

As consequências processuais penais da nova Lei de Falências

Marcellus Polastri Lima

Como citar este artigo: LIMA, Marcellus Polastri. As consequências processuais penais da nova Lei de Falências. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 2, p. 75-90, 2007.



AS CONSEQÜÊNCIAS PROCESSUAIS PENAIS DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

Marcellus Polastri Lima

Mestre e doutor em Ciências Penais (ênfase em Processo Penal; procurador de justiça; professor em cursos de graduação e pós-graduação; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto de Ciências Criminais.

A Nova Lei de Falências – Lei n. 11.101, de 09.02. 2005 – entrou em vigor em 9 de junho de 2005, em vista do prazo de *vacatio legis*, lapso este contado nos termos do §1º do art. 8º da LC 95/98.¹

Logo desponta como importante efeito processual penal da referida lei a **revogação expressa do chamado “procedimento especial dos crimes de falência”**, outrora previsto nos arts. 503 a 512 do Código de Processo Penal.

É que estabelece a nova lei, em seu art. 185: “Recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o rito previsto nos artigos 531 a 540 do Decreto-lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941-Código de Processo Penal”.

E, como se não bastasse, o art. 200 da Nova lei estabelece tal **revogação de forma ainda mais taxativa, ao frisar que “ressalvado o disposto no**

¹ “A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”.

art. 192, ficam revogados [...] os artigos 503 a 512 do Decreto-lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941-Código de Processo Penal”.

Dá-se aqui uma situação interessante. É que, como é sabido, no processo penal vigora o princípio *tempus regit actum* (art. 2º); ou seja, a lei processual penal se aplica de imediato aos processos já em andamento. Ocorre que a Nova Lei de Falências, em seu art. 192, diz **não se aplicar o novo rito aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-lei n. 7.661 de junho de 1945 (anterior Lei de Falências).**

Ora, assim, ao se colocar a ressalva no art. 200 de que operou a revogação expressa dos arts. 503 a 512 do CPP, **salvo o disposto no art. 192**, quer significar que **os processos anteriores à vigência da Nova Lei de Falências ainda se regerão pelo antigo rito dos arts. 503 a 512**, operando-se, portanto, uma exceção à regra geral do art. 2º do CPP. Destarte, é intuitivo: só se pode aplicar o novo rito após a vigência da Nova Lei, que se deu em 9 de junho de 2005.

Não se pode defender, destarte, que a “irretroatividade” só se daria em relação às normas penais, e não às normas processuais da lei², pois, consoante bem vislumbrou Cezar Roberto Bitencourt:

[...] uma coisa é a (ir) retroatividade penal (material ou processual), e outra, absolutamente distinta, é a ultratividade de alguns dispositivos relativos à matéria procedimental, **expressamente determinada por lei**...Na verdade, o art. 192 atribui ultratividade a alguns dispositivos do Dec.-lei 7.661/45 para as hipóteses de processo de falência que foram ajuizados antes de entrar em vigor a nova lei; é uma espécie de exceção ao princípio *tempus regit actum*...³(grifo nosso).

O que é certo é que, sendo a falência ou concordata ajuizada depois da vigência da Nova Lei de Falências, **aplicar-se-á, agora, aos crimes falimentares o chamado “procedimento sumário”**.

2 Neste sentido GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Breves Anotações sobre o novo processo penal falimentar*. Boletim do IBCCrim, 148, março de 2005.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *A nova Lei de Falências: aspectos penais e processuais penais*, in *Revista Brasileira de Ciências Penais*, n.58, jan-fev- de 2006, São Paulo:RT, p.229/230.

Entretanto, o procedimento sumário, da forma como foi idealizado pelo legislador do CPP de 1941, de há muito vem sofrendo duros golpes, primeiro com a Constituição de 1988 e, em seguida, ante o advento de leis especiais posteriores.

Na verdade, anteriormente, existiam um procedimento “sumaríssimo” para as contravenções (arts. 531 e segs. do CPP) e um sumário para os crimes punidos com detenção (arts. 538 e 539). Porém, o art. 129, I, da CF de 1988, que atribuiu **exclusividade nas infrações de ação penal pública ao Ministério Público, revogou o procedimento aplicável às contravenções penais**, além dos efeitos da Lei n.4.611/65, que determinava sua aplicação aos delitos de homicídio e lesão corporal culposos que tivessem autoria conhecida dentro dos primeiros quinze dias.

