

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Rafaela Agliardi Ribeiro

**CRIMINALIDADE ECONÔMICA: ANÁLISE DOS CRIMES DE GESTÃO
FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (ART.
4º DA LEI Nº 7.492/86)**

Capão da Canoa
2019

Rafaela Agliardi Ribeiro

**CRIMINALIDADE ECONÔMICA: ANÁLISE DOS CRIMES DE GESTÃO
FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (ART.
4º DA LEI Nº 7.492/86)**

Trabalho de conclusão de curso,
modalidade monografia,
apresentado ao Curso de Direito
da Universidade de Santa Cruz do
Sul, UNISC, como condição para
aprovação na disciplina de
Trabalho de Curso II.

Orientador: Prof. Ms. Diego
Romero.

Capão da Canoa
2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por todo incentivo e apoio em todos os momentos.
Também agradeço aos meus professores pelo auxílio nesta jornada.

RESUMO

O presente trabalho analisa os delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituições financeiras, os quais estão previstos no artigo 4º da Lei nº 7.492 e visam proteger o Sistema Financeiro Nacional. Nestes termos, indaga-se: tendo em vista a função social do Sistema Financeiro Nacional, se faz necessário que, para que haja a efetiva proteção do bem jurídico, os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituições financeiras sejam tratados como crimes de mera conduta? O método de abordagem utilizado é dedutivo, em uma perspectiva analítica e crítica. É de fundamental importância o estudo do tema, visto que o acesso a um Sistema Financeiro Nacional equilibrado se trata de direito fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988, bem como, conforme aponta pesquisa realizada pelo Banco Central do Brasil, no ano de 2017, 86% da população adulta brasileira possuía relação com alguma instituição financeira, o que demonstra a relevância do presente estudo. Ademais, embora a Lei nº 7.492 tenha sido promulgada no ano de 1986, ainda há grande discussão doutrinária a respeito da (in)constitucionalidade dos delitos, devido à ausência de delimitação delitiva. Assim, conclui-se que não há necessidade de ser crime de mera conduta, pois para efetiva proteção do Sistema Financeiro Nacional e para garantir a segurança jurídica há necessidade de alteração do texto legal, a fim de que delimite o tipo penal, evitando a ocorrência de extensa interpretação judicial e garantindo que os gestores de instituições financeiras identifiquem de forma clara as condutas que incorrerão no tipo penal.

Palavras-chave: Gestão fraudulenta. Gestão temerária. Instituição financeira. Mera conduta. Perigo concreto.

ABSTRACT

The present work analyzes the crimes of fraudulent management and reckless management of financial institutions, which are inscribed in the 4th article of the Law N° 7.492 and aim to protect the National Financial System. Therefore, emerges the question if, in view of the social function of the National Financial System, is it necessary that, for the effective protection of the legal value, the crimes of fraudulent management and reckless management of financial institutions be treated as crimes of mere conduct? The deductive method was adopted from an analytical and critical perspective. The study of the proposed theme is of fundamental importance, for the access to a balanced National Financial System is a fundamental right, engraved in the Federal Constitution of 1988, as well as due to the fact that according to a research conducted by the Banco Central do Brazil in 2017, 86% of the Brazilian adult population had a relationship with a financial institution, which demonstrates the relevance of the present research. Furthermore, although the Law N° 7.492 was promulgated in 1986, there is still a great doctrinal discussion about the (un)constitutionality of the offenses due to the lack of criminal delimitation. Thus, it was concluded that there is no need for them to be classified as crimes of mere conduct, because for effective protection of the National Financial System and to ensure legal certainty, the legislation needs to be changed, which will also delimit the criminal prevision, preventing the incidence of extensive judicial interpretation and ensuring that managers of financial institutions clearly identify the conduct that will incur in the criminal description.

Keywords: Concrete hazard. Financial institution. Fraudulent management. Mere conduct. Reckless management.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 A IMPORTÂNCIA DA TUTELA PENAL DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.....	11
2.1 A origem histórica da proteção constitucional ao Sistema Financeiro Nacional.....	11
2.2 Características da tutela penal.....	16
2.3 Análise do Direito Penal Econômico.....	19
2.4 A Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional.....	21
3 O CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	25
3.1 Antecedentes.....	25
3.2 Delimitação da conduta de gestão fraudulenta.....	26
3.3 Bem jurídico tutelado.....	28
3.4 Sujeito ativo, passivo e concurso de pessoas.....	30
3.5 Tipo objetivo: adequação típica.....	34
3.6 Tipo subjetivo: adequação típica.....	38
3.7 Consumação e tentativa.....	39
3.8 Classificação doutrinária.....	40
4 O CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	42
4.1 Delimitação da conduta de gestão temerária.....	42
4.2 Tipo objetivo: adequação típica.....	46
4.3 Tipo subjetivo: adequação típica.....	51
4.4 Consumação e tentativa.....	52
4.5 Classificação doutrinária.....	53
4.6 Distinção entre gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira.....	53
5 CONCLUSÃO.....	55

REFERÊNCIAS.....	57
------------------	----

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico versa a respeito dos crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira e gestão temerária de instituição financeira, previstos no artigo 4º, *caput* e parágrafo único da Lei nº 7.492/86. Objetiva-se compreender as diferenças entre os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituições financeiras, através da análise pormenorizada de ambos os delitos, além de verificar se há efetivamente a necessidade de os crimes em tela serem crimes classificados como crimes de mera conduta.

