

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO EMPRESARIAL

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

HELENA BEATRIZ DE MOURA BELLE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Frederico de Andrade Gabrich; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr; Helena Beatriz de Moura Belle. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-708-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Realizou-se em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018, o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, com o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito. Com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento revela o amadurecimento acadêmico e a aproximação da teoria à realidade social, assim, contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados especificamente ao Grupo de Trabalho de Direito Empresarial durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ultrapassam o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o

desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas, atinge, sobretudo, o fortalecimento dos estudos voltados para a estruturação de objetivos empresariais, sejam eles pelo viés da prevenção e consultoria na

gestão de risco empresarial, seja pela via judicial e/ou meios alternativos de solução de conflitos.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Direito Empresarial, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como: O acordo de leniência previsto na lei anticorrupção brasileira como eficiente instrumento jurídico para combater práticas corruptivas que ocorrem entre empresas e a administração pública; As cláusulas de não competição nos contratos empresariais de longa duração; Direito de recesso nas sociedades limitadas quando ocorre alteração contratual com inclusão de cláusula arbitral; A importância da correta aferição dos elementos constitutivos da ação revocatória para os credores e para a massa falida; a instrumentalidade da empresa individual de responsabilidade limitada (eireli); Fundos de investimento em participações e o aporte de recursos em

sociedades limitadas; apontamentos sobre o art. 1.047 do código civil. A cláusula de não restabelecimento; O Compliance empresarial e a ética empresarial - uma análise à luz da obra de Newton de Lucca; A evolução do cooperativismo e as

tendências de correção público-privada nas sociedades cooperativas brasileiras; Investimentos em startups: quotas preferenciais em sociedades limitadas?; Deveres e responsabilização dos administradores de instituições financeiras; A legitimidade ativa do credor com garantia real no processo de falência gestão; A distinção dos efeitos da simulação das sociedades empresárias e da desconsideração da personalidade jurídica; A importância do compromisso das empresas com o critério social da sustentabilidade: uma proposta de sustentabilidade empresarial; A (im)possibilidade da inclusão da ação de despejo não cumulada com cobrança no juízo universal da recuperação judicial; Notas sobre nome empresarial: histórico, conceito, natureza jurídica, regras de formação e proteção.

Diante da atualidade e relevância dos temas abordados, a preocupação acadêmica expressada nos trabalhos, bem como pertinência temática com a realidade, espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Empresarial no país, mas também para o fortalecimento ainda maior da base de dados disponível para o trabalho acadêmico de professores, alunos e pesquisadores do Direito.

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Profa. Dra. Helena Beatriz de Moura Belle - PUC/Goiás

Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich - UNIMEP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PAPEL DO ADMINISTRADOR JUDICIAL NA LEI 11.101/05 E OS CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO

THE DUTIES OF THE JUDICIAL ADMINISTRATOR UNDER THE 11.101/05 ACT AND THE COMMISSIVE CRIMES BY OMISSION

Henrique Costa de Seabra ¹

Resumo

O presente trabalho pretende analisar a aplicação dos crimes comissivos por omissão na Lei 11.101/05, mais especificamente em que medida esses se relacionam ao papel do administrador judicial nos procedimentos de Recuperação Judicial e de Falência. Sabe-se que a figura do administrador judicial é de fundamental importância nos referidos procedimentos, motivo pelo qual a sua omissão pode acarretar em graves prejuízos aos credores e em enriquecimento ilícito do devedor. Nesse sentido, procura-se apresentar as principais nuances das sanções penais nesse tipo de controvérsia, assim como apontando as principais previsões legislativas para coibir tais práticas.

Palavras-chave: Crimes comissivos por omissão, Omissão penalmente relevante, Administrador judicial, Recuperação judicial, Falência

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper intends to analyze the application of commissive crimes by omission 11.101/05 Act, more specifically to what extent they relate to the role of the judicial administrator in the procedures of Restructuring and Bankruptcy. It is known that the figure of the administrator is of fundamental importance in these procedures, because its omission can cause serious damages to the creditors and also illicit enrichment of the debtor. In this sense, it is sought to present the main criminal sanctions in this type of controversy, as well as pointing out the main legislative outlook to curb such practices.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Commissive crimes by omission, Criminal offence by omission, Administrator, Corporate restructuring, Bankruptcy

¹ Mestrando em Direito das Relações Econômicas e Sociais na Faculdade de Direito Milton Campos. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Analisar a aplicação dos crimes comissivos por omissão, previstos na Lei 11.101/05, à figura do administrador judicial frente ao seu dever de agir na Recuperação Judicial ou na Falência é de fundamental importância nos dias atuais.

