SINOPSE DO CASE: CRIME FALIMENTAR EM FACE DE SIMULAÇÃO DE AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL¹

*Erica Alencar dos Santos²*

*José Humberto G. de Oliveira³*

1. DESCRIÇÃO DO CASO

Os sujeitos envolvidos no presente caso em estudo são a empresa ENE & ENERGÚMENOS EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA (Pessoa Jurídica) que simulou junto ao RNEM (Registro Nacional de Empresas Mercantis) o aumento do seu capital social e com despesas extraordinárias correspondentes, dívidas ativas e passivas, bem como perdas, com a finalidade de se beneficiar de uma linha de créditos especial que foi oferecida com base no capital social da empresa, o qual passou de R$ 66.666,00 para R$ 666.666,00, com integralização de quotas. Constatou-se que após 60 dias, houve um aumento considerável no valor dos bens imóveis e dos equipamentos da empresa mencionada. E ademais, após tal simulação do aumento do seu capital, teve decretada sua falência.

E, portanto, por ocasião da simulação do aumento do capital social da empresa, os credores alegaram a prática irregular do expedito, afirmando configurar a prática de crime falimentar em face da Pessoa Jurídica e de AKI BATISTAKA, ALI BATITAMBORE e AKOLAH BATIKARTERA, sócios da empresa. É válido destacar, que o caso hipotético trata de crime falimentar em espécie fraude a credores, atinente a discussão acerca das possíveis decisões quanto a viabilidade, ou não, da penalização da Pessoa Jurídica e dos sócios por crime falimentar.

2. DESCRIÇÃO DAS DECISÕES POSSÍVEIS E DOS ARGUMENTOS CAPAZES DE FUNDAMENTAR CADA DECISÃO:

1. Condenar os sócios e a pessoa jurídica da empresa pelo crime de fraude aos credores;

 O relevante valor ao tema em questão traz conceitos e novos rumos para o Direito Empresarial e Direito Penal Econômico, como também maior discussão e compreensão na área criminal. A nova Lei de Falências de nº 11.101/2005, veio para substituir o Decreto-Lei nº 7.661/45, com a finalidade criar meios para a recuperação do empresário insolvente, sendo individual ou sociedade empresária, preservando a empresa e propiciando os pagamentos dos credores e de todas as dívidas, subsidiar as obrigações dos empresários e sociedade empresária diante da própria falência e ainda regular a recuperação judicial ou extrajudicial, abolindo do nosso ordenamento jurídico o instituto da concordata e ainda o inquérito judicial que era instaurado pelo juiz para o processo de falências e concordata, objetivando apurar a ocorrência de crimes falimentares.

Criando-se o instituto da falência, atualmente, é conceituada com uma execução especial, uma situação legal derivada de decisão judicial (sentença declaratória da falência), devendo ressaltar a insolvência e a impontualidade e que para caracterização de um crime falimentar, é necessário verificar a existência de pressupostos, como sentença declaratória da falência e a ocorrência de atos dolosos ou culposos expressamente enumerados na lei, em seus artigos 168 e seguintes (PERIN JUNIOR, pg.362, 2006) e ao qual deve ser dado aos credores tratamento isonômico.

 Esse estado traz como principais efeitos: “o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros” (Art. 77, LFRE, 2013) e a reunião de todos os credores em um mesmo processo.

Trouxe, ainda, como inovação, a lei de falência, a disposição acerca dos chamados “Crimes Falimentares”, uma vez que o código penal reservou à legislação especial a definição dos crimes falimentares, bem como a definição das penas. Segundo Ecio Perin Jr (p.362, 2006), para a caracterização de um crime falimentar, deve-se levar em conta a existência de dois pressupostos: a sentença declaratória de falência e a ocorrência de atos/fatos dolosos ou culposos, os quais se encontram enumerados na lei.

Como dispõe o art. 168, ao simular o aumento de capital social, a empresa incorrera no tipo penal estabelecido pela Lei de Falência e Recuperação de Empresas de crime de fraude aos credores, com a sua pena aumentada em virtude da prática do inciso IV. Ao crime de simulação do capital social, a lei falimentar admite a pena de reclusão – pena mais grave, pois, “além de impor ao individuo um período de isolamento, só excepcionalmente admite o livramento condicional.” (ALMEIDA, 2012, p.385).

De acordo com o art. 179 da lei n. 11.101/05, na falência de sociedades, os sócios, como representantes legais da sociedade empresaria falida, é que respondem pelo crime, figurando como sujeitos ativos também os diretores, gerentes, administradores e conselheiros, assim como todos os sujeitos elencados pelo §3º do art. 168, a saber: os técnicos contábeis, os contadores, auditores e quaisquer outros profissionais.

Leva-se em consideração, porém, também a possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica. É certo que, em tese, como afirma Ecio Perin (2006, p.381), a pessoa jurídica não pode ser penalmente responsabilizada. Ocorre que os agrupamentos econômicos (empresas) criam um ambiente propício e facilitador para que os autores físicos cometam delitos em beneficio da própria empresa. Por essa razão, surge na doutrina a ideia de não responsabilizar e sancionar somente tais entes físicos, mas, sobretudo, a própria empresa.

