da própria sentença condenatória, ou se havia necessidade de sua expressa menção nesta, sob pena de não ser considerada a proibição ali consignada.

Com as regras atuais, dizendo expressamente que os efeitos previstos no art. 181 e seus incisos não são automáticos, pois que dependem de menção expressa e motivada na sentença penal falencial condenatória, e que se estenderão por cinco anos após a extinção da punibilidade do crime falencial, objeto da condenação, ressalvada a hipótese de prazo menor em caso de reabilitação penal, não mais subsistem quaisquer dúvidas.

Analisando, particularmente, cada um deles, observa-se que a inabilitação para o exercício da atividade empresarial já era prevista na legislação revogada, destacando-se que houve a substituição da expressão “exercício de comércio” para “exercício da atividade empresarial”, eis que esta é mais consentânea com a Teoria da Empresa, adotada formalmente pelo Direito Pátrio, a partir da vigência do atual Código Civil, conforme seu art. 966.

É de se ressaltar, por outro lado, que não se deve confundir a interdição, aqui referenciada, com aquela prevista no art. 102, da Lei n. 11.101/05, que alcança única e exclusivamente o falido, a partir da decretação da quebra e se estende até a sentença declaratória de extinção de suas obrigações. E a do inciso I, do art. 181, ora em análise, ocorre

¹⁰¹ Art. 195, Decreto-Lei n. 7.661/45: “Constitui efeito da condenação por crime falimentar a interdição do exercício do comércio”. E o art. 196, do mencionado Decreto, dispunha: “A interdição torna-se efetiva logo que passa em julgado a sentença, mas o seu prazo começa a correr do dia em que termine a execução da pena privativa de liberdade”.

após ter sido o devedor condenado, por crime relacionado à quebra e pelos cometidos em razão da recuperação judicial e extrajudicial e perdura por cinco anos depois de extinta a punibilidade do crime falencial, pelo qual o réu foi anteriormente condenado, ressalvada a possibilidade desse prazo ser de menor duração, no caso, dois anos, se for concedido o instituto da reabilitação.

Registra-se, outrossim, que o efeito (art. 181, inciso I), *sub examinen*, alcança todos aqueles que sejam condenados por crime falencial, não só o devedor ou o falido, mas, também, quem quer que tenha sido sujeito ativo do ilícito penal falencial e em razão disso venha a ser condenado. E com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deverá ser notificado o Registro Público de Empresas para que se adotem as medidas necessárias, colimando impedir novo registro em nome dos inabilitados (§2º, art. 181, Lei n. 11.101/05).

Destaca-se, ainda, que o rompimento da interdição, ou seja, o exercício da atividade empresarial pelo inabilitado em decorrência de sentença penal falencial condenatória, faz incidir a prática criminosa descrita no art. 176, da Lei n. 11.101/05.

Infere-se, ademais, dos efeitos, ora analisados, que o do inciso I atinge, de modo direto, o exercente de atividade empresarial individual, e os dos incisos II e III, o alcança de forma indireta, porquanto refletem-se no exercício da atividade empresarial em sociedade, na medida em que a inabilidade é para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades empresárias e vedação para gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

Relativamente à reabilitação penal, que tem o condão de fazer cessar, de imediato, o efeito da condenação, impende observar que ela deve ser requerida pelo condenado, ou reabilitando, no mesmo juízo da condenação e são exigidos para sua concessão, ou requerimento, de forma cumulativa, os seguintes requisitos ou pressupostos: a extinção da pena ou o término da sua execução; o decurso do prazo de dois anos entre o fato que extinguiu a pena ou o término da sua execução e a data do pedido, computando-se nesse prazo o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, desde que não tenham sido revogados; o domicílio do requerente no Brasil, no curso daquele biênio; a demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado, no interregno do mencionado biênio e o ressarcimento do dano causado pelo crime ou a demonstração da absoluta impossibilidade de fazê-lo, até o dia do ingresso do pedido, ou a exibição do documento que comprove a renúncia da vítima ou a novação da dívida.

Sobreleva dizer, mais, que para os efeitos da Lei n. 11.101/05, o ressarcimento do dano é suprido pela comprovação da extinção das obrigações do falido, declarada por

sentença, que substitui a prova e uma vez concedida a reabilitação, com a necessária oitiva do Órgão Ministerial, ela alcança quaisquer penas aplicadas na sentença definitiva, sendo, ainda, garantido ao condenado, reabilitado, o sigilo dos registros sobre os procedimentos criminais, que motivaram aquele instituto da reabilitação.

Cumprir registrar, para efeitos meramente comparativos, que no regime da legislação anterior, Decreto-Lei n. 7.661/45, as penas atribuídas aos crimes falenciais eram de natureza principal, representadas pela sanção privativa de liberdade de detenção ou reclusão, de acordo com o tipo penal falencial praticado, e de natureza acessória, que era constituída pela interdição do exercício do comércio, que passava a vigorar após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas a fluência de seu prazo começava a correr do dia em que terminasse a pena privativa de liberdade (arts. 195 e 196 do mencionado Decreto-Lei). E o prazo dessa interdição deveria ser indicado na sentença condenatória, sendo estabelecido no interregno de tempo entre 2 (dois) a 10 (dez) anos, conforme antiga redação do art. 69, parágrafo único, IV, do Código Penal¹⁰²(LACERDA, 1999, p. 318).

Relata-se, ademais, que a pena acessória de interdição do exercício do comércio não se destinava apenas aos comerciantes, pois visava a impedir que qualquer pessoa condenada por crime falimentar pudesse vir a exercer o comércio, individualmente, durante certo tempo, pelo que era perfeitamente aplicável a todos aqueles que fossem condenados pelo crime previsto no art. 190 do Decreto-Lei n. 7.661/45, tais como peritos, síndicos, dentre outros. Tratava-se, na verdade, de medida aplicada no interesse do comércio e, pois, aqueles que procedessem criminosamente não poderiam logo depois vir a se tornar comerciantes, mesmo que antes da prática criminosa não exercessem o comércio, como atividade profissional (LACERDA, 1999, p. 318-319).

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, trazida pela Lei n. 7.209, de 11 de junho de 1984, que extirpou as penas acessórias, surgiu o entendimento de que os efeitos específicos da condenação por crime falencial, então previstos nos arts. 196 e 197 do Decreto-Lei n. 7.661/45, teriam, igualmente, sido alcançados, dada sua natureza. Contudo, a jurisprudência pátria acabou por se direcionar no sentido de que a vedação ao exercício do comércio era efeito da condenação, regulada pela Lei de Falências, e que não teria sido alcançada pela reforma penal, notadamente em virtude da disposição contida no art. 12 do

¹⁰² Texto alterado na reforma da Parte Geral do Código Penal, pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984.

Código Penal, que evidenciava não ser o intuito do legislador penal reformador o de revogar a legislação especial.¹⁰³

Os efeitos específicos contido naquele Decreto-Lei revogado, de outro lado, passaram a ser confundidos com as penas restritivas de direito, previstas, naquela ocasião, no art. 43, inciso II, 54 e 55 do Código Penal¹⁰⁴, evoluindo, contudo, de forma prevalente, o pensamento de que as penas restritivas de direito eram autônomas e substitutivas da pena privativa de liberdade, ideia esta remanescente nos dias atuais (SILVA, 2009, p. 1183).

¹⁰³ Nesse sentido: “Criminal. Falência. Exercício do comércio. Interdição. Sua cominação expressa como mero efeito da sentença. Art. 195 da Lei de Falências. Pelo que subsiste vigente a norma extravagante, inalterada pela nova conceituação legal das antigas penas acessórias” (STJ, RT, 667/354); TJSP –Ap. 73.313-5 – 5ª Câmara - Rel. Des. Celso Limongi (RT 666/279). Em sentido contrário: “De se cancelar a temporária interdição para o exercício do comércio imposta ao condenado por crime falimentar, porque, pena acessória a providência, foi abolida pela Reforma Penal de 1984” (TJSP –Ap. 73.313-5 – 5ª Câmara - Rel. Des. Celso Limongi (RT 666/279).

¹⁰⁴ Os artigos 43, inciso II e 54 do Código Penal foram modificados, posteriormente à Reforma de 1984, pela Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.

4 O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU DA QUEIXA SUBSIDIÁRIA APÓS AS LEIS Nº 11.101/05 E 11.719/08: a imprescindibilidade do contraditório prévio à acusação

Justifica-se o presente capítulo em razão da incidência no processo penal por crime falencial das disposições e regras da legislação processual penal comum, destacando-se que as considerações que se farão a seguir hão de estabelecer, enfim, a necessidade e imprescindibilidade do contraditório prévio à acusação pela prática de crime falencial, como interpretação consentânea à Constituição Federal dos dispositivos dos arts. 396, *caput*, e 399, ambos do Código de Processo Penal, que dispõem sobre o momento processual de recebimento da peça acusatória, inclusive referente a delitos falenciais.

Assim, tem-se que o Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941, que remonta aos idos do Estado Novo, fora editado sob o pálio de ideologias nitidamente autoritárias e policiaescas. De lá para cá, precisamente até o romper da reforma processual, inúmeras leis alteraram a legislação adjetiva penal, porém remanesceram falhas e incoerências na sistemática processual, notadamente no que tange às garantias dos acusados.

Desse modo, com o intuito de modernizar a legislação processual penal, compatibilizando-a com os princípios e garantias da Carta de 1988, fora constituída uma Comissão para o trabalho de reforma, que contou com a colaboração de notáveis juriconsultos brasileiros. Referida comissão apresentou, em dezembro de 2000, sete anteprojetos, dentre eles, o Projeto de Lei 4.207/2001 (procedimentos) que culminou com a Lei 11.719/08, tudo com o afã de compatibilizar o *codex* processual com os princípios e garantias da Constituição Federal.

A Lei n. 11.719/08, dentre outras alterações, concentrou esforços no instituto da suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e nos procedimentos, especialmente promovendo uma substancial mudança no procedimento ordinário, acabando por trazer questões que estão sendo objeto de grande debate doutrinário e jurisprudencial, com reflexos, também, nos procedimentos por crimes falenciais.

O debate que se inaugurou com a reforma centra-se no novo momento de recebimento da denúncia ou queixa. Com a nova redação dada ao art. 396, *caput*, e art. 399, ambos do CPP, surgiu uma aparente antinomia, posto que ambos os preceitos literalmente estabelecem marcos distintos para a admissibilidade da acusação.

O art. 396 estabelece que a peça acusatória deva ser recebida logo depois de oferecida. Já o art. 399, por sua vez, determina que o recebimento ocorra depois de ofertada a defesa escrita preliminar. Obviamente que não poderá coexistir dois marcos para a admissibilidade da acusação. Por tanto, impõe-se indagar: qual o exato momento para o recebimento da denúncia (ou queixa substitutiva), notadamente em relação aos crimes falenciais?

A análise da contradição evidente entre os arts. 396, *caput*, e 399 do CPP será o objeto do presente capítulo, inclusive com a indicação das doutrinas que patrocinam uma ou outra tese. Antes, porém, se faz necessário tecer algumas considerações sobre o momento de início da relação processual penal, tendo em conta uma interpretação sistemática do Código de Processo Penal, bem como analisar o juízo de admissibilidade da acusação e as hipóteses de rejeição da inicial por crimes falenciais.

O presente capítulo tem por desiderato engrossar o coro àqueles que propugnam pelo contraditório prévio à admissibilidade da acusação, sobretudo por delito falencial. Aliás, muito mais que a ideia de defesa escrita antes de recebida a denúncia ou a queixa substitutiva, será defendido, aqui, um contraditório prévio à própria instauração do processo penal falencial.

A discussão sobre quando e em que situações uma denúncia deve ser recebida, bem como quando o cidadão/imputado assumirá a condição de “acusado” no processo penal falencial, deve ter em vista a garantia constitucional de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana.

Em uma ordem jurídica onde vigora o princípio da supremacia da Constituição, a legislação ordinária deverá buscar inspiração nos princípios consagrados na Constituição Federal. Por isso, um código democrático, acima de tudo, há de ser informado pela necessidade de tutelar direitos e garantias individuais.

Num processo penal falencial à luz da Constituição, em que toda pessoa acusada de um delito tem o direito à ampla defesa, seria óbvia a conclusão de que deveria ter, em consequência, a possibilidade de apresentação de uma resposta antes de instaurado definitivamente a relação processual penal em seu desfavor. Aliás, esse era, ou é, um dos objetivos da reforma, procurando adequar o Código de Processo Penal à Constituição.

No entanto, vozes discordantes soaram em apego à dicção da lei, precisamente na literal disposição do art. 396, *caput*, do CPP. Em patente contramão à evolução das teorias garantistas do processo penal contemporâneo, o entendimento prevalecente na doutrina brasileira propugna pelo momento de recebimento da acusação logo depois de oferecida a inicial, ou seja, antes do contraditório prévio preconizado pela reforma processual penal.

Para os desígnios deste capítulo, qual seja, assentar a imprescindibilidade do contraditório prévio à acusação por crime falencial, faz-se mister conhecer os argumentos por eles defendidos, para, contraditando-os, um a um, fazer valer a tese garantista.

Serão, então, essencialmente, observados e considerados valores constitucionais, reformas legislativas e discussões doutrinárias.

4.1 Do oferecimento da denúncia ou queixa

A depender da natureza da ação penal a ser instaurada, se pública ou privada, superada a fase preparatória policial, o processo penal terá início com o oferecimento da denúncia ou queixa. Estas são as peças acusatórias iniciadoras da ação penal, consistente em uma exposição por escrito de fatos que constituem, em tese, ilícito penal, com a manifestação expressa da vontade que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva. A denúncia é a peça acusatória inaugural da ação penal pública, enquanto a queixa é a inicial da ação penal privada (CAPEZ, 2009, p. 148).

Em igual direção, Bonfim (2009, p. 155) aduz que:

A ação penal é promovida por meio do oferecimento de uma petição inicial, que, despachada pelo juiz, dá início ao processo penal. Nos casos em que o órgão do Ministério Público apresenta a peça acusatória, esta recebe o nome de “denúncia”. Quando couber ao ofendido ou a seu representante legal dar início à *persecutio criminis in iudicio*, deverão fazê-lo por meio de oferecimento de “queixa-crime”, nome dado à peça acusatória nas ações penais privadas (exclusivas ou subsidiárias).

Nos crimes de ação penal pública, concluído o inquérito pela autoridade policial, no prazo previsto em lei, os autos vão com vistas ao Ministério Público para a formação da sua opinião delitiva. Entendendo haver fato típico, ilícito e culpável, o Ministério Público oferece denúncia, nos termos do art. 41 do CPP, provocando a jurisdição e instaurando o processo (RANGEL, 2009, p. 487). Do mesmo modo, em se tratando de ação penal de iniciativa privada, os autos de inquérito vão com vista ao ofendido, ou aquele que lhe fizer as vezes, que iniciará a persecução penal com o oferecimento da queixa-crime.

Dessa forma,

O procedimento inicia com a oferta da denúncia ou queixa. Antes, há a fase pré-processual. Elaborado o inquérito e remetido ao Fórum, será ele distribuído a uma das Varas e encaminhado ao Ministério Público, que, conforme vimos, tem várias opções: pode pedir o arquivamento, argüir incompetência, denunciar, requerer a sua volta à Polícia para novas diligências, requerer a extinção da punibilidade ou, se o crime for de alçada privada, requerer que permaneça em Cartório aguardando a iniciativa do ofendido etc (TOURINHO FILHO, 2009, p. 08).

Com efeito, o ato de oferecimento da denúncia ou da queixa substitutiva constitui um dos pontos nevrálgicos para o que se pretende sustentar no presente capítulo, o que oportunamente se esclarecerá. Inicialmente, convém assentar a seguinte premissa: o oferecimento da peça acusatória constitui o momento de início do processo penal para apuração e julgamento de crimes falenciais.

A despeito do entendimento de que o processo penal somente se inicia com o recebimento da denúncia ou queixa¹⁰⁵ (queixa subsidiária), uma interpretação sistemática do Código de Processo Penal permite concluir que o marco inicial do processo penal se dá com o oferecimento da peça inaugural, independentemente do recebimento feito pelo juiz. Até mesmo a citação do acusado, marco relevantíssimo por constituir o momento que a relação jurídica processual se completa, não representa o início do processo penal. Em conclusão: não é a importância do ato que lhe qualifica a natureza; mas, sim, a logicidade que ele apresenta com o sistema. É o que se pretende demonstrar...

É bem verdade que a legislação adjetiva penal não estabelece regra expressa, e específica, sobre o momento em que se considera iniciado o processo penal. Mas isso não impede abstrair o marco de início da ação penal através de diversos aspectos da sistemática processual penal pátria.

O art. 24 do Código de Processo Penal dispõe que a ação penal será promovida por denúncia do Ministério Público. O vocábulo “promover” - que significa: originar, dar impulso a, dar causa a, gerar -, mencionado no dispositivo, deixa bem claro que é com o oferecimento da denúncia que a ação penal é instaurada.

E mais. Na hipótese de rejeição da denúncia ou queixa, a correspondente decisão jurisdicional constitui uma resposta à ação da parte. Decisão esta sujeita a recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP), quando há a provocação do tribunal *ad quem* à aplicação do direito

¹⁰⁵ Nesse sentido: “O início do procedimento comum ordinário ocorre com o recebimento da denúncia ou queixa. O ato de recebimento da denúncia é ato por demais importante, não só por deflagrar o processo, mas também por transformar até então quem era mero suspeito em réu, além de interromper o prazo prescricional e fixar a prevenção” (ALENCAR; TÁVORA, 2009, p. 659).

ao caso concreto. Considerando que o recurso “nada mais é do que o prolongamento do direito de ação, pois pleiteia a parte vencida a revisão do julgado por órgão jurisdicional superior”, como admitir - como deveria se supor caso não houvesse ainda ação penal - uma relação meramente administrativa entre juiz e promotor? (NUCCI, 2008, p. 187). “O ato de rejeição faz surgir uma relação entre o juiz e o Ministério Público, mas não vincula o acusado. Não dá, pois, nascimento à *relação processual angular*” (TORNAGHI, 1988, v.1, p. 56). Porém, tão-somente com o oferecimento da peça acusatória, tem-se relação processual, ainda que linear entre o juiz e o promotor, embora a relação se triangularize e se aperfeiçoa com a citação válida do réu, nos termos do art. 363 do CPP, já com a redação determinada pela Lei 11.719/2008.

Por seu turno, Greco Filho (2009, p. 125) acentua que

A ação tem início quando é oferecida, apresentada em juízo, a denúncia ou queixa. A partir daí pode haver, inclusive, sentença de mérito ou com força equiparada, como acontece na decisão que rejeita a peça em virtude de estar extinta a punibilidade, ou que a rejeita porque manifestamente não existiu a infração, no procedimento dos crimes de responsabilidade ou nos crimes contra a honra, entre outros. Ora, se nesse momento ainda não houvesse o exercício do direito de ação e o processo, seria impossível explicar a existência de sentença, com força de coisa julgada inequivocamente reconhecida.

Sem embargo do exposto, é de se notar que, uma vez oferecida a denúncia, e, por conseguinte, tendo sido iniciada a ação penal, já não cabe retratação da representação da vítima, conforme preceitua o art. 25 do Código de Processo Penal (NUCCI, 2008, p. 188). “Não se admite qualquer pretensão do ofendido de, retratando a representação, interromper a ação penal, iniciada com o oferecimento da denúncia, ou pôr-lhe fim” (ESPÍNDOLA FILHO, 2000, v.1, p. 393). Do mesmo modo que “não poderia o representante do Ministério Público oferecer a denúncia e, antes de ser a peça recebida pelo juiz, desistir, pois estaria ferindo o disposto no art. 42 do CPP, como consequência lógica do início da ação penal” (NUCCI, 2008, p. 187).

Indagando Tourinho Filho (2008, v. 2, p. 09)

Como se inicia o processo? Com a propositura da ação. E quando se tem por proposta a ação penal? Entre nós, dispõe o art. 102 do CP que a “representação será irretratável depois de oferecida a denúncia”, e, por outro lado, o CPP, no seu art. 25, dispõe, também, que a representação será irretratável depois de oferecida a denúncia. Daí se conclui que, para o nosso

CPP, a ação se inicia com a simples oferta da peça acusatória. É que, ofertada a denúncia ou queixa, se o Juiz vier a rejeitá-la, poderá o autor interpor recurso, e, assim, inegável o surgimento da relação processual, pelo menos linearmente (entre autor e juiz).

Mas a relação se triangulariza e se aperfeiçoa com a citação válida do réu. Entretanto, mesmo na primeira hipótese, havendo recurso, deverá o Juiz, por analogia, aplicar o disposto no §2º do art. 82 da Lei nº 9.099/95 (Juizado Especial Cível e Criminal), que prevê a intimação do réu para se manifestar sobre o recurso interposto contra a decisão que rejeita a denúncia. Nesse sentido a Súmula 707 do STF.

No mesmo sentido a doutrina de Gustavo Henrique Badaró (2007, p. 03-04, t. 2), *in verbis*:

Antes do recebimento da denúncia e da citação, o processo ainda não está completo, mas já existe, embora somente entre o Ministério Público – ou o querelante – e o Estado-Juiz.

O processo penal tem início com o oferecimento da denúncia ou da queixa, e não com o seu recebimento. Embora sem regra expressa, uma interpretação sistemática do CPP leva a esta conclusão.

O art. 25 do CPP, ao dispor que, na ação penal pública condicionada, ‘a representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia’, deixa claro que, com o oferecimento da denúncia, já existe o processo, posto que já foi exercido o direito de ação, que, por isso mesmo, torna irrelevante a retratação do ofendido.

Em suma, o processo penal se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa.

Assim é que não há que se admitir outro marco para início do processo penal, senão o momento do oferecimento da denúncia por crime falencial.

Pois bem. Iniciado o processo com o oferecimento da denúncia ou queixa substitutiva, a peça acusatória, acompanhada dos autos de inquérito (ou peças de informação), será encaminhada ao Juiz para despacho liminar negativo ou positivo. Eis a fase do juízo de admissibilidade da acusação, objeto do tópico seguinte.

4.2 Do juízo de admissibilidade da acusação por crime falencial

O juízo de admissibilidade da acusação nada mais é do que a decisão do juiz atestando a perfeição técnica da inicial acusatória. Independente da natureza da ação penal instaurada, se pública ou privada, haverá o juízo de admissibilidade da acusação, onde o juiz analisará a

presença dos requisitos mínimos de procedibilidade da acusação, tais como as condições da ação, o aspecto formal da petição inicial, previsto no art. 41 do Código de Processo Penal, bem como a presença de pressuposto processual ou justa causa para o exercício da ação penal (DEMERCIAN; MALULY, 2009, p. 103).

Como preleciona Tourinho Filho (2008, p. 09):

Alguns cuidados devem ser tomados pelo Juiz, para evitar a inviabilidade do processo. Cumpre ao Magistrado, por primeiro, atentar para a viabilidade da relação processual, procurando ver se tem competência subjetiva e objetiva para atuar no feito, isto é, se é suspeito ou impedido. Não o sendo, deve atentar para a natureza da causa, para saber se tem competência para nela atuar. Superada essa fase, passa a analisar a peça acusatória, seja denúncia, seja queixa, objetivando recebê-la ou rejeitá-la.

Se positivo o juízo de admissibilidade, materializado no recebimento da peça acusatória, o processo penal prosseguirá nos seus ulteriores atos; caso negativo, o juiz rejeitará a peça acusatória, caso presente as hipóteses previstas no art. 395 do Código de Processo Penal.

Anteriormente à reforma processual penal, a rejeição da denúncia ou queixa podia ocorrer por inépcia, quando não observados os requisitos legais do art. 41 do CPP, bem como quando observada umas das hipóteses previstas no revogado art. 43 do CPP.¹⁰⁶

O novo art. 395 do CPP, já com a redação determinada pela Lei 11.719/2008, prevê que “a denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

Antes, porém, uma observação se faz necessária, por imperiosa necessidade de fazer prevalecer a coerência científica. A Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, veio corrigir um antigo defeito de origem da legislação processual penal pátria, que, no revogado dispositivo, misturava, indevidamente, questões processuais com questões de mérito, ao tratar de causas extintivas da punibilidade e de atipicidade (mérito), no mesmo espaço que as condições da ação (processuais). Nada obstante, a decisão judicial que as reconhecia, tanto a presença de

¹⁰⁶ Redação do dispositivo revogado: “Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Parágrafo único. Nos casos do n. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição”.

causa extintiva da punibilidade ou da atipicidade de fato, ostentava eficácia preclusiva típica de coisa julgada material (OLIVEIRA, 2009, p.179).

Agora, com a reforma, não há mais qualquer razão para divergências, eis que o atual art. 397 do CPP reconduziu ambas as situações ao plano do mérito da ação penal, prevendo a sentença de absolvição sumária em tais casos.

Pois bem, retomando a temática objeto do presente tópico, passa-se à análise, uma a uma, das hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa.

A peça acusatória será rejeitada quando for manifestamente inepta. A denúncia e a queixa serão ineptas quando não contiverem os seus requisitos essenciais, dentre os quais se incluem a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias e a identificação individualizada do acusado (art. 41 do CPP).

Nessa direção:

Inepta é a acusação que diminui o exercício da ampla defesa, seja pela insuficiência da descrição dos fatos, seja pela ausência de identificação precisa de seus autores. Equívocos na tipificação não inviabilizam a apreciação da ação penal, como já aqui mencionamos, exatamente pelo fato de não turbarem o exercício da ampla defesa. O prejuízo, porém, haverá de ser aferido pelo exame cuidadoso de cada situação concreta, de modo a se poder apontar a deficiência ou até a impossibilidade da atuação defensiva, se e quando decorrente da fragilidade da peça acusatória (OLIVEIRA, 2009, p. 180).

Releva notar que parte da doutrina entende que a inépcia da peça acusatória configuraria autêntica hipótese de não-recebimento, e não como motivo de rejeição, como terminologicamente previsto no art. 395 do CPP. Isso porque o não-recebimento da denúncia e da queixa é decisão que se lastreia em motivos meramente formais, isto é, por imperfeição, incompreensão ou ausência de requisitos essenciais que, previstos no art. 41 do CPP, regem sua confecção. A rejeição, ao contrário, dá-se por razões materiais, vale dizer, por motivos relacionados ao fato descrito como, por exemplo, na hipótese em que tenha sido imputado um fato atípico ou um crime em relação ao qual já tenha se operado a prescrição (AVENA, 2008, p. 72). A rejeição equivaleria ao próprio julgamento de mérito antecipado, fazendo coisa julgada, ao passo que o mero não-recebimento não seria um obstáculo para a repositura da ação, uma vez satisfeita a condição que o motivou (ALENCAR; TÁVORA, 2009, p. 157).

Não obstante essa diferenciação entre as decisões de não-recebimento e de rejeição, a Lei 11.719/2008, ao determinar nova redação ao art. 395 do CPP, estabeleceu como hipótese

de rejeição a inépcia da inicial, revelando, mais uma vez, o descompromisso do legislador com a coerência científica dos institutos processuais penais. Cabe, então, ao intérprete conferir o exato sentido ao texto legal, tratando a inépcia da denúncia ou da queixa como causa de não-recebimento, e não como motivo de rejeição. Aliás, não raro verifica-se a necessidade de conferir ao intérprete operador do direito a tarefa de corrigir as imperfeições legislativas.

