

A JUSTIFICAÇÃO ECONÔMICA OU EMPRESARIAL NOS CRIMES DE INSOLVÊNCIA PUNÍVEIS EM ESPANHA^(*)

Miguel Bustos Rubio¹

RESUMO

O artigo analisa o significado e a natureza jurídica da cláusula de "justificação económica ou empresarial" prevista nos crimes de insolvência punível do Código Penal espanhol, especialmente após a reforma da Lei Orgânica 1/2015. Estes crimes punem certos comportamentos do devedor em situações de insolvência atual ou iminente que sejam prejudiciais para os credores, como atos desproporcionais de alienação de ativos, vendas abaixo do custo ou negócios especulativos. Em vários preceitos, o legislador condiciona a relevância criminal destas condutas ao fato de carecerem de justificação económica ou empresarial, o que torna esta cláusula um elemento decisivo na delimitação do seu âmbito de operação. O artigo examina as principais posições doutrinárias sobre a sua natureza jurídica, a

^(*) Este trabalho foi desenvolvido no âmbito de uma estadia de investigação realizada pelo autor na *Universidade Lusófona do Porto* (Portugal) no período entre 02-03-2026 e 02-06-2026. A estadia foi financiada pelo projeto de investigação de I+D "Derecho penal de clase: propuestas de lege lata y de lege ferenda" (PID2022-142211NB-C22), da Agência Estatal de Investigación (projetos de I+D+i "Generación de conocimiento", Espanha), cuja orientadora é a Dra. Demelsa Benito Sánchez. Da mesma forma, o trabalho faz parte do projeto de investigação de i+D "Prevención, análisis e intervención ante las conductas de blanqueo de capitales en las plataformas de juego online" (SUBV25/00006) do Ministério dos Direitos Sociais, Assuntos do Consumidor e Agenda 2030 (Espanha), cujo investigador principal é o Dr. Miguel Bustos Rubio. O autor agradece ao Dr. Camilo Stangherlim Ferraresi por toda a ajuda prestada na supervisão do texto em português.

¹ Doutor em Direito, Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Professor de Direito Penal, Universidad Internacional de La Rioja (Espanha)

sua fundação, e destaca a interpretação maioritária que a concebe como um critério de atipicidade ligado ao risco permitido na atividade empresarial, cuja função é evitar a criminalização de decisões económicas legítimas e preservar o espaço da liberdade empresarial, formulando uma possível reinterpretação da mesma em termos de causa de justificação. Da mesma forma, são analisadas as diferentes posições interpretativas.

Palavras-Chave: insolvência punível, justificação econômica ou empresarial, crimes contra credores, risco permitido, atividade empresarial

ABSTRACT

This paper examines the meaning and legal nature of the “economic or business justification” clause in the Spanish Criminal Code provisions on punishable insolvency, particularly after the reform introduced by Organic Law 1/2015. These offences sanction certain acts carried out by debtors in situations of actual or imminent insolvency that harm creditors, such as disproportionate asset transfers, sales below cost, or speculative transactions. Several provisions condition criminal liability on the absence of an economic or business justification, making this clause a key element in delimiting the scope of the offence. The paper reviews the main doctrinal approaches to its legal nature and highlights the prevailing view that understands it as a criterion of atypicality linked to the notion of permitted risk in business activity. In this sense, the clause functions as a mechanism to prevent the criminalization of legitimate economic decisions and to preserve a sphere of entrepreneurial freedom, formulating a possible reinterpretation of it as a justification. Likewise, the different interpretive positions regarding the content of the clause are analyzed.

Keywords: punishable insolvency, economic or business justification, crimes against creditors, permitted risk, business activity

1 INTRODUÇÃO

De forma geral, delitos de insolvência puníveis são ações fraudulentas levadas a cabo por um devedor para ocultar bens, reduzir os seus bens ou simular dívidas, de modo a evitar o pagamento aos credores durante uma fase de insolvência ou execução.

Na sequência da reforma do Código Penal espanhol² pela Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, as condutas relativas aos estados de insolvência foram divididas em duas: por um lado, os comportamentos de *frustração da execução* dos artigos 257 e seguintes, e por outro, as *insolvências puníveis* dos artigos 259 e seguintes. Sem entrar em detalhes sobre a distinção específica entre um e outro³, nesta investigação vamos focar na análise de comportamentos de insolvência punível que aludam à *justificação econômica ou empresarial* como uma cláusula que permite que a conduta seja considerada criminal ou não. Assim, por exemplo, o crime de falência do artigo 259.1 do Código Penal contempla as seguintes modalidades penais: - Realizar atos de disposição através da entrega ou transferência de dinheiro ou outros bens patrimoniais, ou através da assunção de dívidas que não sejam proporcionais à situação financeira do devedor, nem ao seu rendimento, e que careçam *de justificação econômica ou comercial*. - Realizar operações de venda ou serviços por um preço inferior ao custo de aquisição ou produção, e que, nas circunstâncias do caso, careça *de justificação econômica*.- Participar em negócios especulativos, quando estes não têm *justificação econômica*.

Da mesma forma, o artigo 260.1 do Código Penal também se refere a esta justificação econômica ou empresarial quando o devedor é sancionado que, estando numa situação de insolvência atual ou iminente, favorece um dos credores, quando se trata de uma transação sem *justificação econômica ou comercial*.

Para aprofundar a análise deste ponto normativo, é necessário primeiro analisar qual é a base de tal disposição e, conseqüentemente, atribuir-lhe uma natureza jurídica específica. A cláusula sujeita a existência do crime à verificação deste ponto negativo, de modo que, se a operação, no seu todo, parecer justificada do ponto de vista econômico ou empresarial, não se pode dizer que a insolvência é criminal.

² A partir de agora todas as referências ao Código Penal (ou CP) são ao texto em espanhol.

³ O nosso trabalho pode ser amplamente consultado: Bustos Rubio, M.: “Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 50, 2018.

Sujeitar a existência do *crime* a esta condição pode responder a duas possíveis razões diferenciadas: por um lado, podemos deparar-nos com uma *causa de atipicidade* (ou elemento negativo do tipo, conforme o caso), que condiciona a existência da tipicidade do próprio ato; ou, por outro lado, podemos deparar-nos com uma *causa de justificação*, que exclui a natureza ilícita da primeira. Uma e outra são coisas diferentes, já que, na nossa opinião, ambas as categorias respondem a fundamentos diferentes.

2 NATUREZA JURÍDICA E BASE DA CLÁUSULA

A grande maioria da doutrina especializada que abordou o estudo desta cláusula nos crimes de insolvência optou por considerar que estamos a lidar com uma *causa de atipicidade*, que assim substituiria diretamente a tipicidade da conduta⁴. E, além disso, dentro desta maioria, outro grupo predominante identifica a sua base na existência de um espaço de risco permitido, *expressamente incorporado na própria tipicidade*⁵. Nas palavras de GUTIÉRREZ PÉREZ, “constituye una cláusula de atipicidad *ex lege*, un criterio de concreción de los supuestos de riesgo permitido en esta materia”, embora o autor reconheça então que “es inusual que el legislador penal incorpore expresamente un criterio delimitador del espacio de riesgo permitido”⁶.

⁴ Neste sentido, entre outros: Monge Fernández, A.: *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis CP)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 101; Nieto Martín, A.: *El delito de quiebra*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 99; Gutiérrez Pérez, E.: *El Derecho penal frente a la insolvencia. Delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 470 y ss.; Pastor Muñoz, N.: “Obtención fraudulenta de crédito, frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, en Silva Sánchez, J. M. (dir.) y Robles Planas, R. (coord.), VV.AA., *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial*, Ed. Atelier, 2ª edic., Barcelona, 2023, p. 311; Pavia Cardell, J.: “Los delitos de insolvencia punible”, en Camacho Vizcaíno, A. (dir), VV. AA.: *Tratado de Derecho Penal Económico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 849; Feijoo Sánchez, B.: *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2016, p. 133.