Assim, não mais se autorizava o procedimento de ofício por parte do delegado de polícia ou do juiz, resquício de um sistema inquisitivo que tornava o nosso Código de Processo Penal tipicamente um Código misto: parte inquisitivo, parte acusatório.

Revogado o art. 531, destinado às contravenções penais, passaram a ser utilizados os arts. 538 e 539 do CPP também para estas e para os crimes culposos de homicídio e lesão corporal com imediata autoria conhecida, sempre se exigindo a denúncia do Ministério Público.

Em relação às leis ordinárias posteriores ao CPP, o maior golpe se deu com o advento da Lei n. 9.099/95, pois esta se aplica justamente para a grande maioria dos delitos antes processados pelo rito sumário, rito este previsto para os delitos punidos com pena de detenção e para as contravenções penais em geral, o que se vê com pequeno esforço interpretativo, já que a Lei n. 9.099/95 abrange tanto as contravenções como os delitos punidos com detenção, que são precisamente o objeto maior desta lei (arts. 61 e 88), que se destina às infrações de pequeno potencial ofensivo.

Por outro lado, ressalvou o legislador da Lei n. 9.099/95, no art. 97 a **revogação da Lei n. 4.611/65**, justamente a responsável pela introdução das normas do rito sumaríssimo dos arts. 531 a 538 para os crimes de lesões e homicídios culposos, sendo que no seu art. 88 a Lei n. 9.099/95 se refere expressamente às lesões dolosas leves e às lesões culposas.

Com efeito, a menção à revogação da Lei n. 4611/65 poderia parecer dispensável, ante o advento da CF de 1988, mas o motivo de o legislador da Lei n. 9.099/95 estabelecer **expressamente** a revogação desta lei foi exatamente em razão do rito especial sumário do art. 531, então estabelecido para os delitos de homicídio e de lesões corporais culposas com autoria imediatamente conhecida. Assim, esta lei, que já estava com autoria pela Constituição Federal, não tendo sido recepcionada, no que tange à instauração da ação penal por portaria da autoridade policial ou judiciária, com o advento da Lei n. 9.099/95, foi agora totalmente ab-rogada, dando-se a revogação de seu último efeito no ordenamento processual penal, ou seja, a imposição do rito sumário para aqueles casos.

Restavam em nosso ordenamento jurídico para julgamento no rito sumário as infrações que saíssem, em vista de declinação de competência, por previsão legal, dos Juizados Especiais Criminais.

Era o caso do disposto no §2º do art. 77 da Lei n. 9099/95, que faz menção às hipóteses de quando a **complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, sendo que o Ministério Público poderá requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes ao "Juízo", na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei, ou, ainda, quando se tratasse de autor do fato a ser citado por edital.**

Nessas duas hipóteses, portanto, dando-se a remessa para o Juízo Comum, o rito a ser seguido só poderia ser o sumário, por se tratar de infrações com multa ou pena de detenção.

Porém, com o advento do Código de Trânsito Brasileiro, o rito sumário teve mais uma "sobrevida", pois os delitos de homicídio e lesões corporais culposas não seriam mais julgados no Juizado Especial Criminal, só se aplicando ao último as medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95, em vista da exceção expressa do parágrafo primeiro do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro.⁴

Assim, os delitos dos art. 302 (homicídio culposo) e 303 (lesões corporais no trânsito), novos delitos regidos por lei especial,

4 Cf. LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Penal dos Crimes de Trânsito*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2001.

seriam julgados na forma do art. 539 do Código de Processo Penal, pois aos mesmos não eram cominadas penas de reclusão, ao menos alternativamente. Assim, seria caso de aplicação do rito sumário (na hipótese do art. 303, após a tentativa infrutífera da conciliação e transação penal, na forma da Lei n. 9.099/95).

