

Alexandre Demetrius Pereira

CRIMES FALIMENTARES

Teoria e Prática

2ª | revista e
Edição | atualizada

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DA UNIDADE OU UNICIDADE DO CRIME FALIMENTAR E O PROBLEMA DE SUA SUBSISTÊNCIA NA VIGÊNCIA DA LEI 11.101/05

Na vigência da lei anterior, era pacífico na doutrina e na jurisprudência que o crime falimentar deveria ser único, vale dizer, ocorrido mais de um delito falimentar, somente se puniria aquele dotado de pena mais grave,¹ restando impuníveis os delitos com penas menores. Cuida-se de

-
1. Vejam-se, como exemplo de aplicação do princípio da unicidade, os seguintes acórdãos: **Tribunal de Justiça de São Paulo**: “PENA – REDUÇÃO – CRIMES FALIMENTARES – APLICAÇÃO DAS PENAS DE CADA UMA DAS FIGURAS CRIMINAIS EM QUE INCORREU O RÉU – INADM – IMPOSIÇÃO SOMENTE DA PENA DO CRIME MAIS GRAVE – ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE PENAL FALIMENTAR – RPP” Recurso: ACR 92488 3, SP, Órgão: CCRIM 1, Relator: Luiz Betanho, Data: 30/01/91. **Tribunal de Justiça de São Paulo**: EMENTA. CONCURSO FORMAL – Crime falimentar – Artigos 186 e 188 da Lei de Falências – Aumento da pena – Impossibilidade – Crimes praticados pelo próprio falido – Unidade e não pluralidade de crimes – Redução determinada – Recurso provido para este fim. (Apelação Criminal n. 242.746-3 – São Paulo – 2ª Câmara Criminal – Relator: Silva Pinto – 09.03.98 – V. U.). **Tribunal de Justiça de São Paulo**: EMENTA. CRIME FALIMENTAR – Caracterização – Supressão de livros obrigatórios e prática de atos fraudulentos – Afastamento, entretanto, do delito previsto no artigo 188 da Lei de Falências – Condenação mantida face ao princípio da unicidade do crime falimentar – Recurso não provido. (Relator: Augusto Marin – Apelação Criminal n. 166.017-3 – São José do Rio Preto – 05.12.94). **Tribunal de Justiça de São Paulo**: EMENTA. APELAÇÃO – Crime falimentar (arts. 186, VII, 187 e 188, VIII, da Lei de Falências) – Preliminar de prescrição não atendida, pois entre a data em que a falência se devia encerrar e a do recebimento da denúncia, entre esta e a do julgamento do recurso não transcorreu o biênio (arts. 132, § 1º, da Lei de Falências, 117, I e IV, do Código Penal e Súmula 147 do Supremo Tribunal Federal) – Prova insuficiente de ser Peter Júnior Miranda sócio oculto da falida, de sorte a recair também sobre ele a responsabilidade pela prática dos crimes denunciados – Prova suficiente de ser sócio da empresa quando da decretação da quebra e, pois, responsável pelos delitos dos artigos 186, VII e 188, VIII, da Lei de quebras – Insuficiente a prova, todavia, no que concerne ao crime de transferência simulada ou fraudulenta das contas sociais (art. 187 da Lei de Falências) – Recurso de Peter provido e provido parcialmente,

instituto que cria uma verdadeira *fictio juris* com o condão de transformar diversas condutas criminais falimentares em único comportamento (complexo unitário), aplicando à conduta unificada a pena mais severa dos tipos penais que incidiriam separadamente.

A principal justificativa doutrinária para a unidade ou unicidade dos crimes falimentares era a de que a decisão que decreta a falência (hoje também a concessiva de recuperação judicial e homologatória do plano de recuperação extrajudicial), agindo como condição de punibilidade do delito falimentar, de forma una, converte em unidade jurídica os atos praticados pelo devedor ou equiparados.

TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE ressalta com peculiar propriedade que:

Sendo como é, na hipótese, única a condição de punibilidade, converte ela em unidade a pluralidade dos atos praticados pelo devedor anteriores à declaração da falência. O evento ofensivo é um só, ainda que haja o concurso de vários fatos mencionados na lei, já que estes não constituem crimes por si mesmos [...]. Trata-se, pois, de crime de estrutura complexa, em que as ações ou omissões são unificadas pela lei porque revelam uma conduta ilícita do devedor ou falido na direção dos seus negócios ou da sua empresa. Isto posto, verificando-se a existência de diversos fatos mencionados na lei, dá-se uma só ação punível, e não uma pluralidade de ações puníveis.²

FRANZ VON LISZT leciona no mesmo sentido:

A suspensão de pagamentos ou a abertura de falência é condição de punibilidade [...]. Esta condição de punibilidade, sendo, como é, una, converte em unidade jurídica o conjunto dos atos praticados pelo devedor comum.³

o de, sem alteração da pena, em face da unidade do crime falimentar, mas convertido o processo em diligência, relativamente a este último, para fim de cumprimento do artigo 89 da Lei n. 9.099/95. (Apelação Criminal n. 260.991-3 – Diadema – 3ª Câmara Criminal – Relator: Walter Guilherme – 04.05.99 – V.U.). **Tribunal de Justiça de São Paulo:** EMENTA. PENA – Redução – Crime falimentar – Princípio da unicidade que deve ser observado na sua aplicação – Recurso provido para esse fim. (Relator: Djalma Lofrano – Apelação Criminal nº 142.571-3 – Osasco – 23.12.93).

2. *Op. cit.*, p. 44-5.

