

Leopoldo Bertolla Reisner

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE
DA PRISÃO PREVENTIVA
DO FALIDO
DECRETADA PELO
JUÍZO FALIMENTAR**

Leopoldo Bertolla Reisner

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA
PRISÃO PREVENTIVA DO FALIDO
DECRETADA PELO JUÍZO
FALIMENTAR**



© Copyright 2022 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: da autora

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)

Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)

Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

Ma. Roberta Araújo Formighieri

Dr. Francisco Dirceu Barro

Prof. Raimundo Carneiro Leite

Eduardo Porto Soares

Alice Maria Pinto Soares

Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Leopoldo Bertolla Reisner

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DO
FALIDO DECRETADA PELO JUÍZO FALIMENTAR

Editora DIN.CE 2022 – 159p

ISBN: 978-85-7872-812-0

DOI: 10.56089/978-85-7872-812-0

1.Direito Processual Penal. 2. Prisão Preventiva.3. Incstitucionalidade

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: DIN.CE

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

Com gratidão, dedico o presente trabalho a Deus, fonte de toda luz e força; à minha mãe, Aira, exemplo de garra e amor; ao meu pai, Ildo, pelos constantes incentivos e votos de confiança. Sem eles, nada seria possível.

-

AGRADECIMENTOS

Desejo expressar meus agradecimentos a URI, a qual me acolheu desde o ensino médio, possibilitando um estudo qualificado, perpassando à bolsa de extensão recebida e o intercâmbio realizado, cabendo aqui o meu reconhecimento à instituição.

Agradecer à Professora Doutora Giana Lisa Zanardo Sartori pelas inúmeras oportunidades durante a graduação, pelo exemplo de produção acadêmica e pela incansável busca pela proteção da pessoa humana.

Ao Juiz de Direito Juliano Rossi, exemplo de integridade e capacidade, pela oportunidade de minutar sentenças cíveis, as quais me inspiraram à escolha do presente tema, bem como pela afeição à carreira da magistratura estadual.

Da mesma forma, agradeço à Juíza de Direito Lilian Paula Franzmann, por ter ratificado ainda mais o meu apreço pela jurisdição, revelando a aplicação de um direito justo e humanizado, proporcionando-me substancial conhecimento na redação de sentenças criminais.

Aos meus amigos, por sempre se fazerem presentes e pelo apoio durante toda a graduação.

Por fim, ao meu orientador Professor Mestre Luis Alberto Esposito, exemplo de retidão e conhecimento, agradeço pelos apontamentos e pelo ensino do direito constitucional, os quais não se fazem desaparecer, expressando aqui minhas gratas homenagens e meu reconhecimento.

A Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo.

(José Saramago)

-

APRESENTAÇÃO

A presente obra tem por objetivo analisar, de forma crítica e aprofundada, a (in)constitucionalidade da prisão preventiva do falido decretada pelo juízo falimentar, tema que, embora sensível e de grande relevância prática, ainda recebe tratamento insuficiente e, por vezes, acrítico no âmbito do direito brasileiro.

Historicamente, o direito falimentar no Brasil esteve fortemente vinculado a uma lógica punitiva, na qual a figura do empresário falido era frequentemente associada à culpa moral e jurídica pelo insucesso da atividade empresarial. Com a evolução do ordenamento jurídico, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988 e da promulgação da Lei de Recuperação Judicial e Falência, buscou-se romper com esse paradigma, privilegiando a preservação da empresa, a função social da atividade econômica e a proteção dos direitos fundamentais.

Não obstante essa evolução normativa e principiológica, ainda se observam resquícios de práticas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, dentre as quais se destaca a decretação da prisão do falido no âmbito do juízo falimentar, sob o rótulo de prisão preventiva. Tal medida suscita relevantes questionamentos quanto à sua natureza jurídica, à sua compatibilidade com o sistema processual penal

e, sobretudo, à sua conformidade com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, o livro inicia-se com a análise do desenvolvimento histórico da recuperação judicial e da falência no Brasil, situando o leitor quanto às transformações legislativas e aos reflexos sociais e econômicos desse ramo do direito. Em seguida, são examinados os crimes falimentares, delimitando-se suas características, finalidades e distinções em relação às responsabilidades civil e administrativa do falido, de modo a evitar confusões conceituais que frequentemente fundamentam medidas restritivas de liberdade indevidas.

A obra avança para o estudo sistemático das espécies de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com especial atenção à prisão preventiva no processo penal, seus pressupostos, requisitos e limites constitucionais. Também são analisadas as hipóteses excepcionais de prisão civil admitidas pela Constituição, evidenciando-se a vedação geral à privação da liberdade por dívidas ou obrigações de natureza patrimonial.

Sob a perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional, o trabalho dedica-se à análise do direito fundamental à liberdade, da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, examinando ainda os mecanismos de controle de constitucionalidade e de convencionalidade aplicáveis à matéria. A partir desse marco teórico, questiona-se a legitimidade de uma prisão decretada fora do processo penal e por autoridade judicial desprovida de competência criminal.

O ponto central da obra reside na demonstração de que a chamada prisão preventiva do falido decretada pelo juízo

falimentar não se harmoniza com o sistema jurídico brasileiro. Sustenta-se que tal medida não possui natureza penal legítima, não observa os requisitos legais da prisão preventiva processual penal e, na prática, configura uma prisão administrativa disfarçada, em flagrante afronta aos direitos e garantias fundamentais.

Ao final, conclui-se pela inconstitucionalidade da prisão preventiva do falido decretada pelo juízo falimentar, reafirmando-se a necessidade de observância estrita dos limites constitucionais ao exercício do poder estatal. A obra propõe, assim, uma reflexão crítica indispensável à consolidação de um direito falimentar comprometido com a Constituição, com os direitos humanos e com os valores do Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
CAPÍTULO 1 - CONSIDERAÇÕES SOBRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	23
1.1 Breve Histórico do Direito Falimentar no Ordenamento Jurídico Brasileiro	25
1.2 Da Recuperação Judicial	28
1.3 Da Falência	35
1.4 Das disposições penais da lei falimentar	42
CAPÍTULO 2 – PRISÕES	53
2.1 Espécies de prisões no ordenamento jurídico brasileiro ...	56
2.1.1 Prisão Cautelar	57
2.1.1.1 Prisão Preventiva	61

2.1.1.1.1 Pressupostos da prisão preventiva	64
2.1.1.1.2 Hipóteses de cabimento	66
2.1.1.1.2.1 Garantia da ordem pública	68
2.1.1.1.2.2 Garantia da ordem econômica	72
2.1.1.1.2.3 Garantia da aplicação da lei penal	75
2.1.1.1.2.4 Conveniência da instrução criminal.....	76
2.2 Hipóteses de prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro	79
2.2.1 Da prisão do depositário infiel.....	80
2.2.2 Da prisão do devedor de alimentos	83
2.1.3 Prisão administrativa	86
 CAPÍTULO 3 - A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DO FALIDO DECRETADA PELO JUÍZO FALIMENTAR	 89
4.1 Direitos Humanos e sua perfectibilização no plano jurídico interno	92
3.2 Controle de Constitucionalidade	95
3.3 Controle de Convencionalidade	106

3.4 A (in)constitucionalidade da prisão preventiva do falido decretada pelo Juízo Falimentar 110

3.5 A (in)compatibilidade da prisão preventiva do falido decretada pelo Juízo Falimentar com a prisão preventiva processual penal 128

3.6 A impossibilidade de ocorrência da prisão administrativa do falido travestida de prisão preventiva 138

CONCLUSÃO 141

REFERÊNCIAS 147

-

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a (in)constitucionalidade da prisão preventiva do falido decretada pelo juízo falimentar. O tema de abordagem do presente estudo é de relevância ímpar, em virtude da importância das atividades realizadas pelas empresas, as quais são criadoras de meios de produção e de circulação de bens imprescindíveis para a satisfação da sociedade. À vista disso, o princípio da preservação da empresa se alicerça na função social da empresa, uma vez que com a higidez empresarial, a empresa passa a ter papel essencial para com a sociedade, gerando inúmeras formas de progresso social.

Com isso, o instituto da recuperação de empresas visa ao revigoramento da empresa acometida desses infortúnios. Ocorre que, muitas vezes tais problemáticas são decorrências de atos ímprobos realizados pelos empresários. Assim, pode não se estar diante de riscos decorrentes da atividade empresarial, mas sim, de atos ilícitos ou ruinosos cometidos por sócios ou administradores da empresa.

Nesse ínterim, a Lei nº 11.101, prevê a decretação de falência da empresa quando da prática de atos fraudulentos ou simulados pela empresa devedora. Com o proferimento do *decisium*, acontece o afastamento do empresário de suas atividades, almejando-se a otimização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos da empresa hostilizada pela postura desidiosa do empresário.

Quando da decretação da falência, a supracitada norma faculta ao Estado-Juiz adotar 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 falimentares.

Sobrevém, desse modo, a problemática do presente projeto que está pautada na questão de um juízo cível, o qual é o juízo falimentar, decretar uma prisão preventiva, a qual, em tese, só seria possível, por um juiz munido da jurisdição criminal, seguindo-se os requisitos e pressupostos dos arts. 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

Desse modo, a pesquisa utilizou o método analítico descritivo, através da técnica bibliográfica. Ainda, em determinados assuntos, no afã de se melhor elucidar o tema, procedeu-se à análise jurisprudencial correlata.

Assim, no primeiro capítulo, buscou-se compreender o contexto histórico da Recuperação Judicial e da Falência no ordenamento jurídico brasileiro e seus reflexos na sociedade. Além do mais, procedeu-se à análise dos aspectos criminais da legislação falimentar brasileira, conceituando-se individualmente os tipos penais falimentares constantes.

Por conseguinte, estudou-se as espécies de prisões do sistema jurídico brasileiro, expondo-se uma visão geral do assunto. Em seguida, analisou-se a prisão cautelar e, em específico, a prisão preventiva e suas peculiaridades. Após, examinou-se as hipóteses de prisão civil do ordenamento jurídico brasileiro, atentando-se a prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel e, por último, a prisão administrativa.

No último capítulo, analisou-se, inicialmente, os direitos humanos e sua perfectibilização no plano interno. Discorreu-se, então, acerca do controle de convencionalidade e constitucionalidade. Por fim, analisou-se a (in)constitucionalidade da prisão preventiva do falido decretada pelo Juízo Falimentar, a (in)compatibilidade da prisão preventiva do falido decretada pelo Juízo Falimentar com a prisão preventiva processual penal, bem como acerca da impossibilidade de ocorrência da prisão administrativa do falido travestida de prisão preventiva.

CAPÍTULO 1

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*I*nsta gizar a importância das atividades realizadas pelas empresas, as quais são criadoras de meios de produção e de circulação de bens imprescindíveis para a satisfação da sociedade. À vista disso, pode-se inferir o papel essencial que a empresa passa a ter para com a sociedade, gerando inúmeras formas de progresso social. Desse modo, não se pode vislumbrar a empresa como simples produtora de bens, porquanto sua atividade está intrinsecamente e extrinsecamente atrelada ao seu caráter social. Em que pese os aspectos econômicos, financeiros e patrimoniais sejam mais apercebidos de uma empresa, os fatores sociais, ao fim e ao cabo, são de demasiada relevância para a coletividade.

Conforme preleciona Guimarães (1984, p. 211-219) “a responsabilidade social da empresa deriva justamente de seu grande poder social, uma vez que as suas decisões têm amplas consequências sociais e não podem ser tomadas motivadas somente por fatores econômicos”. Por consequência, verificasse que as decisões empresariais produzem efeitos muito além dos seus sócios e acionistas. Referidas consequências

imprimem efeitos diretos e indiretos para toda a sociedade, *verbi gratia*, aos trabalhadores da empresa e seus dependentes, aos fornecedores, aos consumidores finais ou não, dentre muitos outros. Assim, possível a conclusão de que a empresa deve ser analisada segundo seu aspecto socioeconômico.

Assim, deve-se vislumbrar a empresa, consoante demonstrado, não somente ao seu aspecto econômico, mas também ao seu aspecto social. Todavia, o exercício da atividade empresarial tanto econômica quanto financeira está intrinsecamente e extrinsecamente atrelada ao âmbito jurídico. Em que pese haja sociedades de fato, laborando alheias ao ordenamento jurídico, pressupõe-se uma série de procedimentos normativos acerca da empresa regular. À vista, disso vislumbra-se que além do aspecto socioeconômico, a empresa deve ser analisada sob o prisma jurídico, alcançando-se, desse modo, seus objetivos, o que se analisará a frente.

“O Direito Falimentar caracteriza-se como um ramo do Direito Empresarial que versa sobre a vida econômica das empresas quando em estado de crise” (VERTELO, 2010, p. 25). Desse modo, aquilatando-se o exposto, deverá a sistemática do direito falimentar ser analisada com cautela, em virtude da diversidade de relações empresariais ocorridas hodiernamente. Sendo assim, o direito falimentar brasileiro, consoante legislação, doutrina e jurisprudências atuais, preocupa-se, principalmente, para as situações de crise empresarial, abrindo-se um conjunto de possibilidades diante de suas condições.

1.1 Breve Histórico do Direito Falimentar no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Ao decorrer da história, o comerciante inadimplente já foi visto como típico fraudador ou até mesmo como criminoso. Aliado a isso, ficara ao arbítrio dos credores, sendo acorrentado, escravizado, morto ou banido, tudo em decorrência de insucesso empresarial (CHAGAS, 2018). No ano de 1.521, as Ordenações Manuelinas redigidas ao mando do rei D. Manoel, preceituavam que no caso de falência, o devedor seria encarcerado até o pagamento da dívida, podendo quitar seu débito com seus bens particulares, em decorrência da visível influência do Direito Italiano (OLIVEIRA, 2010).

Posteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro, a seguinte codificação acerca do tema estampou no seu Título LXVI do Livro V das Ordenações Filipinas de 1.603, “Dos Mercadores que quebrão [sic]”, culminando prisão do comerciante devedor até que haja o pagamento integral da dívida (ALMEIDA, 1957). Desde tal compilação verificava-se a diferença de tratamento entre os comerciantes que haviam agido com má-fé para com aqueles que haviam sido prejudicados por intempéries climáticas. Para os primeiros, poderia se chegar até mesmo na pena de morte, todavia, para os demais, comprovado o infortúnio, sequer haveria consequência.

A posteriori, com o Alvará de 13 de novembro de 1.756, promulgado pelo Marquês de Pombal, instituiu-se o primeiro processo falimentar do Brasil, o qual possuía privativo caráter mercantil, apenas para comerciantes, mercadores ou homens de negócio (FERREIRA, 1965). Da

mesma forma do disposto nas Ordenações Filipinas, impunha-se a prisão do falido, com o processamento penal correspondente, caso verificada a ocorrência de atos fraudulentos, contudo, por outro lado, a pena de morte deixou de ser utilizada para tais crimes.

No ano de 1.945, sobrevém o Decreto-lei nº 7.661, inspirado no projeto do jurista brasileiro Trajano de Miranda Valverde. Em tal decreto, conforme expõem Guimaraes e Oliveira (2016), o processo de falência ocupou notório destaque, revelando-se que o seu advento se daria por certos atos praticados pelos administradores e sócios da empresa, bem como na agrura de cumprimento de todas obrigações empresariais para o natural deslinde da atividade fim.

Supracitado decreto-lei tinha como escopo central a proteção dos credores da empresa devedora, acarretando impulsionamento para efetivos adimplementos dos débitos falimentares. Além do mais, as preponderantes alterações de tal decreto foram a faculdade de deferimento de concordatas, tanto na modalidade preventiva quanto suspensiva, ao arbítrio do Estado-Juiz, para com a empresa devedora, independentemente da aquiescência dos credores (CARDOSO, 2005).

Entrementes, a legislação em destaque se tornou defasada, não conseguindo abarcar as necessidades da hodierna sociedade. Assim, com o tempo, segundo Oliveira (2005) “verificou-se que a moratória e a concordata preventiva da falência, na forma de acordo entre devedor e seus credores, não atendiam às necessidades do devedor, cumprindo, então, mudar, de novo, o sistema”. Por oportuno, cumpre-se colacionar o entendimento de Cardoso acerca da vergastada legislação

Com o decorrer do tempo houve muitas mudanças no mercado econômico, logo este Decreto-lei tornou-se incompatível com as novas atividades desenvolvidas no ramo empresarial, em determinados aspectos, impondo-se a necessidade de sua revisão, pois alguns dispositivos desta lei criavam facilidades que permitiam a consecução de fraudes. Era óbvio o esgotamento do modelo de procedimento previsto no aludido Decreto-Lei, até então vigente, para as empresas em processo falimentar. A referida legislação foi elaborada na época em que o Brasil tinha um paupérrimo parque industrial e comercial, e ainda a economia amargava os reflexos da 2ª guerra mundial. Note-se ainda que o país saía de um longo período ditatorial, personificada pelo chamado "Estado Novo", em que a legislação era praticamente imposta pelo Poder executivo (CARDOSO, 2005, p. 14).

Imperiosa, então, foi a necessidade de confecção de novo dispositivo normativo para amparar e regular o direito falimentar brasileiro, em razão da hodierna conjuntura industrial do país, a qual se mostrava revés ao modelo vigente para a época. Destarte, por iniciativa do Poder Executivo, por meio de uma comissão elaboradora, criou-se o projeto de lei original nº 4376/1993, “tramitando no Congresso Nacional por 11 longos anos, até ser sancionado pelo Presidente da República, sobrevivendo a vigente Lei de Falências nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005” (PEREIRA, 2005, p. 57), de modo que, entrou em vigor apenas na data de 9 de junho de 2005.

Nesse diapasão, constata-se que a nova lei visa assegurar preceitos estampados na Constituição Federal de

1988. A supremacia do interesse público, a proteção do mercado nacional, bem como função social da empresa foram salvaguardadas com diligência pela comissão elaboradora da norma. Desse modo torna-se perceptível que a concepção da lei ora em vigência teve como essência não somente o interesse particular, mas sim o interesse social.

Coelho (2015) ainda caracteriza que “quando as estruturas do sistema econômico não funcionam convenientemente, deve o Estado, por meio do Poder Judiciário, para zelar pelos vários interesses que gravitam em torno da empresa”. Assim, verifica-se que as crises empresariais, independentemente do fato gerador do fatídico econômico, compeliram, de certo modo, ao Estado modificar suas normas, adequando-as ao contexto em que estão inseridas, a fim de salvaguardar o interesse da coletividade.

1.2 Da Recuperação Judicial

Antes de se adentrar ao instituto da Recuperação Judicial, faz-se necessária a percepção acerca do conceito jurídico de empresa. Consoante exposto alhures, o direito empresarial brasileiro se ampara no sistema subjetivo italiano, o qual está embasado na teoria da empresa. Referida teoria preocupa-se, conforme Bertoldi e Ribeiro (2014, p. 54), “com a conceituação jurídica da empresa como atividade econômica a gerar direitos e obrigações, na medida em que este conceito é que determina e delimita o conteúdo comercial moderno”. Do direito italiano, define-se empresa a partir da teoria poliédrica e se vale de quatro aspectos para sua eficaz conceituação:

[...] a empresa deve ser encarada sob quatro aspectos ou perfis: o subjetivo, o funcional, o patrimonial e o corporativo. Subjetivamente, a empresa se confunde com a pessoa de seu exercente, isto é, o empresário [...], como aquele que “exercita”, portanto, sujeito da atividade empreendedora ou empresária. [...] O segundo perfil, segundo Asquini, é o funcional, apresentando-se, destarte, a empresa como força em movimento ou, em última análise, como a própria atividade empreendedora dirigida a um fim produtivo. [...] Pelo perfil objetivo ou patrimonial, Asquini visualiza a empresa como patrimônio negocial ou fazenda mercantil. [...] O derradeiro perfil sob o qual se antolha a empresa a Asquini é o corporativo, concepção essa tão ao sabor do momento histórico no qual se elaborou o Código Civil italiano de 1942. Assim, é ela uma organização especial de pessoas formadas pelo empresário e seus colaboradores. [...] (ASQUINI 1943 *apud* ABRÃO 1997, p. 40)

Atrelado a isso, o Código Civil de Reale expõe “que se considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002). Desse modo, do conceito de empresário pode-se extrair o conceito de empresa, o qual está estritamente ligado ao aspecto econômico e organizacional da atividade desenvolvida. Além do mais, não se pode desperceber que a atividade desenvolvida deve ter como consequência a geração e o fluxo de bens e serviços. Para com o tema, ministra que

a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com a esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade (MENDONÇA, 2000, p. 492).

Definido o conceito de empresa, exsurge a necessidade de sua conservação, em virtude do papel desenvolvido para com a sociedade em geral. Com efeito, o intuito da conservação da empresa, tanto como princípio ou como política pública, é de relevância ímpar, em virtude da importância das atividades realizadas pelas empresas, as quais são criadoras de meios de produção e de circulação de bens imprescindíveis para a satisfação da sociedade. À vista disso, o princípio da preservação da empresa se alicerça na função social da empresa, uma vez que com a higidez empresarial, a empresa passa a ter papel essencial para com a sociedade, gerando inúmeras formas de progresso social.

Por conseguinte, a fim de se garantir a salubridade empresarial, sobrevém o instituto da recuperação de empresas, podendo ser tanto judicial como extrajudicial, com arrimo no aclarado art. 1º da Lei 11.101/2005 (BRASIL, 2005). Quando do surgimento de alguma crise econômico-financeira, faz-se possível a sua recuperação por meio de uma série de benefícios concedidos à empresa, com o intuito de não se dissipar a fonte provedora de emprego, renda e tributos da sociedade. Desse modo, constata-se que a eventual cessação das atividades

empresariais fomenta, inequivocamente, corolário negativo para a coletividade. A supracitada lei, em seu art. 47, especifica

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

“A expressão econômico-financeira utilizada pelo legislador abrange fatos que impedem o empresário de perseguir o objeto de sua empresa e, ainda, a insuficiência de recursos para o pagamento das obrigações assumidas” (NEGRÃO, 2014, p. 155). Notoriamente, as atividades empresariais estão submetidas, desde sua criação, a diversos riscos. A diversificação expressiva das modalidades empresariais, face a globalização ocorrida, tornou o mercado ainda mais competitivo, potencializando eventuais insucessos empresariais. Outrossim, ministra Miranda que os aspectos que possam causar determinados infortúnios podem ser

de ordem geral, econômicos, financeiros, políticos com influência em todos ou alguns dos ramos da atividade humana; outros, de ordem particular, dizem respeito ao devedor, ao modo de como administrou seus negócios. As

consequências são sempre desastrosas (MIRANDA, 1993, p. 26).