A sociedade de risco, caracterizada pela imensa modernização, levou a formação de uma maior complexidade social, o que resultou na expansão econômica da sociedade. Com isso, foi verificado que a questão financeira carecia de maior atenção do poder público, pois, com a globalização e a expansão das relações monetárias, verificou-se a necessidade de regulamentação do sistema financeiro como forma de garantir o desenvolvimento econômico equilibrado do país e da sociedade. Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 192, trouxe a função social do Sistema Financeiro Nacional. Após, no ano de 2003, a Emenda Constitucional nº 40, revogou todos os incisos e parágrafos do artigo supracitado e alterou o *caput*, todavia, manteve o objetivo de promover o desenvolvimento equilibrado do país e da sociedade, conferindo maior liberdade para a regulamentação da matéria.

Desta forma, a principal questão a ser respondida com este trabalho é se há necessidade de que, para que haja a efetiva proteção do bem jurídico, os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira sejam tratados como crimes de mera conduta.

O método utilizado para a concretização da pesquisa foi o dedutivo, em uma perspectiva analítica e crítica. Em termos técnicos de pesquisa, utilizou-se a legislação vigente e, ainda, documentação indireta, com consulta às bibliografias de fontes primárias e secundárias, e como técnica de análise deste material, análise de conteúdo e de discurso.

No primeiro capítulo objetivou-se analisar a função social do Sistema Financeiro Nacional, através do contexto histórico que demonstra a necessidade do Estado tutelar o sistema financeiro, tendo em vista que a tutela do direito privado se tornou precária e o acesso ao sistema financeiro se tornou um direito fundamental

com o advento da nova Carta Magna de 1988. Ademais, objetivou-se avaliar a necessidade da tutela penal para a proteção do Sistema Financeiro Nacional, considerando que o Direito Penal é a *ultima ratio*, devendo incidir somente quando o bem jurídico necessite e mereça a sua tutela, bem como analisar os aspectos gerais da Lei nº 7.492/1986, a qual prevê os delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira em seu artigo 4º.

No segundo capítulo, procurou-se definir o conceito de gestão fraudulenta de instituição financeira, demonstrando a discussão doutrinária que há a este respeito, pois se trata de um tipo penal extremamente aberto que não define especificamente a conduta delitiva. Também, objetivou-se realizar a tipificação do delito, expondo as elementares que constituem o crime.

No terceiro capítulo, objetivou-se definir o conceito de gestão temerária de instituição financeira, trazendo à baila a discussão quanto a constitucionalização do tipo penal previsto, realizar a tipificação do delito e comparar as diferenças entre os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira, pois, em que pese tenham aspectos similares, não podem ser confundidos.

O estudo do tema em comento é de fundamental importância, tendo em vista a relevância constitucional do Sistema Financeiro Nacional, especificamente quanto a sua função social, considerando que o acesso a um sistema financeiro equilibrado se trata de um direito fundamental inerente a pessoa humana e que grande parte da população brasileira (86% da população adulta) utiliza alguma instituição financeira, o que demonstra a indispensabilidade da preocupação com a higidez do Sistema Financeiro Nacional e seu regular funcionamento.

Outrossim, também apresenta relevância ante o aumento da punibilidade dos crimes financeiros, os quais, outrora, eram analisados com “vista grossa” para fins de julgamento e condenação no ordenamento jurídico brasileiro, mas, atualmente, encontram-se em voga, sendo inclusive notícia corriqueira dos portais de informação.

Ainda, apresenta-se relevante devido a importância da proteção do bem jurídico, qual seja, a política monetária e a proteção do patrimônio público e privado investidos nas instituições financeiras, haja vista o valor social destes bens jurídicos, pois a ordem financeira é fundamental, tendo em vista sua relevância sociojurídica-econômica, na medida em que a proteção do desenvolvimento econômico visa garantir o acesso a um sistema financeiro equilibrado.

Desta forma, faz-se necessária uma análise pormenorizada dos crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira, considerando que a lei penal não define qual é a conduta tipificada como crime. Além de ser imprescindível verificar a necessidade do crime ser formal, de mera conduta, para que haja a efetiva proteção do bem jurídico tutelado. Por fim, faz-se pertinente a pesquisa considerando que a proteção do Sistema Financeiro Nacional é fundamental para a vida social.

2 A IMPORTÂNCIA DA TUTELA PENAL DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Neste primeiro capítulo será analisada a formação do Sistema Financeiro Nacional, sua proteção constitucional, sua classificação como direito fundamental, além de ser verificada a necessidade da tutela penal para a efetiva proteção ao Sistema Financeiro Nacional. Tendo em vista não bastar somente que o bem jurídico mereça a tutela penal, pois é imprescindível a presença do binômio merecimento e necessidade, o que tornará possível a intervenção do Direito Penal na proteção do bem jurídico.

Ainda, será analisada, de forma geral, a Lei nº 7.492/86, a qual conceitua o que será considerado instituição financeira para efeito da lei e tutela os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

2.1 A origem histórica da proteção constitucional ao Sistema Financeiro Nacional

Como Sistema Financeiro Nacional se pode compreender todo regulamento jurídico que trate e regule as instituições financeiras de crédito, públicas ou privadas, além das entidades congêneres que atuam na economia popular (FIGUEIREDO, 2008, p. 100). Especificamente quanto ao “sistema”, compreende-se que é a essência do dispositivo, pois a falta de um sistema conduz à ineficácia das decisões de política econômica, tendo em vista que o sistema organiza e controla a circulação da moeda, do crédito e do câmbio, entre outros fatores.

Exposto de forma breve o que seria o Sistema Financeiro Nacional, faz-se necessário, em um primeiro momento, introduzir o contexto histórico que tornou primordial a interferência estatal para a proteção jurídica da ordem econômica.

A necessidade de aproximação entre Estado e economia surgiu a partir das crises econômicas e demandas culturais ocorridas no início do século XX, momento em que surgiu a noção de que a economia de mercado necessitava submeter-se a limites éticos, perante esta demanda, tornou-se essencial a intervenção do Estado, pois o mercado econômico carecia de proteção institucional. Neste contexto, surge o chamado direito econômico, o qual passa a tutelar um bem jurídico que outrora estava submetido apenas ao direito privado (SCHMIDT, 2018, p. 68).