⁵ Bacigalupo Zapater, E.: “Insolvencia y delito en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, en *Diario La Ley*, nº 8303, 2014, p. 7.

⁶ Gutiérrez Pérez, *El Derecho penal frente a la insolvencia... cit.*, pp. 470-471.

O maior defensor desta interpretação é FEIJOO SANCHEZ, para quem a natureza atípica da gestão ordenada significa que “ante la ambigüedad de determinados tipos de conducta que afectan al patrimonio del deudor o a su capacidad de pago, está permitido realizar conductas que tengan un sentido económico que se pueda explicar y asumir racionalmente [...]. El elemento típico que hace referencia a la justificación económica o empresarial se debe entender como una cláusula que permite restringir el alcance de los tipos que, por su formulación, abarcan conductas tanto correctas o permitidas como fraudulentas [...]. Es evidente que la referencia a la justificación no tiene nada que ver con la existencia de una causa de justificación para una conducta previamente típica, sino que se trata de un elemento normativo que determina la propia tipicidad de la conducta en unos tipos de carácter muy abierto”⁷.

Esta posição deve, portanto, ser compreendida no seu contexto: para estes autores, a delimitação tradicional entre *causas de atipicidade e justificação* baseada no fato de que, no primeiro caso, o ato é absolutamente irrelevante para o direito penal não é válida, enquanto no segundo caso estaríamos a lidar com um ato que representa uma avaliação negativa em processos penais mas que, excepcionalmente, o sistema jurídico tolera ou permite à luz do outros interesses.

Assim, continuando com a exposição de Gutiérrez Pérez, apoiada pelas teses de Ortiz de Urbina Gimeno⁸, se pode dizer que existem comportamentos *atípicos* que, apesar de tudo, continuam a ser muito repreensíveis e, inversamente, *comportamentos justificados* que podem ser louváveis. O autor conclui que: “en el juicio de atipicidad, por tanto, ya se produce una ponderación de intereses y no se posterga artificialmente a un momento posterior en sede de antijuridicidad. Incluso si se calificara, en su caso, como una conducta encuadrable en el art. 20,7º CP⁹, esto es, el cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo de un derecho, se podría

⁷ Feijoo Sánchez, *Orden socioeconómico y delito... cit.*, p. 133.

⁸ Cf.: Ortiz de Urbina Gimeno, I.: “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, en *InDret*, nº 3, 2008, pp. 33 e ss.

⁹ Este preceito afirma: “Están exentos de responsabilidad criminal [...] El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

mantener que constituye una causa de atipicidad, de falta de significación penal, más que de justificación”¹⁰.

Continuando com o autor acima citado, a consideração da cláusula como manifestação do espaço de *riesgo permitido* neste crime responde à relação especial que o autor tem com o património, objeto material do crime, nas figuras das insolvências puníveis; é assim que se pode ler GUTIÉRREZ PÉREZ que “en los delitos de insolvencia punible en sentido amplio [...] colisionan, de una parte, la facultad del acreedor de satisfacer su crédito mediante el patrimonio del deudor y, de otra, la libertad de disposición económica de este último. En el proceso de búsqueda del punto de equilibrio entre ambas facultades, la adecuada fijación de unos espacios de riesgo permitido resulta imprescindible para que los márgenes de lo punible no se dilaten en exceso. Esta tarea se dificulta sobremanera en estas figuras delictivas por la especial relación que el autor posee con el patrimonio que reviste el objeto material del delito”¹¹.

NIETO MARTÍN também se expressa nesta direção, para quem o risco permitido é uma causa de exclusão da tipicidade estritamente criminal, ao contrário da justificação que indica a permissibilidade da conduta em todo o sistema jurídico, considerando por esta razão que a cláusula de justificação econômica ou empresarial que está a ser analisada tem a natureza de causa de atipicidade, porque é um caso de *riesgo permitido*¹².

No mesmo sentido, BACIGALUPO ZAPATER entende que “las operaciones destinadas a la obtención de beneficios para ese patrimonio constituyen un supuesto de *riesgo permitido* expresamente contemplado en el tipo”¹³.

Esta concepção mantida pelos autores acima referidos (e especialmente no campo dos crimes relacionados com situações de insolvência do devedor) foi anteriormente defendida de forma genérica na

¹⁰ Gutiérrez Pérez, *El Derecho penal frente a la insolvencia... cit.*, p. 473.

¹¹ Gutiérrez Pérez, E.: “¿Libertad económica o insolvencia punible? El riesgo (no) permitido del deudor como problema ‘sine die’”, en Acale Sánchez, M., Miranda Rodrigues, A., y Nieto Martín, A. (coords.), VV. AA.: *Reformas penales en la península ibérica. A ‘jangada de pedra’?*, Ed. BOE, Madrid, 2021, p. 55.

¹² Nieto Martín, *El delito de quiebra, cit.*, p. 99..

¹³ Bacigalupo Zapater, *Insolvencia y delito en el Proyecto de reforma... cit.*, p. 7.

teoría do crime por SILVA SÁNCHEZ, que afirmou que "si bien es cierto que cabe pensar que lo atípico es irrelevante para el Derecho penal y lo justificado, en cambio, tiene una connotación dañosa [...] también lo es que las cosas pueden verse al revés: lo justificado, como algo que se define como conforme con el Ordenamiento jurídico (incluso valorado positivamente), y lo atípico como algo ciertamente irrelevante para el Derecho penal, pero o bien sin valoración alguna o bien, incluso, como valorado negativamente desde la perspectiva de otros sectores del Ordenamiento. En realidad, lo más conforme con el enfoque teleológico es sostener que la atipicidad penal no prejuzga en absoluto las relaciones del hecho con el resto del ordenamiento jurídico, al igual que tampoco la exclusión del injusto penal afirma por sí sola nada acerca de la subsistencia o no de una prohibición extrapenal"¹⁴.

Em suma, o que se pretende apontar pelas considerações acima é que a atipicidade criminal e a exclusão da injustiça criminal de um ato típico não estão necessariamente situadas numa relação de menor para mais gravidade do ato, mas, por vezes, numa relação até inversa (quando a atipicidade deixa em funcionamento uma injustiça extra-criminal e a exclusão da injustiça criminal, por sua vez, também parece ser uma permissão legal geral).

Mais recentemente, SILVA SÁNCHEZ argumentou que o conceito de *risco permitido* (no qual, segundo a maioria dos autores, se basearia a cláusula de justificação econômica ou empresarial, concebida como causa de atipicidade) "solo puede alcanzar a aquellas conductas que son penalmente atípicas en virtud de ser jurídicamente permitidas. Más en concreto: formalmente permitidas por el ordenamiento jurídico extrapenal"¹⁵.

¹⁴ Silva Sánchez, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 396.

¹⁵ Silva Sánchez, J. M.: "Bases de un concepto restrictivo de riesgo permitido", en Olmedo Cardenete, M., Núñez Paz, M. A., Sanz Mulas, N., et. al. (dirs.), VV. AA, *Ciencia penal y generosidad. De lo mexicano a lo universal. Libro Homenaje a Carlos Juan Manuel Daza Gómez, in memoriam*, Ed. Bosch, Barcelona, 2021, p. 178. Em maior profundidade, cfr.: Silva Sánchez, J. M.: *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022.

Para o autor, condutas que são perigosas para um direito legal podem ser atípicas por três tipos de razões: por razões sociais, por razões legais não criminais e por razões legal-criminais especificamente. “El primer ámbito es el de la adecuación social. El segundo, el del riesgo permitido. El tercero, el de todas las demás causas de atipicidad”¹⁶.