Destarte, o nobre instituto da recuperação de empresas visa ao revigoramento da empresa acometida desses infortúnios. No antigo instituto da concordata preventiva, possibilitava-se apenas prolação de no máximo dois anos no prazo para quitação do débito quirografário, delimitando o “exercício da pretensão à concordata pressupunha que o devedor fizesse promessa de pagamentos, nos restritos termos permitidos pela legislação concursal” (PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 23). Em contraponto, atualmente, há diversos meios para recuperação da empresa. No que tange aos meios de recuperação empresarial, preceitua Tomazette que

há uma grande margem de liberdade para o devedor propor os meios de recuperação. Ao contrário do regime anterior, no qual a concordata só admitia dilação de prazos e descontos no pagamento, a recuperação judicial pode ser operacionalizada pelos mais diversos meios. A Lei n. 11.101/2005, em seu art. 50, indica exemplificativamente dezesseis meios de recuperação, sem, contudo, impedir que o devedor proponha outros meios de recuperação (TOMAZETTE, 2019, p. 223).

Nesse diapasão, constata-se que o plano de recuperação judicial pode conter dos mais variados meios para a proteção e recuperação da higidez empresarial. Isso porque, com base no princípio da preservação da empresa, busca-se salvaguardar a atividade empresarial, a fim de que a empresa cumpra com sua função social. Além de beneficiar os sócios da empresa, o

funcionamento regular da atividade empresarial favorece os seus fornecedores, clientes diretos ou indiretos, promove a concorrência para com as outras empresas do ramo, dentre demais aspectos relativos à espécie. Giza-se, por oportuno, o entendimento do supracitado por Mamede

Justamente por isso, o legislador estabeleceu, na Lei de Falências, um procedimento especial para a recuperação da empresa. De acordo com o artigo 47 da Lei 11.101/05, a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. A previsão, mais do que norma meramente programática, é norma *principlológica*, pois não só valora os interesses postos em conflito (em primeiro lugar, a manutenção da fonte produtora, ou seja, a preservação da empresa, em segundo lugar, a manutenção do emprego dos trabalhadores e, em terceiro lugar, a preservação dos interesses dos credores. (MAMEDE, 2019, p. 421).

Sendo assim, constata-se que a preservação da empresa está estritamente ligada com o aspecto mercadológico, influenciando diretamente para com as partes relacionadas à atividade da empresa. Com isso, a recuperação judicial se torna um conjunto de medidas de caráter jurídico, econômico e de organização empresarial “por meio das quais a capacidade

produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável” (CAMPINHO, 2018, p. 32), possibilitando que, dessa maneira, ocorra a superação do cenário crítico em que se encontrava.

Preleciona Pereira que o princípio da preservação empresarial “é um mandamento de otimização de natureza constitucional – enquanto derivado do princípio da função social dos meios de produção” (2009, p. 30). Além do mais, faz-se possível a constatação dos efeitos de uma positiva recuperação judicial de empresa para com a sociedade. Assim, com o “exercício regular a geração de produtos ou serviços para a sociedade, geração de empregos e impostos, entre outros interesses” (LAMY FILHO, 2003, p. 18). Demonstra-se, por conseguinte, a importância da manutenção da empresa, porquanto há efeitos diretos para com toda a sociedade.

À visto disso, o correto cumprimento da legislação referente à atividade empresarial, “em suas diversas manifestações (Direito do Consumidor, Direito do Trabalho, Direito Tributário, entre outros regramentos) ocasiona o atendimento da função social dos meios de produção previsto na Constituição Federal” (SOUZA, 2015, p. 87). Ainda, ensina Sztajn que, atualmente, deve-se atentar a percepção da relevância da empresa para a criação do bem-estar social, porquanto essa é a essência da legislação vigente acerca da recuperação judicial no Brasil (2007).

1.3 Da Falência

Diferentemente do esmiuçado acerca da recuperação judicial, tem-se que a “falência é um processo de execução coletiva, ou um concurso de credores, no qual os bens do falido são arrecadados para uma venda judicial forçada, com a distribuição proporcional do resultado entre todos os credores” (TEIXEIRA, 2019, p. 465). Trata-se “de um processo judicial complexo que compreende a arrecadação dos bens, sua administração e conservação, bem como a verificação e o acertamento dos créditos, para posterior liquidação dos bens e rateio entre os credores” (NEGRÃO, 2014, p. 249).

“A falência é o reconhecimento jurídico da inviabilidade da empresa, representando o estágio final de sua existência” (FAZZIO JÚNIOR, 2019, p. 152). Nesse sentido, a Lei nº 11.101, expõe em seu art. 75 que “a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (BRASIL, 2005). Por consequência, forçosa é a conclusão que o objetivo da falência no direito brasileiro é a preservação dos bens e o pagamento do passivo da empresa.

Referida inviabilidade decorre, conforme a legislação falimentar brasileira, da caracterização do estado falimentar da empresa. No direito brasileiro, “a falência não pressupõe nem a insolvabilidade nem a simples inadimplência, mas, tão somente, a impontualidade ou prática de atos de falência - atos e situações previstas na própria lei” (NEGRÃO, 2014, p. 252). Incontestavelmente, a insolvabilidade é um aspecto determinante para o insucesso empresarial, porquanto a

atividade empresarial necessita de recursos patrimoniais e financeiros para que consiga atingir os seus objetivos. Acerca do exposto:

A insolvência é o pressuposto material objetivo da falência. Revela-se pela impotência patrimonial do agente econômico em satisfazer regularmente a obrigações exigíveis ou pela adoção de condutas sintomáticas de estado patrimonial deficitário. É a condição de inviabilidade empresarial ditada por fatores de diversa etiologia e desvelada por sintomatologia variada. (FAZZIO JÚNIOR, 2019, p. 153).

Além do mais, a impontualidade decorre consequentemente da insolvabilidade da empresa. A LRF dispõe em seu art. 94, incisos I e II, que se decretará a falência do devedor que sem razão de direito, não procede ao pagamento de obrigação líquida constantes de títulos executivos protestados, devendo os valores de tais débitos serem superiores a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência (BRASIL, 2005). Ainda expõe que será decretada a falência da empresa que executada por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal (BRASIL, 2005).

Em contraponto, a prática de atos de falência é o último fundamento exposto na lei para a decretação da falência. De conhecimento público e notório, os atos de falência, na maioria esmagadora das vezes, “identificam atos normalmente praticados pelo devedor que, ciente de seu estado de crise

econômico-financeira, tenta se beneficiar ou beneficiar alguns credores em detrimento de todos os credores remanescentes” (SACRAMONE, 2018, p. 363). Pode-se inferir que a prática dos atos de falência estão, de modo escorreito, atrelados à fraude contratual ou ainda relativo à fraude contra credores. A LREF (Lei de Recuperação de Empresas e Falência) se preocupou em definir tais atos, preceituando em seu art. 94, III, que

pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial (BRASIL, 2005).

Assim, ocorrendo qualquer dos casos mencionados, poderá o interessado postular a decretação da falência da empresa. Ademais, consoante preceitua o art. 97 da legislação falimentar brasileira, são legitimados para formular o requerimento da falência do devedor: “I – o próprio devedor; II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade; IV – qualquer credor” (BRASIL, 2005). Constata-se, nesse diapasão, que o pedido pode ser formulado pelo próprio devedor (denominando-se de “autofalência”), bem como por um conjunto de credores ou, ainda, dos cotistas e acionistas da empresa.

Por corolário, faz-se a necessidade de que o requerimento de falência do devedor seja aforado no juízo competente. Diferentemente da regra geral prevista em outras legislações, “É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”, conforme art. 3º, da Lei 11.101 (BRASIL, 2005). Assim, em que pese a empresa devedora possua diversas filiais ou sedes, tanto o pedido de recuperação quando o de falência deverá ser ajuizado perante o juízo do principal estabelecimento do devedor. Por outro lado, se a empresa possuir sede fora do Brasil, deverá se observar a filiar em nosso território. Doutrina Valverde sobre a legislação vergastada:

Se o comerciante, pessoa natural ou jurídica tiver vários estabelecimentos em jurisdições diferentes, o seu domicílio para os efeitos da lei de falências, é o lugar onde estiver a sede

administrativa dos negócios. Pouco importa quanto as pessoas jurídicas, que os estatutos, contratos ou ato constitutivo, hajam fixado em outro lugar, um domicílio chamado especial. No domicílio real, vale dizer, na sede da administração, perante o juízo, em cuja jurisdição ela se localiza, é que se abrirá a falência do devedor. Outro não é, certamente, o espírito da lei. A sede administrativa é, com efeito, o ponto central dos negócios de onde partem todas as ordens que imprimem e regularizam o movimento econômico dos estabelecimentos produtores. As relações externas com fornecedores, clientes, bancos, etc realizam-se por seu intermédio. Na sede da administração é que se faz a contabilidade geral das operações onde por isso, devem estar os livros legais da escrituração, os quais, mais do que o valor pecuniário ou a importância do estabelecimento produtor, interessam, na falência ou concordata, à Justiça (VALVERDE, 1962, p. 96-97).

Por conseguinte, tem-se que “Estado de falência é o estado de insolvência definido a partir do provimento pretoriano, tendo em vista a inviabilidade da empresa”. (FAZZIO JÚNIOR, 2019, p. 159). À vista disso, imperiosa é a conclusão de que a falência deriva de um *descisum* jurisdicional. Outrossim, ausente petítório de falência não há que se falar em falência, mesmo que a empresa esteja nas piores situações financeiras, econômicas, organizacionais e jurídicas. Destarte, averigua-se a essencialidade de que os legitimados pela lei falimentar lancem mão de seus direitos, postulando a decretação da falência da empresa. Ao contrário, se não o fizeram, a presença, nas medidas de suas

possibilidades, poderá continuar normalmente suas atividades, mesmo com demasiados imbróglis em seu âmago.

“A sentença que encerra o procedimento pré-falimentar que acolhe o pedido de falência é constitutiva, uma vez que, a partir da decretação da falência, incidirá o regime falimentar que afastará os administradores e determinará o vencimento antecipado das obrigações” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2014, p. 607). Conforme ensinamento do processualista Humberto Theodoro Jr. “a sentença constitutiva cria, modifica ou extingue um estado ou relação jurídica, sem se limitar à mera declaração do direito da parte e sem estatuir a condenação do vencido ao cumprimento de qualquer prestação” (2019, p. 1.124). *In casu*, em que pese a doutrina ainda chame de sentença, a decisão que decreta falência é, de fato, uma decisão interlocutória, uma vez que atacada por agravo de instrumento, conforme art. 100 da LREF.

Além do mais, com a decretação da falência, conforme mencionado, determina-se o vencimento antecipado de todos os débitos da empresa, com proporcional abatimento dos juros, situação prevista no art. 77 da lei falimentar brasileira (BRASIL, 2005). Percebe-se, pelo exposto, que o legislador teve o objetivo de não maleficiar os credores de débitos vincendos, mostrando-se a necessidade da execução coletiva e organizada os débitos falimentares. Assim, verifica-se que mesmo não havendo inadimplência com débitos futuros, estes serão considerados já vencidos e incluídos no quadro-geral de credores.

Percebe-se, desse modo, que a LREF não objetiva somente a recuperação da empresa em situação desfavorável, mas também, “quando inviável o empreendimento em crise, erradicá-la do mercado, com a flexibilidade das posturas

jurisdicionais que são elementos que tendem a proporcionar desfechos menos decepcionantes para os credores”. (FAZZIO JUNIOR, 2019, p. 162). Dessa maneira, “o regime falimentar busca equilíbrio entre a segurança de cada relação privada havida e o interesse dos credores e o do Estado em prevenir e afastar condutas desonestas” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2014, p. 613). Em suma, discorre a doutrina que diante de insalubridade empresarial, a qual decorre dos pressupostos e requisitos já demonstrados, deverá o magistrado, diante do caso concreto, decretar a falência da empresa.

Inequivocamente, torna-se de fácil constatação que a decretação da falência da empresa pela autoridade judiciária cria um estado crítico para com seus dependentes. A situação econômica deficitária da empresa transcende a pessoa do empresário, atingindo, conseqüentemente, a sociedade em geral. Sendo, assim há de se inferir que diversos são os motivos que levam a empresa para a situação jurídica da falência. Por outra senda, vários são os indivíduos atingidos pela decretação da falência. Percebe-se, em virtude disso, a importância e a seriedade aos quais deve-se imprimir ao processo falimentar.

Oportuno gizar a classificação de Fábio Ulhoa Coelho (2015) acerca dos interessados para com a falência. Em primeiro lugar, estão classificados os interesses dos empresários, acionistas e investidores da empresa. Por conseguinte, encontram-se os denominados *bystanders* (expectadores): empregados, consumidores, fazenda pública, fornecedores e confinantes do local físico do estabelecimento empresarial. Por último, caracterizam-se os interesses da sociedade em geral, ou seja, dos indivíduos da sociedade, porquanto a decretação da falência influencia toda a economia local, regional e até, dependendo da magnitude da empresa, atinge níveis globais.

Com a exposição da classificação de Coelho, forçoso é o reconhecimento da relevância social que gravita perante a empresa em estado falimentar. Ainda, constata-se que a falência atinge se sobrepõe aos direitos individuais, porquanto, consoante exposto alhures, alcança direitos metaindividuais, revelando-se seu destaque para com a sociedade. Pode-se inferir que, em consideravelmente casos, a empresa falida não estava cumprindo com sua função social. Doutro giro, a função social da sociedade empresária é atingida “quando ela atende aos princípios da liberdade, igualdade, dignidade, solidariedade, democracia, reduz ou procura reduzir as desigualdades sociais, cumpre os valores ambientais (VALE, 2020).

Assim, parafraseando Pereira (2005), consegue-se alcançar a função social quando a empresa se atenta a solidariedade (art. 3º, inc. I, Constituição Federal), proporciona a justiça social (art. 170, caput, CF), livre iniciativa (arts. 1º, inc. IV, e 170, caput, CF), busca de pleno emprego (art. 170, inc. VIII, CF), diminuição das desigualdades sociais (art. 170, inc. VII), valor social do trabalho (art. 1º, inc. IV, CF), dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF), atende os valores ambientais (art. 51, inc. XIV, Código de Defesa do Consumidor), dentre vários outros princípios constitucionais e disposições previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

1.4 Das disposições penais da lei falimentar

Muitas vezes as situações infrutíferas empresariais são decorrências de atos ímprobos realizados pelos empresários.

Assim, pode não se estar diante de riscos decorrentes da atividade empresarial, mas sim, de atos ilícitos ou ruinosos cometidos por sócios ou administradores da empresa. Ainda que se busque a preservação da empresa o direito empresarial é baseado, em seu âmago, pela tutela do crédito. Não há de se considerar de forma escoreita o princípio da preservação da empresa, se, de algum modo, o seu empresário tenha agido dolosamente em suas atividades.

Em consequência, “quando há condutas que colaboram com a frustração da tutela do crédito de modo doloso, há uma conduta que merece ser reprimida de forma grave, sendo tipificada como crime, podendo-se incorrer em crime falimentar” (TOMAZETTE, 2019, p. 735). Assim, faz-se possível a inferência de que os crimes falimentares podem ocorrer tanto anos antes do estado crítico da empresa, bem como durante os processos de recuperação judicial e de falência, como posteriormente. Nessa senda, possível é a conceituação dos crimes falimentares como

toda e qualquer conduta típica, antijurídica e culpável, definida e sancionada no âmbito penal da legislação falimentar, que possa, efetiva ou potencialmente, agravar a situação de crise em que se encontra o devedor empresário e cuja punibilidade se encontra subordinada ao reconhecimento desta conjuntura econômico-financeira pelo Poder Judiciário, por meio da falência ou recuperação (PEREIRA, 2010, p. 60-61).

Há divergência de entendimentos acerca da natureza jurídica dos crimes falimentares, uma vez que expostos na Lei nº 11.101/2005. Caeiro (2003) identifica os delitos como crimes contra o patrimônio dos credores, devido à forte influência da Codificação de Portugal. Noutra giro, Batista (2006) os define como crimes contra o patrimônio, considerando o contexto inserido. Provinciali (1955), pautando-se no modelo italiano, ministra que os crimes falimentares são tanto crimes contra o patrimônio quanto contra a administração da justiça.

Ainda, sob outro ponto de vista, Andreucci afirma que “são crimes contra o crédito público, uma vez que se é a ideia de tutela do crédito que deve pautar a compreensão dos crimes falimentares, enquadrar-se-ia entre os crimes contra o crédito público” (2006, p. 06). Dessa maneira, verifica-se a divergência doutrinária no que tange à natureza jurídica, sendo cabível a cognição de se tratar de crime pluriofensivo, dada a violação simultânea de mais de um bem jurídico tutelado. Torna-se, por corolário, a importância da efetiva apuração da ocorrência de tais crimes, em virtude de que, inegavelmente, a economia da sociedade é afetada em vários dos casos. O eminente desembargador Álvaro Mayrink Da Costa, pautando-se na *bancarotta* (o termo jurídico para falência no Direito Italiano) e valendo-se do direito mundial, define:

O objeto jurídico do crime falimentar seria o patrimônio dos credores, a garantia da satisfação dos créditos, a economia pública, a administração bancarotta é um crime contra o patrimônio, constituindo-se o objeto jurídico no direito de garantia que os credores possuem sobre o patrimônio dos devedores. Tal orientação da tutela dos interesses patrimoniais

dos credores é sustentada também por autores germânicos. Já os cultores do Comercial vêm na tutela penal um objeto de interesse social, ressaltando a prevalência ao correto andamento das relações econômicas, falando-se em crime contra a economia pública. Nuvolone sustenta que a bancarotta é um crime contra a administração da justiça, pois o direito de crédito não vem tutela do pela norma falimentar sob o ponto de vista individual, mas sim do ângulo coletivo. A norma incriminadora teria como pressuposto concursal os lesados seria um interesse publicístico-processual. Antolisei, em síntese, declara que o objeto jurídico da tutela é a economia pública diante de uma multiplicidade de interesses, tratando-se de crime pluriofensivo, concluindo ao final que a questão está ligada à administração da justiça. (COSTA, 2.000, p. 150).

Consigna-se que no que diz respeito ao agente, os crimes falimentares podem classificados com próprios ou impróprios (VIEGAS JÚNIOR, 2017). Os crimes falimentares próprios são cometidos pelo próprio empresário, sócio ou administrador da empresa. Já os impróprios são os cometidos pelo administrador judicial, contador, servidores da justiça, Juiz, membro do Ministério Público, o perito, avaliador, escrivão, oficial de justiça, leiloeiro, dentre outros (COLUSSI, 2015). Aquilata-se, nesse diapasão, que embora a principal ocorrência dos crimes falimentares esteja ligada aos administradores e sócios da empresa, diversos são as possibilidades de autores dos referidos crimes.

A universalidade dos crimes falimentares foi profundamente alterada pela Lei nº 11.101/2005. Fazzio Jr.

(2019, p. 297), eminente docente de direito empresarial, explicita que as “novas figuras penais substituíram condutas típicas da LFC que estavam obsoletas. Altera-se o critério de aferição do lapso prescricional, e as sanções previstas para os diversos crimes falitários são sensivelmente majoradas”. Assim, percebe-se a animosidade do legislador ao reprimir abstratamente as condutas ruinosas para com as empresas em geral, em virtude da inegável relevância da atividade empresarial, consoante exposto alhures.

Ao revés do que acontecia com o decreto-lei nº 7.661/45, a nova lei de falências aboliu o inquérito judicial para apuração dos crimes falenciais, movendo a *persecutio criminis in juditio* para o juízo munido da jurisdição criminal (NEGRÃO, 2019). Sendo assim, a presença do *Parquet* no processo falimentar é de suma importância, uma vez que, diante de sua qualidade de fiscal da ordem jurídica, deverá, em todos os atos processuais, verificar a ocorrência de ilícitos pelas partes do processo. Nessa perspectiva, *mutatis mutandis*:

Abolindo o inquérito judicial a nova Lei Falimentar faculta ao Ministério Público: a) promover desde logo a ação penal ou requisitar a abertura de inquérito policial quando “intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial” (art. 187); b) ser notificado pelo juiz da falência ou da recuperação judicial quando houver indícios da prática de crimes, em qualquer fase processual (art. 187, § 2o); e c) aguardar a vinda do relatório do administrador judicial, que deverá ser apresentado no prazo de quarenta dias depois da assinatura do termo de compromisso (art. 22, III, e) (NEGRÃO, 2019, p. 587).

Consoante esmiúça Pacheco (2013), os crimes falimentares estão dispostos no Capítulo VII, Seção I, da Lei nº 11.101/05. Atentando-se ao descrito na lei citada, constata-se a tipificação de onze ilícitos penais. Desse modo, os crimes falimentares são a fraude a credores (art. 168 e §§), a violação de sigilo empresarial (art. 169), a divulgação de informações falsas (art. 170), a indução a erro (art. 171), o favorecimento de credores (art. 172), o desvio, ocultação ou apropriação de bens (art. 173), a aquisição ou uso ilegal de bens (art. 174), a habilitação ilegal de créditos (art. 175), o exercício ilegal de atividade (art. 176), a violação de impedimento (art. 177), e a omissão dos documentos contábeis obrigatórios (art. 178).

Ainda, conforme explana Pimentel (1972, p. 84), “os crimes falimentares são sempre dolosos. A lesão ou ameaça de um bem ou interesse tutelado pela lei constituem o conteúdo material da ofensa”. À vista disso, há possibilidade de duas repercussões acerca da lesão e da ameaça. Na primeira, pode-se ocorrer dano integral ou apenas em parte a algum instituto jurídico. Já no que tange à lesão, o perigo é o que pode acabar lesionando o bem protegido em abstrato, tanto integralmente quanto parcialmente.

Infere-se da análise da lei em testilha que o crime de maior gravidade está tipificado no art. 168, prevendo pena de reclusão de três a seis anos, e multa para quem praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, a fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem (BRASIL, 2005). Assim, há de se concluir que vantagem indevida, a qual pode ser própria ou imprópria,

consoante já demonstrado, torna-se a conduta passível de maior pena na legislação falimentar brasileira.