3. *Op. cit.*, p. 288.

Além desse fato, cooperava também para uma única punição em tema de delito falimentar, a circunstância de que vários crimes descritos no ordenamento falimentar revogado se constituíam em tipos mistos alternativos, nos quais, cometidas mais de uma conduta descrita nos tipos penais, ter-se-ia apenas uma punição.

Vale lembrar novamente a lição de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, em comentários ao art. 186 do Dec. Lei 7.661/45, segundo o qual os delitos falimentares ali estatuídos consubstanciavam-se em crimes de conteúdo variado (chamados também por alguns de tipos mistos alternativos):

Trata-se de crime de conteúdo variado. Um só fato basta para revelar, no conceito da lei, a negligência, a imprudência ou a imperícia, conforme o caso, do devedor na direção dos seus negócios ou da sua empresa. A ocorrência de mais de um fato não quebra a unidade do crime. Poderá, porém, determinar o aumento da pena.⁴

Os tipos mistos alternativos, de ação múltipla ou de conteúdo variado, como explica DAMÁSIO E. DE JESUS:

São crimes em que o tipo penal faz referência a várias modalidades da ação [...]. Neste caso, mesmo que sejam praticadas as três formas de ação, elas são consideradas fases de um só crime.⁵

Em reforço dos argumentos supracitados, considerava-se ainda que a sujeição passiva dos crimes falimentares e os bens jurídicos atingidos eram os mesmos nas diversas condutas previstas, o que não justificava o concurso de crimes.

Tão forte era a defesa da unidade/unicidade dos crimes falimentares que autores como OSCAR STEVENSON defendiam que ela operava até mesmo entre crimes pré-falimentares e pós-falimentares, com pequena ressalva de que, nessa hipótese, haveria um crime continuado:

E se houver fatos anteriores à sentença em concorrência com fatos posteriores?

4. Op. cit., p. 52.

5. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 186.

O decreto de falência como condição de punibilidade converte os anteriores em crime. Na declaração de quebra lhes reside o momento consumativo. Quanto aos posteriores, a sentença é apenas elemento constitutivo, o ponto inicial da comissão ou omissão, de modo que o momento consumativo está no executar do último fato.

Portanto, agora teremos multiplicidade natural de fatos.

Porém, o crime é um apenas, crime continuado: os vários fatos anteriores e posteriores à quebra se homogeneizam na unidade de resolução e as ações sucessivamente repetidas originam uma única ofensa de direito. Uma só a declaração de falência, um só o elemento subjetivo, um só portanto o evento de perigo para o comércio. Complexo unitário de atos, pela unidade subjetiva do comportamento.⁶

Na vigência da Lei 11.101/05, surgiram discussões acirradas sobre a subsistência da unicidade como princípio inerente aos delitos falimentares.

6. Op. cit., p. 153-4. Discutindo a tese do autor, PAULO SALVADOR FRONTINI apresenta pequena divergência: "Oscar Stevenson – que escreveu ao tempo da anterior lei – aceita o princípio do que denomina unitariedade, ou seja, unidade do crime falimentar, em relação a todos os fatos ocorridos antes da sentença de quebra. Quando estes concorrem com fatos ocorridos posteriormente (crimes antefalimentares + crimes pós-falimentares), sustenta haver, então, multiplicidade natural de fatos, embora um só seja o crime continuado: "Os vários fatos anteriores e posteriores quebra se homogeneizam em unidade de resolução e as ações sucessivamente repetidas originam uma única ofensa de direito" (ob. cit. p. 154). Assim colocadas as posições doutrinárias mais expressivas a respeito, cabe concluir que o princípio da unidade do crime falimentar é plenamente aceitável em relação a todas as condutas perpetradas antes da falência. Explica-se: no direito penal brasileiro, o fato-crime se desdobra em dois elementos: a conduta (ação ou omissão) e o resultado (Manoel Pedro Pimentel, Crimes de mera conduta, Cap. II). Se, ao ensejo da falência, concorrem condutas alimentadas por dolo de dano e por dolo de perigo, em todos os casos, o resultado será um dano. Ou este é efetivo (por exemplo, nos casos do art. 187), ou é presumido, como nas hipóteses dos arts. 186 e 188 (valendo lembrar, como foi dito linhas atrás – n. IV – que, nos casos destes últimos dois artigos, a lei presume, como dano, a agraviação do prejuízo dos credores). De qualquer forma, sendo um só o resultado (prejuízo maior ou menor dos credores, efetivo ou presumido), resulta claro que a multiplicidade de condutas se funde na unidade de resultado, o que autoriza a conclusão de que o fato-crime é um só. A pena, logicamente, será única, impondo-se a mais grave. Já não parece cabível essa solução se ocorrem crimes antefalimentares e crimes pós-falimentares. Nestes, há que reconhecer-se sempre a existência de crimes de dano (arts. 189 e 190 da lei). O resultado, como elemento do crime pós-falimentar, é um dano a massa. Estas ponderações permitem concluir que, em tal hipótese, há duas ou mais ações, com dois ou mais resultados, configurando-se nitidamente um concurso material, a determinar a imposição de pena cumulativamente. Se, porém, se entender que os crimes pós-falimentares atingem também e apenas os credores, causando-lhes dano, a solução adequada será a preconizada por Stevenson, ou seja, reconhecer-se a ocorrência de crime continuado, impondo-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de 1/6 a 2/3." (*Crime falimentar*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, n. 27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 63-4).

