

DOS CRIMES FALIMENTARES ¹

Amadeu de Almeida Weinmann ²

“Percorram-se, com olhar filosófico, as legislações e a História das nações, e encontrar-se-ão com freqüência os nomes de vício e virtude, de bom e mau cidadão, alterarem seu valor de acordo com o tempo e as circunstâncias.” ³

Desejo, primeiramente, agradecer o honroso convite, sufocado, de um lado pela emoção trazida pelo convite, mas, de outro, pelos limites de tempo que tenho para falar sobre tema tão momentâneo, quer pela importância do momento econômico-financeiro que vive o país, e pelas novas regras trazidas pela nova lei.

Claro que a minha exposição se prende apenas aos posicionamentos da nova lei, no que diz respeito ao novo sistema penalizador. Não me sinto em condições de falar a respeito da filosofia da nova lei falimentar em si.

Costumamos ouvir elogios ao processo legislativo americano, cuja constituição, por exemplo, dura mais de duzentos anos, com pouquíssimas alterações. Esquecemo-nos, entretanto, que a atividade legislativa brasileira é extremamente conservadora.

A Constituição Imperial outorgada em 1824, durou até 1891 - ou sejam - sessenta e sete anos de vida. A primeira carta republicana resistiu quase meio século, de 1891 a 1945.

O Código Comercial nascido em 1850 ⁴, ainda na plenitude do Brasil Império, sobreviveu até a reforma do Código Civil, em 2002. ⁵ Foram 152 anos de vigência.

O próprio Código Civil manteve-se em pé por oitenta e seis anos. Criado em 1940, vige ainda o nosso Código Penal ⁶. De 1941

¹ Palestra proferida em 28 de setembro de 2006, no “Meeting Jurídico”, organizado pela Federação das Associações Comerciais e de Serviços do Rio Grande do Sul – FEDERASUL e Associação Comercial de Porto Alegre - ACPA

² Advogado, professor e escritor. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especializado em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFRGS. Comendador da Ordem Osvaldo Vergara da OAB/RS, Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Autor de os “Princípios de Direito Penal”, Ed. Rio/Estácio de Sá, 2004, Rio de Janeiro, da “Recuperação Empresarial, Nova Lei de Falências & Novo Direito Penal Falimentar, Ed.”. Livraria do Advogado, 2006, Porto Alegre e de “Os Criminalistas” biografia de Voltaire de Bittencourt Pires, Ed. Da Ordem dos Advogados do Brasil, 2006 e de várias dezenas de artigos publicados em revistas especializadas.

³ Cesare Beccaria – Dos Delitos e das Penas, pág. 65, HEMUS – Livraria Editora Ltda., 1.971.

⁴ Lei nº 556, de 25 de junho de 1850 que instituiu o Código Comercial Brasileiro (DOU 31.12.1850).

⁵ Lei nº 10.406, de 10/01/2002 que instituiu o novo código civil e mandou revogar, após um ano da data de sua publicação, a parte primeira daquele código.

⁶ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 institui o Código Penal Brasileiro (DOU 31.12.1940).

é o Código de Processo Penal ⁷. Jovem ainda o código de Processo Civil que completará no fim do ano a idade de Cristo ⁸.

Não poderia ser diferente com a Lei de Falências.

Vivíamos numa época de grandes mudanças. Saíramos de uma guerra mundial que ditou novas formas de vida e, obrigatoriamente novas regras tanto para o comércio quanto para as indústrias em geral. Não tínhamos ainda uma lei que protegesse aqueles a que se tinha como “comerciantes de boa-fé, porém infelizes em seus negócios”.

Foi nesse momento que, em pleno pós-guerra, surgiu o Decreto-Lei nº 7761 em 1945. E dita lei suportou mudanças de moedas, crises do petróleo, desvalorizações, dívida externa que hoje se vê bilionária, resistindo por longos sessenta anos, até que, a 9 de fevereiro de 2005, surgiu a nova lei, a de nº 11.101, buscando dar nova vida aos empresários nacionais.

O próprio *nomen juris* da lei, já nos dá uma idéia de um novo objetivo finalista. Não mais a destruição do mercador e de sua empresa, mas sim, a tentativa de sua recuperação plena, enriquecendo e criando mais trabalho para o povo brasileiro.

Vejamos, ainda que a *vol d'oiseau* a nova lei, começando pelo exame do

SUJEITO ATIVO NO CRIME FALIMENTAR

Pela nova lei, a pessoa jurídica não responde pelo crime falimentar. O sujeito ativo é sempre o devedor ou o falido.

