

**O PROCEDIMENTO PENAL FALIMENTAR SOB O CRIVO
CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DO JUÍZO COMPETENTE PARA
RECEBIMENTO DA PEÇA INICIAL ACUSATÓRIA COM O ADVENTO DA
LEI Nº 11.101/2005**

Eduardo Teixeira de Araújo

Bacharel em Direito. Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas

RESUMO: Este trabalho apresenta uma investigação hermenêutica com o condão de melhor interpretação do enunciado do art. 183 da Lei Federal nº 11.101/2005, por vertente metodológica jurídico-dogmática, porquanto perscruta-se pelo procedimento penal falimentar quando do juízo competente para recebimento da peça inicial acusatória, por meio da aplicação e interpretação de regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais, da jurisprudência e estudos doutrinários. Envereda-se por raciocínio dialético, visto que se coligem diversos apontamentos teóricos e orientações jurisprudenciais – quiçá, diametralmente opostos – e, por meio desse amalgamado tem-se o fito de produzir ilação estribada no crivo constitucional. O trabalho apresenta-se em caráter interdisciplinar, pois perfilha-se a sapiência constitucional, processual, penal e falimentar. Calcando-se em estudo teórico, analisam-se as interpretações dos cultores do saber jurídico, em âmbito doutrinário e jurisprudencial. Ainda, observa-se que se resta aberta nas academias e tribunais a plausibilidade de concurso de crimes falimentares com outros delitos, conexão e separação de processos, em especial no que toca os crimes federais. Sem se descurar dos princípios instrumentais da interpretação da Constituição, tem-se como corolário das garantias processuais a competência do juízo penal para recebimento da peça inicial acusatória. Mormente, norteando-se pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade, desconstrói-se o mito do julgador onisciente em perseguição a verdade real no julgamento dos crimes falimentares.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes falimentares. Juízo competente. Garantias processuais.

ABSTRACT: This essay shows a hermeneutic approach to better understanding the rule established in the article 183 from the federal law nº 11.101/2005, by legal-dogmatic methodology, inasmuch as research through the bankruptcy crime process aims to which competent judge should prosecute it. It is made an analysis of the application and interpretation of rules and constitutional principles, court decisions and doctrinal studies. It is guided by dialectical reasoning, whereas are gathered several theoretical thesis and court judgments – perhaps, diametrically opposed – and, via this mixture produces illation anchored in constitutional screen. The work develops by interdisciplinary character, because it is based on knowledge of constitutional, procedural, criminal and commercial law. Thus, it is observed that remains open in the universities and courts the plausibility of connection between bankruptcy crimes process and other offenses, mostly, about federal crimes. Without neglecting the instrumental principles of the Constitution interpretation, it is observed as a corollary of procedural rights, the jurisdiction of the criminal court to prosecute bankruptcy infractions. Above all, headed by right to adversary proceedings, the right to full defense and impartiality principle, it deconstructs the myth of the omniscient judge in pursuit of real truth in the prosecution of bankruptcy crimes.

KEYWORDS: Bankruptcy crimes. Competent judge. Procedural rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolveu-se com fito de perquirir pela persecução penal de crimes falimentares, porquanto há uma nítida celeuma doutrinária e jurisprudencial no que tange à competência jurisdicional para instauração do procedimento penal adequado aos delitos mencionados, em decorrência de conflito aparente de normas constitucionais e infraconstitucionais, pela mudança de juízo competente ocorrida pelo advento da disposição normativa do art. 183 da Lei 11.101/2005. Ainda, verifica-se a repartição de competência judiciária para análise de tais crimes em diferentes Estados-membros, conforme aludem as Leis de Organização e Divisão Judiciárias, precipuamente, no que tange a Lei Estadual de São Paulo nº 3.947/1983 e a Lei nº 8.185/1991 do Distrito

Federal. Analisa-se a efetivação do direito penal subjetivo pelo juízo universal da falência e pelo juízo criminal, para aplicação de normas de direito processual e penal, segundo o preparo específico dos magistrados titulares desses órgãos.

Destarte, estudam-se hipóteses de unidade (*simultaneus processus*) ou separação de processos-crimes falimentares com delitos comuns e delitos de competência da Justiça Federal, consoante a doutrina pátria e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial a aplicação da Súmula nº 122 do STJ. Atenta-se, ainda, aos processos exegéticos utilizados nas elucubrações dos estudiosos dos delitos falenciais, observando-se quais argumentos preponderam entre os cultores do direito falimentar e do direito processual penal.

Nesse passo, consabido que as repercussões dos crimes tipificados na Lei de Falências são detrimetosas social e economicamente. Desse modo, se dúbio é o juízo natural, a controvérsia trata-se de óbice à consecução da segurança jurídica, da concepção garantista do Direito Penal e efetividade da ordem jurídica. Com efeito, poder-se-ia utilizar da presente celeuma para dar azo a dilações processuais indevidas, ensejando a prescrição da pretensão punitiva estatal, por tergiversação das garantias individuais, suscitando-se conflitos de competência. Derradeiramente, analisa-se a legitimidade da intangível verdade substancial perseguida em processo-crime falencial. Propõe-se a aclaração da controvérsia doutrinária e do aparente conflito de normas pelo crivo da Constituição da República, isto é, dos direitos e garantias processuais, com precipuidade ao princípio da imparcialidade, ao princípio do contraditório e à ampla defesa.

2 A AÇÃO PENAL EM CRIMES FALIMENTARES COM O ADVENTO DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

O procedimento penal de crimes falimentares, ressaltando-se o juízo competente para o recebimento da peça inicial acusatória, sofreu alteração legislativa com o advento da Lei Federal nº 11.101, de 9 fevereiro de 2005. Nessa senda, os crimes encontram-se tipificados nos artigos 168 *usque* 178 e o juízo competente encontra-se previsto no art. 183, todos enunciados da nova Lei de Falências, *in verbis*:

Art. 183. Compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a

falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei. (BRASIL, 2005).

Nada obstante, o dispositivo citado preceitua norma diametralmente oposta à antiga Lei de Falências – do art. 109, § 2º, do Decreto-Lei 7.661/1945 –, a qual prescrevia que se mantinha o juízo cível, onde se decreta a falência, como o órgão judicante apto a receber a denúncia ou queixa-crime subsidiária e, ulteriormente, os autos seriam enviados ao juízo penal.

Todavia, alguns Estados da Federação, salientando-se o caso de São Paulo, ainda mantêm o juízo universal da falência como competente para processar e julgar crimes falimentares, consoante à Lei Estadual 3.947, de 8 de dezembro de 1983 – o Código Judiciário de São Paulo. Nesse diapasão, já se manifestou o Pretório Excelso estribando a validade legal desse dispositivo plausivelmente à luz de norma constitucional (Tomazette, 2011, p. 559), haja vista a possibilidade do Estado-membro fixar suas próprias normas de organização e divisão judiciárias – art. 24 da Constituição da República, *ipsis verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XI - procedimentos em matéria processual;

[...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. (BRASIL, 1988, grifamos).

Do mesmo modo, vale registrar o disposto no art. 74, *caput*, do Decreto-Lei

3.689/41 – o CPP – que determina que a “competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária”, ressalvada a competência para crimes dolosos contra a vida e de menor potencial ofensivo, por expressa disposição constitucional. Logo, essa norma é o principal fundamento daqueles juristas que propugnam pela competência do juízo universal da falência, pois ficaria a critério dos Estados e do Distrito Federal em suas Leis de Organização e Divisão Judiciárias definir a competência, *i.e.*, se delitos falimentares serão processados e julgados pelo juízo criminal ou pelo juízo falencial.

Nesse sentido, professa Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 302) em Processo Penal que melhor disposição normativa seria: “A ação penal pelos crimes previstos nesta Lei tramitará no foro onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial”.