De fato, a forma de definição dos crimes falimentares efetivadas no novo diploma falencial é completamente diferente daquela empregada na legislação anterior, além do fato de a lei atual nada ter dito em acolhimento ao princípio da unidade ou unicidade. Opinando desfavoravelmente à continuidade do princípio na Lei 11.101/05, ARTHUR MIGLIARI JÚNIOR ressalta, com nosso aplauso, que:

No entanto, ao que nos parece, pelo texto da Lei de Recuperação de Empresas (LRE) tal forma de pensar caiu em total desuso e descrédito.

Primeiro, porque a Lei 11.101/05 mandou aplicar todas as normas do Código Penal brasileiro, aqui incluídas as regras do concurso de crimes (arts. 69 a 71 do Código Penal) [...].

Há uma classificação totalmente diferente, havendo crimes que são cometidos antes da falência, depois da falência, concomitantemente com esta, e, principalmente, crimes que podem subsistir por si só, sem que exista uma falência decretada.

Não vemos como, diante do novo texto legal, possa persistir a ideia de unicidade dos crimes falenciais, eis que a atuação da persecução penal poderá ser iniciada em qualquer fase do procedimento de recuperação ou da falência, tão logo ocorrer o delito, ou quando entender mais viável à persecução penal, o órgão do Ministério Público.⁷

O STJ, entretanto, continua a aplicar o princípio da unicidade em seus julgados.⁸

7. Op. cit., p. 106.

8. **Superior Tribunal de Justiça:** RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME FALIMENTAR. FRAUDE A CREDORES. INDUÇÃO A ERRO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO COM BASE NO DECRETO-LEI N. 7.661/1945. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA UNICIDADE DOS CRIMES FALIMENTARES. APLICAÇÃO. PRECEDENTES. APLICÁVEL A LEI N. 11.101/2005. PLEITO DE ATIPICIDADE. CRIAR UMA EMPRESA. TIPO PENAL QUE TUTELA A CONDUTA QUE POSSA CAUSAR PREJUÍZO. DESNECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CRIME DE PERIGO. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE AFIRMOU QUE O PREJUÍZO FICOU COMPROVADO NOS AUTOS. REVER O ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VENDA DE PONTO COMERCIAL. MERO EXAURIMENTO DO 1º FATO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PLEITO PELA ATIPICIDADE DO 3º FATO. ALEGAÇÃO DE QUE O IMÓVEL NÃO PERTENCIA À FALIDA. REEXAME DO MATERIAL PROBANTE. NECESSIDADE. SÚMULA 7/STJ. FRAUDE COM LOCAÇÃO DE IMÓVEL. MERO EXAURIMENTO DO 1º FATO. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO, SÚMULA 284/STF. VENDA DE PONTO COMERCIAL. MERO EXAURIMENTO DO 1º FATO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO SOB O ENFOQUE TRAZIDO NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 282/STF. INDUÇÃO

No mesmo sentido, a jurisprudência do TJSP tem acolhido a unicidade.⁹

A ERRO. INFORMAÇÕES FALSAS. INFORMAÇÕES REQUISITADAS. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FALSOS VOLUNTARIAMENTE. CAUSA DE AUMENTO. ART. 168, 1º, V, DA LEI N. 11.101/2005. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE AFIRMOU QUE OS LIVROS CONTÁBEIS ESTAVAM COM O RÉU. REVER ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA UNICIDADE. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. FATOS 1 A 4. RETORNO DOS AUTOS. NOVA DOSIMETRIA DA PENA. 1. O princípio da unicidade estabelece que, havendo o concurso de diversas condutas voltadas ao cometimento de fraudes aos credores da empresa em processo de falência, considera-se a prática de apenas um único tipo penal, para o qual deve ser aplicada a pena do mais grave deles (HC n. 94.632/MG, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, Dje 20/3/2013). 2. Tratando-se de crime único, vê-se que o último fato descrito na denúncia ocorreu em 11 de dezembro de 2007 e, portanto, somente nessa data a fraude foi definitivamente realizada. Consumando-se em 2007, aplicável a Lei n. 11.101/2005, cujos prazos prescricionais são regidos pelo art. 182 da referida lei e pelas disposições do Código Penal. Delito que não se encontra prescrito. 3. Uma vez que o tipo penal ao art. 168 da Lei n. 11.101/2005 tutela a conduta que possa causar prejuízo, desnecessária a demonstração de efetiva prejuízo, pois o crime é classificado como de perigo. Sendo assim, não é necessário demonstrar que a criação de uma outra empresa, no mesmo ramo comercial que a falida, efetivamente acarretou prejuízo aos credores. 4. Ademais, verifica-se que a Corte a quo afirma que o prejuízo sofrido pelos credores ficou comprovado com a demonstração de liquidação de débitos da Fazenda Pública estadual e Federal. Sendo assim, para rever o posicionamento, seria necessário o reexame fático-probatório dos autos, o que não é possível em razão do disposto na Súmula 7/STJ. 5. O fato de o pleito referente à venda de ponto comercial pertencente à falida (2º fato) ser mero exaurimento da acusação relacionada ao 1º fato não foi debatido pelo Tribunal de origem sob o enfoque trazido no recurso especial. O tema também não foi tratado nos embargos de declaração, motivo pelo qual o tema carece de prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ. 6. Para que se possa examinar a pretensão ventilada pelo ora recorrente para entender que o imóvel em questão não pertencia à falida, seria indispensável compulсар os autos, a fim de verificar se todas as provas neles constantes sustentariam a conclusão almejada. E esse revolvimento do material probante não é permitido em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 7. O pedido de reconhecimento de que a locação de imóvel é mero exaurimento da acusação relacionada ao 1º fato não merece ser conhecido, uma vez que, com relação a ele, a defesa não indicou o dispositivo de lei federal tido por violado. Óbice previsto na Súmula 284/STF. 8. O pleito de reconhecimento de que a venda de ponto comercial seria mero exaurimento do 1º fato não foi debatido pelo Tribunal de origem sob o enfoque trazido no recurso especial. Súmula 211/STJ. 9. Para configuração do crime de erro de indução na modalidade prestar informações falsas não é necessário que as informações sejam prestadas apenas quando reclamadas, elas podem ser apresentadas pelo réu, no processo de falência, de forma voluntária. 10. Após promoverem o exame do arcabouço fático-probatório dos autos, as instâncias ordinárias concluíram que o réu tinha acesso aos livros contábeis. Para desconstituir a conclusão das instâncias ordinárias, na forma pretendida pela ora agravante, implica necessariamente a incursão no conjunto probatório dos autos, revelando-se inadequada a análise da pretensão recursal em função do óbice da Súmula 7/STJ. 11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido apenas para reconhecer a existência de crime único entre os fatos n. 1, 2, 3 e 4 descritos na denúncia, devendo os autos retornar ao Tribunal de origem para que proceda à nova dosimetria da pena. (REsp n. 1.617.129/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 7/11/2017, Dje de 21/11/2017.)

