

A procedimentalização dos crimes falimentares e a atual ausência do inquérito judicial

FÁBIO PRESOTI PASSOS

Mestrando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Advogado Criminalista. Especialização em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Professor da Faculdade Minas Gerais - FAMIG e do Centro Universitário Newton Paiva.

Resumo

Na vigente ordem jurídica, com o advento da lei 11.101/2005, o instituto do inquérito judicial, que servia para apurar crimes falimentares, foi afastado, o que possibilitou ao processo penal a utilização das provas produzidas no âmbito cível para inaugurar a instauração do procedimento penal, sem a necessidade de instauração do inquérito policial. O empresário ou a empresa ficaram ainda mais temerosos após a entrada em vigor da atual Lei de Falências, tendo em vista já ter ocorrido a decretação da falência, ou concedida a recuperação judicial ou homologada a recuperação extrajudicial. Imputações penais prejudicam ainda mais sua imagem frente ao mercado e conseqüentemente o bom andamento de suas atividades, restando afastados os princípios do contraditório, da ampla defesa e da preservação da empresa. Com exceção de um tipo penal, a lei 11.101/2005 tipifica seus delitos com pena privativa de liberdade que podem chegar a oito anos e impõe o processo sumário para sua apuração, gerando incongruência com as elevadas imputações dos crimes falimentares, já que esse procedimento busca ser mais célere e menos formalizado.

Palavras-chave: Lei 11.101/2005. Crime falimentar. Procedimentalização. Inquérito Judicial. Extinção.

Abstract

In the current legal order, with the advent of 11.101/2005 law, the Office of the inquest, which served to establish bankruptcy crimes, was removed, allowing the prosecution to use

evidence produced in civil to inaugurate the opening of the procedure criminal, without the need to initiate the police investigation. The businessman or the company became even more fearful after the entry into force of the current bankruptcy law in order to have occurred already going bankrupt, or granted or approved the bankruptcy court reorganization. Criminal charges further jeopardize its image before the market and consequently the proper conduct of its activities, leaving out those principles of adversarial, legal defense and the preservation of the company. Except for one offense, the law criminalizes 11.101/2005 their crimes with custodial sentence of up to eight years and imposes a summary procedure for its calculation, generating inconsistency with the high charges of bankruptcy crimes, as this procedure is to search be quicker and less executed.

Key-Words: Law 11.101/2005. Bankruptcy crimes. Proceduralization. Judicial Investigation. Extinction.

Introdução

Com o advento da lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, afastou-se o instituto do inquérito judicial, que tinha como finalidade apurar crimes falimentares. Esse instituto vigorava com o extinto Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, o qual oportunizava aos interessados a participação na produção de provas e contraditar aquelas já existentes, buscando-se assim a efetiva ampla defesa e o contraditório. Com a alteração, o empresário ou a empresa ficaram ainda mais temerosos, tendo em vista já ter ocorrido a falência ou a recuperação, e possíveis imputações penais prejudicam ainda mais sua imagem frente ao mercado e conseqüentemente o bom andamento de suas atividades, restando, assim, afastados os princípios do contraditório, da ampla defesa e da preservação da empresa, já que não há mais possibilidade expressa de participação da defesa antes do oferecimento da denúncia.

Salvo o tipo penal do art. 178 da lei 11.101/2005, os demais tipos impõem pena de reclusão que podem chegar a oito anos. A própria Lei de Falências em vigor determina no art. 185 que após recebida a denúncia ou queixa, deve-se observar o processo sumário.

O debate teórico se instala quando a atual Lei de Falências afastou o instituto do inquérito judicial, conseqüentemente deixando de aplicar os princípios constitucio-

nais da ampla defesa, do contraditório e da preservação da empresa. Com a aplicação do processo sumário, acarreta-se grande incongruência com os procedimentos existentes no processo penal, já que o processo sumário deve ser posto para aqueles fatos com pena máxima inferior a quatro anos de privação de liberdade e que podem demandar simplificação de atos processuais, mas que ao mesmo tempo também podem prejudicar a ampla defesa, como no caso dos crimes falimentares, tendo em vista sua complexidade e penas exacerbadas.

A atividade empresarial

A empresa¹ é um ente que, inserida no contexto social, interfere e sofre influências desse ambiente. É instrumento propulsor da economia e fonte geradora de empregos, recolhimento de tributos e produção de riquezas.

Em razão das regras que regulam a atividade empresarial, a empresa é um bem social², antes mesmo de ser uma propriedade do empresário³. Portanto, quando ela cumpre sua função social, de forma a dignificar os seus empregados, consumidores, meio ambiente, Estado e comunidade existente em seu entorno, não o faz induzida por sentimentos filantrópicos ou de marketing, mas para cumprir preceitos legais.

O princípio da função social da empresa⁴ reflete-se no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente, compreen-

¹ Empresa é atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens. BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de direito empresarial*. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1995, p. 100.

² ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. *A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei de falência e de recuperação de empresas*.

³ Empresário é o sujeito de direitos que explora a atividade de empresa, é o titular dessa atividade a quem cabe a assunção dos riscos dela decorrentes. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 155

⁴Há um silêncio injustificável que é o referente à ausência de um dispositivo específico sobre a função social do empresário. FILHO, Adalberto Simão, LUCCA, Newton de. *Direito empresarial contemporâneo*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000, p. 69.

dendo a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido sempre que possível, reconhecido os efeitos catastróficos da extinção das atividades.

O raciocínio natural que se tem a respeito da importância social das empresas para a comunidade, é que o Estado, na medida do possível, deve envidar esforços para preservar a saúde financeira delas.

Um empreendimento econômico em crise, assolado por dificuldades decorrentes de insuficiência de meios de pagamentos, causa transtornos inestimáveis para a sociedade, logo, partindo do fato de que o Direito positivado impõe que toda empresa tem uma função social a cumprir, depreende-se, sob a óptica lógico-jurídica, que os efeitos gerados a partir de uma organização empresarial transcendem os interesses privatísticos de seus proprietários. A empresa, associada à valorização do trabalho e à manutenção da concorrência, fundamentos existem para atribuir a ela utilidade social, certa função social⁵.

A Lei 11.101/2005 e o Decreto-lei nº 7.661/1945

Com o advento lei 11.101/2005, o objeto da legislação falimentar deixou de ser exclusivamente a falência das sociedades e passou a ser a busca de sua recuperação, explicitando o caráter social do diploma legal. O empresário devedor passa a ter como instrumento de fôlego a recuperação extrajudicial e a recuperação judicial, antes da sentença judicial decretar sua falência.

De fato, é mais razoável reestruturar, sanear e recuperar a empresa econômica e fi-

nanceiramente viável do que liquidá-la e extinguí-la.

No Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, extinta Lei de Falências, havia a figura do inquérito judicial, instaurado pelo juiz competente para o processo de falência e concordata, visando apurar a prática de crimes falimentares. Instituto bastante criticado pela doutrina, pois era um inquérito de caráter administrativo, presidido pelo juiz da falência para apurar crimes, sujeito ao contraditório, apesar de haverem fervorosos debates a respeito. O inquérito judicial era instaurado a pedido do síndico, ou de qualquer credor habilitado, visando subsidiar o Ministério Público no caso de uma futura ação penal.

O inquérito judicial pode ser definido como uma fase preparatória para a instauração da ação penal na eventualidade do empresário haver praticado algum crime falimentar. Constituía-se, pois, em um instrumento adequado à investigação de fatos que poderiam servir de suporte à futura ação penal, objetivando apurar eventual responsabilidade do empresário na falência ou na recuperação.

Da extinção do inquérito judicial

A lei 11.101/2005 não repetiu a figura do inquérito judicial, ao contrário, dispõe no artigo 187, que o Ministério Público, ao ser intimado da sentença que decretar a falência ou conceder a recuperação judicial, verificando a existência de crime falimentar, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a instauração de inquérito policial. Não mais fazendo referência ao inquérito judicial, como no extinto Decreto-Lei.

⁵ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

O afastamento do inquérito judicial é um retrocesso, pois a discussão doutrinária em torno da fase persecutória ventila não só na extinção do inquérito judicial, incluindo-se o policial, mas na sua adequação ao atual Estado Democrático de Direito e consequentemente ao sistema acusatório.

A ausência de sua previsão na atual Lei de Falência faz com que a defesa não tenha meios de participar da produção de provas durante a fase pré-processual. O que se busca atualmente é a ampla participação da defesa não só na fase judicial, mas também na fase do inquérito policial. No Decreto-Lei já havia essa disposição, através da participação da defesa por meio do inquérito judicial; que apesar de ser presidido pelo juízo da falência, visava unicamente apurar crimes.

A doutrina debruça-se em demonstrar a importância da participação da defesa em todas as fases do processo, tanto o administrativo quanto o judicial. Apesar de que, na teoria admitir-se a participação da defesa na produção das provas que são irrepetíveis na fase processual, sabe-se das dificuldades do defendente exercer a efetiva ampla defesa, pois muitas vezes essa concessão da participação é ato discricionário da autoridade policial; daí a importância do extinto inquérito judicial.

A Constituição preocupa-se em proteger o indivíduo de eventual uso arbitrário do poder penal, mantendo o processo no âmbito da racionalidade. A expressão investigação criminal tem significação ampla de produção de prova e discussão de causa, compreendendo, assim, não só a instrução da causa em juízo, por qualquer meio de prova admitido, e em qualquer fase do processo, mas também na chamada fase pré-processual ou de inquérito⁶.