A polêmica tem conteúdo, forma e finalidade. Se por um lado, resta evidente a necessidade de aplicar sanções aos abusos cometidos pelas sociedades por ações e demais tipos societários, por outro lado, há que se indagar se estas sanções devem ser de natureza penal uma vez que seus comportamentos podem levar a ruína da empresa, e via de consequência, a sua falência. (PERIN JR, 2006, p.383).

Contudo, é necessário levar-se em consideração a flexibilização da possibilidade de imputar-se à pessoa jurídica responsabilidade penal, a qual, concomitante à evolução do direito, possibilitará a criação de sanções a entes coletivos, desempenhando relevante finalidade, qual seja, segundo Ludvig, impedir que “seja usada a pessoa jurídica para manipulações ou outros atos enganosos, o instituto é utilizado para coibir tais fraudes.”. (2010, p.12). É possível, portanto, a responsabilização da pessoa jurídica, mas essa hipótese, ainda, não tem regulamentação legal.

Em sendo assim, pelas obrigações da pessoa jurídica responde, em regra, apenas o patrimônio. É, em geral, incabível a responsabilização do membro da pessoa jurídica por obrigação que não é dele, mas dela. O credor do ente moral (sociedade civil ou comercial, associação ou fundação) não pode, em princípio, pretender a satisfação de seu crédito no patrimônio individual de membro da entidade, mesmo em se tratando da pessoa que a representa no negócio ou na ação judicial, já que são sujeitos de direito distintos. (COELHO *apud* LUDVIG, 2012, p.5).

Dessa forma, pelos argumentos apresentados, percebe-se que tanto os sócios quanto a própria pessoa jurídica da empresa Ene & Energúmenos Empreendimentos Hoteleiros LTDA poderão ser responsabilizados e deverão responder pelo crime de fraude aos credores, com aumento de pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), uma vez que o agente simulou a composição do capital social.

1. Condenar somente os sócios da empresa pelo crime de fraude aos credores.

No que tange os crimes falimentares, o sujeito ativo, como regra, são os sócios, que figuram como os representantes da empresa. Por se tratar, a Ene & Energúmenos, de uma sociedade limitada, e não fazendo a legislação distinção quanto ao seu devido tratamento, deve-se levar em consideração a lei n. 11.101/05. Assim, como leciona Fazzio Júnior (2012, p.35), ainda que decretada a falência, os sócios da sociedade limitada tem obrigação solidária de integralizar o capital, não existindo unicidade entre capital social e pessoal. Por isso,

Pode ocorrer a responsabilização pessoal dos administradores da sociedade anônima ou limitada, em virtude de atuação irregular. Desta são amostras significativas o abuso de mandato, o descumprimento da lei, e a infração aos estatutos e ao contrato social. Desaparece a autonomia patrimonial de sua condição social para oportunizar lhes a responsabilização decorrente daquela atuação. (FAZZIO JR, 2012, p.46).

Na mesma direção posiciona-se, Amador Paes de Almeida (2012, p.386) ao afirmar que na eventualidade de o falido ser sociedade empresária a responsabilidade por crimes falimentares deve ser atribuída às pessoas físicas dos respectivos administradores ou diretores (sócios), como afirma o art. 179 da LFRE.

Os principais efeitos da condenação do agente ao cumprimento da pena de reclusão de 3 a 6 anos, e multa, aumentada de 1/6 a 1/3, em virtude do cometimento do aumento de pena do n. IV, do art. 168, são o impedimento para os pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial, bem como a inabilitação para o exercício de atividade empresarial por até 5 anos após a reabilitação penal ou a extinção da punibilidade, como dispõem os arts. 93, 94 e 95, do Código Penal Brasileiro.

Não há que se falar, ressalta-se, na responsabilização penal da pessoa jurídica da empresa Ene & Energúmenos Empreendimentos Hoteleiros LTDA, uma vez que não condiz com a sua natureza tal responsabilização, excetuando-se os casos de crimes ambientais. Em decorrência da pena cominada para o crime falimentar em questão (reclusão), é impossível a condenação da Pessoa Jurídica, a qual deve ser representada pelos agentes físicos da empresa – estes, como supracitado, responderão pelos atos ilícitos.

A pessoa jurídica, desvinculada da pessoa física de seus sócios, foi criada para facilitar um negócio a se começar, uma vez que a associação com outras pessoas, estabelecendo uma sociedade, se mostrava um interessante meio, pois fornecia recursos e forças para se criar uma empresa. (LUDVIG, 2010, p.2).

Diz Ecio Perin (2006, p.381-382) que, quando se tratar de falência de sociedade empresarial, a pessoa jurídica não poderá ser responsabilizada. Por isso, o art. 179 da LFRE prevê a equiparação ao falido do representante legal da sociedade. Ao buscar a viabilidade da responsabilização penal da PJ nos casos de crime falimentar, conclui-se que é totalmente inviável essa possibilidade, principalmente em confronto com os princípios gerais de imputação. Dessa forma, não se pode pensar na responsabilização da pessoa jurídica, levando-se em conta, ainda, o fato de não existir previsão legal para tanto.