Sabe-se que o número de empresas em processo falimentar ou recuperacional vem aumentando vertiginosamente nos últimos anos, quer pelas frequentes crises econômicas que assolam o país, quer pelas incertezas cada dia mais profundas da sociedade de riscos, cuja característica central – rápida evolução tecnológica – propicia a retirada de vários *players* do mercado.

Diante disso, juntamente com o aumento da insolvência empresarial, as fraudes cometidas pelos falidos, credores ou pelo administrador judicial também estão crescendo e o direito penal empresarial deve estar preparado para as ameaças que estão se modificando, evoluindo e se tornando mais complexas.

Ao assinar o termo de compromisso previsto no art. 33 da Lei 11.101/05, o administrador judicial se dispõe a “fielmente desempenhar o cargo e assumir todas as responsabilidades a ele inerentes”. Neste Artigo, serão tratados apenas os crimes cometidos pelo administrador judicial, especialmente a sua omissão frente ao seu dever de agir.

O art. 31 do mesmo diploma legal acima citado prevê, ainda, que caberá ao juiz a destituição do administrador judicial quando se verificar desobediência às obrigações previstas na Lei, mais especificamente o “descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros”, sendo completado pelo dispositivo seguinte, que determina a sua responsabilização pelos prejuízos causados à Massa Falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa.

Dessa forma, vê-se que a própria Lei de Falências e Recuperação Judicial é enfática quanto às consequências do descumprimento das responsabilidades do administrador judicial, como é possível se observar do art. 22 do referido diploma legal. Não bastasse isso, a lei reserva um capítulo próprio para as disposições penais, equiparando o administrador judicial ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta lei.

Ocorre que a Lei 11.101/2005 não é clara ao tratar dos crimes omissivos impróprios. Como relacionar o conceito de omissão penalmente relevante, nos termos do art. 13, §2º do Código Penal, ao dever de agir do administrador judicial na Lei 11.101/05? Quais e em que medida os comportamentos comissivos por omissão do administrador judicial ensejarão a aplicação do direito penal?

Assim, este artigo, empregando a vertente metodológica jurídico dogmática e o método dialético, busca responder às referidas perguntas ao relacionar o disposto no art. 13, §2º do Código Penal, os princípios norteadores da Falência e da Recuperação Judicial e as implicações da omissão no dever de agir do administrador judicial diante da ameaça ou da própria lesão ao bem jurídico ordem econômica.

2 A SOCIEDADE DE RISCOS E O SURGIMENTO DA TUTELA DA SUPRAINDIVIDUALIDADE

Com o surgimento do Estado Social, o governo passou a intervir na economia, abandonando todo o período marcado pelo liberalismo econômico. As mudanças se deram a partir do final da primeira guerra mundial, com os marcos históricos da Constituição Mexicana (1916) e a de Weimar (1919).

O início da regulamentação da ordem econômica culminou no surgimento do Direito Penal Econômico, de modo precário até então, mas que foi, cada vez mais, necessitando de proteção, considerando a entrada da humanidade em tempos nos quais os riscos não podem ser mais dimensionados.

O desenvolvimento do Direito Penal Econômico se intensificou com a Revolução Industrial, a globalização e o aparecimento do estado neoliberal, tendo que se adequar à intensa evolução tecnológica e ao surgimento de novos riscos endógenos, não mais mensuráveis.

Os avanços tecnológicos propiciaram grandes avanços à humanidade, no âmbito da saúde, ciência e tecnologia, de modo que é possível considerá-lo um dos períodos mais promissores da história humana. No Brasil, da mesma forma, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, trazendo consigo diversas garantias aos cidadãos, direitos de primeira, segunda e terceira gerações, esses últimos, carecendo de maior estudo.