Importante levar-se em conta que o direito de defesa não pode sofrer limitações. Uma delas, que foi estabelecida na prática, das mais prejudiciais pelo dano que causa, é a limitação temporal do direito de defesa. O direito de defesa está relacionado com a existência de uma acusação e não com o seu instrumento de formalização. Ao contrário, quanto menor o grau de formalização da acusação, maior é a necessidade de defesa. Portanto, o direito de defesa deve ser exercido desde o primeiro ato do processo em sentido lato, isto é, a partir do momento da existência da acusação, por mais vaga e informal que esta seja. Isto inclui as fases “pré-processuais” ou policiais; impedir durante essas fases o exercício do direito de defesa é claramente inconstitucional⁷.

O que se pretende com a manutenção do extinto inquérito judicial, não é que o falido ou em fase de recuperação possa contraditar toda e qualquer prova na fase investigativa visando a impunidade e tumultuar a investigação, mas proporcionar a ele meios de fornecer elementos que muitas vezes podem comprovar sua inocência e participar da produção das provas que futuramente serão impossíveis de serem repetidas e que darão subsídios ao Ministério Público para a persecução penal.

O objetivo primordial da participação da defesa na fase do inquérito é de poder contestar as arguições feitas através da exposição do síndico e perícias oferecidas, por exemplo. Portanto, no inquérito judicial cabia ao falido apenas acompanhar a investigação e tentar fornecer elementos que comprovassem sua inocência, buscando-se não chegar à instauração do temido processo penal. A questão de ter o réu sempre um defensor, diz mais com o princípio da amplitude de defesa do que com o contraditório⁸.

⁶ SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 8-9.

⁷ BINDER, Alberto M. *Introdução do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 115-116.

⁸ SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 10.

Participação essa que na prática é bastante deficitária, pois nessa fase a defesa não consegue exercer a efetiva ampla defesa assegurada constitucionalmente.

Os princípios abrangem todo o ordenamento jurídico. Se uma lei não estiver em sintonia com eles, ainda que seja a Constituição, não deve ter eficácia perante o atual Estado de Direito⁹.

Seguem abaixo alguns julgados dos tribunais pátrios, datados da época em que vigorava o Decreto-Lei em questão, demonstrando a conformidade do instituto do extinto inquérito judicial com os princípios constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório e a preservação da empresa.

HABEAS CORPUS – CONSTITUCIONAL – PENAL – PROCESSO PENAL – CRIME FALIMENTAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – Nos crimes falimentares, antes da denúncia, o Juiz deve abrir prazo para o falido contestar as arguições contidas nos autos do inquérito e requerer o que achar conveniente (DL. 7.761/45, art. 106). Se o Juiz entender que os requerimentos formulados pela defesa não são indispensáveis para os fins da falência, não fica obrigado a deferi-los (DL. 7.761/45, art. 107). O despacho que recebe a denúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação. É uma decisão interlocutória simples. Embora deva ser fundamentado, não é exigível uma análise aprofundada da prova.

Apenas há que se verificar se a denúncia atende aos requisitos do art. 41 do CPP. Habeas indeferido¹⁰.

DIREITO PROCESSUAL PENAL – LEI DE FALÊNCIAS – AUSÊNCIA DE RESPOSTA DO FALIDO NO INQUÉRITO JUDICIAL – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DESPACHO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NO JUÍZO DE QUEBRAS – PREJUÍZO – NULIDADE – EXISTÊNCIA – 1. A Lei de Falências, na letra de seus artigos 106 e 109, parágrafo 2º, afora gravar o inquérito judicial com o contraditório e o direito de defesa, podendo o falido contestar as arguições nele insertas e requerer o que entender de direito, faz também indubitoso que o Juízo Falimentar tem o dever de motivar o despacho de recebimento da denúncia. 2. Por consequência, em se suprimindo ao falido a resposta que lhe assegura a Lei de Quebras e se dispensando o Juízo Falimentar da fundamentação legalmente devida ao recebimento da acusatória inicial, caracteriza-se a nulidade do feito, cuja declaração é imperativa quando é certo e demonstrado o prejuízo do imputado. 3. Recurso provido¹¹.

A denúncia por crime falimentar não pode ser recebida sem que, nos termos do art. 106 da Lei de Falências, tenha tido o falido a oportunidade de impugnar a prova obtida e requerer diligência¹².

⁹ TOVO, Paulo Cláudio. TOVO, João Batista Marques. *Princípios de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47.

¹⁰ STF – HC – 79106 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 17.08.2001 – p. 00049.

¹¹ STJ – RHC 10219 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 06.05.2002.

¹² TJSP, HC nº 106.554, 423/325.

INQUÉRITO JUDICIAL – Falido não intimado para se defender. Formalidade essencial do processo. Anulação deste. “Habeas corpus” concedido. Art. 106. A jurisprudência tem assentado, com raras discrepâncias, que a inobservância do art. 106 da Lei de Falências constitui fundamento de anulação do processo criminal¹³.