Relativamente ao exercício do direito de ação para apuração e julgamento dos crimes definidos na Lei n. 11.101/05, se for oferecida a denúncia antes do implemento de qualquer uma das decisões referidas no art. 180 da mencionada Lei, ou seja, inexistindo a sentença declaratória de falência, ou a decisão concessiva da recuperação judicial, ou a decisão homologatória de recuperação extrajudicial, tal peça acusatória será rejeitada por inépcia, traduzida esta na falta de condição objetiva de punibilidade (TOURINHO FILHO, 2009, p. 754).

A previsão do inc. II do art. 395 do Código de Processo Penal refere-se à falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.

Por pressupostos processuais entendem-se os requisitos indispensáveis para a constituição e o desenvolvimento válido e regular do processo, na linguagem do art. 267, IV, do CPC, cuja ausência conduz à rejeição da denúncia. A doutrina costuma classificá-los em subjetivos e objetivos, sendo estes últimos divididos em pressupostos intrínsecos e extrínsecos.

Os pressupostos subjetivos dizem respeito ao juiz e às partes. Quanto ao juiz: investidura, imparcialidade e competência; quanto às partes: capacidade para ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória. Por “capacidade para ser parte”, entende-se a legitimidade para figurar no pólo ativo e passivo da demanda penal. “Capacidade postulatória” significa que a parte deverá estar representada no processo por pessoa legalmente habilitada a estar em juízo, salvo raras exceções, p. ex. impetração de *habeas corpus* (AVENA, 2008, p. 73).

Por outro lado, os pressupostos processuais objetivos costumam ser divididos em pressupostos intrínsecos e extrínsecos. Os primeiros dizem respeito à petição inicial apta, citação válida e regularidade procedimental. Já os extrínsecos, também chamados de “impedimentos processuais” ou “pressupostos processuais negativos”, são: coisa julgada, litispendência, preempção e convenção de arbitragem, pois não podem estar presentes para que o processo se desenvolva validamente (AVENA, 2008, p. 74).

A segunda parte do inciso II do art. 395 do CPP refere-se à ausência de condição para o exercício da ação penal. Também chamadas de condições de procedibilidade, são aquelas que devem estar presentes em determinadas ações penais, não possuindo, portanto, caráter geral. Trata-se, enfim, de condições específicas, de natureza meramente processual, que vinculam o próprio exercício da ação penal e que são exigidas em determinados casos a partir de previsão legal expressa. Exemplos: condicionamento da ação penal à prévia representação da vítima no crime de ameaça (art. 147, § único, do CP); exigência de requisição do Ministro da Justiça, naquelas hipóteses em que a ação penal fica subordinada à sua presença; o exame pericial de que trata o art. 525 do CPP; o encerramento do procedimento fiscal para que possa ser exercido o direito de ação por crime tributário etc. (AVENA, 2008, p. 74).

Impende observar, como visto em capítulo anterior, que há doutrinadores que afirmam ter a sentença que decreta a falência, ou concede a recuperação judicial, ou homologa a recuperação extrajudicial a natureza de condição de procedibilidade. Entre estes, destaca-se Tourinho Filho (2003, p. 122), que, concebendo o instituto da condição de procedibilidade como algo a que fica vinculado, em determinadas hipóteses, o direito de ação penal, justifica tal posicionamento em razão da existência de regramento na legislação de regência da lei de Falências e Recuperação Judicial, vinculando o exercício da ação penal para apuração dos crimes falenciais à existência de uma daquelas decisões.

Por fim, como última hipótese de rejeição da denúncia, prevista no art. 395, inc. III, do CPP, a “justa causa” é o suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que simples instauração do processo penal já atinge o *status dignitatis* do imputado. Assim, havendo a imputação de fato atípico, de crime prescrito ou sem que haja qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação, não haverá justa causa para a propositura da ação penal, justificando-se a rejeição.

Consoante os ensinamentos de Tourinho Filho (2008, p. 14-15):

Chega-se à conclusão inarredável de que a propositura da ação penal pressupõe a existência de elemento de convicção sobre o fato e sua autoria. Não é preciso que a prova seja esmagadora. Basta o *fumus boni jûris*. Pelas peculiaridades do processo penal, a fumaça do bom direito é condição *sine qua non* para o exercício do direito de ação. A justa causa nada mais representa senão uma demonstração de que a ação penal pode ser exercida. Se por acaso a denúncia ou queixa não vier respaldada em elementos mais ou menos sensatos, sem um mínimo de prova mais ou menos séria, não poderá ser recebida, ante a falta de interesse processual. Pois bem: ausente o lastro probatório ou interesse de agir, a denúncia ou queixa será rejeitada por lhe faltar justa causa.

Para o âmbito delimitado deste capítulo, que tem em vista discutir o exato momento para o recebimento da denúncia ou queixa, diante da reforma do Código de Processo Penal, não é interessante, aqui, perquirir a fundo as hipóteses de rejeição da peça acusatória, razão pela qual a presente exposição limita-se tão-somente a mencionar os conceitos ali existentes de modo superficial.

Assim é que, definida em quais situações o juiz deve rejeitar a denúncia ou queixa, cabe analisar qual o momento em que o juiz deverá fazê-lo ou, ao contrário, em que situação a peça acusatória deverá ser recebida. Antes, porém, cabe assentar, aqui, a celeuma causada pela reforma processual penal em torno desse momento processual, qual seja, o recebimento da denúncia, ante a contradição evidente entre o art. 396, *caput*, e art. 399, ambos do Código de Processo Penal.

Eis o objeto do próximo tópico.

4.3 Da antinomia entre os arts. 396, *caput*, e 399 do Código de Processo Penal

Na sistemática processual anterior à reforma da lei adjetiva penal, oferecida a denúncia e a queixa, ela, logicamente, deveria ser recebida ou rejeitada pelo juiz. Após este ato de admissibilidade da acusação, o juiz, incontinenti, designava data, local e hora para o interrogatório do acusado, bem como deferia, ou não, as diligências eventualmente requeridas pelo Ministério Público ou querelante. Depois do interrogatório devidamente realizado é que seria aberto o prazo de três dias para o oferecimento da defesa prévia, com a correspondente intimação do acusado para tanto. Após, a instrução processual seguia o seu curso regular, culminando com as alegações finais e posterior sentença de mérito (ALENCAR; TÁVORA, 2009, p. 659-660).

A Lei 11.719/2008 trouxe nova disciplina para o procedimento comum ordinário, não há mais defesa prévia posterior ao interrogatório, mas, sim, resposta à acusação antes de iniciada a instrução processual. Tal resposta é peça obrigatória, que não tem similitude com a antiga defesa prévia, esta que não tinha outra utilidade senão a de apresentar rol de testemunhas (ALENCAR; TÁVORA, 2009, p. 626).

Com a reforma processual penal, o rito ordinário foi invertido. Com o oferecimento da denúncia ou queixa, recebida a peça inicial, e não sendo caso de absolvição sumária, o juiz designará audiência única de instrução e julgamento, donde serão tomadas as declarações do ofendido, oitiva das testemunhas, eventuais esclarecimentos dos peritos, acareações e

reconhecimento de pessoas e coisas, e, por derradeiro, o interrogatório do acusado.¹⁰⁷ Encerrada a produção probatória, ao final da audiência de instrução e julgamento, o Ministério Público, o querelante, o assistente e o acusado poderão requerer diligências. Após serão abertos os debates, com o oferecimento das alegações finais, em regra, orais, oportunizando, seguidamente, ao juiz proferir sentença (ALENCAR; TÁVORA, 2009, p. 630-632).

Eis, em apertada síntese, o rito do procedimento comum ordinário estabelecido pela Lei 11.719/2008.¹⁰⁸

Entretanto, com a reforma, algo remanesceu contraditório: o momento de recebimento da denúncia ou queixa no procedimento comum ordinário e sumário. É que a reforma processual penal, ao determinar nova redação aos arts. 396, *caput*, e 399 do CPP, criou uma antinomia, posto que ambos os dispositivos se referem ao recebimento da denúncia em momentos distintos.

O novo art. 396 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei 11.719/2008, assim prevê: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”.

Por outro lado, o art. 399 do CPP, por sua vez, também já com a redação determinada pela Lei 11.719/2008, dispõe: “Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente”.

Efetivamente, por uma leitura desavisada dos dispositivos mencionados, há que se entender a possibilidade de recebimento da peça acusatória em dois momentos distintos: um recebimento antes de oferecida a resposta à acusação, e outro depois.

De acordo com a nova redação do art. 396, *caput*, do CPP, a denúncia ou queixa já terá sido “recebida”, logo após o seu oferecimento, posto que não era caso de rejeição liminar. Como, então, recebê-la, novamente, depois da resposta, nos termos do art. 399 do CPP?

Eis a contradição evidente entre os dois dispositivos.

¹⁰⁷ Percebe-se, portanto, que o interrogatório do réu foi deslocado para o final da instrução, quando ele irá prestar suas declarações após ter conhecimento de todo material probatório produzido em audiência, alteração significativa introduzida pela reforma.

¹⁰⁸ No que pertine ao procedimento comum sumário, que é o rito adotado para apuração e julgamento dos crimes falenciais, este apresenta pequenas diferenças em relação ao rito comum ordinário. Tais diferenças são constituídas, basicamente, pela redução do número de testemunhas, que no ordinário é de até 8 (oito) para cada uma das partes, enquanto no sumário é de 5 (cinco); as alegações finais neste último poderão por escrito, enquanto no primeiro devem ser orais, eis que no procedimento comum sumário, busca-se, com maior ênfase, celeridade e concentração dos atos em uma única audiência, dentre outras particularidades.

A possibilidade da dualidade de recebimentos fez surgir diversas interpretações.

Uma corrente, que parece ser a prevalecente, entende que o recebimento da peça acusatória se dará na oportunidade prevista no art. 396, *caput*, do CPP, qual seja, antes do oferecimento da resposta à acusação. Assim é que, com o oferecimento da denúncia ou queixa, o juiz deve apreciar se não se trata de hipótese de rejeição liminar da inicial acusatória. Não se afigurando hipótese de rejeição, o juiz deverá receber a denúncia ou queixa. Recebendo-a, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 dias. Com a resposta, o juiz deverá apreciar se há hipótese de absolvição sumária, que, em caso negativo, deverá designar dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, prosseguindo o processo nos seus ulteriores atos.¹⁰⁹

Por outro lado, uma outra corrente defende o recebimento da denúncia depois de oferecida a resposta prévia à acusação, nos termos do art. 399 do CPP. Uma vez oferecida a denúncia ou queixa, o juiz deverá avaliar se não se trata de hipótese de rejeição liminar, previstas no art. 395 do CPP. Afora estas hipóteses, o juiz receberá a inicial para tão-somente determinar a citação do acusado, a fim de que ofereça resposta escrita à acusação em 10 (dez) dias. Esta prática, entretanto, não representa o recebimento formal da denúncia ou queixa. Com a resposta, o magistrado deverá analisar se não há hipótese de absolvição sumária. Caso não, somente então deverá receber formalmente a inicial acusatória e designar audiência de instrução e julgamento, nos termos do art. 399 do CPP.¹¹⁰ Este é o verdadeiro recebimento da acusação, com sentido de acolhimento da inicial, posição a qual se defenderá aqui.

¹⁰⁹ Nesse sentido, cf.: AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal para concursos públicos*. 4 ed. São Paulo: Método, 2008; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009; PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris Editora, 2009; FEITOZA, Denílson. *Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica*. Niterói, RJ: Impetus, 2008; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009; GOMES, Luiz Flávio; SANCHES CUNHA, Rogério; BATISTA PINTO, Ronaldo. *Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008; MOREIRA DELGADO, Yordan; MAGALHÃES COSTA, Werton. *Comentários à reforma do código de processo penal e lei de trânsito*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009; SBARDELLOTTO, FÁBIO Roque. *Reformas no processo penal*. Guilherme de Souza Nucci (Org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008; TÁVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008;

¹¹⁰ Nesse sentido, cf.: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica processual*. Revista Brasileira de Ciências Criminais; ano 17, n. 76. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev. 2009; BITENCOURT, César Roberto. *O recebimento da denúncia segundo a Lei 11.719/08*. Revista consultor jurídico, São Paulo, 29 set. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/70289>; LOPES Jr, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2009; PRADO, Geraldo. *Sobre procedimentos e antinomias*. Boletim do IBCCrim 190/4-5. São Paulo: IBCCrim, set. 2008; STRECK, Lenio Luiz. *O impasse na interpretação do art. 396 do CPP*. 18 set. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 18 abr. 2010; TOURINHO FILHO, 2009.

Uma coisa parece ser unívoca: não há como coexistirem dois momentos para o recebimento da denúncia ou queixa. Como essa antinomia deverá ser resolvida, será objeto do último capítulo. Antes, porém, a análise do tema exige que se conheçam os argumentos daqueles que defendem o recebimento da denúncia ou queixa antes de oferecida a resposta à acusação, para, assim, contraditá-los, um a um.

4.4 Da tramitação do Projeto de Lei 4.207/01¹¹¹: a [suposta] intenção do legislador

O Projeto de Lei 4.207/2001, de autoria do Poder Executivo, cuja comissão de elaboração contou com a participação dos professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, dentre outros, foi apresentada à Câmara dos Deputados no dia 12/03/2001.

Pelo projeto original, o art. 395 contava com a seguinte redação: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de dez dias, contados da data da juntada do mandado aos autos, ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído”. À época, a redação que atualmente consta no art. 396, constava no art. 395, sem a expressão “recebê-la-á”, obviamente.

Não havia previsão de recebimento nesta oportunidade. Tal ato estava previsto no art. 399, cuja redação permaneceu idêntica até final promulgação da Lei 11.719/2008.

O projeto, entretanto, foi emendado por proposta do deputado João Campos, a fim de inserir, no caput do art. 395, após a expressão “se não a rejeitar liminarmente”, o termo “recebê-la-á”. O art. 399 nada foi alterado.

Remetido o projeto ao Senado Federal, a matéria obteve aprovação na forma do substitutivo nº 36/2007, apresentado no dia 27/12/2007, oportunidade em que, lá, com base no parecer da senadora Ideli Salvati, suprimiu-se a palavra “recebê-la-á”, passando a redação do dispositivo a figurar, desta feita e em definitivo, no art. 396. Em seu parecer, a senadora assim justificou o acolhimento da correspondente emenda: “O ato do recebimento da denúncia está previsto no momento descrito no art. 399, ou seja, após a oportunidade da

¹¹¹ Informações colhidas no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados (Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg> Acesso em 12 out. 2011.

resposta preliminar. A atual redação do projeto antecipa desnecessariamente o exame da admissibilidade da denúncia”. O art. 399, mais uma vez, em nada foi alterado.

Face às alterações operadas no Senado Federal, o Projeto de Lei 4.270/2001 voltou para a Câmara Federal. O deputado Regis de Oliveira, relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça, manteve o texto aprovado, anteriormente, na Câmara. A emenda proposta pelo Senado foi rejeitada, conforme parecer do relator da matéria, do qual se depreende a intenção de evitar o seguimento de processos com acusações manifestamente ineptas. Assim, constou, em definitivo, no art. 396, a expressão “recebê-la-á”. O art. 399 permaneceu inalterado.

Aqueles que propugnam pelo recebimento da denúncia ou queixa logo após o seu oferecimento, e antes de apresentada a resposta à acusação, afirmam que o legislador optou, deliberadamente, pelo ato de recebimento na oportunidade prevista no art. 396, *caput*, do CPP. Se assim não fosse, não constaria, ali, a expressão “recebê-la-á”, expressão esta que Aury Lopes Jr. cognominou de a “mesóclise da discórdia”.¹¹²

Nesse sentido:

As sucessivas emendas sofridas pelo projeto de Lei 4.207/2001, tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal, bem como os pareceres exarados pelo deputado Regis de Oliveira Fernandes na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara e a redação final dos dispositivos em questão demonstram que se pretendeu que o juízo de admissibilidade acerca da pretensão punitiva fosse efetuado de ofício pelo juiz, anteriormente ao recebimento da inicial acusatória, e que este ato processual, por sua vez, precedesse à citação do acusado para a resposta escrita, que, desta maneira, não mais pode ser encarada como defesa preliminar (SOARES).¹¹³

Igualmente:

O disposto nos arts. 396 e 396-A do CPP seria efetivamente importante se a redação original do Projeto de Lei 4.207/2001 (que originou a Lei 11.719/2008) tivesse sido mantida. Na redação original, não haveria recebimento da denúncia e, após a resposta do acusado, o juiz poderia absolver sumariamente. Somente depois, não absolvendo sumariamente,

¹¹² O autor Aury Lopes Júnior utiliza-se da expressão “a mesóclise da discórdia” no Item 3.1.1 do Capítulo IV, sob a rubrica morfologia dos procedimentos, ao fazer suas considerações gerais acerca do momento em que ocorre o recebimento da acusação, no Livro Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional, v.2, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹¹³ Citação extraída do sítio eletrônico Jusvi (Disponível em: <www.jusvi.com.br>. Acesso em 30 mar. 2010).

receberia formalmente a denúncia. Seria algo muito estranho, do ponto de vista lógico-jurídico, que o juiz julgasse definitivamente, absolvendo sumariamente, sem mesmo ter recebido a denúncia ou queixa. Contudo, o PL 4.207/2001 foi modificado durante sua tramitação e, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, o recebimento da denúncia ou queixa foi introduzido já no art. 396, *caput*, do CPP. Por isso tem uma aparência de redundância a referência, novamente, ao recebimento da denúncia ou queixa no art. 399, *caput*, do CPP, mas isso serviu para firmar quando deve ser designada a audiência (FEITOZA, 2008, p.75-76).

A busca por uma suposta intenção do legislador, seduz os entusiastas desta corrente a valer-se da interpretação literal como argumento para o que defendem.

Entretanto, considerando a redação do art. 396 do Código de Processo Penal [...], a expressão “recebê-la-á”, contida no art. 396, possui o sentido clássico de recebimento formal, único existente até a atualidade. Quando se referiu ao recebimento para a designação de audiência no art. 399 do aludido Código, o legislador evidentemente está a afirmar que o magistrado deverá já ter recebido a inicial acusatória para a marcação da solenidade de instrução e julgamento. Não está a dizer que o recebimento ocorrerá naquele momento, isto é, após a resposta escrita a que alude o art. 396 (SBARDELOTTO, 2008, p. 131-132).

O argumento concentra-se, tão-somente, na expressão “recebê-la-á” contida no dispositivo em questão:

Receber não é sinônimo de *ter em mãos*. O vocábulo *receber* somente admite sua interpretação sob o aspecto técnico e, nesse aspecto, recebimento da denúncia ou queixa é o ato pelo qual o juiz acata a acusação, nela vislumbrado elementos mínimos que autorizam a deflagração do processo penal. É verdade que o art. 399 torna a mencionar o recebimento da denúncia ou queixa, dando a impressão desavisada que tais acusações, até então, não haviam sido recepcionadas. Não é assim. Na verdade, o vocábulo *recebida* foi indevidamente empregado pelo legislador, que teria andado melhor caso utilizasse, no art. 399, a expressão “não tendo sido o acusado absolvido sumariamente”. A propósito, não se imagina que alguém possa ser absolvido sem que esteja sendo processado (GOMES; CUNHA; PINTO, 2008, p. 338).

Conforme evidenciado na citação acima, a interpretação literal é utilizada para abstrair o momento de recebimento da denúncia do vocábulo “recebê-la-á”, contido no art. 396 do CPP. A mesma interpretação não se aplica ao art. 399 do CPP, que também contém a expressão “recebida”. Fica a indagação: por quê?

Ora, se tanto no art. 396 quanto no art. 399 constam a expressão, respectivamente, “recebê-la-á” e “recebida”, como fazer valer a interpretação literal para reconhecer vigência a um dispositivo em detrimento do outro? Certamente que um irá negar vigência ao outro, porém sob outros argumentos que não a mera interpretação gramatical.

De mais a mais, referido processo de interpretação se revela demasiadamente frágil, consoante os ensinamentos de Carlos Maximiliano (1992, p.112):

A interpretação verbal fica ao alcance de todos, seduz e convence os indultos, impressiona favoravelmente os homens de letra, maravilhados coma riqueza de conhecimentos filológicos e primores de linguagem ostentados por quem é, apenas, um profissional do Direito. Como toda meia ciência, deslumbra, encanta e atrai; porém fica longe da verdade as mais das vezes, por envolver um só elemento de certeza, e precisamente o menos seguro.

A ousadia vai além, na medida em que os entusiastas dessa corrente atribuem, deliberadamente, sentido às expressões contidas no Código, tudo no afã de fazer valer a tese por eles defendida. Ou seja: a expressão “recebê-la-á”, segundo eles, deve ser entendida no sentido técnico-jurídico, como recebimento da acusação; a expressão “recebida”, contida no art. 399, por sua vez, deve ser substituída pela frase “não tendo sido o acusado absolvido sumariamente”.

Não há de causar perplexidade a expressão “recebida a denúncia...” constante no art. 399, do CPP. Ali, cuida-se apenas de retomar o discurso procedimental para afirmar que, não sendo caso de absolvição sumária (art. 397, CPP), o juiz designaria a audiência de instrução. Nada mais. (OLIVEIRA, 2009, p. 600).

Quando não, segundo eles, a locução a ser empregada pelo legislador deveria ser: “onde se lê: ‘recebida a denúncia ou queixa’, leia-se: ‘tendo sido recebida a denúncia ou queixa’” (NUCCI, 2008, p. 678).

Com o devido respeito aos que pensam assim, não se vislumbra que seja essa a intenção do legislador.

É bem de ver, pela exposição do trâmite do projeto de lei que culminou com a Lei 11.719/2008, que desde o início a reforma processual foi orientada no sentido de estabelecer o contraditório prévio ao recebimento da denúncia. Não constava no projeto de lei elaborado pelos juriconsultos convocados, a previsão de recebimento da denúncia na oportunidade

prevista no art. 396, *caput*, do CPP. A idéia, inicial, era a de que o momento para o recebimento da denúncia ou queixa era o constante no art. 399 do CPP. Tanto é verdade que a redação deste dispositivo permaneceu inalterada durante todo o trâmite legislativo. O art. 396 do CPP, sim, foi alterado, através de emenda, para acrescentar a mesóclise tão repudiada. Pode parecer, então, que o legislador teria pretendido retroceder ao antigo sistema, mantendo o juízo de admissibilidade *ab initio*.

Em parecer apresentado em 13/05/2008, o deputado Regis de Oliveira assim se manifestou sobre a proposta de fazer constar a expressão “recebê-la-á” no texto da norma:

Emenda n. 8: pretende alterar no caput do art. 395, do Código de Processo Penal o termo “recebê-la-á”, sob a justificativa de que o ato de recebimento da denúncia está devidamente previsto no art. 399.

O instrumento que é o processo, não pode ser mais importante que o direito material que se discute nos autos. Sendo inepta de plano a denúncia ou queixa, razão não há para se mandar citar o réu e, somente após a manifestação deste, extinguir o feito. Melhor se mostra que o juiz ao analisar a denúncia ou queixa ofertada fulmine a relação processual infrutífera.¹¹⁴

Não há que se confundir “rejeição liminar da denúncia ou queixa” com o “ato de seu recebimento”. Pela proposta original – e atualmente há essa previsão -, sendo inepta a denúncia ou queixa, o juiz deverá, *ex officio*, rejeitar liminarmente a acusação, extinguindo o feito, sem a necessidade de mandar citar o réu para oferecer resposta. Não sendo caso de rejeição “liminar” da denúncia ou queixa, havendo a possibilidade de seu recebimento, aí sim, haveria a necessidade de o réu apresentar resposta à acusação, para, depois, ser recebida a inicial acusatória.

Pela exposição de motivos transcrita acima, em parecer do relator da matéria, é pouco mais do que evidente que o deputado pretendeu antecipar, para antes de ofertada a manifestação defensiva, a possibilidade de rejeição liminar da denúncia ou queixa. Quando ele menciona que “*sendo inepta de plano a denúncia ou queixa, razão não há para se mandar citar o réu e, somente após a manifestação deste, extinguir o feito*”, fica clara a intenção de prevê, no novel dispositivo, a possibilidade de rejeição liminar da acusação. Com isso, o deputado houve por bem incluir a famosa “mesóclise da discórdia”. Equivocou-se.

¹¹⁴ Citação extraída do sítio eletrônico da Câmara (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/566075.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2011).

O equívoco do deputado foi não se aperceber de que essa previsão de “rejeição liminar da acusação” já existia no projeto original. Não havia a necessidade de incluir a expressão “recebê-la-á” para tanto.

O legislador, portanto, não pretendeu antecipar o recebimento da denúncia para oportunidade anterior à defesa preliminar, mas, sim, assentar a possibilidade de rejeição liminar da peça acusatória, para que, caso manifestamente inepta a inicial, não fosse necessário citar o réu para, após a defesa deste, extinguir o feito. Tem-se que o art. 396, *caput*, do CPP cuidou de possibilitar a rejeição liminar da acusação.

O acréscimo da expressão “recebê-la-á” no art. 396 do CPP não passou de um equívoco. Cabe aos interpretes e operadores do direito corrigi-lo.

4.5 Da [suposta] interpretação sistemática do CPP

Um outro argumento recorrente entre aqueles que propugnam pelo recebimento da denúncia antes de ofertada a resposta à acusação, cingi-se numa suposta interpretação sistemática dos dispositivos da reforma processual.

Segundo eles, haveria uma suposta relação de completude entre os artigos 363 e 396 do Código de Processo Penal, na medida em que a nova redação daquele dispositivo (art. 363, do CPP) também reforçaria o entendimento no sentido de que a resposta escrita do acusado, nos termos do art. 396, ocorrerá após o recebimento da denúncia. Isso porque o novo art. 363 do CPP dispõe que “o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”. Assim, a citação do acusado somente poderá ocorrer, no atual rito comum ordinário e sumário, após o recebimento da inicial acusatória. Não haveria sentido cogitar-se de estar completa a formação do processo, com a citação válida, tendo ela ocorrido antes do recebimento da inicial (SBARDELOTTO, 2008, p. 132).¹¹⁵

Nas palavras de Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 265-266):

Nesse sentido, o *caput* do art. 363, com a redação dada pela reforma, é explícito ao afirmar que o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado. Veja que o próprio art. 396 determina que, não rejeitada a denúncia, seja feita a citação do acusado. Ocorrendo a

¹¹⁵ Para os desígnios deste capítulo será imperioso que prevaleça a idéia de que a citação deverá ocorrer depois de recebida a denúncia ou queixa e, por conseguinte, depois de ofertada a defesa escrita do acusado. É a idéia que se pretende prevalecer, sob outros argumentos – obviamente, que será objeto do último capítulo da pesquisa. Entretanto, por ora, e tão-somente como contradita ao argumento ora questionado, objetiva-se assentar a idéia de que, pelas disposições da reforma processual, nada obsta que a citação do réu ocorra antes de recebida a denúncia ou queixa.

citação, o processo estará com a sua formação completada, nos termos do próprio art. 363. Se assim é, impossível que esteja completa a relação jurídica sem que tenha ocorrido anterior recebimento da denúncia. Em outras palavras, não seria possível falar em processo completo – o que se dá com a citação do acusado – sem que houvesse ao menos recebimento da denúncia. Caso se entendesse que a citação ocorreria antes do recebimento da denúncia, existiria uma situação esdrúxula, pois o processo estaria com a sua formação completa – relação triangular – sem que o juiz tivesse recebido a denúncia ou queixa! A interpretação em sentido contrário – de que o recebimento ou queixa somente ocorreria após a defesa escrita – afrontaria não apenas a interpretação sistemática, mas especialmente a redação do art. 363, introduzida pela reforma.