Ocorre que novas formas de criminalidade emergiram, provenientes de uma sociedade mais complexa, globalizada, onde a própria fiscalização de atividades ilícitas não é tarefa fácil. O Direito não consegue acompanhar proporcionalmente a evolução dos riscos e da delinquência supraindividual.

Dito isso, as fraudes se manifestam das mais diversas formas, em um nível de complexidade que muitas vezes demoram anos até serem descobertas. A tecnologia impõe ao ser humano um novo modo de viver, de algumas maneiras melhor, de outras mais perigosa e

desconhecida. Nesse sentido, Luciano Lopes e Áira Miari (2013, p. 14) assim expõem sobre o tema:

“As novas tecnologias apresentam o lado perverso da modernidade. Riscos desconhecidos são identificados nas diversas e complexas relações interpessoais e no desenvolvimento de diversas áreas do saber humano. Pela primeira vez os riscos que ameaçam a existência humana são, também, endógenos (produzidos pela própria atuação humana). Eles sempre existiram, isto é fato. Todavia, na atualidade, são proporcionalmente maiores e isto influi na concepção de Direito Penal. O risco da pós-modernidade é verificado em termos coletivos. Pode-se assim identificar as fases dos riscos: na idade moderna, eles eram individuais; do fim do séc. XIX, até meio do séc. XX, os riscos coletivos eram mensuráveis; após, houve o surgimento de uma sociedade de riscos graves e imensuráveis.”

Beck (1998, p. 25), corroborando tal entendimento, resume bem a noção de risco, quando sustenta que “na modernidade avançada, a produção social de riqueza vai acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos” (tradução nossa)¹. Da mesma forma, assim dispõe Rafael Cúneo Libarona (2011, p. 8):

“As evoluções tecnológica, a desmedida progressão industrial, a celeridade e despersonalização das comunicações, os vertiginosos jogos de entretenimento (montanha russa, entre outros), o imponente tráfego aéreo, naviero e terrestre, as sofisticadas máquinas de construção, a prolífera elaboração de milhares de produtos de consumo e os automóveis que alcançam velocidades impensadas – por citar alguns exemplos - incrementaram notadamente o risco social que se nutre e manifesta pela imprudência humana.”² (tradução nossa)

Popularmente, essa nova criminalidade é conhecida como crimes de “Colarinho Branco”, uma vez que quem comete tais crimes são pessoas em condições financeiras avantajadas³. Ainda, os autores dos crimes são pessoas que, via de regra, não utilizam da violência para impor sua vontade, é uma criminalidade sutil, mas cujo dano é coletivo e dificilmente aferível.

¹ Segue o excerto retirado na íntegra: “*En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos*”

² Trecho original: “*Las evoluciones tecnológicas, la desmedida progresión industrial, la celeridad y la despersonalización de las comunicaciones, los vertiginosos juegos de entretenimientos (montañarusa, entre otros), el imponente tráfico aéreo, naviero y terrestre, las sofisticadas maquinarias de la construcción, la prolífera elaboración de millares de productos de consumo y los automóviles de alta gama que alcanzan velocidades impensadas – por citar algunos ejemplos al azar-, han incrementado notablemente el riesgo social que se nutre y manifiesta por la imprudencia humana.*”

³ A expressão crime de *colarinho branco* foi primeiro utilizada pelo sociólogo Edwin Sutherland. Seu estudo baseava-se na desigualdade entre ricos e pobres na justiça penal, alegando que havia um tratamento diferenciado, em que os pobres eram condenados e os ricos inocentados.

Dessa forma, com novos riscos, surgiram novos bens jurídicos que devem ser objetos de tutela, já que a proteção desses se mostrou ser de extrema importância para uma convivência adequada e digna entre os seres humanos.

Logo, passa-se a expor conceitos iniciais de bem jurídico, até serem especificados aqueles cuja análise serão objeto de discussão.

Aqui, será utilizado aquele posto por Luiz Regis Prado: bem jurídico é tido como um valor social, cuja proteção é fundamental para o convívio e desenvolvimento do homem em sociedade (PRADO, 1997, p. 52, *apud* LOPES; FRANCO, 2013, p. 8). Como forma de complementação do conceito exposto por Luiz Regis Prado, segue aquele dado por Roxin (1997, p. 56): “os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento dentro de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema” (tradução nossa)⁴.