A partir deste panorama, o Sistema Financeiro Nacional foi disciplinado pela Lei nº 4.595/64, a qual dispôs sobre a política, as instituições monetárias, bancárias e creditícias, bem como criou o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, entre outras determinações. Salienta-se que o contexto político da legislação ocorreu no início do autoritarismo militar, que governou o país no período compreendido entre 1964 e 1985 (FIGUEIREDO, 2008, p. 101).

Posteriormente, no ano de 1988, com a abertura política, o Sistema Financeiro Nacional foi recepcionado pela nova Constituição Federal, a chamada “Constituição Cidadã”, que, diferentemente das Constituições anteriores, não ficou indiferente a essa matéria, muito pelo contrário, forneceu uma tutela expressa, reservando todo um capítulo para tratar do tema (Capítulo IV). Neste cenário, pós período ditatorial, em que os direitos fundamentais estavam sendo desenvolvidos, o Estado abandonou o prisma eminentemente liberal e individualista, adotando uma concepção mais ampla, na qual se incluíram questões de ordem social, econômica e cultural, além da preocupação com os direitos coletivos, denominados supraindividuais (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 11).

A Constituição Federal de 1988 trouxe um aumento da proteção estatal aos direitos fundamentais de caráter social, a interpretação do conteúdo da Carta Magna passou “a servir de viga mestre de sustentação dos necessários avanços no regime de proteção do ser humano, necessariamente fundado na prevalência incondicional da dignidade da pessoa humana” (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 11), pois o constitucionalismo passou a se basear em valores de democracia e proteção, rompendo com a concepção tradicional da função do Estado que só protegia os direitos de primeira dimensão, ou seja, direitos de caráter negativo. Para Trauczynski, o Estado ganhou ares de efetivador e garantidor dos direitos positivos, ou seja, o Estado passou a efetivar e garantir os direitos de segunda dimensão, que se referem aos direitos sociais, econômicos e culturais (2014, p. 11).

Diante da proteção estatal aos direitos de segunda geração, houve a expansão da proteção da ordem econômica, sendo essa expansão relativa tanto ao desenvolvimento econômico quanto ao social, com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, BRASIL, 1988, <<http://planalto.com.br>>) (SCHMIDT, 2018, p. 98), e tendo por objetivo “(i) constituir uma sociedade livre, justa e solidária, (ii) garantir o desenvolvimento nacional, (iii) erradicar a pobreza, a

marginalização e as desigualdades sociais e (iv) promover o bem de todos” (art. 3º, BRASIL, 1988, <<http://planalto.com.br>>).

A partir da expansão dos direitos sociais e da inovação da Constituição Federal que regulamentou o direito econômico, matéria que anteriormente estava restrita ao direito privado, verificou-se a existência de dois motivos que dão razão a posituação constitucional da ordem econômica, especificamente no tocante ao Sistema Financeiro Nacional, de acordo com Ruivo são eles: “(a) a relevância dos problemas monetários, em âmbitos interno e externo, (b) assim como o papel desempenhado pelas finanças no equilíbrio e no desenvolvimento econômico da sociedade” (2011, p. 26).

A posituação constitucional do Sistema Financeiro Nacional legitima o Estado a regular e intervir em áreas “onde a autorregulação econômica se mostre insuficiente para a solidez e a transparência do mercado” (SCHMIDT, 2018, p. 73). A legitimação do Sistema Financeiro Nacional está positivada no artigo 192 da Constituição Federal que dispõe:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que dispõem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (BRASIL, 1988, <<http://planalto.com.br>>)

O referido artigo pertence a um catálogo composto por normas e princípios fundamentais que regem a organização e o funcionamento econômico, propiciando, desta forma, a caracterização do Sistema Financeiro Nacional como direito fundamental inerente a dignidade da pessoa humana, pois a ordem financeira é indispensável para a “concretização da dignidade da pessoa humana”, em razão da sua relevância sociojurídico-econômica (RUIVO, 2011, p. 26-27).

Nos Estados que se organizam em torno de sistemas econômicos descentralizados, pautados na livre iniciativa, como é o caso do Brasil, o Sistema Financeiro Nacional atua como ente garantidor do desenvolvimento socioeconômico, pois será estruturado de modo a promover o desenvolvimento do país, bem como, a servir aos interesses da coletividade, com o objetivo de assegurar uma existência digna (FIGUEIREIDO, 2008, p. 102) (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 16-17). Portanto, considerando a relevância da ordem econômica para o desenvolvimento do país e

da coletividade, tem-se reconhecido o acesso ao Sistema Financeiro Nacional equilibrado como direito fundamental social, devido a conexão entre seu conteúdo nuclear e a dignidade da pessoa humana, além de que “consistiria em tarefa extremamente árdua desconstruir a relevância sociojurídico-econômica que este (Sistema Financeiro Nacional) desempenha na contemporaneidade” (RUIVO, 2011, p. 28).

Ademais, com o advento da Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, a redação do capítulo sobre o sistema financeiro sofreu grandes alterações. Todos os incisos e parágrafos do artigo 192 da Constituição Federal foram revogados, bem como foi dada nova redação ao *caput*, todavia não houve alteração substancial no objeto tutelado pelo artigo 192, qual seja, a ordem econômica, a alteração foi no sentido de conferir maior liberdade para a regulamentação da matéria, houve a desconstitucionalização da matéria (PRADO, 2016, <<https://proview.thomsonreuters.com>>). A alteração teve relação apenas com “o reconhecimento de melhores propriedades das leis para o tratamento adequado e específico do dinamismo e da flexibilidade com que se adaptam os interesses econômicos às variações do mercado” (RUIVO, 2011, p. 26).