Não havia dúvida, portanto, que tais delitos seguiriam o rito sumário do art. 539 do CPP e, igualmente, também desafiavam aquele rito os delitos de embriaguez ao volante e de competição não autorizada, ou "racha", no trânsito, quando também seria aplicado o rito do art. 539 do Código de Processo Penal, pois aos mesmos, como no caso do homicídio culposo e das lesões corporais culposas, não eram cominadas penas de reclusão, ao menos alternativamente, e as penas máximas eram superiores a um ano, sendo hipótese, assim, de aplicação do rito sumário.

Porém, com o advento da Lei n. 10.259/2001 (Juizados Especiais Criminais), que aumentou o patamar de admissibilidade dos Juizados Estaduais para pena máxima de dois anos no âmbito federal, passou-se a entender que tal patamar se estenderia aos Juizados Estaduais. Portanto, os delitos de lesão corporal culposa e de racha no trânsito passariam a ser julgados pelos Juizados Especiais Criminais. Somente seriam julgados pelo rito sumário o homicídio no trânsito e o delito de embriaguez no trânsito, por terem pena máxima superior a dois anos, posição, aliás, que acabou ratificada pelo legislador na Lei n. 11.313/2006.

De qualquer maneira, como visto, só se utilizava, na prática, o rito sumário para alguns poucos delitos, como o homicídio culposo, do Código Penal e do Código Brasileiro de Trânsito, o delito de embriaguez no trânsito, também previsto nesta última codificação, além daqueles processos que vinham do Juizado, por ocorrência de complexidade ou não localização do autor do fato.

Agora, portanto, assume o procedimento sumário maior importância, pois o procedimento dos crimes de falência, previsto nos arts. 503 a 512, **foi revogado pela Lei 11.101, de 2005, a Nova Lei de Falências, que manda aplicar para estes delitos o rito sumário.**

Mas existe uma evidente impropriedade na nova legislação, pois seu

art. 185 determina que “observar-se-á o rito previsto nos arts. 531 a 540 do Decreto-lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal”.

Ora, como já visto, evidentemente, não há que se falar em aplicação do art. 531 do CPP, que foi revogado pela Constituição de 1988 e expressamente pela Lei n. 9.099/95.

Não se restaurou (ou se repristinou, como se isso fosse possível) o malfado procedimento de ofício pelo delegado ou juiz, pois em vista do impedimento constitucional a denúncia será sempre do promotor. Assim, na verdade, em se tratando do procedimento dos crimes falimentares, aplicar-se-ão os arts. 538 a 540 do CPP.⁵

Interessante a observação feita por Cezar Roberto Bitencourt de que, agora, em relação aos crimes falimentares, “mesmo punidos com reclusão (todos, com exceção do previsto no art. 178 da Lei de Falências), o procedimento deverá ser o previsto pelo CPP para os crimes punidos com detenção, pois esse é o procedimento previsto pela lei para os crimes falimentares”.⁶ Com efeito, apesar de o procedimento sumário ser previsto no CPP para os delitos punidos com detenção, por expressa determinação da lei especial, passará a ser sempre o rito destinado aos delitos falimentares, em regra, punidos com reclusão.

Os denominados “crimes falimentares” estão previstos, hoje, nos arts. 168 a 178 da Lei n. 11.101/2005. Já o seu procedimento criminal, em confronto com o rito anterior, trará, em síntese, as seguintes novidades

a) A competência será a do local da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (art. 183 da Lei n. 11.101).

b) Todos os crimes são de ação penal pública incondicionada, admitindo-se, entretanto, a ação penal privada subsidiária da pública (art. 184), o que era dispensável dizer, ante os termos do art. 5º, inciso LIX, da CF.

c) Uma vez intimado o promotor da sentença que decreta a falência, e

⁵ A referida impropriedade da lei também foi vislumbrada por Antonio Magalhães Gomes Filho, obra citada, p. 12, e Cezar Roberto Bitencourt, obra citada, p. 226.