HABEAS CORPUS – CRIME FALIMENTAR – INQUÉRITO JUDICIAL – DEFESA PREVIA – ART. 106 – LEI DE FALÊNCIAS – ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE – ANULAÇÃO DO PROCESSO – Crime. Falimentar. Processo. Defesa preliminar (art. 106 da Lei de Falências). O Inquérito Judicial nos crimes falimentares difere do Inquérito Policial; aquele é judicial e este é de natureza administrativa; no Inquérito Judicial, verdadeiro processo preparatório, pode-se apurar conduta de terceiro, estranho à quebra e, por isto, a lei determina que, tanto o falido quanto esses, sejam ouvidos para repelir as alegações contra eles contidas na apuração podendo, ainda no prazo de cinco dias, requerer diligências e exames que entender convenientes a sua defesa. Trata-se de verdadeira defesa preliminar, assemelhada aquela que os servidores públicos exercem no procedimento dos crimes funcionais afiançáveis e que evoluiu para o procedimento da competência originária dos Tribu-

nais. Se tal faculdade não é concedida viola-se o exercício da defesa ampla, assegurado pela Constituição Federal e cria-se defeito irreparável no processo, sendo de se aplicar a sanção processual de nulidade. Habeas corpus deferido, em parte¹⁴.

Vicente Greco Filho faz importantes considerações a respeito, sustentando haver quatro questões merecedoras de destaque no procedimento dos crimes falimentares: a primeira refere-se à polêmica a respeito de ser, ou não, o inquérito judicial contraditório. A resposta não pode ser absoluta. Se é certo que a sua função investigatória exige inquisitividade e que não se vê no procedimento acima descrito a contrariedade plena, não é menos certo que a oportunidade dada ao falido de se manifestar e requerer diligências dá-lhe algo de contraditório. 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 contraditório¹⁵.

As provas colhidas durante a fase da falência ou da recuperação são provas que foram obtidas por um processo de investigação com características cíveis. Em contraposição ao processo civil, no processo penal rege o princípio da investigação, também chamado de princípio da verdade material ou princípio da instrução ou inquisitivo¹⁶. As provas produzidas com fins não penais abrangidas pela lei 11.101/2005

¹³ TJ/SP, RT 415/65.

¹⁴ TJRJ – HC 1.790/1999 – (Ac. 25111999) – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Gama Malcher – J. 17.08.1999.

¹⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 437-438.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho processal penal*. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 99.

tem finalidades diferentes das provas produzidas com fins penais, pois o bem jurídico agora em discussão é a liberdade.

Não de pode esquecer, como adverte Cirino dos Santos, que o processo penal não se constitui processo de partes livres e iguais, como o processo civil, dominado pela liberdade de partes, em situação de igualdade processual –, mas uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade de fatos criminosos e punir os considerados culpados¹⁷.

As partes interessadas são aquelas em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos. Mas essa participação se dá de forma específica, se dá em contraditório, mais que a simples garantia de dizer e contra dizer, é garantia de participação em simétrica paridade¹⁸.

Provas produzidas com fins não penais não podem ser utilizadas indistintamente no processo penal falimentar sem antes ser oferecido ao acusado oportunidade de participação na produção das provas irrepitíveis. Essa faculdade era assegurada através do extinto inquérito judicial, pois assim se permitia a efetiva participação do investigado na produção de provas, já que referidas provas produzidas durante o processo de falência ou de recuperação judicial não tinham como fim a apuração de crimes e futuramente poderiam servir de embasamento para a denúncia e possivelmente para a sentença.

Claus Roxin faz respeitáveis colocações a respeito das diferenças existentes na produção de provas no processo civil e no processo penal:

En el proceso civil, puesto que solo están involucrados intereses priva-

dos, y en tanto ello sea así, rige el llamado principio dispositivo, esto es, las partes tienen que proporcionar los antecedentes materiales necesarios para dictar la sentencia y cargan con la responsabilidad exclusiva de hacerlo (JIIUERNIG, § 25); de este modo, el poder de disposición de las partes, que existe ya con respecto al objeto del proceso en virtud de la máxima disposición, se hace extensivo también a la obtención de la prueba (en forma distinta que en el proceso administrativo). Por ello, de acuerdo con el principio dispositivo, el juez sólo puede basar su sentencia en aquello que las partes han afirmado y puesto a prueba, y en aquello que han probado:

a) Las manifestaciones coincidentes de las partes vinculan al juez. Así, el juez está vinculado por la confesión (§ 288, ZPO), que es tomada por base de la sentencia sin comprobarla. Además, las afirmaciones fácticas que no han sido rebatidas, rigen como correspondientes a la verdad (§ 138, III, ZPO; consecuencia de este principio son los procedimientos contumacial y monitorio).

b) Por cierto, los hechos controvertidos necesitan ser probados; pero el tribunal no procura por sí mismo los medios de prueba, sino que se limita a la utilización de los elementos probatorios que las partes señalan (esto es, las partes deben “ofrecer las pruebas”, § 282, ZPO).

¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*. Parte Geral. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.655.

¹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: v.3, n. 5 e 6, p. 163, 1º e 2º sem. 2000.

Sin embargo, este principio es, en gran parte, inobservado.

Por consiguiente, en el proceso civil rige el “principio de la verdad formal”¹⁹.

A produção da prova com suporte na lei 11.101/2005, que objetiva apurar a falência ou a recuperação, não pode ser utilizada indistintamente para a imputação de crimes ao empresário, pois essas provas foram produzidas com interesses privados, com finalidades distintas. O juízo da falência – cível – baseia sua decisão nas provas trazidas aos autos pelas partes, com interesses privados, diferente da seara penal, na qual o interesse é público e o juiz não fica adstrito somente às provas que foram trazidas aos autos pelas partes.

Afastando -se o investigado da fase investigatória e sendo denunciado posteriormente, correr-se o risco de prejudicar a manutenção do bom andamento da atividade empresarial, uma vez que não foi oferecida ao mesmo a possibilidade de participação na produção de provas nessa etapa de suma importância tanto para o investigado quanto para o Estado. Podendo acarretar também consequências irreparáveis para a preservação da empresa, pois o órgão acusatório poderá denunciá-la, sendo que muitas vezes esses transtornos poderiam ser amenizados com a participação do investigado na produção da prova, possibilitando a ele, por exemplo, a demonstração da ausência de tipicidade para a instauração do procedimento criminal, o que poderia ser resolvido perante o próprio juízo da falência, já que durante a fase da falência ou da recuperação é ele quem possui o amplo conheci-

mento das provas ali existentes, não movimentando futuramente toda a estrutura estatal em vão.

O art. 186²⁰ da lei 11.101/2005 prevê que o Administrador Judicial apresentará ao juiz da falência exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, do procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da sua conduta e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir crime falimentar, bem como outro delito conexo. Não significa dizer que existe aqui a figura do inquérito judicial, apenas que o Administrador, de posse dessas informações, deverá repassá-las ao juiz falencial que por sua vez, deverá encaminhá-las ao Ministério Público, para oferecer denúncia ou requisitar, caso entenda, instauração de inquérito policial.

A participação do empresário na fase investigativa, através do inquérito judicial, facultava a ele esclarecer as possíveis imputações penais que lhe foram atribuídas e que na prática, muitas vezes, afastava a fase judicial; o que não é possível atualmente com o inquérito policial. Com sua manutenção, seria amenizado um desnecessário desgaste em sua imagem e não se inviabilizaria ainda mais a situação econômico-financeira do empresário e da empresa, assegurando-se sua preservação, sua função social, o estímulo à atividade econômica, a manutenção de empregos, arrecadação, fornecedores e acima de tudo o nome com o respectivo conceito no mercado e a adequação ao atual Estado Democrático de Direito.

O professor José Barcelos de Souza, de forma cristalina mostra a importância da

¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho processal penal*. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 99.

²⁰ Art. 186. No relatório previsto na alínea *e* do inciso III do **caput** do art. 22 desta Lei, o administrador judicial apresentará ao juiz da falência exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da conduta do devedor e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir crime relacionado com a recuperação judicial ou com a falência, ou outro delito conexo a estes.

participação da defesa na fase pré-processual e os riscos em afastá-la:

Conquanto a defesa, em regra, deva intervir, e já então obrigatoriamente, depois de iniciada a ação penal, não seria desarrazoado que, antes mesmo, e a seu critério, em havendo a fase preliminar do inquérito, se pusesse vigilante e atuante. Seu objetivo seria, em certos casos, evitar a promoção da ação dita pública, ou seja, demonstrar que os autos do inquérito devam ser arquivados.

Para essa fase policial do procedimento, isto é, a fase do inquérito, que não é de essência, por isso que pode ser dispensada, não se faz obrigatória a participação da defesa, pois a instrução que aí se faz é provisória, com finalidade mais de investigação do que probatória. Não há ainda acusado, senão indiciado. Nem o inquérito dará lugar, fatalmente, à ação penal; e, se esta for intentada, no juízo competente haverá, então, a imprescindível participação do defensor. Mas acontece que os elementos do inquérito são aptos e suficientes para a prova e os requisitos da prisão preventiva que, quando for caso dela, poderá ser decretada, pelo juiz, em qualquer fase do próprio inquérito; podendo, então, ter o indiciado interesse em que fique demonstrada a inocorrência daqueles requisitos, e, neste particular, especialmente na obtenção de provas relativas às causas de exclusão do crime, também

chamadas justificativas penais, impeditivas que são do decreto de prisão. Poderá, ainda, interessar-se em ver coligidas provas que contraindiquem a denúncia. Ademais, certos exames periciais, cujo valor probante repercutirá na própria sentença final, não terão possibilidade de ser repetidos em juízo, quando já passada a época em que se mostravam oportunos, e à defesa poderá parecer conveniente o esclarecimento de alguma circunstância. São estas as considerações que nos levam à indagação do cabimento de uma ampla intervenção, facultativa, por parte do indiciado²¹.