1. Condenar os sócios e os equiparados do §3º, art. 168, da empresa pelo crime de fraude aos credores.

Dado ao exposto, é possível concluir que a responsabilização penal dos sócios da empresa Ene & Energúmenos Empreendimentos Hoteleiros LTDA é plenamente viável e possível, não restando dúvidas quanto ao seu cabimento legal e fático. Ocorre que, há que se afirmar a possibilidade também de, juntamente aos sócios – como representantes legais da sociedade empresária -, se responsabilizar terceiros, quais sejam os contadores, técnicos contábeis, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, concorreram para a simulação da composição do capital social da empresa.

Afirma Tomazette (2012, p.547) que o crime de fraude aos credores (art. 168) pressupõe um concurso necessário de pessoas, de modo que “incorrem nas mesmas penas quaisquer colaboradores do empresário ou da sociedade empresaria que pratiquem condutas previstas para este tipo penal.”. Assim, como disserta o §3º do referido artigo, pelo fato de terem contribuído para a conduta, em razão de seus cargos, devem também os citados responder pelo crime falimentar.

Do mesmo modo, como explica Ecio Perin (2006, p.365), o devedor é o sujeito ativo dos crimes falimentares. A responsabilidade penal, porém, não está limitada ao empresário, podendo se estender à terceiros – empresários ou não -, citando-se como exemplo aquele que pratica fraude contra os credores, a quem se aplica as regras da coautoria

* 1. DESCRIÇÃO DOS CRITÉRIOS E VALORES (EXPLÍCITOS E/OU IMPLÍCITOS) CONTIDOS EM CADA DECISÃO POSSÍVEL:
1. Princípio da unicidade dos crimes falimentares:

 É mister destacar que a doutrina não nega a possibilidade de concurso entre crime comum e crime falimentar, porém ao que é atinente ao concurso entre crimes falimentares, o entendimento majoritário é essencialmente diverso à aplicação das regras do concurso. O ministro Jorge Scartezzini, em julgado, da quinta turma do STJ, em 28/8/2001, ensina que o fato criminoso que se pune em última análise, é a violação dos direitos dos credores pela superveniente insolvência do comerciante. E ainda em concordância com o Decreto-lei nº 7.661/1945 que enaltece o princípio da unicidade dos crimes falimentares, que embora sejam inúmeras as condutas delituosas cometidas, o agente só poderá ser punido com uma das penas, qual seja, a mais gravosa, a considerar que seria única a lesão jurídica (TOMAZETTE, pg.556, 2011).

 Todavia, com a nova legislação, há quem entenda que é possível o concurso de crimes antefalimentares e pós-falimentares, justificando que não haveria o mesmo objeto nesses crimes (NEGRÃO, pg.571, 2007). Em contrapartida, mantém-se em concordância com o principio da unicidade dos crimes falimentares, o Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que deve se entender como praticado apenas um tipo penal com aplicação ao agente somente da pena mais grave, diante de um caso de concurso de inúmeras condutas direcionadas ao cometimento de fraudes geradoras de prejuízos aos credores da empresa submetida ao processo de falência, e complementa que o principio da unicidade é ficção criada pela doutrina. Todavia, inúmeros doutrinadores, dentre os quais, Marlon Tomazzete, afirmam não haver espaço para o princípio da unicidade, e que nada impediria pela literalidade do dispositivo da lei, a aplicação das regras sobre concurso de crimes, justificando não considerar mais a ideia da falência como crime, e que haveria sanção de crimes para recuperação de empresas, complementa que não há mais prazo prescricional unificado e por fim alegam que o agente que cometeu tais crimes, não deve ser punido apenas por uma delas e sim por todas as suas condutas ( TOMAZETTE, pg.557, 2011).

1. Principio da legalidade e da impossibilidade de penalizar Pessoa Jurídica

 O disposto 179, da Lei de nº 11.101/2005, lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, assevera taxativamente a não responsabilização, ou seja, a impossibilidade de penalizar a Pessoa Jurídica pela falência da sociedade empresária, e sim de responsabilizar os seus sócios, diretores, gerentes, administradores, conselheiros, bem como o administrador judicial, ao equipararem-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais concernentes da Lei, na medida de sua culpabilidade. *Artigo. 179: “Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade”.*

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Recuperação de Empresas. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de Falência e recuperação de empresas. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LUDVIG, Gabriel Teixeira. Desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução na pessoa dos sócios. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\_2/gabriel\_ludvig.pdf >. Acesso em: 08 de setembro de 2013.

MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: falência e recuperação de empresas. Vol. 4. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa.2 ed. Vol.3, São Paulo: Saraiva, 2007.

PERIN JR, Ecio. Curso de direito falimentar e recuperação de empresas. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

RAMOS, André L. Santa Cruz. Direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direi**to Empresarial**.São Paulo, Atlas, 2011.