⁶ Obra citada, p. 227.

verificando ocorrência de crime falimentar, será oferecida a denúncia, no prazo do art. 46 do CPP, ou, se assim pedir o Ministério Público, a diligência de apresentação de exposição circunstanciada do administrador judicial, em 15 dias após tal apresentação. Poderá o promotor, ainda, determinar a abertura de inquérito policial, passando o prazo para a denúncia, obviamente, neste caso, a se contar da conclusão deste. Possível, ainda o arquivamento, como é intuitivo, se não demonstrada a probabilidade do crime ou faltar justa causa (arts. 186 a 188).

d) Recebida a denúncia ou a queixa subsidiária, segue-se, como visto, o rito do procedimento sumário, previsto nos arts. 531 a 540 do CPP, consoante o art. 185 da Nova Lei.

e) A prescrição se regerá na forma dos arts. 109 e segs. do CP, não havendo mais prazo prescricional próprio para os crimes falimentares, com a particularidade de que sua contagem começa a correr da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (art. 182), sendo que a posterior decretação de falência é causa interruptiva, nos casos da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (parágrafo único).

Como se vê, foi revogado o antigo inquérito judicial, em que o juiz “apurava” o crime falimentar, o que se amolda ao art. 129, I, da CF, sendo consentâneo com o sistema acusatório, pois não cabe ao juiz praticar atos de investigação.

De acordo com Luiz Flávio Gomes:

Não mais existe o inquérito judicial. O juiz, sempre que vislumbrar indícios de crime mandará cópia de tudo ao MP (art. 187, §2º, da Lei 11.101/05). O sistema acusatório vigente no nosso País desde 1988, como se vê, foi reforçado pela nova lei de falências. De acordo com as regras deste sistema, as funções de acusar, defender e julgar devem ser exercidas por pessoas distintas. É certo que ao juiz compete a tarefa de julgar, de dirimir conflitos e de preservar os direitos fundamentais. Não lhe cabe investigar crimes. Era uma anomalia muito estranha o juiz presidir a investigação

preliminar nos crimes falimentares.⁷

Cezar Roberto Bitencourt critica o fim do inquérito judicial:

Neste ponto, a nova lei comete outro pecado capital: ao contrário da lei revogada que consagrava o inquérito judicial, o novo diploma legal, em verdadeiro retrocesso, prevê a requisição de “inquérito policial, para uma atividade que a polícia brasileira nunca esteve, não está e nunca estará preparada e aparelhada para exercê-la.”⁸

Arthur Migliari Júnior defende que o inquérito judicial não foi sepultado de vez, em vista do §1º do art. 192 da nova lei.⁹ Porém, tratando-se de um parágrafo do art. 192, e o *caput* fazendo referência ao direito intertemporal, ou seja, que os procedimentos dos crimes praticados anteriormente à lei continuam seguindo a antiga lei, só se poderá falar nesta modalidade de inquérito, e isso com muita “boa vontade”, em vista de sua incompatibilidade com a Constituição, nos procedimentos já em curso quando da entrada em vigor da lei. Mas, após sua vigência, este foi completamente abolido, não se podendo mais se discutir a respeito.

Não há nenhuma razão de se defender o antigo sistema, que estava em descompasso com o sistema acusatório, sendo resquício do caráter misto do Código de Processo Penal de 1941. Não há que se cogitar se a polícia estaria ou não aparelhada para tais investigações, uma vez que, como visto, o antigo inquérito judicial afrontava a Constituição. A questão do aparelhamento técnico policial é questão prática e deverá se resolver com o tempo, com a devida especialização investigativa da polícia.

Reger-se-á a investigação policial na forma do CPP (art. 4º e segs.), não havendo que se falar em exercício de contraditório e de ampla defesa, como defende Cezar Roberto Bitencourt¹⁰, já que o inquérito é procedimento inquisitorial, sendo incompatível com aqueles princípios constitucionais,

7 GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei e Falências e suas repercussões criminais*. in *Síntese, Doutrinas e Comentários*. Porto Alegre, Março de 2005, p. 7/8.

8 Obra citada, p. 215.

9 Cf. MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. Os Crimes Falimentares no Direito Intertemporal, in *Revista da EMERJ*, vol. 8, n. 31, RJ-TJ, 2005, p. 325.

10 Obra citada, p. 217.

que se aplicam somente ao processo.