Desta perspetiva, portanto, a *base* da cláusula de justificação econômica ou empresarial neste crime seria identificada com a especificação de um espaço de risco permitido de origem ou apoio não criminoso, que conteria diretamente a tipicidade criminosa do ato de favorecer indevidamente os credores. Conseqüentemente, a *natureza legal* do preceito seria a causa da atipicidade. Além disso, na opinião de alguns autores, isto apresentaria vantagens importantes do ponto de vista prático (numa visão adicional de natureza pragmática), tornando possível resolver satisfatoriamente problemas de conveniência ou utilidade processual, oferecendo, por exemplo, a possibilidade de não iniciar processos criminais se a causa da atipicidade for verificada ou, caso a abertura tenha ocorrido, decidir sobre a arquivagem do processo sem necessidade de proferir uma sentença (absolvição)¹⁷.

De outro ponto de vista, alguns autores, praticamente isolados do resto da doutrina (já exposta como uma clara maioria), têm sustentado que a cláusula de justificação econômica ou empresarial nos crimes de insolvência constitui realmente uma *causa de justificação* que desloca a natureza ilícita do ato em processos criminais¹⁸.

¹⁶ Silva Sánchez, en Olmedo Cardenete, Núñez Paz, Sanz Mulas, et. al. (dirs.), *Bases de un concepto restrictivo de riesgo permitido*, cit., p. 178.

¹⁷ Neste sentido: Gutiérrez Pérez, *El Derecho penal frente a la insolvencia... cit.*, pp. 474.

¹⁸ Representativamente: Queralt Jiménez, J. J.: *Derecho penal español, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 777. Também: López Barja de Quiroga, J.: *La reforma de los delitos económicos: la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Ed. Civitas, Navarra, 2015, p. 292. Por sua vez, Bacigalupo Zapater, *Insolvencia y delito en el Proyecto de reforma... cit.*, p. 7, embora considere que a cláusula representa um caso de *risco permitido* expressamente incluído no tipo, qualifica então o erro do devedor relativamente à sua existência como *um erro de proibição*, pois, na sua opinião, nesses casos, " el autor, conociendo todos los elementos del tipo, tiene una representación errónea de si su comportamiento está permitido o no". Assim, parece também acrescentar, implicitamente, à categorização da cláusula como causa de justificação. Antes da reforma, esta opinião parecia ter sido vislumbrada: Martínez-

Neste sentido, QUERALT JIMÉNEZ expressou que, se a ação estiver sujeita à inexistência de uma operação com justificação econômica ou comercial, então “más que un delito es una causa de justificación”. O autor compreende que “la justificación económica o empresarial, aún sin mediar autorización, es [...] causa de levantamiento de la antijuridicidad”¹⁹.

De acordo com esta linha de interpretação, a cláusula em análise teria a natureza jurídica de *uma causa de justificação* que excluiria a ilicitude do ato, mantendo a sua tipicidade inalterada, e tendo em conta a base identificada no sentido de que, apesar da desvalorização do fato como um todo, o legislador atribui uma *autorização legal* pelo que, nesses casos, será lícito favorecer os credores nos termos explicados. Esta autorização, em suma, está associada à existência de uma justificação econômica ou empresarial na transação executada pelo devedor. O fato continuaria a ser relevante para o direito penal, mas a razão para a substituição do crime nestes últimos casos basear-se-ia na existência de uma licença que pudesse ser derivada da cláusula do art. 20.7 CP, que determina a isenção de responsabilidade criminal para quem aja em cumprimento de um dever ou no exercício legítimo de um direito, cargo ou posição.

De uma abordagem duvidosa, embora partindo do fato de esta cláusula supor um “*condicionamento típico adicional*” do crime, para BOIX REIG E ANARTE BORRALLÓ a inclusão desta cláusula não é correta, o que gera controvérsias significativas na altura da sua determinação como causa de atipicidade ou justificação. Na sua opinião, e para evitar qualquer dúvida, teria sido melhor opção aludir a “un elemento normativo negativo

Buján Pérez, C.: “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 24, 2002-2003, p. 482, apontando que “no puede pasarse por alto la posibilidad de aplicar alguna de las causas de justificación reconocidas en nuestro Ordenamiento jurídico. Entre ellas, la doctrina ha prestado una particular atención al estado de necesidad, en aquellos casos en que, v. gr., el deudor enajena sus bienes para procurarse los alimentos indispensables para su subsistencia o para comprar medicinas”. Na mesma linha, embora salientando que a justificação neste tipo de crime deve ser muito excepcional: Vives Antón, T. S. e González Cussac, J. L.: *Los delitos de alzamiento de bienes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valência, 1998, p. 78.

¹⁹ Queralt Jiménez, *Derecho penal español, parte especial*, cit., p. 777.

expresivo de la antijuridicidad del hecho, como el de fuera de los casos permitidos por la ley”²⁰.

Por sua vez, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, apesar de iniciar a sua análise da cláusula considerando que as ações “no serán típicas cuando se trate de una operación que esté justificada económica o empresarialmente” pelo contrário (como a lei faz), “dichas acciones son típicas cuando carezcan de una justificación económica o empresarial”. Ele argumenta então que o tipo criminal tem uma estrutura mais complexa do que poderia parecer a priori, decompondo-se na execução de condutas que não são justificadas; para o autor, no fim, todo crime exige que a ação típica não seja justificada pela concorrência de uma causa de justificação, e estes crimes, na sua opinião, “sin perjuicio de las causas de justificación que con carácter general contiene el Código Penal, establece una específica: la justificación económica o empresarial de la operación”²¹.

Para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, no entanto, a base das causas de justificação baseia-se na ausência de interesse pelo bem jurídico ou na existência de um interesse superior que, no caso específico, faz com que a natureza ilícita do tipo criminal diminua. Este autor distancia-se da justificação baseada na existência de uma *permissão* do sistema jurídico para realizar o ato típico.

Estamos, portanto, perante a base tradicional das *causas da justificação*, baseada na ideia do conflito de interesses que o legislador resolve a favor de um desses interesses e em detrimento de outro (uma discussão claramente cristalizada na causa do estado de necessidade). Para o autor, especificamente no artigo 260, 1 CP, a justificação deve responder a esta base, especificamente no interesse predominante, de modo que esta causa de justificação exija um equilíbrio entre o interesse econômico ou comercial da ação e o benefício que esta traz à empresa; embora mais do que para a empresa, deva ser mais especificamente para os restantes credores, porque para este autor “es cierto que si la empresa mejora con la acción o la garantía, ello redundará en los acreedores, pero en realidad -

²⁰ Boix Reig, J. y Anarte Borralló, E.: “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, en Boix Reig, J. (dir.), VV. AA.: *Derecho penal, parte especial. Volumen II. Delitos Económicos*, Ed. Iustel, 2ª edic., Madrid, 2020, p. 323.

²¹ López Barja de Quiroga, *La reforma de los delitos económicos... cit.*, p. 292.

dado que lo que se pretende es mantener y proteger la *par conditio creditorum*-, la justificación ha de ir dirigida al beneficio del resto de los acreedores, pues si la empresa mejora, eso no significa que no continúen existiendo diversidad de créditos por pagar y que determinado acreedor ha sido favorecido por el deudor²².

Considerada desta forma, a cláusula constituiria uma causa de justificação que elimina a ilicitude do comportamento típico do devedor, uma vez que o legislador estaria a apontar que a conduta típica de insolvência torna-se finalmente lícita se a existência de um interesse preponderante for comprovada, superior àquela que identificamos com a proteção do funcionamento adequado do sistema de crédito (ativo jurídico protegido, na nossa opinião, neste tipo criminal²³), que é a *justificação econômica ou empresarial*, que, segundo o pensamento de López BARJA DE QUIROGA, implicaria uma melhoria da situação econômica do devedor insolvente, ou para a empresa em situação semelhante de insolvência.