Além do mais, os crimes falimentares são classificados doutrinariamente como crimes concursais, porquanto ocorrendo os fatos tipificados na lei falimentar serão considerados como crime, ainda que não tenham sido as únicas razões para a verificação do estado falimentar (ANDREUCCI, 2019). A título de exemplo, pode-se averiguar que a falência de determinada empresa ocorreu por razão de uma alienação fraudulenta e, ainda, por razão da diminuição da procura de certo produto. Nesse caso, em que pese os motivos que levaram a falência não sejam todos ilícitos, haverá a devida punição para os envolvidos com a venda fraudada. Nesse diapasão, insta gizar o duto ensinamento de Miranda que

falir não é crime. Crime pode ser a causa da falência, ou crimes podem ser as causas da falência, ou atos do devedor praticados antes ou depois da decretação da falência. Crimes falenciais do falido são, pois, os crimes que se ligam às causas da falência ou à conduta do falido (MIRANDA, 1971, p. 275).

Migliari Júnior (2006) preleciona que o intuito do legislador fora estabelecer determinado momento para que se apure a eventual ocorrência de crime falimentar. A respeito disso, exemplifica-se com o art. 22, III, “e”, da LREF, que deverá o administrador judicial apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a

responsabilidade civil e penal dos envolvidos. Todavia, o mesmo autor, *ibidem*, ao analisar a questão pondera que a lei falimentar analisada inteiramente possui diversos momentos para ocorrência de verificação de condutas dolosas falimentares, não se justificando a ideia de que há momento único para sua realização.

Atrelado a isso, constata-se a importância da intervenção ministerial tanto na ação de recuperação de empresas quanto na falência. Isso porque, conforme art. 178, I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam interesse público ou social. Acerca disso, conforme exposto anteriormente, resta cristalino o interesse público e social envolvido nas ações de cunho falimentar, em decorrência da pluralidade de envolvidos. Sobre o tema, oportuno frisar o entendimento de Negrão

O promotor de justiça de falências dispõe de outros momentos para conhecer e apurar condutas que considere ilícitas. Deve proceder de ofício a ocorrência de crimes: ao tomar conhecimento da sentença de falência (art. 99, XIII), quando intimado da sentença que conceder a recuperação judicial (art. 187) ou da que homologar pedido de recuperação extrajudicial (art. 180) e, ainda, após cientificado em qualquer fase processual (art. 187, §2º). (NEGRÃO, 2014, p. 617).

Além do mais, os crimes falimentares, conforme art. 184 da LREF são de ação penal pública incondicionada, ou seja, não depende de qualquer pressuposto ou requisito, devendo ser intentada pelo *Parquet* (BRASIL, 2005). Ademais, no caso de inércia do representante do Ministério Público, não havendo oferecimento da denúncia, “qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de 6 (seis) meses” (BRASIL, 2005). Assim, percebe-se a importância do agente ministerial na apuração dos crimes falimentares. Por outro lado, na sua falta, os credores, qualquer que seja sua espécie, ou ainda, o administrador judicial, poderão aforar ação penal privada subsidiária da pública.

Em consonância com o demonstrado, os crimes da legislação falimentar podem ser verificados tanto antes ou depois da decisão que decreta a falência, a concessão da recuperação judicial ou da homologação da recuperação extrajudicial. Conquanto, conforme art. 180 da LREF “a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei” (BRASIL, 2005). Nesse sentido, há de se constatar que “As condições objetivas de punibilidade representam condições exteriores à conduta, das quais depende a punibilidade, vale dizer, sem elas não pode haver punição para as condutas tipificadas como crimes falimentares, tratando-se aqui de uma questão de política criminal” (ANDREUCCI, 2006, p. 87).

Nessa toada, Fragoso, define que “a condição objetiva de punibilidade somente pode ser um acontecimento futuro ou concomitante e incerto, pois de outra forma não teria sentido a sua disciplina jurídica” (1962, p. 158). Seguindo-se esse

pensamento, as decisões citadas estariam como condição de punibilidade do agente somente no que tange aos crimes cometidos anteriormente ao provimento judicial. Todavia, “a maioria da doutrina não faz essa distinção e impõe a referida sentença como condição de punibilidade para todos os crimes falimentares” (MIGLIARI, 2006, p. 91).

CAPÍTULO 2

PRISÕES

Por corolário lógico, aquilatando-se a efetiva ocorrência de crime, deve o Estado punir o agente por sua conduta. Desse modo, superando-se institutos da vingança privada supracitados, verifica-se a exclusividade por parte do Estado do poder de punir. O Estado, como ente jurídico e político, “avoca para si o direito (e o dever) de proteger a comunidade e também o próprio réu, como meio de cumprir sua função de procurar o bem comum, que se veria afetado pela transgressão da ordem jurídico-penal” (ALONSO, 1997, p. 07 apud LOPES JUNIOR, 2019, p. 55), em razão do ato praticado.

Outrossim, há de se inferir que constatado conduta delitativa, deverá o Estado-juiz analisar, *in concreto*, concluindo ou não pela aplicação de sanções. Nesse diapasão, tem-se a prisão como uma dessas penalidades. Por seu turno, a palavra “prisão” origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione* (*prehensio, onis*), que significa prender (LIMA, 2018, p. 877). Em que pese o axiomático caráter jurídico das prisões, não se pode olvidar que as prisões possuem um âmago social. O ato de prender não atinge somente o agente delitivo, mas sim, o contexto de sua vivência. Acerca disso, dispõe-se que

a prisão não é somente essa privação provisória de liberdade que o juiz comum, pronunciando-a sem muita hesitação, espera, às vezes ingenuamente, ‘fazer com que o delinquente reflita’. Por curta que seja, essa ‘privação da liberdade’ é uma ruptura: com o trabalho, com o meio, com a família; é uma desgraça que poucos compreendem, uma marca de infâmia solidamente aposta no ser social”, e também fonte de criminalidade, na exata medida em que inegável o processo de “prisionização” a que se submete a pessoa presa. “A esse respeito já se falou de uma ‘prisionização’, que age sobre a personalidade do delinquente adaptando-o à mentalidade e às concepções do meio especial e anômalo dos detentos”, situação particularmente agravada na realidade nacional, quando se sabe que os estabelecimentos prisionais são dominados por conhecidas facções criminosas que arregimentam seus membros dentro do próprio sistema, oferecendo-lhes garantia de sobrevivência (não assegurada minimamente pelo Estado), em troca de seu definitivo ingresso nas fileiras da criminalidade profissional, de onde não mais sairá, com vida, por opção própria. (ANCEL, 1971, p. 359 apud MARCÃO, 2018, p. 357)

Com efeito, a prisão poderá ser empreendida em qualquer dia e a qualquer hora, observadas as ressalvas no que tange à inviolabilidade do domicílio, regra no art. 5º, XI, da CF, consoante o qual “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL, 1988). Conforme preceitua o art. 283 do Código de Processo Penal, modificado pela 13.964 de 2019, tem-se que

ninguém será preso, “senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”. (BRASIL, 1941). Nesse corolário lógico, convém gizar o ensinamento de Capez acerca das prisões no sistema jurídico brasileiro:

Além das hipóteses de flagrante delito e ordem escrita e fundamentada do juiz, ou por prisão preventiva, consubstanciada em um documento denominado mandado (CF, art. 5o, LXI), a Constituição Federal permite a constrição da liberdade nos seguintes casos: (i) crime militar próprio, assim definido em lei, ou infração disciplinar militar (CF, art. 5o, LXI); (ii) em período de exceção, ou seja, durante o estado de sítio (CF, art. 139, II). Além disso, “a recaptura do réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa” (CPP, art. 684). Neste último caso, pressupõe-se que o sujeito esteja regularmente preso (por flagrante ou ordem escrita de juiz) e fuja. Evidentemente, o guarda penitenciário, vendo o prisioneiro em desabalada carreira, não vai, antes, solicitar uma ordem escrita para a recaptura (CAPEZ, 2018, p. 324).

Isso posto, imperiosa é a conclusão que a prisão no sistema jurídico brasileiro está ligada, de forma escoreta ao princípio da legalidade. “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, inaugura o Código Penal em seu primeiro artigo (BRASIL, 1940). Tal legalidade penalista, buscou efetivar o princípio da observação

da lei, o qual está estampado atualmente no art. 5º, II, que ordena que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

2.1 Espécies de prisões no ordenamento jurídico brasileiro

Há de se expor que como prisão no sistema jurídico brasileiro pode se verificar como conceito de pena de privação de liberdade, uma vez que o art. 5, LXVI, dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 1988). Ou ainda, conforme art. 288, *caput*, do Código de Processo Penal que acentua que “ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor [...]” (BRASIL, 1941).

Doutrinariamente, no ordenamento jurídico brasileiro, classifica-se a prisão em três espécies. Em primeiro lugar, observa-se a prisão-pena que é a que decorre de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, a qual comina pena privativa de liberdade. “Em nosso sistema, a prisão-pena somente existe no âmbito do direito penal, sendo, portanto, de afirmar que a prisão-pena no Brasil é aquela decorrente de sentença condenatória penal transitada em julgado” (MOUGENOT, 2019, p. 579). Além do mais, consoante amplamente difundido,

o plenário do STF julgou em conjunto as ADCs 43, 44 e 54, onde, por maioria, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do artigo 283, do CPP, na redação dada pela lei 12.403/11, restabeleceu-se, mesmo que por maioria apertada, a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente até que não seja mais possível reverter eventual decisório condenatório, deixando-se explicitado que o artigo 283 do CPP não viola o texto constitucional. (MOREIRA; SCHMITT, 2019).

Noutro giro, tem-se a prisão extrapenal, a qual se subdivide em prisão civil e prisão militar (LIMA, 2018). Ainda, conforme parcela da doutrina pátria, coexiste a prisão cautelar, sem pena ou, ainda, prisão processual, a qual, segundo Capez (2019, p. 309), “trata-se de prisão de natureza processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos”. Ao presente trabalho, analisar-se-á os aspectos mais relevantes das prisões cautelares, porquanto pertinentes para o tema em testilha.

2.1.1 Prisão Cautelar

A “prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal” (LIMA, 2018, p. 888).

A possibilidade de decretação de prisão cautelar encontra permissivo constitucional no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, uma vez que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (BRASIL, 1988). Assim, há de se inferir que, ao se decretar referida prisão processual, o magistrado deverá devidamente fundamentar a decisão, sob pena de violação de direito do acusado ou réu. Acerca do intuito da prisão cautelar, dispõe Mougenot que

As prisões cautelares têm por finalidade resguardar a sociedade ou o processo com a segregação do indivíduo. Daí falar em cautelaridade social, cujo escopo é proteger a sociedade de indivíduo perigoso, e cautelaridade processual, que garante o normal iter procedimental, fazendo com que o feito transcorra conforme a lei e que eventual sanção penal seja cumprida. Deve necessariamente a prisão provisória fundar-se em uma das cautelaridades acima apontadas, sob pena de ser considerada inconstitucional por afrontar ao princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF). (MOUGENOT, 2019, p. 573).

Nesse sentido, verifica-se que a salvaguarda tanto da cautelaridade social quanto da processual alveja o princípio da presunção de não culpabilidade. Referido princípio encontra respaldo no art. 5º, LVII, da CF, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). “Em um Estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal

seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (FERRAJOLI, 2002, p. 446).

Conquanto, é inegável que o lapso temporal entre o momento da ocorrência do ato delitivo e o momento do provimento do Estado-Juiz de caráter definitivo se demonstra moroso. Com isso, as prisões cautelares proferidas de modo, indubitavelmente, de “providências urgentes, através das quais se tenta evitar que a decisão da causa, ao ser proferida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa” (FERNANDES, 2002, p. 297).

Sem embargo, a decretação da prisão cautelar se demonstra necessária aos diversos fatos delitivos ocorridos na sociedade. No entanto, a decretação das prisões em testilha, tratam-se de decisões em caráter excepcional, não se justificando sua preferência em qualquer caso, devendo ser pautada na questão da periculosidade do agente. Considerando o caráter da prisão cautelar, a fim de assegurar situações investigatórias ou presentes no curso do processo-crime, verifica-se, por outro lado, que “a prisão cautelar também não pode ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de se desvirtuar sua natureza instrumental” (LIMA, 2018, p. 889). Atentando-se ao cenário pátrio, Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró sinalizam que

Infelizmente as prisões cautelares acabam sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça momentânea. O simbólico da prisão imediata

acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-se completamente. (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2006, p. 66).

À vista disso, forçosa a conclusão de que a utilização banalizada das prisões cautelares deturpam sua real função. Arrematam ainda os mesmos autores que, “nessa teratológica, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva” (BADARÓ; LOPES JR, 2006, p. 67). Considerando que não se está diante de prisão penal, ou seja, de prisão pena, porquanto inexiste trânsito em julgado de condenação, “toda e prisão cautelar exige a presença dos seguintes requisitos: indícios suficientes de autoria ou participação – o *fumus comissi delicti*; e existência de risco social ou processual – *periculum in libertatis*, que nada mais é do que a cautelaridade” (MOUGENOT, 2019, p. 573).

Ademais, percebe-se que “o grande problema das medidas cautelares consiste em que, se não adotada, corre-se o risco da impunidade; se adotada, corre-se o perigo da injustiça (ARAGONESES, 1981, p. 258 apud SCHIETTI, 2020, p. 21). Assim sendo, verifica-se que a prisão cautelar deve ser utilizada para assegurar o adequado andamento do processo criminal, todavia, não se pode ser usada para antecipar eventual punição do agente delituoso. Em que pese possa resultar em falsa percepção de satisfação social, o deferimento de eventual prisão cautelar em razão de clamor social não deve ocorrer. As prisões cautelares devem, consoante exposto, ser medidas de

excepcionalidade, observando-se os requisitos demonstrados, sob pena de violação de uma gama de direitos do acusado.

De acordo com a doutrina majoritária, “a prisão cautelar apresenta-se entre nós sob três modalidades: a) prisão em flagrante (artigos 301 a 310 do CPP); b) prisão preventiva (artigos 311 a 316 do CPP); c) prisão temporária (Lei nº. 7.960 de 1989)”. (LIMA, 2018, p. 889). Consoante já exposto, a decisão da prisão cautelar deve ser tomada como um fenômeno excepcional, de modo que somente será admitida seguindo-se, rigorosamente, os pressupostos e requisitos necessários a cada espécie. Malgrado a relevância dos institutos da prisão em flagrante e da prisão temporária, ao presente estudo, faz-se necessária análise aprofundada tão-somente no que tange à prisão preventiva.

2.1.1.1 Prisão Preventiva

Consoante ensinamento de Mossin (2010, p. 411) “a prisão preventiva (*stricto sensu*), ao lado da prisão em flagrante (*lato sensu*), constitui autêntica medida cautelar de natureza processual”. Trata-se de “medida constritiva da liberdade do indiciado ou acusado, sendo compatível com o princípio da presunção de não culpabilidade, previsto na CF”. (MOUGENOT, 2019, p. 598). Assim, segundo o já demonstrado, a prisão preventiva se caracteriza como espécie de prisão cautelar. Ademais, não se pode considerar que a prisão preventiva se trata de antecipação da pena, porquanto, no Brasil, deve-se atentar com zelo para o princípio da presunção da inocência. Conforme doutrina o professor Renato Brasileiro de Lima

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319) (LIMA, 2018, p. 967).

Assim, ante a excepcionalidade das prisões cautelares e, em consequência, o mesmo caráter da prisão preventiva, verifica-se a sua subsidiariedade. Desse modo, verifica-se que tem “natureza residual ou subsidiária, visto que, em face da regulamentação imposta pela Lei n. 12.403/2011, somente será determinada quando não for adequada e suficiente a aplicação de outra medida cautelar (CPP, § 6o do art. 282)”. (MOSSIN, 2010, p. 719). Destarte, presentes pressupostos para aplicação de medida cautelar diversa, conforme constatado, evita-se a aplicação da medida de prisão preventiva, diante de seu âmago excepcional.

Insta gizar que com o advento da Lei 13.926/2019, conhecida como pacote anticrime, houve alteração substancial quanto à decretação da prisão preventiva. Conforme se infere do art. 311 do Código de Processo Penal, não mais consta a possibilidade do juiz determinar a prisão preventiva do acusado ou investigado de ofício. A primeiro momento, apercebe-se que a mudança fora singela. Todavia, ao contrário do que se estava habituado, torna-se imperioso o pedido para decretação da

referida prisão, não podendo o juiz a fazer *ex officio*, havendo profunda mudança no ponto em comento. Em suma, significa “dizer que o processo deve garantir a ampla defesa ao réu e que as provas de culpa têm de ser levadas pela acusação — não é o acusado que tem de provar que é inocente; ao juiz cabe uma posição equidistante em relação às partes” (CANÁRIO, 2019).

Ante o exposto, necessária a exposição acerca dos momentos da decretação da prisão preventiva. *Prima facie*, consoante se extrai do art. 311 do CPP, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal. Atrelado a isso, constata-se da exegese do art. 39, §5º, do CPP a dispensabilidade do inquérito policial à apresentação da peça de acusação. Forçosa é a conclusão de que para a decretação da prisão preventiva não se pode cogitar de imprescindibilidade do inquérito policial. Nessa toada, explica Lima que

não é obrigatória a existência de inquérito policial em andamento para a decretação da prisão preventiva, mas sim que haja uma investigação preliminar que demonstra a imprescindibilidade da prisão preventiva do investigado para melhor apuração do fato delituoso. Assim, além do cabimento da prisão preventiva durante o curso de um inquérito policial, também o será diante de outros procedimentos investigatórios, tais como comissões parlamentares de inquérito, inquéritos civis ou procedimentos investigatórios criminais presididos pelo órgão do Ministério Público. (LIMA, 2018, p. 969).

Ainda, insta frisar que “a decretação da prisão preventiva no curso das investigações, mesmo durante o inquérito policial, embora permitida, é medida que reclama redobrada cautela” (MARCÃO, 2018, p. 721). “Com efeito, para a decretação desse tipo de prisão exige-se a demonstração inequívoca de prova da existência do crime e indício suficiente da autoria” (STF, 2016). Assim, estando os requisitos demonstrados, o Ministério Público já terá base empírica e probatória hábil para o ajuizamento da correlata ação penal, caso seja o titular para seu aforamento.

Por outro lado, a decretação da prisão preventiva pode ocorrer durante o curso da investigação criminal. Anteriormente ao atual texto do art. 311 do CPP havia a discussão de que a decretação da prisão preventiva poderia ser realizada tão-somente até o final da instrução criminal, (PACELLI, 2006). “Hoje, portanto, não há mais dúvidas: a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da persecução penal, seja na fase investigatória, seja no curso do processo criminal” (LIMA, 2018, p. 971). A prisão preventiva pode, dessa maneira, ser decretada até mesmo após o encerramento da instrução criminal, não mais pairando dúvidas acerca do exposto.

Explicita Nobre que “além do mais, hoje nos defrontamos com grave ausência de previsão legislativa no tocante ao prazo da prisão preventiva, precisa-se fixar limites para algo que não tem limites na lei”. (2017, não paginado). Nesse sentido, expõe-se que não há prazo legal fixado em lei para a duração da medida cautelar que é a prisão preventiva. Desse modo, o magistrado deverá se pautar da proporcionalidade e razoabilidade para decretar tal medida, obviamente não se afastando dos requisitos e pressupostos da prisão, sob pena de estar adiantando cumprimento de eventual

pena em definitivo, instituto o qual não se presta a prisão preventiva.

2.1.1.1.1 Pressupostos da prisão preventiva

Consoante ensinamento de Renato Marcão (2018, p.727), tratando-se de medida excepcional “para a decretação da prisão preventiva se faz imprescindível o atendimento de determinados requisitos, que devem ser interpretados restritivamente, sem os quais qualquer decretação a tal título materializará ilegalidade”. Assim, com base na excepcionalidade da decretação da prisão preventiva já demonstrada, faz-se necessária a observância de requisitos e pressupostos para a sua determinação. De bom alvitre gizar o voto do Ministro Marco Aurélio acerca do tema

Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção, cumprindo interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos (STF, 2003).

Assim, conforme explicitado no art. 312 do CPP, tem-se que os pressupostos para a decretação da prisão preventiva são a existência de prova do crime e indício suficiente de

autoria. Desse modo, “como toda e qualquer medida cautelar, a prisão preventiva também está condicionada a presença concomitante do *fumus boni iuris*, aqui denominado de *fumus comissi delicti*, e do *periculum in mora (periculum libertatis)*”. (LIMA, 2018, p. 972). Pode se entender por *fumus comissi delicti* como “a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria; a fumaça da prática de um fato punível” (SANTOS, 2011). Nesse sentido, colaciona-se que

A prova da existência do crime consiste em haver nos autos elementos que demonstrem a materialidade do delito. Os indícios suficientes de autoria constituem elementos idôneos, convincentes, capazes de criar no espírito do juiz a convicção provisória de que o imputado é o autor da infração. A suficiência do indício é aferida caso a caso, segundo o prudente arbítrio do magistrado. (MOUGENOT, 2019, p. 600).

Em suma, consoante arremata Gomes Filho (2001, p. 223 apud DALLE, 2012) indício suficiente “é aquele que autoriza um prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria ou participação”. Assim, forte nos termos do art. 321 do CPP, ao se falar de prova de indícios de autoria deve haver certa plausibilidade de que o suposto acusado efetivamente cometeu o ato delitivo. Noutro giro, no que tange à prova de existência do crime, deve se estar munido de um juízo de certeza, com a “comprovação efetiva da existência do delito, não sendo suficiente, para sua consolidação, mera suspeita ou indícios”. (MIRABETE, 2001, p. 600).

2.1.1.1.2 Hipóteses de cabimento

Sob outra perspectiva, “a liberdade do indiciado ou acusado pode ser perigosa para o processo ou para a sociedade” (MOUGENOT, 2019, p. 600). Assim, o *periculum libertatis* acima sublinhado está escorreitamente ligado ao resguardo da investigação criminal e do processo-crime como um todo. Ainda, há de se gizar que com tal instituto, ao fim e ao cabo, anseia-se pela resguarda da sociedade. Além do mais, diferentemente do que ocorre no processo civil, utilizando-se o chamado “poder de cautela”, pelo qual o juiz teria ampla disponibilidade para concessão de provimentos capazes de garantir o objeto do processo, é que se ao tratar do tema no processo penal, atenta-se, rigorosamente, ao previsto em lei, restringindo a criatividade jurisdicional (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2019).

