

FGV/SP – GVLAW – DIREITO PENAL ECONÔMICO.

**INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO  
CRIME PREVISTO NO ART. 178 DA LEI Nº  
11.101/2005.**

Vitor Chaves Bomfim

## **1. Introdução.**

O art. 178 da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas - LRE) incrimina a omissão de documentos de escrituração contábil obrigatórios, sem exigir qualquer tipo denexo causal entre a ausência de documentação e a quebra da empresa ou insucesso da recuperação desta. Trata-se de verdadeiro “fantasma” que repete e amplifica o âmbito de incidência do art. 186, VI, do Dec.-lei 7.661/1945, em que pese a Associação dos Advogados de São Paulo tenha optado pela exclusão do dispositivo da subemenda à emenda global do substitutivo ao projeto de lei nº 4.376 (PITOMBO, 2007. p. 567).

A redação pura e simples do dispositivo em comento não deixa qualquer dúvida no sentido de se tratar de uma punição automática pela mera ausência ou mácula dos documentos obrigatórios. Ocorre que já não vigora há muito o princípio *in claris cessat interpretatio*, de modo que os textos legislativos têm que ser interpretados além do elemento gramatical, uma vez que o verdadeiro sentido das expressões normativas só pode alcançado quando se tem conta o contexto em que essas estão inseridas. Apenas através de uma interpretação sistemática, logra-se identificar a natureza da norma jurídica (NADER, 2002. p. 270), de modo que qualquer tipo penal há de ser compreendido à luz dos elementos e princípios que regem todo o sistema normativo penal.

Almeja-se através do presente, desta forma, expor e resolver o problema do efetivo âmbito de incidência do art. 178 da LRE, perscrutando se o tipo deve ser, realmente, entendido como aplicável a todas as omissões de documento ou se há necessidade de verificação de outros aspectos objetivos e subjetivos.

## **2. O art. 178 da Lei nº 11.101/2005.**

Alvo de críticas de grande parte da doutrina, chegando a ser taxado de inconstitucional por juristas alinhados à dogmática liberal (PITOMBO, 2007, p. 568), o art. 178 da Lei nº 11.101/2005 não encontra maiores problemas na jurisprudência, que já costumava aplicar amplamente o art. 186, VI, do Dec.-lei 7.661/1945, sob o argumento de que o tipo não exige nexocausal ou qualquer tipo de investigação acerca

do *animus* do agente.<sup>1</sup> Ocorre que esta despreocupação acerca do elemento subjetivo amplia acentuadamente o grau de incidência do tipo com a legislação ora vigente. Com efeito, a atual redação do artigo criminaliza até mesmo a omissão havida antes da decretação da falência ou da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial, de sorte que o ato supostamente delituoso pode não guardar qualquer relação com o sucesso do procedimento de liquidação ou recuperação da empresa.

A intenção do legislador, obviamente, foi compelir os empresários a manterem seus documentos contábeis devidamente atualizados e autenticados, mas acabou por ensejar situações que, em última análise, o agente será punido tão-somente por sua falência. Apesar do art. 180 do mesmo diploma normativo estabelecer que a sentença que decreta a falência e suas congêneres traduzem-se em mera condição objetiva de punibilidade – seguindo a interpretação jurisprudencial inerente ao diploma revogado<sup>2</sup> –, o fato é que este ato judicial constitui autêntico elemento do tipo, de forma que o crime jamais estará caracterizado sem que tal decisão tenha sido proferida. Dessa forma, o empresário que, por qualquer descuido ou falta de zelo, não mantiver efetivamente regularizada a sua documentação contábil, não estará cometendo nenhum delito enquanto a sua empresa estiver sendo frutífera, pois, a partir do momento em que ele venha a necessitar de um plano de recuperação (extra)judicial, por exemplo, o fato atípico transmudar-se-a-rá em crime. Ou seja, não se pune a omissão de documentação, pune-se a falência, uma vez que – segundo a jurisprudência majoritária – a ausência de documentos pode até ser irrelevante á quebra<sup>3</sup>.

Não há crime sem que exista um bem jurídico a ser tutelado, ainda que o dispositivo sob análise criminalize individualmente uma conduta corriqueiramente subsidiária aos crimes sonegação de bens e valores e desvio de bens, dentre outros delitos falimentares (MIGLIARI JR., 2005. p. 459). Ao criminalizar a omissão

---

<sup>1</sup> A simples escrituração atrasada caracteriza o ilícito penal, não se podendo cogitar do elemento subjetivo ou de causalidade entre os fatos incriminados pela norma e a condição de punibilidade (TJSP, rel. Djalma Lofrano, *RJTJSP* 122/464).