Pelo entendimento do art. 179 ⁹, foi estendido o conceito de sujeito ativo, no caso das sociedades, aos seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros de fato ou de direito, bem como ao administrador judicial.

Todos eles estão equiparados ao devedor ou ao falido, para efeitos penais. Em regra tratam-se de crimes monossubjetivos, que podem ser praticados por uma só pessoa como, por exemplo, o ato fraudulento para prejudicar credores e obter vantagem pessoal, o que não exclui a co-autoria, podendo o devedor contar com a colaboração de terceira pessoa, como o contador, técnico contábil, auditor, gerente, sócio, um credor etc.. Exemplo: se o perito adquire bens da massa falida, ainda que se valesse de terceira pessoa, responderá, em concurso, pelo crime de violação de impedimento.

⁷ Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 criou o Código de Processo Penal (DOU 13.10.1941, ret. DOU 24.10.1941).

⁸ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 instituiu o Código de Processo Civil (DOU 17.01.1973, rep. BLEX 23.03.1973)

Em caso de que venha a ser declarada falida a sociedade, os sócios incidem na prática de crime falimentar, atingindo a todos os tipos de sociedades comerciais.

Mas, a característica mais presente nos crimes falimentares, é a da participação de vários autores, com a atuação comumente dos sócios ou dos seus administradores da falida. É da índole do art. 179 ¹⁰, enumerando taxativamente, quais são os responsáveis, tanto pela falência, quanto pela recuperação extrajudicial.

E o art. 180 estipula que a sentença que decreta a falência ¹¹, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 da nova lei, é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nela.

Por isso a importância da minudente investigação delitiva, pois, nos crimes de falência, os administradores são sempre os responsáveis diretos pela quebra. Entretanto, há que se examinar, também, a participação dos demais sócios, a fim de se ter o conhecimento da real participação de cada um, nos atos falimentares. Casos há, de sócios que não tem qualquer participação na administração da empresa e que, desde que provada a sua não participação nos atos ilegais, não pode ser ele ser punido, pelo simples fato de serem sócio.

Ainda que a regra, repita-se, diga que os sujeitos ativos do crime falimentar sejam os sócios e seus administradores, há necessidade da demonstração da existência de um liame entre o fato tido por delituoso e a conduta daquele que figurar nos atos constitutivos da firma ou sociedade. Não se pune o fato de ser sócio. Pune-se o fato de, conhecendo os fatos delitivos, manter-se, de qualquer forma, conivente. O contrário estaria caindo na absurda idéia da culpabilidade objetiva, rejeitada por todas as escolas penais, inclusive pelos adeptos da escola positiva.

É de nosso entendimento que a inexistência absoluta de elementos hábeis a descreverem a relação de causalidade entre os fatos delituosos e a autoria, ofende o princípio constitucional da ampla defesa, do devido processo legal e do estado democrático de direito, tornando inepta a denúncia e injusta a eventual condenação.

DAS PROVAS

¹⁰ Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade.

¹¹ Art. 180. 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.

Tudo em matéria penal deve ser provado, segundo o princípio de que *allegatio partis nom facit jus*.

Como a nova lei de recuperação empresarial aboliu o inquérito judicial, foi transferida a responsabilidade da investigação dos crimes falimentares, ao próprio juiz da falência.

Não há dúvida que, com isso e, nessa fase preliminar, ganhou proeminência a atuação do Ministério Público. Logo que intimado da sentença de falência ou da que concede a recuperação judicial, cabe-lhe a promoção da ação penal respectiva, caso, é lógico, haja algum delito a ser punido, ou a requisição da abertura de inquérito policial (art. 187).

Note-se que o inquérito policial não é mais necessário. Havendo *fumus delicti* (prova de crime e indícios de autoria), desde logo pode ser intentada a ação penal.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Nos processos oriundos da nova lei, há que se admitir a suspensão condicional do processo. O Art. 89, da Lei nº 9099/95 estatui que, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

De outra banda, em caso de concurso material, formal ou crime continuado, não há se falar em aplicação dos benefícios da Lei nº 9099/95, quando suas somas ultrapassam um ano de reclusão.