Em suma, para essa corrente, o recebimento da denúncia deve-se operar antes do ato citatório de chamamento ao processo. Caso não, operando-se o recebimento denúncia após a oferta da defesa escrita e, por conseguinte, após o ato citatório, haveria manifesta afronta às disposições do art. 363 do CPP.

Interessante observar que em todos os ensaios em que estivera presente tal argumentação, não havia a explicação de o porquê do ato de recebimento da denúncia dever-se operar antes da citação do acusado. Ou melhor: por que a interpretação de que o recebimento da denúncia ou queixa somente ocorreria após a defesa escrita afrontaria o dispositivo do art. 363 do CPP?

Só para efeitos de argumentação, é certo que a citação do acusado triangularizará a relação processual entre juiz, autor e réu, nos termos do art. 363 do CPP, mas o que isso tem a ver com o momento para recebimento da denúncia ou queixa? Qual o problema em se efetivar o recebimento da denúncia após a citação do acusado? De que maneira o recebimento da denúncia ou queixa após a defesa escrita do réu afrontaria a redação do art. 363 do CPP?

A perplexidade que esse argumento implica não passou despercebida por César Bitencourt (2008), *in verbis*:

Também se escuta observações de que seria despropositado citar o acusado antes do recebimento da denúncia ou queixa. Em verdade, como já dissemos anteriormente, é necessário atentar para a redação do caput do artigo 363, introduzida pela reforma, não nos parecendo, diante dessa regra, existir qualquer obstáculo a que a citação aconteça antes da admissibilidade. Aliás, vale repetir que a Lei 5.250 (Lei de Imprensa), desde o distante ano de 1967 prevê a citação antes do recebimento da denúncia (artigo 43, § 1º), e não

temos conhecimento de que a doutrina tenha alguma vez questionado esse dispositivo.^{116,117}

Não obstante, não é novidade, no ordenamento jurídico pátrio, que o ato citatório preceda o recebimento da denúncia ou queixa. Não é outra coisa o que se tem nos casos submetidos aos Juizados Especiais Criminais, pois a Lei 9.099/95, em seu art. 78 em combinação com o art. 81, prevê o recebimento da denúncia depois de citado o acusado:

oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento (...). Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa (...).¹¹⁸

É muito provável que esse entendimento - equivocado, por sinal – advenha da ideia de que o recebimento da peça acusatória constitui marco inicial da ação penal. No entanto, já restou esclarecido, aqui, quando da exposição do item 4.1, que o início do processo penal se dá com o oferecimento da denúncia ou queixa. Depois é que a relação processual se regularizará com citação válida do acusado. Por isso é que o recebimento da denúncia ou queixa não tem nada que ver com o ato citatório do réu, quiçá implicar em contradição aos termos do art. 363 do CPP, se a admissibilidade da acusação ocorrer depois de efetuada a citação.

Concluindo, e tão-somente por amor ao debate, a previsão de recebimento da denúncia na oportunidade prevista no art. 399 do Código de Processo Penal, e, por conseguinte, depois de efetuada a citação do acusado, não implica em negativa de vigência ao art. 363 do mesmo diploma legal.

Entretanto, não obstante todo o exposto, o que se pretende demonstrar com o presente capítulo, para uma interpretação das disposições da reforma processual penal consentânea com a Constituição Federal, faz-se mister que o recebimento da denúncia se efetive depois de ofertada a defesa preliminar à acusação, porém, antes de efetuada a citação do acusado.

Para o momento, e tão somente como contradita às argumentações daqueles que propugnam pelo recebimento da denúncia antes de ofertada a resposta à acusação, basta restar

¹¹⁶ Citação extraída do sítio eletrônico da Revista Consultor Jurídico (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/70289>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

¹¹⁷ É certo que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, mas isso não invalida o argumento do referido doutrinador.

¹¹⁸ Cf.: art. 78 em combinação com o art. 81, ambos da Lei 9.099/95.

assente a idéia de que o recebimento da denúncia não tem nada que ver com o ato citatório do réu, podendo, sim, ocorrer - a despeito de não ser essa a opinião que se preconizará aqui - depois da citação do acusado.

4.6 Da [suposta] impossibilidade de absolvição sumária sem anterior recebimento da acusação

Um outro argumento recorrente é aquele atinente à [suposta] impossibilidade de absolvição sumária do acusado sem que houvesse anterior recebimento da denúncia ou queixa.

Na sistemática anterior, caso já houvesse recebido a denúncia e, posteriormente, vislumbrasse a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato, por exemplo, o juiz não poderia reconsiderar sua decisão, devendo o processo prosseguir nos seus ulteriores atos, até final sentença de mérito, salvo decisão de superior instância determinando o trancamento da ação penal correspondente.

Agora, com a reforma processual, afigura-se a inovadora possibilidade de o juiz, após a apresentação da defesa escrita (art. 396-A, do CPP), julgar antecipadamente a acusação para absolver o acusado. É a possibilidade de absolvição sumária prevista no art. 397 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei 11.719/08.

É o que se observa na doutrina de Mendonça (2008, p. 275), quando diz ser

Salutar inovação, não prevista anteriormente, permite coarctar, ao nascedouro, o processo penal que acabara de se formar, sem a necessidade de transcorrer toda a fase instrutória, submetendo o acusado ao constrangimento de se ver processado criminalmente por um fato que, desde o início, percebe-se não ser criminoso ou cuja punibilidade já está extinta.

É permitido ao juiz, então, absolver sumariamente o acusado se comprovada qualquer situação prevista no art. 397 do CPP, a saber: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - se extinta a punibilidade do agente. Obviamente que se qualquer das situações indicadas no referido artigo já tivesse sido comprovada de plano, quando do oferecimento da denúncia, deveria o magistrado rejeitar liminarmente a denúncia, nos termos do art. 395 do CPP.

A dúvida que ressoa refere-se à possibilidade de absolver sumariamente o réu, nos termos do art. 397, sem que houvesse recebimento da denúncia ou queixa, a impossibilitar, mais uma vez, o juízo de admissibilidade após o contraditório prévio.

Ademais, ressaltado o entendimento:

que seria logicamente impossível a absolvição sumária do acusado sem anterior recebimento da denúncia. O juiz julgaria qual pretensão improcedente, se sequer recebeu a acusação? Absolveria o acusado de quê, se sequer houve recebimento da denúncia? Seria incoerente, em nosso sentir, uma absolvição sem que houvesse processo, sem recebimento da denúncia (MENDONÇA, 2008, p. 266).

É alegação que, igualmente, não merece prosperar.

Qual o óbice em receber a acusação após a manifestação defensiva do réu, como prevê o art. 399, se a relação processual fora regularmente instaurada? As linhas iniciais do presente trabalho concentraram esforços em demonstrar que o início da ação penal se dá com o oferecimento da denúncia ou queixa. Assim é que, quando da fase do juízo de admissibilidade da acusação, após a defesa escrita, nos termos do art. 399, o processo penal terá sido iniciado, não devendo prosperar a alegação de que haveria absolvição sem que houvesse o processo. O processo já existe, com o oferecimento da inicial, embora com sua formação incompleta, eis que inexistente, ainda, a citação do acusado. A absolvição sumária, se ocorrente, se dará com o processo já iniciado.

Pois bem. Ainda assim, *ad argumentandum tantum*, se persistirem as vozes discordantes, bastaria uma solução de ordem prática para resolver o impasse: após a defesa preliminar, o juiz, vislumbrando uma das hipóteses do art. 397 do CPP, receberia a inicial tão-somente para, em seguida, absolver sumariamente o réu. Simples assim!

Contudo, essa não é a idéia que aqui se defende. Se já existe processo, com o oferecimento da denúncia, ainda que não regularmente formado com a citação do acusado, prescindível o recebimento da inicial acusatória para efeitos de posterior decisão de absolvição sumária.

Vale-se, mais uma vez, dos ensinamentos de César Roberto Bitencourt (2008), para corroborar nossa ideia:

De outra parte, igualmente não prospera a alegação de que a admissibilidade deveria acontecer desde logo, pois que seria ilógico o juiz absolver sumariamente antes de receber a inicial. Mais uma vez o equívoco está em

interpretar as novas regras tomando em conta o modelo anterior (revogado). À absolvição sumária contrapõe-se não à condenação, mas sim — e justamente — à admissibilidade da ação; tem-se, com isso, que a absolvição sumária (art. 397), tanto quanto a rejeição (art. 395), não só podem como devem acontecer justo no momento em que o juiz decide sobre o recebimento ou não da inicial.¹¹⁹

Trazidos à colação os argumentos apregoados pela doutrina majoritária, tendentes pelo recebimento da denúncia antes de ofertada a defesa escrita, passa-se à análise da temática fulcral do presente capítulo.

4.7 Do Recebimento da Denúncia ou Queixa previsto no art. 399 do CPP: por uma interpretação corretiva do art. 396, *caput*, do CPP

Asseverou-se em linhas anteriores que o legislador reformador nunca pretendeu antecipar o ato de recebimento da denúncia ou queixa para antes de ofertada a defesa escrita preliminar. Por uma interpretação histórica da Lei 11.719/08, levando em consideração todo o trâmite do Projeto de Lei 4.207/01, bem como a exposição de motivos do deputado Regis de Oliveira, relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça, a reforma processual penal fora orientada desde o início a prevê, em seu texto, a possibilidade de contraditório prévio ao recebimento da denúncia.

O acréscimo da mesóclise “recebê-la-á” ao art. 396 do CPP não passou de um equívoco, na medida em que o que se pretendia – consoante a exposição de motivos constante no parecer do deputado Regis de Oliveira, era possibilitar ao juiz analisar a denúncia ou queixa e, se inepta, fulminá-la de plano, sem a necessidade de citação do réu para oferecer defesa. É como consta em trecho da exposição de motivos sob a rubrica “Emenda n. 8”, que mais uma vez vale a pena citar: “*sendo inepta de plano a denúncia ou queixa, razão não há para se mandar citar o réu e, somente após a manifestação deste, extinguir o feito*”. Entretanto, desde o início esta previsão esteve presente. É que o referido dispositivo permite ao juiz rejeitar liminarmente a denúncia ou queixa, antes de recebida. Basta uma leitura perfunctória do art. 396, *caput*, do Código de Processo Penal.

Pois bem. Se ainda assim persistir a idéia de que o legislador pretendeu, com a expressão “recebê-la-á”, antecipar o ato de recebimento da denúncia para a oportunidade

¹¹⁹ Citação extraída do sítio eletrônico da Revista Consultor Jurídico (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/70289>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

prevista no art. 396, *caput*, do CPP, ou seja, logo depois de oferecida a peça acusatória e antes de ofertada a defesa preliminar, tem-se instalada a antinomia entre o art. 396, *caput*, e o art. 399, ambos do CPP, posto que ambos os preceitos estabelecem marcos para o recebimento da denúncia ou queixa.

Por antinomia jurídica entende-se a situação em que se verifica a incompatibilidade entre duas normas, pertencentes ao mesmo ordenamento, e tendo o mesmo âmbito de validade. Se as duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade, a antinomia pode se chamar de *total-total*, quando em nenhum caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra (BOBBIO, 1999, p. 87-88).

No caso objeto da presente pesquisa, a antinomia é perfeitamente visível quando se tem duas normas (arts. 396 e 399 do CPP) com o mesmo âmbito de aplicação: uma estabelecendo que o recebimento da denúncia ocorra após o oferecimento, e outra estabelecendo o juízo de admissibilidade após a defesa preliminar. Mas, uma coisa é descobrir a antinomia, outra coisa é resolvê-la. Devendo-se observar que há casos de antinomias solúveis, também chamadas de aparentes, e insolúveis, denominadas reais.

Quando se tratar de antinomia aparente, a solução está nos três critérios clássicos para a solução das antinomias, a saber: critério cronológico, critério hierárquico e critério da especialidade. O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial (BOBBIO, 1999, p. 97).

O problema está quando se tratar de antinomia real (ou insolúvel), insuscetível, por tanto, de superação pelos critérios ordinários. É o que se verifica, por exemplo, quando duas normas gerais incompatíveis se encontram no mesmo código. Se num código há antinomias do tipo *total-total*, tais antinomias não são solucionáveis com nenhum dos três critérios mencionados: não com o cronológico, porque as normas de um código são estabelecidas ao mesmo tempo; não com o hierárquico, porque são todas leis ordinárias; não com o critério da especialidade, porque este resolve somente o caso de antinomia *total-parcial* (BOBBIO, 1999, p. 97).

Em casos que tais, havendo conflito entre duas normas, para a qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o interprete tem à sua frente três possibilidades: a) eliminar uma; b) eliminar as duas; ou c) conservar as duas. No primeiro caso, tem-se a chamada “interpretação ab-rogante” ou “ab-rogação simples”; no segundo caso, com a eliminação de ambas as normas em conflito, tem-se a “dupla ab-rogação”; no

terceiro caso, conservam-se as duas normas incompatíveis, através de uma interpretação corretiva de uma delas (BOBBIO, 1999, p. 100-101).

Nesse último caso, pretende-se eliminar tão-somente a incompatibilidade das normas, preservando-se, ao máximo, os seus textos. Haverá, assim, a modificação parcial do texto de uma das normas, visando conciliá-las, a fim de evitar o remédio extremo da “ab-rogação simples”. Trata-se da interpretação corretiva ou ab-rogação atenuada.

Consoante os ensinamentos de Norberto Bobbio (1999, p. 103):

Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis? Se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o interprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, a eliminação da incompatibilidade. Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação corretiva. Geralmente, a interpretação corretiva é aquela forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema, ou seja, para evitar o remédio extremo da ab-rogação. Entende-se que na medida em que a correção introduzida modifica o texto original da norma, também a interpretação corretiva é ab-rogante, se bem que limitada a parte da norma corrigida. Mais do que contrapor a interpretação corretiva à ab-rogante, dever-se-ia considerar a primeira como uma forma atenuada da segunda, no sentido de que, enquanto a interpretação ab-rogante tem por efeito a eliminação total de uma norma (ou até de duas normas), a interpretação corretiva tem por efeito a eliminação puramente parcial de uma norma (ou de duas).

Pois bem. Havendo incompatibilidade entre as expressões “recebê-la-á” e “recebida”, contidas, respectivamente, no art. 396, *caput*, e art. 399, ambos do CPP; caberá ao interprete conciliar as duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las no sistema. Tal conciliação se dará com a eliminação de uma das expressões incompatíveis: “recebê-la-á” ou “recebida”.

Porém, quando utilizado tal método de correção, há que se ponderar qual norma deverá permanecer intacta. A escolha de uma ou outra não poderá ser guiada por arbitrariedade do interprete ou como num “lance de sorte”. Haverá que se ponderar, fundamentadamente, especialmente à luz dos valores constitucionais, qual das normas incompatíveis, ou melhor, qual das expressões incompatíveis deverá prevalecer.

Geraldo Prado (2008) entende que a interpretação corretiva, parcialmente ab-rogante, deverá incidir sobre a expressão “recebê-la-á”, contida no art. 396, *caput*, do CPP, a fim de excluí-la do dispositivo, com a consequência de que haverá um único recebimento, o previsto no art. 399 do CPP.

Sob o ângulo prático, esta interpretação/aplicação restitui as coisas aos seus devidos lugares e conforma a atividade da legislação ordinária a critérios constitucionais. E, não menos importante, permite que a Reserva de Código opere em uma dupla dimensão garantista: reforçando a idéia do Código como ‘instrumento de acesso e interação com uma determinada realidade’; e fundando a necessária racionalidade a possibilitar que a norma processual prevista no art. 394, § 4.º, do Código de Processo Penal cumpra a exigência constitucional de validade do sistema (PRADO, 2008).

No mesmo sentido é a lição de Gustavo Henrique Badaró (2009, p. 151):

A escolha de qual norma corrigir – eliminando uma sua parte – deve ser informada por critérios de prevalência da norma que, em maior ou melhor grau, implemente o programa constitucional. Neste caso, considerar que há apenas um único recebimento da denúncia, no caso, aquele previsto no art. 399 do CPP, é a interpretação mais adequada e consentânea com o ordenamento jurídico que, por expresse mandamento constitucional, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), e, portanto, deverá ter mecanismos para repelir uma acusação injusta e infundada, evitando todos os malefícios que o recebimento de uma denúncia abusiva acarreta.

Ora, inegável que o recebimento da denúncia de forma errônea acarretará sérios prejuízos ao acusado. É que tal ato processual ensejará a interrupção do prazo prescricional em desfavor do réu. Sendo assim, uma vez recebida a denúncia ou queixa, o juiz não poderá rever tal decisão. Ou melhor: não poderá o juiz rejeitar a denúncia, caso a tenha recebido anteriormente. Isso porque o processo é uma marcha para a frente, operando-se a preclusão lógica da matéria, com o recebimento da inicial. E mais: assim agindo, o juiz estaria concedendo *habeas corpus* sobre si mesmo, o que não se admite (CAPEZ, 2009, p. 162), pois,

Uma vez recebida a inicial e iniciado o processo, não é possível, ao órgão julgador, juízo de retratação. A ponderação e a análise dos requisitos legais é a pedra de toque no momento da admissibilidade, pois, a reconsideração do recebimento da inicial não encontra guarida legal (ALENCAR; TÁVORA, 2009, p. 160).

Inegável que o instituto da prescrição no Direito Penal, como causa extintiva da punibilidade, constitui uma garantia ao réu/imputado de que não terá, eternamente, a ameaça de desabar sobre si o poder repressivo estatal. Obviamente que o réu/imputado não tem qualquer interesse na interrupção do prazo prescricional. Por isso é que, para a ocorrência da interrupção da prescrição, em decorrência do recebimento da denúncia, que implica em razoável risco à liberdade do cidadão, faz-se mister o contraditório prévio à admissibilidade da acusação, em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, esculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Pelo que,

Não há dúvida de que o legislador cometeu uma falta grave dentro da área da redação do recebimento da denúncia e merece um cartão vermelho. A denúncia apenas é recebida no art. 399 e a razão é simples: a uma, quando a denúncia é oferecida, o juiz determina a citação do réu para responder à acusação; a duas, oferecida a resposta prévia, o juiz é chamado a se manifestar sobre a presença ou não das causas mencionadas no art. 397, isto é, se absolve sumariamente ou não o acusado; a três, não absolvendo sumariamente o acusado o réu, aí sim o juiz recebe a denúncia e determina a audiência de instrução e julgamento.

Perceba que são passos coerentes, que devem ser dados pelo juiz. Não faz o sentido o juiz receber a denúncia no art. 396 e citar o réu para oferecer a resposta prévia. Por que a resposta prévia então? É o exercício do contraditório e da ampla defesa, pois receber a denúncia antes da resposta prévia não faria sentido (RANGEL, 2009, p. 497).

Sendo assim, à luz dos valores constitucionais da ampla defesa, deve se fazer uma interpretação corretiva ou ab-rogante atenuada do art. 396, *caput*, do CPP, corrigindo-o pela eliminação da parte em que prevê “recebê-la-á”.

Entretanto, tão-somente a supressão da expressão “recebê-la-á” do art. 396, *caput*, do CPP, através de uma interpretação corretiva do dispositivo, não resolve o problema. Isso porque o art. 396 do CPP prevê, de forma equivocada, a “citação do acusado para responder a acusação”. E, tendo em conta que o ato citatório regularizará a relação processual, nos termos do art. 363 do CPP, tornando o imputado, a partir de então, verdadeiro acusado, haverá processo penal regularmente formado antes de recebida a denúncia e, por conseguinte, antes do contraditório prévio. Algo que não poderá ocorrer ante os desígnios da reforma processual penal e a ordem principiológica constitucional.

Assim é que a sistemática processual penal, notadamente agora inaugurada com a reforma, reclama por uma interpretação dos dispositivos dos arts. 396, *caput*, e 399 do CPP em consonância com os valores constitucionais.

Desse modo, para uma interpretação consentânea com a Constituição Federal, não basta que a admissibilidade da acusação ocorra depois da defesa preliminar, é necessário que ela ocorra antes da citação do acusado, pelo que só com uma interpretação conforme a Constituição, com a nulidade parcial sem redução de texto do art. 396, *caput*, do CPP, poderá corrigir esse equívoco.

4.8 Da interpretação conforme à Constituição do art. 396, *caput*, do CPP

Asseverou-se em linhas anteriores, precisamente no item 4.2 do presente capítulo, que a citação do acusado não tem nada que ver com o ato de recebimento da denúncia ou queixa, de maneira que nada obsta que aquele ato de chamamento processual ocorra antes da admissibilidade da acusação. Este argumento, entretanto, visou tão-somente contraditar a idéia de que o recebimento denúncia após a oferta da defesa preliminar e, por conseguinte, após o ato citatório, implicaria em manifesta afronta às disposições do art. 363 do CPP. Ou melhor: o recebimento da denúncia na oportunidade prevista no art. 399 do CPP implicaria em negativa de vigência ao art. 363 do mesmo diploma legal.

Entretanto, a despeito da possibilidade de se efetivar a citação antes de recebida a denúncia ou queixa, está não é a idéia que deve prevalecer ante os desígnios da reforma processual penal.

No item antecedente, restou esclarecida a necessidade de corrigir o equívoco do legislador reformador, quando este houve por bem acrescer à redação do dispositivo do art. 396, *caput*, do CPP a expressão “recebê-la-á”. Para tanto, pugnou-se por uma interpretação corretiva, ou ab-rogante atenuada, do art. 396, *caput*, do CPP, para dele suprimir, com base nos valores constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a expressão tão questionada.

Assim, uma vez oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, ao avaliar que não se trata de hipótese de rejeição liminar da acusação, receberá a inicial tão-somente para determinar a citação do acusado a fim de que ofereça resposta escrita à acusação em 10 (dez) dias. Com a resposta, o magistrado analisará a presença das hipóteses previstas no art. 397 do CPP. Não absolvendo sumariamente o acusado, somente aí deverá receber formalmente a inicial acusatória, intimando o réu para audiência de instrução e julgamento.

Por essa dinâmica, tendo em conta o sucesso da interpretação corretiva do art. 396, *caput*, do CPP, a admissibilidade da acusação ocorreria após o contraditório prévio. Isto que, sem dúvida, foi o preconizado pela reforma processual penal.

No entanto, tendo em conta a ordem constitucional vigente, tão-somente receber a denúncia ou queixa após a manifestação defensiva não basta. É preciso mais... É preciso que a própria relação processual se estabeleça, de forma completa, depois do contraditório prévio.

É certo que o recebimento da denúncia ou queixa constitui marco relevante para o Direito Penal, posto que ensejará a interrupção da prescrição, nos termos do art. 117, inc.I, do Código Penal. Do mesmo modo, a interrupção da prescrição, com o recebimento da denúncia, se operada de forma errônea, implicará em sérios prejuízos ao réu, posto que ao juiz não é dada a oportunidade de rever tal decisão, e, assim, corrigir seu erro. Sobre esse aspecto, toda a controvérsia sobre o tema do recebimento da acusação guardaria relação tão-somente com o marco interruptivo da prescrição, de maneira que, exceto por este efeito da admissibilidade, inexistiria relevância alguma em estabelecer qual o momento em que se dá o recebimento da denúncia ou queixa. Não obstante, a interrupção da prescrição, por si só, já releva a necessidade do contraditório prévio à admissibilidade da acusação.

Porém, como já dito, faz-se mister que a relação processual penal se estabeleça, de forma completa, depois do contraditório prévio à acusação, e isso só será possível se a citação do acusado ocorrer depois de recebida a denúncia ou queixa.

Já se mencionou que a Lei 11.719/08 alterou o art. 363 do Código de Processo Penal para nele prevê que o “processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”. Por esta disposição operou-se uma alteração profunda na estrutura do processo penal: a relação processual, que outrora se completava com o recebimento da inicial, agora estará regularmente triangularizada com a citação válida do acusado, nos termos do art. 363 do CPP.

É como entende César Roberto Bitencourt (2008):

Para o anterior modelo, a relação processual se completava com o recebimento (admissibilidade) da inicial, daí o fundamento para que fosse esse o marco interruptivo do prazo prescricional (e não a citação); a partir desse marco o acusado transmudava-se à condição de réu; por isso benefícios, como a suspensão condicional do processo, estavam vinculados ao recebimento da denúncia (art. 89, § 1o, da Lei 9.099/95). A Lei 11.719/08 introduziu no processo penal, portanto, alteração profunda, de natureza estrutural, emprestando instituições típicas do processo civil; a redação atual do artigo 363 atribui à citação válida no processo penal dignidade

semelhante àquela estabelecida pelo artigo 219 do Código de Processo Civil.¹²⁰

Por esta significativa alteração, somente com a citação válida o processo penal estará regularmente formado, marco no qual o imputado assume a verdadeira condição de “acusado”. “Se há ordenação de citação e ela sendo efetivada, em seguida, há formação do processo; mais ainda, a lei já chama o suposto criminoso de ‘acusado’”.¹²¹

Assim é que, a vingar a dinâmica processual estabelecida pela reforma, por uma interpretação literal dos arts. 396, *caput*, e 399 do CPP, ainda que o recebimento da acusação se efetive após a defesa preliminar, uma vez oferecida a denúncia e ordenada a citação do réu, o processo penal já estará regularmente formado.

E se

Pode ocorrer que se passem meses e meses entre uma “fase” e “outra”. E, quando o “acusado”, ainda no “limbo”, for retirar uma certidão, ele é o quê? Tecnicamente, é réu. Afinal, conforme o artigo 363 — levado às últimas conseqüências da ciência processual — ele está respondendo a processo, pela simples razão de que foi citado, já se tendo esgotado a ação penal (STRECK, 2008).¹²²

Ou seja, determinada pessoa, suspeita de ter praticado uma infração penal, assumirá a condição de réu em processo penal, pela simples razão de ter sido citado após o oferecimento da denúncia ou queixa. Inegável, portanto, que a citação do acusado, nos termos do art. 396, *caput*, do CPP, ou seja, logo depois de oferecida a denúncia ou queixa, triangularizando a relação processual sem que haja contraditório prévio, vai de encontro aos ditames do Estado Democrático de Direito, bem como a valores constitucionais consagrados como a dignidade da pessoa humana.

A existência, por si só, de processo criminal é geradora de constrangimentos na sociedade, provocando um abalo emocional à pessoa imputada. Não é preciso enveredar aos mananciais dos estudos sociológicos para entender que o processo penal, na sociedade brasileira, sempre funcionou como verdadeiro fator de estigmatização. (SAUSEN, 2009, p. 167).

¹²⁰ Citação extraída do sítio eletrônico da Revista Consultor Jurídico (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/70289>>. Acesso em: 28 abr. 2010).

¹²¹ Citação extraída do sítio eletrônico da Revista Consultor Jurídico (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2010).

¹²² Citação extraída do sítio eletrônico da Revista Consultor Jurídico (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2010).

