

DIREITO FALIMENTAR: UMA ABORDAGEM JURÍDICA ACERCA DO CRIME DE CONTABILIDADE PARALELA E DA SENTENÇA COMO CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE

BANKRUPTCY LAW: A LEGAL APPROACH ABOUT PARALLEL ACCOUNTING CRIME AND SENTENCE AS AN OBJECTIVE PUNISHMENT CONDITION

Maria Alice Pinheiro Nogueira¹

RESUMO

O presente artigo destina-se, inicialmente, a fazer uma apreciação histórica, jurídica e econômica da empresa, de acordo, principalmente, com os perfis elaborados por Alberto Asquini, a fim de especificar que é a empresa a verdadeira afetada pelas consequências da crise, seja ela econômica, financeira ou patrimonial. Diante do exercício da atividade empresarial, principalmente, durante os períodos de crise, a ética empresarial pode ser desvirtuada pelos sócios, diretores, administradores, gerentes e diretores, o que pode ocasionar a prática de crimes falimentares, designados na lei 11.101, de 2005, enaltecendo a infração de contabilidade paralela. Alguns desses crimes são específicos da lei de falência e, mesmo consumados, a sua punibilidade só é possível com o advento de sentença que decreta a falência e a recuperação judicial ou extrajudicial, ou seja, é necessário o cumprimento de uma condição objetiva de punibilidade, o que pode ser considerado um obstáculo à efetiva tutela dos bens lesados pela fraude contra credores. Nessa perspectiva, a pesquisa tem o objetivo de se manifestar contrariamente à necessidade da existência da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial ou extrajudicial como pressuposto para a punição do crime da contabilidade paralela, em razão de ser empecilho à tutela jurídica dos credores, bem como não se vê como plausível a necessidade de espera do trânsito em julgado dessa decisão para que se surtam seus efeitos.

PALAVRAS-CHAVE: Perfis da Empresa; Crime falimentar; Sentença; Condição objetiva de punibilidade.

ABSTRACT

This article is intended, first, to make a historical, legal and economic appraisal of the company in accordance mainly with profiles drawn up by Alberto Asquini, in order to specify which is the company the real affected by the consequences of the crisis, be it economic, patrimonial or financial. During the exercise of the activity business, especially during periods of crisis, the business ethics can be misrepresented by the partners, directors, officers, managers and directors, which may cause the bankruptcy offences designated in the law 11.101, extolling the infraction of parallel accounting. Some of these crimes are specific in bankruptcy law and, even its criminality accomplish, is possible only with the advent of sentence that enact bankruptcy and judicial or extrajudicial recovery, that is, it is necessary to

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogada. Foi monitora de Direito Empresarial durante a faculdade.

the accomplishment of an objective punishment condition, which may be considered an obstacle to effective protection of goods damaged by fraud against creditors. In this perspective, the research aims to manifest itself in contrast to the need of the judgment which pronounces the bankruptcy or judicial or extrajudicial recovery grants as provided for the punishment of the crime of parallel accounting, on the grounds of being an obstacle to legal protection of creditors, as well as does not see how plausible the need for transit in rem judicatum is expected that decision to take its effect.

KEYWORDS: Company profiles; Bankruptcy Crime; Sentence; Objective punishment condition.

INTRODUÇÃO

Durante a Idade Média, o Direito Comercial era destinado a proteger o comerciante em si. Ou seja, o aspecto subjetivo era enaltecido. O comércio surge como *jus gentium*, considerado como algo marginal, caracterizando um Direito de classe, com o desígnio claro de assegurar privilégios à classe burguesa relevante da época. Deveria a pessoa, para ser qualificada como comerciante, matricular-se na corporação de ofício.

Nesse período, o governo era bastante autoritário e orientava as condutas privadas. Nesse sentido, quanto à influência no mercantilismo, o Estado considerava o ato de contrair dívida como prática de crime e, com rigor, era punido, independentemente de se averiguar a culpa do agente.

Com a Revolução Francesa, que, dentre seus objetivos, estava a igualdade, os privilégios de classes puderam ser abolidos. Quaisquer atos, sendo praticados por comerciante, registrado ou não na corporação, seriam regidos pelo Código Comercial. Concomitantemente, Napoleão Bonaparte preparou e disponibilizou uma lista, que poderia ser ampliada, identificando todas as atividades inerentes ao comerciante, porém, não havia um conceito-base fundamental dos denominados Atos de Comércio.

O termo “empresa” surgiu no Código Comercial Francês aludindo a dois sentidos: o primeiro dizia respeito aos setores de indústria e de serviços. O segundo era uma espécie do gênero ato de comércio. A empresa surgiu, então, como forma de novo sustentáculo do Direito Comercial e sua atividade era materializada em um conjunto de atos organizados e realizados pelo empresário. Sua função social era a busca incessante pelo lucro, por meio de relações sempre onerosas. De Direito Comercial, a nomenclatura estabeleceu-se como Direito

Empresarial. No entanto, não havia uma sistematização sobre o que deveria ser entendido como empresa ou quais seus fundamentos.