Assim, “o *periculum libertatis*, indispensável para a segregação preventiva, está consubstanciado nos fundamentos do art. 312 do CPP”. (LIMA, 2018, p. 974). A par disso, elencam-se os fundamentos expostos no artigo supracitado para fins didáticos: i) garantia da ordem pública; ii) garantia da ordem econômica; iii) garantia da aplicação da lei penal; iv) conveniência da instrução criminal. (BRASIL, 1941). Outrossim, verifica-se que a prisão preventiva também poderá ser decretada “no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva”, forte no art. 282, §4º, do CPP. (BRASIL, 1941).

Por oportuno, há de se gizar que as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva, as quais se aliam às hipóteses de cabimento, estão previstas no art. 313 do CPP. Assim, pode-se decretar a prisão preventiva, atentando-se aos

pressupostos a seguir expostos, nos casos de os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, nos casos que tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado e, ainda, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (BRASIL, 1941). Desse modo, além de se observar os pressupostos não cumulativos da prisão preventiva que a seguir serão demonstrados, deverá o magistrado se atentar se o crime cometido se enquadra nos casos do art. 313 do CPP.

2.1.1.1.2.1 Garantia da ordem pública

Há de se frisar que a “ordem pública é a paz, a tranquilidade no meio social” (MOSSIN, 2010, p. 415). Noutra toada, é exposto na mesma obra que por ordem pública “entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípua atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protestos” (JCAT, 2007 apud MOSSIN, 2010, p. 415). Assim, a prisão preventiva deve ser decretada para garantir a paz coletiva, ou seja, a ordem pública. Todavia, percebe-se a existência de três correntes acerca da decretação da prisão preventiva por garantia da ordem pública. Na primeira linha de pensamento Sanguiné

a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende

contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada para cumprir (SANGUINÉ, 2015, p. 105).

Nessa corrente minoritária, conforme se depreende do citado, estaria a prisão preventiva despida de caráter cautelar, sendo evidente antecipação da execução de pena. Para os filiados nessa corrente, as “medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas para garantir a realização do processo e seus efeitos (finalidade endoprocessual), e nunca para proteger outros interesses” (LIMA, 2018, p. 974). Nesse diapasão, a prisão preventiva nunca poderia ser decretada com fundamento na segurança pública, isto é, na garantia da ordem pública, porquanto se estaria a justificar a finalidade diversa, ou seja, a finalidade extraprocessual.

Por outro lado, a corrente reconhecida como majoritária pela doutrina estava arraigada na possibilidade de o agente delinquir novamente. No ensinamento de Garcia, para a garantia da ordem pública, deverá o juiz, ao decretar a prisão preventiva, “evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida” (1945, p. 169). Averigua-se, considerando tal corrente, que o fato de que o réu ou o indiciado possa reincidir nos atos delitivos, torna-se fator fundamental para a decretação da prisão preventiva. Ressalta-se, assim, a prevenção geral da sociedade.

Ao se analisar a prisão preventiva com fulcro na garantia da ordem pública, “faz-se um juízo de periculosidade do agente (e não de culpabilidade), que, em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada do convívio social” (LIMA, 2018, p. 975). No ensino de Fernandes, conclui-se, em suma que “se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva” (2012, p. 302). Assim, possível se inferir que a análise da periculosidade do agente deve ser realizada *in concreto*, não podendo se determinar a sua prisão preventiva com base apenas na gravidade da pena em abstrato.

A terceira e última corrente acerca da prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública também se apoia na finalidade de impedir de o agente delinquir novamente. Todavia, tal corrente se pauta considerando “a afetação da ordem pública que constitui importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário, como vêm decidindo os tribunais pátrios” (NUCCI, 2020, p. 680). Assim, aufere-se que o destaque dessa corrente está ao considerar a credibilidade do Poder Judiciário. A ocorrência de crime que se avulta sobre a sociedade, revestindo-se de sensação de impunidade, acaba por legitimar parcialmente a decretação da prisão preventiva para tal corrente.

Consoante ensina Capez: “a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar o trânsito em julgado para prender o indivíduo” (2019, p. 280). Consoante giza Cruz, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que o sentimento que se

demonstra é, notoriamente, “influenciado por setores da mídia e da política, que deliberadamente infundem na população uma contínua sensação de terror e insegurança, campo fértil para afirmar a ideia do encarceramento como panaceia para os problemas da criminalidade urbana” (2020, p. 267). A par disso, o Ministro Gilmar Mendes fixa três requisitos para a garantia da ordem pública:

- 1) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros;
- 2) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar;
- 3) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar (MENDES, 2007 apud LIMA, 2018, p. 978).

Assim sendo, faz-se necessária a análise com zelo dos fatos ocorridos e divulgados, de modo a diferenciar momentos em que há balbúrdia acerca de certo crime, não havendo qualquer efetivo prejuízo à ordem pública da situação em que há concreto abalo da higidez social, em virtude do

acontecimento de grave fato delituoso. Nessa perspectiva, deverá o magistrado analisar os aspectos de aferição da ordem pública, “buscando encontrar, pelo menos, um binômio para a sua decretação (ex.: gravidade concreta do crime + péssimos antecedentes do réu; envolvimento com organização criminosa + repercussão social; particular execução + gravidade concreta do crime)”. (NUCCI, 2020, p. 681).

2.1.1.1.2 Garantia da ordem econômica

Outra hipótese de cabimento da prisão preventiva é a salvaguarda da ordem econômica. Há de se frisar que “essa circunstância foi introduzida no art. 312 do CPP com a Lei n. 8.884/94 e está relacionada com o combate aos crimes financeiros, especialmente crimes contra o sistema financeiro nacional” (MARCÃO, 2018, p. 740).

Consoante explicita Nucci, com a decretação da prisão preventiva por garantia da ordem econômica busca-se “impedir que o agente, causador de seriíssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área (2020, p. 681).

Constata-se, ante o exposto, que a garantia da ordem econômica vai ao encontro à garantia da ordem pública. Pode-se inferir que ambos estão atrelados a salubridade da sociedade em geral, porém, aqui se está protegendo a ordem econômica privada e pública do país. Além do mais, giza-se o comando do art. 174, §4º, da CF, que determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”

(BRASIL, 1988). Assim, percebe-se que a prisão preventiva com base na salvaguarda econômica está amparada constitucionalmente.

Com efeito, o intuito do legislador foi claro ao buscar preservar a higidez no campo financeiro-econômico. Mossin exemplifica situação, demonstrando que se justifica a medida “quando o indiciado ou réu que, não obstante esteja sendo objeto de perseguição criminal, continua praticando crime contra a ordem econômica, a exemplo da sonegação de impostos” (2010, p. 417). Desse modo, deverá o magistrado se atentar aos aspectos mencionados anteriormente, ou seja, “a gravidade do delito; repercussão social; periculosidade do agente; particular modo de execução; envolvimento com organização criminosa” (NUCCI, 2020, p. 681). Destaca-se que os crimes que contrariam a ordem econômica são

Lei nº 1.521/51 (crimes contra a economia popular), Lei nº 7.134/83 (crimes de aplicação ilegal de créditos, financiamentos e incentivos fiscais), Lei nº 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei nº 8.078/90 (crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica, e contra as relações de consumo), Lei nº 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica), Lei nº 9.279/96 (crimes em matéria de propriedade industrial) e Lei nº 9.613/98 (crimes de lavagem de capitais). (LIMA, 2018, p. 979).

Outrossim, consoante Mougnot (2019, p. 601) “buscase, também, salvaguardar a credibilidade da Justiça, afastando a sensação de impunidade, de modo que, nesse caso, a magnitude da lesão econômica tem sido usada para justificar a prisão preventiva”. Na mesma linha, Nucci preceitua que o intuito de tal prisão preventiva é de “garantir que a sociedade fique tranquila pela atuação do Judiciário no combate à criminalidade invisível de muitos empresários e administradores de valores, especialmente os do setor público (2020, p. 681). Em suma, forçosa a conclusão de que a prisão preventiva por garantia da ordem econômica busca elidir eventuais abusos econômicos e ainda acautelar a sensação de impunidade apercebida pela sociedade.

Todavia, há de se destacar que muito se discute acerca da constitucionalidade da decretação da prisão preventiva por base na ordem pública e economia pública. Para Delmanto Júnior (2019, p. 83) a prisão preventiva nesses casos “só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório”. Nesse sentido, afirma Lopes Júnior que tais medidas, consoante sua ótica, “não são cautelares, portanto, são substancialmente inconstitucionais, uma vez que se trata de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública” (2017, p. 115). Assim, a depender do posicionamento adotado, transitar-se-á pela constitucionalidade ou não da prisão preventiva sob esse prisma.

2.1.1.1.2.3 Garantia da aplicação da lei penal

Noutra perspectiva, a prisão preventiva com base na garantia da aplicação da lei penal “deve ser decretada quando o agente demonstrar que pretende fugir do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena” (LIMA, 2018, p. 980). Segundo Mossin, “o asseguramento da aplicação da lei penal por intermédio da imposição da medida cautelar somente será possível para evitar o periculum in mora quando houver razões plausíveis no sentido de indiciado ou réu se furtar ao cumprimento da pena” (2010, p. 417). Nessa seara, imperiosa é a existência de fatos concretos que o acusado ou indiciado objetiva manter-se alheio à ação penal.

Novamente, o ato de impor a prisão preventiva recai sob o aspecto da presunção de não culpabilidade. Isso porque, em que pese haja indícios concretos de que o acusado busca se esquivar de eventual aplicação de eventual pena, não se há, conforme se percebe, sentença penal condenatória transitado em julgado para confirmar o fato. Assim, o decreto criminal da prisão preventiva com base na garantia da aplicação da lei penal está sujeito, inegavelmente, a imprecisões e inexatidões das medidas cautelares. Nesse aspecto, destaca-se acerca do princípio em testilha

Sob pena de evidente violação ao princípio da presunção da inocência, não se pode presumir a fuga do agente simplesmente pela sua condição socioeconômica favorável. Meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta não autorizam a decretação da prisão do agente com base nesse pressuposto. O juiz só está autorizado a decretar a prisão preventiva

com base em elementos concretos constantes dos autos que confirmem, de maneira insofismável, que o agente pretende se subtrair à ação da justiça. (LIMA, 2018, p. 980).

Giza-se que “a prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal é, inexoravelmente, a genuína medida cautelar penal, considerando sua função de garantia quanto ao resultado do futuro processo penal de conhecimento de natureza condenatória” (MOSSIN, 2010, p. 418). Aliás, “a possibilidade de fuga, quando evidenciada em elementos concretos, autoriza e recomenda a decretação da prisão preventiva” (MARCÃO, 2018, p. 741). Destarte, presentes elementos concretos que evidenciam a intenção do agente de se furtar a aplicação da lei penal, deve se decretar a prisão preventiva, a fim de salvaguardar eventual e futura execução de pena.

2.1.1.1.2.4 Conveniência da instrução criminal

A conveniência da instrução criminal tem a finalidade de manter a higidez probatória da investigatória ou processual. Conforme Nucci (2020, p. 682), a “conveniência de todo processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira esmerada, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu”. Com efeito, extrai-se desse aspecto a verdadeira garantia do princípio constitucional do devido processo legal, a qual confere a todo indivíduo o direito primordial de um processo justo. Segue-se desse modo, não somente a lei, mas também os elementos formadores do Direito, inerentes à consolidação do

superprincípio da dignidade da pessoa humana. Define-se a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal como

Trata-se de segregar o acusado para impedir sua atuação com vistas a influenciar a colheita das provas. Deve-se demonstrar, com dados concretos, que, solto, o indiciado ou acusado pode suprimir os elementos probatórios indicadores de sua culpabilidade, ameaçando vítimas e testemunhas, destruindo evidências materiais etc. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva. Configuram condutas inaceitáveis a ameaça a testemunhas, a investida contra provas buscando desaparecer com evidências, ameaças dirigidas ao órgão acusatório, à vítima ou ao juiz do feito, dentre outras. (MOUGENOT, 2019, p. 601).

Embora o legislador lance mão da expressão “conveniência da instrução criminal” explica o eminente professor Renato Brasileiro de Lima que a medida cautelar “não pode ser decretada com base na “mera conveniência”, uma vez que sua decretação está condicionada, sim, à necessidade ou indispensabilidade da medida a fim de possibilitar o bom andamento da instrução criminal” (2018, p. 983). Assim, o fato gerador da fundamentação para a decretação da referida medida deve estar pautado na proporcionalidade, não bastando, consoante exposto, a simples conveniência da instrução criminal, porquanto desprovida de base empírica probatória para tanto.

De outro modo, “não se justifica, absolutamente, a imposição da medida cautelar em dissertação quando já houve o término da instrução criminal; pois, *in casu*, mostra-se ausente a conveniência a que faz menção o legislador”. (MOSSIN, p. 417). Evidentemente, se já decorrida toda a instrução criminal do processo, não mais se pode cogitar a decretação da prisão preventiva pela conveniência da instrução criminal. Assim, restando concluída a instrução criminal do processo deverá o juiz fazer uso de outra hipótese de cabimento da prisão preventiva se pertinente, ou, ainda, analisar a possibilidade de utilização de medida cautelar diversa da hostilizada. De bom alvitre, instrui Renato Marcão:

É preciso notar que a decretação da prisão preventiva fundada na circunstância em apreço deixará de estar justificada no momento em que advém o encerramento da instrução. Se a imposição da cautela visava apenas e tão somente à conveniência da instrução criminal, estando ela finda, não deve subsistir a prisão sob tal fundamento decretada. Se, todavia, a decretação estiver escoltada em mais de uma circunstância, poderá persistir a prisão, notadamente se o outro argumento tiver relação com a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (MARCÃO, 2018, p. 741).

Assim, em apertada síntese, tem-se que possível a decretação da prisão preventiva com esse fundamento desde que ainda se esteja nessa fase processual. Além do mais, nessa toada, verifica-se que a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal pode diminuir a participação do acusado

para o retardamento da instrução ou, até mesmo, coerção de testemunhas. Presentes os requisitos, deverá o magistrado, munido-se dos fundamentos supracitados, decretar a referida prisão a fim de tutelar o normal andamento da instrução criminal, salvaguardando o princípio do devido processo legal, porquanto inerente à relação processual estabelecida.

2.2 Hipóteses de prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro

Noutro giro, imperiosa a análise acerca das hipóteses de prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro. Ao se examinar a prisão civil no sistema pátrio, reportamo-nos, obrigatoriamente a Constituição Federal. A disposição presente no cume da pirâmide de Kelsen no ordenamento pátrio dispõe sobre o tema em seu art. 5º, LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988).

Ante o disposto constitucionalmente, é comezinho o juízo de que a prisão civil não é a regra geral do sistema jurídico brasileiro. Em contraponto, a mesma disposição constitucional, ressalva a existência de duas hipóteses de cabimento da prisão civil no ordenamento pátrio. No primeiro contato sobre o exposto, verifica-se, sem maiores rodeios, a ocorrência e a aplicabilidade da prisão do inadimplente da obrigação de prestar alimentos, bem como da prisão do depositário infiel, porquanto previstos constitucionalmente. No entanto, a averiguação dos institutos sublinhados perpassa o

direito brasileiro, adentrando, inclusive, o direito internacional, cabendo por oportuno, a análise de tais aspectos.

2.2.1 Da prisão do depositário infiel

Consoante demonstrado, tem-se como permissivo legal a não prisão civil por dívida. Logo, pode-se conceituar a prisão civil, pautando-se no dispositivo constitucional, como a prisão que é determinada com a finalidade obrigar o devedor ao seu cumprimento. *Prima facie*, insta gizar acerca da conceituação de depositário infiel. Segundo o Código Civil, em seu cânone 627, “pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”. (BRASIL, 2002). Assim, possível a aferição de que o depositário é aquele que recebe bem móvel em contratos de depósito.

Sob outro prisma, “seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos” (BRASIL, 2002), dispõe o Código de Reale no art. 652. Desse modo, o depositário infiel é aquele que não restitui o bem recebido em contrato de depósito. Destaca-se, assim, que, em que pese se atribua o conceito de infiel o que, sem dúvida, remete a “infidelidade”, nada mais é do que um descumprimento contratual por parte do depositário do bem.

Todavia, embora o permissivo constitucional, verifica-se que a possível aplicabilidade de tal prisão se encontra em

norma infraconstitucional. Primeiramente, conforme já exposto, o contrato de depósito em sua forma principal se encontra previsto no Código Civil. Por outro lado, existem figuras assemelhadas ao depositário primário, quais sejam o depositário judicial e o depositário referente a contratos de alienação fiduciária. Conquanto, o Superior Tribunal de Justiça já analisou tal matéria, decidindo “que não cabe a prisão civil do devedor fiduciário por equiparação, sob o fundamento de que as hipóteses de depósito atípico não estão inseridas na exceção constitucional restritiva de liberdade, inadmitindo-se, dessa forma, a respectiva ampliação” (OLIVEIRA, 2010).

Assim, posteriormente ao referido *decisium*, restou ainda, como possível a prisão do depositário infiel em sua concepção original. O tema da constitucionalidade da prisão do depositário infiel sempre fora discutido pela doutrina e jurisprudência pátria. Ocorre, que no ano de 1992 fora promulgado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) do ano de 1969, o qual se identificou como Decreto nº 678/92 em nosso sistema. Referido pacto assinala que “ninguém deve ser detido por dívida; este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (BRASIL, 1992).

Assim, a discussão acerca da prisão do depositário infiel se tornou ainda acalorada no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme notoriamente exposto na Constituição Federal brasileira, os tratados internacionais de direitos humano que forem aprovados, em dois turnos, pelo quórum de três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, serão, indubitavelmente, equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988). Ocorre que, tal disposição só

fora expressa após a emenda constitucional nº 45 do ano de 2004, de modo que, o Pacto de São José da Costa Rica fora incorporado ao nosso ordenamento anteriormente a referida emenda. Nesse sentido ensina o Ministro Barroso que

De acordo com a jurisprudência corrente do Supremo Tribunal Federal, os tratados em geral têm o mesmo grau hierárquico das leis ordinárias, prevalecendo a regra de que a norma posterior revoga a anterior; porém, no tocante aos tratados de direitos humanos, o entendimento é de que possuem uma posição supralegal, situando-se acima da legislação ordinária, mas sem status constitucional. Para que se equiparem a uma norma constitucional, o art. 5º a aprovação por rito análogo ao das emendas à Constituição (BARROSO, 2019, p. 505).

Nessa seara, novamente houve discussão pela existência de força de emenda constitucional do supracitado pacto, porquanto não se seguiu o procedimento para tanto. Advém que, a partir do julgamento do RE nº 466.343/SP, o Supremo fixou entendimento que “os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação” (LIMA, 2018, p. 879). Desse modo, com base no teor do tratado internacional citado, não mais se poderia cogitar a prisão do depositário infiel.

Posteriormente, perseguindo o arrazoado, o STF revogou expressamente a Súmula 619 que preceituava acerca da prisão do depositário infiel, editando a Súmula Vinculante nº 25 que dispõe: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito” (BRASIL, 2009). No mesmo sentido, trilhou o STJ ao editar a Súmula nº 419, que preceitua que “descabe a prisão civil do depositário judicial infiel” (BRASIL, 2009). Assim, atualmente, não há mais que se cogitar em prisão civil no que tange ao depositário infiel. Conforme decidido pelo STF, em que pese a Convenção Americana sobre Direitos Humanos detenha caráter supralegal, encontra-se, por corolário, acima da legislação interna, desautorizando a prisão do depositário infiel.

2.2.2 Da prisão do devedor de alimentos

Noutro giro, tem-se a prisão do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Em suma, se está diante da prisão do devedor de alimentos. Oportuno preceituar que a palavra alimento provém “do latim *alimentum*, que significa sustento, alimento, manutenção, subsistência, do verbo *alo, is, ui, itum, ere* (alimentar, nutrir, desenvolver, aumentar, animar, fomentar, manter, sustentar, favorecer, tratar bem)” (AZEVEDO, 2013, p. 304 apud TARTUCE, 2019, p. 571). Assim, verifica-se que os alimentos são imprescindíveis à existência humana, demonstrando-se a sua importância e relevância para o Direito. Nesse sentido, ensina Madaleno

A sobrevivência está entre os fundamentais direitos da pessoa humana e o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal, em razão da idade, doença, incapacidade, impossibilidade ou ausência de trabalho. Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, cônjuges e conviventes, uns em relação aos outros, para suprir as necessidades e as adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável. Como dever de amparo, os alimentos derivam da lei, têm sua origem em uma disposição legal, e não em um negócio jurídico, como acontece com outra classe de alimentos advindos do contrato ou do testamento, ou os alimentos indenizativos (MADALENO, 2020, p. 932).

Ante assinalada importância, “tendo em vista sua natureza de materializar condições relativas ao direito à vida do credor, os alimentos são indisponíveis, irrenunciáveis, incomensuráveis, irrepetíveis e impenhoráveis” (LÔBO, 2017, p. 367). Desse modo, percebe-se, consoante exposto alhures, a inegável importância dos alimentos para com o alimentado, porquanto inerente ao direito à vida. Assim sendo, dada a relevância dos alimentos, constata-se a sua nocividade para com o alimentando no caso de sua ausência. Além do mais, verifica-se em boa parcela dos casos que o alimentando se trata de incapaz, de modo que os alimentos são imprescindíveis para sua subsistência.