Com a globalização e a evolução dos mercados de capitais, os rumos da economia trouxeram novos princípios para o conceito de livre iniciativa. Segundo Schmidt, “uma economia sólida, hoje, não é apenas aquela que gera empregos e garante concorrência. É necessário que a livre iniciativa seja exercida em atenção a parâmetros éticos” (2018, p. 99). Um dos princípios que se destacou foi o ideal de transparência, o qual ingressou nas pautas político-econômicas e foi ganhando força neste cenário contemporâneo. Com o zelo pela ordem econômica em voga, a proteção estatal a este bem jurídico foi se tornando mais eficaz e ampla.

Conforme referido, a Emenda Constitucional nº 40 de 2003 veio para auxiliar na amplitude da proteção estatal à ordem econômica, mais especificamente ao Sistema Financeiro Nacional, dispondo que serão regulados por leis complementares, alterando a redação original que permitia apenas uma lei complementar para regular a totalidade da matéria.

Depreende-se que a ordem econômica é um bem jurídico autônomo, não sendo apenas um simples somatório de interesses individuais coletivizados somente para determinada prática econômica (SCHMIDT, 2018, p. 79). O objeto da tutela do Estado está elacionado ao desenvolvimento socioeconômico, garantindo o acesso

da sociedade a um sistema financeiro equilibrado, preocupando-se com os direitos supraindividuais que norteiam a necessidade de tutela da ordem econômica.

Neste contexto, necessário analisar o conjunto denominado Constituição Econômica que remete suas origens aos conflitos vivenciados após a 1ª Guerra Mundial, momento em que várias ideologias convergiam sobre a necessidade de intervenção estatal. De forma ampla, a Constituição Econômica irá preocupar-se com os direitos ao exercício de atividades no âmbito econômico, colocando à disposição do Estado instrumentos capazes de regular o processo econômico, assim como, definir os objetivos pelos quais a regulação irá se pautar (RUIVO, 2011, p. 26-27).

Portanto, nesta conjuntura de proteção aos direitos supraindividuais, em que surge uma espécie de Constituição Financeira e o direito econômico passa a ser tratado como direito fundamental, torna-se imprescindível analisar as finalidades do artigo 192 da Constituição Federal. De acordo com Ruivo, as finalidades do referido artigo remeteriam à função social do Sistema Financeiro Nacional, que vincularia a atuação de instituições públicas e privadas, e as hipóteses de finalidade da função social seriam:

A obrigação de o Estado, na sua atuação como agente financeiro, promover o desenvolvimento equilibrado do país e a serviço dos interesses coletivos e, de outro, possibilitar a heterorregulação – orientação, fiscalização e, excepcionalmente, repressão de condutas perigosas ao sistema financeiro (2011, p. 30-31).

No tocante a proteção da dignidade da pessoa humana, será necessário compreender o desenvolvimento econômico de forma diversa do crescimento econômico literal. Posto que este se caracteriza apenas pelo aumento da capacidade produtiva da economia, já o desenvolvimento econômico, em contrapartida, caracteriza-se pela repercussão social do crescimento econômico, especificamente no que diz respeito a melhoria de vida dos padrões da população (RUIVO, 2011, p. 31), visando garantir não apenas o acesso à ordem econômica, mas, também, o acesso a um sistema financeiro equilibrado.

Em suma, o acesso a um Sistema Financeiro Nacional equilibrado trata-se de direito fundamental, tutelado pelo Estado de forma ampla, afastando-se da proteção em demasia dos direitos de primeira geração, a fim de estender a proteção aos direitos de segunda geração, ou seja, aos direitos positivos. Considerando a função

social da ordem econômica, não é possível que o mercado financeiro fique à mercê do direito privado, pois os excessos do livre mercado, seja a partir de uma visão ética ou legal, devem ser limitados, de forma a garantir o acesso a um sistema financeiro equilibrado à população, com a finalidade de obter crescimento econômico-social. Assim, a tutela constitucional do Sistema Financeiro Nacional se refere à proteção dos direitos supraindividuais.

2.2 Características da tutela penal

Em um primeiro momento é relevante conceituar os fundamentos que levam um determinado bem jurídico a obter a tutela penal, considerando que o direito penal deve ser usado como *ultima ratio*, atentando-se ainda aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade. Sendo assim, é necessário a delimitação a respeito dos bens que serão tutelados, pois se houver a intervenção penal a qualquer bem protegido constitucionalmente, o direito penal perderá a sua principal característica, qual seja, ser o último recurso de intervenção estatal, o qual deve ser utilizado somente quando a proteção constitucional e administrativa não for suficiente para proteger o bem jurídico de forma eficaz.

Devido as transformações históricas e de valores no ordenamento pátrio, que levaram à adoção de uma constituição com viés social, e, por consequência, refletiram-se na dogmática penal, tornou-se necessário um redesenhamento dos bens jurídicos protegidos pela esfera penal, a fim de adequá-los as novas prevalências da matéria constitucional. Assim, “a intervenção penal deve ater-se aos fatos que atinjam efetivamente de forma ofensiva os bens constitucionalmente assegurados” (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 13), tendo como finalidade a garantia da paz, além de preservar direitos e garantias fundamentais.

O Direito vai ao encontro das transformações da vida social, criando valores a serem protegidos por meio do processo de reivindicação social, pois o Direito não é um fim em si mesmo, ao contrário, ele se fundamenta na demanda social da necessidade de regulação. Nesta esteira, a ordem jurídico-penal alicerçar-se-á em dois aspectos, “(a) o reconhecimento daquele valor na sociedade e (b) a necessidade de tutela da relação que se mantém com esses valores, para a formação do fundamento, estrutura metodológica e categorial demarcada” (RUIVO, 2011, p. 32-33).