É matéria já sumulada pelo STJ.¹²

PRESCRIÇÃO NOS CRIMES FALIMENTARES

Os prazos prescricionais, pela nova lei passaram a obedecer às normas do Código Penal, contrariamente ao que se obrigava pela lei velha. Aquela facilitava grandemente a impunidade por conta da exigüidade dos prazos prescricionais e pela incidência da Súmula nº 147, do STF.¹³

A prescrição agora, rege-se pelo máximo da pena privativa de liberdade, começando a correr não mais da data da consumação do crime, mas sim, do dia da decretação da falência, da

¹² STJ – Súmula nº 243 - O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

¹³ Súmula nº 147 do STF - A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata.

concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Com isso, de forma mais desafogada se pode apreciar os atos que levaram a empresa à quebra, bem como a real participação de cada um dos seus co-responsáveis.

Pelo art. 182, a nova lei passa a tratar a prescrição do delito falimentar com as mesmas regras do Código Penal, analisando-se, por exemplo, a prescrição da pretensão punitiva, em abstrato de cada crime isoladamente, comparando-o com os prazos previstos no art. 109 e seguintes do Código Penal.¹⁴

Então, a falência fraudulenta que pela nova lei, a pena é de três a seis anos de reclusão, terá o prazo prescricional acontecido, apenas 12 anos após a sua decretação.

Dispõe a lei que as obrigações do falido prescrevem, concretamente, em cinco anos, se não tiver existido crime falimentar imputável ao falido, se comerciante singular ou ao sócio-gerente, ou se tratando de sociedades comerciais, podendo abranger a todos aqueles que são responsáveis pela empresa e que, de qualquer maneira participaram nas atividades tidas como ilícitas.

A grande diferença desta para com a lei velha lei, é que agora o prazo prescricional flui, a partir do encerramento do processo falimentar.

CRIMES DE AÇÃO PÚBLICA

Os crimes falimentares são sempre de ordem pública e de forma incondicionada. É regra expressa no art. 178 da nova lei¹⁵.

Intimado o Ministério Público da sentença que decretou a falência ou concedeu a recuperação judicial, e verificando-se a ocorrência de qualquer crime previsto na nova lei, o promoverá, imediatamente, a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

O prazo para oferecimento da denúncia regula-se pelo art. 46 do Código de Processo Penal, salvo se o Ministério Público, estando o réu solto ou afiançado, decidir aguardar a apresentação

¹⁴ Código Penal, art. 109: - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

¹⁵ Art. 184. Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública *incondicionada*.

Parágrafo único. Decorrido o prazo a que se refere o art. 187, § 1º, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de 6 (seis) meses.

da exposição circunstanciada de que trata o art. 186 da Lei, devendo, em seguida, oferecer a denúncia no prazo máximo de 15 (quinze) dias.

No entanto, não há necessidade de que se aguarde a apuração final do processo para se coibir eventuais fatos delitivos. É insito do § 2º, do art. 178 que, em qualquer fase processual, surgindo indícios da prática dos crimes previstos na Lei, o juiz da falência ou da recuperação judicial ou, ainda o da recuperação extrajudicial, deverá, obrigatoriamente cientificar o Ministério Público.¹⁶

Decorrido o prazo sem que o Ministério Público ofereça denúncia, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada, subsidiária à pública, observado o prazo decadencial de 6 (seis) meses.

Recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o previsto nos arts. 531 a 540 do Código de Processo Penal, dando-se ao processo, o rito sumário.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA LEI FALIMENTAR

Já que a nova lei aboliu o inquérito policial, restou tacitamente delegada ao órgão ministerial a iniciativa da sua participação em todos os atos que a ele são atribuídos. Poderá ele intervir em todos os atos processuais da falência e da recuperação, desde que dentro de suas prerrogativas descritas na lei que o regulamentou.¹⁷

E não raras vezes a nova lei se refere à intervenção do Ministério Público. O seu art. 8º, por exemplo, fala em qualquer

¹⁶ Art. 46. O prazo para o oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 (cinco) dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 (quinze) dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (artigo 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

¹⁷ Diz a lei que o Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Mais, ainda: No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:
a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;
b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;
II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;
III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;
IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;
V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;
VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;
VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade;
VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção.

credor, o devedor ou seus sócios, ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnações.

A mesma referência encontramos no art. 19. O § 4º, do art. 22, fala “... *Se o relatório de que trata a alínea “e” do inciso II do caput deste artigo apontar responsabilidade penal de qualquer dos envolvidos, o Ministério Público será intimado para tomar conhecimento de seu teor.*”

A iniciativa do órgão ministerial é imposta pelo seu art. 187 que lhe dá competência inclusive, para requisitar a abertura de inquérito policial, oferecer denúncia e, se for o caso, requerer a prisão preventiva nos casos autorizados pela lei. Pode, ainda, requerer a substituição do administrador judicial ou a dos membros do “Comitê”.