9. **Tribunal de Justiça de São Paulo:** Nulidade – Inépcia da denúncia – Não caracterizada – Qualificação dos acusados, descrição fática e individualização da conduta satisfatórias – Requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal observados – Preliminar rejeitada.

Problema processual que pode surgir, se adotado o princípio da unidade, é o de saber o exato momento de sua aplicação. Por outras palavras, pode-se indagar: dada a unidade do crime falimentar, havendo mais de um delito desta espécie, deve haver, desde logo, único crime apurado nas investigações e único crime a constar em eventual denúncia ou queixa, ou o reconhecimento da unidade somente deverá acontecer em decisão judicial?

Tal questão é relevante, pois muitas vezes a própria tipificação dada na denúncia, com pluralidade e concurso de crimes, inviabilizará a concessão de benefícios penais como os da suspensão condicional do processo ou da transação penal, constantes da Lei 9.099/95.¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça, analisando essa questão, veio a decidir pela impossibilidade de aplicação do princípio da unidade dos crimes falimentares antes da sentença, para a concessão de eventuais benefícios de suspensão condicional do processo.¹¹

Nesse sentido:

Crime Falimentar – Absolvção – Materialidade e autorias devidamente comprovadas – Condenações mantidas. Princípio da Unicidade – Crimes falimentares – Ainda que com desígnios autônomos, mas contra credores, se reconhece como crime único, valendo-se da pena do maior ilícito – Reconhecida a unicidade quanto aos delitos previstos no artigo 168 e 173 da Lei de Falências, eis que sujeito passivo é o mesmo, isto é, o credor – Mantido o concurso material em relação ao delito previsto no artigo 171 da Lei em comento, eis que sujeito passivo distinto, no caso, o Juízo, a Administração Pública. Redução das penas-base – Circunstâncias judiciais desfavoráveis – Consequência e gravidade do delito que extrapolaram às inerentes ao tipo penal em apreço justificam a majoração da reprimenda. Regime semiaberto – Primariedade – Total das reprimendas – Circunstâncias judiciais desfavoráveis – Inteligência do artigo 33, § 2º, alínea "b" do Código Penal. Recursos parcialmente providos. (TJSP; Apelação Criminal 1500018-85.2019.8.26.0549; Relator (a): Klaus Marouelli Arroyo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santa Rosa de Viterbo - Vara Única; Data do Julgamento: 08/03/2023; Data de Registro: 08/03/2023)

10. Veja-se, por exemplo, se o concurso de crimes constante da denúncia ultrapassar a pena mínima de um ano pela soma ou aumento de pena derivadas do concurso, incabível restaria a aplicação da suspensão condicional do processo. Nesse sentido é o entendimento da Súmula 243 do STJ: *“O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”*.
11. Não podemos deixar de consignar posição contrária do TJSP, muito embora não concordemos com a posição tomada, admitindo a aplicação do princípio da unicidade antes da sentença para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo. Nesse sentido: **Tribunal de Justiça de São Paulo**: PROCESSO-CRIME – Suspensão condicional – Crime falimentar – Concurso material – Irrelevância – Princípio da unicidade – Sujeição à Lei Federal nº 9.099/95 – Crime mais grave, no caso, cuja pena mínima cominada é de um ano – Aplicabilidade do benefício – JTJ 253/502.

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: HC 26126/SP (200201758984)

522574 HABEAS CORPUS

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o pedido. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com a Sra. Ministra Relatora. DATA DA DECISÃO: 18/11/2003. ORGÃO JULGADOR: – QUINTA TURMA

E M E N T A

HABEAS CORPUS. CRIMES FALIMENTARES. CONCURSO MATERIAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA UNICIDADE. INAPLICABILIDADE ANTES DA SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 243 DO STJ.

1. Constitui óbice inarredável o fato de haver concurso material de crimes (arts. 186, inciso VI, e 188, inciso VIII, do Decreto-lei n.º 7.661/45), cujas penas mínimas cominadas em abstrato são, respectivamente, de 6 (seis) meses e 1 (um) ano, perfazendo um somatório acima da restrição legal, que é de 1 (um) ano. Incidência do verbete sumular n.º 243 desta Corte.