Ana Elisa Liberetore S. Bechara, resumidamente, define a legitimidade do direito penal:

Nesta perspectiva, o direito penal legitima-se democraticamente quando voltado à proteção da sociedade e, em última análise, dos interesses dos indivíduos que a compõe. Justifica-se, então, a intervenção penal apenas na medida da necessidade para o fim de evitar delitos, conforme o princípio da intervenção mínima (desdobrado nas vertentes subsidiária e fragmentária) com decorrência da dignidade humana e do direito à liberdade, expressos constitucionalmente. Do mesmo modo, apenas se verifica a necessidade de intervenção jurídico-penal num contexto democrático quando este seja realmente útil para cumprir seu objetivo protetor, e não um efeito meramente simbólico (2011, p. 44-45).

A determinação e a eleição de quais bens jurídicos serão dignos à intervenção penal deverá ter por base critérios referentes a adequação do meio, fragmentariedade, *ultima ratio*, subsidiariedade e proporcionalidade (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 13), ou seja, a proteção penal somente deve ser empregada quando for a única via de tutela indispensável e proporcional. Em razão da intervenção penal ser fragmentária e subsidiária, para auxiliar na elucidação de quais bens devem ser tutelados pelas leis penais, cumpre observar alguns critérios sugeridos pela Constituição Federal (BRASIL, 1988, <<http://planalto.com.br>>): (a) a relevância constitucional do bem objeto da proteção, (b) o desvalor social da ofensa, (c) a probabilidade do ataque ao bem e (d) as consequências que a incriminação acarreta na autonomia privada (RUIVO, 2011, p. 39-90).

A tutela penal é a última barreira a ser transposta na busca de tornar eficaz a positivação dos bens jurídicos, no entanto, essa barreira somente será ultrapassada se houver o merecimento da tutela penal, o qual consiste no reconhecimento constitucional do bem jurídico e na carência ou necessidade de tutela penal (RUIVO, 2011, p. 43). Salienta-se que ambos os elementos devem estar presentes, pois de nada adianta haver o merecimento da tutela se não houver a necessidade.

Para Ruivo, o elemento primordial para verificar a necessidade da tutela penal está na importância social do bem, “pois somente merecem a imposição de penas criminais as violações a bens que sejam considerados fundamentais para a vida social”. No primeiro momento de valoração do bem, deve-se avaliar se a sociedade considera a conduta intolerável, se a conduta representa para grande parte da população verdadeiro desvalor ético-social. Posteriormente à esta análise público-criminal, verificar-se-á se o bem é objeto tutelado pela Constituição, uma vez que é

necessária a previsão constitucional para a afirmação da necessidade de proteção. Para além disso, é necessário analisar na prática a afetação do bem pela conduta a que se pretende criminalizar (2011, p. 44-45).

Conforme já referido, é imprescindível perceber a distinção entre merecer tutela penal e necessitar de tutela penal, pois na ausência desta distinção poderá ocorrer a tutela penal de bens que não necessitam de sua proteção e, desta maneira, estar-se-á a retirar a maior característica do direito penal que é ser a *ultima ratio* de proteção. Quanto a isto, Juliano Breda alerta que:

relegar a função do direito penal a um mero auxiliar ou um agente de reforço à disciplina de subsistemas jurídicos significa incompatibilizá-lo com a sua moderna concepção de protetor subsidiário de bens jurídicos fundamentais ao desenvolvimento da coletividade (2002, p. 51).

Em síntese, para que ocorra a proteção penal dos bens jurídicos exige-se que o bem mereça, necessite e seja capaz de tutela. O merecimento encontra escopo no reconhecimento cultural, já a necessidade de proteção estaria associada à exigência de vulnerabilidade do bem a ser protegido contra ofensas culturalmente reconhecidas, em outras palavras, a sociedade considerar determinada conduta com desvalor ético e moral, por fim, no que tange à capacidade da tutela, estabelece-se que “interesses merecedores e carentes de proteção nem sempre detêm aptidão de prevenção de ofensas pela via do direito penal” (SCHMIDT, 2018, p. 109).

Outrossim, superada a análise a respeito do merecimento da tutela penal do bem jurídico, sendo este positivado, normalmente em lei especial, tal qual a Lei nº 7.492/86 cujo objetivo é tratar dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, necessário a análise a respeito da sua eficácia.

Não é apenas em virtude da Constituição que se deve examinar a eficácia das normas penais tuteladas em leis especiais, deve-se atentar também aos princípios do Código Penal, pois em caso de divergência entre a lei especial e o Código Penal, deverá ser reconhecida a ineficácia da norma regulamentada em lei especial.

Admitir a eficácia de normas antinômicas com qualquer princípio de um sistema jurídico implicaria aceitar a erosão do próprio sistema, que perderia sua eficácia, aniquilaria os efeitos da prevenção geral, macularia o garantismo e a segurança jurídica, enfim, faria o Direito Penal perder os valores e o liame a partir dos quais foi construído durante séculos (SANCTIS, 2015, p. 03).

Assim, nas leis penais especiais deverá prevalecer os princípios do Código Penal. Não se pode ampliar o conceito de autoria ou alterar a concepção de relação de causalidade para atender a interesses imediatistas ou para combater determinada espécie de criminalidade, visto que são os princípios que regem o ordenamento penal (SANCTIS, 2015, p. 04).

2.3 Análise do Direito Penal Econômico

Expostas as questões preliminares sobre a tutela no âmbito penal, em um segundo momento será analisado o Direito Penal Econômico, no qual se inclui a proteção ao Sistema Financeiro Nacional, para posteriormente adentrar na temática da Lei nº 7.492/86.