É sabido que os bens jurídicos individuais abrangiam apenas aqueles de primeira geração, tais como o direito à vida, saúde e dignidade humana, considerados tradicionais no Direito Penal e sempre tutelados.

Diante da maior preocupação do Estado na economia e dos novos perigos manifestados com a sociedade pós-industrial, surgiram discussões acerca dos chamados direitos fundamentais difusos, coletivos, ou supraindividuais, os quais deveriam também obter medidas protetivas. Dentre eles, estão o meio ambiente, ordem econômica, sistema financeiro, e demais outros que afetam o sistema social.

No presente caso, ao tratar dos crimes envolvendo o administrador judicial na Recuperação Judicial e na Falência, além dos danos ao patrimônio individual da Recuperanda, ou da Massa Falida, no caso de Falência, como atividade empresária, existe um prejuízo aos credores em geral, haja vista o crédito habilitado por cada um deles no juízo universal.

Como os credores possuem relações econômicas e trabalhistas com outras diversas pessoas físicas ou jurídicas, certo é que a conduta ilícita irá afetar um número de pessoas indeterminado, o que, conseqüentemente, caracteriza-se como lesão à ordem econômica. Segundo Eros Roberto Grau (1998: p. 138),

“a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública

⁴ Texto original: “*los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”.

clássica (Geraldo Vidigal); opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, que do próprio Estado, que do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando aumento arbitrário dos lucros – mas sua posição corresponde ao do neo-liberalismo ou social-liberalismo, como a defesa da livre iniciativa (Miguel Reale); note-se que a ausência do vocábulo ‘controle’ no texto do art. 174 da Constituição assume relevância na sustentação dessa posição; a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neo-liberal (Washington Peluso Albino de Souza); a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor (Tércio Sampaio Ferraz Júnior); a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade dos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (José Afonso da Silva).”

A seguir, serão expostos os deveres do administrador judicial em cada um dos procedimentos, devendo ser associado aos princípios norteadores da Lei 11.101/05 para que atinja o seu fim, delimitando as obrigações do administrador judicial, assim como as consequências penais diante do descumprimento de suas responsabilidades.

3 O PAPEL DO ADMINISTRADOR JUDICIAL NA LEI 11.101/05 E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA FALÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O alto volume e complexidade de atos nos processos de Falência e Recuperação Judicial demandam esforços que inviabilizariam a sua prática pelo juiz de direito. Diante disso, com o objetivo de auxiliar o magistrado, a Lei 11.101/05 criou o posto de administrador judicial.

É importante observar que a sua nomeação fica a cargo do juiz, devendo nomeá-lo na sentença que decretar a falência do empresário ou da sociedade empresária, nos termos do artigo 99, IX, ou ainda na decisão que deferir o processamento da sua Recuperação Judicial, nos moldes do art. 52, I. No entanto, apesar da discricionariedade concedida ao magistrado, a lei estabelece que devem ser seguidos alguns critérios para a designação do administrador judicial, previstos no art. 21 da referida lei.

“Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada. Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.”

Dessa forma, o administrador judicial vem como um modo de dar celeridade ao procedimento, ficando responsável pela fiscalização e realização de atos e providências em relação aos ativos da Massa Falida, no caso de Falência e pela fiscalização dos sócios e da empresa no caso da Recuperação Judicial. Trata-se, portanto, de um *longa manus* do juiz, que não se relaciona absolutamente em nada com a figura do administrador societário.

É importante ressaltar que a utilização de pessoa jurídica especializada como administrador judicial vem sendo comumente preferida por juízes de todo o Brasil. Isso se deve ao fato do profissionalismo e especialização da equipe, usualmente formada por profissionais atuantes em ramos de consultoria e auditoria de empresas, se adequarem de forma a melhor atender às necessidades dos credores e da própria gestão da empresa Recuperanda ou da Massa Falida.

Diante disso, em casos de grande repercussão social e que envolvam grandes quantias patrimoniais, a indicação de pessoa jurídica especializada para essa função se mostra como saída ideal ao Poder Judiciário, considerando que os procedimentos previstos na LRF podem ser muito trabalhosos, no que tange o controle de credores para as Assembleias e consumação de todos os atos processuais pertinentes ao administrador judicial.