Agora, portanto, a investigação, quando necessária, será feita mediante inquérito policial, investigação própria do Ministério Público ou, mesmo, de inquérito civil, presidido pelo *parquet*, hipótese última esta defendida pelo autor supracitado, em face do art. 22, III, “e”, da Lei 7.437/85.¹¹

Ainda, consoante Luiz Flávio Gomes,

[...] tendo sido abolido, pela nova lei de falências (Lei 11.101/05), o inquérito judicial, que incumbia ao juiz da falência a investigação do crime falimentar, não há dúvida de que, nessa fase preliminar, ganhou proeminência o Ministério Público. Logo que intimado da sentença de falência ou que concede a recuperação judicial, cabe-lhe a promoção da ação penal respectiva (caso algum delito a ser punido) ou a requisição da abertura de inquérito policial [...]¹²

Aliás, como bem observa Cezar Roberto Bitencourt, não mais tem o síndico da falência a prerrogativa de requisitar a investigação¹³, pois “agora, pelo novo texto legal, somente o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime falimentar, se “entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial”(art.187). Ninguém mais detém essa prerrogativa, ao contrário do que ocorria no texto revogado”.¹⁴

Neste ponto, observamos, o legislador também se ajusta ao sistema acusatório e à nova Constituição ao não contemplar a possibilidade de o juiz requisitar o inquérito policial, conforme, indevidamente, se fazia no art. 13, II, do CPP, prerrogativa que a melhor doutrina vem considerando, neste aspecto, inconstitucional.¹⁵

Outrossim, segundo entendemos, não há mais que se cogitar da

11 Autor e obra citados, p. 325.

12 Obra citada, p. 8.

13 Antigo art. 103,§1º do Dec.-lei 7.661/45.

14 Obra citada, p. 214.

15 Cf. nossos Curso de Processo Penal, vol. I, Rio de Janeiro :*Lumen Juris* e Ministério Público e Persecução Criminal, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*.

atribuição do curador de falência para os processos criminais dos crimes falimentares, conforme dispunha o art. 504 do CPP, pois, agora, dando-se o advento da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial, deve se dar o envio de peças ao promotor da vara criminal, preservando-se, assim, o princípio do promotor natural, ante a revogação expressa do art. 504 do CPP.

Não impressiona o fato de o art. 187 da Lei estabelecer que “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 [...]**”

Evidente que o curador de massa falida será intimado da sentença para ciência e eventual recurso, mas não se pode afirmar que este deve ser “intimado para imediatamente propor a ação penal”, tirando-se daí a conclusão de que será aquele membro do *parquet* que terá a atribuição criminal, a uma, porque o art. 504 que deferia ao mesmo tal atribuição foi revogado e, a duas, porque não cabe ao juiz “intimar” o promotor para que exerça tal função, pois a *opinio* é exclusiva do Ministério Público.

Aliás, a Lei, impropriamente, utiliza a expressão “imediatamente” para que o Ministério Público tome as providências de denunciar ou requisitar inquérito policial, mas, obviamente, o *parquet* deverá fazê-lo no prazo previsto no CPP, ou seja: 5 dias para suspeito preso¹⁶ e 15 dias para suspeito solto. Tal foi observado e criticado por Cezar Roberto Bitencourt:

A expressão “imediatamente” impondo ao Ministério Público a obrigação de denunciar, havendo crimes, é absolutamente imprópria, inadequada e revela o elevado grau de desconhecimento dos princípios mais comezinhos de processo penal, particularmente da teoria prazal adotada pelos diplomas processuais brasileiros.¹⁷

De se notar, ainda, que, evidentemente, apesar de a Lei só prever

16 Obviamente que, em se tratando de preso em flagrante ou preventivamente, caso o promotor entenda necessárias outras diligências ou requisição de inquérito, deverá este procedimento terminar em 10 dias, na forma do art. 10 do CPP.

17 Obra. citada, p. 219.

a propositura da ação penal e a requisição de inquérito policial por parte do Ministério Público (art. 187), este poderá, ainda, requisitar diligências ou fazer investigações próprias, na forma das Leis Orgânicas da Instituição e da Constituição Federal. Assim, ao apreciar a sentença que decreta a falência ou recuperação do devedor, poderá o membro do *parquet* com atribuição, ao formar *opinio*, denunciar, requisitar diligências, solicitar a instauração de inquérito, providenciar diligências investigatórias próprias e, se for o caso, arquivar as peças de informação ou investigativas.