É sua atribuição, também, a propositura da ação revocatória, bem como agravar da decisão que conceder a recuperação judicial, deixando de ser mero espectador do processo e passando a ser o seu fiel órgão fiscalizador.

Alguns doutrinadores questionam o problema relativo ao princípio da unidade na apuração do crime falimentar. Sem dúvida que, apresentada a denúncia, imediatamente após a sentença falimentar, sobrevindo o conhecimento da existência de outras figuras delitiva, pode tanto haver nova denúncia como, simplesmente, um aditamento à denúncia anterior.

COMPETÊNCIA E JURISDIÇÃO

Era de se esperar que a nova lei trouxesse um avanço técnico que imprimiria, sem dúvida, uma maior celeridade ao processo, desde que fosse outorgada ao juiz da falência, a competência para o julgamento dos crimes que à nova lei fossem inerentes.

No entanto prendeu-se ela ao cacoete de uma lei que vigia há mais de sessenta anos. Seria uma evolução, se os crimes falimentares fossem da competência do próprio juiz da falência. Assim, o juiz da jurisdição falimentar que teria decretado a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, é quem deveria ter a obrigação de jurisdicionar tais processos. Claro que, com conhecimento mais amplo do processo em todos os seus caminhos, teria mais facilidade para julgar a matéria.

No entanto, a nova lei deu-a, de forma equivocada, “*ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial.*”

DOS CRIMES FALIMENTARES EM CONCRETO

Sem sentença não há que falar em crime falimentar. Para a realização do tipo penal falimentar, tem que haver uma sentença.

É que, para tanto, o ato para ser tido como criminoso só pode ocorrer, antes ou depois de qualquer das sentenças, seja a que decretou a falência, seja a que concedeu a recuperação judicial ou que homologou a recuperação extrajudicial e podendo contar, inclusive, com o conluio de alguns credores.

Antes disso não se pode caracterizar qualquer conduta como típica de crime falimentar. Poderá haver incidência da legislação comum, excepcionalmente, como as prevista no Código Penal, tais como, estelionato, apropriação indébita, fraude contra credor, etc..¹⁸ Mas, em matéria de crime falimentar, a sentença é condição objetiva de punibilidade. A declaração da falência, da concessão ou da homologação, passa a se constituir elementos “*essentialia delicti*”.

A regra é ditada pelo art. 187, da nova lei que diz que, ao ser intimado o Ministério Público da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, e verificando a existência de crime falimentar, promoverá imediatamente a ação penal.¹⁹

Para tanto, é necessário haver elementos suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva presentes numa das ditas fórmulas sentenciais. O prazo ministerial, como referido, é de quinze dias, tanto para oferecer a denúncia, quanto para pedir o arquivamento do processo.

DO ELEMENTO VOLITIVO

O alicerce da estabilidade do direito continua sendo a obrigatoriedade do conhecimento da lei. Mesmo porque a sua varredura conceitual, implicaria a asfixia do próprio direito. Por isso é que os crimes falimentares são todos dolosos. Exige-se de parte do agente, além de obrigatoriamente conhecer a lei, ter a sua conduta movida pela má-fé, ou seja, pelo pleno conhecimento da situação.

A vontade tem que ser dirigida para a prática delitiva. Não se reconhecem, na espécie, os tipos culposos e nem o dolo eventual.

¹⁸ – PROCESSUAL PENAL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – JUÍZOS CRIMINAL E FALIMENTAR – ESTELIONATO – CRIME AUTÔNOMO – Inexistindo nos autos qualquer conexão entre o possível crime de estelionato e a falência decretada, fica afastada a competência do juízo falimentar. Conflito conhecido. Competente o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Brasília, o suscitado. (STJ – CC 31294 – SP – 3ª S. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 19.12.2002)

¹⁹ 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.

Não basta mais, como outrora, a presença de uma conduta temerária na gestão da empresa. Nem a imperícia, imprudência ou negligência na administração, pois tais elementos se constituem condutas atípicas.

Sem a presença do dolo direito, não há se falar em crime falimentar.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME FALIMENTAR

Jescheck já chamava a atenção para o fato de que comumente se confundem os conceitos de ilícito e de injusto.