O Código Comercial Francês foi o parâmetro para o que se entende como o procedimento falimentar contemporâneo. Havia a intervenção na atividade comercial para recuperá-la e solver as suas dívidas. Para tanto, utilizavam de critérios subjetivos, dividindo os devedores em honestos e desonestos e, a partir da constatação da boa-fé, eram concedidos benefícios moratórios.

Foi com o advento do Código Civil Italiano de 1942 que a empresa teve sua importância reconhecida no âmbito jurídico, sem ser considerada apenas mera continuação dos Atos de Comércio. Seu conceito não era bem determinado, muito menos unitário, mas já se demonstrava uma maior ênfase dada a esse instituto.

A primeira fase do Direito Comercial no Brasil foi a da Teoria dos Atos de Comércio, pelo Código Comercial de 1850, com forte influência do Código Comercial Francês. Apenas a nomenclatura era diferenciada: por atos de atos de comércio, entendia-se mercancia. Ambos os conceitos não eram bem definidos; eram apenas regulados pelo direito positivo vigente. Sem um conceito estabelecido, difícil era imaginar que tal instituto jurídico-econômico obtivesse sucesso.

Posteriormente, passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro o decreto-lei nº 7.661/45, que regia as relações falimentares. Decretava a falência e a concessão de concordata, preventiva ou suspensiva.

O Código Civil de 2002 foi o grande responsável pela unificação do direito privado, sob argumentos fortes de que a preocupação empresarial é individual e onerosa, sendo a ética empresarial diversa da pregada pelo Direito Civil. Através de métodos, características e princípios próprios, um ramo do Direito é considerado autônomo. Definitivamente, o Direito Empresarial preenche tais requisitos, mesmo estando regulado pelo Código Civil.

O direito empresarial brasileiro atual estabelece-se com a Teoria Subjetiva Moderna, não mais se baseando integralmente na Teoria dos Atos de Comércio Brasileiro. A Teoria Subjetiva Moderna, também denominada Teoria da Empresa, incorpora um regime jurídico único e especial para a tutela de atividades econômicas relevantes, de sorte que o empresário é protegido em segundo plano, dando-se maior relevância à empresa.

Em 2005, entrou em vigor a lei 11.101, que passou a reger os procedimentos falimentares e de recuperação de empresas, abolindo, primeiramente, a possibilidade da concessão de concordata preventiva. Uma vez decretada a falência, esta é definitiva, não se permitindo mais que as empresas falidas se extingam com o passar do tempo.

Não obstante faça referência a “Direito de Empresa”, o Código Civil não determinou expressamente o que é empresa. A doutrina, entretanto, buscou definir empresa como sendo a organização destinada a atividades de produção e circulação de mercadorias, bens e serviços, dirigida por uma pessoa física ou jurídica, denominada empresário. Neste sentido são as lições de Carvalho de Mendonça (1945, p. 392):

Empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade.

A metodologia utilizada caracteriza-se como um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, utilizando-se da consulta a livros, publicações especializadas, artigos e sítios eletrônicos, o que possibilitou fazer um exame histórico acerca do surgimento do controle de constitucionalidade, essencial para a formulação das presentes ideias, bem como fazer uma análise crítica concernente ao controle preventivo de constitucionalidade.

Diante dessas considerações, buscou-se desenvolver pesquisa para responder aos seguintes questionamentos: é coerente existir uma condição objetiva para concretizar a punibilidade quanto ao crime falimentar de contabilidade paralela? Seria plausível esperar o trânsito em julgado da sentença que decreta a falência, para, só então, assegurar-se a punição de tal crime?

Destarte, tem-se como objetivo analisar, inicialmente, o direito empresarial, por meio dos perfis da empresa desenvolvidos por Alberto Asquini, a fim de enaltecer o conceito de empresa. Posteriormente, adentra-se à observância do instituto do direito falimentar, enaltecendo o momento de crise da empresa e os possíveis crimes, elencados na lei 11.101, que podem advir desse período por que passa a sociedade, observando a sentença como condição objetiva de punibilidade estabelecida por essa norma. Além disso, busca-se apreciar a consequência desse pressuposto para a concretização da punibilidade ao empresário e às

sociedades que praticam atos fraudulentos. Nesse sentido, para fins didáticos, o presente artigo divide-se em três capítulos, distribuídos na forma explicitada a seguir:

O primeiro capítulo enaltece a diferenciação entre o empresário, que é o sujeito de direitos e obrigações, e a empresa, que é a atividade empresarial, definindo-se esta última através da análise dos perfis desenvolvidos por Alberto Asquini, quais sejam: subjetivo, objetivo, funcional e corporativo.

Posteriormente, no segundo capítulo, analisar-se-á o período de crise da empresa, que pode ser econômica, financeira ou patrimonial e a consequente decretação de falência ou de concessão da recuperação judicial ou extrajudicial, que servirão como condição para a efetivação do *jus puniendi* em crimes falimentares.