Nesse sentido, nos moldes dos artigos 47 e 75 da Lei 11.101/05, o administrador judicial é parte de um plexo responsável por cumprir os princípios norteadores da falência e recuperação judicial, quais sejam: preservação da empresa, a maximização do valor de seus ativos, cumprindo assim sua função social⁵. Eros Roberto Grau define com excelência a influência dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro:

“É que cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado direito) princípios. Daí a ênfase que imprimi à afirmação de que são normas jurídicas os princípios, elementos internos ao sistema; isto é, estão nele integrados e inseridos.” (GRAU, 2017, p. 160)

Com base no Relatório do Senado, de autoria do Senador Ramez Tebet, cujo projeto deu origem à referida Lei, é possível constatar o objetivo do legislador em cada um dos dois

⁵ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

desses princípios basilares⁶. O primeiro, referente à preservação da empresa, o legislador esclarece que “em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados “intangíveis”, como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.”

Além disso, quanto à maximização do valor dos ativos, “a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.”

Desse modo, verifica-se que a intenção do legislador foi preservar a atividade empresária – distinguindo os conceitos de empresário e empresa – para assim privilegiar a sua função social, haja vista a geração de empregos e riqueza econômica.

Ademais, para viabilizar a sua preservação e satisfazer o maior número de credores, o princípio da maximização do valor dos ativos é fundamental, porquanto ele permite uma maior celeridade para a arrecadação e venda de bens, inclusive em bloco, dando maior autonomia para o juiz e para o administrador judicial durante o procedimento.

Nesse sentido, com uma maior autonomia, surgem também maiores responsabilidades. Com o intuito de evitar conluíus e fraudes, a legislação falimentar, em seu art. 22, exige muitas obrigações do administrador judicial, dentre elas a fiscalização das atividades do devedor em Recuperação Judicial e o cumprimento do plano de Recuperação Judicial, o que justifica por si só a adoção do princípio do rigor na punição dos crimes relacionados à falência e à recuperação judicial

Como apresentado na introdução deste Artigo, a Lei 11.101/05 prevê não só a sua destituição e responsabilidade patrimonial em caso de desobediência⁷, mas também a sua equiparação ao devedor e ao falido para todas as disposições penais constantes na lei.

⁶ O Relatório do Senador Ramez Tebet, cujo projeto deu origem à Lei 11.101/05 pode ser consultado no seguinte sítio eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>.

⁷ Vide arts. 32 e 33 da Lei 11.101/05.

“Art. 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.”

Portanto, ao se ajustar e cumprir os princípios norteadores de uma Falência ou Recuperação Judicial, dando celeridade ao procedimento, é nítido o ônus a que o administrador judicial incorre, já que ao assinar o termo de compromisso, este assume todas as responsabilidades inerentes ao cargo, conforme art. 33.

No entanto, como bem asseverado por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2007, p. 185), devem ser aplicadas as punições com ponderação, já que “a atividade empresarial é essencialmente de risco já na vida normal da empresa, quanto mais quando se trata de um processo de recuperação judicial, cheio de maiores obstáculos.”

E complementa: “o exame da presença de dolo ou de culpa pelo Judiciário (...) deverá ser feito cum grano salis, sob pena de se praticar injustiças e de esvaziar o interesse pelo exercício da função de administrador judicial (...)”.

Não se trata aqui de sugerir um abrandamento da fiscalização, aferição ou punição dos conluíus e fraudes praticados pelo administrador judicial com ou sem a ajuda de sócios, credores ou terceiros e sim uma maior cautela no que tange o dia-a-dia do ocupante desta função, tendo em vista a punição que pode incorrer simplesmente pelo cargo que ocupa.

Esta concepção se tornará mais clara ao tratar dos crimes omissivos, principalmente os omissivos impróprios, porquanto existe uma presunção de que o autor poderia e deveria ter agido para evitar o ato lesivo. Desse modo, com essa premissa, passa-se à análise dos crimes omissivos, mais especificamente os omissivos impróprios.

4 OS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS NA LEI 11.101/05: LIMITES À SUA APLICAÇÃO

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2013, p. 484), o tipo omissivo tem um aspecto objetivo e um subjetivo. Logicamente, o aspecto objetivo é a situação típica prevista, além do fato de que a conduta omissiva deve ser fisicamente possível, ao passo que, o subjetivo é o *animus* do agente.