A melhor interpretação do dispositivo, assim, será que o juiz da Vara Empresarial intimará o curador de falências para ciência da sentença e, **concomitantemente**, entendendo configurar em tese crime falimentar, na forma do art. 40 do CPP, deverá encaminhar peças ao promotor criminal. E mesmo que assim não proceda, nada impede que o promotor da Vara Empresarial, vislumbrando prática de crime, encaminhe cópias ao promotor com atribuição.¹⁸

Alguns estados, como São Paulo, em sua organização judiciária, estabeleciam a competência para o processo criminal do próprio juiz da Vara Empresarial. Neste caso, a atribuição seria do curador de massas falidas. Porém, em que pese a defesa deste sistema por Migliari Júnior¹⁹, entendemos que, em face da nova lei, a competência deve ser da Vara Criminal, sistema já adotado no Rio de Janeiro e na maioria dos estados, sendo que, agora, a atribuição para o inquérito e processo será do promotor criminal.

Esta também parece ser a opinião de Cezar Roberto Bitencourt:

Silencia o novo estatuto legal, por outro lado, quanto ao Ministério Público que oficiará na ação penal: será o mesmo do procedimento falimentar ou, a exemplo do juiz criminal, deverá ser um agente que atue na área criminal? ...A solução natural, contudo, será conferir essa atribuição ao Ministério Público que atua junto ao juiz criminal a quem couber conhecer e processar a ação penal, como normalmente ocorre

¹⁸ No Rio de Janeiro, o promotor da Central de Inquéritos, com atribuição criminal.

¹⁹ Obra. citada, p. 331.

em todos os processos desta seara.²⁰

Mas, ao contrário do notável penalista, não achamos necessária previsão neste sentido na Lei de Organização Judiciária, como defende o autor²¹, pois houve total revogação do procedimento especial dos crimes falimentares (arts. 503 e segs. do CPP. E, assim, foi revogado o art. 504 do CPP, que previa a atuação do curador de massas falidas no processo criminal. Ora, havendo a revogação, aplica-se a regra geral: nos processos criminais, a atribuição para funcionar será do promotor de justiça criminal.

Por fim, espancou-se qualquer dúvida quanto à natureza da sentença que decreta a falência no juízo empresarial, pois dispõe o art. 180 que “a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a homologação do plano de recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei **é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei**”.

Consoante Migliari Júnior:

Sem a sentença declaratória de falência ou da concessão da recuperação, em qualquer de suas modalidades, todos os fatos *antefalenciais*, em regra, que a lei enumera como crimes falenciais são indiferentes penalmente, posto que é a sentença declaratória o marco divisório da existência ou não de crimes falimentares. É, pois, a sentença declaratória o elemento integrante da injuridicidade, passando a ser fato integrativo do crime. Desta forma é elemento constitutivo e específico desse delito, inteiramente peculiar ao mesmo.²²

Assim, se antes havia discussão a respeito na doutrina, com alguns doutrinadores defendendo tratar-se a sentença declaratória de falência de condição objetiva de punibilidade e outros de procedibilidade, agora o legislador assumiu posição²³ estabelecendo que as decisões que decretam a

20 Obra citada, p. 209.

21 Obra citada, p. 209.

22 Obra. citada., p. 317.

23 Para Cezar Roberto Bitencourt, o “Senado Federal invadiu o campo da ciência, indo além de sua função legislativa, para definir a natureza jurídica de um instituto processual, que poderia ser melhor trabalhado pela doutrina e jurisprudência” (ob, citada, p. 212/213).

falência, concedem a recuperação judicial ou concedem a homologação do plano de recuperação extrajudicial são, efetivamente, **condições objetivas de punibilidade**.