A ilicitude é uma contradição que se estabelece entre a conduta e a norma jurídica; o injusto é a valoração antijurídica que se agrega à conduta ilícita.

Assim, o injusto, que é algo que a sociedade reconhece como aquilo que não se deva fazer, envolve, em seu espaço de existência, toda e qualquer ação típica e ilícita, inclusive aquela que não venha a ser culpável dada a sua pouca significação para o Direito Penal.

Afirma-nos Francisco de Assis Toledo que o crime é um injusto culpável; mas o injusto é uma conduta ilícita que pode não se aperfeiçoar como um verdadeiro crime, pela ausência da culpabilidade.²⁰

A distinção entre os dois conceitos tão próximos se justifica, na medida em que o injusto possui qualidade e quantidade, e a ilicitude é sempre a mesma.

A nova lei prevê – *de jure constituto* – a atipicidade nos casos de insignificância falimentar.

Sempre que a dívida não ultrapassar quarenta salários-mínimos, na data do pedido da falência, nos termos do art. 94, I, da nova lei, não poderá ser decretada a falência do devedor.

Assim que, não haverá a realização da figura de qualquer crime típico-falimentar sempre que o valor da dívida for inferior aos quarenta salários-mínimos. Hoje em dia já não se discute que o princípio da insignificância como excludente da tipicidade, mais precisamente, a tipicidade material, consoante recente decisão do STF (HC 84.412-0/SP, Celso de Mello).

Apenas não se deve confundir o conceito de ilícito de menor potencial ofensivo com o crime de bagatela. Pelo princípio da insignificância, há exclusão da tipicidade, e é um “não-crime”, enquanto no crime de bagatela o fato é típico, devendo seu autor

²⁰ Francisco de Assis Toledo, ‘in’ Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 1994, pág. 119.

ser submetido a processo e julgamento, se acaso não for possível a conciliação ou a transação.

Em regra, na aplicação do princípio da insignificância deveriam ser considerados o tipo de injusto e o bem jurídico atingido. No caso, se deve considerar o princípio, pela atipicidade da figura, eis que, para tanto se criou ante uma previsão legal.

DO CRIME NA FORMA TENTADA

A tentativa é um crime que não se consumou. É uma ação típica que foi obstaculizada, mesmo quando ainda em movimento, impedindo o seu agente de alcançar a sua satisfação.

Consumar é finalizar, é alcançar a satisfação da conduta contrária ao Direito. Se estiverem preenchidos todos os elementos do tipo, pela conduta delituosa estar-se-ia frente à consumação.

Segundo a leitura do art. 14, inc. I do Código Penal, o crime está consumado quando todas as condições típicas para a sua perfectibilização estão presentes.

O inciso II, do mencionado artigo, diz que a tentativa é aquela que *“quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente”*.

Para muitos doutrinadores, a tentativa somente seria possível ao se analisar os chamados crimes materiais, ficando distantes dela os crimes de mera conduta e os formais.

Nos crimes formais a consumação só é possível quando acontece a própria ação. Como é aceito pela doutrina, aqui não se precisa da figura do resultado.

A Súmula nº 96 do STJ preleciona que o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida. O tipo penal previsto no art. 177 da nova lei de falências, se trata de figura típica de crime formal, no qual independe o resultado que dele ocorrer ²¹. O simples ato de *adquirir* já caracteriza o ilícito.

Portanto, para esse tipo delitivo não há falar-se em tentativa.

Já a figura prevista no art. 168, da nova lei, é tida como crime de fraude falimentar, derivada da figura inscrita no art. 171, do Código Penal, estelionato ²². E o estelionato, é evidente, só

²¹ Art. 177. Adquirir o juiz, o representante do Ministério Público, o administrador judicial, o gestor judicial, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro, por si ou por interposta pessoa, bens de massa falida ou de devedor em recuperação judicial, ou, em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro, quando tenham atuado nos respectivos processos.

²² Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar.

se consuma "*com a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio*".²³

Admite-se, no caso do art. 168, a forma tentada, especialmente quando o agente utiliza meios capazes de iludir o ofendido e, tal ofensa não se consuma por circunstâncias completamente alheias à vontade do agente.

Já, violar, explorar ou divulgar, sem justa causa, sigilo empresariais ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira, para a sua consumação, há que se ter a presença do resultado prejudicial à vítima. Por isso, admite-se, na espécie, o crime tentado.

Em tese, a maioria dos crimes falimentares admite a figura do delito tentado.