<sup>2</sup> A sentença declaratória de falência, nos fatos anteriores à declaração judicial, funciona como mera “condição objetiva de punibilidade ou de agravação da pena, se o fato previsto na lei constitui crime por si mesmo. A sentença está evidentemente fora do processo executivo do crime” (TJSP, *RT*, 401:83-5)

<sup>3</sup> Crime falimentar. Caracterização. Inexistência de livros obrigatórios e escrituração atrasada. Crime de mera conduta, sendo irrelevante que tenha ou não concorrido para a falência, bastando com ela concorrer. Condenação decreta. Recurso provido para esse fim (TJSP, j. 11.03.1991, *RJTJESP* 133/282).

documental de um agente falido, sendo que esta omissão prescinde de ter contribuído para a falência, impende-se concluir, inegavelmente, que crime não visa proteger o patrimônio dos credores.

Neste diapasão, muito se discutiu acerca da natureza jurídica dos crimes falimentares, que, inicialmente, foram comparados ao furto e ao estelionato, evoluindo no sentido de serem tratados como crime contra o patrimônio, notadamente o patrimônio dos credores. Face à consolidação da tutela penal de direitos coletivos e difusos, os doutrinadores passaram a considerar que tais crimes afetariam ao comércio e ao crédito público, ofendendo mediatamente a economia pública (MIGLIARI JR., 2005. p. 433). No entanto, em sede de Direito Penal Econômico, não se pode sequer cogitar de um conceito de bem jurídico coletivo sem que sejam identificados bens individuais que reflitam a eventual ofensa sofrida pelo primeiro (CERVINI, 2009. p. 44). Desta forma, levando-se em conta que a omissão documental em pauta não ofende ao patrimônio dos credores individualmente considerados, não se pode inferir que represente, necessariamente, um risco à economia pública.

Sob a vigência do o art. 186, VI, do Dec.-lei 7.661/1945, poderia ser constatado, sem muita dificuldade, que o legislador agiu no intuito de tutelar o escorreito procedimento relativo à ação de falência, uma vez que os livros contábeis são sobremaneira úteis na persecução das informações afeitas ao concurso de credores, bem assim constituem provas processuais contra o próprio falido<sup>4</sup>. Lógico que não se pode olvidar do aspecto patrimonial inerente à satisfação dos créditos habilitados no processo de falência, mas se o entendimento consolidou-se no sentido de não exigir que a omissão tenha contribuído para a quebra, há de se concluir que o dispositivo revogado estabelecera autêntico crime contra a administração da justiça, protegendo-se especificamente o processo de falência, tanto que a ausência de documentação prescindível ao prosseguimento feito não constituía crime<sup>5</sup>– e não constitui, mas hoje por especificação expressa de escrituração “contábil”.

---

<sup>4</sup> Perigo de falência não é, porque esta se funda ou na impontualidade do pagamento ou estado de insolvência, geralmente confessado. Perigo da falta de prova não o seria, porque a omissão é um fato e como tal já é resultado constatável. Crime seria se a falta de provas por meio dos livros comerciais não pudesse ser suprida por outros meios, e deles dependesse a verificação dalguma dívida líquida. Mas não é esse o caso dos autos (TACSP, RT, 413:255).

<sup>5</sup> Só os livros comerciais têm conteúdo mercantil, dizem respeito aos negócios do comércio, de exibição obrigatória em demanda comercial, e fazem prova a favor e contra os que tiveram uma relação jurídica

*De lege data*, não se pode dizer o mesmo com tanta facilidade, na medida em que o crime restará configurado ainda que a omissão tenha se dado antes da decretação da falência, ou ainda, antes do início do processo judicial. É óbvio que a escrituração insuficiente turbará o andamento e resolução do processo falimentar ou de recuperação judicial, mas daí a dizer que o artigo tutela o regular prosseguimento desses feitos vai uma longa distância. Conforme exposto alhures, no entanto, só pratica crime o agente cuja empresa naufragou, de sorte que a tutela não reside na documentação em si, pois os empresários exitosos podem se furtar a manter regularizados os documentos contábeis. Em suma, o legislador atual decerto mirou nos efeitos econômicos decorrentes da quebra, ainda que a omissão seja anterior e não tenha dado causa a esta.