No terceiro capítulo, é exaltada a sistemática do Direito e a consequente ligação entre o Direito Empresarial e o Direito Penal, estabelecida na lei 11.101. Nessa parte do trabalho, é enfatizada a conduta descrita no artigo 168, parágrafo 2º, denominada contabilidade paralela, que é um crime específico da lei de falência e configura como aumento de pena.

Finalmente, no quarto capítulo, é analisada a sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial ou extrajudicial como condição objetiva de punibilidade dos crimes falimentares, através da crítica quanto a essa imposição do legislador no que diz respeito ao crime de contabilidade paralela.

1 ATIVIDADE DE RISCO: A POSSIBILIDADE DE CRISE DA EMPRESA E A INSOLVÊNCIA DO EMPRESÁRIO

A atividade empresarial, realizada pelo empresário, objetiva a concretização da sua função social, que é o ganho do lucro, utilizando-se, para tanto, de uma ética própria, pautada no individualismo. Porém, realizar um investimento em determinada atividade empresarial não significa a certeza do retorno financeiro idealizado. Está-se diante da possibilidade da existência de crises, que são responsáveis pelo estado de insolvência, ou seja, uma situação que gera dificuldade patrimonial para solver o passivo originado das obrigações.

A organização em sociedade surge com o escopo de alcance de certas finalidades, principalmente, econômicas, que, individualmente, não seriam concretizadas satisfatoriamente. Sendo meio dinâmico de divisão de trabalho, baseado na propriedade

privada, o mercado atende às necessidades próprias de cada indivíduo, como também as de outras pessoas. Conforme Ludwig von Mises (1990, p. 256- 257): “O mercado é um processo, impulsionado pela interação das ações dos vários indivíduos que cooperem sob o regime da divisão de trabalho”.

O mercado é decorrência das condutas humanas e, inúmeras vezes, é estabelecido pela concepção de valores que cada indivíduo tem acerca dos preços. “Cada indivíduo, ao comprar ou não comprar e ao vender ou não vender, dá sua contribuição para a formação dos preços de mercado.” (MISES, 1990, p. 328).

Antes de Coase, o mercado se baseava essencialmente nos preços dos produtos e serviços disponíveis e o parâmetro para se estabelecer tais preços era o custo de produção. Entretanto, o mercado não funciona exclusivamente condicionado aos preços decorrentes dos custos de produção. Existem outros valores associados ao seu funcionamento. O autor foi pioneiro ao defender em sua obra “A Natureza da Firma” o que hoje se consagra: transacionar no mercado envolve custos consideráveis e pode gerar a insolvência.

É importante ressaltar as diferenciações da nomenclatura técnica do direito empresarial existente entre empresário e empresa. A insolvência diz respeito ao empresário ou à sociedade empresária, que é o sujeito de direitos e obrigações, que está diante de uma crise econômico-financeiro-patrimonial pela qual passa a empresa. Mas o que seria a empresa?

1.1 Os perfis da empresa idealizados por Alberto Asquini

Alberto Asquini (1996) elaborou os primeiros conceitos, na forma de perfis, sobre o que se poderia entender por empresa, destacando que, a depender do enfoque econômico, percebe-se uma determinada perspectiva.

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. (ASQUINI, 1996, p. 109-110).

Serão analisados os perfis subjetivo, objetivo, funcional e corporativo, desenvolvidos por Asquini, visando a apresentar um conceito de empresa.

1.1.1 Perfil subjetivo da empresa

O primeiro perfil é o subjetivo, identificador do fenômeno econômico da empresa na figura de seu titular: o empresário, que deve praticar uma atividade econômica organizada, de forma profissional e habitual, promovendo a produção e circulação de bens ou serviços, não mais como mero intermediador da atividade. A empresa seria, então, o ente capaz de adquirir direitos e contrair obrigações.

O conceito de empresário está apresentado no artigo 966 do Código Civil Brasileiro: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Esse conceito é composto por elementos que não são estáticos, por isso, a depender da época, podem sofrer modificações. São eles: profissionalismo, atividade econômica, organização e produção de bens ou serviços.

O profissional exerce sua atividade habitualmente, organizando os fatores de produção, quais sejam: o capital (bens que o empresário emprega na atividade empresarial) e o trabalho (próprio ou alheio). Para tanto, a atividade deve ser exercida de modo articulado, a fim de ser bem orientada. O registro, a escrituração e o nome empresarial, por exemplo, são formas legalmente impostas de organização.

Há pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou de serviços, entretanto, não se enquadram como empresários. São os não-empresários, considerados, de acordo com o parágrafo único do artigo 966, CC/2002, como aqueles que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo se contarem com auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

O elemento de empresa refere-se à parte do objeto social da empresa e de como ela está organizada para atuar. Difícil é delimitar os contornos para a definição de *organização*, principal característica do exercício da atividade empresarial e, conseqüentemente, da definição de empresário.