É posição sedimentada entre os comercialistas e alguns processualistas inclinando-se a defesa da apreciação das infrações falimentares pelo juízo cível, mormente pela falência ser matéria notadamente complexa, sendo o magistrado e órgão ministerial afeitos aos nuances do processo falencial, *ipsis verbis*:

Impende esclarecer, ademais, que as Leis de Organização e Divisão Judiciárias dos Estados ao estenderem ao juízo cível da falência e da recuperação judicial a competência, também, para o julgamento dos crimes falenciais não estão, necessariamente, atribuindo a juízos extrapenal (*sic*) competência sobre matéria criminal, e sim, investindo aquele juízo de especial competência criminal, **a fim de que, mais afetos com a complexa matéria de que se revestem os delitos daquela natureza, possam exercer mais célere e eficazmente a indispensável atividade jurisdicional.** (REIS, 2013, p.193, grifo nosso).

Lado outro, conforme escólio de Guilherme de Souza Nucci (2011), é incongruente a Lei 11.101/2005 ao dispor no inciso VII do art. 99 que o juízo falencial pode decretar prisão preventiva do falido ou de seus administradores havendo *fumus commissi delicti*. Consequentemente, é paradoxal e solar o equívoco do legislador, pois, se é competente o órgão judicante penal para receber denúncia – art. 183 –, outrossim, seria este o órgão competente para decretar prisão preventiva.

Com efeito, há de se observar que o juízo universal da falência

constitucionalmente consagrado consiste em competência jurisdicional cível, enquanto os crimes falimentares, em que pese os tipos encontrarem-se capitulados na Lei de Falências, tratam-se de infrações de natureza penal.

Destarte, parte da doutrina e jurisprudência se manifestam no sentido de ser o juízo criminal o único apto a processar e julgar os referidos delitos, em respeito à imparcialidade do magistrado, pois seria execrável aquele juiz de direito induzido a erro em procedimento falencial julgar o autor dos atos sub-reptícios. Ademais, não seria exacerbado rotular o magistrado de uma Vara Falencial com competência criminal de juiz-inquisidor, em clara função pretoriana ao macular o livre convencimento motivado pela ampla análise de elementos informativos quando ainda não constituída a persecução penal, isto é, sem a valoração de provas em contraditório.

Ainda, cabe mencionar que é competência privativa da União legislar sobre direito processual – art. 22, I, da CRFB. De acordo com a regra do § único do art. 22 da CR/88, só é permitida à União, por meio de lei complementar, autorizar os Estados-membros a legislar sobre questões específicas das matérias referidas nesse artigo. Ressalta-se, portanto, que não existe lei complementar delegando a competência em tela. Ademais, sem embargo às diversas elucubrações antagônicas dos teóricos do processo (LEAL, 2010, p. 85-90), é patente que em sede de processualística as concepções de processo e procedimento não se confundem. Portanto, se pode o Estado-membro legislar sobre procedimento, não cabe *prima facie* legislar sobre processo.

Recentemente, aditou-se o inciso XVII do art. 22 pela EC nº 69, de 29 de março de 2012. Perlustre-se a ilação decorrente do inciso XVII do citado artigo da Constituição que a organização judiciária no Distrito Federal cabe à União. Logo, é insofismável que se um enunciado normativo de Lei Federal (Lei nº 11.101/2005) preceitua que cabe ao juízo criminal apreciar crimes falimentares, a organização judiciária do Distrito Federal e Territórios será consentânea ao dispositivo legal. A despeito da já revogada Lei 8.185/1991 do Distrito Federal ter tido sua redação mantida equivocadamente pela Lei Federal nº 11.697, de 13 de junho de 2008.

Insofismável, mesmo que se propugnando pela fixação de competência processual penal pela Lei do Estado de São Paulo nº 3.947/83, com fulcro na competência legislativa concorrente do art. 24, XI da CRFB, em caso de competência legislativa supletiva dos Estados no que tange as normas gerais, a norma geral do Estado terá sua eficácia suspensa com advento de norma federal. Assim, constatar-se-ia

a primazia do art. 183 da Lei de Falências em detrimento do art. 15 da Lei Estadual 3.947/83.

Posição diametralmente oposta é elucidada por Tomazette (2011, p. 558) ao citar Fabio Ulhoa, que propala a inconstitucionalidade da norma do art. 183 da Lei nº 11.101/2005, colocando-se em debate eficácia normativa, a aptidão da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios em virtude de suposta violação de competência dos Estados federados organizarem sua própria função jurisdicional. Conquanto fosse considerada a presunção relativa de constitucionalidade da norma, discute-se a sua efetividade, pois a norma poderia não cumprir os fins para que foi preconizada.

Ainda assim, é cediço que, conforme dicção do art. 125 da CRFB, os Estados devem organizar sua Justiça. Por conseguinte, para o deslinde da controvérsia pode ser o caso de não se buscar a norma que prevaleceria hierarquicamente, mas de qual órgão legislativo poderá fixar regras de divisão e organização judiciária de seus órgãos judicantes, podendo os Estados fixar a competência de suas varas judiciárias.

Nesse sentido, não há competência constitucional expressa para crimes falimentares como há para o procedimento do Tribunal do Júri. E ainda, há o argumento lógico, em que se afasta o princípio da *vis attractiva* do juízo falencial e a peculiaridade da matéria penal, visto que em comarcas de juízo único (e único juiz de direito) não se suscitaria tal conflito.

Consoante maestria de Marlon Tomazette, em Curso de Direito Empresarial, há sectários de posicionamentos distintos na doutrina e Tribunais, *ipsis litteris*:

José da Silva Pacheco, Waldo Fazzio Junior, Ricardo Andreucci, Roberto Podeval, Paula Kahan Mandel Hakim, Marcelo Piacitelli, Leonardo Musumecchi Filho, Antonio Sérgio Pitombo, Renato de Mello Jorge Silveira, Beatriz Vargas e Denis Pestana entendem que a ação penal não poderá ser processada no juízo da falência, mas no criminal, revogando inclusive as normas de organização judiciária em sentido contrário. Embora não afirme taxativamente, Ricardo Berenguer parece concluir que o melhor seria o julgamento pelo juízo criminal. A conclusão desses autores é que a lei de organização judiciária não poderia eliminar, nem alterar, a divisão entre jurisdição civil e penal.

Fabio Ulhoa afirma que tal dispositivo seria inconstitucional por invadir as competências dos entes federados sobre a organização judiciária. Arthur Miliagri Junior,

Ricardo Negrão, Manoel Justino Bezerra Filho afirmam que, apesar do texto da lei de falências, nada impede que a lei de organização judiciária atribua a competência à vara especializada. A nosso ver, essa última opinião nos parece mais razoável, uma vez que a expressão juízo criminal são significa necessariamente uma vara especializada. Em muitos locais, há varas únicas de competências geral. Até por isso, nada impede que a lei de organização judiciária atribua essa competência ao juízo falimentar. O STF já reconheceu a constitucionalidade de lei de organização judiciária que trata do assunto, decisão corroborada pelo STJ. (TOMAZETTE, 2011, p. 558).

2.1 Crimes falimentares e delitos comuns: unidade e separação processual

Ante essa celeuma, indaga-se a possibilidade de concurso de crimes falimentares e outros crimes, especialmente crimes de competência da Justiça Federal. Em conformidade com Rodolfo Soares dos Reis (2013, p. 181) a unidade de processo (*simultaneus processus*) e a *prorogatio fori*, em caso de conexão ou continência, ocorrem com o condão de evitar decisões colidentes, garantindo-se a economia processual e a segurança jurídica, devido ao liame de materialidade e autoria delitiva.

Clarividente, qualquer que seja a celeuma no que tange à definição do juízo competente há ressalvas inclusive de guarida constitucional, e.g., como os crimes dolosos contra a vida – que são julgados pelo Tribunal Popular –, crimes em que o sujeito ativo tenha foro em razão de prerrogativa de função e infrações cometidas por menores, de alçada dos Juizados da Infância e da Juventude.