Assim,

em relação ao sistema judiciário, que também tem seu tempo próprio, é preciso ter em conta a situação específica do acusado e da ação penal pela qual responde, pois a demora demasiada para a conclusão da ação penal – verdadeira pena processual –, traz conseqüências irreversíveis, tais como a angústia injustificada, o estigma de imputado e as mais diversas discriminações, o que é ainda mais evidente se o acusado estiver preso cautelarmente (SAUSEN, 2009, p. 167).

Com peculiar acuidade, Gustavo Henrique Badaró (2007, p. 141) assim se manifestou sobre o caráter infamante do processo penal:

Inegável o caráter infamante do processo penal. É exato que, sob o ponto de vista jurídico, a garantia constitucional da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, assegura que nenhuma diferenciação possa existir entre, de um lado, aquele que é acusado de um delito, sem que haja uma condenação transitada em julgado contra si e, de outro, qualquer cidadão que nunca foi processado. Mas também é certo que, do ponto de vista moral, social e mesmo psicológico, o simples fato de estar sendo processado criminalmente é um pesadíssimo fardo a ser carregado pelo acusado. Ser réu em processo criminal é, portanto, de alguma forma, já estar sendo punido.

Diante do caráter infamante e apenador do simples “estar sendo processado”, seria uma intolerável agressão à dignidade do cidadão admitir que se pudesse processar alguém, imputando-lhe a prática de um crime, tudo por conta de uma acusação infundada ou inepta, indevidamente recebida, sem que houvesse a prévia manifestação defensiva do imputado. Daí porque há afronta ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), caso haja processo penal (in)devidamente instaurado sem o contraditório prévio. “A resposta prévia é uma inovação das leis modernas que entraram em vigor no ordenamento jurídico possibilitando ao juiz ouvir primeiro o acusado, antes de colocá-lo no banco dos réus” (RANGEL, 2009, p. 497).

Nesse sentido, Nereu José Giacomolli, citado por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 629):

Somente deverá ser considerado válido o juízo de recebimento da denúncia após ter o acusado se defendido. Dentre os dois momentos processuais ao recebimento da acusação, a escolha deve recair sobre a situação processual que evidentemente milita em benefício de um maior conteúdo de garantia do

cidadão, visto que impõe mais uma barreira processual a ser transposta para somente após ser permitida a transformação da pessoa de ser comum em acusada em um processo penal.

O problema está, portanto, no vocábulo “citação”, contido no art. 396, *caput*, do CPP, a evidenciar a inconstitucionalidade do dispositivo, por ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), bem como aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).

Andaria melhor o legislador se cunhasse no mencionado dispositivo, ao invés de o vocábulo “citação”, a expressão “notificação”. A “citação”, no sentido técnico da palavra, ocorre – ou deveria ocorrer – na fase prevista do art. 399 do CPP, onde se lê: “intimação”. Ali, sim, haveria autêntica “citação”, porque operada após o recebimento da denúncia e, por conseguinte, após o contraditório prévio.

É que

Se o legislador, no art. 396, usou o termo “citação”, fê-lo por não ter encontrado o instituto da “notificação” devidamente disciplinado no CPP. Mas como o texto usa o termo “citação”, vamos usá-lo entre aspas, pois, em rigor, trata-se de *notificação*, ato processual por meio do qual se dá notícia a alguém no sentido de praticar determinado ato.

[...]

Quando da oferta da denúncia ou queixa, ao contrário do que diz o texto legal, deve o juiz, simplesmente, notificar o réu para dar a sua resposta. Se o juiz não absolver o réu sumariamente, receberá a denúncia ou a queixa, designando data para a audiência de instrução e julgamento. A nosso sentir, esse o momento certo para o recebimento da denúncia e para o Juiz determinar a citação do réu para comparecer à audiência de instrução e julgamento, quando será interrogado (TOURINHO FILHO, 2008, p. 25).

A hermenêutica constitucional fornece instrumentos para superar o impasse. Levando em conta a perspectiva garantidora que deve ter o Processo Penal, só existe uma resposta adequada à Constituição: por uma interpretação conforme a Constituição, onde está escrito “citação”, leia-se “notificação” (STRECK, 2008).

De modo que

A solução vem através da interpretação conforme à Constituição, entendendo-se que onde se disse citação (e diante dos postulados constitucionais) só se pode tomar por sentido a notificação, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, no texto, ler-se-ia “ordenará a notificação do

acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 194).

Diante de normas constitucionais polissêmica, deve-se dar prevalência à interpretação que lhes confira um sentido compatível com a Constituição. Na interpretação conforme à Constituição o ato questionado é legítimo, desde que interpretado em conformidade com a Constituição (NOVELINO, 2008, p. 75). Por esta técnica interpretativa, será necessário uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei permanece intacto. Trata-se, aqui, da aplicação hermenêutica de diferença (ontológica) entre texto e norma (NOVELINO, 2008, p. 75).

Sendo a constituição o fundamento de validade de todos os atos normativos, a legislação infraconstitucional deverá condicionar-se aos ditames da Lei Suprema, a qual deverá servir de diretriz para uma interpretação adequada.

Dessa forma, o dispositivo do art. 396, *caput*, do CPP é constitucional, desde que interpretado assim: não rejeitada liminarmente a denúncia ou queixa, o juiz recebê-la-á e ordenará a notificação do acusado para responder a acusação no prazo de dez dias, por escrito. É claro que, como asseverado em linhas anteriores, a expressão “recebê-la-á” deverá ser suprimida por uma interpretação corretiva do mencionado dispositivo.

Desta forma, o processo somente será instaurado após a defesa escrita preliminar, quando, então, se recebida a denúncia ou queixa, ordenar-se-á a citação do acusado. Eis a chave do problema. Citação implica processo penal instaurado. E isso não pode ocorrer se se quiser preservar a tese de que a reforma veio para instaurar o império da igualdade, da ampla defesa e do contraditório. É este o ponto fulcral, resolvido, agora, em sede de interpretação conforme à Constituição.

É forçoso concluir, pois, pelas razões e fundamentos jurídico-constitucionais expostos neste capítulo, que o dispositivo do art. 396, *caput*, do Código de Processo Penal remanesceria constitucional, desde que interpretado assim: “nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a notificação do acusado para responder a acusação no prazo de dez dias, por escrito”.

É a idéia que deve prevalecer, posto que consentânea aos valores constitucionais do contraditório, ampla defesa e dignidade da pessoa humana.

Estabelecida, ademais, a ideia de que a relação jurídica processual penal por crime falencial tem sua gênese com o oferecimento da denúncia ou da queixa substitutiva,

doravante, como parte nuclear desta dissertação, analisar-se-á no próximo capítulo o juízo natural para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais.

5 DO JUÍZO NATURAL PARA O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DOS CRIMES FALENCIAIS

5.1 Da natureza mista e do procedimento bifásico para apuração dos crimes falenciais

A ritualística do processo por crime falencial, no período compreendido entre a promulgação do Código Comercial, instituído pela Lei n. 556, de 25 de junho de 1850, até a vigência do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945¹²³, assumiu uma feição dualística.

É que nela se observavam a aplicação de regras oriundas do Código Comercial e de seus Decretos reguladores e de normas advindas da legislação criminal, desenvolvendo-se em duas fases peculiares.

Segundo Batista (2006, p. 39), o Decreto n. 562, de 02 de julho de 1850, em vigor após o decurso de uma semana da promulgação do Código Comercial, em seus arts. 1º e 2º¹²⁴, continha determinação no sentido de que fossem processados pelos juízes municipais até a pronúncia inclusivamente e julgados pelos juízes de direito alguns crimes, entre os quais o de bancarrota, destacando que o rito procedimental para apuração dos mesmos foi disciplinado pelo Decreto n. 707, de 09 de outubro de 1850¹²⁵, realidade processualística esta que passou a ser observada por sucessivas legislações, mediante expressa referência a esse Decreto, situação que perdurou até a entrada em vigor do Código de Processo Penal Federal de 1941.

Essa dualidade ritualística é evidenciada, também, no Decreto n. 738, de 25 de novembro de 1850¹²⁶, que, no seu Título II, disciplinava o processo das quebras, instaurado perante o juízo do comércio e em sede do qual se dava a apuração da espécie ou natureza daquelas, oportunidade em que eram analisadas, igualmente, em seus aspectos jurídico-penais, o que poderia resultar na pronúncia por crime falencial, que se constituía no juízo de admissibilidade de prática de conduta dessa natureza. Em caso de pronúncia, o julgamento era

¹²³ Adota-se esse marco temporal em razão de ser, até então, desconhecido qualquer arranjo jurisdicional concernente ao rito procedimental como os dos moldes atuais.

¹²⁴ Decreto n. 562, de 02 de julho de 1850, contendo a seguinte ementa: “Marca os crimes que devem ser processados pelos Juizes Municipaes, e julgados pelos Juizes de Direito”. Art. 1º: “Serão processados pelos Juizes Municipaes até a pronuncia inclusivamente, e julgados pelos Juizes de Direito, os seguintes crimes: (...) Art. 2º: “O **crime de banca-rota** também será definitivamente julgado pelos Juizes de Direito” (o destaque não consta no original).

¹²⁵ O Decreto n. 707, de 09 de outubro de 1850, em que continha a seguinte ementa: “Regula o modo por que devem ser processados pelos Juizes Municipaes, e julgados pelos de Direito os crimes de que trata a Lei Nº 562 de 2 de julho deste anno”.

¹²⁶ Decreto n. 738, de 25 de novembro de 1850, que continha a presente ementa: “Dá o Regulamento para os Tribunaes do Commercio, e para o processo das quebras”.

postergado para uma segunda fase, que se desenvolvia na jurisdição criminal, pelo que a instrução ficava adstrita ao juiz do comércio, enquanto o julgamento era feito pela alçada do crime (FERREIRA, 1955, p. 422-423).

Em 24 de outubro de 1890, veio a edição do Decreto n. 917, que reformou a parte terceira do Código Comercial de 1850, constituída pelos arts. 797 a 913 e que se referiam ao instituto da falência, sob a rubrica “Das Quebras”. Referido Decreto não se divorciou do sistema bifásico (FERREIRA, 1955, p. 423).¹²⁷

E na vigência da Lei n. 2. 024, de 17 de dezembro de 1908, que tornou a remodelar a legislação falimentar, o procedimento bifásico para a apuração dos crimes falenciais continuou a ser observado. É o que se pode inferir das disposições contidas nos seus art. 174 e 175, nos seguintes termos:

Art. 174: “O processo final contra o fallido, seus cúmplices e demais pessoas punidas pela presente lei correrá em auto apartado, distinto e independente do commercial e não poderá ser iniciado antes de declarada a fallencia. §1º - O processo correrá até a pronuncia perante o juiz que declarou aberta a fallencia (...); Art. 175. Os crimes, de que trata esta lei, serão julgados pelo juiz de direito criminal do districto da sede do estabelecimento principal do fallido”

Na sequência, editou-se o Decreto n. 5.746, de 09 de dezembro de 1929, que trouxe novos reajustes à legislação de regência da falência, reproduzindo, contudo, em matéria de procedimento para apuração de crimes falenciais, em seus arts. 175, *caput*, e seu parágrafo 1º e art. 176, *caput*, idêntica tipologia procedimental da legislação imediatamente anterior.

Impende asseverar, que o anteprojeto reajustador da Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, que daria ensejo ao mencionado Decreto n. 5.746/1924, foi elaborado por Waldemar Ferreira, no qual era previsto o fim da sistemática bifásica, estabelecendo que o processo criminal contra o falido, seus cúmplices e demais pessoas seria distinto e independente do de natureza mercantil, sendo desenvolvido inteiramente perante a esfera criminal, inclusive a fase de formação da culpa e somente poderia ser iniciado após a declaração da falência.

Encaminhado pela Associação Comercial de São Paulo ao Senado Federal, referido anteprojeto ali recebera aprovação. Ocorreu, porém, que na Câmara dos Deputados sofrera várias alterações, notadamente em relação àquelas disposições que se referiam ao fim da

¹²⁷ Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, continha a ementa: “Reforma o Código Commercial na parte III”. Em seu art. 77 preceituava: “O processo criminal contra o fallido correrá em auto apartado, distinto e independente do commercial; não poderá, porém, ser iniciado antes de declarada a falência. E no art. 78: “É competente para qualificar a fallencia o juiz que a declarou”. Já o art. 83, cuidando do rito procedimental, disciplinava: “A fôrma do processo do julgamento será a do Decreto nº 707 de 9 de outubro de 1850”.

sistemática bifásica, de modo que acabou prevalecendo esta ritualística ao ser editado o Decreto n. 5.746, de 09 de dezembro de 1929 (FERREIRA, 1955, p. 424).

O rompimento de qualquer vinculação entre o processo criminal e o mercantil já havia sido, anteriormente, buscado por Inglez de Souza, sustentando que o processo falencial deveria se restringir a simples execução geral dos bens do devedor pelos credores constituídos em massa.

Referido entendimento, resultou de sua vasta experiência com tal sistemática, o que lhe permitiu concluir que a regulação pela Lei, e no processo da falência, dos crimes praticados em desfavor dos credores do negociante falido, acabava por diminuir a importância da ação penal, com retração da justiça criminal, na medida em que os interesses maiores dos envolvidos com o processo falencial se concentravam na obtenção do melhor proveito com aquela situação, de modo a diminuir-lhes, tanto quanto possível, o prejuízo, acarretando, em consequência, a impunidade dos crimes cometidos e transmudando a falência em excelente meio de liquidação do negócio (FERREIRA, 1955, p. 423).

A propósito desse dual procedimento, Octavio Mendes (1930, p. 381) destaca que fora arguida a sua inconstitucionalidade, tendo a questão chegado até o Supremo Tribunal Federal. Alegava-se que somente o juiz criminal poderia presidir a formação de culpa contra os falidos.

O Supremo Tribunal Federal, em resolução da problemática, determinou que fosse cumprido o art. 174, §1º, da Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, ou seja, manteve a sistemática bifásica. Decisão esta que, segundo o referido doutrinador, é bem adequada, porquanto atribuir ao juiz comercial competência para presidir a formação da culpa contra os falidos não implica em lhe atribuir competência para julgar em matéria criminal, ressaltando que a questão envolve apenas averiguações para pronúncia ou despronúncia, sujeita a recurso para o Tribunal Superior, além do que o juiz da falência está mais apto para bem decidir do que o juiz criminal, uma vez que este não acompanhou, como aquele, a falência desde o seu princípio.

Discorrendo sobre a duplicidade de juízos envolvidos na mesma causa criminal, Mendonça (1947, p. 587-588) acentuou que o legislador, ao atribuir a competência ao juiz de comércio para instrução do processo falencial criminal, fê-lo na convicção de que este era mais hábil para esse mister, pois lhe cabia a superintendência e direção dos síndicos e

liquidatários, destacando, todavia, que o sistema vinha encontrando oposição em alguns Estados, aos quais ia sendo reconhecido o direito de legislar a respeito.¹²⁸

Perfilhando tal entendimento, Valverde (1999, v. 2, p.160) aduzia que havia boas razões para o legislador conferir ao juiz da falência a competência para receber ou rejeitar a denúncia ou a queixa, porquanto se tratava de uma presunção legal, de louvável acerto, e que o juiz da falência, diante dos fatos que aconteceram sob sua imediata inspeção, seria mais indicado para, em face dos interesses em conflitos, avaliar o mérito da denúncia ou da queixa.

Asseverava, ademais, que o juiz que preside a falência tem exclusiva competência para receber ou rejeitar a denúncia ou a queixa, oferecida com base no resultado obtido pelo inquérito judicial e que o seu recebimento pelo juiz criminal competente para o processamento da ação penal afiguraria, em princípio, violação flagrante do disposto no parágrafo 2º, do art. 109, do Decreto-Lei n. 7.661/45, mesmo porque isso ensejaria pressuposto de que o juiz da falência havia remetido os autos do inquérito judicial ao juiz criminal sem qualquer inferência sobre a denúncia ou a queixa, o que resultaria incompreensível diante da cristalina clareza dos textos legais, arrematando, contudo, que o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado sobre o assunto, firmando o entendimento de inexistir nulidade processual na hipótese, tendo em conta ser o seu recebimento da denúncia um mero ato que fixa o início do processo penal, sob o encargo da jurisdição criminal (VALVERDE, 1999, v. 2, p. 160).

Interessante anotar, também, a reflexão que Sampaio de Lacerda (1999, p. 316) faz acerca dessa duplicidade de juízos em torno de uma mesma causa. Reconhecendo como curiosa a situação, diz ele que outra não poderia ser a orientação da lei, sob pena de criar sérios embaraços, como na hipótese dos autos do inquérito judicial serem remetidos ao juiz criminal para decidir sobre o recebimento ou não da denúncia ou queixa, vindo este a concluir pela rejeição da peça acusatória, o que redundaria, em consequência, na esdrúxula situação de retorno dos autos ao juiz do cível para determinar a apensação dos mesmos ao processo de falência.

¹²⁸ Ao destacar o reconhecimento da competência aos Estados para legislarem em matéria de procedimento para apuração e crimes falenciais, Mendonça (1947, p. 588) colacionou as seguintes ementas jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal: Acórdão de 23 de setembro de 1908 (Habeas-Corpus n. 2.619): “a competência que a lei federal dá ao juiz que declara a falência, para também qualificá-la (dir-se-ia hoje para a formação da culpa), não é de tal modo indispensável ao regular funcionamento do instituto da falência, que se possa considerá-la entre as regras de processo que, por intimamente ligadas com êsse instituto, escapam à competência legislativa dos Estados”. (Na Revista de Direito, vol. 10, pág. 314, em O Direito, vol. 107, pág. 316). b) Acórdão de 1º de abril de 1909 (habeas corpus n. 2.704): “é incontroverso, em face da Const. Fed., que ao Estado assiste o direito de legislar sobre a sua organização judiciária, criando os respectivos órgãos e prescrevendo-lhes as suas funções, portanto, podia o Estado reservar o processo da formação da culpa nos crimes de falência à competência privativa do juiz comercial. (Na Revista de Direito, vol. 13, pág. 93, e em O Direito, vol. 110, pág. 471).

Sucedendo aquelas provisões legislativas, veio o Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, a chamada Lei de Falências, que, em seu art. 109, parágrafo 2º, contemplava o referido procedimento dual, determinando que os autos seriam remetidos imediatamente ao juízo criminal competente para prosseguimento da ação nos termos da Lei Processual Penal, desde que a denúncia ou queixa fosse recebida pelo juiz da falência, em despacho fundamentado, o qual, inegavelmente, tem a mesma natureza de juízo de prelibação ou de admissibilidade contida na pronúncia, prevista nas legislações anteriores.

A respeito da manutenção do sistema bifásico pelo Decreto-Lei n. 7.661/45, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941), sob a rubrica “as formas do processo”, discorrida no item XIII, observa-se a tentativa de se extinguir o sistema bifásico, de modo que:

“(…) O processo por crime de falência é atribuído integralmente ao juízo criminal, ficando suprimido, por sua conseqüente inutilidade, o termo de pronúncia. Não são convenientes os argumentos em favor da atual dualidade de juízos, um para o processo até a pronúncia e outro para julgamento. Ao invés das singularidades de um processo anfíbio, com instrução no juízo cível e julgamento no juízo criminal, é estabelecida a competência deste *ab initio*, restituindo-se-lhe uma função específica e ensejando-se-lhe mais segura visão de conjunto, necessário ao acerto da decisão final”.

Em que pese o referido conteúdo, entende-se que no aludido Decreto-lei mantivera-se a duplicidade de juízo em torno da mesma causa. É que se separava o procedimento especial atinente aos crimes falenciais, em duas fases distintas: uma dirigida à formação da culpa, por intermédio do inquérito judicial, na forma do art. 103 e segs., do Decreto-lei n. 7.661/45, e outra voltada ao juízo da causa no âmbito da ação penal condenatória, esta prevista pelas regras estatuídas pelo art. 109, da mencionada legislação falencial revogada. E esse modelo bifásico para apuração dos crimes falenciais, estabelecido pela legislação em comento, tornava-o similar ao procedimento especial do júri, este regrado pelos arts. 406 e segs., do Código de Processo Penal (PITOMBO, 2005, p. 597-598).

Na verdade, é de se reconhecer que o diploma legal em comento trouxe uma novidade: a possibilidade da ação penal por crime falimentar ser intentada, *ab initio*, perante o juízo criminal. É o que se pode inferir da leitura atenta do conteúdo normativo do art. 194, o qual prevê que se no juízo da falência não for ofertada a denúncia, se o curador não pediu arquivamento, e o síndico ou qualquer credor, malgrado a negligência do Curador de Massa Falidas, não ofertou queixa substitutiva da denúncia, nada obsta que seja ofertada a denúncia

ou queixa perante o juiz criminal do lugar onde tenha sido decretada a falência (TOURINHO FILHO, 1997, v. 2, p. 503).

Logo, conquanto tenha sido preservada a ritualística dual, eis que a denúncia ou queixa deve ser ofertada perante o juízo falencial, que, recebendo-a, mediante despacho fundamentado, procederá à remessa dos autos ao juízo criminal (art. 109, §2º), excepcionalmente a ação penal poderá ter início no juízo criminal (DAMÁSIO, 2002, p. 388).

5.2 Da (re)discussão da índole constitucional da competência para fixação do juízo natural em sede dos crimes falenciais

A fixação do juízo natural para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais, após a edição e vigência da Lei n. 11.101, publicada em edição extra do Diário Oficial da União, em 09 de fevereiro de 2005, vem fomentando polêmicos debates na doutrina brasileira.

Urge destacar, todavia, que o objeto da discussão, ainda que com certa diversidade de enfoque, já havia sido analisado na vigência da Lei 2.024, de 17 de dezembro de 1908, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, conforme já ventilado¹²⁹.

Ademais, o que se percebe, em relação à matéria ora discutida, é o reaquecimento de um debate entabulado no curso da década de 1980, estendendo-se até os dias atuais, quando surgiram as primeiras discussões atinentes à constitucionalidade do art. 15, da Lei Estadual n. 3.947, de 08 de dezembro de 1983, que remodelou o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de São Paulo, e, posteriormente, a da disposição contida no art. 33, inciso IV, da Lei n. 8.145, de 14 de maio de 1991, que dispunha sobre a Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios, quando vigiam os arts. 108 *usque* 110 e art. 194, todos do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945.

É que aqueles dispositivos, o do Código Judiciário Paulista e o da Organização Judiciária do Distrito Federal, continham previsões, respectivamente, de que “as ações por crime falimentar e as que lhe sejam conexas passam para a competência do respectivo juízo universal da falência”, e “ao Juiz da Vara de Falências e Concordatas compete processar e julgar as causas relativas a crimes falimentares”, que estariam em desacordo com a regra prevista na então Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45), que, no parágrafo 2º do seu art. 109, estabelecia que se o juiz da falência, em despacho fundamentado, recebesse a denúncia

¹²⁹ No tópico I desta seção, a origem da presente discussão foi destacada, utilizando-se das lições doutrinárias de Carvalho de Mendonça, inclusive em relação aos precedentes jurisprudenciais do STF, transcritos em nota de rodapé.

ou queixa por crime falencial, determinaria “a remessa imediata dos autos ao juízo criminal competente para prosseguimento da ação nos termos da lei processual penal”.

Ora, dispondo o art. 183, da Lei n. 11.1001/05, que “compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei”, infere-se que tal disposição legal guarda similitude com aquelas que estavam contidas no Decreto-Lei n. 7.661/45, essencialmente com a do art. 109, parágrafo 2º, sendo forçoso, em consequência, concluir que, em matéria de competência por crimes falenciais, não houve qualquer alteração significativa com o advento da nova legislação. Realidade esta que revigorou os debates acerca da possibilidade de se não reconhecer caráter de constitucionalidade naqueles dispositivos das legislações paulista e do Distrito Federal e Territórios, máxime porque, objetivando espancar qualquer resquício de dúvida acerca do tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir da promulgação da nova Lei de regência da falência e da recuperação judicial, em sede da Resolução n. 200¹³⁰, de 23 de março de 2005, que criou Varas Especializadas de recuperação e falência na capital do Estado, na parte final do seu art. 1º deixou claro que a competência para o julgamento do processo por crime falencial permaneceria com o juízo da falência e da recuperação, prevendo, inclusive, a criação de varas com tal especialização em outras comarcas, que não a da Capital (BEZERRA FILHO, 2011, p. 363), ao passo que a Lei n. 11.697, de 13 de julho de 2008, revogou a Lei n. 8.185, de 14 de maio de 1991, remodelou a Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios, reproduzindo, porém, na mesma posição topográfica, isto é,

¹³⁰ Convém registrar, para melhor compreensão da questão, o conteúdo da Resolução em comento: O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por seu Órgão Especial, no uso de suas atribuições legais, considerando o advento da Lei federal n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que alterou substancialmente o processo falimentar e introduziu o instituto da recuperação judicial e extrajudicial; considerando a necessidade de especialização do serviço judiciário do Estado; considerando o disposto no art. 40 da Lei Complementar n. 762, de 30 de setembro de 1994, que permite o Tribunal de Justiça remanejar a competência de Varas da mesma comarca; considerando, por fim, o decidido pelo egrégio Órgão Especial, nos autos do Processo n. COJ-1.062-CXXIII, resolve: art. 1º. As 48ª, 49ª e 50ª Varas Cíveis do Foro Central da comarca de São Paulo, criadas pelo art. 32, inciso II, letra ‘a’, da Lei Complementar estadual n. 762/1994, ficam remanejadas, respectivamente, em 1ª, 2ª e 3ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais da referida comarca, com competência para processar, julgar e executar os feitos relativos à falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios e seus incidentes, disciplinados pela Lei federal n. 11.101/2005, incluídas as ações penais (art. 15 da Lei estadual n. 3.947/1983). Art. 2º. As 58ª, 59ª e 60ª Varas Cíveis do Foro Central da comarca de São Paulo, criadas pelo art. 45, inciso I, letra ‘a’, da Lei Complementar estadual n. 877/2000, ficam reenumeradas em 48ª, 49ª e 50ª Varas Cíveis do Foro Central da referida comarca, respectivamente. Art. 3º. O acervo de feitos referentes à falência e concordatas, que tramita sob a égide do Decreto-lei n. 7.661/1945, permanecerá nas Varas Cíveis do Foro Central da comarca de São Paulo. Art. 4º. Esta Resolução entrará em vigor em 30 dias, a partir de sua publicação. São Paulo, 23 de março de 2005 – Luiz Tâmbara, Presidente do Tribunal de Justiça.

em seu art. 33, inciso IV, a regra contida na Lei revogada, apenas deslocando a expressão verbal ‘competete’ para o início da redação do *caput* do artigo em referência.¹³¹

A respeito dos conteúdos normativos dispostos na atual legislação de regência da falência e da recuperação judicial e na anterior, versando sobre competência para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais, Pereira (2010, p. 233) destaca que entre eles havia uma única diferença, apontando-a como sendo a previsão de um juízo de prelibação ou de admissibilidade da peça acusatória feito pelo juiz da falência, tendo em conta que o art. 109, parágrafo 2º, do Decreto-Lei n. 7.661/45, estipulava que a competência do juízo criminal teria início após o recebimento da denúncia ou queixa pelo juízo falimentar, diferentemente do conteúdo do art. 183, da Lei n. 11.101/05, que fixou o juízo criminal como competente para a *persecutio criminis in iudicio*, desde o oferecimento da ação penal.¹³²

Em igual direção, destaca Berenguer (2006, p. 192) que a similaridade entre a disposição legal em vigor e aquelas revogadas indica que a questão da competência nos crimes falenciais não teve modificações com a edição da nova lei falencial.