Pode-se afirmar que se considera não-empresário aquele que atua por conta própria, como o profissional liberal (advogado, dentista, médico, engenheiro, arquiteto, contabilista, etc.), disponibilizando serviços de caráter intelectual, ou seja, de natureza pessoal, mesmo com o auxílio de empregados.

Uma sociedade de advogados, por exemplo, mesmo que constituída de grande número de sócios, não será qualificada como empresária. No máximo, constituirá uma sociedade simples, antiga sociedade comum no Código de 1916.

1.1.2 Perfil objetivo ou patrimonial

Através do perfil objetivo ou patrimonial, analisa-se a empresa pelo prisma do estabelecimento, que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária. É diferente do ponto comercial, que corresponde ao elemento identificador de onde o estabelecimento será instalado.

Não representa pessoa jurídica autônoma do empresário, nem é patrimônio de afetação. Corresponde a uma universalidade de fato, e não de direito, ou seja, é pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenha destinação unitária. Seus elementos estão interligados conforme a finalidade da empresa. É “de fato”, pois tem relação econômica direta e, não, jurídica. Portanto, o empresário cria a universalidade e pode desfazê-la no momento em que não for mais benéfica ou útil, de maneira que, cessada a atividade econômica, os bens readquirem sua individualidade. Tratando do perfil objetivo, ressalta Alberto Asquini (1996, p. 119):

A característica eminente de tal patrimônio é a de ser resultante de um complexo de relações organizadas por uma força em movimento- a atividade do empresário- que tem o poder de desmembrar-se da pessoa do empresário e de adquirir por si mesma um valor econômico.

Mesmo muitos autores tendo considerado estabelecimento como sinônimo de empresa, esses dois conceitos não se confundem. O estabelecimento, pertencente ao empresário, é um elemento que propicia a atividade do empresário e dele pode separar-se, mediante contrato, por exemplo, de aluguel, em que o exercício da atividade empresarial será do locatário.

1.1.3 Perfil funcional

Focando-se nesse perfil, a empresa não se qualifica nem como sujeito, nem como objeto de direitos. Ela é a atividade organizada pelo empresário, que se utiliza de bens

destinados a uma determinada finalidade para a produção ou distribuição dos bens ou serviços, ou mesmo, para efetivar a troca dos bens ou serviços produzidos.

A empresa é a atividade empresarial organizada, individualizada como um conjunto de atos ordenáveis entre si, dirigida a uma finalidade específica (ASCARELLI, 1998, p. 183). É a natureza da atividade que qualifica o empresário, e pode ser tanto lícita quanto ilícita, mas nunca nula.

Remetendo ao pensamento de Spinelli (2007, p. 186-187), não importa de que maneira se reveste juridicamente o exercício da atividade econômica.

a organização dos fatores de produção pode ser realizada tanto por indivíduos considerados em sua singularidade (empresário individual ou profissional liberal, por exemplo) como por sociedades (simples ou empresárias)

Observamos que o elemento organização, no sentido econômico, é o único presente em qualquer forma societária, não importando o número de partes ou se constituída voluntariamente.

A atividade econômica é praticada por um profissional, que se distingue do amador, por sempre ansiar por contraprestação remuneratória. O profissional é toda pessoa, física ou jurídica, que, com habitualidade e em nome próprio, exerce uma atividade, retirando dela as condições necessárias para se estabelecer e se desenvolver. Econômica é a atividade que vai criar uma utilidade que visa a atender a necessidade de terceiro, sempre com a perspectiva de lucro, com coexistência de risco. Atividade econômica é o gênero, da qual corresponde a atividade empresarial à espécie.

1.1.4 Perfil corporativo

Por meio deste perfil, a empresa é analisada como instituição. Representa o caráter dinâmico da empresa, pela organização entre empresário e colaboradores por, teoricamente, terem interesses comuns.

Os perfis anteriormente examinados eram focados na figura do empresário. Pelo perfil corporativo, a empresa é entendida do ponto de vista da organização hierárquica existente entre empresário e empregados ou colaboradores. Essa foi a visão de Coase, todavia, para definir firma, como sendo organização e coordenação de contratos pelo empresário, objetivando um fim comum.

O enfoque dado direciona-se à empresa como organização de pessoas que visam com um desígnio em comum, formando o que se conceituou de instituição. Segundo a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos de Romano, “instituição é toda organização de pessoas- voluntária ou compulsória- embasada em relações de hierarquia e cooperação entre seus membros, em função de um escopo comum”.