É cediço que o Decreto-Lei nº 7.661/1945 consagrava o princípio da unidade dos crimes falimentares; nada obstante, é certo que a nova Lei de Falências evidencia que esse princípio não informa a matéria dos delitos falitários:

Entretanto, a mudança da legislação traz à tona novamente o debate da existência ou não desse princípio. Arthur Miliagri Junior, Alexandre Demetrius Pereira, Jane Silva e Nilo Batista sustentam que no novo regime falimentar não há espaço para o princípio da unicidade, uma vez que nada impediria, pelo texto da lei, a aplicação das regras sobre o concurso de crimes. A nosso ver, nada justifica a existência de desse princípio. **Em primeiro lugar, não se cogita mais a ideia da falência como crime, havendo a punição de crimes para a**

recuperação de empresas também. Em segundo lugar, não há qualquer dispositivo da legislação, do qual se possa inferir a inexistência de concurso entre crimes falimentares. Em terceiro lugar, não há mais um prazo unificado, o que reforça essa ideia da ausência de unicidade. Por fim, não há qualquer motivo que justifique um privilégio para o agente que cometeu esses crimes. Ele deverá ser punido por todas as suas condutas e não apenas por uma delas. (TOMAZETTE, 2011, p. 556, grifamos).

Ainda, a despeito da pífia redação do dispositivo do art. 183 da Lei nº 11.101/2005, é por demais sabido que a jurisdição é una e indivisível, olvidando o legislador desse nuance ao desejar referir-se, verdadeiramente, em competência – âmbito legislativamente delimitado, dentro do qual o órgão exerce a sua função jurisdicional. Por conseguinte, ganha notória importância tratar da plausibilidade de interligação de crimes de naturezas diversas com os delitos falimentares e as causas modificadoras de competência.

No Estado de São Paulo, como nota-se pelo art. 15 da Lei Estadual nº 3.947/83, até mesmo os crimes de menor potencial ofensivo serão processados e julgados pelas varas falenciais – observado o procedimento da Lei 9.099/1995. Tal enunciado normativo em muito importa quando analisado o delito de omissão dos documentos contábeis obrigatórios que caracteriza crime de menor potencial ofensivo, capitulado no art. 178 da Lei 11.101/2005.

Não obstante, majoritariamente, os Estados definem em suas leis de organização e divisão judiciárias obediência à regra disposta no art. 183 da Lei de Falências. Por conseguinte, a Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001 de Minas Gerais preconiza em seu art. 58 que “compete a Juiz de Vara de Falências e Concordatas processar e julgar as causas atribuídas ao juízo universal da falência e da concordata”. Isto é, delimitando-se a competência por critério de exclusão, fica reservado à Vara Criminal o processo-crime falimentar, ocorrendo-se nesse órgão a unidade processual :

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – CRIME FALIMENTAR – COMPETÊNCIA - ART. 183 DA LEI 11.101/05 – JUÍZO CRIMINAL – COMARCA COM MAIS DE UMA VARA NÃO ESPECIALIZADA – ATRIBUIÇÕES DOS JUÍZES – DISTRIBUIÇÃO POR

SORTEIO. De acordo com o inciso 183, da Lei 11.101/05, compete ao juízo criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes nela previstos. Nas comarcas onde houver mais de uma vara, as atribuições dos Juizes de Direito serão exercidas mediante distribuição. Competência do Juízo Suscitado. (MINAS GERAIS, TJMG, Conflito de Jurisdição n. 1.0000.08.485859-6/000, Relatora Desembargadora. Márcia Milanez, DJe 27/05/2009, grifo nosso).

Conforme maestria de Nucci (2011), ao citar posicionamento de Frederico Marques (Elementos de direito processual penal, v.III, p.303-304), deve-se haver separação processual no caso de conexão entre o crime falimentar e o delito comum. Entretanto, Nucci assevera que todo delito conexo com as infrações falitárias podem ser julgados no juízo universal da falência, não havendo, portanto, obrigatoriedade. De modo mais incisivo, Marlon Tomazete (2011, p. 559) elucida que havendo crime comum conexo com infração falimentar, o juízo competente para este terá sua competência estendida para aquele, corroborando, outrossim, o entendimento proferido pelo STJ (Brasil, STJ, HC 85. 147/SP, Rel. Ministra Jane Silva, DJ, 5/11/2007).

Ademais, há de se observar que o juízo universal da falência trata-se de especialização jurisdicional cível. Portanto, a despeito da falência excepcionar o art. 109 da Constituição da República, aplicar-se-ia a Súmula nº 122 do STJ que apregoa que “compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do Art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal (BRASIL, STJ, Súmula nº 122, 1994)”. Assim, a *mens legis* é a aplicação da Lei de modo consentâneo, nos moldes do art. 183 da Lei 11.101/2005.

Insta salientar, portanto, que nos casos de delitos de competência da Justiça Federal, é impossível invocar o vetusto princípio da *vis attractiva* do juízo falimentar, pois tange competência consignada na Constituição da República – art. 109, CRFB. Isto é, v.g., crimes contra o sistema financeiro nacional, capitulados na Lei 7.492/86, não poderiam ser processados e julgados por uma vara falencial, *in verbis*:

Quanto aos crimes falimentares, devem ser julgados pelo Juízo Estadual. Observe-se que **inexiste, no caso, conexão entre esses crimes e os delitos da**

Lei do Colarinho Branco. Isto porque a prova dos crimes falimentares não depende, a rigor, da apuração dos delitos contra o sistema financeiro nacional. E, vice-versa. Dessa forma, havendo denúncia perante a Justiça Estadual acerca dos crimes previstos na Lei de Falências e, perante o Juízo Federal, acerca dos delitos da Lei do Colarinho Branco e **não havendo, *in casu*, conexão entre eles, é de permanecer desmembrada a ação penal, não se aplicando a Súmula nº 122 do STJ.** Conflito conhecido, mantendo-se a competência da Justiça Federal para apreciar os crimes da Lei 7.492/86. (BRASIL, STJ, CC 29658 / SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER , DJ 26/03/2001, grifo nosso).

Nada obstante, restaria dúvida quanto à atração para a Justiça Federal de processo-crime falencial. Consabido que a despeito da Justiça Federal ser caracterizada como Justiça comum, há de ser considerada como especial no que diz respeito à Justiça Estadual. A competência dos Juízes Federais é constitucionalmente delimitada no art. 109 da CRFB, enquanto que a competência criminal da Justiça dos Estados é eminentemente residual. Logo, vislumbra-se força atrativa da Justiça Federal para processar delitos da Justiça Estadual em caso de conexão ou continência.

Nesse diapasão, no que toca as situações de cisão obrigatória, previstas no art. 79 do Código de Processo Penal, ou em situações de separação facultativa dos processos, conforme preconiza o art. 80 do referido Código, não há hipótese de cisão mencionada, decorrente de conexão ou continência, meramente por envolver processo-crime falencial. Do mesmo modo, vale salientar o Conflito de Competência 29658/SP suscitado perante o STJ, já assinalado alhures, em que o relator, Ministro Félix Fischer, aclara que não tem que ser desmembrado processo penal falimentar que se imbrica a crime federal por conexão probatória:

Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:

I – no concurso entre a jurisdição comum e a militar;

II – no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.

§ 1º Cessará, em qualquer caso, a unidade do processo, se, em relação a algum corréu, sobrevier o caso previsto no artigo 152.

§ 2º A unidade do processo não importará a do julgamento, se houver corréu

foragido que não possa ser julgado à revelia, ou ocorrer a hipótese do artigo 461. Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação. (BRASIL, 1941).