Por seu turno, sustenta Migliari Júnior (2006, p. 192-193) que o Decreto-Lei n. 7.661/45, na verdade, não se ocupava do tema, porquanto deles já cuidavam as disposições contidas nos arts. 503 a 512 do Código de Processo Penal, que viriam, posteriormente, a ser revogadas pelo art. 200 da Lei n. 11.101/05 e que, efetivamente, a disposição contida no art. 183 dessa Lei guardaria similitude com o conteúdo do art. 175 da Lei n. 2.024/1908.¹³³

Cumprido observar, de outra parte, que quando se diz que não houve alteração significativa, em matéria de procedimento penal, na passagem do regramento da legislação revogada para a Lei atual de regência da falência e da recuperação falencial, é que, por mais despidianda que possa parecer, houve, na verdade, a supressão, no texto atual, do vocábulo ‘competente’ que se fazia acrescer à expressão ‘juízo criminal’ contida no parágrafo 2º do art.

¹³¹ Para fins comparativos, cumpre transcrever os mencionados dispositivos legais. O art. 33, *caput*, e seu inciso IV, da Lei n. 8.185, de 14 de maio de 1991, tinha a seguinte redação: Art. 33: “Ao Juiz da Vara de Falências e Concordatas compete: (...) IV – processar e julgar as causas relativas a crimes falimentares” e o art. 33, *caput*, e seu inciso IV, da Lei n. 11.697, de 13 de julho de 2008, traz o seguinte teor: Art. 33: “Compete ao Juiz da Vara de Falências e Concordatas: (...) IV – processar e julgar as causas relativas a crimes falimentares

¹³² No mesmo sentido, ou seja, sustentando que a competência para apreciar a admissibilidade da inicial acusatória e prosseguir nos demais termos do processo criminal é do juízo penal territorialmente competente, a partir da entrada em vigor da Lei n. 11.101/05 (MUCCIO, 2011, p. 1420), (ALENCAR; TÁVORA, 2011, p. 775) e (OLIVEIRA, 2011, p. 750). Em sentido contrário, Bezerra Filho (2011, p. 363) sustenta que, embora o art. 183 da Lei n. 11.101/05 não o tenha feito com a clareza desejada, manteve a mesma forma de procedimento do parágrafo 2º, do art. 109, do revogado Decreto-Lei n. 7.661/45, ou seja, de que os autos serão enviados ao juízo crimina após a existência de ação penal, cuja caracterização somente ocorre depois do recebimento da denúncia ou queixa pelo juízo falencial. Tal entendimento é perfilhado, também, por Purificação (2001, p. 305).

¹³³ O conteúdo do art. 175 da Lei n. 2.024/1908 tinha a seguinte redação: “Os crimes, de que trata esta lei, serão julgados pelo Juiz de Direito criminal do districto da sede do estabelecimento principal do fallido. §1º. A forma do processo do julgamento será a do Dec. 707, de 09 de outubro de 1850. §2º. Da sentença, poderão apellar o réo, o representante do Ministério público, a parte queixosa, ou assistente, nos efeitos regulares”.

109, da legislação revogada, de seguinte teor: “se receber a denúncia ou a queixa, o juiz, em despacho fundamentado, determinará a remessa imediata dos autos ao juiz criminal competente para prosseguimento da ação nos termos da lei processual penal”

Faz-se esse registro, porque na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45 surgiram algumas controvérsias a respeito do alcance da expressão “juízo criminal competente”, tendo em conta as regras dos arts. 70 e 72 do Código de Processo Penal, sendo que o primeiro traz, como regra geral, a competência determinada pelo lugar da consumação da infração, enquanto o último determina a competência pelo domicílio ou residência do réu, quando não possível ser determinada aquela pela regra anterior.

Entendia Bento de Faria (1947, p. 477) que, por ter o dispositivo em comento feito expressa referência à lei que deve regular a competência jurisdicional, esta deveria ser determinada pelo lugar da infração para indicar o juízo do distrito da culpa, no caso, o do lugar da consumação do crime, ainda que a sua prática tenha começado em outro. E, quando verificada a realidade do crime, não for possível determinar-se o lugar da sua ocorrência, aí sim a competência será regulada pelo domicílio ou a residência do réu (moradia habitual), aplicando-se a regra decorrente da combinação dos arts. 70 e 72 do Código de Processo Penal.

Assinala, ademais, o mencionado doutrinador que, diante de tal realidade legislativa, o juiz competente para instrução criminal poderia não ser o do lugar em que o falido mantinha o seu principal estabelecimento, isso porque a norma prescrita para a declaração da falência não fica vinculada à competência em matéria penal (FARIA, 1947, p. 477).

Por seu turno, Beatriz Vargas (2009, p. 1202) sustenta que desde o regime do Decreto-Lei n. 7.661/45 o juízo competente para conhecer da ação penal é o juízo criminal e, especificamente, aquele da jurisdição onde foi decretada a quebra, não sendo aplicável à hipótese a regra imposta pelo art. 70 do Código de Processo Penal.

Assiste razão a Beatriz Vargas, no que respeita, especificamente, ao juízo criminal da jurisdição em que for decretada a falência, tendo em conta a referência expressa a esse juízo contida no art. 194 do Decreto-Lei n. 7.661/45, que, embora se refira a outro momento processual, nada obsta que, em uma interpretação sistemática, chegue-se a esta conclusão.

Corroborando tal entendimento, vale transcrever a lição de Carvalho de Mendonça (1947, v. 8, p. 588): “se fosse lícito radicar a competência penal em cada um dos lugares, onde se verificasse uma qualquer diminuição patrimonial dolosa ou culposa, ter-se-iam outros tantos juízos penais quantos os fatos de ilícita diminuição realizados em lugares diversos”.

5.3 Da justificação das Normas de Organização e Divisão Judiciárias dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios como regras fixadoras da competência em matéria penal falencial

Parte da doutrina pátria sustenta que a pertinência constitucional do art. 15 da Lei n. 3.947, de 08 de dezembro de 1983 (Código Judiciário de São Paulo) e do art. 33, IV, da Lei n. 11.697, de 13 de julho de 2008, (Legislação atual de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios) se radica na disposição do art. 24, inciso XI¹³⁴, que contém previsão de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para, de forma concorrente, legislarem sobre procedimento em matéria processual, destacando-se que o parágrafo 1º, daquele dispositivo constitucional, preceitua que “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais” e, do conseguinte, as normas especiais, que envolveriam a distribuição de competência aos juízes, caberiam exclusivamente aos Estados e ao Distrito Federal. E, então, incumbiria a estes entes federativos, e não à União, fixar a competência para o processo penal, em face da natureza da infração penal, na conformidade da disposição contida no art. 74, *caput*, do Código de Processo Penal.¹³⁵

Perfilhando tal entendimento, aduz Bruscatto (2011, p. 732-733) que a competência para o processamento e julgamento dos delitos falimentares assenta no juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, deferido a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, sendo facultado aos Estados, em suas respectivas leis de Organização Judiciária, conferir competência cumulativa ao juízo universal da falência para conhecer as infrações falimentares, haja vista a dicção do art. 24, inciso XI, da Constituição Federal prescrever a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre procedimento em matéria processual.

Ademais, o parágrafo 1º do referido artigo constitucional circunscreve a competência da União ao estabelecimento de normas gerais. Outrossim, conclui a mencionada autora que a legislação federal aplicável é o Código de Processo Penal, cujo art. 74 fixa que a competência em razão da natureza da infração deverá ser regulada pelas leis de organização judiciária (BRUSCATTO, 2011, p. 732-733).

Da mesma sorte, Migliari Júnior (2006, p. 194) assevera que, não obstante o texto da Lei n 11.101/05 referir-se a juiz criminal, nenhum óbice haveria para que cada Estado da

¹³⁴ Art. 24, I, CF: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XI – procedimento em matéria processual”.

¹³⁵ Art. 74 Código de Processo Penal: “A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri”.

federação delegasse ao juiz universal da falência ou da recuperação a função de processar e julgar os crimes falenciais, ressaltando que a experiência vencedora do Estado de São Paulo demonstra que a unificação de procedimentos num único juízo, possibilita uma visão muito maior “a respeito do *thema decidendo* que o juízo criminal, preso exclusivamente ao critério fixador de uma responsabilidade penal”. E, em abono de suas argumentações, transcreve as disposições constitucionais dos arts. 68, parágrafo 1º, inciso I; 96, inciso I, alínea ‘a’; 125, *caput*, e seu parágrafo 1º, dentre outras disposições legais e constitucionais.

Nessa esteira, Tomazette (2011, p. 558-559) revela que não há qualquer impedimento para Lei de Organização Judiciária Estadual atribuir a competência à vara especializada, uma vez que a expressão *juízo criminal*, contida no texto positivado no art. 183 da Lei n. 11.101/05, não significa necessariamente uma vara especializada, sobretudo porque, em diversas comarcas, há varas únicas de competência geral, o que não impede, em consequência, que a Lei de Organização Judiciária atribua essa competência ao juízo falencial, regramento esse que é constitucional, conforme já decidira o STF, no que fora corroborado pelo STJ.¹³⁶

Discorrendo sobre a atribuição legislativa da matéria, Tourinho Filho (2009, p.755-756) acentua que houve uma preocupação demasiada do legislador ordinário federal com problemas socioeconômicos na feitura da Lei n. 11.101/05, a ponto de não dispensar a atenção merecida à parte processual penal, chegando a sugerir que o art. 183 da mencionada legislação devesse ser redigido nos seguintes termos: “A ação penal pelos crimes previstos nesta Lei tramitará no foro onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial”. E sugere tal redação em atenção às disposições constitucionais do art. 24, inciso XI, e seu parágrafo único, que atribui à Lei de Organização Judiciária dos Estados e do Distrito Federal, e não à União, a fixação da competência para ação penal, em decorrência da índole da infração penal, asseverando,

¹³⁶ A propósito, a decisão do STJ referenciada por Tomazette (2011, p. 559) é a que foi proferida nos autos do HC nº 83.837/SP, 5ª Turma, tendo como Relatora a Ministra Jane Silva, na condição de desembargadora convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgado em 25. 10. 2007, e publicado no DJ em 12.11.2007, p. 261, com a seguinte ementa: “HABEAS CORPUS – CRIMES FALIMENTARES – DECRETO-LEI 7.661/1945 – FORMAÇÃO DE QUADRILHA – CONEXÃO – LEI ESTADUAL PAULISTA QUE ATRIBUIU AO JUÍZO FALIMENTAR COMPETÊNCIA PARA JULGAR O CRIME DESSA NATUREZA – COMPETÊNCIA QUE SE ESTENDE PARA O JULGAMENTO DO CRIME COMUM, EM VIRTUDE DA CONEXÃO – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL AFIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ORDEM DENEGADA.

I. A Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo, que atribuiu ao Juízo Universal da Falência a competência para julgar crimes falimentares, sob a égide do Decreto-Lei 7.661/1945, foi considerada constitucional pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. II. Portanto, havendo conexão entre o crime comum e o falimentar, ainda que a prescrição venha a ser futuramente declarada em relação a este último, o Juízo Universal da Falência é competente para processá-lo e julgá-lo. III. Ordem denegada”.

ademais, que se se adotar como perfeita e adequada a redação original do art. 183, da Lei n. 11.101/05, estar-se-ia usurpando uma função que é da Lei de Organização Judiciária dos Estados e do Distrito Federal.

A propósito dessa discussão, Nucci (2011, p. 697), admitindo ter sustentado, outrora, posicionamento equivocado, eis que, conquanto o Supremo Tribunal Federal tivesse declarado a constitucionalidade da Lei n. 3.947/83, sustentava que o objeto ali apreciado se restringiu apenas à matéria de Organização Judiciária, quando, na verdade, deveria ser objeto de análise, como verdadeiro foco, matéria que envolveria conteúdo processual e, pois, de atribuição de lei federal, na forma do art. 22, I, da Constituição Federal. E, após prolongada meditação sobre o tema, constatou que à hipótese, na verdade, é aplicável a regra do art. 74, caput, do Código de Processo Penal, norma essa que autoriza o regramento da competência, tendo em conta a natureza da infração, pelas Leis de Organização Judiciárias, daí, então, a possibilidade de previsão dos julgamentos dos crimes falimentares pela Vara Cível. Ressaltando, todavia, a inconveniência de se atribuir competência ao juízo da falência, porquanto, com raras exceções, muitas são as decisões condenatórias proferidas no juízo extrapenal, envolvendo delitos falenciais, extremamente sucintas, sem observância rigorosa ao devido processo legal e, até mesmo, olvidando princípios fundamentais do direito penal.

Ricardo Negrão (2011, v. 3, p. 619), por sua vez, afirma que a adoção do juízo criminal como competente contribuirá para a lentidão na apuração e condenação criminal, lamentando, assim, o desprezo total do legislador ordinário pelo avanço técnico e a celeridade processual experimentada nos foros paulistas. Destaca, ainda, que a matéria foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal, que se manifestou pela constitucionalidade da norma de organização judiciária para legislar sobre a matéria.

De modo incisivo, Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 531) é pela inconstitucionalidade da regra contida no art. 183 da Lei n. 11.101/05, afirmando que caberia à Lei Estadual de Organização Judiciária definir a competência para ação penal por crimes falimentares, porque na distribuição de competências estabelecida pela Constituição Federal, esta fixou como da alçada dos Estados a competência para estruturar os serviços judiciários e definir os órgãos que serão criados, com sua respectiva competência jurisdicional.

Comungando desse entendimento, Araújo (2009, p. 341-342) reafirma a inconstitucionalidade da norma em apreço alegando que há uma invasão do legislador federal na competência federal por se imiscuir no Código de Organização Judiciária do Estado, uma vez que cabe a legislação estadual, em sua Organização Judiciária, definir a competência para ação penal por crimes falimentares, e não à lei federal.

Em relação ao tema, ainda sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45, o Supremo Tribunal Federal, especificamente sobre a constitucionalidade do art. 15 da Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo (Lei n. 3.947/83), manifestou-se, em sede do Recurso de Habeas Corpus nº 63.787-6¹³⁷ – São Paulo –, no sentido de que o acréscimo, em razão da matéria, da competência criminal ao juízo da falência, daria-se por força de norma tipicamente de organização judiciária reservada, a teor do art. 144, parágrafo 5º, da Constituição Federal¹³⁸, não contemplando, destarte, a hipótese, qualquer invasão da área de competência federal para a edição de normas de processo, na forma prevista pelo art. 8º, inciso XVII, alínea ‘b’, Constituição Federal, destacando seu relator, o Ministro Rafael Mayer que a Lei Estadual “é norma de competência em razão da matéria, portanto, norma de organização judiciária e não norma processual, compreendida na autonomia legislativa do Estado, sem que, portanto, incorra na mácula de inconstitucionalidade que se invoca”.

Posteriormente, em sede do Recurso Extraordinário n. 108.422-7 - São Paulo -, o Supremo Tribunal Federal ratificou aquele entendimento, afirmando que caberia ao Tribunal de Justiça de cada Estado, quando da proposição de sua Lei de Organização e Divisão Judiciárias, o poder de atribuição, conferindo competência aos juízes, de modo que não era inconstitucional a legislação paulista, que atribui ao juiz de falências a competência para julgar os crimes falimentares.¹³⁹

Entende-se sumamente relevante a transcrição de excertos da manifestação de Sua Excelência, o então Sub-Procurador Geral da República Francisco de Assis Toledo, posteriormente Ministro do Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça, com a extinção daquele e criação deste pela Constituição de 1988, em sede do Recurso de Habeas Corpus nº 63.787- 6/ SP, o qual chegou a ser referenciado pelo Ministro Carlos Madeira, Relator do Recurso Extraordinário nº 108.422-7/SP, por ocasião da consignação do seu relatório nos autos do mencionado Recurso, o que se faz com o intuito de, mais adiante,

¹³⁷ STF, RHC 63.787, Relator Ministro Rafael Mayer, 1º Turma, DJ de 22.08.1986: Ementa: “Processo por crime falimentar – Atribuição de competência ao juízo da falência – Matéria de organização judiciária – competência legislativa estadual. A atribuição de competência ao juízo de falência para a ação penal por crime falimentar, acrescentando-lhe essa competência criminal em razão da matéria, é típica norma de organização judiciária reservada, privativamente, ao legislador estadual (art. 144, §5º), sem invasão da área de competência federal para a edição de normas de processo (art. 8º, XVII, ‘b’) – Recurso de habeas corpus improvido”.

¹³⁸ Cumpre destacar que o artigo em referência faz alusão à Constituição de 1967. A norma de organização judiciária, na Constituição Federal de 1988, assenta no art. 125.

¹³⁹ STF, Recurso Extraordinário n. 108.422/SP, Relator Min. Carlos Madeira, 2ª Turma, DJ de 18.03.1988.

Ementa: “Competência. Cabe ao Tribunal de Justiça, ao propor a Lei de organização e Divisão Judiciária do Estado, o poder de atribuição; conferindo competência aos juízes. Não é inconstitucional a lei paulista que atribui ao Juiz de Falências competência para julgar os crimes falimentares. Prescrição. Expirado o período de prova estabelecido na suspensão condicional da pena, extingue-se a punibilidade do réu. Recurso não conhecido, concedendo-se, de ofício, habeas corpus em favor do réu, na forma regimental”.

confrontá-los com os fundamentos doutrinários contrários a esse entendimento. Eis, pois, tais excertos:

(...) De resto, quem pode o mais deve poder o menos: se não se nega à lei de organização judiciária a possibilidade de se atribuir a um ou mais juízos, nas comarcas do interior, competência cumulativa para todos os efeitos, não se deve igualmente negar essa mesma possibilidade em relação a um juízo que, por definição é “universal” - - o da falência.

Não se está, pois, supomos, diante de “norma de processo”, mas de mera distribuição de tarefas, ou de especialização de varas, o que se compreende na competência legislativa dos Estados.

Nem se trata, como se sustenta, de atribuir a juízos cível competência sobre matéria criminal, mas de investir o juízo universal da falência de competência criminal que ele, de resto, já possuía até a fase do recebimento da denúncia (§2º do art. 109 da lei de Falências). Assim, segundo a Lei Paulista, o “juiz criminal competente” para os crimes falimentares passa a ser o da falência. Com isso – ainda que desnecessário nesse particular – harmonizam-se antigas leis federais e a nova lei estadual de organização judiciária. O juiz natural, para os crimes falimentares, será obviamente o da falência.

Não se está, finalmente, diluindo a distinção existente entre jurisdição civil e criminal, pois os argumentos em prol da especialização dos juízos têm aqui uma dúplici faceta apta a fazê-los igualmente pesar na opção paulista, pois a ninguém ocorrerá negar que a matéria dos crimes falimentares, indissolavelmente ligada à gestão da empresa falida, constitui objeto de um direito penal especial, tão emaranhado com as questões de Direito Comercial que tem a sua fonte normativa na mesma lei que rege toda a matéria extrapenal. Desse modo, se algum juízo surge naturalmente indicado para especialização no julgamento desses crimes especiais, será sem dúvida o da falência que, conhecendo os fatos na sua integralidade, melhor poderá valorá-los também na esfera criminal.

Relativamente à regra contida no art. 33, inciso IV, da Lei Federal n. 8.185, de 14 de maio de 1991, que dispõe sobre a Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios e fixa naquele dispositivo a competência do juiz da Vara da Falência e Concordatas para o julgamento dos crimes falimentares, há quem entenda não ser possível a arguição de inconstitucionalidade acerca de tal regramento, porquanto a Justiça do Distrito Federal é da alçada da União, conforme art. 21, inciso XIII, da Constituição Federal (COIMBRA, 2005, p. 110).

Pode-se, *ad argumentandum tantum*, até concordar com o referido posicionamento, no sentido da (im)possibilidade de ser declarada tal (in)constitucionalidade, malgrado a sua justificativa encontrar-se desfocada. É que a matéria é tratada em sede de Legislação de Organização Judiciária, que tem a mesma natureza legislativa em relação as dos demais Estados.

Ocorre, que em relação ao Distrito Federal, tendo em vista a sua conformação político-administrativa, eis que lhe é vedada a sua divisão em Municípios (ar. 32, CF), o legislador constituinte, conquanto ressalvasse que a tal ente federado são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados (§ 1º, art. 32, CF), por mera opção de política legislativa, reservou à União a competência para cuidar da Organização Judiciária do Distrito Federal, consoante regra estatuída no art. 21, inciso XIII, CF. E, como tanto a do Distrito Federal, quanto a de São Paulo referem-se às normas de organização judiciária, a sindicância de inconstitucionalidade poderá incidir sobre qualquer uma delas, indistintamente.

Importa anotar, conquanto o enfoque se apresente em outra direção, que a regra contida no art. 183, da Lei n. 11.101/05, qualifica a competência ali fixada como territorial e, portanto, de caráter relativo, destacando-se que se a (in)competência do juízo não for arguida no momento apropriado (art. 108, c/c. art. 396-A, ambos do Código de Processo Penal) , haverá prorrogação da mesma, assumindo um caráter absoluto, na medida em que se não mais poderá arguir qualquer vício. E nos entes federados em que haja varas criminais especializadas para os delitos falenciais, a competência assume a qualidade de *ratione materiae* e não *ratione loci*, incidindo-se em tal situação a regra do art. 74 do Código de Processo Penal (RANGEL, 2010, p. 730).

5.4 Da (In)justificação das Normas de Organização e Divisão Judiciárias dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios como regras fixadoras da competência em matéria penal falencial

A Lei n. 11.101/05 restaurou a senda desbravada pelas legislações pretéritas no que tangencia à definição da competência no juízo criminal para conhecer da ação penal falimentar.

Com o advento dessa nova legislação, notadamente com a regra positivada no seu art. 183, e considerando que foi suprimida aquela intervenção inicial do juízo falencial, exercida de acordo com o sistema bifásico previsto na legislação revogada, parte da doutrina brasileira afirma que a ação penal, doravante, deve ser proposta perante um único juízo, que, naturalmente, é o de competência criminal, atrelado à Justiça Comum Estadual, porquanto, na forma do art. 109, I, da Constituição Federal, a Justiça Comum Federal não conhece de causas falenciais.

O cerne da discussão aqui, contrariando as argumentações expendidas no tópico imediatamente anterior, é demonstrar os fundamentos doutrinários justificadores dessa

competência exclusiva do juízo criminal, de modo a se subsumirem as normas de Organização e Divisão Judiciárias dos Estados à regra contida no art. 183 da Lei n. 11.101/05, porquanto se estaria diante de matéria tipicamente da competência da União, na forma do art. 22, I, da Constituição Federal.

Assim é que, em defesa do anterior entendimento de Nucci, destaca Pitombo (2006, p. 559-560) que a matéria não se deve limitar apenas a uma simples especulação em torno da Organização Judiciária, sob pena de se ter um reducionismo, apto a levar o intérprete a erro, na medida em que se explicaria algo em termos de outro, em detrimento de tratá-los em seus próprios e específicos termos. O que se deve considerar, pois, em sede desse tema, é que o processo penal somente poderá ser objeto de estudo a partir de uma perspectiva constitucional, onde devem ser observados, com rigor, os princípios do devido processo legal e o do juiz natural, ambos com assento constitucional, respectivamente, nos incisos LIV e XXVII, do art. 5º.

Diz, mais, que o legislador federal ao determinar o juízo criminal, como órgão legal, competente e pré-constituído, diversamente do juízo da falência, para o julgamento dos crimes falenciais, o fez em observância ao devido processo penal, que obriga serem as ações dessa natureza julgadas por uma autoridade jurisdicional neutra e independente, sem que mantenha contato com o processo falimentar ou de recuperação, sobretudo, sob a égide da legislação atual, em que tal necessidade se faz premente, na medida em que as diversas infrações penais falenciais ali dispostas se destinam à tutela do próprio processo falencial, com o propósito de se proteger a Administração da Justiça. Do contrário, isto é, admitir-se como competente o próprio juízo da falência, levar-se-ia ao absurdo de se permitir que o acusado de prestar informações falsas no processo de falência, com o fim de induzir em erro o juiz, - figura delitiva prevista no art. 171, da Lei n. 11.101/05 -, viesse a ser julgado pelo mesmo juiz que se sentiu enganado.¹⁴⁰ E arremata suas argumentações, afirmando que a norma do art. 183, da Lei n. 11.101/05 prevalece às normas estaduais, eis que, no caso *sub examinen*, cuida-se de matéria afeta ao regramento constitucional do art. 22, inciso I. E se confere tal prerrogativa à União por motivo de natureza política, porquanto se cuida do exercício da jurisdição pelos agentes públicos, ou seja, da finalidade do exercício do poder,

¹⁴⁰ Sobre essa possibilidade, ou seja, na ocorrência da circunstância casuística de um juiz da falência vir a julgar o falido que o induzira em erro, prestando-lhe informações falsas no juízo da falência (art. 171, Lei 11.101/05), Bruscato (2011, p. 733), acertadamente, entende cabível a aplicação do instituto da suspeição. Diz-se que é correto tal entendimento, porque o instituto da suspeição, previsto no art. 254 e seus incisos do Código de Processo Penal, sustenta-se na ausência de imparcialidade do juiz ou no receio de um julgamento sem a necessária isenção de ânimo, ressaltando-se que a suspeição atinge a pessoa física do juiz e não a do juízo, - no caso do juízo da falência -, que é impessoal.

que se insere na concepção conceitual de processo, uma vez que não se pode deixar de se reconhecer como matéria sobre direito processual a decisão política de fixação do juiz natural (PITOMBO, 2006, p. 559-560).

Percebe-se, pois, que Pitombo conduz a questão, justificando a fixação da competência do juízo criminal para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais, às bases constitucionais do processo penal, refutando, desse modo, com veemência, que a discussão se restrinja à simples especulação em torno da Organização Judiciária dos Estados.

Disso resulta, a inferência de que suas reflexões e receios se centralizam na salvaguarda do princípio constitucional da imparcialidade, do juiz natural, prevista no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que é pródiga em explicitar vários princípios constitucionais, como o do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do juiz natural (art. 5º, LIII), da publicidade e motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), entre outros e, igualmente, a questão da imparcialidade do juízo competente, - erigida à condição de garantia judicial -, é observada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), no seu art. 8º, número 1, norma que fora introduzida no direito interno pátrio pelo Decreto n. 678/92, com status de norma constitucional (art. 5º, §2º, CF).

Destarte, a preservação do princípio constitucional da imparcialidade e, em decorrência, das garantias judiciais, estaria comprometida com a adoção do juiz falencial para o julgamento dos crimes falenciais, tendo em conta os interesses tutelados pela nova lei de regência da falência e da recuperação judicial. Daí, então, a necessidade de se buscar medidas idôneas e aptas a assegurarem tais garantias judiciais, de forma a excluir, com segurança, a probabilidade de haver decisões arbitrárias.