Da procedimentalização dos crimes falimentares

A lei 11.101/2005, no art. 200²², revogou a aplicação dos arts. 503 a 512²³ do Código de Processo Penal, que regulavam o procedimento especial para julgamento dos crimes falimentares. A nova lei estabelece expressamente, no art. 185, que recebida a denúncia ou a queixa, o rito a ser adotado é o previsto nos arts. 531 a 540 do Código de Processo Penal, ou seja, a aplicação do processo sumário e do Código de Processo Penal subsidiariamente, apesar de haver delito punido com pena privativa de liberdade de até oito anos de reclusão.

O Código de Processo Penal, no art. 394, regula o procedimento comum, podendo ser ele ordinário, sumário ou sumaríssimo. O procedimento sumário deverá ser adotado quando tiver por objeto crime cuja sanção

²¹ SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 20-26.

²² Art. 200. Ressalvado o disposto no art. 192 desta Lei, ficam revogados o Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945, e os arts. 503 a 512 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

²³ Revogados pela Lei 11.101/05, regulavam o processo e o julgamento dos crimes de falência.

máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade²⁴.

Com a alteração, segue-se o rito previsto para os crimes apenados com pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, o que se afigura incompreensível, pois existem delitos previstos na lei 11.101/2005 com pena privativa de liberdade acima de quatro anos.²⁵

²⁶Justificar-se-ia assim a mesma oportunidade de defesa dada aos demais acusados quando em situação semelhante, vale dizer, processados por infrações penais cominadas com pena privativa de liberdade de quatro anos ou mais.

O processo penal deve ser visto como instrumento de efetivação de garantias constitucionais e não como meio para dificultá-las.

A mesma estranheza causou a Antônio Sérgio A. de M. Pitombo, mencionando com razão, “a indicação de procedimento incompatível com a complexidade dos fatos em julgamento”, tornando-se necessária a realização da instrução sob o rito ordinário²⁷.

Segundo parece, tendo o legislador optado pela forma mais célere, não cabe ao juiz, sempre alterar o procedimento para o rito ordinário. Porém, se houver ofensa à ampla defesa, princípio constitucional, acima da lei ordinária, torna-se viável a conversão aventada²⁸.

No Código de Processo Penal havia um procedimento especial que regulava os crimes falimentares. De forma expressa, dizia que o processo comum seria o aplicável – ordinário, sumário ou sumaríssimo –, diferentemente da Lei 11.101/05, que diz que o processo a ser adotado é o sumário.

Indistintamente a lei 11.101/2005 adota o processo sumário. A incompatibilidade é preocupante e chega aos limites de um questionamento fundado em princípios constitucionais, na medida em que confronta com o princípio da ampla defesa, pois é cediço que uma das formas básicas de se permitir o exercício desse princípio é estabelecer uma amplitude procedimental compatível com os crimes combatidos com maior rigor punitivo no plano formal. Deve haver uma co-relação, uma congruência, e, sempre, uma coe-

²⁴ Art. 394. O procedimento será comum ou especial.
§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: (...)

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade.

²⁵ Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento da pena

§ 1º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente:
(...)

²⁶ Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no caput deste artigo.

²⁷ PITOMBO, Sérgio. *Comentário à lei de recuperação de empresas e falências*, p. 563.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual., ampl., São Paulo: RT, 2008.

rência entre a pena formalmente fixada e o procedimento a ser aplicado na persecução em juízo. Para os delitos com penas mais brandas, com consequências menos sensíveis, os procedimentos mais céleres e menos formais. Para os delitos mais graves, punidos com reclusão, os procedimentos mais amplos, com maiores garantias e consequentemente, maior amplitude de defesa e formalismo²⁹.

Não é o que se vê na atual Lei de Falência. O rito sumário, ao ser aplicado aos crimes tipificados na lei 11.101/2005, afasta princípios assegurados constitucionalmente, prejudicando o empresário ou a empresa, a recuperação ou a falência que esteja em andamento. A adoção do rito sumário diminui a possibilidade do acusado exercer a efetiva ampla defesa, uma vez que é imposta maior celeridade e menor formalidade à instrução processual.

Apesar das disposições legais acerca do processo sumário ainda estarem em vigor, são raríssimas as suas hipóteses de aplicação práticas. A aplicação desse rito procedimental já era bastante reduzida, uma vez que se destinava aos crimes apenados com detenção não sujeitos a procedimento especial. Entretanto, as hipóteses de incidência do chamado 'processo sumário' reduziu-se ainda mais com o advento da Lei 9.099/95, com as alterações da Lei 10.259/01.