Ainda, segundo o magistério de Luiz Flávio Gomes,

[...] por força do art. 180 da nova lei de falências, a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial mudou sua natureza jurídica: agora é condição objetiva de punibilidade. Sem ela o fato não é punível. Condição objetiva de punibilidade é uma condição criada pelo legislador, por razões de política criminal, que está coligada não com o merecimento da pena, e sim com sua necessidade. Ela não interfere no injusto penal (fato materialmente típico+antijuridicidade), nem na culpabilidade do agente. Integra, isso sim, o fato punível (a punibilidade abstrata)...antes da sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial, não há sequer fato punível. Pode já estar configurado um injusto penal (fato materialmente típico+antijuridicidade. Pode o agente se culpável (se podia agir de modo diverso e não agiu) Mas não existe fato ameaçado com pena [...] ²⁴

Mas, na verdade, o efeito prático, na área processual penal, muito se aproxima de uma verdadeira condição de objetiva de procedibilidade, como reconhece Francisco de Assis Toledo²⁵ e, também, é observado por Cezar Roberto Bitencourt, em face da nova lei:

[...] **com boa dose de razão**, como dizia Assis Toledo, pode-se admitir a natureza mista da sentença declaratória de falência ou de recuperação de empresa, isto é, se pode considerá-la como condição objetiva de punibilidade, como determina o texto legal, e, ao mesmo tempo, condição objetiva de procedibilidade, em razão dos efeitos práticos que produz.²⁶

Assim, tal significa dizer que só poderá ser oferecida a denúncia após

²⁴ Obra. citada, p. 8.

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, p. 157.

²⁶ Obra citada, p. 213.

o advento da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial. Caso seja oferecida antes, deverá se dar sua rejeição (art. 43, III, do CPP).

Dúvida poderá existir: se acaso interposto recurso das referidas decisões, o *parquet* deveria aguardar o seu deslinde para a propositura da ação ou oferecer desde já a denúncia? Certo é que, se iniciado o processo, antes da apreciação do recurso, a posterior procedência do mesmo, trancará ou anulará a ação penal.

A questão passa pela indagação se o prazo prescricional começa fluir a partir do **trânsito em julgado** da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial, da homologação do plano de recuperação extrajudicial ou da prolação de tais decisões, independentemente de ocorrência do trânsito em julgado.

Quer nos parecer que a redação do art. 182 da Lei, ao se referir ao **dia da decretação de falência**, estabelece que a prescrição começa a correr da prolação da sentença, com sua publicação (da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial). Assim, deve o promotor oferecer desde já a denúncia e, ocorrendo posterior procedência do recurso, dar-se-ia a anulação da ação, com seu trancamento, por falta da condição objetiva de punibilidade.

Assumindo o legislador que a hipótese é de **condição objetiva de punibilidade**, o prazo inicial da prescrição só começa a correr a partir do seu implemento, ou seja, da prolação e publicação da sentença de decretação de falência ou daquelas outras providências, devendo, a partir daí, ser oferecida a denúncia, dando-se interrupção do lapso prescricional, na forma do art. 117, I, do CP, com seu recebimento pelo juiz. Havendo recurso, e sendo este provido, tranca-se a ação penal, por falta da condição objetiva de punibilidade, ou seja: a sentença de declaração de falência ou referentes àqueles outros atos.

Tal nos parece insofismável, na medida em que a condição objetiva de punibilidade foi adotada, de maneira expressa, pelo legislador, não só no art. 180 da Lei, quando trata da prescrição, como se vê do art. 182 da Lei de Falências, *verbis*: “182 - A prescrição dos crimes previstos nesta Lei

reger-se-á pelas disposições do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de - Código Penal, *começando a correr* do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.”

Assim, enquanto não implementadas tais condições objetivas de punibilidade (decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial), a prescrição não começará a fluir, mas somente depois de implementadas já se autoriza o início da ação penal.

Em relação à prescrição, deve se ater que, em relação à nova forma de contagem do lapso prescricional, agora mais longa do que na antiga lei, pois passa a ser regida pelo Código Penal, tal norma (a do art. 182 da nova lei) é irretroativa, sendo que os delitos falimentares ocorridos antes de 9 de junho de 2005 são regidos, no que diz respeito à prescrição, pela antiga lei, que estabelecia o prazo único de dois anos, pois se trata aqui de norma de natureza penal, e não processual penal, vigorando a regra da irretroatividade da *lex gravior*.