O Código Processual Civil dispõe que “se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o

juiz, [...], decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses” (BRASIL, 2015). Revela-se, por consequência, que o intuito da medida é reforçar o cumprimento da obrigação por parte do devedor, baseada na essencial e importante necessidade que é a pensão alimentícia para com o alimentando. Além do mais o CPC ainda determina que o preso deverá ficar separado dos demais presos e que o cumprimento da pena não eximirá o devedor das dívidas vencidas e vincendas, tudo forte nos §4º e 5º, do diploma processual civil citado (BRASIL, 2015). Cita-se

A prisão civil é medida coercitiva extrema, aplicável apenas em situações de débito de pensão alimentícia, em razão da premissa de que a liberdade do alimentante deve ser constrangida para garantir a sobrevivência do alimentando. Por isso, ao decretar a prisão civil do devedor de alimentos, devem-se considerar as peculiaridades do caso concreto, adequando-o à correta compreensão da norma jurídica. Deve-se considerar, nesse contexto, que, por ocasião do arbitramento dos alimentos provisórios, o binômio necessidade e possibilidade é examinado sumariamente, mediante análise de cognição perfunctória. Já na prolação da sentença, o referido binômio é apreciado sob um juízo cognitivo exauriente. Assim, a medida da prisão civil, por ser extrema, não se revela como a via executiva adequada (razoabilidade/ proporcionalidade) para coagir o alimentante ao pagamento de um valor fixado em sede de cognição perfunctória e correspondente a montante superior ao arbitrado definitivamente em sentença, após ampla análise do conjunto probatório. Portanto, a prisão civil de devedor de alimentos, no caso

de fixação pela sentença de alimentos definitivos em valor inferior aos provisórios, somente poderá ser admitida diante do não pagamento com base no novo valor estabelecido pela sentença. A diferença deve ser buscada nos termos do art. 732 do CPC. (TARTUCE, 2019, p. 650).

Assim, crê-se que a prisão civil do devedor de alimentos deverá ser determinada pelo juiz “com prudência e parcimônia, não só por ser remanescente de odiosa tradição, mas para que não se transforme em instrumento de vingança privada ou mesmo de agravamento das condições de rendimentos do devedor, em prejuízo do próprio credor” (LÔBO, 2017, p. 388). Forçosa a conclusão de que a prisão civil do devedor de pensão alimentícia torna-se a *ultima ratio*, devendo ser pautada na peculiaridade e na proporcionalidade do caso concreto. Desse modo, há de frisar que a prisão civil do inadimplente de obrigação de pagar alimentos é a única hipótese de prisão civil possível no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.3 Prisão administrativa

Noutro diapasão, tem-se como necessário esmiuçar acerca da prisão administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme Capez a prisão administrativa é “aquela decretada por autoridade administrativa para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação” (2019, p. 312).

Em suma, infere-se que a prisão administrativa tem por finalidade obrigar o agente a cumprir determinado dever de caráter público. Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, pouco há que se falar acerca da prisão administrativa, em do art. 5º, LXI, da Constituição Federal, uma vez que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (BRASIL, 1988).

Ocorre que, ainda havia a possibilidade de decretação de prisão administrativa presente no art. 319 do CPP, em razão de que tal codificação nos remete ao ano de 1941. Todavia, “não há mais, por revogação, a previsão de prisão de natureza administrativa, como havia na anterior redação do art. 319, do CPP, salvo para fins de extradição [...]”. (PACELLI, 2006, p. 596). Desse modo, conforme se depreende não subsiste mais na codificação processual penal a prisão administrativa, em virtude da revogação dos artigos que a previam. Há de se expor o seguinte excerto

Com a devida vênia, sempre pensamos que, diante da Constituição de 1988, e à exceção do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, não havia mais espaço para a prisão administrativa no ordenamento pátrio. Se a Carta Magna determina que, pelo menos em regra, a prisão de alguém depende de prévia autorização judicial, não se pode argumentar no sentir da subsistência da prisão administrativa. Logo após a entrada em vigor da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela não recepção da prisão administrativa. Para a Suprema Corte, por força do disposto no inciso LXI, do art. 5º da Carta Magna, deixou

de ser permitida a prisão administrativa. (LIMA, 2018, p. 882).

Desse modo, conclui-se pela não recepção da prisão administrativa, excetuado nos casos expostos, no ordenamento pátrio. Não se pode olvidar que diante do Estado de Direito em que se vivencia deve-se atentar com zelo às disposições constitucionais. Ou seja, a decretação da prisão administrativa no ordenamento jurídico brasileiro se encontra superada, não podendo ser evidenciada como regra para com a nossa sociedade. Em que pese haja algumas exceções, no que tange ao Estado de Defesa e ao Estado de Sítio, ou ainda referente a deportação e transgressão militar, não se pode considerar a prisão administrativa, sob pena de explícita violação ao princípio do não retrocesso social.

CAPÍTULO 3

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DO FALIDO DECRETADA PELO JUÍZO FALIMENTAR

Consoante exposto alhures, uma relevante parcela das situações infrutíferas empresariais é decorrente de atos ímprobos realizados pelos empresários. Desse modo, pode-se estar diante de atos ilícitos cometidos pelos administradores ou sócios da empresa, incorrendo em evidente estado falimentar da empresa correlata. Atualmente, busca-se, inegavelmente a preservação da empresa, em virtude de seus efeitos perante a sociedade. Todavia, não se pode olvidar do interesse dos credores da empresa, tampouco da tutela do crédito que se baseia o direito empresarial como um todo.

“O regime falimentar busca equilíbrio entre a segurança de cada relação privada havida e o interesse dos credores e o do Estado em prevenir e afastar condutas desonestas” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2014, p. 612). Assim, havendo o preenchimento dos requisitos e pressupostos materiais e processuais para a falência, deverá o juiz proceder à sua decretação, a fim de se resguardar o equilíbrio mencionado. Ressalta-se, conforme visto, a importância e inúmeras consequências da decretação da quebra da empresa.

Nessa seara, a decisão da decretação da falência prenuncia uma série de determinações, como por exemplo, a fixação do termo legal da falência, o prazo para as habilitações de crédito, a suspensão das ações ou execuções contra o falido, a nomeação do administrador judicial da massa falida, dentre outras disposições materiais e procedimentais do processo de falência. Na legislação falimentar revogada, ou seja, no Decreto-lei 7.661 de 1945, havia a seguinte previsão

Art. 14. Praticadas as diligências ordenadas pela presente lei, o juiz, no prazo de vinte e quatro horas, proferirá a sentença, declarando ou não a falência.

[...]

VI - providenciará as diligências convenientes ao interesse da massa, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou dos representantes da sociedade falida, quando requerida com fundamento em provas que demonstrem a prática de crime definido nesta lei. (BRASIL, 1945).

Todavia, conforme já exposto, o projeto de lei 4.376 de 1993, após tramitar quase doze anos no Congresso Nacional, fora sancionado pelo até então Presidente da República em 09 de fevereiro de 2005, sob o número de lei 11.101. Percebe-se que houve mudanças significativas para com o antigo decreto que nos remetia ao tempo da Segunda Guerra Mundial. Todavia, denotam-se fortes resquícios da legislação revogada para com a legislação vigente. Desse modo, giza-se que a

determinação relevante ao presente trabalho é a que dispõe acerca da prisão preventiva do falido ou de seus administradores, *ipsis litteris*

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, grifo nosso).

Inequivocamente, constata-se similitude das legislações vergastadas. Ainda, a atual LREF nada dispõe acerca de eventual prazo ou recurso cabível para com a prisão falimentar preventiva decretada. Averigua-se que a prisão preventiva do falido ou de seus administradores só será decretada com base na ocorrência de crimes falimentares previsto na LREF, não se podendo cogitar a determinação com base em outros crimes. À vista disso, havendo fundamentos da prática de crime falimentar, a lei falimentar possibilita ao Juiz a decretação da prisão preventiva nos autos do processo de falência.

Noutra toada, faz-se necessária a exposição de que, segundo o art. 183 da LREF, “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 na lei falimentar.” (BRASIL, 2005). Assim, forçosa a conclusão que havendo indícios da ocorrência de crime falimentar, deverá ser intentada a respectiva ação penal perante o juízo criminal competente. Além do mais, conforme art. 184 da mesma lei, os crimes falimentares sempre serão de ação penal pública incondicionada (BRASIL, 2005), não subordinando seu ajuizamento a qualquer condição, devendo ser intentada pelo *Parquet*.

Sobrevém, desse modo, a problemática do presente projeto que está pautada na questão de um Juízo Cível, o qual é o Juízo Falimentar, decretar uma prisão preventiva, a qual, em tese, só seria possível, por um Juiz munido da jurisdição criminal, seguindo-se os requisitos e pressupostos dos arts. 311 e seguintes do Código de Processo Penal. Assim, busca-se analisar a constitucionalidade ou não da decretação da prisão preventiva mencionada, bem como averiguar a compatibilidade com a prisão preventiva do CPP, atentando-se aos princípios e normas do ordenamento jurídico pátrio.

3.1 Direitos Humanos e sua perfectibilização no plano jurídico interno

De proêmio, insta se analisar o conceito de direitos humanos, bem como a sua relevância no sociedade atual. Indubitavelmente, o emprego da expressão “direitos humanos” é mezinho e rotineiro nos mais variados contextos da atualidade. Todavia, sua conceituação requer excepcional

atenção, em virtude de sua importância para a coletividade. Em aspectos gerais, a nomenclatura “direitos humanos” é utilizada para “denominar os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, como as exigências básicas com a dignidade, a liberdade e a igualdade de pessoa que não alcançaram um estatuto jurídico positivo”. (GUERRA, 2017, p. 49). Nesse diapasão,

a chamada concepção contemporânea de direitos humanos é marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (PIOVESAN, 2019. p. 61).

Com efeito, percebe-se a notável relevância dos direitos humanos para a sociedade. Isso porque, inegavelmente, alcança e beneficia a todos os indivíduos, abrangendo, conforme exposto, todos na condição de ser humano, bem como, pois,

estão atrelados à possibilidade dos demais direitos, revestindo-se, assim, de sua universalidade e indivisibilidade. Noutro giro, verifica-se que tais direitos, buscam, essencialmente, a tutela da dignidade da pessoa humana, independentemente, de sua nacionalidade. À vista disso, forçosa à conclusão de que os direitos humanos estão escorreitamente ligados ao direito internacional.

Os direitos humanos, portanto, fomentam os mais variados direitos dos indivíduos, estando cada vez mais relevantes à sociedade. Ocorre que, os direitos humanos, pautados, conforme exposto, na dignidade, liberdade e igualdade, são positivados nos ordenamentos jurídicos no âmbito nacional e internacional. Insta sublinhar a importância da implementação desses direitos a nível internacional, porquanto permitem e incentivam, ou, até obrigam, por meio de tratados e convenções a efetiva aplicação na seara nacional. Torna-se verdadeiro desalento à comunidade internacional se a efetivação dos direitos humanos não é realizada a nível nacional. Para com isso, tem-se que

O sistema internacional de proteção de direitos humanos apresenta instrumentos de âmbito global e regional, como também de âmbito geral e específico. Adotando o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. A sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissor na tarefa de implementar direitos e

liberdades fundamentais (PIOVESAN, 2018, p. 93).

Assim, há de frisar que a importância de implementação pelos Estados dos direitos humanos. Há diversos métodos de utilizados para responsabilização e comando internacional quando o Estado não o procede corretamente ou de modo deficitário. Desse modo, a preocupação da efetivação e, noutra toada, pela não violação dos direitos humanos deve ser priorizada. Inclusive, giza-se que os direitos humanos, cujas garantias fundamentais nada mais são do que a perfectibilização das normas de direitos humanos no plano interno.

3.2 Controle de Constitucionalidade

Ab initio, cumpre-se analisar acerca do instrumento de controle de constitucionalidade. Ao se arrazoar sobre o controle de constitucionalidade, inegavelmente, o primeiro pensamento que se tem é acerca da hegemonia da constituição no ordenamento jurídico. A constituição, localizada no cume da pirâmide kelseniana, reveste-se de caráter único, porquanto seu texto prevalece sobre o excedente ordenamento jurídico. Assim, importante ressaltar a relevância do texto constitucional, porquanto é nele que se encontra o parâmetro para toda a legislação infraconstitucional. Nesse diapasão,

A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la. (MORAES, 2020, p.765)

Destarte, a supremacia da constituição está não somente atrelada ao nortear o ordenamento jurídico, mas, também, para a salvaguarda dos direitos humanos, os quais são oriundos de tratados e convenções internacionais. Evidenciado acerca da importância do texto constitucional, imperiosa análise acerca de quando há incompatibilidade da constituição com as demais legislações infraconstitucionais. Nesse prisma, há de se gizar que o legislador originário já anteviu a possibilidade de ocorrência dessa situação, criando meios para se proceder a adequação da norma incompatível com a constituição.

Outrossim, oportuno salientar que a Constituição Federal Brasileira, em que pese existam meios para sua modificação, é classificada como rígida, isto é, “possui um processo de

alteração mais dificultoso, mais árduo, mais solene que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais, diante das regras solenes de alteração previstas em seu art. 60. (LENZA, 2018, p. 256)”. Assim, o controle de constitucionalidade se dá a partir de norma infraconstitucional confrontando-a com o texto constitucional. Se por outro lado, existir texto constitucional incompatível com a constituição num todo ou, ainda, exista o intuito de sua alteração, a via de controle de constitucionalidade não presta para tanto, devendo-se proceder por meio de outros métodos também previstos constitucionalmente.

Insta frisar também que “a inconstitucionalidade das leis é expressão, em seu sentido mais lato, designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição” (TAVARES, 2019, p. 300). À vista disso, então, classifica-se, doutrinariamente, em “inconstitucionalidade por ação, a ensejar a incompatibilidade vertical dos atos inferiores (leis ou atos do Poder Público) com a Constituição e em inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia legislativa na produção de normas constitucionais de eficácia limitada.” (LENZA, 2018, p. 266). Assim, a inconstitucionalidade pode estar tanto na legislação infraconstitucional e em atos do Poder Público quanto na ausência de regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada, uma vez que essas não produzem seus principais efeitos se não forem reguladas em legislação infraconstitucional.

Nessa toada, ainda se divide a inconstitucionalidade por ação em formal, material e, por alguns doutrinadores, classifica-se ainda a inconstitucionalidade por “vício de decoro parlamentar”. Primeiramente, pode-se definir a inconstitucionalidade formal, também chamada de

nomodinâmica ou extrínseca, quando há vício no processo legislativo, de modo que, aqui “se entende “processo legislativo” como o “procedimento” que tem *start* na iniciativa, passa pela deliberação, oferecimento de emendas ao projeto, sanção ou veto (quando houver), derrubada de veto (art. 66, § 4.º, CRFB), promulgação e publicação.” (PADILHA, 2018, p. 132).

Noutro giro, há a inconstitucionalidade por ação com vício material, também conhecida como nomoestática ou intrínseca. Tal inconstitucionalidade material é quando se verifica que o “conteúdo da norma, no todo ou em parte, contraria dispositivo constitucional sobre o mesmo tema, tratando-se de vício insanável de inconstitucionalidade, visto que não há como solucioná-lo sem o expurgo do texto conflitante do universo jurídico” (MOTTA, 2019, p. 793). Ou seja, para se constatar o vício material deverá haver incompatibilidade do teor da norma com preceito ou princípio da constituição ou ainda com o próprio texto constitucional. Em suma,

De outro prisma, é possível afirmar que quase sempre a inconstitucionalidade material é uma questão puramente de Direito, porque se cinge estritamente à análise jurídica da compatibilidade entre conteúdos normativos. Já a inconstitucionalidade formal poderá requerer a análise de circunstâncias fáticas, porque só assim poder-se-á aferir o atendimento ou não do comando constitucional. (TAVARES, 2019, p. 316).

Há ainda a inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar. Nessa situação o vício se encontra na postura indecorosa do parlamentar, a qual pode fomentar a inconstitucionalidade da norma. A Constituição Federal, em seu art. 55, §1º preceitua que “é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.” (BRASIL, 1988). Pode-se mencionar, a título de exemplo, o fato público e notório que aqui se enquadra que foi a compra de voto de deputados por ocasião do que se conheceu por “Mensalão”. Seguindo-se essa linha e havendo tal vício, o voto dos deputados corrompidos pôde viciar as normas votadas. Assim, havendo abuso das prerrogativas do parlamentar, pode-se inferir pela mácula à norma correlata, chamando-se, desse modo, de inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar.

Além do mais, imperiosa a evidenciação de que a norma inconstitucional pode violar muito mais do que apenas a constituição propriamente dita. Nesse sentido, há de se esclarecer que as normas devem estar em harmonia com o que se denomina de “bloco de constitucionalidade”. No ordenamento jurídicos pátrio, entende-se que o bloco de constitucionalidade é o “conjunto de regras, princípios, valores constitucionais, dispositivos dos ADCT, Emendas Constitucionais e tratados internacionais com hierarquia constitucional, que servem como parâmetro para controle de constitucionalidade.” (PADILHA, 2018, p. 130). Assim, os atos do Poder Público, bem como a legislação infraconstitucional devem ser pautados observando-se a realidade da Constituição Federal vigente, analisando-a a partir de seus princípios e exegeses, não bastando para tanto um juízo restrito da matéria escrita.

Por outro lado, coexiste a possibilidade da inconstitucionalidade por omissão. Assim, “a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a “violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo (violação por omissão).” (CANOTILHO, 1993, p. 504 apud LENZA, 2018, p. 266). Em apertada síntese, pode-se constatar que a inconstitucionalidade por omissão ocorre quando há omissão do legislador acerca de regulamentação de algum aspecto que tem previsão constitucional. Conquanto, faz-se necessária a observação de que a inconstitucionalidade por omissão “só se configura quando estivermos diante de norma constitucional de eficácia limitada, constituindo normas da Constituição que possuem aplicabilidade indireta e mediata na produção de efeito-fim” (PADILHA, 2018, p.135). Desse modo, a inércia de atuação do Poder Público ocasiona prejuízo, uma vez que para a efetiva concretização do direito previsto constitucionalmente, imperiosa a atuação legislante.

Sob outro prisma, há de se analisar o momento da aferição do controle de constitucionalidade. Doutrinariamente, classifica-se em controle preventivo ou repressivo. O “controle dito preventivo é aquele exercido por órgãos do Poder Executivo e do Poder Legislativo quando da tramitação de um projeto de lei”. (MOTTA, 2019, p. 795). O Poder O Legislativo analisa, por meio de suas comissões de constituição e justiça, ou, até mesmo pelo plenário, se o projeto de lei contém alguma mácula a ensejar a inconstitucionalidade (LENZA, 2018). Já o “Chefe do Executivo, aprovado o projeto de lei, poderá sancioná-lo ou vetá-lo, de modo que, o veto dar-se-á quando o Chefe do Executivo considerar o projeto de lei inconstitucional ou contrário ao interesse público”. (LENZA, 2018, p. 275). Há ainda a possibilidade de o controle preventivo ser exercido pelo Poder Judiciário, conforme se expõe

O Poder Judiciário, ainda que de forma excepcional, também poderá exercê-lo caso seja impetrado um mandado de segurança por Parlamentar, em razão da inobservância do devido processo legislativo constitucional, como ocorre no caso de deliberação de uma proposta de emenda tendente a abolir cláusula pétreia. Os parlamentares têm direito público subjetivo à observância do devido processo legislativo constitucional. Por isso, apenas eles, e nunca terceiros estranhos à atividade parlamentar, têm legitimidade para impetrar o mandado de segurança nessa hipótese. A iniciativa somente poderá ser tomada por membros do órgão parlamentar perante o qual se achem em curso o projeto de lei ou a proposta de emenda. Trata-se de um controle concreto, uma vez que a impetração do *mandamus* surge a partir da suposta violação de um direito (ao devido processo legislativo). (NOVELINO, 2014, p. 335).

O controle repressivo, por sua vez, é aquele que se realiza sobre a lei e, não mais sobre o projeto de lei. “Exatamente por isso o controle repressivo (ou típico) é exercido por órgãos do Poder Judiciário, sendo acionado toda vez que não lograr êxito o controle preventivo, incidindo sobre a lei que já regula relações jurídicas de forma presumidamente constitucional”. (MOTTA, 2019, p. 795). Percebe-se aqui o protagonismo do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade repressivo, porquanto pode ser acionado nos mais variados casos onde se discute a constitucionalidade da norma.

O sistema de controle jurisdicional dos atos normativos é realizado pelo Poder Judiciário, tanto por um único órgão (controle concentrado) — no caso do direito brasileiro, pelo STF e pelo TJ — como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso), admitindo, naturalmente, o seu exercício por juízes em estágio probatório, ou seja, sem terem sido vitaliciados, bem como por juízes dos juizados especiais. O Brasil adotou o sistema jurisdicional misto, porque realizado pelo Poder Judiciário — daí ser jurisdicional —, tanto de forma concentrada (controle concentrado) como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso). Importante anotar que os controles difuso e concentrado são realizados com autonomia, não podendo um condicionar a sua admissibilidade à inviolabilidade do outro. Claro que se já houver decisão no controle concentrado, mesmo em sede de medida cautelar, poderá haver repercussão sobre o controle difuso. (LENZA, 2018, p. 281).

Todavia, o referido controle ainda pode ser exercido pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo. O controle repressivo operado pelo Poder Executivo é “quando o Chefe do Executivo deixa de cumprir uma lei ou determina seu descumprimento para órgãos subordinados, por entender que a norma é inconstitucional, que é o chamado direito de resistência.” (PADILHA, 2018, p. 159). Depreende-se que a prerrogativa de negar execução a determinada lei por seu caráter inconstitucional é atribuída somente ao Chefe do Poder Executivo, em quaisquer de suas esferas, não se admitindo que qualquer servidor deixe de observar e cumprir certa norma em virtude de seu próprio entendimento. Não se pode olvidar que tal entendimento não é pacífico, havendo expressiva doutrina

em sentido diverso. Além do mais, há se de notar que independentemente do não cumprimento da norma que lhe pareça inconstitucional, cabe ao Chefe do Executivo propor a ação direta de inconstitucionalidade, em virtude de eventuais vícios apercebidos, salvo o Chefe do Executivo Municipal, porquanto não legitimado pelo art. 103 da CF.

Ainda, o controle posterior pode ser exercido pelo Poder Legislativo em diversas hipóteses. O Congresso Nacional pode sustar os atos do Poder Executivo que excedam os limites da delegação legislativa ou do poder regulamentar (art. 49, V, da CF) ou, ainda, podem rejeitar medida provisória que considerem inconstitucional nos casos previstos na CF. (NOVELINO, 2014, p. 340). Ainda há a possibilidade do Tribunal de Contas apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, em virtude da Súmula 347 do STF. Todavia, a referida súmula, além de sua aprovação datar longínquo tempo, caracteriza-se superada pelo advento da Constituição Federal de 1988, sem, contudo, haver sua expressa revogação.