Com efeito, hoje, os Juizados Especiais Criminais abarcam a maior parte dos delitos apenados com detenção, inclusive aqueles aos quais

se destinavam procedimentos especiais.

Diante disso, o procedimento sumário apenas terá lugar quando um delito apenado com detenção tiver pena máxima superior a dois anos (exceção feita a alguns delitos previstos no Código de Trânsito que, mesmo com penas máximas superiores a dois anos, admitem legalmente a aplicação dos institutos previsto na Lei 9.099/05, conforme disposto no parágrafo único do art. 291 da Lei 9.503/97); ou mesmo sendo a pena inferior a dois anos o autor do fato não puder ser encontrado para citação pessoal; ou se a complexidade do feito tornar impossível a aplicação do rito sumaríssimo; ou, ainda, se a infração imputada não estiver em conexão a outra mais grave, sujeita a procedimento incompatível com o sumário³⁰.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, manifestou-se a respeito do assunto em sede de Habeas Corpus:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME FALIMENTAR. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME E VALORAÇÃO DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. DELITO COMETIDO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI N.º 11.101/05. RITO ORDINÁRIO. LEGALIDADE. INTIMAÇÃO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. IMPRENSA OFICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 370, § 1º, DO

²⁹ FRAGOSO, Heleno C., HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5. ed. V. 1. T. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1977.

³⁰ PODVAL, Maria Fernanda de Toledo R. PODVAL, Roberto. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco. Vol. 4. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 334.

CPP. NÃO-APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. INÉRCIA DO DEFENSOR CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE INTIMADO. NULIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Analisar a argüição de negativa de autoria implicaria o reexame e a valoração do conjunto fático-probatório produzido durante toda a instrução criminal, desiderato vedado na estreita via eleita pelo impetrante. 2. Aos delitos falimentares cometidos anteriormente à vigência da Lei n.º 11.101/05 aplica-se o rito previsto nos arts. 503 a 512 do Código de Processo Penal, por expressa disposição de seu art. 192 (“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 21 de junho de 1945”). 3. Nos termos do que estabelece o § 1º do art. 370 do Código de Processo Penal, a intimação do advogado constituído far-se-á pela publicação na imprensa oficial. 4. A apresentação das alegações finais pela defesa é imprescindível ao devido processo legal, motivo por que a prolação da sentença sem que tenha sido suprida omissão ofende a ampla defesa e o contraditório. 5. Em caso de inércia do defensor constituído, faz-se mister a intimação do réu, a fim de constituir novo advogado ou, na impossibilidade de tal providência, para que seja assistido por defensor público ou dativo. Precedentes. 6. Transcorridos mais de

2 anos desde o recebimento da denúncia, último marco interruptivo, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade do paciente, pelo transcurso do prazo prescricional. 7. Ordem parcialmente concedida para anular o processo, desde a fase do art. 500 do Código de Processo Penal, pela não-apresentação das alegações finais e, por conseguinte, para declarar a extinção da punibilidade quanto ao crime imputado ao impetrante/paciente HÉLIO DA CONCEIÇÃO FERNANDES COSTA, em face da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso IV, c/c o art. 199 do Decreto-Lei 7.661/45³¹. (grifo nosso)

O princípio da ampla defesa seria melhor assegurado com a aplicação do rito ordinário, dada a complexidade dos delitos falimentares, pois esse rito oferece ao acusado maiores garantias e conseqüentemente melhores meios de produção de provas, afirmando-se, assim, o devido processo legal e a efetiva ampla defesa.

O rito sumário está em descompasso com as penas imputadas aos tipos falimentares, pois ele é desproporcional ao que se submete. Com penas severas, exigem-se maiores garantias e meios de provas mais amplos, assegurados através da aplicação do rito ordinário. O processo sumário prejudica a ampla defesa do acusado, v., o prazo de conclusão do inquérito é mais exíguo e o número de testemunhas é menor.

Com a instrução processual não condizente com a complexidade dos fatos e havendo futuramente a condenação, são grandes as chances de se prejudicar o bom andamento da atividade empresarial e também o empresário; o que poderia ser evitado ou ameniza-

³¹ HC 88000 / SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgamento 06/05/2008, DJe 23/06/2008.

do através de um procedimento adequado às penas propostas pelo legislador ordinário.

O Direito é um todo harmônico, um conjunto de normas, atualmente não é aceita a fundamentação em uma única norma. No atual Estado Democrático de Direito, deve ser afastado qualquer instituto que ignore a aplicação da Constituição, devendo ser assegurado aos sujeitos processuais o devido processo legal e isso traz consequências quanto à aplicação de um rito adequado à legislação penal falimentar.

Por trás da legislação há um mundo invisível dos princípios que as regem, cabendo ao jurista decifrá-los. Embora apenas alguns deles pareçam explícitos e, portanto, indubitavelmente consagrados, sempre são eficazes independentemente do texto legal³².