Portanto, analisa-se a premissa do juízo criminal ser o competente para processar e julgar os delitos falimentares. A despeito da natureza jurídica dessas infrações não ser matéria pacificada na doutrina, pois segundo Almeida (2007, p. 363) “trata-se de crime contra o patrimônio, para outros se trata de um crime contra a fé pública, ou ainda, o julgam um crime contra atividade empresarial”, é nítida a possibilidade de atração de delitos falenciais para a Justiça Federal consoante o STJ. Logo, dúvida não paira quanto ao gênero criminal das infrações falenciais, ou seja, seriam processadas e julgadas no foro penal, pouco importando a celeuma quanto à classificação doutrinária de espécies de crime, o que faria cair por terra o argumento da força atrativa (*vis attractiva*) do juízo universal da falência, conforme acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco:

[...] Entendeu-se que não se pode falar em um juízo absoluto, visto que existem indubitáveis exceções, descritas, inclusive, na própria lei de falência. Constatou-se, ainda, que as legislações pátrias que dispõe sobre a falência estipulam competência do juízo criminal para processar e julgar os crimes falimentares, e, em consequência, os crimes a eles conexos, como no presente caso, o crime de estelionato, com a única diferença de que o §2º do art. 109 do Decreto-Lei nº 7.661 estipulava que a competência do juízo criminal iniciava-se após o recebimento da denúncia pelo juízo falimentar, enquanto o art. 183 da nova lei de falência (lei 11.101, de 2005) reza que a competência do juiz criminal inicia-se com o próprio recebimento da denúncia. Ademais, divergências mais profundas do que as acima deslindadas poderiam ser tecidas apenas nos Estados em que a legislação estipular a competência ao juízo falimentar para processar e julgar crimes falimentares, nos termos dos seguintes precedentes, a exemplo de São Paulo

(RHC 63787). (PERNAMBUCO, TJPE, HC 4564-57.2012.8.17.000, Des. Mauro Alencar de Barros, DJPE 07/05/2012, grifo nosso).

2.2 A competência do Juízo Criminal como concretização das garantias processuais

Conforme a especialização da jurisdição, o juízo criminal está familiarizado com as peculiaridades do direito material e processual penal, apto a efetivar os direitos de garantias fundamentais como a individualização escoreita da pena e valorar as elementares do tipo.

Nessa senda, consabido que as repercussões dos crimes tipificados na Lei de Falências são detrimosas social e economicamente. As condutas tipificadas no art. 168 *et seq.* da Lei 11.101/2005, são violações ao princípio da preservação da empresa, princípio informador do direito falencial hodierno, resultam em abalo a fidúcia que deve haver nas relações mercantis e na coeva Justiça, provocam instabilidade macroeconômica e propalam mazelas sociais.

A controvérsia ora aclarada trata-se de empecilho à consecução da segurança jurídica, da concepção garantista do Direito Penal e efetividade do sistema criminal pátrio. Isto é, há possibilidade de sanção de nulidade decorrente de procedimento penal maculado por violação a normas de ordem pública, no que tange à competência de órgão da função jurisdicional para as infrações capituladas na Lei de Falências mencionadas alhures.

O princípio do juízo natural é norma basilar do Estado Democrático de Direito, consagrado nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da CRFB. Conseqüentemente, tem-se a garantia de se saber, previamente, qual juízo ou tribunal competente para processar e julgar o determinado indivíduo que pratica conduta tipificada como crime. É elementar que se saiba em qual momento o propenso investigado convola-se na figura de acusado. Tal direito fundamental está umbilicalmente relacionado às normas de competência em matéria penal:

[...]Assim, deve-se dar um basta às verdadeiras manipulações feitas nos critérios de competência a partir de equivocadas analogias com o processo civil (o costumeiro desrespeito às categorias jurídicas próprias do processo penal)

permitindo que se desloquem processos da cidade onde ocorreu o crime, para outras, atendendo a duvidosos e censuráveis critérios de maior eficiência no combate ao crime, mas ferindo de morte a garantia constitucional. (LOPES JÚNIOR, 2011, p.422).

Nesse cotejo, Nestor Távora e Alencar (2012, p. 1118), ao citarem Calmon de Passos, aduzem que:

O jurista terá, portanto, um papel de transformação primordial, qual seja: o de retirar o véu de noções que encobrem realidades processuais (...). É assim que Calmon de Passos pontifica que “o direito é o mais bem-sucedido instrumento institucionalizado pelos homens para pôr limites ao emprego da força. Ele transmuda a força em poder e tenta domesticá-la ainda mais, na democracia, limitando o poder em termos de competência. Nesse espaço a ideologia tem papel fundamental. (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 1118).

Ainda, poder-se-ia utilizar da presente celeuma para dar azo a dilações processuais indevidas, ensejando a prescrição da pretensão punitiva estatal, por tergiversação das garantias individuais, através da interposição de recursos para discutir normas de competência. A retratada litigância de má-fé é hábil para, legalmente, afastar a aplicação do direito penal subjetivo, evidenciando ineficiência do sistema penal brasileiro por mais pífia que seja a tecnicidade do causídico para consumir a impunidade. Exemplifica-se pelo Conflito de Competência nº 76.740/ SP que teve como suscitante o Banco Santos S/A - Massa Falida e suscitados o Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo – SP e o Juízo Federal da 6ª Vara Criminal especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional e em lavagem de valores da Seção Judiciária da Justiça Federal no Estado de São Paulo, *in verbis*:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZOS CRIMINAL E FALIMENTAR - PERDA DE BENS, EM FAVOR DA UNIÃO, FRUTOS DO CRIME COMO EFEITO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO - DECRETO-LEI DE FALÊNCIA DAS EMPRESAS OTITULARES DESSES BENS ANTES DO TRÂNSITO EM

JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA PARA ATOS DE DISPOSIÇÃO E CONSERVAÇÃO DOS BENS DA MASSA FALIDA - CARACTERIZAÇÃO - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PREVISTA NA LEI N. 6.024/74 CONTRA EX-ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, COM ORDEM DE ARRESTO DE BENS - PROXIMIDADE COM FEITO FALIMENTAR - APLICAÇÃO, *MUTATIS MUTANDI*, DO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DO JUÍZO DE QUEBRA - NECESSIDADE - COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR - CONFIGURAÇÃO - CONFLITO CONHECIDO PARA AFIRMAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE FALÊNCIA. (BRASIL, STJ, CC nº 76.740/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, 15/06/2009, grifo nosso).

Nesse caso concreto, discutia-se a quem competia custodiar os bens auferidos como especialização ou produto do crime, bem como avaliar se o confisco prejudicaria terceiros de boa-fé (o concurso de credores da Massa Falida) em decorrência de sentença condenatória penal. O representante do Ministério Público do Estado de São Paulo propugnava pela competência da Justiça Estadual enquanto o Ministério Público Federal apresentou parecer favorável à ação perante a Justiça Federal, o que seria uma dádiva a defesa em ação persecutória, já que não se saberia qual o órgão responsável para promover a repressão criminal.

Nesse compasso, Guilherme de Souza Nucci, em Código de Processo Penal Comentado, coteja a obediência ao devido processo legal e seus corolários ao propugnar pelo julgamento de crimes falimentares no juízo criminal:

[...] é possível a previsão do julgamento dos crimes falimentares pela vara cível. Mantemos, no entanto, nossa avaliação da inconveniência dessa opção, pois, com raras exceções, muitas são as decisões condenatórias proferidas no juízo cível, ao cuidar dos delitos falimentares, extremamente sucintas, sem apego ao devido processo legal e olvidando princípios fundamentais do direito penal. Logo, o mais indicado seria o processo falimentar transcorrer no juízo criminal, que é especializado. (NUCCI, 2011, p. 916).

Não outra é a abalizada lição de Rogério Greco (2009, p. 12) ao citar Salo de Carvalho, *ipsis verbis*:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do “bem comum”. **Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.** (GRECO, 2009, p. 12, grifamos).