Em suas meditações jurídicas sobre garantias jurídico-processuais, Figueiredo Dias (1981, p. 322-323) assinalou:

Daí que desde há muito se tenha considerado, com inteira razão, como puro corolário daquela exigência de legalidade a afirmação do princípio do “juiz natural” ou do “juiz-legal”, através do qual se procura sancionar, de forma expressa, o direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um Tribunal previsto como competente por lei anterior, e não *ad hoc* criado ou dito como competente. A tanto vincula a necessária garantia dos direitos da pessoa, ligada à ordenação da administração da justiça, à exigência de julgamentos independentes e imparciais e à confiança da comunidade naquela administração. Para corresponder a tais exigências importa assinalar um tríplice significado: a) ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir juiz e fixar-lhe competência. b) em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de

referência temporal, através deste afirmando um princípio de irretroactividade: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo. c) em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente.

Especificamente à neutralidade do juiz, na condição de pessoa física, uma vez que o juízo é sempre impessoal, Vargas (2009, p. 1209) acentua que esta não é possível ser obtida, porquanto o juiz não pode ser considerado neutro, na medida em que seus pensamentos e reações são orientados pelos seus próprios critérios e valores morais, concorrendo, para tanto, a sua crença religiosa, os seus conceitos, a sua psique, seus atributos intelectuais, medos, vaidades, virtudes e defeitos. Isso porque, ele, o juiz, pessoa física, tem uma origem de classe e está inserido em um determinado contexto histórico e cultural. E como não se pode dele esperar essa neutralidade, ou mesmo que a norma possa prometé-la, o que se deve buscar é a efetivação de uma imparcialidade técnica, que embora nunca se possa idealizá-la como absoluta, nela devem estar presentes as condições que favoreçam o exercício do contraditório real, verdadeiro.

Essa concepção de contraditório no Direito pátrio, teria sua gênese nas lições de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a partir de sua tese de livre-docência no Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, apresentada no ano de 1937, sendo transportada para o texto legislativo brasileiro, em matéria de legislação falencial, no Decreto-Lei nº 7.661, publicado em 21 de junho de 1945, eis que o projeto, que daria origem ao texto legal, foi pensado e elaborado por Silvio Marcondes e Joaquim Canuto Mendes de Almeida, estabelecendo, nos aspectos jurídico-penais daquele conteúdo legislativo, o respeito às regras do processo penal, impondo a necessidade de clareza na imputação a partir do relatório do síndico, do qual deveria constar exposição circunstanciada das condutas que se afirmavam típicas, laudo de perito e documentos pertinentes, como instrumentos necessários para a base e a fundamentação do requerimento do inquérito judicial, conforme previsão contida no art. 103 do mencionado Decreto-Lei (ALMEIDA apud PITOMBO, 2005, p. 598).¹⁴¹

Retomando a ideia de que normas de distribuição de competência de varas estejam inseridas na categoria de “procedimento” e, em consequência, tratar-se-ia de matéria

¹⁴¹ O princípio/garantia do contraditório é definido por Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 82) como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”. E Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1988, v. 1, p. 68) afirma que “o princípio do contraditório impõe a conduta dialética do processo. Em outras palavras, exige que em cada passo do processo cada parte tenha a oportunidade de apresentar suas razões, ou, se for o caso, as suas provas. Implica ele, portanto, o que os processualistas denominam *par conditio* (igualdade entre as partes)”.

submetida ao regramento do art. 24, inciso XI, da Constituição Federal, Vargas (2009, p. 1205), de modo incisivo, e ratificando a argumentação de Pitombo, afasta tal pensamento ao dizer que o mesmo não pode superar a constatação, a olhos vistos, de que competência é assunto para lei processual, eis que tem direta relação com o exercício da jurisdição pelos agentes do poder judiciário, inserindo-se-o, por assim ser, no âmbito da competência privativa da União, com sujeição ao regramento do art. 22, I, da Constituição Federal.

A propósito da abrangência conceitual da natureza processual da presente matéria, vale transcrever alguns enxertos do parecer da lavra da então Procuradora da República, hoje Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Laurita Vaz, proferido nos autos do RHC nº 63787-86/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 27 de junho de 1986, tendo como Relator o Min. Rafael Mayer, ressaltando-se que em tais autos, igualmente, constava parecer, do a época, Sub-Procurador Geral da República Francisco de Assis Toledo. Faz-se a referida transcrição, para melhor dimensionar a questão, e, mais adiante, proceder a uma análise crítica, cotejando-a com outros posicionamentos relativos ao tema. Eis, pois, os enxertos:

(...) o legislador estadual não está impedido de traçar normas definindo o juízo competente para decidir sobre os crimes falimentares. A matéria não envolve competência de foro (ou territorial) e nem de Justiça, mas, sim de Juízo, de Vara, que é entregue a cada Estado, às leis de Organização Judiciária. Aliás, é o que dispõe o art. 144, *caput*, da Constituição Federal quando estatui que cabe aos Estados organizar sua própria justiça, sendo que a competência de cada vara particular é mera questão de organização judiciária.

O que não cabe, a nosso ver, é a Lei de Organização Judiciária dizer quais as causas que serão submetidas ao juízo cível ou criminal, porque isso já decorre da natureza da ação, que é definida pelas leis do processo.

Há uma justificativa outra para radicar no juízo criminal a competência para julgamento dos crimes falenciais, expurgando-a da esfera de jurisdição extrapenal. É o que se pode extrair do pensamento de Waldo Fazzio Júnior (2010, p. 377-378):

Não se pode deixar de aplaudir o deslocamento da ação penal falimentar para sua sede própria, quer dizer, para o juízo criminal, eliminando a cumulação de tarefas do juízo da falência. Na realidade, ação de falência, execução concursal e ação penal falimentar são processos que, embora amarrados um ao outro pelo fenômeno da falência, têm escopos diversos. No processo concursal, as metas judiciais são a realização dos direitos dos credores e a reestruturação dos negócios do devedor tendo em vista a conservação da empresa. Já, na ação penal falimentar, o serviço judiciário consiste em examinar a procedência da imputação, sopesar elementos probatórios, sem prejuízo de assegurar prioridades aos direitos constitucionais, condenar ou absolver o agente. Na justiça criminal, os atos

do devedor são contemplados sob a perspectiva de sua relevância típica como ilícito de maior gravidade. Na jurisdição falimentar, há, em princípio, um empresário cujo negócio está em crise econômico-financeiro.

Diante de tais perspectivas, Vargas (2009, p. 1209) afirma que não há razão, pois, que justifique a estimativa que o juízo cível, a pretexto de conhecer a matéria ou o processo falimentar, em face de ter presidido a instrução da ação civil, esteja em melhores condições para apreciar o mérito da ação penal, exatamente porque o fundamento da pena criminal é inteiramente diverso do interesse civil que orienta a atuação do juiz falencial.

Ademais, ao firmar seu entendimento no sentido de que a ação penal deve ser proposta perante um único juízo, no caso o de competência criminal, sobretudo pela supressão da intervenção inicial do então juízo falimentar, que, sob a égide da legislação revogada, fazia o juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa pela prática de crime falencial, declara que, diante da novel legislação, o termo mais apropriado para nominar o juízo extrapenal, em matéria de falência e de recuperação judicial, seria “juízo empresarial” ou “juízo da falência e da recuperação de empresa” (VARGAS, 2009, p. 1203).

Vale registrar, de outro modo, que na fase de discussão da atual legislação falencial, a matéria em questão foi forte e amplamente discutida pelo Senado Federal, que, modificando o Projeto de Lei oriundo da Câmara dos Deputados, demonstra, em que pese as inúmeras controvérsias surgidas, uma clara tendência de excluir a competência do juízo da falência para julgar os crimes falenciais, tendo por justificativa a diversidade de interesses tutelados. Essa inclinação pode ser verificada na argumentação do Senador Ramez Tebet, ao proferir parecer no PLC 71/2003, na forma seguinte:

Ao contrário da visão acolhida no PLC nº 71, de 2003, julgamos excessiva a acumulação, por parte do juiz da falência, das funções de persecução criminal. Na verdade, nas comarcas que possuem varas criminais especializadas, é desejável que estas assumam plenamente o processo penal. É que os objetivos da ação penal e da ação de falência são muitos distintos. No primeiro caso, o órgão julgador está preocupado em verificar a consistência da acusação, avaliar provas, fazer e observar as garantias constitucionais e, se for o caso, condenar. Nos processos de recuperação judicial ou de falência, o juiz, o quanto possível, deve envidar esforços para o soerguimento da empresa e satisfação dos credores habilitados. São lógicas distintas e que, não raro, podem entrar em rota de colisão. Ademais, o comportamento do falido como devedor no processo de falência pode afetar a sua condição de réu, o que favorece toda sorte de prejulgamentos.

Sob um outro prisma, mas, igualmente, radicando o juiz criminal como competente para apreciar e julgar as ações penais falenciais, essencialmente, a partir do advento da Lei n.

11.101/05, que alterou o procedimento bifásico observado na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, Gomes Filho (2005, p. 12) destaca que com a nova sistemática adotada pela lei atual para apuração dos crimes falenciais, sobretudo pela supressão do inquérito judicial, não mais persistem as razões de simplificação e celeridade que justificavam a fixação do juízo falencial como competente para o julgamento dos crimes desse jaez. É que, não tendo mais o juiz da falência qualquer atribuição no curso da investigação criminal, tal como ocorria na vigência da lei revogada, bem assim, tendo deixado de exercer o juízo de prelibação ou de admissibilidade da peça acusatória, tais situações recomendam a radicação da competência no juízo criminal, revogando-se as disposições em sentido contrário, ditadas pelas leis estaduais de organizações judiciárias.¹⁴²

Partilham, ainda, do pensamento de assentar, com absoluta exclusividade, a competência por crime falencial no juízo criminal, em processo distinto e separado daquele que venha a ser instaurado no juízo extrapenal, por força de decretação da falência, ou de decisão concessiva de recuperação judicial, ou homologatória de recuperação extrajudicial, em razão de se justificar

tal separação em função da diversidade de objetivos que devem nortear o julgador no decorrer da falência e da ação penal falimentar. No primeiro processo, é o interesse na administração da massa falida e na possibilidade do soerguimento da empresa e satisfação dos credores. No processo penal falimentar, a preocupação está em comprovar os atos imputados ao acusado, em suma, na busca da verdade real.

A salutar preocupação visou efetivamente eliminar qualquer possibilidade de pré-julgamento, evitando que o comportamento do falido para com seus credores pudesse interferir num juízo criminal.

Diante de tais considerações, não restam dúvidas no sentido de que vedados estão os Estados de modificar tal competência através de suas leis de organização judiciária, pois qualquer modificação só terá validade constitucional se realizada através de legislação federal própria (HAKIM; PODVAL, 2005, p.619).

5.5 Fixação da competência para apuração de crime falencial caracterizado como de menor potencial ofensivo

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, segundo a disposição contida no art. 61, da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, com a nova redação que lhe foi

¹⁴² Perfila essa justificativa Ricardo Berenguer (2006, p. 194), quando afirma que “a simplificação e celeridade que fundamentaram a edição da Lei n. 3.947/83 do Estado de São Paulo jamais poderia por em risco a imparcialidade do juízo perante o qual é processado o acusado por delitos falimentares.

dada pela Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006, “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Do rol dos delitos falenciais dispostos nos arts. 168 a 178, da Lei n. 11.101/05, verifica-se que apenas aquele descrito no art. 178 caracteriza-se como de menor potencial ofensivo, o que, em tese, o vincularia ao Juizado Especial Criminal, na forma do art. 60 da Lei n. 9.099/95 e sua posterior alteração.

Cumprido destacar, por necessário, que o parágrafo único daquele art. 60 prevê que na hipótese de reunião de processos, perante o juízo comum ou o Tribunal do Júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, deverão ser observados os institutos da transação penal e da composição dos danos civis, que são peculiares aos Juizados Especiais Criminais. Logo, aqui, para efeito de fixação de competência, deverá ser considerado o crime de menor potencial ofensivo, isoladamente, ou seja, como único a ser objeto de apuração e julgamento e as hipóteses em que uma infração penal dessa natureza esteja ligada ou relacionada à uma outra de índole diversa, por força da ocorrência dos institutos da conexão e da continência, mediante concurso de crimes.

Assim, se a única infração penal falencial cometida for aquela descrita no art. 178, da Lei n. 11.101/05, qualificada como de menor potencial ofensivo, a fixação da competência para o seu processamento e julgamento é objeto de divergência na doutrina pátria.

Reconhecendo como extremamente salutar a fixação da competência no juízo falimentar para o processamento e julgamento dos crimes falenciais, como o fez a Lei Paulista de Organização e Divisão Judiciárias, desde a vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, realidade legislativa esta mantida, por força da Resolução n. 200, de 23 de março de 2005, editada após o advento da Lei n. 11.101/05, Bezerra Filho (2011, p. 363) sustenta que mencionada competência deve ser estendida para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, cuja possibilidade seria abrangida por aquele Código Judiciário Paulista, levando-se em conta, sobretudo, a grande complexidade que envolve a matéria falencial, abrangendo, em geral, dezenas de volumes de autos, que, deslocados para um outro juízo não especializado, implicaria, certamente, na prescrição da infração penal falencial, realidade que deve ser evitada a todo custo.

Em sentido contrário, chamando atenção para o fato de que o crime de falência considerado como de menor potencial ofensivo, como é a hipótese fática da omissão dos documentos contábeis obrigatórios (art. 178), deve ser julgado pelo Juizado Especial Criminal, com observância do procedimento próprio do Juizado, que é o rito sumariíssimo, porquanto a competência deste é de natureza material e absoluta, fixada na Constituição

Federal, tem-se o posicionamento de Antonio Alberto Machado (2010, p. 316), sendo secundado por Alencar e Távora (2011, p. 776), destacando que além da competência ser dos Juizados Especiais Criminais, o rito procedimental é o sumariíssimo.¹⁴³

Relativamente à hipótese em que o crime do art. 178 venha a ser praticado com outros crimes falenciais, havendo concurso formal de crimes, era possível a aplicação do princípio da unicidade dos crimes falenciais.

É que vigorava na doutrina e na jurisprudência durante o regime do Decreto-Lei n. 7.661/45, o entendimento de que o crime falencial era uma infração de estrutura complexa e de natureza unitária para fins de aplicação da pena. Nessa perspectiva, mesmo diante da previsão e ocorrência de vários tipos penais falenciais, quando da aplicação da pena, se o réu praticava duas ou mais referidas infrações penais, deveria ser apenada por uma só delas, a demaior gravidade, afastando-se a hipótese de qualquer das formas de concurso de crimes (SILVA, 2009, p. 1199).

Com a atual legislação, em que diversos são os interesses tutelados ante a prática de eventuais crimes falenciais, porquanto muito são os bens atingidos com os atos criminosos, quer os praticados diretamente pelo devedor/empresário e as pessoas a ele equiparadas, quer os praticados pelos juízes, promotores, administradores e gestores judiciais, cartorários, contadores, interpostas pessoas etc. que alcançam até mesmo a administração da justiça, a sua moralidade, a moralidade pública, a economia pública e a fé pública, tanto na recuperação judicial, na extrajudicial e, sobretudo, na falência, fazendo com que os crimes falenciais assumam a natureza de delitos plurilesivos, a consideração de concursos de crimes deverá ser sopesada quando da fixação da pena.

5.6 Crimes falenciais e as hipóteses de conexão ou continência

¹⁴³ Pela aplicação da Lei n. 9.099/95, nos termos de seu art. 61, ao crime do art. 178, da Lei n. 11.101/05, Bruscato (2011, p. 734). Entende ser discutível a aplicação das disposições contidas na Lei n. 9.099/95 para o crime previsto no art. 178, uma vez que contra a aplicação das regras ali contidas poderia haver alegação da especialidade da legislação falimentar (TOMAZETTE, 2011, p. 560). A jurisprudência do STJ é vacilante em relação ao assunto, havendo decisão contra a aplicação das medidas previstas na Lei n. 9.099/95 aos delitos falenciais, em razão da especialidade da legislação falencial (STJ, HC 10.667/SP, Relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 08.02.2000, pela 6ª Turma, publicado no DJ em 28.02.2002, p. 126) como, também, favorável à aplicação dos institutos previstos na Lei n. 9.099/95, em sede de crimes falenciais, decidindo pela aplicação do instituto da suspensão condicional do processo a qualquer crime em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, em razão da própria finalidade de tal instituto, que é a de evitar julgamentos para crimes de menor potencial ofensivo (STJ, REsp 674.200/DF, Relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, julgado pela 6ª Turma, em 06.11.2007, publicado no DJ de 04.08.2008).

Aqui, por razões metodológicas e em obediência estrita ao propósito imediato deste trabalho, resumir-se-á os institutos da conexão e continência aos seus dois efeitos processuais: o *simultaneus processus* (unidade de processo) e a *prorrogatio fori* (prorrogação do foro).

A unidade de processo (*simultaneus processus*) e a *prorrogatio fori*, quando ocorrer conexão ou continência entre infrações penais, são adotadas com o propósito de se alcançar economia processual e maior segurança e coerência. Isso porque se tem a prova pertinente ao ou aos agentes criminosos, bem como o julgamento da ou das infrações penais praticadas, tudo reunido em um único processo, o que, inegavelmente, implica em economia e, também, traz segurança e coerência, porquanto são evitadas decisões dispares e contraditórias sobre o mesmo caso, traduzido pelas condutas delituosas, e sobre as mesmas pessoas (agentes dos crimes), resguardando-se, em consequência, o prestígio da própria Justiça.

A unidade de processo e de julgamento, na legislação processual penal, encontra-se estabelecida no art. 79, que dispõe: “A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, **salvo** (...) (o destaque não consta do original).

A ressalva contida na disposição legal evidencia-se que não são absolutos os efeitos decorrentes da conexão e da continência, e tanto isso é verdade, que, havendo concursos entre as jurisdições comum e a militar, a disjunção de processos é obrigatória, mesmo diante de um possível liame entre as infrações, sendo que à Justiça Militar caberá conhecer do crime militar, e à Justiça Comum o crime de sua competência *ratione materiae*, na forma do regramento contido no inciso I do mencionado dispositivo processual penal, que prevê, ademais, outras exceções àqueles efeitos.

A *prorrogatio fori* (prorrogação da competência do foro ou do juízo) advém da unidade do processo, derogando as regras de competência *ratione loci* e *ratione materiae*. Importa dizer, outrossim, que a conexão e a continência constituem exceção ao princípio de que a jurisdição é improrrogável, uma vez que com a unidade do processo dá-se a *prorrogatio fori*.

Feitas tais considerações, - julgadas necessárias -, passa-se, doravante, à análise das hipóteses fáticas de conexão ou continência entre crimes falenciais e outras infrações penais.

Na situação de concomitância entre infração penal comum e crime falencial, originariamente afetas a foros distintos, o juízo competente para o julgamento da infração penal falencial será também o competente para o julgamento do delito penal comum, havendo neste caso extensão da competência, desde que caracterizada conexão ou continência.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Nesse sentido, tem-se o julgamento da 5ª Turma do STJ, Relatoria da Ministra Jane Silva (desembargadora convocada do TJMG), em sede do HC nº 85.147/SP, julgado em 18.10.2007, publicado no DJ em 05. 11. 2007.

A presente hipótese, todavia, poderá apresentar uma situação que merece comentário. É que poderá ocorrer o desfazimento da conexão ou continência no curso da ação penal falencial, como, por exemplo, pela decretação da extinção da punibilidade do crime falencial pela superveniência de prescrição. Nesse caso, entende-se que restou firmada a competência do juiz que deveria julgar o crime falencial tendo em conta a regra do art. 81, *caput*, do Código de Processo Penal, que consagra o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, segundo o qual, verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo de sua competência própria venha o juiz ou Tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.¹⁴⁵

Sem embargo do afirmado acima, Pereira (2010, p. 238) ressalta que há decisões em sentido contrário, ou seja, determinando que naquela hipótese, ou seja, do desfazimento da conexão ou da continência do crime falencial com o delito comum, em razão da extinção da punibilidade do primeiro pelo implemento da prescrição, o processo deve ser remetido ao juízo criminal competente, originariamente, para o julgamento da infração penal comum, em razão da inexistência ulterior da causa que ensejou a competência do juízo, a quem cabia o julgamento do delito penal falencial.

5.7 Apontamentos críticos acerca dos fundamentos doutrinários para fixação da competência para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais

Estabelecidos os fundamentos jurídico-constitucionais em que se assentam as teses doutrinárias que propugnam ser o juízo criminal o competente para o processamento e o julgamento dos crimes falências, bem assim os daqueles que radicam tal competência no juízo da falência e da recuperação judicial, impende, doravante, que se proceda a uma análise crítica de cada expediente conceitual, colimando por endossar o coro àqueles que afirmam a constitucionalidade da fixação do juízo natural na própria sede falencial, de índole,

Pelo julgamentos dos crimes conexos ou continentes no juízo competente para processar e julgar os crimes falenciais: (PEREIRA, 2010, p. 236), (TOMAZETTE, 2011, p. 559).

¹⁴⁵ Em tal direção: STJ, 5ª Turma, HC 83.837/SP (2007/0122841-1) Relatoria da Min. Jane Silva (desembargadora convocada do TJMG), julgado em 25.10.2007 e publicado no DJU de 12.11.2007, p. 261. Há decisões do STF, STJ e de Cortes Estaduais de Justiça pela aplicação do art. 81, do CPP, em casos de conexão de uma infração penal comum e de um crime da competência do Tribunal do Júri, quando firmada a competência deste, venha a ser desfeita, por exemplo, na hipótese em que o Tribunal de Justiça, em grau de recurso, dê provimento parcial ao apelo para mandar o réu a novo julgamento apenas em relação ao crime conexo a um da competência do Tribunal do Júri, de que são exemplos os seguintes precedentes jurisprudenciais: STF, HC 68.069, 1ª Turma, DJU 21.09.90, p. 9783; STJ, REsp 391, 5ª Turma, DJU 20.08.90, p. 7970; TJSP, ACr 71889, RT 649/251.

originariamente, extrapenal, por força de regras dispostas nas Leis de Organização e Divisão Judiciárias dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

A primeira premissa que restou estabelecida, sem qualquer controvérsia, é a de que a competência para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais é da Justiça Comum Estadual, conquanto não o seja em caráter absoluto, eis que excepcionada pelas hipóteses em que há a incidência do foro por prerrogativa de função¹⁴⁶ e a de ser o agente do crime falencial menor de idade, quando, então, nesta específica situação, a infração penal será apurada no Juízo da Infância e da Juventude (TOMAZETTE, 2011, p. 559).

Podem excepcionar, outrossim, a competência da Justiça Comum Estadual, as hipóteses que envolvem o chamado *forum attractionis*, conforme consignado em linhas precedentes.¹⁴⁷

É de se ressaltar, de outra parte, que a jurisdição, como manifestação de soberania do Estado, é una e indivisível e o seu fracionamento em espécies, feito para fins meramente didáticos, obedece a critérios diversos, dentre os quais a natureza da pretensão de direito material, cindindo-a em jurisdição penal e jurisdição civil (FERNADES, 2010, p. 121).

Relativamente ao critério utilizado para se estabelecer a Justiça Comum Estadual como competente para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais, ressalvadas as hipóteses que a excetuem, permitem-se fazer algumas digressões didáticas, objetivando uma compreensão mais elementar da matéria.

5.7.1 Definição de competência e os critérios constitucionais e legais para sua fixação

A nova sistemática descortinada pela Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que cuidou da teorização normativa da recuperação judicial, extrajudicial e da falência do

¹⁴⁶ A respeito do foro por prerrogativa de função, excepcionando a competência originária para o julgamento e o processamento dos crimes falenciais, Pereira (2010, p. 231) destaca um caso concreto em que um dos sócios da sociedade empresária falida ostentava a condição de Deputado Federal, deslocando o caso, portanto, pra a competência do Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 53, parágrafo primeiro da Constituição Federal. A ementa jurisprudencial, extraída daquela obra, tem o seguinte teor: “Ementa: CPP, art. 28 – Ação Penal falimentar – Denúncia oferecida em face de 6 réus – Omissão quanto a um dos sócios, que é parlamentar federal - Prerrogativa de função – Promotor natural – Remessa à Procuradoria-Geral da República. 1. A omissão quanto a um dos sócios da empresa na denúncia por crime falimentar pode ensejar a aplicação do art. 28 do CPP, muito embora o administrador judicial (requerente) possa, ele próprio, ingressar com ação penal privada subsidiária, nos termos do art. 184, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005. 2. A sócia da empresa, segundo consta das informações trazidas pelo peticionário, seria deputado federal. A *opinio delicti*, portanto, é de atribuição do eminente Procurador-Geral da República – Solução: descabimento de designação de outro membro ministerial e remessa de cópia do protocolado à Procuradoria-Geral da República”. AP 583.00.2001.074.201-1/361.

¹⁴⁷ Em julgamento de conflito de competência, estabelecido pelo concurso de crime contra o Sistema Financeiro Federal e de crime definido na Lei n. 11.101/05, o STJ, por sua Terceira Seção, com Relatoria do Min. Felix Fischer, o dirimiu da seguinte forma: STJ – CC 29.658/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira seção, julgado em 28/02/2001, DJ 26/3/2001, p. 363.

empresário e da sociedade empresária, prescreve, em seu art. 183, que compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes nela previstos.

Ocorre que as legislações estaduais de organizações judiciárias e as disposições internas dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Distrito Federal firmaram a competência do juízo falencial para o processo e o julgamento dos delitos falenciais.

Dessa forma, principia-se, neste Capítulo, com o desiderato precípua de perquirir o juízo natural competente para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais, após o advento da Lei nº 11.101/2005, os caracteres constitucionais e legais determinativos para a fixação da competência em matéria de legislação penal falencial.

A jurisdição, como manifestação do ofício estatal de prevenir e compor os conflitos, subsumindo o direito ao caso concreto, tutelando a ordem jurídica e a paz social, é exercida em todo território nacional. Ocorre que por questões de conveniência, singularizam-se setores do ofício jurisdicional.

Nesse ínterim, distribuem-se as demandas dentre os órgãos jurisdicionais, consoante as suas atribuições, consignadas previamente no texto normativo. Assim, revela-se o conceito de competência como “o resultado de critérios para distribuir entre os vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho jurisdicional. A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei” (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 105-106).

Com efeito, a repartição da competência deriva de uma delimitação prévia, constitucional e legal, fixada conforme critérios de especialização da justiça, distribuição territorial e divisão do serviço. Portanto, infere-se que a distribuição da competência faz-se por meio de normas constitucionais, de leis processuais e de organização judiciária, além da distribuição interna da competência nos tribunais, feita pelos seus regimentos internos (DIDIER, 2009, p. 106).

A delimitação da competência sob o viés constitucional alude à natureza da lide. Trata-se da competência *ratione materiae*, cuja natureza do pleito judicial fixa o órgão competente para dirimi-lo. Surgem, assim, as justiças especiais com competência delimitada pela Constituição Federal. Adverte-se que tudo quanto não for da competência das justiças especiais será da competência da justiça comum, por via de exclusão (MUCCIO, p. 462, 2011).

Nesse sentido, o texto constitucional arrola as seguintes justiças especiais: trabalhista (art. 114 CF), eleitoral (art. 121 CF), militar (art. 124, CF), e política (art. 52, CF). Assim,

jurisdição especial ou justiça especial e jurisdição extraordinárias são variações do tema para definir os casos delineados no texto constitucional de competência em razão da matéria.