Diante disso, pela abrangência de possíveis situações práticas, a doutrina dividiu os crimes omissivos em próprios e impróprios. O primeiro, não exige que aquele que praticou a conduta criminosa seja alguém em especial. Pode ser qualquer pessoa. Por outro lado, o

segundo tipo, aqui estudado, exige que o agente seja detentor de alguma qualidade especial que o coloque em uma posição de garantidor.

Vale dizer que exemplos são comuns, tal qual a mãe que deveria alimentar seu filho criança e assim não o faz, mesmo com toda a condição física de fazê-lo. Nesse sentido, a lei também prevê que o dever de garante pode ser imposto por lei a determinadas pessoas ao se assumir determinados cargos.

Como o administrador judicial, ao assinar o termo de compromisso, assume todas as obrigações e deveres inerentes ao cargo, caso haja a ocorrência de algum tipo de crime no qual este poderia ter evitado o resultado se houvesse cumprido a sua atribuição, certo é que deverá ser aplicada a lei penal. Desse modo, é evidente que o administrador judicial assume a função de garante.

Existe uma forte divergência doutrinária acerca das posições de autor ou partícipe que o omitente assume ao deixar de agir nos crimes omissivos impróprios, como se vê do excerto a seguir:

“Há, aqui, três posições: uma clássica, segundo a qual o omitente é sempre partícipe em delito comissivo cometido por outrem, a opinião defendida pelos propositores da figura dos delitos de dever, segundo a qual o detentor do dever é sempre autor, e, por fim, uma postura que diferencia entre os deveres de proteção e os de vigilância, considerando haver autoria nos casos de violação dos primeiros e participação na violação dos segundos (que é o que aqui ocorre).” (GRECO; ASSIS, 2014, p. 116)

Entendemos que o garante não pode ser autor em delito comissivo cometido por outrem, nos casos da omissão imprópria. Nos termos das disposições do Código Penal, no qual é diferenciado o conceito de Autor e Partícipe, não é razoável atribuir a autoria de determinado delito a alguém que não realizou o núcleo do tipo, não possui o domínio do fato e nem mesmo participa funcionalmente da sua execução, pelo que a primeira posição se mostra a mais acertada.

Ainda, a lei é explícita ao tratar da questão dos crimes omissivos, dispondo que a omissão somente será penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, consoante art. 13, § 2º do Código Penal:

“Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(...)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

A doutrina majoritária corrobora com a posição prevista na legislação e atenta para a necessidade de se observar o requisito da possibilidade física do agente de evitar o dano, como se vê a seguir:

“[...] não basta que o agente ocupe uma posição e, portanto, possua o dever de evitar determinados resultados. É também necessário que ele tenha o poder de agir para evitar o resultado na situação concreta. Noutras palavras, o agente deve ter a possibilidade físico individual de realizar a ação esperada. Tal elemento compõe o próprio conceito de omissão.” (GRECO; ASSIS, 2014, p. 116)

A título de exemplificação, o sócio falido que oculte determinado bem do patrimônio da Massa Falida antes mesmo da decretação da quebra e o guarda em sua casa para posterior alienação. Certamente, se esse vier a ser encontrado, o administrador judicial não poderá ser punido, tendo em vista que não seria possível nenhum tipo de ação para evitar o resultado, de modo que o sócio falido responderia pelos crimes previstos no art. 173 e 174 da LRF⁸. Não são raros os casos em que há desvios e outras irregularidades em processos falimentares e recuperacionais, como assevera Arthur Migliari Júnior (2005, p. 447):

“A experiência nos mostrou que inúmeros bens das massas falidas, notadamente imóveis e veículos, eram utilizados por terceiras pessoas ou até mesmo pelos próprios falidos ou pessoas vinculadas aos administradores da massa, ou até mesmo por terceiros que viam os imóveis lacrados e resolviam, *motu proprio* passar a utilizar os bens, sem quaisquer contraprestações à Massa Falida, em prejuízo dos credores.”