2. A unidade dos crimes falimentares, ressalte-se, fictícia, de criação doutrinária, e altamente questionável, já caracterizaria uma benesse ao agente, aplicável somente ao final da instrução criminal, por ocasião da prolação da sentença. Não pode servir, também, para, contornando o comando legal (art. 89 da Lei n.º 9.099/95), vencer uma restrição objetiva à suspensão condicional do processo, outro benefício instituído pela lei.

3. É improcedente o pedido alternativo de remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, porquanto a hipótese de aplicação analógica do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal ocorre quando há divergência entre o Juiz e o Promotor de Justiça acerca do oferecimento do benefício, o que não é o caso dos autos.

4. Ordem denegada.

O mesmo problema de aplicação da unicidade pode surgir quanto à incidência do instituto despenalizador do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). A questão que se coloca é saber se, havendo concurso de

crimes falimentares cuja soma ou exasperação de penas resultem em pena mínima de quatro anos ou superior, seria aplicável a unicidade do crime falimentar para que, considerando somente a pena do crime mais grave (esta inferior a quatro anos), entenda-se cabível o ANPP na hipótese.

Embora a jurisprudência ainda não se tenha debruçado sobre o assunto, entendemos que, se a unicidade do crime falimentar não é aplicável antes da sentença para viabilizar benefícios penais como a suspensão condicional do processo, pela mesma razão será inaplicável referido instituto para possibilitar, também antes da sentença, a proposta de acordo de não persecução penal. Dessa forma, se o concurso de crimes falimentares resultar em pena mínima igual ou superior a quatro anos, incabível será a proposta de acordo de não persecução penal.

Uma questão final ainda se põe no tocante à coisa julgada: se a unidade do crime falimentar transforma as várias condutas em uma, com único crime, suponhamos que tenha havido condenação com trânsito em julgado por dado crime falimentar. Posteriormente, descobre-se a prática de outro crime da mesma natureza, que antecedeu ou sucedeu àquele objeto da condenação. Imaginemos, como exemplo, o devedor que desviou bens da massa falida, sendo condenado por infração ao art. 173 da Lei 11.101/05, sobrevivendo ao conhecimento geral que, antes ou depois do primeiro fato, o devedor criara passivos fictícios em sua escrituração, fraudando credores (art. 168, §1º, I e II, da Lei 11.101/05), fato este não objeto da condenação aludida. Poder-se-ia ajuizar nova ação penal tendo por objeto esta última conduta?

Se considerarmos aplicável a unidade/unicidade, que torna a conduta criminal falimentar um todo único, a resposta deve ser negativa.

De fato, se as diversas condutas praticadas são transformadas em uma única, por força do princípio da unidade/unicidade do crime falimentar, forçoso admitir que a conduta unificada já fora levada a conhecimento do Poder Judiciário no processo em que houve a coisa julgada e não mais pode ser objeto de reapreciação, sob pena de violação da coisa julgada. Mesmo que na decisão judicial não se tenha punido o crime mais grave ocorrido, não se poderá ultrapassar o óbice da coisa julgada para incrementar a sanção, uma vez que já foi aplicada pena pela conduta criminal falimentar objeto de unicidade.

Nesse sentido, cabe citar a lição de VICENTE GRECO FILHO, que preceitua que a coisa julgada, no processo penal, forma-se em relação ao

fato em si, não apenas ao que se descreveu na ação penal. Se o fato é único (por aplicação da unicidade), sobre ele se formará a coisa julgada, mesmo que não descrito integralmente na denúncia:

Para a identificação das ações, é muito importante o fundamento jurídico do pedido, que se apresenta diferentemente no processo civil e no processo penal. No primeiro, adotou-se o princípio da substanciação quanto ao fundamento jurídico da ação: o juiz decidirá sobre o fato descrito na inicial como fundamento da pretensão, não ficando, portanto, proibida a repetição do pedido se novo fato o justificar. No processo penal, porém, adotou-se o sistema da individuação, isto é, a descrição do fato feita na denúncia tem por fim simplesmente individuá-lo (e, é lógico, possibilitar a defesa), mas a atuação da justiça penal não fica limitada a ele, existindo, no Código de Processo Penal, o mecanismo de adaptação da denúncia à realidade, que poderá aparecer no curso da demanda (arts. 383 e 384, com a redação alterada pela Lei n. 11.719/2008). Em contrapartida, a coisa julgada atingirá não só o fato descrito na denúncia, mas o fato da natureza, o que verdadeiramente ocorreu, ainda que alguma de suas circunstâncias permaneça desconhecida pelo juiz. Assim, se alguém é processado por lesão corporal e é absolvido, não poderá sê-lo, posteriormente, quanto ao mesmo fato, por maus-tratos [...].

Nossa posição é a de que a acusação traz à decisão o fato da natureza por inteiro, ainda que não o descreva integralmente, cabendo aos órgãos da persecução penal apresentá-lo por completo, aplicando-se, se for o caso, o art. 384 do Código, conforme comentado, porque a sentença esgotará, definitivamente, a possibilidade de trazê-lo a novo processo penal contra o mesmo réu.

Não se pode, pois, aceitar a posição de Giovanni Leone, para o qual se exige completa identidade cronológica e material entre os elementos que constituem a ação que se imputa aos agentes no procedimento a respeito do qual intervêm a coisa julgada e os elementos que constituem o fato imputado à mesma pessoa no procedimento que se quer iniciar depois, bastando que um só elemento seja diferente para que não se possa falar de um mesmo fato.