De outra sorte, a competência *ratione materiae* da Justiça comum ou ordinária desdobra-se em competência comum federal e competência comum estadual. Assevera-se que todas as demandas que não encontrarem guarida na Justiça Federal serão da Justiça Comum.

A competência em razão da matéria da Justiça Federal encontra-se esculpida no art. 109 do texto constitucional. Por oportuno, cumpre destacar o teor do inciso I, do referido artigo: Art. 109 – “Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência (...)”.

Infere-se, portanto, que a competência para processar e julgar as ações falenciais obedece ao critério de matéria, malgrado estejam excetuadas da competência federal, conforme preceitua a referida norma da Lei Fundamental.

Quadra asseverar, ademais, a delimitação da competência, em razão da matéria, disciplinada pela lei ordinária. Dessa forma, eis a dicção do art. 74 do Código de Processo Penal: “a competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência do Tribunal do Júri”.

Assim, compete às leis de organização judiciária regular a competência, em virtude da natureza da infração penal, dentre os diversos Órgãos Jurisdicionais do foro (juízes), excepcionada a competência da instituição do Júri

Ultrapassada a delimitação da competência pela natureza do pleito judicial, que assenta qual órgão jurisdicional é competente para processar e julgar eventual litígio, a Constituição Federal procede à classificação da competência em razão do território. Cuida-se da competência *ratione loci*, isto é, a competência passa a ser fixada em razão do lugar entre os vários órgãos judiciários que a integram.

Dessa forma, “os Órgãos Jurisdicionais que compõem a Justiça Comum Estadual, territorialmente, conhecem das lides circunscritas ao espaço físico do próprio Estado” (MUCCIO, 2011, p. 479).

Nesse sentido, os Estados organizarão sua justiça, observados os princípios esculpidos no Texto constitucional (art. 125, CF). Assim, os órgãos jurisdicionais que compõem a Justiça Comum Estadual têm sua competência, em razão da matéria, e em razão do território, determinada pela Constituição Estadual e pela Lei de Organização Judiciária, conforme dispõe o parágrafo 1º, art. 125, Constituição Federal.

No que pertine a competência para processar e julgar as ações falenciais, destaca-se que o foro competente para o processamento e julgamento de tais ações radica no estabelecimento principal do devedor, empresário individual ou sociedade empresária, consoante art. 3º da Lei n. 11.101/05.¹⁴⁸

Desta feita, preceituou o legislador derivado que a competência para apreciação do processo de falência e de recuperação judicial *lato sensu* é do juízo do principal estabelecimento do insolvente sediado no Brasil.

Evidentemente, que na hipótese do empresário individual ou sociedade empresária encontrar-se restrito, singularmente, a um só estabelecimento empresarial, a questão de se definir a moldura conceitual que circunscreve a competência falencial para processar e julgar o feito não se opõe (COELHO, 2011, p. 72).

Impõe-se a necessidade de se fixar os contornos conceituais a fim de se definir qual o juízo competente na hipótese do empresário individual ou sociedade empresária possuir mais de um estabelecimento, situados em localidades regidas por diferentes jurisdições territoriais.

Nesse ínterim, entende-se por estabelecimento principal “o local onde se fixa a chefia da empresa, onde efetivamente atua o empresário no governo ou no comando de seus negócios, de onde emanam as ordens e instruções, em que se procedem as operações comerciais e financeiras de maior vulto” (REQUIÃO, 1995, v. 1, p. 81).

Feitos tais apontamentos sobre critérios constitucionais e legais acerca da fixação de competência, considerados sumamente relevantes, retorna-se às anotações críticas pretendidas, mediante a fixação de uma nova premissa.

Uma outra premissa estabelecida, sem que despertasse controvérsia de qualquer natureza, diz respeito ao foro competente para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais, no caso o da jurisdição onde tiver sido decretada a falência, ou concedida a recuperação judicial, ou homologado o plano de recuperação extrajudicial (art. 183, 2º parte, Lei n. 11.101/05).

Impende dizer, então, que referido foro é o local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa que tenha a sede fora do Brasil, tudo conforme regra estatuída no art. 3º da Lei n. 11.101/05.

Percebe-se, ademais, que a fixação da competência territorial extrapenal (juízo da falência e da recuperação *lato sensu*) vincula a de natureza penal, daí porque somente se

¹⁴⁸ Art. 3º Lei n. 11.101/05: “É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”.

poderá conhecer o foro em que tramitará a ação penal por crime falencial, quando restar identificado o lugar da decretação da falência, ou da concessão da recuperação judicial, ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Deflui, outrossim, que para a fixação do foro extrapenal há uma regra legal preestabelecida, que, igualmente, era observado nas provisões legislativas anteriores.

Com efeito, tem-se que o foro extrapenal sempre será o do local do principal estabelecimento do devedor ou o da filial de empresa, cuja sede esteja situada no exterior. Contudo, pode decorrer, da mencionada regra, dúvida acerca do que seria o principal estabelecimento.

Por “estabelecimento”, segundo Oscar Barreto Filho (1969, p. 132), deve-se entender como todo “complexo de bens *lato sensu* (inclusive serviços) organizados pelo empresário como instrumento para o exercício da atividade empresarial”.

O atual Código Civil Brasileiro, por seu turno, art. 1.142, considera ser “estabelecimento” “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Conhecida a concepção legal de “estabelecimento”, impõe-se identificar o alcance e a compreensão da expressão “principal estabelecimento” consignada no art. 3º, da lei n. 11.101/05.

Registra-se, por necessário, que não se irá discorrer sobre os inúmeros dissensos doutrinários acerca da matéria, por transbordar os objetivos específicos desta dissertação. Todavia, apresentar-se-á algumas concepções doutrinárias e o posicionamento do STJ sobre o tema.

Para alguns autores, o principal estabelecimento seria o de maior importância econômica, de maior movimentação, de modo a permitir a captação de maior volume de bens na falência, satisfazendo o maior número possível de credores.¹⁴⁹ Outros, o definem como sendo a base do comando administrativo dos negócios, de forma a permitir uma fiscalização mais próxima dos atos do devedor, ou seja, o local onde a atividade empresarial se mantém centralizada, de onde irradiam a direção de todos os seus negócios e o governo de todas as suas operações profissionais; o local onde se fixa a chefia da empresa, onde, de fato, atua o empresário no governo ou no comando de seus negócios; o local de onde emanam as ordens e

¹⁴⁹ Cf.: PIMENTA, 2006, p. 96; PROENÇA (In: MACHADO (Coord.)), 2005, p. 67; FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 27; PERIN JÚNIOR, 2006, p.115; FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 70, dentre outros.

instruções, em que se procedem as operações comerciais e financeiras de maior vulto e em massa.¹⁵⁰

O STJ, sob a égide da legislação anterior, - cujo entendimento se mantém atualizado em face da legislação atual ter reproduzido o regramento previsto naquela -, estabeleceu alguns parâmetros para identificar o principal estabelecimento, de modo que ele deve compreender: I - o centro vital das principais atividades do devedor; II – o local onde o devedor mantém suas atividades e seu principal estabelecimento; e III – o local onde a atividade se mantém centralizada (RAMOS, 2011, p. 526).

É o que se observa pelo conteúdo das seguintes ementas:

(...) O juízo competente para processar e julgar pedido de falência e, por conseguinte, de concordata é o da comarca onde se encontra “o centro vital das principais atividades do devedor” (...) A competência do juízo falimentar é absoluta (...) (STJ, CC 37736/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 16.08.2004, p. 130)

(...) Competente para o processamento e julgamento do pedido de falência é o Juízo do local onde o devedor mantém suas atividades e seu principal estabelecimento. (...) (STJ, AgRg no AG 451614/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 17.02.2003, p. 275).

(...) A competência para o processo e julgamento do pedido de falência é do Juízo onde o devedor tem o seu principal estabelecimento, e este “é o local onde a atividade se mantém centralizada”, não sendo, de outra parte, “aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor” (...) (STJ, CC 27835/DF, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, DJ 09.04.2001, p. 328).

Após as necessárias considerações acerca do estabelecimento principal, e, identificados a justiça competente e o foro em que poderá ser deflagrada a *persecutio criminis*, importa, nesta oportunidade, compreender, sob o viés da proposta metodológica crítica, que conduz esta presente dissertação, o Órgão Jurisdicional competente ou o juízo natural para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais.

Constatou-se, de um lado, que alguns doutrinadores pátrios sustentam que o juízo competente, ou o juízo legal é de natureza exclusivamente penal, repudiando, em consequência, que tal função jurisdicional seja exercida, de modo cumulativo, por instância extrapenal ou civil.

A respeito de juiz natural, ou juiz legal, ou juiz competente, assentado como uma garantia processual que objetiva assegurar a imparcialidade de quem é incumbido de julgar a causa, torna-se imperioso estabelecer que essa garantia não pode ser tomada como atributo do

¹⁵⁰ Cf.: SIMIONATO, 2008, p. 44; NEGRÃO, 2007, v.3, p. 291; CAMPINHO, 2006, p. 32; LOBATO, 2007, p. 40; VALVERDE, 1999, V. 1, p. 138; VASCONCELOS, 2008, p. 143, dentre outros.

juiz, como pessoa física, mas como pressuposto da própria existência da atividade ou função jurisdicional.

Na verdade, referida garantia remonta à Carta Magna de 1215, ali surgida como garantia de julgamento por órgãos e pessoas do local em que o delito foi cometido, estabelecendo-se, pois, como critério de delimitação da competência, de índole territorial, o *locus comissi delicti*. Posteriormente, ainda em textos legais do direito de matriz anglo-saxônica, como nos *Petition of Rights* e *Bill of Rights*, respectivamente, surgidos em 1627 e 1688, passa-se a entendê-la como instrumento necessário à vedação de juízes extraordinários, na medida em que se impõe a pré-fixação da competência como elemento assegurador da imparcialidade, evitando-se, dessa forma, a fixação de instância judiciária *ex post facto*. Essa abordagem é a mesma que orienta os textos legais atuais, inclusive na legislação pátria, em que pese à compreensão, no ambiente jurídico brasileiro, envolver, ainda, a proibição de Tribunais Extraordinários (art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal)

A garantia do juiz natural foi concebida, também, no constitucionalismo norte-americano, - Declaração de Virgínia, de 1776, e as Constituições dos Estados independentes, 1776 a 1784 -, objetivando fixar previamente a competência do juízo e a inderrogabilidade das regras nesse sentido, tendo como elemento de fixação o *locus comissi delicti*, que, foi erigido, posteriormente, como princípio constitucional, por força da Emenda Constitucional n. VI, de 1791, à Constituição Federal de 1787 (GRINOVER, 1984, p. 09).

Principiou-se no constitucionalismo francês como tríplice garantia, opondo-se aos institutos da comissão, da evocação e da atribuição, vedando-se, respectivamente, juízes extraordinários (*ex post facto*), isto é, que não estivessem previsto na organização judiciária; a derrogação da competência previamente fixada, de modo que não se permitia o julgamento proferido por outro órgão diverso daquele, conquanto pertencesse a mesma Organização Judiciária e, também, a vedação de juízos especiais, ou seja, não se podia atribuir o julgamento a juízes especialmente designados para esta ou aquela demanda. Conheceram-na, ademais, o direito italiano, inicialmente sob os influxos da doutrina francesa e as legislações belga, cuja garantia era fundada na proibição de Tribunais Extraordinários, espanhola e portuguesa, estas últimas orientadas no sentido de assegurar o julgamento da causa pelo juiz competente (GRINOVER, 1984, p. 11-14).

Na tradição jurídica brasileira, percebe-se muita semelhança com os postulados constitucionais franceses, deles se distinguindo apenas no que se refere ao poder de atribuição, traduzido na criação de juízos especiais, uma vez que o direito francês o vedava, ao passo que o direito pátrio o admite, ou seja, a estrutura orgânico-jurisdicional brasileira não

se opõe à criação, em Leis Estaduais de Organização e Divisão Judiciárias, de órgãos jurisdicionais especializados (poder de atribuição).

Retomando a questão da competência para o processo e o julgamento dos crimes falenciais como afeta, de modo exclusivo, à jurisdição de cunho nitidamente penal, extraem-se dos argumentos, outrora aduzidos, as seguintes premissas argumentativas:

I – A competência por matéria é definida pela natureza da demanda;

II – A atribuição de competência a juízo extrapenal, em sede de Leis Estaduais de Organização e Divisão Judiciárias, para conhecer e julgar matéria de cunho estritamente penal, acaba por suprimir a diferença entre Jurisdição Civil e Penal e viola âmbito legislativo da alçada da União;

III – Competência é assunto umbilicalmente ligado ao juízo legal, juízo natural, que se constitui em garantia de natureza processual e constitucional, institucionalizada como expediente de salvaguarda da imparcialidade de quem é incumbido de julgar a causa.

A natureza da demanda determina a competência por matéria. Tal afirmação é inquestionável, de modo que matéria penal se vincula à jurisdição de mesma índole.

Importa, todavia, indagar-se: é vedado, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, o exercício, cumulativo, das funções jurisdicionais civis e penais? A resposta, sem sombra de dúvidas, há de ser positiva. E por dupla razão.

A estrutura orgânico-jurisdicional do País, pode até estabelecer órgãos especializados em matéria penal ou civil, mas não lhes veda o exercício cumulativo de funções de natureza distinta, desde que, nesse sentido, sob pena de violação do princípio constitucional do juiz natural, exista regra expressa e previamente fixada. É o que ocorre, *verbi gratia*, nas comarcas com Vara única e nos julgamentos realizados pelo Pleno dos Órgãos Jurisdicionais, considerando que, de regra, as Cortes de Justiça se dividem em seções, câmaras ou turmas especializadas em uma ou outra matéria.

Ademais, o próprio Código de Processo Penal, instituído, essencialmente, em função das demandas de natureza penal, ao tratar no Livro I, Título VI, das questões e processos incidentes, prevê em seu art. 93¹⁵¹, a possibilidade do juízo penal solucionar questão de natureza estritamente civil, em sede de processo penal.

E por assim ser, questiona-se: a atribuição de competência sobre matéria, de regra, afeta a uma determinada esfera jurisdicional, a uma outra instância judiciária, que não se

¹⁵¹ Art. 93, CPP: “Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível (...). §1º (...) expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver **de fato e de direito**, toda a matéria da acusação ou da defesa” (grifo não consta do original).

ocupa, comumente, com matéria da natureza que, excepcionalmente, lhe fora atribuída, tem o condão, por si só, de suprimir a diferença que deve ser estabelecida entre as esferas de instâncias judiciárias distintas? Ou, em outras palavras, se uma esfera judiciária penal ocupar-se, excepcionalmente, com matéria estritamente de natureza extrapenal, perderá a sua essência ou índole penal? Obviamente que não, conforme o próprio exemplo acima referenciado.

Na verdade, o que se deve ter em conta, com rigor, são as peculiaridades de cada processo. Vale dizer, a demanda em processo civil deve ter seu seguimento e julgamento, de acordo com os princípios e regras que norteiam demandas de tal natureza, o mesmo se sucedendo em relação à tutela jurisdicional pleiteada em sede de processo penal.

Direito e jurisdição, na essência, são unos e indivisíveis. A jurisdição fracionada por meio de repartição de competência entre diversos órgãos jurisdicionais visa, acima de tudo, ao exercício mais racional, adequado e eficaz da atividade jurisdicional. E tal fracionamento nem sempre será orientado exclusivo e puramente em razão da matéria. Isso porque há determinadas situações, envolvendo matérias de diferentes matrizes, que não podem e nem devem ser processadas e julgadas dissociadas uma das outras. Há um elo entre elas, um liame tão forte, que a cisão, o rompimento pode erigir óbices intransponíveis ao exercício da atividade jurisdicional, sobretudo em relação à formação do substrato probatório. Daí surgirem as regras do *forum attractionis*, estabelecido para as hipóteses de conexão ou continência.

Nessa perspectiva, a fixação do juízo competente para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais não pode e nem deve se orientar exclusivamente em razão da natureza da matéria, máxime quando valorada apenas em seu aspecto puramente criminal. É que não se pode olvidar que os caracteres dos delitos falenciais estão, de forma indissolúvel, ligados aos temas e assuntos estreitamente vinculados ao Direito Empresarial e seus institutos, notadamente o da falência, da recuperação de empresas e outros temas afins a estes, como crédito, crise empresarial, gestão fraudulenta de atividades mercantis etc., de tal sorte que têm a sua fonte normativa na mesma legislação que rege toda a matéria extrapenal.

E esse extremado vínculo, natural e normativamente considerado, é que faz exsurgir o juízo da falência e da recuperação de empresas como o mais indicado para especialização no julgamento de crimes falenciais.

Impende esclarecer, ademais, que as Leis de Organização e Divisão Judiciárias dos Estados ao estender ao juízo cível da falência e da recuperação judicial a competência, também, para o julgamento dos crimes falenciais não estão, necessariamente, atribuindo a juízos extrapenal competência sobre matéria criminal, e sim investindo aquele juízo de

especial competência criminal, a fim de que, mais afetos com a complexa matéria de que se revestem os delitos daquela natureza, possam exercer mais célere e eficazmente a indispensável atividade jurisdicional.

De outra parte, é inegável a estreita dependência que o processo-crime por infração falencial guarda com o processo de falência, de modo que aquele poderia ter sobrestada a sua marcha processual, mediante aplicação das regras que disciplinam as questões e os procedimentos incidentes, previstos no Título VI, do Livro I, Código de Processo Penal, de aplicação subsidiária ao processo-crime falencial (art. 188, Lei n. 11.101/05), sempre que houvesse fundado receio, diante das relevantes razões apresentadas pelo devedor ou falido, de desconstituição da sentença declaratória da falência. E a desconstituição desta, por seu turno, acarretaria, inapelavelmente, a extinção do processo-crime por falta de objeto, eis que não mais subsistiria a imprescindível condição objetiva de punibilidade a legitimar o exercício da tutela jurisdicional penal.

Ante todas essas razões, e ratificando as argumentações outras em defesa da competência do juízo da falência ou da recuperação extrajudicial para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais, referendadas, inclusive, em seu aspecto constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, firma-se o entendimento, igualmente, nessa direção, sem embargo de o processo e o julgamento ocorrer perante o juízo criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, desde que não haja disposição legal nas Legislações Estaduais de Organização e Divisão Judiciárias, radicando a competência no juízo falencial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta dissertação, apresentaram-se considerações relativas à temática crime falencial, notadamente sobre a competência jurisdicional para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais após a nova justificação normativa do art. 183 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei nº 11. 101/2005).

Impõe-se, neste momento, um esforço de apresentação sistemática das conclusões pertinentes ao desiderato da presente dissertação.

A teorização dos crimes falenciais remonta ao arranjo jurisdicional estatutário das cidades italianas, que sofreram o influxo do empreendimento mercantil do século XII, malgrado as primeiras notas jurídicas a respeito do caráter infamante que subjazia a quebra, tangenciar o direito romano.

Os tratadistas, daquela conjuntura comercial, partiram da delimitação teórica de furto impróprio para conceituar crime falencial, identificando-o como a subtração fraudulenta de mercadorias ocorrida próxima à insolvência.

Verificou-se que a fisionomia dos crimes falenciais individualizou-se em três marcos teóricos: teoria da falência-crime, teoria da dupla presunção legal e teoria da falência-condição.

Assim, na doutrina clássica, a falência, por si só, constituía ocorrência punível, reverberando na responsabilidade objetiva do insolvente, ao passo que na teoria da falência-condição, predominante na atualidade, o crime falencial decorre unicamente da prática de condutas capituladas como ilícito penal, assumindo a falência o timbre de condição objetiva de punibilidade.

Sobreleva anotar o óbice operacional de se conceber a teoria fundada na responsabilidade objetiva, na atual atmosfera jurídica brasileira, uma vez que a responsabilidade considerada objetivamente agride os preceitos do direito penal democraticamente orientado.

A tipologia da legislação falencial, das provisões legislativas do Império à República, lançou bases para a compreensão do instituto da falência, a despeito da ausência de regulamentação das penalidades correspondentes, que eram emprestadas do Código Criminal de 1830. Somente, nas balizas de 1945, com a formulação do anteprojeto do Decreto-Lei n. 7.661, que as penas foram cominadas diretamente na legislação falimentar, e não remissivamente pelo Código Penal.

No termo de 2005, a Lei n. 11.101, publicada no Diário Oficial da União no dia 9 de fevereiro (Lei de Recuperação de Empresas e Falência), tratou de regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, sendo então conhecida como a “Nova Lei de Falência”.

No que pertine a *sede materiae* dos delitos falenciais, afirmou-se que a divergente locação legislativa dos crimes falenciais promoveu rancorosos preconceitos jurídicos, acarretando a pobreza da nossa literatura jurídica a propósito dos mesmos, em virtude do desinteresse da matéria, seja pelos criminalistas, seja pelos comercialistas.

Cumprido concluir que, conquanto a proposta crime falencial reverberar um instituto sensivelmente refratário à aplicação de preceitos básicos do direito penal, trata-se de uma espécie extravagante, *sui generis*, de caracteres singulares, o que, necessariamente, impõe-se a sua abordagem e inserção em legislação própria.

Considerando a natureza jurídica dos crimes falenciais, conclui-se pela natureza híbrida, contemplando uma multiplicidade de bens jurídicos ínsitos aos tipos penais falenciais, posto que o objeto jurídico tutelado pela legislação penal falencial transborda aos interesses patrimoniais dos credores, protegendo, igualmente, outros bens jurídicos, afetos ao instituto do direito falencial, uma vez que a falência de um empresário é timbrada por um latente prejuízo social que, originariamente, extravasa o interesse privado dos credores.

A classificação dos crimes falimentares também foi abordada, considerando o momento do crime em relação à decretação da falência, podendo identificá-los como crimes pré-falimentares (ou antifalimentares), quando ocorridos previamente à decisão judicial de quebra, ou pós-falimentares, se ocorridos em momento posterior.

A repercussão prática desse critério classificatório torna-se evidente na medida em que estes delitos têm sua punibilidade condicionada à decretação da quebra ou à concessão da recuperação judicial ou extrajudicial, resultando isso na inexistência de prazo prescricional a se iniciar a partir da data da consumação do fato. Em relação aos delitos pós-falimentares (ou pós-recuperação) perfeita está a condição de punibilidade (decisão de falência ou de concessão da recuperação) já em seu momento consumativo inicial, contando-se a prescrição da data de sua consumação.

Consigna-se que, em virtude da nova sistemática desencadeada pela Lei n. 11.101/005, os crimes podem tangenciar ao processo de falência, quanto ao processo de recuperação judicial ou extrajudicial. Daí, a justificativa metodológica, da presente dissertação, de utilização do vocábulo falencial em detrimento do termo falimentar.

Em relação à condição objetiva de punibilidade, tratou-se das três correntes doutrinárias dedicadas ao estudo da natureza jurídico-penal da decisão que decreta a falência ou a recuperação judicial ou extrajudicial com relação ao crime falimentar. Aqueles que entendem ser a decisão declaratória de falência elemento do tipo penal; outros que a entendem como condição de procedibilidade da ação penal; e, por fim, como condição objetiva de punibilidade.

Os primeiros consideram a decisão de falência ou recuperação como elemento do tipo penal falimentar, ao argumento de que é a corrente que melhor explica as conseqüências práticas da posterior reforma da decisão. Tal posicionamento, entretanto, não escapou às críticas, contra esta posição há o argumento de que a falência ou a recuperação deveria estar abrangida pelo dolo do agente, razão pela qual seria possível chegar a conclusão de que um devedor, ao cometer crime falimentar antes da quebra (por exemplo, uma fraude a credores), deveria ter a intenção de falir posteriormente, o que não faz muito sentido. Por outro lado, admitir a existência de um elemento do tipo penal não abrangido pelo dolo do agente seria admitir a responsabilidade penal objetiva, verdadeira inconstitucionalidade.

Outros, por sua vez, entendem que a sentença de falência ou recuperação possui a natureza de condição de procedibilidade da ação, eis que haveria dispositivo adjetivo penal dispondo expressamente que a ação penal não poderia se iniciar antes de decretada a falência.

Entretanto, não obstante o art. 180 da LRE sedimentar de vez as discussões sobre o assunto, uma interpretação sistemática do referido diploma legal leva a crer que seria um verdadeiro contra-senso admitir que os crimes falimentares tivessem como pressuposto uma condição de procedibilidade, diante de expreso texto de lei afirmando sua incondicionalidade, conforme prescreve o art. 184, prevalecendo, portanto, o entendimento de que a sentença que decreta a falência ou concede a recuperação constitui verdadeira condição objetiva de punibilidade.

Entendendo-se por condição objetiva de punibilidade, o fato ou a circunstância, exterior ao tipo penal, não abrangida pelo dolo do agente, exigido em lei como pressuposto necessário à punição do delito.

Sobre a condição objetiva de punibilidade, ademais, infere-se que tal *conditio juris* identifica-se com o expediente da questão prejudicial, na medida em que a resolução da demanda penal depende, necessariamente, da existência e, notadamente, da subsistência legítima da decisão declaratória da falência ou da que concede a recuperação judicial ou homologa o plano de recuperação extrajudicial.

Outrossim, não descurando da função político-criminal que subjaz a conceituação da condição objetiva de punibilidade, impende concluir o manifesto equívoco do constituinte derivado ao equiparar à sentença que decreta a falência aquela que concede o processo de recuperação de empresas. É que se própria legislação brasileira falimentar, Lei n. 11.101/2005, prescreve que as possibilidades de recuperação, judicial ou extrajudicial, antecedem ao processo da falência, haja vista os inúmeros inconvenientes que advêm da quebra do empresário e que o escopo precípua do instituto da recuperação de empresas deita raiz na preocupação de preservar a atividade empresarial, erigida esta como verdadeira instituição social para a qual concorrem interesses diversos. Assim, como conceber que a sentença concessiva da recuperação judicial ou que homologa o plano de recuperação extrajudicial seja condição objetiva de punibilidade, juntamente com a sentença que decreta a falência, uma vez que tal equiparação viabilizará atitudes criminais potencialmente capazes de perturbar gravemente o procedimento de recuperação empresarial, instigando quebras que talvez fossem evitáveis? Conclui-se, portanto, a impropriedade do legislador derivado ao equipar a sentença que decreta a falência aquela que concede a recuperação empresarial.

Considerando a apuração dos crimes falenciais na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, observou-se que *persecutio criminis* deflagrava-se com a instauração do chamado inquérito judicial ordinário (rito mais alongado), ou com o inquérito judicial sumário (rito mais abreviado).

Quanto à discussão a respeito da natureza do inquérito judicial assentar-se em base inquisitória ou contraditória, concluiu-se pela identificação do viés inquisitório, haja vista que tal posicionamento sugere ser mais adequado ao inquérito judicial, eis que se trata de espécie do gênero inquérito, sendo, portanto, em regra, de natureza inquisitiva. Ademais, o seu caráter inquisitivo não impedia que o falido requeresse a realização de uma diligência que julgasse ser necessária para preservar algum direito seu. Contudo, a realização dela dependeria do juízo de valor a ser feito pela autoridade judiciária, que o presidia, tendo em vista o poder discricionário que lhe é conferido no Investigatório. E mais, pelo Sistema Acusatório, a imputação de um fato típico, ilícito e culpável, por intermédio de uma eventual ação penal, deveria ser feita, privativamente, pelo Ministério Público, conforme art. 108, do Decreto-lei n. 7.661/45, instaurando-se, em decorrência, a necessária relação jurídico-processual penal, em sede da qual, adequadamente, haveria o contraditório. Corroborando com a identificação da natureza inquisitória, observou-se que o procedimento prescindia da intimação do falido para contestar, posto que se tratava de uma faculdade que lhe era conferida.