Deveras, trata-se de aplicação do modelo de direito penal garantista, hígido e ínsito ao Estado Democrático de Direito, pois se busca elidir a hipertrofia da punição, sendo uma garantia do particular contra a má aplicação da Lei. Lado outro, positivamente, observa-se um imperativo de tutela, porquanto se elide a proteção jurídica deficiente do Estado monopolizador do *ius puniendi*, que, *in casu*, realizar-se-ia pelo devido processo constitucional em seara criminal.

Com efeito, a ação penal falimentar a qual é dada azo, em regra, pelo *Parquet* – pois, excepcionalmente há conjectura de legitimação subsidiária – deve ser ajuizada no juízo criminal do foro onde tenha sido decretada a falência.

Vale lembrar a existência do inquérito judicial no procedimento falimentar quando vigente o Decreto-Lei 7.661/1945. Havia uma investigação preliminar judicial que, apesar de ser presidido pelo magistrado era inquisitivo como um inquérito policial. Assistia-se a um juiz inquisidor, verdadeiramente promíscuo por investigar e valorar a legalidade, gerando uma balbúrdia no que tange à separação do agente que julga e daquele que acusa, *ipsis verbis*:

Ademais, o seu **caráter inquisitivo não impedia que o falido requeresse a realização de uma diligência que julgasse necessária para preservar algum direito seu. Contudo, a realização dela dependeria do juízo de valor a ser feito pela autoridade judiciária, que o presidia, tendo em vista o poder discricionário que lhe é conferido no investigatório.** E mais, pelo Sistema Acusatório, a imputação de um fato típico, ilícito e culpável, por intermédio de uma eventual ação penal, deveria ser feita, privativamente, pelo Ministério Público, conforme art. 108 do Dec.-lei 7.661/45, instaurando-se, em decorrência, a necessária relação jurídico-processual penal, em sede da qual, adequadamente, haveria contraditório. Corroborando a identificação da natureza inquisitória, observou-se que o procedimento prescindia da intimação do falido para contestar, posto que se tratava de uma faculdade que lhe era conferida. (REIS, 2013, p. 199, destaque nosso).

Ora, é patente que o juiz tinha o livre convencimento motivado exigido pela Constituição da República totalmente maculado – inciso IX do art. 93, CRFB. O *telos* da fase pré-processual, a investigação preliminar, é perscrutar por elementos informativos de autoria e materialidade delitiva. O inquérito judicial findava-se em uma atividade que gerava provas não submetidas ao contraditório em decorrência do caráter inquisitivo que, contudo, lastreava o juízo condenatório.

Não obstante reconhecer que a manutenção do inquérito judicial não coaduna com o sistema acusatório. Rogério dos Reis (2013, p.199) defende que inquérito policial, como sucedâneo do inquérito judicial, traria grandes problemas de ordem prática, pois a polícia judiciária não conheceria tanto dos autos quanto a autoridade judiciária, culminando a persecução penal em impunidade dos infratores.

(...) Sendo assim, não terão da mesma forma que a autoridade judiciária, contato com o processo falimentar e seus apensos, o que privará da informação necessária para a correta investigação do crime. Tais circunstâncias certamente contribuirão, na grande maioria dos casos, para uma precária apuração dos delitos e, conseqüentemente, para o aumento da impunidade dos autores desses crimes. **Reconheceu-se, outrossim, que formalmente, não haveria óbices**

para a preservação da investigação dos delitos falenciais pela autoridade judiciária, uma vez que, por sua natureza, o inquérito policial, constitui-se em peça meramente informativa e dispensável. (REIS, 2013, p. 199, grifo nosso).

O ilustre processualista Aury Lopes Júnior (2011, p. 114) evidencia que, no Estado Democrático de Direito, o “fundamento de legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos humanos e fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição”. Na obediência à dialeticidade do processo a função do juiz é atuar como um *garante*, zelando pela efetividade das garantias processuais e direitos fundamentais do acusado, nos limites de uma atuação sob a égide constitucional. *Mutatis mutandis*, não é por acaso que Aury Lopes Júnior propugna pela exclusão dos autos do inquérito do processo penal, *ipsis verbis*:

“(...) Lutem contra essa “ambição de verdade”! julguem com tranquilidade com base na prova produzida no processo, e absolvam sem culpa. Por outro lado, condenem, é claro, quando a prova produzida no processo for plena, e disso estiverem realmente convencidos.

A dúvida deve dar lugar à absolvição, não ao sofrimento. Quem não for capaz de compreender isso, está no lugar errado, fazendo a coisa errada.

Do contrário, seguiremos operando no onírico mundo de fantasias do processo penal brasileiro, crendo, ingenuamente, que as coisas vão bem, que o sistema misto é suficiente, e que os juízes julgam com base “na prova” produzida no processo... (LOPES JÚNIOR, 2011, p.558).

O juiz que se convola em um justiceiro ou um engenheiro social, garantindo a qualquer preço a lei e ordem, transforma o processo em arte circense, mas solenemente obedecida e imbuída de juízo axiológico prévio a dialética processual e que, na maioria dos casos, é tendente à tese acusatória:

Esse juiz representa uma das maiores ameaças ao processo penal e à própria Administração da Justiça, pois é presa fácil dos juízos apriorísticos de

inverossimilitude das teses defensivas; é adepto da banalização das prisões cautelares; da eficiência antigarantista do processo penal; dos poderes investigatórios/instrutórios do juiz; do atropelo de direitos e garantias fundamentais (especialmente daquela “tal” presunção de inocência); da relativização das nulidades *pro societate*. (LOPES JÚNIOR, 2011, p.117).

Como garantia de um processo judicial hígido se faz mister a imparcialidade do órgão julgante, porquanto, tratando-se de heterocomposição, o Estado-juiz que se encontra na posição de terceiro monopolizador da jurisdição deve imbuir-se de alheamento. Por outro lado, a parcialidade é estado anímico que cabe às partes e aos seus advogados.

Sem embargo à imparcialidade como princípio informador da processualística ser tão notória, reiteradamente haurível do próprio bojo da decisão judicial, é sabido que o sistema de gestão de provas do modelo processual acusatório deve partir das partes. A persuasão racional ou livre convencimento motivado não existe no modelo processual inquisitório. Notadamente, a imparcialidade depaupera-se com o órgão julgante atribuído de poderes investigatórios, como ocorria na vigência do Decreto-Lei nº 7.661 na verdadeira atividade inquisitorial que era o inquérito judicial.

Situação análoga ainda ocorre na vigência da Lei nº 11.101/2005, quando todo o processo-crime desenvolve-se na alçada do Juízo Falencial, visto que o magistrado exercera poderes instrutórios prévios no procedimento falimentar *stricto sensu*. Mácula indelével ao convencimento do julgador é essa prévia atividade veemente investigatória ou de iniciativa e gestão probatória. Consoante os ensinamentos de Aury Lopes Júnior (2011, p. 125) a “figura do *juiz-espectador* em oposição à figura inquisitória do *juiz-ator* é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório”.

Insta consignar que o princípio da imparcialidade só se revelará quando o sistema acusatório não for compreendido tão-somente como a separação entre a figura do agente acusador e julgador. O magistrado da vara de falências, no que concerne a ulterior ação persecutória criminal, desempenharia a função do órgão ministerial, por previamente formar uma ilação quanto aos fatos históricos, detentor de uma nítida *opinio delicti*. Não obstante, o Estado acusador titular do *jus puniendi* faz-se por meio da figura institucional do *Parquet* (art. 129, inc. I da CRFB), enquanto o Estado-juiz figura como órgão imparcial.