Em suma, se a ação favorável do devedor realmente produzir tal melhoria na situação pré-existente de crise ou insolvência, então o sistema jurídico declara a existência de um interesse preponderante pelo qual o comportamento favorável típico é eventualmente permitido.

No entanto, essa interpretação específica da cláusula sempre a equipara a uma melhoria na situação, não tem de ser o caso: por vezes a justificação pode ser coberta simplesmente pelo pagamento de obrigações que ainda não são exequíveis ou, quando apropriado, com a constituição de garantias indevidas, com o único propósito de permitir que o sujeito ou a empresa continue a operar no mercado ou, por exemplo, para fins de mera subsistência. Pensamos que é óbvio que, se a conduta do sujeito realmente produzir uma melhoria geral na sua situação de insolvência, tal conduta terá de estar isenta de resposta criminal.

²² López Barja de Quiroga, *La reforma de los delitos económicos... cit.*, pp. 292-293. O autor acrescenta que "la única manera de justificarlo en relación con la empresa sería si con la acción del deudor [...] la empresa pudiera pagar 'todos' los acreedores, pues entonces sí estaría justificada la acción, dado que así no se altera la *par conditio*".

²³ Bustos Rubio, M.: *El delito de favorecimiento ilícito de acreedores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Contudo, não pensamos que a alusão a uma justificação econômica ou empresarial tenha como objetivo apenas excluir o crime de conduta de melhoria genuína da situação de insolvência, podendo simplesmente ser atos que, não agravando tal estado, e antes supondo uma reorganização dos créditos, estejam protegidos por razões econômicas ou comerciais que possam coincidir com atos de mero negócio ou desenvolvimento econômico, atos de seguro ou atos de subsistência comum, sem melhorar o estado de crise econômica e financeira do devedor.

Neste sentido, é realmente possível conceber que o que LÓPEZ BARJA DE QUIROGA patrocinou se assemelha antes a um caso de *risco permitido*, o que tornaria a conduta atípica. Mas do ponto de vista da *justificação* no lugar da ilicitude, pensamos que isso não é tal coisa. Se as ações do devedor levarem sempre a uma melhoria da sua situação econômica e financeira, então o desaparecimento do risco para o bem legal pode mesmo ser mantido, uma vez que, no final, isto constituirá uma melhoria nas possibilidades desse sistema de crédito ordenado cuja funcionalidade identificamos como um interesse legal-criminalmente protegido; Desta perspectiva, parece, portanto, que querem aludir a uma falta de *tipicidade*. Por outro lado, se esta melhoria na situação anunciada pelo autor nem sempre ocorrer, então enfrentamos antes um *conflito de interesses* em que um prevalece sobre o outro, por decisão político-criminosa do legislador (especificamente, quando existem razões econômicas ou comerciais que justificam suficientemente tal ação por parte do devedor). Mas o ataque ou perigo ao bem jurídico permanece, que não desaparece, mas sim diminui nos processos criminais em favor de outros tipos de interesses (que, agora, respondem melhor à base adequada das *causas de justificação* no direito penal).

Para concluir com a questão da *natureza jurídica*, um elemento diretamente entrelaçado com a *base* da cláusula, e para podermos optar por uma ou outra linha de argumentação, acreditamos ser necessário clarificar o conteúdo das *causas da atipicidade* e das *causas da justificação* no direito penal.

Por um lado, as *causas da atipicidade* são circunstâncias que excluem diretamente a tipicidade da conduta, supondo a negação da concordância do próprio tipo penal. Existem, como já referimos acima, várias

considerações sobre o "tipo penal" e sobre as categorias de "tipicidade", "ilicitude" ou "injusta"²⁴, mas da nossa própria concepção é possível continuar a manter um esquema tripartite do crime, que diferencia os estágios de *tipicidade*, *ilicitude*, e culpa tradicional (embora, na nossa opinião, seja mais correto falar disso *atribuição de responsabilidade criminal*).

Sendo assim, a tipicidade define os sujeitos ativos e passivos do crime e as condutas que afetam o direito legal protegido pela norma, sem que isso seja sempre e em todos os casos indicativos da ilicitude criminal da conduta, cuja afirmação pode depender da ausência de causas de justificação.

As causas da atipicidade, portanto, aludem-se à casos em que o comportamento é diretamente irrelevante para os efeitos típicos do crime. Esta atipicidade do ato pode ser apoiada, na consideração já feita por SILVA SÁNCHEZ, por razões sociais (por exemplo, adequação social), razões jurídicas de origem não criminal (por exemplo, casos de risco permitido) e, especificamente, por razões criminais (por exemplo, outras causas específicas de atipicidade)²⁵. Como vimos, a maior parte da doutrina que considera que a cláusula de justificação econômica ou empresarial do art. 260.1 CP constitui uma causa genuína de atipicidade invoca como base a existência de uma área de *risco permitida*, na qual, portanto, o legislador configura diretamente a tipicidade da conduta num sentido positivo (definindo quais condutas de insolvência são proibidas) e num sentido negativo (apontando nesses casos, estas ações representam um risco permitido para o bem jurídico).

Por outro lado, as *causas da justificação* são circunstâncias que não excluem a tipicidade do ato, mas apenas a sua natureza ilegal ou ilegal (criminosa), passando de ser considerada conduta proibida para conduta

²⁴ Cf. por exemplo: Luzón Peña, D. M.: "Causas de atipicidad y causas de justificación", en Luzón Peña, D. M., y Mir Puig, S., *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1995, pp. 21 e ss., apontando a possível existência de um *tipo global ou total* de injusto, incluindo um tipo no sentido estrito e também no sentido amplo, e distinguir entre causas da atipicidade no sentido estrito e causas da atipicidade no sentido amplo, que incluiria as causas da justificação.

²⁵ Silva Sánchez, en Olmedo Cardenete, Núñez Paz, Sanz Mulas, et. al. (dirs.), *Bases de un concepto restrictivo de riesgo permitido*, cit., p. 178.

tolerada ou permitida pelo direito penal. No entanto, e apesar de a doutrina ter feito um esforço para encontrar uma base única que seja igualmente previsível para todas as causas de justificação, a razão específica que sustenta a justificação da conduta dependerá de múltiplas circunstâncias, sendo na nossa opinião a melhor opção uma avaliação individualizada dessas razões. É verdade que a tese da *colisão ou conflito de interesses* surge a um nível muito proeminente: esta teoria entende que, em todas as causas de justificação, o dano a um interesse jurídico seria permitido ao entrar em conflito com outros interesses superiores ou preponderantes, tendo em conta as circunstâncias específicas do caso, um interesse em qualquer caso de maior peso para a Lei²⁶.

Na nossa opinião, é claro que a cláusula que acompanha esse tipo de conduta de insolvência se baseia num conflito de interesses. O direito penal não pode lançar o mandato genérico ou amplo de proibição sem reconhecer que, em certos casos, haverá um *interesse preponderante* (não um risco permitido) que permite que a natureza proibida ou ilegal dessa conduta seja deslocada.