1.2 Fundamentos econômico-jurídicos para a definição de empresa

A palavra “empresa” ainda é fonte de entendimentos controversos. É comum ser a ela atribuído, no plano da economia, o significado de agente econômico. Na economia contemporânea, não mais se admite conceber a empresa de forma isolada. Ela é, dessa forma, agente econômico e se perfaz por meio de contratos. Entretanto, no nível jurídico, o empresário é o verdadeiro agente. Romano Cristiano (2007, p. 301) faz uma ressalva interessante acerca dos perfis de Asquini:

Ao declarar que a empresa devia, ao mesmo tempo, ser vista como empresário, como atividade empresarial, como estabelecimento e como instituição, será que não acabou fornecendo, na prática, ainda que sem querer, prova bem válida de que ele também via a chamada 'empresa' como novo agente único das atividades econômicas empresariais? Não pode ser excluída tal hipótese.

Os perfis de Asquini, de fato, contribuíram para uma nova visão do direito empresarial. Entretanto, a doutrina majoritária considera substancialmente apenas três dos quatro perfis desenvolvidos, quais sejam: o subjetivo, o objetivo e o funcional. De ressaltar que o perfil corporativo é qualificado como mera consequência de fatores políticos, de índole fascista, existentes à época da elaboração do Código Civil Italiano.

Todavia, não há como descartar o perfil corporativo se o próprio legislador e a doutrina dominante se o utilizam dele para perquirir a definição de empresa, como sendo atividade econômica organizada.

2 A CRISE DA EMPRESA

A falência e a recuperação judicial são procedimentos aplicáveis aos empresários e às sociedades empresárias pelo Poder Judiciário, após a análise do caso concreto. As atividades econômicas que se revelarem relevantes e que forem dotadas de função social devem ser

preservadas, devendo o Estado envidar todos os esforços necessários para a sua conservação. Esse enunciado evidencia o princípio a preservação da empresa.

Tal princípio, demonstrado no artigo 47 da Lei 11.101, diz respeito à ação que visa a garantir a integridade e a perenidade de atividade econômica, princípio este que vislumbra a continuidade de uma sociedade empresarial, em decorrência de sua importância social, além de permitir a sua recuperação em caso de insolvência. Ou seja, é o princípio que propicia a reconstrução da atividade empresarial.

A crise da empresa pode ser causada por diversos fatores que se classificam em externos, internos e acidentais. Os primeiros tratam de questões ligadas à ordem econômica. Os segundos surgem no âmbito da atividade, caracterizando-se como circunstância advinda da má administração. Já os fatores acidentais dizem respeito às causas imprevisíveis, evidenciando o caso fortuito e a força maior.

Conforme Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 232), a crise empresarial pode se manifestar de diversas maneiras, constituindo-se em econômica, financeira ou patrimonial:

Ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária.

Entende-se por crise econômica aquela que faz referência direta aos prejuízos causados aos negócios desenvolvidos pelo empresário ou sociedade empresária. Já a crise financeira diz respeito à ausência de dinheiro pelo empresário para arcar com as obrigações contraídas. E, finalmente, a crise patrimonial refere-se diz respeito ao desequilíbrio entre o ativo e o passivo, que gera o estado de insolvência.

A título de curiosidade, o primeiro diploma dos Estados Unidos dispendo acerca da recuperação judicial de empresas surgiu em 1934, com o intuito de atenuar os efeitos provocados pela crise provocada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York em 1929. Já no Brasil, a lei de falência foi instituída apenas em 2005, em substituição ao sistema de concordatas.

Interessante mencionar que a declaração da falência não terá necessariamente conotação prejudicial à atividade econômica empresarial. Deve-se observar a economia, como um todo, para, então, aperfeiçoarem-se os aspectos de mercado.

Contraídas obrigações, são reconhecidos credores e devedores. A garantia dada aos primeiros é a efetivação do pagamento com o patrimônio dos segundos. No entanto, observando o estado capitalista contemporâneo, nem sempre as obrigações contraídas são cumpridas. Após evidenciada a inadimplência do devedor, a falência surge como um processo judicial de execução concursal do patrimônio deste. Ressalta-se que estão sujeitos à falência os devedores que exercem atividade econômica empresarial.

O processo falimentar cumpre três fases, quais sejam: a) pré-falimentar; b) falimentar; c) pós-falimentar. Para fins da decretação da falência, devem ser observados os casos legalmente previstos como ensejadores da quebra. Dessa forma, irrelevante somente o estado patrimonial do empresário. Sobre o assunto, o artigo 94 da lei 11.101 menciona tais casos:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Isto posto, deve-se atentar ao fato de que é vedada qualquer conduta fraudulenta advinda do empresário devedor de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Nesse aspecto, o direito empresarial relaciona-se com outro ramo do ordenamento jurídico, ou seja, com o Direito Penal.

3 DIREITO EMPRESARIAL E O CRIME FALIMENTAR DE CONTABILIDADE PARALELA

É interessante observar a sistemática existente entre os diversos ramos do Direito, à evidência do que ocorre com o Direito Empresarial e com o Direito Penal. Crimes falimentares, no entendimento de Sílvio Aparecido Crepaldi (2011, *online*):

São condutas incrimináveis pelo risco de, vindo a ocorrer a falência, causarem dano aos credores. A Lei 11.101/2005 – LFR manteve o sistema de condição objetiva de punibilidade a partir de decisão nos autos cíveis, mas ampliando o campo, para incluir as condutas praticadas não apenas a partir da decretação da falência, mas também a partir do despacho concessivo da recuperação judicial (art. 58) ou da sentença homologatória da recuperação extrajudicial (art. 164, § 5º).