2.2.1 A mítica verdade real

Ora, muito se critica a verdade real ou princípio da livre investigação da prova no interior do pedido como princípio informador do processo penal. A mítica verdade real teria surgido como um engodo a justificar o sistema inquisitorial, que ainda apresenta resquícios no processo penal pátrio. O processo, com fito de perquirir por uma verdade material e substanciada, que tão-somente por isso se legitimaria, não se conteria em limites previamente delineados, levando a cabo práticas degradantes como a tortura e sempre o emprego do axioma *in dubio pro societate*:

Entretanto, o uso indiscriminado da tortura, seu grau excessivo e as perguntas capciosas formuladas pelos interrogadores redundavam no que foi definido por Mandrou como “processo infalível”, em que o índice de condenação chegava até “noventa e cinco por cento”. (WOLKMER, 2009, p. 241).

Essa cultura de nobreza, completude e mística da verdade real remete ao étimo e à literalidade do brocardo *persecutio criminis*. O condão do processo penal, arraigado no imaginário vulgar, no rito institucional da toga e na oficiosidade desarrazoada do *Parquet* é a perseguição do já aviltado imputado.

Já no âmbito cível é irrefragável, conforme a plêiade da doutrina, que não há busca pela verdade real no processo, não cabe perscrutar insaciavelmente pela verdade histórica, como corroboram Brêtas e Soares:

A busca da verdade dos fatos não é responsabilidade do juiz, nem do processo e muito menos da prova. Nesse sentido, entendemos que o art. 131 do CPC deve ser reinterpretado ou até modificado para atender às bases democráticas que a Constituição da República colocou no art. 1º.

Isso significa que o princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC) só serve para garantir o devido processo constitucional, se permitir que todos os interessados na decisão jurisdicional possam analisar e motivar quais foram suas interpretações sobre a prova produzida. A ausência dessa participação proíbe o juiz de sentenciar e descaracteriza o conceito de

fundamento decisório a que alude o art. 93, IX e X da CR/88. (BRÊTAS; SOARES, 2011, p. 353).

A mítica verdade real é embuste nocivo que assombra o Estado Constitucional Democrático e degenera o contraditório sem o qual não há falar em processo penal. No sistema de gestão de provas ao qual o Brasil perfilha-se, a persuasão racional, não cabe ao julgador gerir o fato histórico, pois não se poderia travestir práticas inquisitivas com a veste de direitos e garantias fundamentais. Destarte, não há exatidão em buscar a verdade de um fato pretérito – que não é presente ou real – e só se encontra no imaginário.

Desse modo, o quesito do juízo de falências competente para processar e julgar crimes falimentares e, outrossim, a atecnia redacional já citada alhures, em que o juiz da vara falencial decretará a prisão preventiva do falido ou dos administradores, se houver lastro probatório de autoria e materialidade delitiva – art. 99, VII, Lei nº 11.101/05 –, têm viés inquisitório. Afinal, seria possível a decretação de prisão preventiva *ex officio* pelo magistrado sem procedimento de apuração preliminar, *i.e.*, sem ser iniciada a persecução penal? Ora, se é o Juízo Criminal apto a receber a petição inicial acusatória deveria ser este o competente para apreciar e decretar a prisão preventiva como, em regra, sempre ocorre.

Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

(...)

VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei. (BRASIL, 2005).

Tanto no caso de toda a persecução penal ocorrer no juízo cível ou este com poderes para decretar prisão preventiva são aberrações jurídicas análogas à crítica que tece Aury Lopes Júnior (2011, p. 557) abarcando a necessidade da **exclusão física dos autos do inquérito policial** (ou qualquer outra forma de investigação preliminar que se tenha), garantindo-se assim a máxima originalidade do julgamento.

Não seria palatável o julgador encenar um processo judicial. Encenação haja vista ao seu prévio entendimento de perseguição ao acusado (quiza nem acusado ainda!) que estaria maculado pelo dogma da verdade real.

Essa verdade material ou substancial como elucida Ferrajoli (2010, p. 48) é uma verdade “absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais”. Por essa verdade se justificaria o pífio argumento do melhor preparo do órgão judicial falitário julgar o crime por conhecer previamente a complexa matéria.

A perquirição judicial empírica pela historicidade do fato *probando* não torna robusta prova alguma, só se depaupera em juízo axiológico e arbitrário que em nada consagra as garantias processuais. Essa concepção de *persecutio criminis* é autoritária, medieval e não coaduna com o devido processo constitucional.

Lado outro, o modelo de verdade formal ou processual seguiria com grande acuidade todas as normas processuais. Não buscaria a verdade histórica, pois estaria totalmente engessada na obediência aos direitos e garantias fundamentais. Como sintetiza Ferrajoli (2010, p. 48), uma “verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética ‘verdade real’”. Nada obstante, com pensamentos de escol, continua Ferrajoli (2010, p. 48) aduzindo que se “uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade”.

Nessa esteira, o juízo de verossimilhança que obedece todo o procedimento probatório prima pelos postulados da presunção de não-culpabilidade e da inexorabilidade de autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). A obtenção de uma dita suprema e inexorável verdade se revela imponderável, não é fundamento do processo e muito menos seu *telos*. Todavia, fundante para o processo, e sim, o condão da decisão judicial é o livre convencimento motivado, fruto da paridade de armas das partes (*par conditio*).

2.2.2 Contraditório e a ampla defesa: supedâneos do processo penal democrático

Destarte, não menos importantes são os apontamentos de Jesús-María Silva Sánchez (2011) que na obra “A expansão do direito penal” avalia aspectos de política criminal, elementos de Direito Penal clássico, mormente, valores como a justiça e sua

imbricação por meio de procedimentos formais:

(...) **Assim desde a presunção de inocência e o princípio da culpabilidade, assim como as regras do devido processo e a jurisdicionalidade,** passando pela totalidade dos conceitos da teoria do delito, **os princípios do Direito penal em conjunto são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas.** (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 90, grifo nosso).

Entrementes, aduz o mestre espanhol que [...] “as formas do processo parecem insuperáveis” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 91). Não se pode descurar do devido processo constitucional que em essência se manifesta pelo princípio do contraditório e da ampla defesa – art. 5º, LIV e LV da CFRB – no que tange ao órgão jurisdicional competente para processar e julgar os delitos falenciais como cerne para deslindar a celeuma.

Quanto ao contraditório, há uma dimensão formal – que garante a participação no exercício do poder jurisdicional. Ademais, há uma dimensão substancial que é o direito e a garantia de poder influenciar na decisão com teses e provas. Por isso, o direito à prova é conteúdo da dimensão substancial do contraditório, isto é, a ampla defesa nada mais é que o aspecto substancial do contraditório, *in verbis*:

A ampla defesa, no sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, envolve a cláusula do **devido processo legal** em sentido substancial (substantive *due process*), equivalente ao velho e cognominado direito material, mas já em concepções atualizadas, de garantias fundamentais do cidadão, como a **do devido processo em sentido processual** (*procedural due process*), em perspectivas de direito democrático, traduzindo a garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la. (LEAL, 2010, p. 99).

De mais a mais, é incontroverso que o juízo falimentar com competência criminal constitui dislate às garantias processuais penais, violação chapada ao sistema acusatório, figurando o Estado-juiz como inquisidor, com sua imparcialidade maculada por avaliação de elementos informativos criminais no decorrer do procedimento falimentar pretérito, podendo valorá-los sem que sejam atendidos o contraditório e a

ampla defesa:

Entretanto, em síntese, poder-se-ia dizer que, como elementos jurídicos-existenciais o processo, em sua base institutiva, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são princípios (referentes lógico-jurídicos), sem os quais não se definiria o processo em parâmetros modernos de direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais. Como princípios jurídico-institutivos do **processo**, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, merecem estudo pormenorizado. (LEAL, 2010, p. 96, grifamos).