No caso específico, os atos de insolvência definidos nos preceitos acima referidos serão sempre criminalmente típicos, sendo justificados se houver um interesse preponderante identificado na justificação econômica ou empresarial da operação (examinada como um todo). Ou seja: existe, por um lado, um interesse claro, objeto de proteção criminal nestes crimes, que identificamos com o funcionamento correto ou normal do sistema de crédito ordenado (garantia desta parte da ordem socioeconômica do país). A tipicidade da conduta analisada visa, portanto, alcançar a intangibilidade desse interesse. No entanto, e mesmo que a afetação desse interesse persista, a natureza criminalmente ilegal da ação do devedor expira quando entra em jogo um interesse considerado preponderante para esses fins,

²⁶ Luzón Peña, en Luzón Peña y Mir Puig, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, cit., pp. 32-33. Na opinião do autor, "teniendo un núcleo de verdad la idea de la colisión de intereses en la mayoría de las causas de justificación, no explica bien el fundamento de algunas que solo excluyen el desvalor de la acción: además, no se debe prescindir de los matices peculiares de cada una, ni generalizar excesivamente las ideas de estricto conflicto, ponderación y proporcionalidad propias del estado de necesidad a las demás causas justificantes".

como a existência de motivos, razões ou, em suma, *justificações* de natureza econômica ou comercial, interesse que faz com que a ilicitude da conduta diminua.

A existência desta justificação também permite reconhecer a subsistência e prevalência, ainda que limitada, de um espaço para a disposição dos ativos pelo devedor que ainda não está em falência (não *disponível* livremente, pois deve ser sempre examinado para verificar se existe uma justificação baseada em razões comerciais ou econômicas, como já foi dito).

Não estamos, portanto, a lidar com uma área *de risco* permitida cuja função é conter ou definir a tipicidade da própria conduta, num sentido negativo: a tipicidade da conduta já se forma quando o comportamento que afeta ou põe em perigo o bem legal protegido é determinado, nomeadamente, quando o devedor, numa situação de insolvência (atual ou iminente), realiza qualquer ato de insolvência descrito nos preceitos acima referidos. Estes requisitos e disposições (juntamente com a intenção) e nenhuma outra constituem a *tipicidade* do ato criminal. Para além disso, se no caso particular existir uma razão econômica ou empresarial que sirva de *justificação* para a execução da conduta típica, então surge um interesse preponderante (construído de determinada forma pelo legislador para o caso deste crime específico), que se liga aos poderes que ainda permanecem ao devedor na gestão da sua própria situação econômica-financeira. E isso torna o comportamento finalmente *permitido* ou *justificado*. Mas tal comportamento não pode ser interpretado como um risco permitido para o bem jurídico, cujo perigo subsiste e permanece inalterado da mesma forma, mesmo que o sujeito exerça a sua conduta por razões econômicas ou comerciais.

O impacto no funcionamento adequado do sistema de crédito, sob a forma de perigo, permanece inalterado, mesmo que o sujeito o faça por razões econômicas ou empresariais que justifiquem o seu funcionamento. O que acontece, portanto, é que, quando outro interesse aparece em causa quando existe uma justificação econômica ou empresarial que explica a execução dessa conduta, o ato é finalmente tolerado, permitido ou protegido pelo sistema jurídico penal.

Como se pode ver, este interesse que exclui a ilicitude da conduta do devedor está muito intimamente ligado ao exercício de um direito do devedor (art. 20.7 CP), embora, como dissemos, não de forma ilimitada ou absoluta, mas apenas na medida em que possa ser provado que essa liberdade de disposição foi justificada por um interesse econômico ou comercial.

Além disso, para além do fato de a própria redação da disposição contribuir para endossar a nossa posição (embora reconheçamos que a redação literal nem sempre indica automaticamente uma ou outra natureza jurídica), caberá realmente ao devedor provar perante o tribunal a existência de tal situação, econômica ou empresarial, que assim lhe permita *justificar-se criminalmente*, pois só ele conhece a sua realidade e circunstâncias.

O estudo da cláusula de justificação econômica ou empresarial mostra que a sua introdução em crimes de insolvência puníveis responde, em todo o caso, à necessidade de delimitar o âmbito da intervenção do direito penal num contexto particularmente sensível, como o da atividade econômica. A governança corporativa caracteriza-se pela tomada de decisões em cenários de incerteza, nos quais o risco é um elemento estrutural do funcionamento do mercado. Consequentemente, a presença desta cláusula destina-se a impedir que o direito penal se torne um mecanismo para controlar mera má gestão empresarial ou resultados econômicos desfavoráveis. A sua principal função é, portanto, introduzir um critério normativo que permita distinguir entre decisões empresariais legítimas (mesmo que possam ser infrutíferas) e aquelas condutas que, devido à sua natureza arbitrária ou fraudulenta, prejudicam injustificadamente os interesses dos credores.

3 O CONTEÚDO DA CLÁUSULA

Delimitar com absoluta precisão, e a priori, a expressão *justificação econômica ou empresarial* não é uma tarefa fácil. Partimos do uso de uma terminologia ampla, aberta e altamente elástica pelo legislador criminal. Desta forma, autores proeminentes alertaram para o perigo de usar este

tipo de expressão, que exigirá sempre uma avaliação específica do caso específico, a ser realizada pelo juiz, que deve estudar o tipo de devedor e dívidas, a atividade econômica ou empresarial, o seu volume de negócios e muitos outros fatores relacionados, resultando assim numa disposição extremamente imprecisa e indeterminada²⁷.

Neste sentido, por exemplo, GUTIÉRREZ PÉREZ considera que esta forma de proceder por parte do legislador está próxima de uma *legalidade criminal líquida* que reduz a certeza jurídica e conduz a uma "justiça casuística" ou particularizada, ao incorporar um "parâmetro poroso que acaba trasladando al juez la resolución de casos límite sin que la ley penal aporte criterios a los que acogerse"²⁸.

No entanto, como o autor acima referido também detecta, o uso deste tipo de *orações abertas* (*open ended clauses*) pode também gerar maior desempenho de outra perspectiva analítica. Assim, permitem-lhes adaptar-se confortavelmente às particularidades do caso específico, e a sua maleabilidade, apesar de a priori poder ser negativa, pode acabar por ser conveniente se for usada uma motivação ou justificação correta, orientada teleologicamente. A isto deve-se acrescentar que, ao contrário de outras figuras semelhantes, o requisito de qualquer *animosidade* não é recorrido a, nem a outros elementos subjetivos (e até certo ponto indeterminados) do injusto, conduzindo assim a maiores sucessos probatorios²⁹.

No entanto, acreditamos que não se pode negar que o uso de tais cláusulas abertas é, pelo menos, discutível, porque são demasiado frouxas ou imprecisas, e deixam praticamente e inteiramente nas mãos do juiz a capacidade de avaliar se a justificação existe ou não, sem requisitos

²⁷ Assim, por exemplo, e entre outros: Rodríguez Padrón, C.: "Las insolvencias punibles en la reforma del Código Penal", en *La Ley Penal*, nº 117, 2015, p. 5; Feijoo Sánchez, *Orden socioeconómico y delito... cit.*, p. 133; y Gómez Lanz, J.: "Las insolvencias punibles en el Código Penal", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 26, 2017, p. 8.

²⁸ Gutiérrez Pérez, *El Derecho penal frente a la insolvencia... cit.*, p. 475. A autora considera ainda a existência de dois outros grupos de problemas adicionais: (i) a obrigação de recorrer, nestes crimes, a provas periciais para determinar o sentido económico ou empresarial da conduta, e (ii) a falta de especialização do juiz criminal em matérias económico-empresariais (*idem*, pp. 476 e seguintes). No entanto, compreendemos que tais problemas são igualmente previsíveis de qualquer injustiça económica, por isso não os aprofundaremos neste momento.

²⁹ Gutiérrez Pérez, *El Derecho penal frente a la insolvencia... cit.*, p. 476.

significativos do ponto de vista normativo. Assim, na nossa opinião, esta expressão não se adequa bem aos requisitos de determinação e exaustividade que ainda deveriam governar o nosso modelo penal³⁰.