Por outro lado, face á inovação legislativa que culminou na criação do procedimento de recuperação extrajudicial, fica ainda mais difícil defender a tese de que se estaria diante de um crime contra a administração da justiça. De fato, assim como a sentença que decreta a falência ou a decisão de concessão da recuperação judicial, a homologação do plano de recuperação extrajudicial consiste em elemento do tipo penal previsto no art. 178 da LRE. Mas, neste último caso, não há, efetivamente, um processo judicial a ser tutelado, posto que o procedimento é muito simples e célere, envolvendo apenas o pedido de homologação e a decisão homologatória (ou não), limitando-se o contraditório à possibilidade de oposição de impugnação pelos credores não signatários do plano de recuperação (PAIVA, 2005. p. 588).

Pois bem, as, aprioristicamente, leves distinções entre as redações dos artigos 178 da LRE e 186, VI, do Dec.-lei 7.661/1945, acarretaram importantes alterações epistemológicas concernentes ao crime de omissão de documentação contábil do falido. O delito perde a natureza de crime contra a administração da justiça para ganhar mais aspectos econômicos, consistindo inexoravelmente numa tutela ao comércio, ao sucesso da recuperação da empresa ou à melhor forma possível de satisfação dos créditos habilitados. Esta mudança de rumo na parte penal da LRE, de fato, segue o espírito com

---

com o comerciante [...] No caso em exame, como a condenação foi proferida com base na existência de atraso na escrituração de livros fiscais, não pode prevalecer, pois somente seria possível se em livros obrigatórios mercantis (TJSP, *RT*, 533:329).

o qual este diploma normativo foi idealizado, sempre no sentido de minorar os danos econômicos e sociais decorrentes da insolvência empresária (BIOLCHI, 2005. p. 13).

Apesar de a jurisprudência remar em sentido contrário, o art. 178 da LRE não prescinde dos elementos inerentes a todos os tipos penais. Desta forma, através de uma interpretação sistemática, compreende-se que tal crime atenta justamente contra o fim maior pretendido pela LRE – o soerguimento das empresas insolventes -, de modo que o delito nasce de um conceito econômico e social. Caso a falha documental do agente não possua o condão de gerar danos patrimoniais, econômicos ou sociais, será irrelevante para o Direito Penal.

### **3. Conclusão.**

Conquanto permaneça a inexigência de que a omissão tenha causado ou contribuído para a insolvência do agente, o elemento subjetivo do agente ganha especial relevância na atual legislação, pois o seu ato tem que estar dirigido a ludibriar os credores e, em sentido amplo, o comércio, o mercado. Não faria sentido a criminalização da omissão anterior à quebra se o agente não tiver agido com a intenção de evitá-la, retardá-la, fraudá-la ou interferir indevidamente nesta e/ou na satisfação dos créditos de qualquer maneira. Se a ausência de documentação, *de per se*, não constitui crime quando praticada pelo empresário de sucesso, conclui-se que não há tutela penal da manutenção da escrituração contábil. A *contrariu sensu*, protege-se as circunstâncias patrimoniais e econômicas adstritas à falência ou recuperação da empresa, de modo que o ato criminoso tem que ser lesivo ou capaz de lesar justamente tais aspectos.

## REFERÊNCIAS

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Contribuição ao estudo dos crimes falimentares. Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas / Coord. Luis Fernando Valente de Paiva – São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005 artigo por artigo / Coord. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIGLIARI JÚNIOR, Artur. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência / Coord. Paulo F.C. de Toledo, Carlos Henrique Abrão – São Paulo: Saraiva, 2005.

TRONCOSO JÚNIOR, José. **Direito Penal Falimentar**. – São Paulo: Saraiva, 1986.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005 artigo por artigo / Coord. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da nova lei de recuperação de empresas e falências: decisões, ofícios judiciais, resoluções, sentenças, acórdãos, dentre outros documentos**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 22 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CERVINI, Raúl. **Derecho Penal Económico Democrático: hacia una perspectiva integrada**. Direito Pena Económico: análise contemporânea / Coord. Celso Sanchez Vilardi, Flávia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto. – São Paulo: Saraiva, 2009. - (série GV*law*).