Nessa esteira, cumpre sublinhar a elementar questão do momento em que o jurisdicionado convola-se em acusado, pois pela nova Lei de Falências, o juízo cível decretaria prisão preventiva e o juízo penal receberia a peça inicial acusatória. Igualmente teratológico é o propenso réu de crime falimentar que já se encontraria informalmente acusado quando adotado o procedimento falitário da Lei nº 3.947/1983, de São Paulo.

O direito, contemporaneamente, de contradizer a acusação, o direito de oitiva, o direito do *nemo tenetur se detegere* (direito ao silêncio) e o conhecimento completo da acusação, *i.e.*, a dialeticidade, faz surgir o procedimento em contraditório em simétrica paridade de partes. No processo constitucionalizado é, outrossim, garantido pelo princípio do contraditório o direito de ser informado de todos os atos que ocorrerem no *iter* procedimental, o que não pode se supor caso não se sabe nem o exato momento da imputação. Ainda, expressão maior do direito da defesa é a contraprova, a refutação e o falseamento da tese acusatória de modo que a prova somente servirá para lastrear a condenação quando falível as manifestações defensivas. Portanto, no processo-crime presidido pelo juízo falencial não há a efetivação dessa garantia, visto que, conforme já ressaltado alhures, o convencimento do órgão judicante já ocorrera em momento preambular, consoante abalizada decisão da Excelsa Corte:

Segundo entendimento pacífico desta Corte não podem subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da

plenitude da defesa. (BRASIL, STF, HC 103660 /SP, 1ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 30/11/2010, grifo nosso).

Nesse cotejo, a tipicidade, que se caracteriza pela subsunção do fato ao tipo penal e se manifesta pelas provas coligidas nos autos que evidenciem a conduta comissiva ou omissiva, se encontraria prejudicada. Não há falar em prova idônea para condenação que não seja submetida ao contraditório.

3 CONCLUSÃO

Hodiernamente, observa-se que a Lei no ideário tupiniquim é uma panaceia para problemas das mais diversas ordens, o que, conseqüentemente, repercute na função legiferante do Estado. A *mens legislatoris* reiteradamente preocupada em solucionar problemas de modo célere em detrimento da aplicação consentânea do Direito resulta em gravíssimas atecnias. Em obediência estrita ao propósito desse trabalho, cite-se somente o que preconiza algumas das disposições normativas da Lei nº 11.101/05, v.g., o enunciado do art. 180 que consigna a sentença de decretação da falência como condição objetiva de punibilidade para alguns doutrinadores, enquanto que para outros seria uma condição de procedibilidade, o que importa em sérias repercussões jurídicas, em especial, de momento consumativo e prescrição criminal. Ainda, a excecência mencionada de o juízo falimentar decretar *ex officio* a prisão preventiva do suspeito infrator sem iniciar-se a persecução penal conforme dicção do art. 99. E, derradeiramente, a insegurança jurídica em torno do juízo competente para receber a denúncia ou queixa-subsidiária de delitos falenciais – art. 183 do diploma mencionado.

Assim, no que tange a Lei nº 11.101/2005, vê-se que não é aclamada como a nova Lei de Falências somente por ab-rogar o vetusto Decreto-Lei 7.661/45. Esse novel diploma engendra uma revolução copernicana no direito falimentar ao criar institutos como a recuperação de empresas judicial e extrajudicial, claramente, norteando-se pelo princípio da preservação das empresas. Do mesmo modo, a *mens legislatoris*, na seara criminal, ensejaria maior celeridade nas ações persecutórias de delitos falenciais. Não obstante, a inovação na redação do texto legal não primou pela melhor técnica.

No aspecto penal, a celeuma doutrinária que se erigiu em torno das disposições

do capítulo VII da nova Lei de Falências é efusiva. Todavia, é paradoxal a competência do órgão julgante em sede processo-crime falencial ser tão controvertida e ser tão escassos os trabalhos doutrinários para o seu deslinde. Não se encontra abundância bibliográfica para perquirir sobre a matéria. Particularmente, com devida vênia a importância e brilhantismo da cátedra do direito empresarial, os comercialistas em sua esmagadora maioria pecam ao propugnar pela competência do juízo cível para o processo-crime falencial, por utilizarem somente de método exegético calcado na interpretação sistemática de dispositivos constitucionais e legais – precipuamente no que abarca o art. 24 c/c o art. 125, ambos da CRFB. Lado outro, há um comportamento desidioso dos penalistas no tocante aos delitos falitários, quiçá, pelas disposições penais já se encontrarem em legislação muito pouco familiar ao seu mister. Não se enveredam os penalistas nos crimes falenciais na mesma magnitude das elucubrações dos outros delitos que resultam em volumosos tratados.

Sem embargo a contenda doutrinária sempre perpassar pela hermenêutica das normas constitucionais, não se trata de perquirir pela interpretação mais consentânea com a distribuição constitucional de competências pelo viés sistemático. É imperioso enveredar-se pela exegese da Constituição da República, conforme alude os princípios instrumentais da interpretação constitucional, destacando-se o princípio da unidade da Constituição, o princípio da máxima efetividade, o princípio da concordância prática ou harmonização e princípio da força normativa da Constituição.

A Constituição deve ser interpretada de forma a evitar aparentes antinomias. Afasta-se a tese de hierarquia entre normas originárias de uma Constituição. Assim, não se pode culminar em ilação que negue a capacidade do Estado-membro organizar sua própria Justiça, bem como a ilação que negue a competência privativa da União legislar sobre direito processual em concomitância – unidade da Constituição. Nessa esteira, cabe ao intérprete coordenar e sopesar os bens jurídicos em conflito, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles. Busca-se, assim, elidir interpretações colidentes, pois não há hierarquia entre princípios constitucionais – concordância prática. Ainda, no emprego da Constituição deve ser dada preferência às soluções concretizadoras de suas normas, que as tornem mais eficazes e permanentes – força normativa da CRFB. Por conseguinte, inolvidável a relevância dos direitos e garantias fundamentais outrora suscitados para a efetivação do processo penal. O princípio da máxima efetividade, invocado no âmbito dos direitos fundamentais, impõe

que lhe sejam atribuídos sentidos que confirmam a maior efetividade possível no caso concreto.

Clarividente, a obediência a um processo hígido (atendidas às garantias processuais), atendendo-se a um procedimento que se adequa ao sistema constitucional acusatório (elidindo resquícios inquisitivos) é condição para a consagração de um verdadeiro Estado Democrático Constitucional. Com efeito, tais referenciais permitem perquirir pelo procedimento penal falimentar em obediência aos requisitos que ensejam sua validade.

Resta patente, *in casu*, que o devido processo constitucional só é observado quando o processo-crime falencial é instaurado perante o Juízo Penal. O órgão julgante tem como supedâneo o princípio do livre convencimento motivado quando do sistema de gestão de provas. Essa persuasão racional, outrossim, informada pelos princípios da imparcialidade do juízo e da motivação das decisões, só se revelará quando os elementos informativos forem submetidos ao contraditório judicial. Entretanto, quando o juízo falimentar é investido de competência penal viola-se o sistema acusatório e sua imparcialidade (previamente maculada).

Importante asseverar que o julgador é o *garante* que tem na motivação e imparcialidade da decisão a validade do procedimento. Tais princípios informam que o convencimento não decorre de potestade do juiz e de seus atributos gnosiológicos enquanto sujeito cognoscente, mas da dialeticidade e democraticidade do processo. A decisão motivada assegura a legalidade, o nexos entre convencimento e provas em contraditório. O argumento vociferado por alguns juristas de que o julgador da vara falencial é o mais preparado para apurar a responsabilidade delitiva em delitos falitários, devido à especialidade ou “complexidade da matéria”, revela-se pífio e ilógico.