Embora, após a reforma penal espanhola de 2015, seja possível encontrar referências à justificação econômica ou empresarial em algumas das condutas de crimes de insolvência puníveis que chamamos *falência*, seja conjuntamente e de forma semelhante ao que acontece no atual artigo 260.1 CP (assim, por exemplo, na modalidade do artigo 259.1, 2 CP) ou aludindo apenas a algum tipo de justificação específica, apenas económicos ou apenas empresariais (assim, por exemplo, na condução dos artigos 259, 1, 3 e 5 CP), deve-se notar que antes desta alteração regulamentar não era possível encontrar referências expressas a esta cláusula nos crimes de insolvência puníveis por insolvência, embora tenham sido feitas alusões diretas ou indiretas a esta possível justificação com base no antigo crime de falência do antigo artigo 260 CP³¹.

No entanto, é possível encontrar pronunciamentos doutrinários que tentaram dar conteúdo e alcance a esta expressão controversa, numa perspetiva geral e supostamente aplicável ao conjunto de crimes que orbitam situações de insolvência do devedor.

Em primeiro lugar, alguns autores consideraram que a referência a *cláusulas de justificação econômica ou empresarial* implicaria verificar, num exercício completo de redução ao máximo, que ou (i) o devedor realiza uma conduta razoavelmente explicável do ponto de vista da "correta gestão dos seus ativos", ou (ii) o devedor realiza tal conduta com o único propósito de defraudar os seus credores. Ou seja, enfrentaríamos um dilema que, expresso nestes termos, acabaria por aproximar a cláusula do reverso da conduta tradicional levada a cabo *em detrimento dos credores* no crime de acumulação de bens.

Neste sentido, NÚÑEZ CASTAÑO compreendeu que nesta disposição "se hace preciso establecer si hay alguna explicación razonable de la conducta del deudor, que de no existir implicaría que sólo se pretende

³⁰ Já nos pronunciámos nesta direção em: Bustos Rubio, *Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible*, cit., p. 13.

³¹ De forma geral, sobre estas interpretações jurisprudenciais anteriores à referida reforma, cf.: Gutiérrez Pérez, *El Derecho penal frente a la insolvencia...* cit., pp. 480 e ss.

defraudar a los acreedores”³². E da mesma forma, para FARALDO CABANA “la referencia a la carencia de justificación económica o empresarial es una cláusula pendiente de valoración que deja al juez en las manos de los peritos, salvo que se entienda que equivale a la actuación ‘en perjuicio de los acreedores’, en los términos que se aplican al delito de alzamiento de bienes. Esta es probablemente la mejor opción. De esta forma, lo que el juez debe determinar es si hay alguna explicación razonable para la conducta del deudor, pudiendo inferirse, en caso de no encontrarla, que solo se pretende defraudar a los acreedores”³³.

Com estes elementos, em suma, e como FEIJOO SÁNCHEZ considerou, se o devedor não apresentar qualquer lógica econômica ou empresarial para explicar a sua conduta, terá de se entender que o único propósito é prejudicar os seus credores (no sentido tradicional do que é exigido pelo crime de acumulação de bens)³⁴.

Em segundo lugar, outro grupo de autores propôs interpretar esta cláusula em paralelo com certas disposições regulatórias decorrentes da legislação privada, essencialmente comercial e especificamente falência, para extrair desse local as notas características da existência de uma explicação justificativa de natureza econômica ou empresarial.

Assim, por exemplo, SÁNCHEZ DAFUCE sustenta que as operações de natureza profissional ordinária, realizadas em condições normais, devem ocorrer fora das paredes destes crimes³⁵. Dentro desta linha de interpretação, FARALDO CABANA considera que é possível recorrer às disposições da antiga Lei Espanhola de Insolvência (atualmente: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de maio, aprovando o texto revisto da Lei de Insolvência; doravante: TRLC) em matérias de rescisão de insolvência,

³² Núñez Castaño, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento cometidos mediante defraudación (III): frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, en Gómez Rivero, M^a. C. (dir.), VV. AA., *Nociones fundamentales de Derecho Penal parte especial*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2015, p. 176.

³³ Faraldo Cabana, P.: “Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 23, 2015, p. 61.

³⁴ Feijoo Sánchez, *Orden socioeconómico y delito... cit.*, p. 131.

³⁵ Sánchez Dafaue, M.: *Estudio crítico del delito concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 79.

que ofereceriam critérios interpretativos válidos ao juiz para dar conteúdo a esta cláusula de justificação econômica ou empresarial³⁶.

Assim, os atuais artigos 226 e 227 do TRLC regulariam disposições sobre ações rescisórias para a restituição da massa ativa, sendo este último o princípio estabelecer que "presume-se prejuízo financeiro, sem admitir provas em contrário, no caso de atos de disposição gratuita, exceto por generosidades de utilização, e pagamentos ou outros atos de extinção de obrigações cujo vencimento ocorre após a declaração de falência, exceto se tiverem uma garantia real". E o art. 226.1 TRLC que "os atos prejudiciais aos bens realizados pelo devedor nos dois anos anteriores à data do pedido de declaração de falência, bem como os realizados dessa data até à data da declaração, mesmo que não tenha havido intenção fraudulenta, são revogáveis".

No entanto, como salienta GUTIÉRREZ PÉREZ, "esta propuesta es sugerente en tanto que facilita al juez de lo penal un catálogo de conductas en el que apoyarse [...] ahora bien, las bondades de este esquema aplicativo deben adoptarse con cautela en el ámbito de las insolvencias punibles. No se deben elevar todos los supuestos que pueden ser objeto de rescisión por esta vía a la categoría de delito. Los actos o negocios que se declaran ineficaces en virtud de la acción rescisoria concursal ni siquiera han de ser *causa de la insolvencia, ni efectuarse en el contexto de tal situación*"³⁷. Por esta razão, o autor acaba por lhes dar um valor meramente circunstancial, combinando-os com outros fatores quando se trata de dar conteúdo à cláusula.

A análise das propostas doutrinárias que recorrem ao direito das falências, especialmente às regras relativas às ações rescisórias para a restituição do património ativo previsto no TRLC, acredita que podem fornecer referências interpretativas úteis para dar conteúdo à cláusula analisada. No entanto, a *transferência automática* dos critérios da lei de falências para o campo penal é problemática. Os atos que podem ser terminados no processo de insolvência não implicam necessariamente

³⁶ Faraldo Cabana, *Vuelta a los hechos de bancarrota... cit.*, p. 62.

³⁷ Gutiérrez Pérez, *El Derecho penal frente a la insolvencia... cit.*, p. 491. La autora (ibid., pp. 492 e ss.) prefere examinar o conceito de *sacrificio financiero injustificado*, de origem jurisprudencial, para qualificar o caminho interpretativo proposto por este setor.

conduta criminalmente relevante, uma vez que a revogação da insolvência responde a uma lógica de proteção patrimonial diferente da lógica sancionadora do direito penal. Portanto, estes critérios só podem desempenhar um papel indicativo ou orientador, mas nunca podem determinar a existência de responsabilidade criminal por si só.

Precisamente por esta razão, GUTIÉRREZ PÉREZ compreendeu que atribuir conteúdo à cláusula de justificação econômica ou empresarial exige sempre um *tertium genus* gradual entre, por um lado, a ação específica do devedor, e por outro, a existência de uma justificação plena. Esta é uma tese muito próxima, pensamos, das primeiras já expostas nas linhas anteriores, embora com a particularidade de que aqui não se faz uma compreensão paralela à cláusula de animosidade prevista para o crime de acumulação de bens que *prejudiquem credores*, e também nesta linha de interpretação seja possível reconhecer três possíveis conclusões derivadas desse *tertúcio*. Essas possibilidades, na opinião de GUTIÉRREZ PÉREZ³⁸, seriam três:

Por um lado, seria possível considerar que o devedor tomou a decisão *econômica ou empresarial mais racional*. Para o autor, não é possível sustentar que esta situação satisfaz a justificação referida na disposição penal, uma vez que considera que não é possível que a justificação seja equiparada única e exclusivamente à adoção das *decisões mais racionais* pelo devedor, entre todas as possíveis. Para o autor, não se trata de avaliar se o devedor realizou uma conduta "perfeita" nestes termos, mas sim de "razoável".