Ainda, imperiosa a exposição de que a (in)constitucionalidade pode ser declarada de modo abstrato ou difuso. A via abstrata, também conhecida como controle concentrado ou via de ação, é o meio utilizado para se conseguir a declaração de inconstitucionalidade (ou também de constitucionalidade) da norma, independentemente de haver caso concreto, com o intuito de salvaguardar as relações jurídicas, de modo que o objeto da ação é a declaração ou não da inconstitucionalidade. Nessa toada, importante ressaltar acerca que, em suma, as ações para o controle concentrado de constitucionalidade são: Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme art. 102, I, “a”, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, III), Ação Direta de Inconstitucionalidade

por Omissão (art. 103, §2º), Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, “a”) e Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1º), todas previstas na atual Constituição Federal Brasileira.

Noutra toada, coexiste a possibilidade de análise da constitucionalidade da norma quando do caso *in concreto*. Sob este prisma, “o controle difuso é aquele que pode ser feito por todos os juízes, mas sempre quando estiverem analisando um caso concreto, sendo que a questão sobre a constitucionalidade da norma acarreta questão incidental.” (RUSSO, 2013). Assim, o controle difuso está justamente ligado ao caso concreto, de modo que, a declaração ou não da inconstitucionalidade decretada é uma questão incidental, não sendo o objeto principal da demanda. Desse modo, o que se busca é que a norma em desacordo com a Constituição não prejudique o direito da parte, sendo que a declaração de determinada inconstitucionalidade é dada somente no âmbito do processo, ou seja, interpartes, não atingindo demais relações jurídicas como no controle concentrado. Oportuno destacar que

A competência para exercer o controle difuso (ou aberto) é atribuída a todos os órgãos do Poder Judiciário. Conhecido também como sistema norte-americano de controle, esta modalidade teve suas bases teóricas estabelecidas a partir do voto proferido por John Marshall, então *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana, na decisão mais conhecida da história constitucional: o célebre caso *Marbury v. Madison* (1803). Apesar de ser frequentemente apontada como a precursora do controle de constitucionalidade das leis, a rigor, esta decisão foi a primeira na qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de um

ato legislativo do Congresso, tendo uma fundamental importância, pois, ao tentar superar as dificuldades políticas que envolviam o caso, Marshall traçou os fundamentos definitivos do exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade. Antes, porém, existiram dois precedentes na própria jurisprudência norte-americana nos quais as ideias embrionárias do controle de constitucionalidade já estavam presentes: o *Hayburn's Case* e o *Case Hylton v. United States*. No Brasil, o controle difuso de constitucionalidade vem sendo consagrado desde a primeira Constituição Republicana (1891). No direito brasileiro, todo controle difuso é realizado incidentalmente. (NOVELINO, 2014, p. 345).

Nesse diapasão, denota-se que a relevante diferença entre o controle abstrato e o controle difuso. Enquanto o primeiro pode possuir eficácia *erga omnes*, isto é, atingirá o ordenamento jurídico como um todo, o segundo está estritamente ligado ao caso concreto, não afetando as demais relações jurídicas. Ademais, os demais aspectos esmiuçados serão analisados no que tange à prisão preventiva do falido quando decretada pelo juízo falimentar, cabendo por ora a exposição acerca dos institutos. Revela-se de suma importância a análise da existência de eventual vício na no dispositivo objeto do presente trabalho sob o viés constitucional, em virtude dos corolários já demonstrados.

3.3 Controle de Convencionalidade

Noutra perspectiva, faz-se necessária a exposição acerca do chamado controle de convencionalidade. O controle de convencionalidade das leis, em apertada síntese, é a “compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado que provém, em nosso entorno geográfico, do sistema interamericano de direitos humanos e de seus instrumentos de proteção.” (MAZZUOLI, 2018, p. 30). Percebe-se, desse modo, que o intuito do controle de convencionalidade é a compatibilidade das normas infraconstitucionais com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos de qual o Estado é signatário. Ensina Sarlet acerca do tema

A terminologia adotada e difundida no Brasil por Valério Mazzuoli (em adesão à tradição francesa) busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são — ou não — hierarquicamente inferiores. (SARLET, 2015).

Constata-se, inequivocamente, certa semelhança entre o controle de constitucionalidade e o controle de

convencionalidade. Enquanto o primeiro busca a compatibilização das normas infraconstitucionais e atos do Poder Público para com a Constituição Federal, o segundo busca a harmonia entre a produção legislativa doméstica com os tratados internacionais de direitos humanos. Nesse diapasão, forçosa a conclusão de que no que tange aos direitos humanos, pode-se realizar tanto o controle de constitucionalidade quanto o de convencionalidade. Logo, “os direitos humanos, no Brasil, possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional, sendo que qualquer ato ou norma deve ser aprovado por ambos, para que sejam respeitados os direitos no Brasil.” (RAMOS, 2016, p. 404).

Ocorre que o controle de convencionalidade, conceito que se demonstra recente, apresenta-se com peculiaridades, em virtude da aplicabilidade de tratado internacional dentro do ordenamento do Estado. Com o controle de convencionalidade, desponta nova atribuição ao Poder Judiciário, porquanto além de analisar a harmonia entre a norma doméstica com a Constituição Federal, deverá apreciar a compatibilidade da norma com os tratados ou convenções internacionais de direitos humanos, configurando, dessa maneira, a dupla compatibilidade (CARNEIRO, 2014). Oportuno gizar que

Para a Corte Interamericana, o juiz nacional, como *longa manus* do Estado, tem o dever de compatibilizar a normativa doméstica com os ditames dos tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado, devendo, para tanto, proceder *ex officio* (para além, evidentemente, de quando há iniciativa da parte). Portanto, a atuação do Poder Judiciário

no exercício da compatibilidade vertical material (das normas internas relativamente aos comandos dos tratados de direitos humanos em vigor) é sempre direta, para além de não requerer pedido do interessado e, tampouco, autorização constitucional ou legislativa para tanto, pois decorrente da jurisprudência vinculante da Corte Interamericana. Também deverá o magistrado controlar a convencionalidade de forma preliminar, é dizer, antes da análise do mérito do pleito principal. Depois de realizado *ex officio* e preliminarmente, só assim poderá o juiz passar ao exame de mérito do pedido principal e proferir sentença. (MAZZUOLI, 2018, p. 30).

Há de se destacar que a interpretação dada pela Corte Interamericana se torna vinculante. Desse modo, além de o magistrado deter o conhecimento dos tratados internacionais, deverá proceder à análise do caso concreto sob à luz da jurisprudência da Corte Interamericana no que tange ao tema em testilha. Contudo, pode o juiz se deparar com situação de que não há interpretação da Corte Interamericana. Desse modo, não havendo tal jurisprudência deverá o “juiz interno postar-se no lugar de juiz internacional para, à luz dos princípios do direito internacional dos direitos humanos, especialmente do princípio *pro homine* ou *pro persona*, proferir sentença.” (MAZZUOLI, 2018, p. 32).

Por consequência, averígua-se o importante papel do juiz no que diz respeito ao controle de convencionalidade. Isso porque, o magistrado deverá se ater aos tratados de direitos humanos que o Estado é signatário, conhecendo a interpretação realizada pela Corte Interamericana sobre o tema, ao mesmo tempo em que deverá se postar como juiz internacional, tudo

isso cotejando a norma doméstica conflitante. Assim, a responsabilidade que se incumbe ao magistrado é de relevância ímpar, não podendo ele se eximir por eventual desconhecimento dos mais variados fatores envolvidos. Noutra giro, destaca-se que o controle de convencionalidade pode ser exercido pelos demais poderes. Nessa senda, destaca-se

Por outro lado, há que considerar que o controle de convencionalidade (interno) não é um controle exclusivamente jurisdicional igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. Não se pode olvidar que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo poderia vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, da CF, onde, pelo menos assim o sugerimos, o tratado — mesmo de acordo com o entendimento do STF — integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade

brasileiro, para além de integrar também um “bloco de convencionalidade”. (SARLET, 2015, não paginado).

Sendo assim, além do já exposto bloco de constitucionalidade, pode-se considerar, por força da doutrina, o chamado “bloco de convencionalidade”, devendo-se atentar a todos os tratados internacionais de direitos humanos vigentes no ordenamento pátrio para se proceder ao controle de convencionalidade. Por oportuno, há se ressaltar a importância do controle de convencionalidade para a perfectibilização dos direitos humanos. Isso pois, em que pese haja previsão no ordenamento do Estado, pode-se estar decidindo e conferindo eficácia de modo inadequado, distanciando-se do previsto nos tratados internacionais de direitos humanos. Com isso, revela-se a importância da jurisprudência da Corte Interamericana, bem como pela análise minuciosa por parte do magistrado quando diante do caso concreto.

3.4 A (in)constitucionalidade da prisão preventiva do falido decretada pelo Juízo Falimentar

Com efeito, exsurge a incerteza acerca da constitucionalidade da prisão preventiva do falido quando decretada pelo Juízo falimentar. A problemática toda está pautada na questão de um Juízo Cível, o qual é o Juízo Falimentar, decretar uma prisão preventiva, a qual, em tese, só seria possível, por um Juiz munido da jurisdição criminal,

seguinte-se os requisitos e pressupostos dos arts. 311 e ss. do Código de Processo Penal, consoante acima supracitados.

O art. 99, VII, da Lei de Falências e Recuperação Judicial sequer instiga a imprescindível observância dos requisitos e pressupostos da decretação da prisão preventiva, os quais são a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (RODRIGUES, 2013). Todavia, além da questão processual penal, faz-se necessária a análise sob o prisma constitucional, bem como a sua compatibilidade com os tratados e convenções de direitos humanos que o Brasil é signatário.

Desde logo, há de se frisar que a corrente majoritária da doutrina analisada se posiciona pela inconstitucionalidade da prisão preventiva do falido quando decretada no bojo do processo falimentar. Conquanto, não há de se olvidar que há posicionamento em sentido diverso, cabendo aqui a explanação sobre ambos, em virtude do caráter científico do presente. De proêmio, destaca-se que para Feitoza o juiz falimentar é a autoridade competente para a decretação da supracitada medida preventiva, atendendo fielmente o princípio constitucional do juiz natural. (FEITOZA, 2009). E, mais adiante, conclui que “eventual argumento de que se trata de juiz cível decretando prisão processual penal não deve prosperar, pois a Lei prevê que, quanto à prisão preventiva por crimes previstos na Lei, o juiz da falência tem competência criminal.” (FEITOZA, 2009, p. 878).

No primeiro sentir, não se pode negar que a lei falimentar realmente atribui a competência falimentar para tal medida excepcional. Todavia, evidente que a análise da norma

positivada pelo aplicador do direito não pode ocorrer por uma interpretação superficial da lei, devendo, nesse caso, ocorrer observar princípios balizadores de nosso sistema, os quais estão consonantes com a Constituição Federal brasileira (PONTE; SOARES, 2015). Desse modo, apenas a previsão legal expressa da norma não faz presumir o seu efetivo caráter de compatibilidade com ordenamento jurídico pátrio, em especial com a CF. Assim, com a devida vênia, torna-se vil o argumento de que a existência de previsão legal atribui a efetiva constitucionalidade ao eventual ato da decretação da medida cautelar citada.

Pode-se dizer que o art. 99, VI, da vigente LREF, é reprodução idêntica do art. 14, VI, do Decreto-lei 7.665/45 no que tange à prisão preventiva do falido. Destaca-se que não se detém o conhecimento se tal reprodução fora efetivamente intencional ou mero descuido na função legiferante. O que ocorre é que a legislação reproduzida nos remete há mais de 75 anos, demonstrando-se extenso lapso temporal e evidente incompatibilidade com a sociedade atual, bem como o ordenamento vigente. Nesse aspecto, preleciona Mamede

A Lei 11.101/05 conservou a previsão do Decreto-lei 7.661/45 (artigo 14, VI) de que a sentença que decreta a falência pode ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores. Essa disposição inscrita na parte final do artigo 99, VII, da Lei 11.101/05, todavia, não se sustenta juridicamente. Definitivamente, o juiz que decreta a falência não pode ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores na sentença que decretar a falência do devedor, mesmo quando requerida com fundamento em provas da

prática de crime definido na Lei 11.101/05. Explico-me: de acordo com o artigo 183 da mesma Lei 11.101/05, 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 na legislação falimentar. Seguem-lhe o artigo 184, estabelecendo que os crimes previstos naquela lei são de ação penal pública incondicionada, e o artigo 185, mandando observar, quanto ao seu processamento, o Código de Processo Penal. (MAMEDE, 2019, p. 274).

Desse modo, conforme já demonstrado acima com o art. 183 da LREF deverá o juiz criminal da jurisdição do local que tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos na lei falimentar. Assim, novamente se destaca a importância da tramitação do ação penal independentemente da ação falimentar, quando houver ocorrência dos crimes falimentares. Além do mais, em que pese seja de clareza solar, a apuração de eventual tipo penal praticado pelo falido, no âmbito processual, deverá observar o procedimento processual penal, em virtude da especialidade envolvida. Ainda, oportuno gizar o relevante argumento sobre o ponto

Fica claro, portanto, que os aspectos penais da falência, tanto quanto aqueles que exsurjam da recuperação da empresa, têm desenvolvimento em ambiente processual próprio: o juízo

criminal, seguindo as regras do Código de Processo Penal. **Falece ao juízo falimentar – que é jurisdição cível (*ius privatum*) – o poder para cuidar de aspectos penais, ainda que se esteja em comarcas sem divisões de competência em virtude da matéria.** Será indispensável constituir a jurisdição penal para nela obter uma prisão cautelar – designadamente, a prisão preventiva – do empresário falido ou dos administradores da sociedade falida, a partir de pedido formulado pelo Ministério Público (quando não se tenha ação penal privada subsidiária da pública, na forma do parágrafo único do artigo 184 da Lei 11.101/05). **O equívoco do legislador deve-se à cópia da norma anterior, sem compreender os efeitos das alterações dispostas em outros pontos da lei.** (MAMEDE, 2019, p. 275, grifo nosso)

Oportuno ressaltar que a reprodução da norma revogada causou, ou seja, a cópia da norma anterior, refletiu-se destoante com o conjunto normativo constante da LREF. Além do mais, é exposto pelo autor que deve haver a divisão da seara criminal e civil de modo escorreito, falecendo de competência o juízo cível para a decretação da prisão preventiva. Nota-se, nessa toada, a importância da separação das matérias cíveis e criminais. Nesse aspecto, anteriormente a atual legislação falimentar, já havia julgado do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade da prisão preventiva do falido decretada por Juízo cível, o qual faz-se digna de nota:

Habeas corpus impetrado contra decisão de juízo cível, que decreta prisão preventiva, para

fins de processo-crime falimentar. Competência de câmara criminal – e não civil – para o julgamento. Se o ato praticado pelo juízo apontado como coator, fundado em indícios de autoria de delitos falimentares, em garantia da ordem pública e na conveniência da futura instrução criminal, constituiu autêntica medida cautelar de caráter penal, o pedido de “habeas corpus” deveria ter sido julgado por câmara criminal – e não por câmara civil - do tribunal “a quo”, conforme seu próprio regimento interno. Provimento parcial do recurso ordinário, para anulação do aresto impugnado e prolação de outro, por câmara criminal, com exame das demais questões suscitadas na impetração, inclusive a relativa a competência, ou não do juízo falimentar para decretar prisão preventiva criminal. (BRASIL, 1989, não paginado).

O *decisium* revela que é nulo a análise de câmara cível no recurso heroico contra a decisão da prisão preventiva do falido pelo juízo falimentar, reformando-se a decisão anterior e prolatando-se outra na esfera criminal. Desse modo, arrazoa-se que a questão não é nova, de modo que já fora objeto de julgamento dos tribunais há considerável lapso temporal. Ocorre que, apesar dessa questão, imperiosa a explanação acerca de outro ponto frágil do tema. Isso porque, há a possibilidade de a lei de organização judiciária do Estado prever que é de competência do juízo falimentar universal apreciar e julgar os crimes falimentares. Sob esse prisma, colaciona-se o seguinte julgado

“Habeas corpus” – delitos falimentares e crimes a eles conexos – sentença penal condenatória proferida pelo juízo da falência – suposta violação ao postulado constitucional do juiz natural – incoerência – autoridade judiciária investida de jurisdição penal por força de norma estadual dotada de abstração, generalidade e impessoalidade – competência dos estados-membros para organizarem sua justiça (CF, art. 125, “caput”) – situação de injusto constrangimento não configurada – precedentes – doutrina – pedido indeferido. (BRASIL, 2013, não paginado).

Em síntese, fora entendido pelo pretório excelso, em sede de habeas corpus, que não há violação do princípio do juiz natural quando proferida sentença penal condenatória pelo juízo da falência em relação à prática dos crimes falimentares e conexos. A primeiro sentir, poderia se pensar que a supracitada decisão invalidaria o argumento pela divisão das esferas cíveis e criminais mencionado, validando, por consequência, a prisão preventiva do falido. Todavia, isso não ocorre, porque no contexto da decisão hostilizada, no estado de São Paulo há a regra de “competência consubstanciada no art. 15 da Lei estadual nº 3.947/83, por força da qual as ações por crime falimentar e as que lhes sejam conexas passam para a competência do respectivo juízo universal da falência”. (BRASIL, 2013). Nesse sentido, preleciona-se

No Estado de São Paulo, a Lei nº 3.947/83 modificou a atribuição de competência, confiando-a ao juiz da falência para apurar crimes falimentares. É pacífico o entendimento

de que não se desrespeita com isso qualquer norma constitucional ou, mesmo, processual penal. (MIRABETE, 1995, p. 547 apud BRASIL, 2013).

Desse modo, diferentemente dos demais estados, o estado de São Paulo, na sua possibilidade constitucional de legislar sobre o tema, atribuiu a competência do juízo falimentar para julgamento dos crimes falimentares e conexos. E com isso, o juiz falimentar, na existência dos referidos crimes, passa a julgá-los. Contudo, conforme exposto no voto, a sentença penal condenatória fora prolatada após todo o trâmite do processo penal vergastado. Assim, o juiz falimentar, incumbido de jurisdição criminal, julgou o crime falimentar no bojo do processo criminal, não havendo qualquer decretação de prisão preventiva quando do momento de quebra da empresa.

Nesse diapasão, forçosa a fixação acerca das situações, as quais se fazem extremamente diversas. Na primeira situação enfrentada, há decisão de prisão preventiva pelo juiz falimentar no processo de falência. Noutro giro, no segundo caso, dentro do processo criminal intentado pelo Ministério Público, após toda a instrução criminal e efetiva confirmação da prática dos delitos, o juízo falimentar, o qual se atribuiu competência criminal pela legislação judiciária estadual, proferiu sentença de condenação ao falido. Revela-se que não há qualquer imbróglgio na última situação, isso porque, em suma, fora decretada sentença condenatória criminal por um juiz criminal. O que não se aceitaria é a situação da combinação dos procedimentos cíveis e criminais, decretando o juiz falimentar, no curso da ação falimentar, prisão penal ou ainda prisão cautelar, consoante evidenciado.

Ademais, no caso ocorrido no Estado de São Paulo, decidiu o STF que não houve qualquer violação ao princípio do juiz natural, estampado no art. 5º, LIII, da CF, entendimento o qual se comunga. Todavia, quando da decretação da prisão preventiva do falido pelo juiz falimentar, conforme art. 99, VII, da LREF, a exegese se faz diversa. Isso porque, o dispositivo constitucional citado dispõe que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988). Desse modo, sendo o juízo falimentar incompetente para determinar a prisão preventiva no processo falimentar, pode-se verificar afronta ao referido princípio da naturalidade do juízo. Convém colacionar excerto do voto do *decisum* supracitado, o qual se debruçou com profundidade sobre o princípio

Na realidade, o princípio do juiz natural reveste-se, em sua projeção político-jurídica, de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem por titular qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado e, enquanto limitação insuperável, incide sobre os órgãos do poder incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal. Vê-se, desse modo, que o postulado da naturalidade do juízo, ao qualificar-se como prerrogativa individual (“*ex parte subjecti*”), tem por destinatário específico o réu, erigindo-se, em consequência, como direito público subjetivo inteiramente oponível ao próprio Estado. Esse mesmo princípio, contudo, se analisado em perspectiva diversa, “*ex parte principis*”, atua como fator de inquestionável restrição ao poder de persecução penal, submetendo o Estado a múltiplas limitações inibitórias de suas prerrogativas institucionais. Isso significa que o postulado do

juiz natural deriva de cláusula constitucional tipicamente bifronte, pois, dirigindo-se a dois destinatários distintos, ora representa um direito do réu (eficácia positiva da garantia constitucional), ora traduz uma imposição ao Estado (eficácia negativa dessa mesma garantia constitucional). O princípio da naturalidade do juízo, portanto, encerrando uma garantia constitucional, limita, de um lado, os poderes do Estado (impossibilitado, assim, de instituir juízos “ad hoc” ou de criar tribunais de exceção) e assegura, de outro, ao acusado o direito ao processo perante autoridade competente, abstratamente designada na forma de lei anterior (vedados, em consequência, os juízos “ex post facto”). (BRASIL, 1988, não paginado).

Desse modo, verifica-se a importância do princípio do juiz natural, porquanto fomenta direitos fundamentais do indivíduo. Desse modo, ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão por meio de decisão da autoridade competente. Em suma, no contexto do estudo, não se pode cogitar que alguém seja preso preventivamente pela autoridade cível durante o curso do processo falimentar. Além do mais, conforme já esmiuçado, a Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, LXVII, determina que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” (BRASIL, 1988). Excluída a possibilidade de prisão do depositário infiel, a qual já fora analisada, tem-se que a única prisão possível dentro de um processo de natureza cível é a prisão do devedor de alimentos.