Ao contrário, basta que o núcleo do tipo seja o mesmo (não na exteriorização verbal, mas na sua essência), para que haja identidade do fato. É o que se deve entender como “fato principal” no art. 110, § 2º, do Código quanto à exceção de coisa julgada, que se aplica, também, à de litispendência.

O que define, pois, a coisa julgada é o núcleo da infração em seu significado essencial, não importando os seus elementos acidentais. Se o núcleo da infração foi trazido a juízo, ainda que os elementos secundários ou acidentais sejam diferentes na realidade, não se admitirá nova ação penal sobre o mesmo fato.

Alguns exemplos poderão elucidar melhor a questão.

Se houve acusação por furto, porque o indivíduo "X" subtraiu R\$ 1.000,00 de outrem, não poderá haver outra ação penal ainda que se apure, posteriormente, que naquela ação foram subtraídos R\$ 1.200,00. Também não poderá haver ação penal por apropriação indébita pela mesma conduta.

Não poderá, ainda, haver nova ação penal por lesão corporal, se houve absolvição pelo homicídio da mesma pessoa pelo mesmo agente e na mesma oportunidade, porque o fato morte tem o mesmo núcleo essencial da lesão corporal.

O mesmo ocorre, ainda, se alguém é condenado ou absolvido por tentativa de homicídio e, depois, verifica-se que ocorreu a morte. Não poderá haver ação penal por esta última em virtude da coisa julgada resultante do julgamento definitivo da mesma conduta. Igualmente, se a absolvição foi de lesão corporal em face de eventual crime de maus-tratos.

Repita-se, pois, que a fase do art. 384, que tem por fundamento a garantia do direito de defesa, é a última oportunidade de se fazer a adequação da imputação formal à realidade. Não teria ele sentido, aliás, se a alteração de algum elemento fático, com modificação da causa de pedir e da qualificação jurídico-penal, pudesse ensejar outra ação penal, como ocorre no processo civil.

Essa interpretação aparentemente ampliativa, mas, na verdade estrita, da coisa julgada penal é uma exigência de garantia da pessoa contra perseguições e contra a vingança pública ou privada.¹²

A questão não passou despercebida pela lente percuciente de OSCAR STEVENSON, no estudo particular da aplicação da unidade/unicidade nos crimes falimentares, abrangendo, para este autor, apenas os crimes falimentares antecedentes à condenação:

Absolvido de um fato o agente, não poderá reproduzir-se-lhe a acusação por outro fato, mesmo compendiado em artigo diverso,

12. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76 e 369.

quando anteriores esses fatos ao início da ação penal, porque reconhecido isento de injuridicidade o seu comportamento [...].

Absolvido o réu, não mais poderá ser responsabilizado por infrações precedentes à ação penal, senão que por fatos ulteriores ao seu ajuizamento.¹³

Note-se que, conquanto razoável a opinião do doutrinador supracitado em abranger, por aplicação da unicidade, os efeitos da coisa julgada apenas em relação às condutas anteriores à condenação, o fato é que a unicidade não se aplica apenas retroativamente, não se podendo excluir o óbice da coisa julgada também aos crimes falimentares posteriores a uma condenação transitada em julgado, notadamente se seguirmos a doutrina que aplica a unicidade entre crimes pré-falimentares e pós-falimentares.¹⁴

A repercussão da unicidade na coisa julgada, nos moldes anteriormente vistos, gera enormes distorções, impedindo a justa aplicação de penas a condutas que deveriam ser objeto de punição criminal. Este é mais um motivo pelo qual entendemos que o instituto da unidade/unicidade merece severas críticas, as quais serão aprofundadas mais adiante.

14.1. UNICIDADE/UNIDADE E CONCURSO DE CRIMES FALIMENTARES E COMUNS

Ainda que se admita a unidade ou unicidade como princípio inerente aos crimes falimentares, posição com a qual não concordamos, é de se ressaltar que esta não se aplica quando haja concurso de crime falimentar e crime comum, mas unicamente quando exista pluralidade de crimes falimentares.

A legislação anterior (Dec. Lei 7.661/45) dizia em seu art. 192 que no concurso entre crime comum e falimentar dever-se-ia aplicar a regra do concurso formal (antigo art. 51, §1º, do CP, atual art. 70 do mesmo diploma).

À época, bem explicava a hipótese de concurso de crimes falimentares e comuns ALBERTO SILVA FRANCO *et. al.*:

13. *Op. Cit.*, p. 150-1.

14. Se entendermos que, como alguns doutrinadores, há hipótese de continuidade delitiva entre crimes pré-falimentares e pós-falimentares, cabível seria denunciar fatos condutas separadas em processos criminais distintos, sem óbice da coisa julgada, situação em que poderia haver posterior unificação de penas em fase de execução penal.

Há de se distinguir duas hipóteses, em tema de concurso de crime falimentar com crime comum: a) a figura falimentar também constitui crime comum, independentemente, portanto, da declaração da falência, tratando-se apenas de uma ação [...] b) o crime comum não é previsto como crime falimentar [...]. No primeiro caso, determina o art. 192 que os dois crimes concorrentes sejam reconhecidos com aplicação da regra do art. 70 do Código Penal (concurso formal). Na segunda hipótese (b), ou só há o crime comum ou há concurso material com crime falimentar.¹⁵

Na vigência da Lei 11.101/05, não há determinação expressa no sentido da espécie de concurso de crimes cabível em cada caso concreto. Assim entendemos que a matéria restará regulada em sua totalidade pelo Código Penal (arts. 69 a 71), de aplicação subsidiária à legislação falimentar em matéria criminal.