Considerações finais

A atual Lei de Falências trouxe incoerências que podem prejudicar a empresa e o empresário de forma imensurável. A lei 11.101/2005 suprimiu o instituto do inquérito judicial, antes previsto no Decreto-Lei 7.661/1945, retirando a possibilidade de a defesa participar da fase investigativa, sendo que o atual inquérito policial não concede essa oportunidade.

Além de suprimir instituto de grande importância para a investigação, determinou que o rito a ser seguido será o do processo sumário, regulado pelo Código de Processo Penal.

Estranheza causa, pois, além de retirar do ordenamento jurídico uma faculdade da defesa de participação na investigação – inquérito judicial –, impõe um rito – sumário – que visa ser mais célere e menos formal que o rito ordinário, inovando com penas priva-

tivas de liberdade que podem chegar a oito anos de reclusão.

A lei 11.101/2005 prejudica a ampla defesa e o contraditório, além da preservação da empresa. Afasta a faculdade da defesa na produção de provas durante a investigação na fase falimentar e aplica um rito incompatível com penas tão severas, deixando-a a mercê do Estado.

Quando se une o afastamento do inquérito judicial e a aplicação do processo sumário, fica ainda mais clara a situação temerária que se encontrará o empresário caso seja imputado a ele algum crime falimentar, restando afastados princípios que estão em consonância com o atual Estado Democrático de Direito e com o modelo acusatório de processo.

Além de ser retirado do ordenamento jurídico um meio de participação da defesa durante a fase preliminar de investigação, que estava em harmonia com os princípios constitucionais, ainda aplica-se um rito que não condiz com as penas impostas, prejudicando o investigado, tendo em vista o afastamento de princípios constitucionais basilares.

Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. Metodologia da ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e concordata. 20. ed. rev. e atual. São Paulo.

ANDRADE, Jorge Pereira. Manual de falências e concordatas. São Paulo: Revista dos Tribunais.

AMBROGINI, O. Do processo penal falimentar. V. 81, nº 683. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.282-294, set. 1992.

³² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 301.

- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. A reforma penal: ilícitos penais econômicos. Rio de Janeiro: Forense.
- BESSONE, D. Instituto do direito falimentar. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BEZERRA FILHO, M. J. Lei de falência: comentado: método para estudo de lei de falências: doutrina: comentário artigo por artigo: jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova lei de recuperação e falências comentada. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- BINDER, Alberto M. Introdução do direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 115-116.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Diário da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, p. 1. col. 1, anexo, 05/10/1988.
- BRASIL. Lei Ordinária nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, Diário da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, Edição Extra, 10/02/2005.
- BRASIL. Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Dispõe sobre a Lei de Falências.
- BULGARELLI, Waldirio. Tratado de direito empresarial. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo. 12. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Revista da faculdade mineira de direito. Belo Horizonte: v. 3, n. 5 e 6, p. 163, 1º e 2º sem. 2000.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal – parte geral. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- CORDERO, Franco. Procedura penale. 2. ed. Milano, Giuffrè Editore, 1993.
- Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07/12/1940.
- Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 03/10/1941.
- DWORKIN, Ronald. Law's empire. Londres: The Fontana, 1986.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova lei de falência e recuperação de empresas. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FILHO, Adalberto Simão, LUCCA, Newton de. Direito empresarial contemporâneo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- FRAGOSO, Heleno C., HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. 5. ed. V. 1. T. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1977.
- FÜHRER, M. C. A. Roteiro das falências e concordatas. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- GRECO FILHO, V. Manual de processo penal. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
- LACERDA, J. C. Sampaio. Manual de direito falimentar. 14. ed. rev. e atual./por Jorge Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- MAIER, Julio B. J. Derecho processual penal. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- MAMEDE, Gladston. Manual de direito empresarial. São Paulo: Atlas, 2005.

- NORONHA, E. M. Curso de direito processual penal. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 4. ed., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 3. ed. rev., atual., ampl., São Paulo: RT, 2008.
- PODVAL, Maria Fernanda de Toledo R. PODVAL, Roberto. Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial. Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco. Vol. 4. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- REQUIÃO, Rubens Edmundo. Curso de direito comercial. 26. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião São Paulo: Saraiva, 2005.
- REQUIÃO, R. Curso de direito falimentar. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. _____. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ROXIN, Claus. Derecho processal penal. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. Curso de direito constitucional positivo. 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. Comentário contextual à Constituição. 2. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 52. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SÓLON, FF. O inquérito judicial e sua investigação. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 90, n. 791, p. 519-523, set. 2001.
- SOUZA, José Barcelos de. A defesa na polícia e em juízo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa, atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.
- TOVO, Paulo Cláudio. TOVO, João Batista Marques. Princípios de processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei de falência e de recuperação de empresas. Revista Magister de Direito.