Sendo assim, só poderia se cogitar em prisão do inadimplente de pensão alimentícia no curso de um processo cível. Contudo, a lei falimentar exsurge com situação diversa. Assim, apercebe-se que coexiste a possibilidade da decretação de uma prisão preventiva no momento da decisão da bancarrota da empresa. No mínimo, causa-se estranheza a permissiva legal de um magistrado cível proferir decisão tão drástica quanto a medida cautelar da prisão preventiva. A decretação de uma prisão já se torna medida excepcional dentro do sistema jurídico pátrio, mas a prisão preventiva no curso de um processo falimentar se torna ainda mais peculiar no contexto atual. Nesse diapasão, oportuno colacionar a cognição sobre o tema pelo eminente processualista penal Paulo Rangel, o qual examinou o tema com diligência

A prisão já é uma exceção, pois a regra é a liberdade (cf. art. 5º, XV, da CRFB). Sendo exceção e, portanto, restringindo a liberdade de locomoção, não comporta, por amor à hermenêutica, interpretação extensiva, analógica nem analogia. A prisão do falido era prisão em decorrência de dívida civil, sendo medida administrativa de caráter coercitivo que não mais encontra amparo na ordem jurídica constitucional. **Quando a Lei nº 11.101/2005 diz que a prisão poderá ser pedida com fundamento em provas da prática de crime definido nessa lei (art. 99, VII), esquece que estamos no procedimento para a decretação da falência (art. 94). Logo, não há processo criminal, ainda. Não sendo lícito prender no cível fora dos casos de devedor de alimentos e depositário infiel.** (RANGEL, 2019, p. 859, grifo nosso).

Assim, conforme sublinhado pelo autor, a prisão é uma medida excepcional no ordenamento vigente, de modo que não se pode abrandar com interpretação extensiva para se permitir materialmente outras prisões. Assim, a excepcionalidade da medida cautelar preventiva não é devidamente abarcada pelo texto legislativo da lei falimentar, olvidando que se está diante de um juízo cível, ou seja, o juízo falimentar. Além do mais, deve-se atentar que o Brasil é signatário de diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Desse modo, oportuno evidenciar o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 678/92, conforme anteriormente explicitado, o qual prevê sobre o tema

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

[...]

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

[...]

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. (BRASIL, 1992).

Logo, só poderá ocorrer a privação da liberdade física do indivíduo se previamente constante da Constituição do

Estado, o qual não se compatibiliza com a prisão preventiva do falido no processo falimentar. Além do mais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê unicamente a prisão civil pelo inadimplemento de obrigação alimentar, ficando de difícil cabimento outra prisão no curso de uma ação de caráter cível. Importante ressaltar que, em que pese expressa previsão constitucional, já não se aceita mais a hipótese de prisão do depositário infiel, quicá se aceitará outra prisão sendo decretada por um magistrado munido de jurisdição civil.

Nesse sentido, faz-se possível a realização do controle de convencionalidade, uma vez que a matéria envolvida perpassa o direito nacional, já que a proteção vem contida nos direitos humanos. Denota-se que a atribuição de proceder ao controle de convencionalidade, desponta como atribuição do Poder Judiciário, devendo analisar a compatibilidade da legislação falimentar, ou seja do art. 99, VII, da LREF, para com o Pacto de São José da Costa Rica. Assim, vislumbrando eventual pedido de decretação da prisão preventiva do falido no bojo do processo falimentar, ou ainda, até mesmo de ofício, deverá o magistrado *a quo* cotejar o tratado internacional de direitos humanos citado com a legislação falimentar.

Outrossim, não poderá o magistrado se eximir de proceder ao controle de convencionalidade pelo não conhecimento do tratado internacional de direitos humanos. Isso porque, é pública e notória no meio jurídico a existência da Convenção Americana de Direitos Humanos, não sendo crível o seu conhecimento. Por outro lado, conforme já exposto, é dever do magistrado a análise da legislação sobre o tema, em específico, para o caso, do tratado mencionado, bem como da interpretação dada pela jurisprudência da Corte Interamericana, porquanto essa detém caráter vinculante.

Ademais, não havendo jurisprudência da Corte Interamericana sobre o tema, deverá o magistrado se ater aos princípios do direito internacional para analisar o caso em testilha. Ainda, consoante exposto alhures, entende-se que o magistrado deverá agir de ofício quando vislumbrar tal inconvenção, devendo proceder ao controle em sede de preliminar, anteriormente à análise do mérito.

Além de que, não se pode cogitar o desconhecimento do tratado internacional de direitos humanos quando do proferimento da decisão. A uma que para a situação posta em destaque, se está diante do tratado internacional mais conhecido entre o contexto jurídico brasileiro, devendo o juiz julgador realizar o controle de convencionalidade, nos termos citados anteriormente. A duas que para realizar o referido controle, em que pese não se trate do Pacto de São José da Costa Rica, deverá o magistrado analisar com diligência todo o cenário envolvido, ou seja, a norma vergastada, o tratado internacional de direitos humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana, bem como demais princípios de direito internacional, tudo isso para analisar adequadamente o controle de convencionalidade, não se podendo eximir pelo desconhecimento.

Todavia, noutra seara, há a necessidade de se cotejar a prisão preventiva do falido decretada pelo juízo falimentar para com a Constituição Federal brasileira. Além da legislação falimentar estar em harmonia com o tratado internacional de direitos humanos deverá também ser compatível com o cume da pirâmide de Kelsen. Denota-se, em apertada síntese, que a inconstitucionalidade do art. 99, inciso VII, da lei da LREF, reside na circunstância de que: “i) a aludida prisão preventiva possuir nítida natureza de prisão por dívidas, o que há muito é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio; ii) inexistir os

requisitos da cautelaridade; iii) caracterizar verdadeira ofensa ao princípio do devido processo legal e ao princípio do juiz natural.” (RODRIGUES, 2013). Nesse sentido, enfatiza-se

A nosso ver, o art. 99, inciso VII, da Lei nº 11.101/05, é incompatível com o art. 5º, incisos LXI e LXVII, da Constituição Federal, porquanto permite que, no cível, o juiz determine a prisão preventiva do falido como efeito da sentença que decreta a falência, sem que haja ação penal, pois esta será oferecida no juízo criminal e não perante o Juízo de falência (Lei nº 11.101/05, art. 187, caput). Tendo em conta que a prisão preventiva é espécie de prisão cautelar que visa assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal, **não se pode admitir que essa medida cautelar seja decretada por autoridade judiciária desprovida de competência criminal para processar e julgar os crimes falimentares supostamente praticados pelo falido ou pelo administrador.** Portanto, pensamos que **subsiste a possibilidade de decretação da prisão preventiva, mas desde que decretada pela autoridade judiciária competente para processar e julgar os crimes falimentares.** (LIMA, 2018, p. 881, grifo nosso).

Nessa linha de raciocínio, há de se destacar que existe sim a possibilidade de ocorrer a prisão preventiva do falido, desde que decretada pela autoridade judiciária munida da jurisdição criminal. Ainda, conforme exposto pelo autor, no momento da decisão da decretação da falência será intentada perante o juízo criminal e, não perante o juízo falimentar,

conforme prevê o art. 187 da LREF. Assim, oferecida a ação penal correspondente ao juízo criminal competente, haverá a possibilidade desse magistrado decretar a prisão preventiva do falido na ação criminal correlata, desde que preenchidos os requisitos e pressupostos de tal medida cautelar excepcional. Repisa-se sobre o tema

A legislação especial, na hipótese de crime falimentar, estabelece que a sentença civil que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações, poderá ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido na lei de falências (art. 99, inc. VII, da Lei n. 11.101, de 09.02.2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária). Entretanto, como a Constituição Federal (art. 5º, LXVII), **somente admite duas hipóteses de prisão civil por dívida – inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, seria inconstitucional a criação pelo legislador infraconstitucional de nova espécie de prisão civil.** Portanto, a prisão preventiva do falido somente poderá ser decretada por juiz criminal, e não no juízo cível falencial, e desde que existentes: (a) os requisitos cautelares previstos no art. 311 e ss. do CPP; (b) sentença civil declaratória da falência do devedor, que configura não só uma “condição objetiva de punibilidade” do crime falimentar, mas também um pressuposto para a prisão cautelar. (SANGUINÉ, 2014, p. 182, grifo nosso).

Sob esse prima, possível a aferição da inconstitucionalidade do inciso do art. 99 da LREF que prevê a possibilidade da prisão preventiva do falido na ação falimentar. Constata-se se tratar de inconstitucionalidade por ação com vício material, uma vez que a norma contraria os dispositivos do art. 5º, LIII, LXI, LXVII, da Constituição Federal. Desse modo, percebe-se que se trata de vício insanável de inconstitucionalidade, não havendo como saná-lo sem a supressão do texto desarmonioso do universo jurídico pátrio (MOTTA, 2019). Em síntese, constata-se que o vício aqui é nomoestático, estando impregnado de mácula de puramente de direito. A fim de elucidar o testilhando, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática

HABEAS CORPUS. ORDEM DE PRISÃO.
DESOBEDIÊNCIA. NÃO-COMPROVAÇÃO
DE PÓSITO DE ALUGUÉIS.
ILEGALIDADE. JUÍZO CÍVEL.

1. É entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça que decreto de prisão decorrente de decisão de magistrado no exercício da jurisdição cível, quando não se tratar das hipóteses de dever de alimentos, é ilegal.

2. Habeas corpus concedido. (HC 125.042/RS, 4ª Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 23/03/2009). (BRASIL, 2009 apud ROGRIGUES, 2013).

Assim, verificando-se o referido vício, deve-se proceder ao seu controle de constitucionalidade. Inequivocamente o controle aqui a ser realizado é o controle repressivo, porquanto se está diante de lei já constante do universo jurídico vigente.

Desse modo, percebe-se que, além do controle de convencionalidade, também se faz relevante o protagonismo do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade. Assim, deverá o magistrado proceder ao controle de constitucionalidade da legislação falimentar.

Há de se gizar que o referido controle poderá ser realizado tanto pelo meio difuso quanto pelo concentrado. No meio difuso, ao analisar o caso concreto, deverá o magistrado verificar a constitucionalidade da prisão preventiva do falido incidentalmente, previamente ao mérito da demanda. Isso porque, a questão debatida, consoante exposto anteriormente, não é a questão principal do caso, a qual obviamente aqui é a falência da empresa. Assim, o julgador deverá lançar mão da análise da legislação falimentar cotejada com a Constituição Federal, declarando acerca da constitucionalidade ou não da matéria. Destaca-se que a questão vinculará tão-somente as partes do caso *in concreto*, e que, conforme exposto, comungase pela inconstitucionalidade da legislação em debate.

Noutra perspectiva, poderá o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade do dispositivo da legislação falimentar pela via concentrada, o qual é realizado pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal. Aqui destaca-se que se busca, por meio das ações de controle abstrato, a declaração da inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva do falido pelo juízo falimentar sem que haja processo concreto com o tema. O intuito de tal declaração é salvaguardar os direitos humanos envolvidos, tais quais não podem ser ofendidos por legislação inconstitucional. Com efeito, destaca-se que a declaração da (in)constitucionalidade é o objeto da demanda, cabendo aos tribunais superiores o seu julgamento.

3.5 A (in)compatibilidade da prisão preventiva do falido decretada pelo Juízo Falimentar com a prisão preventiva processual penal

Independentemente do entendimento pela constitucionalidade ou não da prisão preventiva do falido no processo de falência, faz-se necessária a análise de que a prisão em testilha satisfaz os requisitos e pressupostos da prisão preventiva prevista no Código de Processo Penal. Em apertada síntese, para decretação da **prisão preventiva**, imperiosa se torna a presença de “**três requisitos**: fumaça do **cometimento** do crime (a materialidade e indício de autoria) + **perigo** na liberdade do agente (um dos fundamentos trazidos na parte final no artigo 312) + **cabimento** (hipóteses descritas no artigo 313)”. (METZKER, 2019).

Há de se frisar que as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva, as quais se aliam às hipóteses de cabimento, estão previstas no art. 313 do CPP. Assim, conforme já demonstrado, pode-se decretar a prisão preventiva nos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, nos casos que o agente tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado e, ainda, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (BRASIL, 1941). Desse modo, além de se observar os pressupostos não cumulativos da prisão preventiva que a seguir serão demonstrados, deverá o magistrado se atentar se o crime cometido se enquadra nos casos do art. 313 do CPP.

Ocorre que, analisando-se as hipóteses admissibilidade do art. 313 do CPP juntamente aos tipos penais previstos da legislação falimentar, pouco há que se concluir pela sua compatibilidade. Isso porque, o crime há apenas um crime na LREF que é punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, o qual está previsto no art. 172 da referida lei. Os demais crimes não atingem pena privativa de liberdade máxima superior aos 4 (quatro) anos necessários. Assim, desde logo, vê-se a pouca compatibilidade da LREF com o art. 313 do CPP.

Além do mais, não há que se cogitar, de modo algum, que algum crime falimentar possa envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Por outro lado, a hipótese de admissibilidade que mais se enquadraria seria nos casos que o agente tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado. Todavia, o cenário exposto dificilmente ocorre na prática, porquanto raramente o falido ostenta condenações criminais em seus antecedentes criminais. Entretanto, há de se destacar que existe a possibilidade.

No que tange ao primeiro requisito assinalado, ou seja, da fumaça do **cometimento** do crime (a materialidade e indício de autoria), não há maiores entraves para seu preenchimento na decretação da prisão preventiva do falido. Isso porque, consoante já demonstrado, “os requisitos relativos à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria constituem o que se poderia chamar de *fumus delicti*, ou a aparência do delito, equivalente ao *fumus boni iuris* de todo processo cautelar” (PACELLI, 2018, p. 561). Assim, tem-se que o *fumus delicti* como imprescindível pressuposto para a

decretação da prisão preventiva. Desse modo, presentes a materialidade do crime e indícios de autoria de crime falimentar, tem-se como preenchidos o requisito do *fumus delicti* para a decretação preventiva.

Por outro lado, forçosa a presença dos elementos autorizadores do art. 312 do CPP que estão ligados ao perigo gerado pela liberdade do imputado, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Nesse diapasão, se está diante de uma das espécies de prisão cautelar, ou seja, da prisão preventiva, analisar-se-á se a prisão preventiva do falido quando decretada pelo juízo falimentar se enquadra ou não nas hipóteses de cabimento da prisão preventiva expostas anteriormente.

Prima facie, faz-se necessária a verificação da compatibilidade da prisão preventiva do falido com a hipótese da garantida da ordem pública. Consoante demonstrado alhures, a ordem pública se entende como a paz coletiva, o bem-estar social, a normalidade e estabilidade da sociedade. Nessa toada, imperiosa a realização de um juízo de periculosidade do agente que fora imputado pela prática do crime. Ocorre que, os tipos penais dispostos do art. 168 a 178 da LREF não envolvem gravidade concreta a justificar a medida excepcional do decreto preventivo. A teor disso, colaciona-se jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual se decretou a medida excepcional

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.
HOMICÍDIO QUALIFICADO, HOMICÍDIOS
TENTADOS, CORRUPÇÃO DE MENOR.
DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA QUE

PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. O *periculum libertatis* traduzido no risco à ordem pública, decorre da gravidade concreta das condutas supostamente praticadas pelos recorridos em detrimento das vítimas – a saber, mataram mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, bem como tentaram matar outras três vítimas sob as mesmas condições; e corromperam menor de idade, em tese. Além disso, tem-se que os recorridos se envolveram em diversos outros crimes gravíssimos após os fatos narrados nos autos, inclusive contra a vida. E, exatamente neste ponto, salta aos olhos a contemporaneidade de fatos justificadores dos riscos que se pretende evitar com a adoção da custódia preventiva: a reiteração criminosa. Desse modo, em atenção as peculiaridades dos fatos e a periculosidade dos agentes, resta evidente que a prisão cautelar se afigura imperiosa, também, para garantia da ordem pública e restabelecimento da paz social, abaladas em razão do comportamento dos acusados, que mantêm, a princípio, o modo de vida voltado para prática de crimes. Preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP. No tocante ao excesso de prazo, para que este caracterize constrangimento ilegal, deve ele ser injustificado, resultante da negligência, displicência, ou de erro por parte do Juízo ou da acusação, o que não ocorre na espécie. Determinada a expedição do competente mandado de prisão na origem. RECURSO PROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito, Nº 70083618579, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 12-03-2020). (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

In casu, constata-se que a decisão de decretação da prisão preventiva foi a medida tomada pela câmara criminal, em virtude das circunstâncias do caso concreto. Diante do homicídio qualificado, das tentativas de homicídio e da corrupção de menores, evidenciou-se, por consequência, a maior periculosidade do agente, havendo necessidade da decretação de sua prisão preventiva. Ao contrário do *decisium*, a prisão preventiva do falido, em qualquer um dos tipos penais presentes da LREF não justifica a segregação excepcional na imprescindibilidade de garantir a ordem pública. Na mais nefasta hipótese de ocorrência de crimes falimentares da lei mencionada, nada haveria de violência ou qualquer um dos atos ensejadores da prisão preventiva por garantia da ordem pública.

Noutro giro, embasa-se a prisão preventiva para garantia da ordem econômica. Nesse aspecto, busca-se, impreterivelmente, a salvaguarda da ordem econômico-financeira da sociedade, punindo-se, especialmente, crimes ao que se denomina vulgarmente de “crimes de colarinho branco”. À vista disso, importante a aferição da natureza jurídica dos crimes falimentares. Consoante demonstrado no primeiro excerto do presente trabalho, a depender da corrente adotada, pode-se classificar os crimes falimentares como crimes contra o patrimônio dos credores, crimes contra o patrimônio, como crimes contra o patrimônio e contra a administração da justiça, ou, ainda, como crimes contra o crédito público.

Desse modo, a nosso sentir, para a caracterização de possível preenchimento do requisito de garantia da ordem econômica, deve-se, no mínimo, adotar uma das correntes que preveem que os crimes falimentares atingem a coletividade num sentido econômico. Ocorre que, conforme já exposto, os crimes que supostamente se enquadram nessa hipótese de

cabimento da prisão preventiva, segundo parcela da doutrina, são os crimes contra a economia popular, crimes de aplicação ilegal de créditos, financiamentos e incentivos fiscais, crimes contra o sistema financeiro nacional crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor, crimes contra a ordem tributária, econômica, e contra as relações de consumo, crimes contra a ordem econômica, crimes em matéria de propriedade industrial e crimes de lavagem de capitais (LIMA, 2018).

Assim sendo, não se verifica o enquadramento dos crimes falimentares na doutrina pátria como crimes financeiros a justificar a sua compatibilidade com a prisão preventiva em virtude da garantia econômica. Além do mais, muito se discute acerca da efetiva possibilidade de decretação da prisão preventiva por garantia da ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, consoante anteriormente demonstrado, existem outras possibilidades para combater e evitar a ocorrência dos crimes tido como financeiros, ao que não se presta e não tem efeitos práticos a prisão preventiva. Nesse diapasão, expõe-se

Com efeito, a tutela da ordem pública e da ordem econômica não implica a proteção do processo no curso do qual teria sido decretada, ainda que fundada em fatos que sejam o seu (do processo) conteúdo e objeto. Em primeiro lugar, acreditamos que a referência expressa à garantia da ordem econômica seja absolutamente inadequada, não resistindo a qualquer análise mais aprofundada que se faça sobre ela. Aliás, semelhante modalidade de prisão foi incluída no art. 312 do CPP, pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, a chamada Lei Antitruste, que cuida de ilícitos

administrativos e civis, contrários à ordem econômica, revogada já pela Lei nº 12.529/11. A se lamentar – e muito – que, tanto tempo depois e com a introdução de tantas alterações em matéria de prisão e de medidas cautelares, tenha se mantido a expressão *garantia da ordem pública e econômica*. Na linha de tal raciocínio, que parece ter sido determinante na inclusão da prisão para garantia da ordem econômica, já havia, no art. 30 da Lei nº 7.492/86, que cuida dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei do Colarinho-Branco), a previsão de decretação de prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada (PACELLI, 2018, p. 565).

Além disso, “há autores que apontam o preenchimento de tal requisito somente com a violação dos preceitos da Lei Antitruste e outros para os quais a ordem econômica interfere na ordem pública” (p. 101). Nessa toada, não se estaria a enquadrar os crimes falimentares ao ponto em comento. Ademais, conforme expõe Lopes Jr. “evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares, portanto, são substancialmente inconstitucionais” (2017, p. 115). Assim, verifica-se a dificuldade da decretação da prisão preventiva sob os argumentos mais notáveis. E, além, percebe-se que mais dificilmente poderá se concluir pela possibilidade de prisão preventiva do falido embasada tanto na salvaguarda da ordem econômica quanto na ordem pública.

Giza-se que também pode ser decretada a prisão preventiva com a finalidade de resguardar a conveniência da instrução criminal. Supradita medida cautelar está relacionada à normalidade do andamento da instrução do processo-crime,

porquanto o acusado pode estar a dificultar a instrução probatória, *verbi gratia*, a subornar serventuários da justiça, ameaçar testemunhas, dentre outras possíveis situações. Desse modo, busca-se com a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal que não o indivíduo não mais atravanque o bom andamento da instrução do processo criminal.

Ocorre que, a prisão preventiva do falido quando decretada pelo juízo falimentar, amparada no art. 99, VII, da LREF, não se está diante da instrução criminal, quiçá poderá se argumentar que se está na presença de um processo criminal. Quando do momento da decretação da *banca rotta* se está, inegavelmente, nos autos de um processo referente ao direito empresarial, isto é, de natureza cível. Desse modo, constata-se a fragilidade de argumentar a possibilidade da prisão preventiva do falido com base na salvaguarda da instrução criminal, porquanto não há, de modo algum, instrução criminal no processo falimentar. Mesmo que se esteja diante de recuperação judicial convolada em falência, pedido de autofalência, ou simplesmente pedido de falência, impossível se cogitar a presença de instrução criminal.

Em contraponto, se durante os procedimentos falimentares esteja havendo definitivamente processo criminal simultâneo ou não aos atos do processo falimentar, não se poderia contestar a presença de maiores imbróglis. Acontece que na análise em testilha persegue-se a decretação da prisão preventiva do falido pelo juízo falimentar (e não criminal) nos processos e procedimentos da LREF. Inegavelmente, pode o juiz da recuperação judicial ou do pedido de falência verificar a ocorrência dos crimes falimentares no andamento dos processos, contudo, não se pode cogitar a instrução criminal nesse modo *sui generis*. Dessa maneira, identifica-se não estar

em risco à conveniência da instrução criminal, porquanto não há instrução criminal num processo cível.