Por outro lado, pode entender-se que a conduta do devedor se baseia numa decisão econômica ou empresarial *minimamente racional*. Para o autor, esta exegese da cláusula não é suficiente para abranger a justificação econômica ou empresarial a que a disposição alude. E isto porque, na sua opinião, a pesar de estar em consonância com o princípio da intervenção criminal mínima, esta interpretação reduziria a aplicação do crime à "fraude mais grave".

Finalmente, poderia concluir-se que a cláusula exige prova de que estamos a lidar com uma decisão econômica ou empresarial do devedor que seja *razoável*. Esta é, em particular, a compreensão que, na opinião de

³⁸ Gutiérrez Pérez, *El Derecho penal frente a la insolvencia... cit.*, pp. 499 e ss.

Gutiérrez Pérez, responde melhor ao que é exigido pela cláusula em análise. Desta forma, e nas suas próprias palavras, “el juez deberá *ex ante*, partiendo de la información limitada que ostentaba el deudor en aquel momento, determinar si su comportamiento se acomodaría a la expectativa de conducta en el marco de un *modelo de deudor razonable*. Este *deudor empresario razonable* adoptará la decisión no únicamente con un mínimo de sentido económico. Este sentido económico deberá acompasarse al contexto patrimonial o financiero en el que se halla”.³⁹ O autor aprofunda a importância da distinção entre o "racional" e o "razoável" para acabar por se inclinar para esta interpretação, com um procedimento interpretativo que, na nossa opinião, é muito positivo, contrastando com os caminhos anteriores seguidos pelos autores mais proeminentes que abordaram o estudo do tema.

Uma análise das várias propostas mostra que a delimitação do conteúdo da cláusula pode ser considerada em torno de diferentes níveis de racionalidade econômica da conduta do devedor. Neste sentido, foram propostos três modelos interpretativos possíveis: a exigência da decisão empresarial ótima, a aceitação de decisões minimamente racionais ou a exigência de decisões razoáveis a partir de uma perspectiva empresarial. Destas alternativas, a terceira parece oferecer uma solução mais equilibrada, evitando tanto a exigência de racionalidade econômica perfeita como a redução excessiva do âmbito do crime a casos de fraude particularmente grave. O critério de *decisão razoável* permite a integração adequada das particularidades da atividade empresarial e das limitações informacionais que caracterizam a tomada de decisão em contextos de crise econômica.

É verdade que as três propostas analíticas estudadas, tomadas em conjunto, podem ajudar a dar significado e alcance à cláusula, uma vez que implicam sempre o patrocínio de uma série de limites que lhes dão significado. No entanto, pensamos que a melhor opção interpretativa é não inclinar-nos para nenhum deles em particular, e é melhor abordar a exegese deste ponto normativo tendo em vista o caso particular do crime e o seu âmbito de operação.

³⁹ Ibid., pp. 504-505.

Isto não implica rejeitar as teses apontadas, mas pelo contrário: entrelaçar o conteúdo fundamental desses com o caso particular do crime em análise (e sem ignorar o esforço interpretativo de autores que, como GUTIÉRREZ PÉREZ, dedicaram parte da sua investigação a clarificar as distinções ou nuances existentes entre os "modelos clássicos" e a fornecer novas visões integrativas ou globais, o que, na nossa opinião, encaixa muito bem com os diferentes tipos de insolvências puníveis para a situação).

A acreditação da causa da justificação econômica ou empresarial exigirá sempre uma análise particularizada de todas as circunstâncias diretas e concomitantes do evento que surge na prática. Pensamos que a melhor opção é partir dessa dualidade apontada pela doutrina tradicional que confronta a conduta do devedor insolvente com o dilema "conduta arbitrária ou caprichosa" vs. "conduta justificada com suficiência"; mas partir deste ponto de partida não contribui, por si só, para a decisão sobre a observância ou concordância da cláusula, pois é precisamente esta *justificação suficiente* que dá origem ao debate subsequente. Por todas estas razões, insistimos na observância de todas as particularidades do caso.

A cláusula de justificação econômica ou empresarial apresenta, como já referido no início do trabalho, uma natureza necessariamente aberta que exige uma avaliação contextualizada do caso específico. Consequentemente, a determinação da sua concordância não pode ser resolvida por fórmulas gerais pré-determinadas, mas deve ser realizada através de um exame individualizado das circunstâncias concorrentes em cada caso. Esta abordagem permite a integração dos diferentes critérios doutrinários como ferramentas interpretativas complementares, evitando soluções excessivamente formalistas.

No entanto, algumas características gerais podem ser extraídas deste último ponto do princípio: (i) nível de diligência na gestão dos assuntos econômico-empresariais do devedor insolvente; (ii) conduta baseada na necessidade de *continuidade* da atividade econômico-empresarial do devedor insolvente, a curto e médio prazo; (iii) a situação financeira específica do devedor insolvente; (iv) expectativas razoáveis de viabilidade empresarial (se estivermos a lidar com uma empresa); (v) número e tipo de créditos; (vi) períodos de vencimento particulares, ou tipo de garantia

estabelecida; etc.⁴⁰, estes aspectos são *meramente enumerativos* ou *exemplificantes*, sem a vocação, portanto, de constituir um catálogo fechado de elementos a considerar para realizar tal análise, que, pela força, como dissemos, deve necessariamente ser particularizada ou individualizada.

A incorporação de uma cláusula de justificação econômica ou empresarial, como a que foi examinada, apesar de ser certamente indeterminada e aberta, acredita que deve ser interpretada de forma ampla, suficientemente ampla, à luz dos elementos que decorrem do caso particular, uma vez que, na prática, pode ser uma forma eficaz de redirecionar tal conduta para um ambiente regulatório estrangeiro do direito penal, onde certamente encontrarão uma resposta melhor e mais proporcional.

Em suma, a cláusula de justificação econômica ou empresarial desempenha um papel essencial como ato de equilíbrio entre a proteção criminal do crédito e a preservação da área de liberdade inerente à atividade empresarial. A sua interpretação correta exige a adoção de uma perspectiva ampla e flexível que tenha em conta as circunstâncias específicas do caso e o contexto econômico em que as decisões empresariais foram tomadas. Só através desta abordagem é possível evitar uma expansão indevida do direito penal na esfera econômica e garantir que a sanção criminal seja reservada para os casos em que a conduta do devedor revele um verdadeiro desrespeito fraudulento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida ao longo desse artigo nos permite formular várias conclusões sobre o significado, função e natureza jurídica da cláusula de "justificação econômica ou empresarial" nos crimes de insolvência punível do Código Penal espanhol.

⁴⁰ Gutiérrez Pérez, *El Derecho penal frente a la insolvencia... cit.*, p. 585.

Em primeiro lugar, pode-se afirmar que a incorporação expressa desta cláusula em vários dos preceitos que compõem os crimes de insolvência punível responde a um objetivo claro de delimitar o âmbito da intervenção do direito penal no domínio da atividade econômica e empresarial. A gestão empresarial desenvolve-se necessariamente em contextos caracterizados pela incerteza, risco e a necessidade de adotar decisões estratégicas que possam ser certas ou erradas do ponto de vista econômico. Neste sentido, a referência normativa a ausência de justificativa econômica ou empresarial atua como um mecanismo destinado a impedir que o direito penal se torne um instrumento para controlar mera ineficiência empresarial ou decisões econômicas erradas.