IRRETROATIVIDADE DA LEI FALIMENTAR

Novatio Legis In Pejus

Segundo observa Francisco de Assis Toledo, a norma de direito material mais severa se aplica, enquanto vigente, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade.

Tal princípio aplica-se a todas as normas de direito material, pertençam elas à Parte Geral ou à Especial do nosso Código Penal, sejam normas incriminadoras (tipos legais de crime), sejam normas reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, das causas de justificação ou de outros institutos de direito penal.²⁴

Da mesma forma que, se a lei posterior é mais benigna ("*lex mitior*"), no que diz respeito ao crime e à pena, sempre que, ocorrer a sucessão de leis penais no tempo, como quer Assis Toledo, a lei mais benigna será a que "*de qualquer modo favorecer o agente, podendo, portanto, ser a lei anterior ou posterior.*"²⁵

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XL²⁶, regula a situação quando afirma que há de ser a lei mais benigna, a que sempre vier a favorecer o agente, podendo ser a lei posterior, ou mesmo anterior.

²³ Heleno Cláudio Fragoso, in *Lições de Direito Penal*, volume 2, ED. J. Bushatsky, 2ª edição, São Paulo, 1962, p. 349.

²⁴ Assis Toledo, op. cit. pág.31/32.

²⁵ Assis Toledo, op. Cit., pág. 35.

²⁶ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5º, inciso XL: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

O princípio básico que predomina quanto à sucessão de leis e a sua aplicação é o *tempus regit actum*. Quer dizer, os atos são regulados pela lei que vige ao tempo de sua ação.

Em princípio, a norma jurídica não tem o condão de alcançar os fatos que lhes são anteriores, isto é, não tem o poder de alcançar fatos cometidos antes de sua entrada em vigor.

Pode-se, sem receio afirmar que em nosso ordenamento jurídico a lei não retroage. A hipótese de irretroatividade das leis, em geral, está alicerçada no princípio da garantia e da estabilidade da ordem jurídica, pois se assim não fosse, estaríamos frente a uma situação geradora de insegurança jurídica, a ameaçar os direitos dos indivíduos.

Heleno Fragoso ensinava que a irretroatividade da lei penal foi proclamada com a afirmação, no século das luzes, do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

A retroatividade da lei mais benigna, no entanto, encontrou, na intangibilidade da coisa julgada, importante limitação, aceita por numerosas legislações e autores.

Outrossim, no caso do direito penal, a irretroatividade da lei incriminadora é consequência direta de um outro princípio: o princípio da legalidade - garantia constitucional.

Vai, também ao encontro do princípio da anterioridade, já que não há crime sem prévia lei anterior que o defina.

Se a lei posterior apresenta-se mais severa em comparação com a lei anterior - *lex gravior* - não pode se admitir a sua retroatividade.

Ora, os crimes repetidos na nova lei que tiveram suas penas exasperadas, dão-nos a presença da figura da "*novatio legis in pejus*", que não retroagirá, por prejudicar àquele que praticou o crime na vigência da lei anterior.

Neste caso aplica-se o princípio da ultra-atividade da lei anterior. Exemplo: Pelo art. 187 da lei anterior, o delito era punido com a pena de reclusão de um a quatro anos. O mesmo tipo penal, agora descrito no art. 168 da nova lei, prevê pena de reclusão de três a seis anos, e multa. Se o fato é anterior, não há que se falar em punição pela nova lei.

Outras causas de aumento de pena previstas no § 1.º, inc. I a V do art. 168, não podem ser aplicados aos eventos praticados na vigência da lei velha.

O crime de habilitação ilegal de crédito que, pelo art. 189, II, da lei anterior, era punida com a pena de reclusão de um a três anos, e que passou a ser punida pelo art. 175 da nova Lei de dois a quatro anos, e mais multa não atingirá os fatos anteriores.

Da mesma forma o crime de violação de impedimento, que pelo art. 190, da lei anterior era penalizado com pena de detenção de um a dois anos, pela nova lei, art. 177, alterada restaram as penas, de detenção, para as de reclusão, de dois a quatro anos.

Nesses casos, sendo a lei nova mais severa, não pode haver a retroatividade da nova lei, tendo lugar o princípio da ultra-atividade, da lei anterior, bem mais benigna.

Essas as considerações que me cabia trazer aos senhores, claro que dentro dos estreitos limites que o tempo me impõe, não deixando de agradecer a honra de ter participado desse importante evento.

Muito obrigado.