Nesse sentido, podem-se exemplificar as diversas práticas que configuram crimes, como os da concorrência desleal, contra as marcas e patentes, os contra a economia popular, os perpetrados através de títulos de crédito, como a falsificação, a fraude ou o estelionato. Contudo, o direito empresarial brasileiro estipulou diversas condutas específicas que se caracterizam como hipóteses de fraudes e crimes contábeis, como a fraude contra credores, a violação de sigilo empresarial, a divulgação de informações falsas e o desvio, recebimento ou apropriação de bens.

Observados tais crimes, será enfatizada neste trabalho a conduta que caracteriza a contabilidade paralela, também chamada de “caixa dois”, que é uma modalidade de aumento de pena da fraude contra credores, assim mencionada na Lei de Falências Brasileira, em seu artigo 168, em seu parágrafo 2º:

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.

Omissis

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

A contabilidade paralela é aquela que ocorre quando o devedor, que se perfaz na figura do empresário, do sócio, do administrador, gerente, conselheiro ou do diretor, desrespeita a política contábil estabelecida, com o intuito primordial de burlar o fisco e os credores, caracterizando-se, portanto, como uma conduta que preza pela omissão de fatos para beneficiar o empresário, pelo enriquecimento ilícito.

Habitualmente, percebe-se a prática pela observância de recibos referentes a serviços não pagos e nem prestados, ou a notas fiscais sem a devida entrega das mercadorias. Além disso, pode-se constatar também pelo desvio de recursos inerentes da pessoa jurídica que foram destinados a benefício próprio dos sócios e administradores.

Em específico ao que se refere aos crimes tipificados na lei de falências, considera-se praticada a fraude contra credores quando se elabora escrituração contábil ou balanço com

dados inexatos; omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros; destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado; simula a composição do capital social; destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

A natureza da ação que irá averiguar a existência de possíveis crimes falimentares, tipificados nos artigos 168 a 178 da lei 11.101 é classificada como de ação pública incondicionada, conquanto se permita a atuação subsidiária pela inércia do Ministério Público, como prescreve o artigo 184, parágrafo único, desse mesmo diploma legal.

Sob o enfoque do conceito de crime, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da lei de introdução ao código penal, adotou a teoria analítico-tripartida e definiu essa espécie de infração penal como sendo aquela a que a lei comina pena de reclusão ou detenção quer isolada, quer cumulativamente com a pena multa.

Através do conceito analítico, crime é um todo unitário e indivisível constituído por elementos estruturais, de natureza objetiva, descritiva e subjetiva, que tipificam a infração penal. Neste sentido, hodiernamente, define-se crime como fato típico, antijurídico e culpável.

Quanto à competência para o conhecimento da ação penal do crime de contabilidade paralela, esta pertence ao juízo criminal onde se decretou a falência, concedeu a recuperação judicial ou homologou o plano de recuperação extrajudicial. Como se percebe, a ação perpetrada em função do crime falimentar não será apreciada pelo juízo falimentar, exceto em comarcas pequenas, em que se acumulam as funções.

O juiz, então, imbuído da sua função de dizer o direito, diante dos casos que envolvem a crise por que é acometida a atividade empresária, proferirá decisão, concedendo a recuperação judicial, homologando o plano de recuperação extrajudicial ou decretando a falência, que, para os moldes do direito empresarial, configurará como condição objetiva de punibilidade dos crimes falimentares.

4 A SENTENÇA COMO CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE

Por meio da sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou

extrajudicial, oportuniza-se a investigação do empresário, dos sócios, administradores, diretores, gerentes e conselheiros quanto à prática dos atos caracterizados como crime pela lei de falências. Dessa forma, para os crimes praticados antes ou depois de proferida a sentença de reconhecimento da falência ou da recuperação judicial, só é admissível a consideração como infração falimentar e só é autorizada a consequente punibilidade do agente após a prolação do ato decisivo. É considerada, portanto, a sentença como condição objetiva de punibilidade. Caso não seja mencionado o crime falimentar na decisão, este será considerado atípico ou será enquadrado em outro tipo do ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, a lei 11.101, ao cominar as penas para os crimes que prevê, também estabelece o momento para sua punibilidade, em seu artigo 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”.

Condições objetivas de punibilidade são circunstâncias exteriores à conduta do agente, independentemente da tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade, criadas pelo legislador, em razão de política criminal, que influenciam na aplicação do direito de punir do Estado. São objetivas exatamente porque a eficácia jurídica não está vinculada a qualquer liame com a culpa ou com o dolo.