Por último, há a possibilidade de decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. Nessa hipótese, há grande probabilidade, a qual deve vir fundada em indícios concretos, de que o imputado pretende se manter alheio à aplicação da lei penal. Em substancial parcela dos casos, há provas de que o agente pretende fugir e possui meios para fazê-lo. Com a plausível evasão, prejudica-se o futuro do processo, porquanto, ao fim e ao cabo, pouco adianta uma sentença condenatória transitada em julgado se não ocorrer a efetiva punição do considerado culpado. Assim, busca-se que a pretensão punitiva do Estado seja realmente efetiva, validando todo o aparato estatal empregado para com a proteção da sociedade. Insta gizar novamente acerca do tema

Com fundamento nesta hipótese o indivíduo será preso porque ele não demonstra garantias de que, eventualmente, sendo condenado, o Judiciário conseguirá fazer valer a execução da sua sentença. Por exemplo, o indivíduo se desfaz dos seus bens de raiz, muda de residência, sem comunicar o novo endereço, não comparece aos atos judiciais, sem justificativa, e procura visto de entrada em país que não possui tratado de extradição com o Brasil. Contudo, em que pese entendimento em sentido contrário, deve ser lembrado que, antes do trânsito em julgado, vige o princípio do estado de inocência. Deste feita, ao menos em um primeiro momento e com cautela, o juízo que se deve ser feito em relação ao acusado é o positivo e não um juízo negativo, ou seja, de que, caso venha a ser condenado, é provável

que irá se evadir. (CURY; CURY, 2018, p. 147).

Atrelado a isso, analisa-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva do falido para assegurar a aplicação da lei penal. A princípio, no primeiro sentir, havendo indicações de que o falido cometeu crime falimentar e que pretende se eximir do distrito da culpa existiria a possibilidade de sua segregação cautelar. Ocorre que, consoante já exposto, não se está diante de processo criminal, a justificar a salvaguarda da aplicação da lei penal. Destaca-se que o asseguramento da aplicação da lei penal deverá ser realizado perante o processo criminal correlato e, não, pelo juiz falimentar munido de jurisdição cível.

Assim, forçosa a conclusão pela não possibilidade da decretação da prisão preventiva do falido pelos elementos autorizadores do 312 do CPP que se referem ao *periculum libertatis*, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ainda que, superficialmente, possa se cogitar alguma compatibilidade mínima, não há como se fundamentar uma medida de segregação extrema com base em deficientes argumentos jurídicos, sob pena de violação de uma série de direitos inerentes a pessoa humana.

3.6 A impossibilidade de ocorrência da prisão administrativa do falido travestida de prisão preventiva

A prisão administrativa, consoante demonstrado anteriormente, é a prisão a fim de compelir o devedor a cumprir uma obrigação. Percebe-se que a medida coercitiva utilizada para o cumprimento do dever é extrema, devendo-se atentar a sua aplicação. Atualmente, conforme exposto alhures, não há que se falar em prisão administrativa no ordenamento pátrio. Em que pese haja algumas exceções, referentes à estrangeiros e militares, não se cogita, sequer minimamente, sua aplicação como regra geral. Anteriormente, a legislação falimentar revogada, ou seja, o antigo Decreto-lei nº 7.661/45, previa, em seu art. 35, que

faltando ao cumprimento de qualquer dos deveres que a presente lei lhe impõe, poderá o falido ser preso por ordem do juiz, de ofício ou a requerimento do representante do Ministério Público, do síndico ou de qualquer credor. Parágrafo único. A prisão não pode exceder de sessenta dias, e do despacho que a decretar cabe agravo de instrumento, que não suspende a execução da ordem. (BRASIL, 1945).

Aquilata-se que a revogada lei de falências previa de modo escorreito a prisão do falido, dispondo, além disso, o seu prazo máximo e o recurso cabível de sua decretação. Ainda, consoante se depreende da legislação vergastada havia a possibilidade de prisão do devedor (art. 60, §1º), bem como da

prisão síndico da massa falida (art. 69, § 5º). Há de concluir pela relevância dada aos atos previstos na lei falimentar revogada, em virtude das sanções previstas. Ocorre que, a Súmula 280 do STJ, acabou por impedir as referidas prisões, em virtude de que foram revogadas pelos incisos LXI e LXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, incisos os quais preceituam acerca das prisões no Brasil.

Atualmente, a lei vigente, isto é, a Lei nº 11.101/05, não mais prevê as prisões acima sublinhadas. Todavia, ao se confrontar a prisão preventiva do falido constante do art. 99 da LREF com a prisão administrativa da lei de falências revogada, há no mínimo a percepção de influência da antiga para a nova legislação. Há de se frisar que até 2011, com a vigência da Lei nº 12.403 que alterou substancialmente o CPP, ainda havia expressa e complexa previsão de prisão administrativa no art. 319 do CPP, em que pese a jurisprudência e doutrina comungassem de outro ponto de vista. Assim, embora boa parcela doutrinária entenda que a vigente Constituição Federal de 1988 tenha abolido a previsão da prisão administrativa como possibilidade geral, ainda se vislumbra resquícios na legislação falimentar.

Em suma, a prisão administrativa visa compelir alguém a cumprir determinada obrigação. Já a prisão preventiva do falido, demonstra que o juiz, determinando o cumprimento de diligências para proteger os interesses dos envolvidos (como óbvio, ressaltam-se aqui os credores da empresa falida), poderá ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando postulada com base em prova de crimes falimentares. Faceando as duas prisões há uma sensível percepção de similitude. Isso porque, em que pese a prisão preventiva do falido seja determinada com base em crime

falimentar, ainda há caráter de proteger os credores (envolvidos), inegavelmente, revelando-se espécie coercitiva.

A prisão preventiva do processo penal, amparada nos requisitos, pressupostos e hipóteses de cabimentos aqui minuciosamente arrazoados, não pode ser decretada com o intuito coercitivo. Todavia, a análise, do inciso da prisão preventiva do falido, lamentavelmente, constata-se caráter coercitivo aspecto, desvirtuando o instituto da prisão preventiva. Não há que se condescender, atualmente, com a previsão de uma prisão preventiva do falido travestida de prisão administrativa. Até porque a prisão preventiva do falido já se constitui legislativamente das mais variadas máculas, não se podendo ser conivente com uma prisão administrativa assim encoberta na legislação falimentar.

Deve-se, *in casu*, atentar-se para os referidos institutos e para sua correlata função e finalidade. Se a prisão administrativa no ordenamento pátrio vigente pouco subsiste, não se prestando a dissimulação de um instituto para cumprimento de objetivo de outro. Além do mais, em que pese muitos ainda considerem a atual legislação falimentar como “nova”, a vigente legislação quando do início de sua vigência, já nasceu arcaica, uma vez que oriunda de projeto de lei dos anos noventa. Assim, deve-se desassociar a prisão preventiva do falido da prisão administrativa anteriormente prevista na legislação revogada, devendo-se, por outro lado, analisar-se tal medida cautelar sob a ótica da legislação processual penal atual, sob pena de evidente desvirtuação dos institutos retratados.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, analisou-se, atentamente, a (in)constitucionalidade da prisão preventiva do falido decretada pelo juízo falimentar. Para isso, então, buscou-se compreender a evolução histórica da Recuperação Judicial e da Falência no ordenamento jurídico pátrio, bem como seus reflexos na sociedade e as questões atinentes ao princípio da preservação da empresa. Ainda, realizou-se estudo acerca dos aspectos penais da legislação falimentar.

Por conseguinte, foram estudadas as espécies de prisões do sistema jurídico brasileiro, expondo-se uma visão geral do tema. Analisou-se a prisão cautelar, e, em específico e minuciosamente, a prisão preventiva e suas peculiaridades. Após, examinaram-se as hipóteses de prisão civil do ordenamento jurídico brasileiro, atentando-se à prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel e, por último, a prisão administrativa.

No último capítulo, analisou-se, inicialmente, os direitos humanos e sua perfectibilização no plano interno. Discorreu-se, então, acerca do controle de convencionalidade e constitucionalidade. Por fim, analisou-se a (in)constitucionalidade da prisão preventiva do falido decretada pelo Juízo Falimentar, a (in)compatibilidade da prisão preventiva do falido decretada pelo Juízo Falimentar com a

prisão preventiva processual penal, bem como acerca da impossibilidade de ocorrência da prisão administrativa do falido travestida de prisão preventiva.

À vista disso, comunga-se do entendimento da inconstitucionalidade da prisão preventiva do falido decretada pelo juízo falimentar. Primeiramente, consoante demonstrado, padece de competência o juízo cível para a decretação de uma prisão preventiva no bojo do processo falimentar. Em que pese a legislação atual possua tal previsão, não se concorda com tal possibilidade. Destaca-se que a atual lei nesse aspecto, consoante exposto, é cópia idêntica da legislação anterior, sem se atentar para as outras mudanças gerais e específicas trazidas pela nova legislação, bem como pela mudança do ordenamento jurídico desde a vigência da norma revogada, a qual nos remete ao tempo da Segunda Guerra Mundial.

Atualmente, é inegável a importância da separação da jurisdição cível da jurisdição penal, ainda que se trate de comarca sem tais divisões em razão de sua dimensão. Não se pode conivente com o proferimento de uma decisão cautelar, a qual é tão revestida de caráter excepcional, no curso da ação falimentar, a qual tem natureza cível. Constata-se, inexoravelmente, que a norma vergastada fere o princípio do juiz natural e o princípio do devido processo legal, os quais estão estampados na Constituição Federal.

Nesse sentido, exsurge a problemática da legislação estadual atribuir a competência do juízo falimentar para julgamento dos crimes falimentares e conexos. Caso constatada a efetiva confirmação da prática dos delitos e, após toda a instrução criminal (no processo-crime, alheio ao processo falimentar) é possível que o juízo criminal falimentar, ao qual se atribuiu competência criminal pela legislação judiciária

estadual, profira sentença de condenação do falido. Revela-se que não há qualquer imbróglio nessa situação, isso porque, em suma, fora decretada sentença condenatória criminal por um juiz criminal. O que não se aceita é a situação da combinação dos procedimentos cíveis e criminais, decretando o juiz falimentar, no curso da ação falimentar, prisão penal ou ainda prisão cautelar, consoante evidenciado.

Assim, constata-se a inconstitucionalidade da legislação falimentar ao possibilitar a decretação da prisão preventiva pelo juízo falimentar, uma vez que viola o princípio do juiz natural. Isso porque, ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão por meio de decisão da autoridade competente. Em suma, no contexto do estudo, não se pode cogitar que alguém seja preso preventivamente pela autoridade cível durante o curso do processo falimentar. Excluída a possibilidade de prisão do depositário infiel, tem-se que a única prisão possível no bojo de um processo de natureza cível é a prisão do devedor de alimentos.

Além do mais, deve-se atentar que o Brasil é signatário de diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Logo, consoante se verifica da previsão do Pacto de São José da Costa Rica, só poderá ocorrer a privação da liberdade física do indivíduo se previamente constante da Constituição do Estado, o qual não se compatibiliza com a prisão preventiva do falido no processo falimentar. Outrossim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê unicamente a prisão civil pelo inadimplemento de obrigação alimentar, ficando de difícil cabimento outra prisão no curso de uma ação de caráter cível.

Nesse sentido, faz-se possível a realização do controle de convencionalidade, uma vez que a matéria envolvida

perpassa o direito nacional, já que a proteção vem contida nos direitos humanos. Denota-se que a atribuição de proceder ao controle de convencionalidade, desponta como atribuição do Poder Judiciário, devendo analisar a compatibilidade da legislação falimentar, ou seja do art. 99, VII, da LREF, para com o Pacto de São José da Costa Rica. Assim, vislumbrando eventual pedido de decretação da prisão preventiva do falido no bojo do processo falimentar, ou ainda, até mesmo de ofício, deverá o magistrado *a quo* cotejar o tratado internacional de direitos humanos citado com a legislação falimentar, procedendo ao controle de convencionalidade.

Ainda, no meio difuso, ao analisar o caso concreto, deverá o magistrado verificar a constitucionalidade da prisão preventiva do falido incidentalmente, previamente ao mérito da demanda. Isso porque, a questão debatida, consoante exposto anteriormente, não é a questão principal do caso, a qual obviamente aqui é a falência da empresa. Assim, o julgador deverá lançar mão da análise da legislação falimentar cotejada com a Constituição Federal e com o bloco de constitucionalidade, declarando acerca da constitucionalidade ou não da matéria.

Destaca-se que a questão vinculará tão-somente as partes do caso *in concreto*, e que, conforme exposto, comungam-se pela inconstitucionalidade da legislação em debate.

Noutra perspectiva, poderá o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade do dispositivo da legislação falimentar pela via concentrada, o qual é realizado pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal. Aqui destaca-se que se busca, por meio das ações de controle abstrato, a declaração da inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva do falido pelo juízo falimentar

sem que haja processo concreto com o tema. O intuito de tal declaração é salvaguardar os direitos humanos envolvidos, tais quais não podem ser ofendidos por legislação inconstitucional. Com efeito, destaca-se que a declaração da (in)constitucionalidade é o objeto da demanda, cabendo aos tribunais superiores o seu julgamento.

Além do mais, independentemente do entendimento pela constitucionalidade ou não da prisão preventiva do falido no processo de falência, busca-se analisar se a prisão em testilha satisfaz os requisitos e pressupostos da prisão preventiva prevista no Código de Processo Penal. Na LREF há apenas um crime na que é punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, o qual está previsto no art. 172 da referida lei. Os demais crimes não atingem pena privativa de liberdade máxima superior aos 04 (quatro) anos necessários. Assim, desde logo, vê-se a pouca compatibilidade da LREF com o art. 313 do CPP. Outrossim, verifica-se da Lei Anticrime que para a decretação da prisão preventiva deverá haver pedido do Ministério Público ou da autoridade policial, não podendo o magistrado proceder ex officio, dificultando, ainda mais, a prisão cautelar em testilha.

Assim, forçosa a conclusão pela não possibilidade da decretação da prisão preventiva do falido pelos elementos autorizadores do art. 312 do CPP que se referem ao *periculum libertatis*, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ainda que, superficialmente, possa se cogitar alguma compatibilidade mínima, não há como se fundamentar uma medida de segregação extrema com base em deficientes argumentos jurídicos, sob pena de violação de uma série de direitos inerentes à pessoa humana.

Por fim, verifica-se a impossibilidade de ocorrência da prisão administrativa do falido travestida de prisão preventiva. Se a prisão administrativa no ordenamento pátrio vigente pouco subsiste, não se pode crer na dissimulação de um instituto para cumprimento de objetivo de outro. Além do mais, em que pese muitos ainda considerem a atual legislação falimentar como "nova", a vigente legislação quando do início de sua vigência, já nasceu arcaica, uma vez que oriunda de projeto de lei dos anos noventa. Assim, deve-se desassociar a prisão preventiva do falido da prisão administrativa anteriormente prevista na legislação revogada, devendo-se, por outro lado, analisar-se tal medida cautelar sob a ótica da legislação processual penal atual, sob pena de evidente desvirtuação dos institutos retratados.

Com efeito, ante o exposto, imperiosa a conclusão pela inconstitucionalidade da prisão preventiva do falido decretada pelo juízo falimentar. Sugere-se, além das vias contenciosas acima elencadas para solução do imbróglio, a alteração legislativa do dispositivo, ou seja do art. 99, VII, da LREF, para que assim se possa extirpar a prisão preventiva do falido do ordenamento jurídico, gizando-se que a condenação e eventual prisão cautelar deverá ser proferida no bojo da investigação criminal ou do processo-crime, ambas por um juiz munido da jurisdição criminal.

REFERÊNCIAS:

- ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 5ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 1997.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Crimes falimentares de acordo com a Lei 11.101/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JUNIOR, Aury. **Direito ao Processo Penal Razoável**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BATISTA, Nilo. **Lições de direito penal falimentar**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 14 de mar. de 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: 11 de setembro de 2019.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 25 de maio de 2020.

_____. Presidência da República. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.html>. Acesso em: 04 de set de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 67.232-9**. Telmo Ruzinski. Relator: Ministro Sidney Sanches. Brasília, DF, 28 de março de 1989. Diário Oficial da União. Brasília, 1989.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73.730**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081165>>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

- CAEIRO, Pedro. **Sobre a natureza dos crimes falenciais**. Coimbra: Coimbra, 2003.
- CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Falência e Recuperação de Empresa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CANÁRIO, Pedro. **Juiz Imparcial: "pacote anticrime" acaba com decretação de preventiva de ofício**. "Pacote anticrime" acaba com decretação de preventiva de ofício. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/pacote-anticrime-acaba-decretacao-preventiva-oficio>>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- CARNEIRO, Romulo Almeida. **Aspectos relevantes do controle de convencionalidade e supralegalidade no direito brasileiro**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-125/aspectos-relevantes-do-controle-de-convencionalidade-e-supralegalidade-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 14 maio 2020.
- COELHO, Fábio Ulhoa. A crise da empresa no projeto de código comercial. *In*: ANDRIGHI, Fátima Nancy. **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: (lei n. 11.101/2005)**: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 159-167.
- COLUSSI, Fernando Augusto Melo. **Crimes Falimentares: definições**. Disponível em: <<https://fernandocolussi.jusbrasil.com.br/artigos/101017/cri>>

mes-falimentares-definicoes>. Acesso em: 31 de ago de 2019.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Crime Falimentar. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 3, p.143-183, 14 nov. 200.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar**: drama, princípios e alternativas. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

CURY, Daniela; CURY, Rogério. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Método, 2018.

DALLE, Ulisses Moura. **Breves considerações sobre a imparcialidade no processo penal: análise constitucional dos artigos 75 e 83 do CPP**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22758/breves-consideracoes-sobre-a-imparcialidade-no-processo-penal-analise-constitucional-dos-artigos-75-e-83-do-cpp>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Liberdade e Prisão No Processo Penal**: as modalidades de prisão provisória e seu prazo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019, 297 p.

FEITOZA, Denílson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009

FERNANDES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade**. *In*: Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- GARCIA, B. **Comentários ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GUIMARÃES, H. W. M. **Responsabilidade social da empresa: uma visão histórica de sua problemática**. São Paulo: FGV, 1984.
- LAMY FILHO, Alfredo. **A empresa – formação e evolução – responsabilidade social**. *In*: SANTOS, Theophilo de Azevedo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- LENZA, Pedro. **Curso Constitucional Esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

- LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica.** introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelara>>. Acesso em: 03 abr. 2020.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro.** Campinas: Bookseller, 2000.
- METZKER, David. **Descubra quais são os requisitos para decretar a prisão preventiva.** 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/312142/descubra-quais-sao-os-requisitos-para-decretar-a-prisao-preventiva>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

- MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. **Crimes de recuperação de empresas e de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal – Interpretado**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- MIRANDA, M. B. **A reorganização da empresa como objetivo principal do processo falimentar - aspectos que emergem do direito positivo**. Dissertação - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1993.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- MOREIRA, Leopoldo Gomes; SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. **O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância**. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2-instancia>>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal: curso completo**. Barueri: Manole, 2010.
- MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 28. ed. São Paulo: Método, 2019.
- MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de Empresas e Falência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas, falências e procedimentos concursais administrativos**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NOBRE, Marcelo. **Enquanto não houver lei, toda prisão preventiva deve ter prazo de duração**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/marcelo-nobre-toda-prisao-preventiva-prazo-duracao>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Katiane da Silva. **A evolução da prisão civil do depositário infiel na jurisprudência do STF**. 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-da-prisao-civil-do-depositario-infiel-na-jurisprudencia-do-stf/>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2018.

PEREIRA, Alexandre Demetrius. **Crimes falimentares: teoria, prática e questões de concursos comentadas**. São Paulo: Malheiros, 2010.

PEREIRA, Rafael Vasconcellos de Araujo. **Função Social da Empresa**. 2005. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1988/Funcao-social-da-empresa>. Acesso em: 23 mar. 2020.

PEREIRA, Thomas Henrique Junqueira de Andrade. **Princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Legislação Penal Especial: Crimes Falimentares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PONTE, Vitória Arruda Linhares; SOARES, José Erasmo Ramos. **A possibilidade de prisão preventiva decretada**

em face de crimes falimentares e a inconstitucionalidade do artigo 99, VII, da Lei nº 11.101/2005. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39133/a-possibilidade-de-prisao-preventiva-decretada-em-face-de-crimes-falimentares-e-a-inconstitucionalidade-do-artigo-99-vii-da-lei-n-11-101-2005>>. Acesso em: 11 de set de 2019.

PROVINCIALI, **Renzo.** **Manuale di diritto fallimentare.** 3. ed. Milano: Giuffrè, 1955.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso em Sentido Estrito nº 70083618579.** Relator: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, RS, 12 de março de 2020. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70083618579&code=6704&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20202.%20CAMARA%20CRIMINAL>. Acesso em: 14 abr. 2020.

RODRIGUES, Cristiano Alves. **A inconstitucionalidade da possibilidade de decretação de prisão preventiva pelo juízo falimentar e a inaplicabilidade prática do artigo 99, inciso VII, da Lei nº 11.101/2005.** 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/36260/a-inconstitucionalidade-da-possibilidade-de-decretacao-de-prisao-preventiva-pelo-juizo-falimentar-e-a>>

inaplicabilidade-pratica-do-artigo-99-inciso-vii-da-lei-no-11-101-2005>. Acesso em: 26 maio 2020.

RUSSO, Luciana. **Os efeitos da decisão proferida no controle difuso e no controle concentrado de constitucionalidade**. 2013. Disponível em: <https://lucianarusso.jusbrasil.com.br/artigos/112019691/a-diferenca-entre-os-efeitos-da-decisao-proferida-no-controle-difuso-e-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>. Acesso em: 13 maio 2020.

ZTAJN, Rachel. *In*: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. M. (Org.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Juliana Zanuzzo dos. **Fumus commissi delicti**. 2011. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923880/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Controle de convencionalidade dos tratados internacionais**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>. Acesso em: 14 maio 2020.

- SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A recuperação judicial e os direitos fundamentais trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2015.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática**. doutrina, jurisprudência e prática. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas**. Falência e Recuperação de Empresas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- VALE, Horácio Eduardo Gomes. Princípio da função social da empresa. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5034, 13 abr. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56478>. Acesso em: 19 mar. 2020.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. 3 ed., São Paulo: Forense, 1962.
- VERTELO, Miriam de Menezes. **A Recuperação Judicial como mecanismo de efetivação do princípio de preservação da empresa**. Monografia - Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito - Faculdade de Direito, UPIS, Brasília, 2010.

VIEGAS JUNIOR, Nilvan de Jesus. Dos crimes falimentares.
Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22,
n. 5021, 31 mar. 2017. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/55741>>. Acesso em: 30 ago.
2019.