Ora, se os processos falenciais são famigerados pela morosidade, concentrar a persecução penal num juízo cível denota o mais profundo desiderato de se aplicar o instituto da prescrição punitiva. Assim, porquanto seja o processo-crime igualmente moroso - com instrução probatória extremamente rígida em obediência aos direitos e garantias individuais e princípios informadores peculiares - desconcentrando-se os processos que tanto se distinguem por sua natureza jurídica dar-se-á maior efetividade quanto à aplicação de normas penais e processuais, quanto à presteza da atividade julgante especializada e, mormente, a plenitude do devido processo legal.

Aliás, não inovou tanto o enunciado normativo do art. 183 da Lei de Falências,

visto que o longevo Decreto-Lei 7.661/45 já previa a remessa da petição inicial acusatória para o juízo penal em seu art. 109. No caso em comento, se os volumes dos autos do processo falencial são de cognição especializada do juízo extrapenal, sabe-se que a matéria penal também é *sui generis*. É insofismável que a especialização do juízo extrapenal em matéria de alta monta e tão particular quanto à falência, não nega a especialização do juízo penal. Esses órgãos judiciais se complementam.

Dessarte, dislate abjeto do legislador pátrio é investir o juízo falencial de poder para decretar prisão preventiva de ofício sem sequer ser instaurada a fase pré-processual da persecução criminal. Da mesma forma, deturpa-se o devido processo constitucional quando o juízo cível processa e julga o delito falimentar. Essas concepções encontram-se imbuídas da busca da verdade absoluta e de uma discricionariedade desmedida.

Ainda, insta salientar a necessidade de releitura do juízo de verdade, *in casu*, verdade material – mais teratológica do que a, quiçá, igualmente incongruente verdade formal – enquanto fulcro da atividade judicante penal. As origens da verdade material estão intimamente atreladas ao sistema acusatório-inquisitório, em que um agente do Estado preenchia função dúplici de acusação e julgamento. Tacitamente, há a busca da pretensão punitiva justificadora da paz social a lastrear-se em poderes pretorianos.

Se mesmo as teorias científicas são criticáveis, falseáveis e por fim falíveis, não se podendo asseverar a existência de teoria inexorável que se perpetue no tempo e não seja olvidada por novo paradigma – mesmo com todos os protocolos de controle para ensejar cientificidade –, o que dizer da verdade substancial? A verdade real ou substancial, princípio da investigação judicial da prova, ou seja lá qual for o rótulo pomposo que se dá a esse dogma anacrônico, é sempre imiscuída de juízos depauperados pelo arbítrio desarrazoado aprazível ao institucional ritualismo togado. Cabe lembrar que o magistrado não personifica a deificação a decidir com o seu cajado. Não se trata de um pretor romano como historiograficamente se sublinhou, porquanto, sob a égide do Estado Constitucional Democrático, representa o Estado-juiz a garantir e efetivar o processo sob o crivo dos seus princípios institutivos.

Por conseguinte, é o *Parquet* o *dominus litis* – art. 129, inc. I da CRFB. Portanto, cabe ao órgão ministerial, como titular da ação penal e detentor da *opinio delicti*, avaliar os elementos informativos obtidos na fase pré-processual, seja fundado em inquérito presidido pela autoridade policial judiciária ou por qualquer outra peça de informação. O sistema de avaliação de prova pátrio é misto, calcado na livre convicção do juízo e na

persuasão racional. O órgão julgante é livre para apreciar provas, porém, clarividente, de forma consentânea com a lei, de modo a ser haurível da própria decisão a sua imanente imparcialidade. Por isso é que a livre convicção do artigo 155 do CPP esta condicionada à persuasão racional – devendo a decisão ser motivada e fundamentada – art. 93, inc. IX, da CRFB. Logo, atentando-se ao contraditório e à ampla defesa, deduz-se que se faz necessário haver a acusação e a defesa como condição de validade da instrução probatória presidida pelo magistrado no modelo acusatório.

Desta feita, deve-se zelar pelo processo judicial escoreito em obediência às garantias processuais, verificando as incongruências que perfazem o procedimento, em especial, no que tange o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do julgador. Princípios esses muitas vezes desprezados em detrimento de valores em nada acurados e de questões repentinas enviesadas em atecnias jurídicas pela função legiferante do Estado (a exemplo do exaurido e debatido inquérito judicial, qual seria aqui a *mens legislatoris?*). É notório que as atecnias e controvérsias na persecução penal falimentar engendram instabilidade no ordenamento jurídico, mormente, por aviltar-se o direito processual. Processo não é mesmo um fim *per se*, entretanto, é a garantia maior de aplicação da lei e concretização do Estado Constitucional Democrático. Por derradeiro, ressalta-se a preeminência do devido processo constitucional e seus princípios consecutórios a elidir os excessos da inobservância da lei, impedindo a hipertrofia da punição, em clara guarida ao jurisdicionado em face da conduta desregrada do Estado. Lado outro, enquanto imperativo de tutela, evita-se a proteção deficiente ou a ausência do Estado que deve zelar pela efetividade da lei, apta a produzir concretamente seus efeitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa:** de acordo com a Lei n.11.101/2005. 23ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência:** Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-lei 3.689/1941. Promulgado em: 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 dez. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. Decreto-Lei nº 7.661/1945. Lei de Falências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jun. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 18 fev.2013.

_____. Lei 11.697. Dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e revoga as Leis nos 6.750, de 10 de dezembro de 1979, 8.185, de 14 de maio de 1991, 8.407, de 10 de janeiro de 1992, e 10.801, de 10 de dezembro de 2003, exceto na parte em que instituíram e regularam o funcionamento dos serviços notariais e de registro no Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11697.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Lei nº 11.101/2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça, CC Nº 29658 / SP. Rel. Ministro Felix Fischer, **Diário de Justiça**, Brasília, 26 mar.2001. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça, CC nº 76.740/SP. Rel. Ministro Massami Uyeda, **Diário de Justiça**, Brasília, 15 jun. 2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 05 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 85.147/SP. Rel. Ministra Jane Silva, Quinta Turma, julgado em 18/10/2007. **Diário de Justiça**, Brasília, 5 nov.2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 05 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 122. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual. **Diário de Justiça**, Brasília, 07 dez. 1994. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0122.htm> Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 103660 /SP, 1ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça**, Brasília, 07 abr. 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/STF/IT/HC_103660_SP_1308253355483.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; SOARES, Carlos Henrique. **Manual elementar de processo civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da ideia à defesa: monografias e teses jurídicas**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 11. ed. Niterói: Editora Impetus, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MINAS GERAIS. Lei Complementar nº 59 (consolidada com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 85, de 28 de dezembro de 2005, e pela Lei Complementar nº 105, de 14 de agosto de 2008). **Diário Judiciário eletrônico**. Belo Horizonte, 13 jan. 2009. Disponível em: <http://ftp.tjmg.jus.br/institucional/org_div_judi/organizacao_divisao_judiciaria.html>. Acesso em: 21 fev. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Conflito de Jurisdição n. 1.0000.08.485859-6/000, Relator: Desembargadora. Márcia Milanez, **Diário de Justiça eletrônico**, Belo Horizonte, 27 mai. 2009. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=96065388CFD3B8FDA3139FB6377CC683.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.08.4858596%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 20 fev. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERNAMBUCO, Tribunal de Justiça de Pernambuco, HC 4564-57.2012.8.17.000, Des. Mauro Alencar Barro, **Diário de Justiça de Pernambuco**, Recife, 07 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/doc.asp?codproc=335349>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

PROUST, Marcel. **Em Busca do Tempo Perdido: A Prisioneira**. Vol. 5. 1. ed. São Paulo: Editora Globo, 2011.

REIS, Rodolfo Soares dos. **Crime falencial e competência material: recebimento da ação penal após as Leis 11.101/05 e 11.719/08**. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá. 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política**

criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SÃO PAULO, Lei nº 3.947/1983. Modifica, parcialmente, a Organização Judiciária da Comarca de São Paulo e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. São Paulo, 9 dez. 1983. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma?id=37996>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do Direito**. 4.ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.