Válido ressaltar o comentário feito por HÉLVIO SIMÕES VIDAL (2005, *online*):

Foi pela doutrina de BINDING que as condições objetivas de punibilidade nasceram. Na Teoria das Normas, distinguiu ele os elementos objetivos das leis penais que seriam totalmente estranhos ao delito (*dem Delikt ganz fremden*) e que se constituiriam em pressupostos da punibilidade, ‘como sinais objetivos, que não atingiriam a reprovabilidade da conduta’ (FRAGOSO, RT 738/744). A origem histórica do instituto, porém, reflete uma necessidade de conciliação de exigências contrapostas. De um lado, existem sempre razões de conveniência prática e oportunidade político-criminal, que induzem a subordinar a efetiva punibilidade de alguns tipos de comportamento à verificação de determinadas circunstâncias, de forma que proceder a uma punição incondicionada pode, de fato, em certos casos, conflitar com a tutela de outros interesses merecedores de consideração ou provocar inconvenientes superiores às vantagens. De outro lado, vigendo em matéria penal o princípio da estrita legalidade, referidas valorações de conveniência e oportunidade não podem ser entregues ao poder discricionário do juiz: ‘il principio di legalità, e il connesso principio dell’obbligatorietà dell’azione penale, impongono che sia lo stesso legislatore a tipizzare in forma espressa le circostanze capaci, appunto, di influenzare la scelta relativa alle concrete applicazioni della pena’ (FIANDACA – MUSCO. *Diritto penale*, pg. 726).

A ação penal, no Decreto-Lei 7.661/45, exigia como condição indissociável apenas o

decreto de falência, caracterizado pelo estado de insolvência do devedor. Atualmente, são três decisões que constituem condição objetiva de punibilidade: a sentença declaratória de falência, a concessiva de recuperação judicial e a homologatória de recuperação extrajudicial.

Quanto à prescrição, Hélvio Simões Vidal (2005, *online*) assim se manifesta:

A prescrição, assim, rege-se pelo máximo da pena privativa de liberdade (art. 109, CP), começando a correr não da data da consumação do crime (art.111, I, CP), mas do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (art.182, Lei n. 11.101/2005). Nesse caso, em se tratando de crimes ante-falimentares ou que possam ser cometidos antes da concessão da recuperação judicial ou extrajudicial, o dispositivo não apresenta qualquer dificuldade.

Se o crime é pos-falimentar ou somente pode ser cometido após a concessão da recuperação judicial ou da homologação da recuperação extrajudicial, o prazo prescricional começa a correr do dia da sentença, o que se constitui num contra-senso, ou seja o curso da prescrição começa a correr antes da consumação do crime. Nesse caso, a única solução possível será o cômputo do prazo do dia em que o crime se consumou, aplicando-se subsidiariamente o Código Penal (art.111, I) que determina o '*dies a quo*' da prescrição pelo dia da consumação do delito.

Disso infere-se que o empresário que pratica, por exemplo, a contabilidade paralela, crime contra credores com aumento de pena, por não haver previsão penal expressa, ou seja, o código penal, considerado norma geral, não tipifica tal conduta, o agente só será punido sob os aspectos do procedimento dos crimes empresariais, que exigem, para tanto, a prolação de sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou homologa o plano de recuperação extrajudicial.

Como pode, mesmo evidenciado o cometimento de crime falimentar, inexistir uma punição efetiva e imediata para tal infração? Os credores e o fisco são os principais prejudicados diante desse caso, por serem diretamente afetados pelas consequências dos atos fraudulentos dos empresários.

Seria plausível a existência de uma condição para a punição dos empresários e das sociedades empresárias quando se beneficiam ilicitamente, por fraudarem seus procedimentos contábeis. Parece razoável utilizar-se de medida mais imediata e enérgica para a punibilidade desses crimes, pelo montante do prejuízo causado ao próprio Estado e aos demais credores, sem a necessidade de espera do cumprimento da condição objetiva de punibilidade.

Questiona-se, outrossim, acerca da necessidade do trânsito em julgado da sentença que deflagra a punibilidade do agente criminoso. A problemática é relevante em razão de, não

averiguada a existência da sentença, não há que se falar em crime falimentar, o que inviabilizaria qualquer procedimento para a apuração da infração. Mas, caso seja sentenciado, deve-se esperar o trânsito em julgado dessa decisão?

De fato, a decisão da qual não cabe mais recurso evidenciaria maior segurança jurídica para as relações, evitando-se, por conseguinte, a imputação criminal de forma irresponsável. Contudo, o diploma legal nada menciona sobre a necessidade de observância desse momento processual.

Houve, então, o silêncio quanto a essa hipótese. Distintamente, o legislador se posicionou expressamente sobre a postura imediatista que deve ter o Ministério Público ao propor a ação penal ou requisitar a abertura do inquérito policial, depois de prolatada a sentença, como ocorre no seguinte artigo 187 da lei 11.101: “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”.