O procedimento por crime falencial, ainda sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45, desenvolvia-se perante o juízo da falência, cessando, contudo, sua competência com o oferecimento da denúncia ou queixa. Ventilou-se, ademais, que escoado os prazos no juízo cível (juízo da falência) ou não recebida a denúncia ou queixa substitutiva ali oferecida, e mesmo independente disso, a ação penal, em matéria de crime falencial, poderia ter início no juízo penal, tendo por fundamento os mesmos ou diferentes fatos dos constantes na denúncia ou na queixa substitutiva, em caso de rejeição delas.

Na apuração dos crimes falências, sob a regência da Lei n. 11.101/05, observou-se que o inquérito judicial restou substituído pelo tradicional inquérito policial. Acentuou-se que as razões para a manutenção do inquérito judicial seriam eminentemente de ordem prática, eis que a prática demonstra que os servidores da polícia judiciária não estão, em regra, familiarizados com conceitos de ordem comercial e falencial, de modo a conduzirem satisfatoriamente a investigação policial. Sendo assim, não terão, da mesma forma que a autoridade judiciária, contato com o processo falimentar e seus apensos, o que os privará da informação necessária para a correta investigação do crime. Tais circunstâncias certamente contribuirão, na grande maioria dos casos, para uma precária apuração dos delitos e, conseqüentemente, para o aumento da impunidade dos autores desses crimes. Reconheceu-se, outrossim, que formalmente, não haveria óbices para a preservação da investigação dos delitos falenciais pela autoridade judiciária, uma vez que, por sua natureza, o inquérito policial constitui-se em peça meramente informativa e dispensável. Ocorre, contudo, que a manutenção do antigo inquérito judicial falencial não se coaduna com o modelo acusatório pátrio.

A ação penal nos crimes falimentares também foi objeto de análise, cuja disposição no art. 184 da LRE prescreve que os delitos falenciais são apurados mediante ação penal pública incondicionada.

Tratou-se de esclarecer, ainda, que essa prerrogativa de propor a ação penal pública exclusiva não é absoluta, dado que, se o Ministério Público não ajuizar a ação, dentro do prazo legal previsto no art. 187, §1º, que faz remissão ao art. 46 do Código de Processo Penal, deixando o promotor esvair o prazo legal, quando então, não tendo sido ofertada a incoativa, começará a fluir outro prazo, este decadencial, para que qualquer credor habilitado ou o administrador judicial possa oferecer queixa-crime, esta de natureza subsidiária.

Esclareceu-se, outrossim, que não é qualquer credor que tem o direito de ajuizar a ação, mas, sim, o credor habilitado, isto é, aquele que se fez presente no processo falencial, ajuizando sua habilitação de crédito e sendo chamado a integrar a lide. Somente a decisão

definitiva a respeito da habilitação do credor, em princípio, o legitimará ao exercício da ação penal subsidiária em juízo.

Cuidou-se, também, de analisar o rito processual a ser observado nos crimes falimentares, estatuído no art. 185 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências como sendo sumário, independentemente da pena *in abstracto* cominada ao crime.

Demonstrou-se as únicas exceções à aplicação do rito sumário, como sendo a hipótese do art. 177 da Lei 11.101/2005 (violação de impedimento) quando esse delito for cometido por quem tenha prerrogativa de foro (por exemplo, juízes de direito, deputados, promotores de justiça etc.), atraindo, então, a incidência do rito definido na Lei 8.038/1990, que define o rito aplicável aos casos de competência criminal originária dos tribunais; e a hipótese de ato infracional praticado por menor de 18 anos, que atrairia a competência do juízo da infância e juventude e o respectivo rito processual.

Declinou-se, ainda, sobre a prisão cautelar (processual) em sede de crimes falenciais. Nesse sentido, analisou-se à luz das disposições penais e processuais penais atinentes aos crimes falenciais, a possibilidade ou não da ocorrência de cada uma das espécies de prisões serem decretadas ante a existência de prática de delito falencial.

Outrossim, ventilou-se a incoerência do legislador ordinário em conferir ao juiz da falência (juízo extrapenal) a faculdade de decretar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores na sentença declaratória da falência, porquanto estar-se-ia admitindo a prática de ato jurisdicional, - de natureza e com reflexos exclusivamente penais -, sem que ainda exista a jurisdição apropriada, tendo em conta a inexistência de inquérito policial ou ação penal falencial com aptidão para o incremento do Poder de punir do Estado, como expressão da jurisdição de índole penal ou criminal.

A presente pesquisa cuidou, ainda, por objetivo secundário, de assentar a ideia da imprescindibilidade do contraditório prévio à acusação por crime falencial como interpretação consentânea à Constituição Federal dos dispositivos do art. 396, *caput*, e art. 399, ambos do Código de Processo Penal.

Com a entrada em vigor da Lei n. 11.719/08, colocou-se no âmbito do Direito Processual Penal uma questão de inegável complexidade acerca do momento do recebimento da denúncia, em razão da redação dos artigos 396 e 399 do CPP, eis que ambos estabelecem marcos distintos para o recebimento da denúncia ou queixa subsidiária pela prática de crime falencial: um recebimento antes de oferecida a resposta à acusação, e outro depois.

A dualidade de recebimento da acusação por crime falencial, inaugurada com a reforma, promoveu um racha entre os processualistas brasileiro: a maior parte da doutrina

entende que o recebimento da peça acusatória se dará na oportunidade prevista no art. 396, *caput*, do CPP, qual seja, antes do oferecimento da resposta à acusação. Por outro lado, a corrente minoritária, defende o recebimento da denúncia depois de oferecida a resposta prévia à acusação, nos termos do art. 399 do CPP.

Aqueles que defendem o recebimento da acusação na oportunidade prevista no art. 396, *caput*, do CPP, em nítido apego ao texto da lei, afirmam que o legislador reformador obrou deliberadamente nesse sentido, ao fazer incluir no texto do referido dispositivo a expressão “recebê-la-á”. Assim, segundo eles, uma vez oferecida a peça acusatória, caberia ao juiz, caso não a rejeitasse liminarmente, receber a acusação (juízo de admissibilidade), determinando, em seguida, a citação do acusado para oferecer resposta escrita.

Os que propugnam por esse entendimento alegam que uma interpretação sistemática do Código de Processo Penal conduz a essa idéia, na medida em que haveria uma relação de completude entre os artigos 363 e 396 do Código de Processo Penal. Assim, havendo a disposição, no art. 363 do CPP, de que “o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”, impossível a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia ou queixa, porque, no atual rito comum ordinário e sumário, a citação do acusado somente poderá ocorrer após a admissibilidade da acusação.

Ademais disso, haveria a impossibilidade de absolvição sumária do acusado da prática de crime falencial sem que houvesse anterior recebimento da denúncia ou queixa substitutiva, posto que impossível o julgamento material da ação sem que houvesse processo penal instaurado.

Tais alegações, no entanto, foram circunstancialmente rechaçadas ao longo do capítulo pertinente.

Primeiro. Não há que se afirmar que o legislador obrou deliberadamente no sentido por eles defendido, quando se tem a reforma processual penal, desde o início, orientada no sentido de prevê o contraditório prévio à acusação. E mais: como advogar em benefício à literal disposição da lei, na contramão de valores constitucionais consagrados como o contraditório, ampla defesa e dignidade da pessoa humana?

Segundo. Por que se operando o recebimento denúncia por crime falencial após a oferta da defesa escrita e, por conseguinte, após o ato citatório, haveria manifesta afronta às disposições do art. 363 do CPP? É indagação que não possui lógica. Isto porque o ato de recebimento da denúncia não tem nada que ver com o ato citatório do acusado, nada impedido que aquele ocorra antes deste. Aliás, não é outra coisa o que se tem ante a previsão do art. 78,

em combinação com o art. 81, da Lei 9.099/95. Nem por isso questionou-se a logicidade desses dispositivos.

É bom que se frise, mais uma vez, que a exposição desta argumentação funcionou tão-somente como contradita à alegação ora questionada. Isto porque dentre os desígnios deste trabalho tem-se a ideia de que a citação deverá ocorrer depois de recebida a denúncia ou queixa substitutiva e, por conseguinte, depois de ofertada a defesa escrita do acusado.

Por fim, igualmente não merece prevalecer a alegação de que a admissibilidade deveria acontecer desde logo, pois que seria ilógico o juiz absolver sumariamente antes de receber a inicial. Não há óbice em receber a acusação após a manifestação defensiva do réu, quando já se tem a relação processual devidamente instaurada com o oferecimento da inicial. A absolvição sumária, se ocorrente, se dará com o processo já iniciado.

Assim, verificou-se a improcedência das argumentações daqueles que defendem o recebimento da acusação na oportunidade prevista no art. 396, *caput*, do CPP, restando evidente que a melhor interpretação é aquela que prevê a possibilidade do contraditório prévio, e, por conseguinte, possibilita o recebimento da denúncia na fase do art. 399 do CPP.

Para a correção do equívoco, basta o intérprete valer-se da interpretação corretiva, ou ab-rogante atenuada, do art. 396, *caput*, do CPP, para dele suprimir a expressão “recebê-la-á”. Isso porque, havendo incompatibilidade entre as expressões “recebê-la-á” e “recebida”, contidas, respectivamente, no art. 396, *caput*, e art. 399, ambos do CPP; caberá ao intérprete conciliar as duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las no sistema. Tal conciliação se dará com a eliminação de uma das expressões incompatíveis: “recebê-la-á” ou “recebida”. A escolha de uma ou outra se dará à luz dos valores constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Observou-se que o recebimento da denúncia de forma errônea acarretará sérios prejuízos ao acusado, tendo em conta que tal ato processual ensejará a interrupção do prazo prescricional em desfavor do réu. Assim é que, para a ocorrência da interrupção da prescrição, em decorrência do recebimento da denúncia por crime falencial, faz-se mister o contraditório prévio à admissibilidade da acusação, em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, esculpido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Sendo assim, à luz dos valores constitucionais da ampla defesa, deve se fazer uma interpretação corretiva ou ab-rogante atenuada do art. 396, *caput*, do CPP, corrigindo-o pela eliminação da parte em que prevê “recebê-la-á”.

Entretanto, é bem de ver que, para o atendimento dos ditames constitucionais, tão-somente a exclusão da mesóclise não basta. Isso porque o art. 396 do CPP prevê a “citação do

acusado para responder a acusação”. E, tendo em conta que o ato citatório regularizará a relação processual, nos termos do art. 363 do CPP, tornando o imputado, a partir de então, verdadeiro acusado, haverá processo penal regularmente formado antes de recebida a denúncia e, por conseguinte, antes do contraditório prévio.

De modo que a sistemática processual penal, notadamente agora inaugurada com a reforma, reclama por uma interpretação dos dispositivos dos arts. 396, *caput*, e 399 do CPP em consonância com os valores constitucionais.

A bem da verdade, situar-se como réu em processo penal já configura inegável constrangimento ao cidadão. Bem por isso que o contraditório prévio à instauração do processo penal se faz imperioso por força do fundamento constitucional da dignidade da pessoa.

Tem-se, portanto, que a problemática reside no vocábulo “citação”, contido no art. 396, *caput*, do CPP, a evidenciar a inconstitucionalidade do dispositivo. Inconstitucionalidade esta que reclama solução nos postulados da hermenêutica constitucional.

Deve-se, assim, operar uma interpretação conforme à Constituição do art. 396, *caput*, do CPP, para, ao invés de o vocábulo “citação”, substituir-se a expressão “notificação”. A “citação”, no sentido técnico da palavra, ocorreria na fase prevista do art. 399 do CPP, onde se lê: “intimação”. Ali, sim, haveria autêntica “citação”, porque operada após o recebimento da denúncia e, por conseguinte, após o contraditório prévio.

Por todo o exposto, o dispositivo do art. 396, *caput*, do CPP remanesceria constitucional, desde que interpretado assim: “nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a notificação do acusado para responder a acusação no prazo de dez dias, por escrito”.

É a ideia que deve prevalecer, posto que consentânea aos valores constitucionais do contraditório, ampla defesa e dignidade da pessoa humana.

Relativamente ao juízo natural para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais, constatou-se que a partir da entrada em vigor da Lei n. 11.101/05, que extinguiu o procedimento bifásico, em que o juízo de admissibilidade ou de prelibação era feito pelo juízo da falência, e fixou a deflagração da *persecutio criminis, ab initio*, no juízo criminal do lugar em que for decretada a falência, concedida a recuperação judicial, ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, surgiram várias divergências doutrinárias acerca da fixação dessa competência.

O objeto da discussão, centrado na (im)possibilidade de Legislações Estaduais de Organização e Divisão Judiciárias, em que pese a regra expressa na legislação federal,

trazerem regras atributivas daquela competência ao próprio juízo da falência ou da recuperação judicial, não inaugurou qualquer novidade em torno da matéria. Isso porque o assunto, embora com certa diversidade de enfoque, já havia sido analisado na vigência da Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

O cerne da discórdia residia em se estabelecer a qual ente federado, isto é, se aos Estados-membros ou a União, caberia a atribuição legislativa, de forma privativa, para fixação do juízo legal para o julgamento das infrações penais falenciais.

Os doutrinadores pátrios, de um lado, invocando as disposições constitucionais do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, sustentavam que a matéria envolvia atribuição privativa da União, porquanto se tratava de assunto de conteúdo processual, na medida em que competência é tema estreitamente vinculado ao princípio do juiz natural, envolvendo, ademais, os princípios constitucionais do devido processo legal e o da imparcialidade, impondo, em consequência, que as ações penais por crimes falenciais sejam julgadas por magistrados com neutralidade e independência, sem qualquer vinculação ou contato com o processo falencial ou de recuperação.

Sustentam, ainda, os adeptos de tal corrente doutrinária, que o tema diz respeito à relação jurídica processual e, não, a mera coordenação de atos que se sucedem. Daí porque os conceitos de processo e procedimento não se confundem, uma vez que o primeiro é instrumental, enquanto o segundo, formal, sendo que é por intermédio do processo que se realiza a ação judiciária e, pois, o processo é o meio pelo qual será efetivada a tutela jurisdicional. E o procedimento, por seu turno, corresponde ao esquema dos atos, na sua ordem e sucessão, em que se efetiva a ação judiciária, destacando-se que tal distinção se fazia necessária, porque a Constituição, no art. 22, inciso I, fala de direito processual e, no art. 24, inciso IX, trata de procedimento em matéria processual, destacando, por fim, que competência é assunto para lei processual, porque diretamente relacionada ao exercício da jurisdição, pelos agentes do Poder Judiciário, matéria afeta privativamente à União, por força da norma contida no art. 22, inciso I, da Constituição Federal.

Por outro lado, há aqueles que propugnam pela incidência da regra constitucional do art. 24, inciso XI, eis que a atribuição legislativa é concorrente, cabendo tanto à União, quanto aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre procedimento em matéria processual, de forma que deveria ficar a critério de cada Unidade da Federação, em suas Leis de Organização Judiciárias, atribuir a competência para o processo e julgamento dos crimes falenciais ao juízo criminal ou ao juízo da falência.

Ademais, segundo os seguidores dessa outra corrente doutrinária, o processo de falência é matéria profundamente especializada, pelo que ninguém melhor que o juiz da esfera extrapenal para apreciar se houve ou não crime falencial, receber ou rejeitar a denúncia, dentre outras atividades vinculadas a matéria, destacando, outrossim, os bons frutos colhidos com a adoção pelo Estado de São Paulo, desde a vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, de um juízo unificado para apreciar e julgar toda e qualquer matéria de natureza falencial, inclusive a criminal.

Constatou-se, de outra forma, que as Legislações Falenciais sempre atribuíram competência ao juízo falencial para apreciarem a ocorrência ou não de crimes falenciais, ainda que o julgamento e fixação da pena fossem realizados pelo juízo criminal e que a questão envolvendo a atribuição de competência, desde o início até final julgamento, dos crimes falenciais pelas Legislações Estaduais de Organização e Divisão Judiciárias ao próprio juízo falencial já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45, que concluiu pela constitucionalidade de tais legislações.

Após analisar e confrontar as premissas argumentativas de ambas as correntes doutrinárias, adotou-se o entendimento de que cada Unidade da Federação ficaria com a faculdade de atribuir ao juízo da falência ou ao juízo criminal a competência para processar e julgar os crimes falenciais, mesmo porque não se trata de criação de normas de processo, mas de mera distribuição de tarefas, ou de especialização de varas, o que se compreende da competência legislativa dos Estados.

De outra sorte, não se cuida, como sustenta determinada corrente doutrinária, de atribuir a juízos extrapenal competência sobre matéria criminal, mas de investir o juízo da falência e da recuperação de competência criminal, levando-se em conta que a matéria dos crimes falenciais encontra-se indissolúvelmente ligada aos temas e institutos próprios do direito empresarial e que tem a sua fonte normativa na mesma lei que rege toda matéria extrapenal, de modo que o juízo falencial surge como naturalmente indicado para especialização no julgamento dos crimes falenciais, mesmo porque conhecendo os fatos, na sua integralidade, poderá proceder a uma melhor valoração também na esfera criminal.

No se deve perder de vista, ademais, que o processo-crime deflagrado para apuração e julgamento de infrações falenciais guarda estreita relação e dependência com o processo de falência, na medida em que em sendo desconstituída a condição objetiva de punibilidade, traduzida na sentença declaratória da falência, na decisão concessiva da recuperação judicial ou da decisão homologatória do plano de recuperação extrajudicial, não mais subsistirá o processo-crime, extinguindo-se por perda do objeto.

Acresce dizer, ainda, que o Administrador Judicial e os credores regularmente habilitados poderão deflagrar ação penal privada subsidiária da pública e que a legitimidade desses últimos, especialmente, somente poderá ser melhor aferida pelo juízo falencial, aliado ao fato que, pela regra contida no art. 187, da Lei n. 11.101/05, que dispõe que o Ministério Público quando for intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, verificando a ocorrência de crime, promoverá, imediatamente, a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito judicial, evidencia-se que somente poderá ser do Promotor de Justiça que funciona junto ao Juízo Falencial e de Recuperação Judicial, a atribuição para exercer a exclusiva titularidade para promoção da ação penal pública incondicionada por crimes falenciais.

Assim, são muitas as razões, de natureza processual e de ordem pública, a justificarem ser mais adequada e preferível a fixação da competência para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais no próprio juízo da falência e da recuperação judicial.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. Curso de Direito Falimentar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Recuperação de Empresas. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Direito Judiciário Brasileiro: processo criminal. 3. ed, 1920.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALENCAR; Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. Curso de direito processual penal. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2011.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Dos crimes em espécie: previsão legal dos crimes e das penas. Análise confrontada com as previsões contidas no Dec. Lei n. 7.661/45. In: DAOUN, Alexandre Jean (Coord.). Crimes Falimentares de acordo com a Lei nº 11.101/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ARAÚJO, José Francelino de. Comentários à lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2009.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal para concursos públicos. 4 ed. São Paulo: Método, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, tomo II.

_____. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, tomo II.

BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial – fundo de comércio ou fazenda mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BATISTA, Nilo. Lições de direito penal falimentar. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BERENGUER, Ricardo. O processo penal nos crimes falimentares. In: DAOUN, Alexandre Jean (Coord.). Crimes Falimentares de acordo com a Lei nº 11.101/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BESSONE, Darcy. Instituições de Direito Falimentar. São Paulo: Saraiva, 1995.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 5. ed. São Paulo, 2009.

BITENCOURT, César Roberto. O recebimento da denúncia segundo a Lei 11.719/08. Revista consultor jurídico, São Paulo, 29 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/70289>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

BONFIM, Edílson Mougnot. Curso de processo penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil: promulgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 28 dez. 2011.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 28 dez. 2011.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 28 dez. 2011.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 28 dez. 2011. Acesso em: 28 dez. 2011.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 28 dez. 2011.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 15 de março de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 28 out. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 out. 2011.

BRASIL. **Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 27 out. 2011.

BRASIL. **Lei 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L0556-1850.htm>>. Acesso em: 27 out. 2011.

BRASIL. Decreto 562, de **02 de julho de 1850**. Marca os crimes que devem ser processados pelos Juizes Municipaes, e julgados pelos Juizes de Direito. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=63225&norma=79119>>. Acesso em: 20 out. 2011.

BRASIL. Decreto n. 707, de 09 de outubro de 1850. Regula o modo por que devem ser processados pelos Juizes Municipaes, e julgados pelos de Direito os crimes de que trata a Lei Nº 562 de 2 de Julho deste anno. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=64565&norma=80472>. Acesso em: 20 out. 2011.

BRASIL. Decreto n. 738, de 25 de novembro de 1850. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=64755&norma=80662>>. Acesso em 20 out. 2011.

BRASIL. Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=52178&norma=68009>>. Acesso em 20 out. 2011.

BRASIL. Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 jul. 1945. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del7661.htm>>. Acesso em: 27 out. 2011.

BRUSCATO, Wilges. Manual de direito empresarial brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, J. A. Pimenta. Apontamentos sobre Processo Criminal Brasileiro, 1922.

CAEIRO, Pedro. Sobre a natureza dos crimes falenciais. Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 1996.

CALAMANDREI, Piero. Introduzioni allo Studio Sistematico dei Provvedimento Cautelari: Pádova, CEDAM, 1936.

CAMPINHO, Sérgio. O direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar: 2006.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Curso de processo penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de processo penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra, 1981.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2009, v. 1.

ESPÍNOLA FILHO, E. Código de Processo Penal Brasileiro. 1942.

_____. Código de processo penal brasileiro anotado. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1.

FARIA, Bento de. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1942.

_____. Direito Comercial: falência e concordata. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1947, v. IV.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de Falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Manual de direito comercial. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Nova lei de falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2005.

FEITOZA, Denílson. Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Waldemar. Tratado de direito comercial: estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1966, v. 15.

_____. Instituições de direito comercial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 5.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990, v.1.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade. In: Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

_____. Lições de Direito Penal – parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Ari. O júri no Estado Novo. 1939.

FRANCO, Vera Heleno de Melo; SZTAJN, Rachel. Falência e Recuperação da Empresa em Crise. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Falência e recuperação da empresa em crise. São Paulo: Campus, 2008.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Crimes falimentares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em sua unidade – II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de falências e suas repercussões criminais. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Breves anotações sobre o novo processo penal falimentar. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 148, Mar 2005.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES CUNHA, Rogério; BATISTA PINTO, Ronaldo. Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOLDSHMIDT, James. Princípios gerais do processo. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Pena. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Manual de processo penal. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1949, v. 1.

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

JESUS, Damásio Evangelhista. Código de Processo Penal Anotado. São Paulo: Saraiva, 2002.

LACERDA, J. C. Sampaio. Manual de Direito Falimentar. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LAURIA TUCCI, Rogério. Teoria do direito processual penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOBATO, Moarcy. Falência e Recuperação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2.

_____. Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelara: uma leitura garantista. In: Garantias Constitucionais e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. LOPES Jr, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, v. 2.

MACHADO, Antonio Alberto. Curso de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGARINOS, E. Torres. Processo penal do júri no Brasil. 1939.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Bogotá: Temis, 1972, v. II.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. São Paulo: Bookseller, 1997.

_____. José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 3.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito Intertemporal ou teoria da retroatividade das leis. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

_____. Hermenêutica e aplicação do Direito. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Trad. Melendo-Redin. 1951.

MENDES, Octavio. Falências e Concordatas. São Paulo: Saraiva & C, 1930.

MENDONÇA, Andrey Borges. Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

MENDONÇA, J. X. Carvalho. Tratado de Direito Comercial do Brasil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

MORELLE, Italo. A efetividade da repressão penal nas infrações falimentares. . In: DAOUN, Alexandre Jean (Coord.). Crimes Falimentares de acordo com a Lei nº 11.101/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MIGLIARI JR, Arthur. Crimes falimentares. São Paulo: CS Edições, 2002.

_____. Crimes de Recuperação de empresas e de falências de acordo com a lei nº 11.101/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. Disposições Penais. Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falência. In: ABRÃO; TOLEDO (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. Barcelona: PPU, 1985.

MIRABETE, Júlio Fabrinni. Processo Penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Processo Penal. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MUCCIO, Hidejalma. Curso de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa. 6. ed. São Paulo; Saraiva, 2011, v. 3.

_____. Manual de direito comercial e de empresa. 2. ed. São Paulo; Saraiva, 2007, v. 3.

NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de direito Processual Penal. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Manual de processo penal e execução penal. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Curso de processo penal. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2009.

PACHECO, José da Silva. Tratado das execuções falência e concordata. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2.

PENTEADO, Mauro R. Comentários à lei de recuperação de empresas e falências. São Paulo: Ed. RT, 2006.

PEREIRA, Alexandre Demetrius. Crimes Falimentares: teoria, prática e questões de concursos comentadas. São Paulo: Malheiros, 2010.

PERIN JÚNIOR, Écio. Curso de direito falimentar e recuperação de empresas. 3. ed. São Paulo: Método, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas. São Paulo: IOB, 2006.

PITOMBO, Antonio Sérgio. Contribuição ao estudo dos crimes falimentares. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (Coord.). Direito falimentar e a nova Lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. Do procedimento penal. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PRADO, Geraldo. Sobre procedimentos e antinomias. Boletim do IBCCrim 190/4-5. São Paulo: IBCCrim, set. 2008.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Disposições preliminares: aplicação da legislação, competência e intervenção do Ministério Público. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial esquematizado. São Paulo: Método, 2010.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Direito processual penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora. 2010.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

_____. Curso de Direito Falimentar. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2.

SAUSEN, Marlise Scheid. A dilação (in)devida do processo penal: entre os limites normativos e a discricionabilidade judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 17, n. 78. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun. 2009.

SBARDELOTTO, FÁBIO Roque. Reformas no processo penal. Guilherme de Souza Nucci (Org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

SILVA, Jane. Dos Crimes em espécie. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Fases falencial e pós falencial – uma visão generalista. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOARES, Michel Bertoldi. O recebimento da denúncia e a interrupção da prescrição na nova sistemática processual penal. Disponível em: <www.jusvi.com.br>. Acesso em 30 mar. 2010.

STRECK, Lênio Luiz. O impasse na interpretação do art. 396 do CPP. 18 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

STEVENSON, Oscar. *Do crime falimentar*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1939.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011, v. 3.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

_____. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v.2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2.

_____. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Manual de Processo Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Código de processo penal comentado: 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 3.

_____. Comentários à Lei de Falências. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.

VASCONCELOS, Ronaldo. Direito processual falimentar. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VARGAS, Beatriz. Do procedimento penal. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Reis, Rodolfo Soares dos

O recebimento da denúncia após as Leis nº 11.101/05 e 11.719/08: do juízo natural para o processamento e o julgamento dos crimes falenciais / Rodolfo Soares dos Reis. — Nova Lima, 2011.

193 f.

Orientador: Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo
Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, 2011.

1. Direito empresarial - Brasil. 2. Direito falimentar - Brasil. 3. Crimes falenciais. 4. Lei de falências. I. Título.

CDU 347.7(81)