Historicamente, o Direito Penal Econômico tinha relevância em períodos de economia de guerra, períodos que a escassez de bens essenciais predominava. Todavia, foi-se o tempo em que a relevância era apenas em épocas de conflitos e vulnerabilidade (SCHMIDT, 2018, p. 95). A criminalidade econômica está atrelada à própria evolução da economia, esse novo tipo de criminalidade é provocado pelo crescimento e pela complexidade da vida econômica. O avanço da tecnologia deu causa a globalização dos mercados, causando “uma ruptura de conceitos e elementos tão fundamentais à própria essência do que sejam cidadania, direitos humanos, garantias fundamentais e soberania” (SANCTIS, 2015, p. 07).

Com a evolução do mercado econômico, foi necessário readequar as funções do Estado, tendo em vista o surgimento de novos valores que ocorrem das novas relações interpessoais e demandam a tutela do direito penal. Neste panorama de globalização do mercado financeiro, necessário se fez a utilização de novas práticas de gestão aplicadas às empresas, o que culminou na maior relevância do Direito Penal Econômico. Nas palavras de Fausto Martin de Sanctis:

O protagonismo especial do Direito Penal Econômico justifica-se pela simples ideia de que as leis de mercado sozinhas não atendem às aspirações evidentes se, em seu contexto, a prática dos negócios envereda, muitas vezes, num campo, no mínimo, eticamente cinzento e perigoso (2015, p. 09).

Deslindar o conceito de crime econômico é tarefa árdua, o crime econômico provoca danos não individualizáveis, incontroláveis e cuja percepção social é diferenciada, além de que não pode ser mensurado apenas pela extensão dos danos que ocasiona, deverá ser levado em conta os danos morais que provoca, a capacidade de adaptação às mudanças sociais e políticas, a habilidade para se defender dos combates que lhe são dirigidos (OLIVEIRA, 2011, p. 69).

O Direito Penal Econômico refere-se à infrações penais que atingem bens jurídicos ou interesses supraindividuais e busca proteger a liberdade coletiva de livre iniciativa e da concorrência na economia de mercado, fazendo isso através da criminalização da formação de cartel, do *dumping*, concorrência desleal, entre outros (SANCTIS, 2015, p. 10) (SCHMIDT, 2018, p. 99). A criminalidade econômica é uma ameaça aos alicerces de qualquer sociedade organizada, por isso se faz necessária a intervenção de diversas instâncias (FIGUEIREDO DIAS; ANDRADE, 2000, p. 65).

Como forma de garantir a proteção dos bens jurídicos se tem como necessária a intervenção estatal e a regulação socioeconômica, visando obter a estabilização e a sobrevivência das normas de conduta referentes às práticas negociais (SANCTIS, 2015, p. 09). A proteção do bem jurídico nos crimes econômicos refere-se ao “regular desempenho das políticas de renda, monetária, fiscal, financeira e econômica (stricto sensu), legitimadas apenas no restrito segmento em que se façam necessárias para a realização do homem enquanto pessoa” (SCHMIDT, 2018, p. 98).

Ao fundamentar a tipificação do delito econômico, Sanctis alerta que “tem a ver com considerações normativas mais complexas e a prática de uma conduta juridicamente intolerável, a despeito da intencionalidade do delinquente” (2015, p. 14). Em suma, os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Econômico caracterizam-se pela sua importância para o sistema econômico, pois através da tutela penal se pretende garantir a sobrevivência, funcionamento e/ou implementação do sistema econômico (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 19). Neste contexto, insere-se a Lei nº 7.492/86 que tem por escopo proteger o Sistema Financeiro Nacional.

2.4 A Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional

A Lei nº 7.492/86, popularmente conhecida como a lei dos crimes do colarinho branco, assim chamada em razão das características peculiares dos autores dos delitos, quais sejam, a posição social privilegiada e a estreita relação da atividade criminosa com sua profissão. Qualifica-se a prática criminosa pelo seu caráter estritamente financeiro e econômico, sendo o delito realizado através da captação, gestão e aplicação de recursos de terceiros de forma ilícita, caracterizando-se a forma ilícita pela administração enganosa, com manobras ilícitas, emprego de fraudes de forma artil e sutil.

Em seu artigo 1º, a Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, conceitua o que será entendido por instituição financeira para efeito da lei, verifica-se, assim, que instituição financeira é toda pessoa jurídica, seja pública ou privada, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a coleta de recursos financeiros, próprios ou de terceiros investidores ou poupadores, efetuando sua respectiva intermediação ou aplicação, em moeda corrente ou estrangeira, bem como a custódia de valores de terceiros proprietários (FIGUEIREDO, 2008, p. 103) (PRADO, 2016, <https://proview.thomsonreuters.com>). Nas palavras de Tortima,

ao conceituar o que venha ser instituição financeira, a norma explicativa sob comentário considerou basicamente sua atividade típica: captação, intermediação ou aplicação de recursos. Captar significa atrair e aglutinar capitais, objetivando sua aplicação futura. Intermediar vem a ser transferir ou repassar tais recursos (de uma instituição para outra) e, finalmente, aplicar é investir os recursos captados, mirando alguma forma de remuneração (2011, p. 07).

Em suma, as instituições financeiras, para efeito da lei, tratam-se de “um conjunto de instituições que se dedicam, de alguma forma, ao trabalho de propiciar condições satisfatórias para a manutenção de um fluxo de recursos entre poupadores e investidores” (FORTUNA, 2004, p. 15), que exerça quaisquer das atividades descritas no artigo 1º, mesmo que de forma eventual. Na prática, essas instituições interligam os diferentes polos de negociação existentes no mercado.