Portanto, não se pode exigir o trânsito em julgado da decisão para que surtam seus efeitos. De logo, pode o agente sofrer as consequências penais advindas do crime de contabilidade paralela, que aumenta a pena de um até metade.

CONCLUSÃO

O sistema normativo atual propõe-se a preservar a empresa, e não mais o empresário, como antes ocorria. O empresário, sujeito de direitos e obrigações, não se confunde com a empresa, que é a própria atividade empresária e é esta que fica comprometida com os momentos de crise, seja ela econômica, financeira ou patrimonial.

As tendências mundiais de preservação da empresa se justificam pelos valores sociais a ela agregados: manutenção de postos de trabalho, recolhimento de tributos, desenvolvimento de novas tecnologias, eliminação das dificuldades de acesso a bens e serviços, o progresso que imprime ao lugar onde se instala. Isso tem feito com que a sociedade avance na adoção de meios que viabilizem a sobrevivência das atividades empresariais, como forma de evolução social, sem dispensar os cuidados ao meio ambiente. Certamente, presenciaremos muita mudança. Dessa forma, o princípio da preservação da empresa é de relevante valia e norteia os entendimentos jurisprudenciais da atualidade.

Entretanto, quando não mais se torna viável a continuação da atividade empresária, adota-se o procedimento da falência, que, de todo, não é ruim. Apenas evita maiores prejuízos, diretamente, ao empresário ou sociedade empresária, e, indiretamente, à população.

Diante o exercício da atividade empresária, principalmente, durante os períodos de crise, a ética empresarial pode ser desvirtuada pelos sócios, diretores, administradores, gerentes e diretores, o que pode ocasionar a prática de crimes falimentares, designados na lei 11.101, de 2005.

Alguns desses crimes são específicos da lei de falência e, mesmo consumados, a sua punibilidade só é possível com o advento de sentença que decrete a falência e a recuperação judicial ou extrajudicial, o que pode ser considerado um obstáculo à efetiva tutela dos bens lesados. Dessa forma, ressalva-se a imposição do legislador em considerar como condição objetiva de punibilidade do empresário a efetiva prolação de uma sentença.

Nesse sentido, inobstante estar constituída a infração criminosa, como bem tipificam os artigos 168 a 178 da Lei 11.101/05, o empresário não poderá ser punido, nem, conseqüentemente, poderá incorrer no disposto do artigo 181 da referida norma, que são os efeitos da condenação por crime, como a inabilitação para o exercício de atividade empresarial; o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei; e a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio, sem que seja atendido esse requisito legal.

Tendo enaltecido o crime da contabilidade paralela, este trabalho questionou, por conseguinte, como, então, preserva-se o direito dos credores e do fisco se, ao mesmo tempo, a pena é executada em segundo plano pelo sistema normativo empresarial. Propõe-se, portanto, ser feita uma reflexão crítica acerca do tema para uma melhor solução quanto à punibilidade dos empresários infratores de crimes falimentares, sugerindo-se, em razão dos graves danos que dessa prática advém, a retirada da condição objetiva de existência da sentença imposta para a efetiva punição desse crime, pois, caso não seja prolatada sentença no sentido de decretar a falência ou conceder a recuperação judicial ou extrajudicial, a lei perde sua efetividade e a conduta passa a ser considerada atípica.

Além disso, esperar o trânsito em julgado da sentença é ver inibida a efetiva tutela jurídica aos bens protegidos pelo ordenamento jurídico, em especial, pela lei de falências, o

que tornaria irreversível a lesão causada. É salutar observar, também, que a demora na apreciação recursal poderia ser considerada um benefício ao empresário, em detrimento do fisco e dos credores, que seriam ludibriados pela prática da contabilidade paralela, crime próprio das disposições falimentares.

Nesse sentido, posiciona-se pela crítica quanto à necessidade de sentença falimentar como condição objetiva de punibilidade do crime de contabilidade paralela, infração específica falimentar. Ou ainda, respeitando-se os limites do legislador, manifesta-se pela inexigibilidade do trânsito em julgado da sentença para se efetivar o *jus puniendi*.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. O empresário. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 36, n. 109, p. 182-189, 1998.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, 1996.

BRASIL. **Lei nº 11.101**, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 2 mar. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa. Contratos. Recuperação de Empresas. Saraiva: São Paulo, v. 3, 2009.

CREPALDI, Silvio Aparecido. **Crimes falimentares**: uma abordagem analítica. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2773> Acessado em: 17 mar. 2013.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Direito comercial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

MISES, Ludwig von. **Ação humana**: um Tratado de Economia. Tradução de Donald Stewart Jr. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

SPINELLI, Luis Felipe. A teoria da firma e a sociedade como organização: Fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 46, n. 146, p. 165-188, 2007.

VIDAL, Hélvio Simões. Os tipos penais na nova lei de falência e recuperação de empresas. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7002/os-tipos-penais-na-nova-lei-de-falencias-e-recuperacao-de-empresas/2>> Acesso em: 12 mar. 2013.