Noutro giro, em um cenário onde, após a arrecadação dos bens pelo administrador judicial, o sócio falido utiliza um caminhão pertencente à Massa Falida em seu benefício, ilícitamente, desgastando um bem que será usado para a satisfação dos credores, e o

⁸ Art. 173. Apropriar-se, desviar ou ocultar bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à Massa Falida, inclusive por meio da aquisição por interposta pessoa: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Sobre o art. 173 da LRF, Guilherme Alfredo de Moraes Nostre (2007, p. 561 e 562) assim dispõe: “O tipo legal de crime em exame tipifica três condutas que, afetando a esfera patrimonial dos devedores ou a Massa Falida, vulnerabilizam os interesses envolvidos na falência e na recuperação das empresas: a apropriação, o desvio e a ocultação de bens do devedor. Na apropriação, o agente inverte a posse de bens pertencentes ao devedor ou integrantes da massa, agregando à sua esfera patrimonial aquilo que, na verdade, não lhe pertence. No desvio, havendo bens que deveriam ingressar ou permanecer do patrimônio do devedor ou na Massa Falida, atua o agente deslocando-os para sua esfera patrimonial ou para de terceiro. Na ocultação, o agente dissimula a existência dos bens para que não constem no processo falimentar ou na recuperação de empresas.”

administrador judicial, sabendo, se omite, este último concorreu com o sócio falido para o crime previsto no art. 174 da Lei de Falências⁹.

Isso se deve ao fato de que o administrador judicial não cumpriu as suas obrigações dispostas no art. 22, dentre elas praticar os atos de conservação dos bens arrecadados, diligenciar a venda dos bens deterioráveis, requerer todas as medidas de proteção da Massa Falida, além de não apresentar ao juízo relatório circunstanciado expondo as condutas ilícitas do falido após a decretação da falência.

No caso do administrador judicial que seja uma pessoa jurídica especializada, inicialmente, é preciso analisar a sistemática criminal de forma diferenciada, considerando o fato de que não é abrangida às pessoas jurídicas a responsabilidade penal no âmbito de crimes empresariais, com a única exceção no caso de crime ambiental¹⁰.

Entretanto, dirimindo as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, a LRF, acertadamente, dispõe em seu próprio artigo 21, parágrafo único, que a pessoa jurídica especializada e nomeada para se tornar a administradora judicial deverá nomear um profissional responsável pela condução do processo de falência ou recuperação judicial, ressaltando ainda que o escolhido deverá prestar as declarações previstas no art. 33, quais sejam, assinar o termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo, assim como de assumir todas as responsabilidades a ele inerentes¹¹. Nesse sentido, o nome oferecido não poderá ser substituído sem a autorização expressa do juiz.

Por todo o exposto, é preciso ponderar a extensão da aplicação da sanção penal, haja vista a Lei 11.101/05 prever em seu art. 31 a destituição do administrador judicial em caso de desobediência. Sabe-se que para que se dê a aplicação da lei penal é necessária uma ofensa a determinado bem jurídico, ou a sua tentativa, em alguns casos. Além disso, é necessário que a conduta esteja devidamente tipificada, porquanto *nullum crimen sine lege*.

Dessa forma, se o administrador judicial descumprir ou deixar de cumprir algum dever que lhe foi atribuído será possível pleitear a sua desobediência e, por conseguinte, a sua destituição. Ocorre que nem sempre a referida conduta será uma omissão penalmente

⁹ Art. 174. Adquirir, receber, usar, ilicitamente, bem que sabe pertencer à Massa Falida ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba ou use: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

¹⁰ Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.

¹¹ Art. 33. O administrador judicial e os membros do Comitê de Credores, logo que nomeados, serão intimados pessoalmente para, em 48 (quarenta e oito) horas, assinar, na sede do juízo, o termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo e assumir todas as responsabilidades a ele inerentes.

relevante, uma vez que pode não ter havido ofensa a bem jurídico ou nem mesmo tal conduta ser devidamente tipificada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, foram apresentadas as principais nuances dos crimes omissivos impróprios na Lei 11.101/05 e o papel do administrador judicial como garantidor das condutas que possam acarretar em danos ao patrimônio da Massa Falida ou da Recuperanda.

O tema é de fundamental importância nos dias atuais, tendo em vista o vertiginoso aumento das falências e recuperações judiciais no país. Apesar de algumas limitações, a lei vem mostrando que pode ser uma forte aliada dos empresários na recuperação de suas empresas, assim como na preservação da atividade empresarial, porquanto, como aqui já debatido, se trata de um de seus princípios norteadores.