Em segundo lugar, a análise da discussão doutrinal revela a existência de diferentes posições sobre a natureza jurídica desta cláusula. Embora alguns autores tenham argumentado que a justificativa econômica ou empresarial poderia operar como uma verdadeira causa de justificativa, a posição majoritária na doutrina penal espanhola sustenta que se trata, antes, de um elemento negativo do tipo ou causa da atipicidade, ou seja, um critério que delimita o âmbito da tipicidade penal. Desta perspectiva, a conduta do devedor só adquire relevância criminal quando se verifica que as transações realizadas carecem de uma explicação econômica razoável ou de uma lógica empresarial minimamente justificável.

Pelo que entendemos, a cláusula encaixa-se melhor na categoria de causa de justificativa. A partir desta interpretação, os atos de insolvência definidos nos preceitos regulatórios serão sempre criminalmente típicos, e serão finalmente justificados se houver um interesse preponderante identificado na justificativa econômica ou empresarial da operação (examinada como um todo). Assim, embora o impacto no funcionamento adequado do sistema de crédito subsista quando a conduta típica é realizada, a natureza criminalmente ilegal da ação do devedor acaba por expirar quando entra em jogo um interesse considerado preponderante para esses fins, que é a existência de motivos, razões ou, em suma, *justificações* de natureza econômica ou empresarial, interesse que faz com que a ilicitude da conduta diminua.

Em terceiro lugar, as decisões empresariais envolvem geralmente a assunção de riscos que, embora possam gerar prejuízos ou contribuir para

agravar a situação financeira do devedor, fazem parte do funcionamento normal do tráfego econômico. Só quando estas decisões se afastam de qualquer racionalidade econômica ou empresarial e visam realizar operações manifestamente prejudiciais aos bens do devedor e às expectativas de cobrança dos credores é que a concordância da falta de valor do crime pode ser confirmada.

Em quarto lugar, esta interpretação é também consistente com o propósito político-criminal que inspira a regulamentação dos crimes de insolvência puníveis por insolvência. O objetivo do legislador não é criminalizar a má gestão empresarial ou erros na estratégia econômica, mas sim sancionar comportamentos que respondam a estratégias fraudulentas ou abusivas do devedor destinadas a prejudicar os credores. A cláusula de justificação econômica ou empresarial opera assim como um critério normativo que permite distinguir entre a legítima liberdade de gestão empresarial e aquelas ações que, devido à sua falta de racionalidade econômica e ao seu potencial de prejudicar os interesses dos credores, merecem uma resposta criminal.

Em quinto lugar, a presença desta cláusula destaca a importância de introduzir critérios de avaliação ligados ao funcionamento efetivo da atividade empresarial na interpretação de crimes econômicos. A avaliação da existência ou inexistência de uma justificação econômica exige a consideração do contexto em que as decisões empresariais foram tomadas, da informação disponível no momento da sua adoção e dos objetivos perseguidos pelo devedor. Desta forma, a interpretação destes tipos criminosos deve evitar análises retrospectivas baseadas exclusivamente no resultado econômico final das operações.

Por fim, deve-se sublinhar que a cláusula de justificação econômica ou empresarial desempenha um papel essencial como instrumento de equilíbrio entre a proteção criminal dos credores e o respeito pela área de liberdade inerente à atividade econômica. Ao exigir que a conduta incriminada careça de justificação econômica ou comercial, o legislador introduz um critério que permite restringir o âmbito de tipos criminais potencialmente amplos e assegura que a intervenção do direito penal seja reservada para os casos em que a conduta do devedor revela um claro desrespeito fraudulento.

Em suma, a compreensão correta desta cláusula é essencial para interpretar corretamente os crimes de insolvência punível e para garantir uma aplicação do direito penal que, sem renunciar à proteção efetiva dos interesses dos credores, respeite os limites da intervenção criminal no sempre complexo campo da atividade econômica e empresarial.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Insolvencia y delito en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, en *Diario La Ley*, nº 8303, 2014.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, en Morillas Cueva, L. (dir.), VV. AA.: *Estudios sobre el Código Penal reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, en Boix Reig, J. (dir.), VV. AA.: *Derecho penal, parte especial. Volumen II. Delitos Económicos*, Ed. Iustel, 2ª edic., Madrid, 2020.

BUSTOS RUBIO, M.: *El delito de favorecimiento ilícito de acreedores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

BUSTOS RUBIO, M.: “Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 50, 2018.

CABALLERO BRUN, F.: *Insolvencias punibles*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

DE LA MATA BARRANCO, N.: “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N., Dopico Gómez-Aller, J., Lascurain Sánchez, J. A., y Nieto Martín, A.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

DE LA MATA BARRANCO, N.: “El concepto de insolvencia y las conductas defraudatorias punibles que, causándola o agravándola, frustran las expectativas de cobro del acreedor”, en Suárez López, J. M., Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I. F., et. al. (dirs.), VV. AA., *Estudios jurídicos y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. I, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2016.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Proyección presente y futura del concurso fraudulento en el Derecho penal español (art. 260 CP)”, en Ariza Colmenarejo, M. J., y Galán González, C. (coord.): *Reflexiones para la reforma concursal*, Ed. Reus, Madrid, 2010.

FARALDO CABANA, P.: “Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 23, 2015.

GALÁN MUÑOZ, A.: “Presente y futuro de las insolvencias punibles”, en *Revista Penal*, nº 34, 2014.

GÓMEZ LANZ, J.: “Las insolvencias punibles en el Código Penal”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 26, 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Ley concursal e insolvencia punible”, en VV. AA., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Civitas, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Los delitos de quiebra*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: *El Derecho penal frente a la insolvencia. Delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2021.

GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: “¿Libertad económica o insolvencia punible? El riesgo (no) permitido del deudor como problema ‘sine die’”, en Acale Sánchez, M., Miranda Rodrigues, A., y Nieto Martín, A. (coords.), VV. AA.: *Reformas penales en la península ibérica. A ‘jangada de pedra’?*, Ed. BOE, Madrid, 2021.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos económicos: la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Ed. Civitas, Navarra, 2015.

LUZÓN PEÑA, D. M.: “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en Luzón Peña, D. M., y Mir Puig, S., *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1995.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 24, 2002-2003.

MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis CP)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

NAVAS, I.: *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

NIETO MARTÍN, A.: *El delito de quiebra*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento cometidos mediante defraudación (III): frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, en Gómez Rivero, M^a. C. (dir.), VV. AA., *Nociones fundamentales de Derecho Penal parte especial*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, en *InDret*, nº 3, 2008.

PASTOR MUÑOZ, N.: “Obtención fraudulenta de crédito, frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, en Silva Sánchez, J. M. (dir.) y Robles Planas, R. (coord.), VV.AA., *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial*, Ed. Atelier, 2ª edic., Barcelona, 2023.

PAVÍA CARDELL, J.: “Los delitos de insolvencia punible”, en Camacho Vizcaíno, A. (dir), VV. AA.: *Tratado de Derecho Penal Económico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G.: “Las insolvencias punibles en el Derecho penal español”, en *Manuales de Formación Continuada*, nº 14, CGPJ, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: “Las insolvencias punibles en la reforma del Código Penal”, en *La Ley Penal*, nº 117, 2015.

SÁNCHEZ DAFAUCE, M.: *Estudio crítico del delito concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Bases de un concepto restrictivo de riesgo permitido”, en Olmedo Cardenete, M., Núñez Paz, M. A., Sanz Mulas, N., et. al. (dirs.), VV. AA, *Ciencia penal y generosidad. De lo mexicano a lo universal. Libro Homenaje a Carlos Juan Manuel Daza Gómez, in memoriam*, Ed. Bosch, Barcelona, 2021.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022.

VIVES ANTÓN, T. S. y González Cussac, J. L.: *Los delitos de alzamiento de bienes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.