Muito comum é o concurso de crimes falimentares com delito de quadrilha,¹⁶ formada para prática de delitos em detrimento da coletividade

15. FRANCO. Alberto Silva et. al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1997. v.2., p. 1488.

16. **Superior Tribunal de Justiça:** Processo: HC 85148 / SP HABEAS CORPUS 2007/0140134-7. Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (8145) Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 06/09/2007. Data da Publicação/Fonte DJ 01.10.2007 p. 351 Ementa. CRIMINAL. HC. CONDENAÇÃO. QUADRILHA. PARTICIPAÇÃO DO RÉU NÃO DEMONSTRADA. FALTA DE PROVAS. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA E ACÓRDÃO BEM ELABORADOS. FUNDAMENTAÇÃO NAS PROVAS DOS AUTOS. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO. MAIORES INCURSÕES NÃO PERMITIDA NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO DOS FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1- Se a sentença monocrática foi habilmente elaborada pelo Juízo singular, que explicitou minuciosamente os fatos atribuídos aos acusados, com a devida participação de cada um, descrevendo de forma detalhada os acontecimentos, com as respectivas provas, não há que se falar em constrangimento ilegal. 2- Demonstrado o prévio ajuste entre os denunciados, os quais se associaram livremente, com o fim de praticar crimes falimentares contra a massa credora, resta afastada a tese defensiva de nulidade da sentença condenatória, bem como do aresto impugnado, sendo certo que foi explicitada nas decisões a prática pelo paciente dos atos delituosos a ele imputados, especialmente, do crime de quadrilha. 3- O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para maiores incursões acerca da legalidade da condenação do réu no delito a ele imputado, por demandar exame aprofundado das circunstâncias de fato e das provas dos autos. 4- Ordem denegada. **Superior Tribunal de Justiça:** HC 33398 / SP HABEAS CORPUS 2004/0011566-8. Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador T5 – QUINTA TURMA Data do Julgamento 17/08/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 20.09.2004 p. 311 Ementa. CRIMINAL. HC. CRIMES FALIMENTARES E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PREJUIZO À DEFESA NÃO EVIDENCIADO. AUTORIA COLETIVA. POSSIBILIDADE DE DENÚNCIA MAIS OU MENOS GENÉRICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. I. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na

de credores, lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98),¹⁷ crimes contra a ordem

ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra in casu. II. Exordial acusatória que narra com clareza a possibilidade de existência dos fatos típicos, permitindo aos acusados o perfeito conhecimento da extensão da narração e, por consequência, facultando-lhes a ampla defesa. III. Tratando-se de delito de autoria coletiva, não se tem como inepta a denúncia que não descreve, pormenorizadamente, a conduta dos denunciados, quando não obstrui, nem dificulta o exercício da mais ampla defesa, admitindo-se a narração mais ou menos genérica por interpretação pretoriana do art. 41 da Lei Processual Penal. IV. Ordem denegada. **Superior Tribunal de Justiça:** RHC 16854 / SP. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 2004/0158509-0 Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA. Data do Julgamento 24/05/2005. Data da Publicação/Fonte DJ 13.06.2005 p. 324. Ementa. CRIMINAL. RHC. CRIME FALIMENTAR. DESVIO DE BENS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. FALHAS NÃO VISLUMBRADAS. QUESTÕES CONTROVERTIDAS DEVEM SER SUBMETIDAS À INSTRUÇÃO CRIMINAL. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DO CRIME DE QUADRILHA. IMPROCEDÊNCIA. CONEXÃO. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU FORAGIDO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. PRISÃO ADMINISTRATIVA. SÚMULA N.º 280/STJ. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO CONCEDIDO. Hipótese em que o paciente foi denunciado pela suposta prática de crime falimentar (desvio de bens) e formação de quadrilha, tendo sido decretadas as suas prisões administrativa e preventiva. Pleito de trancamento da ação penal por inépcia da denúncia, em razão da ilegitimidade passiva e atipicidade da conduta do paciente, e de revogação das custódias. Os vícios apontados pelo recorrente, quanto à atipicidade da conduta e ilegitimidade passiva, não restaram, de plano, comprovados. Se evidenciada a ocorrência de suposta transferência de valores para conta no exterior, ainda que de titularidade da empresa falida, e a ausência de arrecadação da referida quantia na fase própria do processo de falência, em prejuízo aos credores, resta configurado, em tese, o crime de desvio de bens. A associação de mais de três pessoas para o fim de cometer crimes, caracteriza o eventual cometimento do delito de formação de quadrilha ou bando, ainda que nenhum crime seja efetivamente praticado, bastando, portanto, o intuito de proceder à prática delitiva. A via eleita não se presta para verificar se o paciente é, ou não, sócio, diretor ou gerente da empresa falida, demonstração que caberá à defesa no decorrer da instrução criminal, momento adequado para a dilação probatória e esclarecimentos das questões controvertidas. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP, o que não se verificou no caso. Ainda que o delito de formação de quadrilha não seja propriamente falimentar, o seu julgamento compete ao Juízo da Falência, em virtude da conexão, porque evidenciado que a sua prática ocorreu no mesmo contexto em que cometidos os crimes falimentares. Precedentes desta Corte. O simples fato de se tratar de réu foragido pode obstar a pretendida revogação da prisão processual. A decretação da prisão administrativa do paciente, com base em dispositivo da Lei de Falências, configura constrangimento ilegal, pois tal dispositivo afronta a Constituição da República. Incidência da Súmula n.º 280 do STJ. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. Concessão de habeas corpus, de ofício, para revogar a prisão administrativa decretada contra o paciente.