Discorreu-se sobre os aspectos dos bens jurídicos supraindividuais, tendo sido concluído que, no caso de crimes contra a Recuperanda ou contra a Massa Falida, serão lesados, via de regra, a ordem econômica e o patrimônio coletivo, considerando que os credores e demais *stakeholders* são diretamente atingidos caso ocorra qualquer dano, provocando um efeito cadeia que poderá abalar até mesmo terceiros que possuem relações comerciais com os envolvidos.

Dessa forma, foram relacionados os mais importantes princípios norteadores da Lei 11.101/05 e o papel do administrador judicial como parte e agente responsável por dar efetividade prática ao cumprimento dos procedimentos.

Com isso, constatou-se que para que o procedimento seja célere, eficiente e cumpra seu propósito, a lei concedeu ao juiz e ao administrador judicial uma maior autonomia. Entretanto, para o segundo, foram atribuídas inúmeras responsabilidades, que devem ser observadas de forma cuidadosa, sob pena do exercício da administração judicial se tornar inviável.

Por último, foram analisadas as principais diferenças entre os crimes omissivos (próprios e impróprios) e a sua aplicação na LRF, sob o prisma do administrador judicial e seu dever de agir. Ainda, foi demonstrada as possíveis teorias no âmbito do concurso de pessoas do ponto de vista do omitente. Por sua vez, a omissão do dever de agir do administrador judicial deve ser examinada com cautela, porquanto uma análise prática do omitente no dever/possibilidade de agir para evitar o resultado abrange não só aspectos

objetivos, mas o seu *animus* subjetivo, haja vista a dificuldade em sua aferição, sendo muito similar à omissão culposa.

Entretanto, respondendo às questões colocadas inicialmente, o administrador judicial assume a função de garante nos termos do art. 13, § 2º, alínea *a*, já que possui por lei a obrigação de cuidado, proteção e vigilância. Ademais, como abordado, este só será responsabilizado criminalmente caso haja a ocorrência de uma lesão a bem jurídico (ocorrência do crime) vinculado ao patrimônio da Massa Falida ou da Recuperanda, e que, concomitantemente, tenha o poder de agir para evitar o resultado e, ainda assim, não o fez (omissão penalmente relevante).

Assim, é possível concluir que a dogmática penal possui um vasto caminho a percorrer, para uma melhor conceituação das peculiaridades dos crimes empresariais, de modo a se tornarem de uma aplicação prática mais adequada e compatível com a evolução que o Direito Penal Econômico vem sofrendo.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 23911. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Presidência da República. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. portuguesa, 1 ed. Brasileira. Coimbra; São Paulo: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2007. T. I.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato; sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LIBARONA, R. C. **Responsabilidad penal del empresario: por delitos imprudentes de sus dependientes**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2011.

LOPES; Luciano Santos. Direito penal tributário e direito tributário penal. **Jornal Estado de Minas**. Belo Horizonte. 2010.

LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José (Coord.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 83-109. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>>.

LOPES, Luciano Santos; MIARI, Áira Lages. **A produção da prova nos delitos contra a ordem econômica e a figura do juiz-investigador**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 135-156. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=197>>. Org: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes Saldanha; LEITE, Flávia.

LOPES, Luciano Santos; SEABRA, Henrique Costa de. A teoria do domínio do fato e os crimes empresariais: possibilidades e limitações da aplicação do concurso de pessoas neste contexto profissional. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte, ano 13, n. 03, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246363>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. Comentários a artigos. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NOSTRE, Guilherme Alfredo de Moraes. Comentários a artigos. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005** – Coord. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO. Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 10. ed. Salvador, BA: Editora JusPodium, 2014.

ROXIN, Claus. **Autoría y domínio del hecho em derecho penal**. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco.** Traducción direta del inglês por Laura Belloqui. Montevideo – Buenos Aires: B de f, 2009.

TEBET, Ramez. **Relatório do Senador Ramez Tebet sobre o projeto de lei que deu origem à Lei 11.101/05. 2005.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Comentários a artigos. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005** – Coord. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Vol. 1. Parte Geral. 10a ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.