Especificamente quanto as instituições financeiras de direito privado, podem ser divididas de forma tipológica como atuantes em quatro tipos de mercado - monetário, cambial, de crédito e de capitais -, os bancos comerciais exercem as

atividades relativas ao mercado monetário, executam serviços econômicos de menor complexidade como depósito e pagamento. No mercado cambial, em suma ganha destaque as agências de câmbio responsáveis pela compra e venda de moedas estrangeiras (RUIVO, 2011, p. 80). O mercado de crédito possui a forma institucional mais complexa, existindo três tipos institucionais de concessão de créditos, conceituadas da seguinte forma por Ruivo:

(a) bancos de desenvolvimento e agências de fomento supridores de recursos para programas de desenvolvimento econômico e social de determinado Estado; (b) as caixas públicas, com feição social, para fins de custeio do consumo da população de baixa renda e (c) as empresas de capital privado, destinadas ao financiamento de atividades econômicas em geral ou específicas, na forma de sociedades financeiras ou sociedades de crédito imobiliário (2011, p. 81).

Em relação as instituições privadas que atuam no mercado de capitais, tem-se a Bolsa de Valores e as sociedades corretoras responsáveis pela intermediação das compras e vendas dos valores mobiliários. Destaca-se que “atualmente, as maiores empresas em exercício no mercado financeiro têm a forma de bancos múltiplos, o que significa que possuem aptidão para desempenhar as tarefas bancárias normais” (RUIVO, 2011, p. 81), bem como grande parte dos outros tipos de operações.

Definido o que são instituições financeiras, verifica-se que o Sistema Financeiro Nacional é formado pelo conjunto de instituições financeiras, órgãos normativos e entidades supervisoras, além dos equiparados, conforme disposto no artigo 1º da Lei nº 7.492/86 e artigo 1º da Lei 4.595/64.

Diante da relevância das instituições financeiras para o pleno desenvolvimento do sistema financeiro e, conseqüentemente, o bom desenvolvimento do país, surgiu a necessidade de preservar essas instituições, de modo a viabilizar a transparência, a licitude, segurança e demais princípios que regem as relações entre instituições e aplicadores, poupadores, investidores segurados e consorciados (STJ, online, 2009). Com o intuito de garantir a credibilidade das instituições financeiras surgiu a Lei nº 7.492/86, a qual visa proteger a lisura, a correção e a honestidade das operações conferidas e efetivadas pelas instituições financeiras, “posto que o bom funcionamento do sistema financeiro como um todo repousa na confiança que a coletividade lhes deposita” (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 27).

A Lei nº 7.492/86 foi editada em um contexto de crise, pós período ditatorial, e após um processo conturbado de elaboração legislativa, diante de sucessivos escândalos financeiros e grandes crises econômicas, em suma, em um período econômica e politicamente conturbado. Neste contexto, fez-se necessário que o Estado adotasse medidas aptas a assegurar a normalidade dos mercados, visto que, pelas sucessivas crises e escândalos, o país foi perdendo o interesse de investidores e depositantes (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 23).

Assim, a Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional foi aprovada com o objetivo de “assegurar a normalidade do sistema financeiro nacional, resguardando os interesses da coletividade (depositantes e demais usuários)” (FELDENS, 2011, p. 84). Foi necessária a edição e promulgação da lei diante da ineficácia da proteção em âmbito administrativo, o que acabou por implicar na aplicação de vultuosos recursos na tentativa de conter os efeitos negativos dos abusos e fraudes gerenciais (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 25-26), além de que, “a intervenção penal traz um indubitável reforço na afirmação axiológica e na proteção jurídica desse campo econômico” (RUIVO, 2011, p. 47).

Sinteticamente, Nicole Trauczynsky define o objeto tutelado na Lei nº 7.492/86:

[...] em primeiro plano, a estabilidade e a higidez do Sistema Financeiro Nacional, indispensáveis à boa execução da política econômica de governo, concretamente avaliados. E, secundariamente, a proteção dos investidores e o próprio mercado financeiro, tanto do risco moral quanto do sistemático, decorrentes de gestões passíveis de ofender a confiabilidade e a higidez do Sistema Financeiro como um todo (2014, p. 26).

Resumidamente, o bem tutelado pela Lei nº 7.492/86 é o próprio Sistema Financeiro Nacional, o que garante a busca pela credibilidade das instituições financeiras e integridade do sistema financeiro. De forma incidental a Lei acaba protegendo, inclusive, os bens individuais das pessoas físicas e jurídicas (poupadores, investidores e demais usuários do sistema financeiro) (MAZLOUM, 1999, p. 40). Outrossim, sustenta Ruivo que o sentido da lei está na proteção do direito de propriedade da coletividade e que “a finalidade da lei foi tutelar o sistema financeiro como local estratégico de exposição a perigo de recursos de todos os seus usuários” (2011, p. 83).

Sendo assim, conclui-se que a Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional relaciona-se à proteção jurídico-penal dada a política monetária, especialmente quando afetada em detrimento de abusos e fraudes no sistema financeiro geral (bancário, creditício e de capitais) (SCHMIDT, 2018, p. 104). Além de visar, em última análise, proteger “o patrimônio público e privado investido nas instituições financeiras inseridas no âmbito econômico-financeiro” (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 30).

Por fim, salienta-se que, em que pese a referida lei busque tutelar o patrimônio público e privado investidos nas instituições financeiras, bem como garantir a integridade do sistema financeiro, para que haja o maior desenvolvimento socioeconômico do país. A Lei nº 7.492/86 é falha em definir as práticas delitivas, possuindo tipos penais abertos, definições vagas e penas elevadíssimas, conforme será verificado no próximo capítulo, a partir da análise do delito de gestão fraudulenta, principal tipo penal e delito mais severamente apenado do diploma legal.

3 O CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

O delito de gestão fraudulenta está disposto no *caput* do artigo 4º da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>), o qual aduz “gerir fraudulentamente instituição financeira”, em relação a sanção prevista, possui pena de reclusão, de três a doze anos, e multa. Embora o tipo penal não delimite a conduta que ensejará a prática delitiva do delito, ao longo deste capítulo será demonstrado o entendimento doutrinário acerca da tipificação do delito e discussões que o cercam, assim como o entendimento jurisprudencial sobre quais condutas ensejariam o cometimento delitivo.