17. **Superior Tribunal de Justiça:** RHC 11918 / SP. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 2001/0114611-9. Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111). Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA. Data do Julgamento 13/08/2002. Data da Publicação/Fonte DJ 16.09.2002 p. 202. Ementa. CRIMINAL. RHC. "LAVAGEM" DE DINHEIRO. CRIMES FALIMENTARES, ESTELIONATOS E FALSIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. DENÚNCIA MAIS OU MENOS GENÉRICA ADMITIDA.

tributária, contra o sistema financeiro, estelionato, duplicata simulada, entre outros.¹⁸

Havendo concurso entre crime falimentar e outro definido no Código Penal ou legislação penal especial, será incabível a aplicação do princípio da unicidade e, por consequência, de benefícios penais previstos na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) se as penas do concurso de crimes superarem o patamar exigido por esta legislação.¹⁹

14.2. ANÁLISE CRÍTICA DA UNICIDADE/UNIDADE DO CRIME FALIMENTAR SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Em nosso ver, o acolhimento geral da unicidade do crime falimentar, tal como feita pela jurisprudência, está a merecer severas críticas.

AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO PACIENTE E O DELITO. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. RECURSO DESPROVIDO. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação e em flagrante prejuízo à defesa dos réus, sendo que, tratando-se de crimes de autoria coletiva, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do CPP. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade. É imprópria a alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, sob a alegação de que o paciente não seria sócio das empresas, atuando, apenas, como advogado de uma delas, se evidenciado, nos autos, a presença de indícios suficientes para a possível configuração do crime de lavagem de dinheiro e a participação, em tese, do paciente em suas atividades. O habeas corpus é meio impróprio para a análise de alegações que exijam o exame do conjunto fático-probatório – como a sustentada ausência de elementos comprobatórios do nexo de causalidade entre a conduta do paciente e o delito que lhe foi imputado – tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária. A competência para o crime de lavagem de dinheiro é definida diante do caso concreto e em função do crime antecedente. Se o crime anterior for de competência da Justiça Federal, caberá a esta o julgamento do processo relacionado ao crime acessório. Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de delito de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores oriundos, em tese, de crimes falimentares, estelionatos e falsidade, se inexistente, em princípio, imputação de delito antecedente afeto à Justiça Federal. Recurso desprovido.

18. Analisaremos melhor o concurso entre os delitos falimentares e os crimes de estelionato e duplicata simulada quando passarmos em revista ao art. 168 da Lei 11.101/05.

19. **Tribunal de Justiça de São Paulo:** SUSPENSÃO DO PROCESSO – Crime falimentar – Aplicação do princípio da unicidade dos crimes – Inadmissibilidade se há a imputação de outra infração prevista no Código Penal – Concurso material que impede a aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95 (TJSP) – RT 801/516.

De fato, a manutenção do princípio da unicidade dos crimes falimentares, tal como hoje consagrado na jurisprudência, revela-se **incompatível com os fundamentos de Análise Econômica do Direito**. A unificação de todas as condutas delituosas praticadas no contexto de uma única falência ou recuperação, sob um único tipo penal, não se coaduna com os princípios de eficiência punitiva, proporcionalidade e racionalidade dos incentivos que regem a moderna política criminal.

Embora historicamente justificável pela necessidade de simplificação processual e limitação de meios investigativos, essa concepção tornou-se anacrônica diante do atual estágio de desenvolvimento institucional e tecnológico do sistema de justiça.²⁰

Sob a ótica econômica, a unicidade cria um problema evidente de **custo marginal nulo**: uma vez configurada a falência/recuperação e consumado inicialmente um ato fraudulento mais grave, o infrator saberá que novas fraudes não gerarão aumento no risco penal, pois somente a primeira será punida. O custo esperado da punição permanece constante (e inexistente para ulteriores ilícitos), enquanto o benefício marginal de cada nova fraude cresce, especialmente em contextos de administração de massa falida com ativos substanciais.

Nessa ótica, quando o sistema jurídico comunica ao agente que **não há acréscimo punitivo** para cada nova fraude dentro da mesma falência/recuperação, ele implicitamente **autoriza a escalada do comportamento criminoso**. O sujeito racional, percebendo que o custo marginal do ilícito adicional é zero, passa a ter incentivo a “aproveitar o pacote”: se será punido de qualquer modo, é economicamente “vantajoso” ampliar a fraude, tornar-se mais ousado, ocultar mais bens, adulterar mais documentos ou negociar com bens da massa, porque não há acréscimo de risco penal.

Essa estrutura de incentivos é disfuncional, pois **estimula a maximização do ilícito e compromete o efeito dissuasório da sanção**, aniquilando a função preventiva geral da pena para os delitos cometidos com penas

20. Essa crítica ao anacronismo do princípio da unicidade, na verdade, não é tão recente. MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHER (op. cit. p. 41), já o fazia: “A unidade do crime falimentar praticado pelo falido representa uma anomalia no sistema moderno, pagando a lei, neste ponto, ainda um tributo a teorias antigas. Abolida a teoria da falência-crime, há que arcar com as consequências, reconhecendo a pluralidade das condutas [...], sem mais subterfúgios. É também evidentemente artificial e arcaico o conceito de que um único fato demonstre *juris et de jure* o complexo genérico do comportamento do falido”.