3.1 Antecedentes

Dos delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária já se ocupava a obsoleta, porém, ainda vigente, Lei de Economia Popular, sendo o referido dispositivo o antecedente mais genuíno dos crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária. No entanto, o artigo 3º, inciso IX, do referido diploma (BRASIL, 1951, <<http://planalto.com.br>>), não distinguia as duas modalidades de conduta punível e estipulava-lhes a mesma sanção penal (detenção de dois a dez anos e multa) (BITENCOURT, 2016, p. 249) (TÓRTIMA, 2011, p. 31).

O inciso IX do artigo 3º da aludida Lei dispõe que:

IX - gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

O vetusto diploma legal apresenta vantagens em sua estrutura típica, consistente na satisfação de duas elementares típicas, que são verdadeiras condicionantes: “levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”. Todavia, esse diploma

legal, em face da moderna sofisticação do sistema financeiro, perdeu a atualidade, pois surgiram instituições financeiras que não se encontram no seu rol taxativo, cuja natureza e destinação não eram previstas à época da edição da Lei de Economia Popular. Nessa esteira, resultou, por injunção do princípio da reserva legal, a impossibilidade de aplicação do aludido dispositivo, pois as atuais instituições objeto de gestão fraudulenta ou temerária já não constavam no rol taxativo do artigo 3º, inciso IX, da Lei nº 1.521 (BRASIL, 1951, <<http://planalto.com.br>>) (TÓRTIMA, 2011, p. 31).

O novo texto legal, previsto no artigo 4º da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, ignorou o Anteprojeto da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal e respectivas emendas, positivando uma redação concisa e sem elementares. Ao retirar as elementares, o legislador criou um tipo genérico, exigindo-se unicamente o emprego de fraudes na administração da instituição financeira, desconectadas de qualquer resultado, além de o referido tipo penal prever a maior sanção dentre aquelas abstratamente cominadas na Lei nº 7.492, “pena de 03 (três) a 12 (doze) anos, e multa” (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>).

Ao comparar os tipos penais expostos em ambos os dispositivos – Lei nº 1.521/51 e Lei nº 7.492/86 – Pimentel aduz que:

A tarefa de intérprete, relativamente à Lei de Economia Popular, é facilitada porque há referência às condições objetivas de punibilidade, que aludem à falência ou à insolvência, ou ao não cumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. Ocorrendo estas condições, cria-se a condição para o exame da gestão, aferindo-se, então, a ocorrência ou não do comportamento fraudulento, ou a existência de prejuízo pelo não cumprimento de qualquer das cláusulas contratuais. Agora, com a redação extremamente genérica do art. 4º e de seu parágrafo único em exame, torna-se demasiadamente subjetiva a pesquisa dos elementos do delito (1987, p. 49).

3.2 Delimitação da conduta de gestão fraudulenta

Conforme constatado no primeiro capítulo, o Direito Penal Econômico está incumbido de proteger os direitos fundamentais de segunda dimensão, buscando proteger a sociedade de arbitrariedades econômicas, a fim de garantir o acesso a um sistema financeiro equilibrado e confiável.

O crime de gestão fraudulenta, por tratar de tipo penal genérico, não é de fácil

conceituação. No entanto, Sanctis traz uma definição abrangente para o delito, na tentativa de facilitar sua compreensão. Nas palavras dele,

Por gestão fraudulenta deve-se compreender todo ato de administração no âmbito da empresa, dentre os poderes conferidos, ainda que apenas de fato, que visa à percepção de vantagem indevida em prejuízo alheio, empregando o administrador artifícios que levam a erro os demais administradores. (...) Exige-se administração que fuja aos padrões normais da atividade empresarial e comprometimento da higidez financeira da instituição (2015, p. 48).

Embora a conceituação empreendida por Sanctis deixe larga margem para interpretação por não exemplificar o que seria a gestão fraudulenta em si, verifica-se que não seria possível a realização de uma conceituação limitada, tendo em vista a redação aberta e sem elementares do tipo penal em comento. A corroborar com o doutrinador supracitado, válida a lição de Paulsen ao expor que “a redação é bastante aberta, tendo se valido de conceitos jurídicos indeterminados, mas é válida, porquanto possui densidade suficiente para que se possa definir o seu sentido” (2018, p. 297).

Embora alguns autores tentem conceituar e defender que o tipo penal mesmo que bastante aberto é válido, conforme apontado acima, o tipo conciso – gerir fraudulentamente instituição financeira -, instiga o tratamento dogmático com complexos problemas. Por ser um tipo penal genérico pode acarretar um abstrato centro de riscos financeiros, passando pela indefinição quanto as suas elementares típicas (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 32).

Nessa esteira, indo de encontro ao posicionamento de Paulsen e Sanctis, tem-se o posicionamento de Trauczynski, com o qual se deve concordar, a saber:

A ausência de consolidação dogmática sobre o tipo em estudo possibilita que sua aplicabilidade se dê, não raras vezes, mediante um juízo puramente formal, a partir de um descontextualizado juízo de subsunção à norma pela simples soma de suas elementares típicas (gerir + fraudulentamente + instituição financeira), passando ao largo dos pressupostos que justificaram a intervenção penal no âmbito econômico financeiro e da verificação da real potencialidade lesiva sobre o bem jurídico tutelado pela norma, o que claramente não se coaduna com os postulados dogmáticos mais sólidos do direito penal (2014, p. 32).

Da análise feita, retira-se que não é possível delimitar a prática do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, pois sua descrição é absolutamente genérica. Além do mais, conforme será analisado adiante, o elemento “fraude”

admite uma infinidade de condutas, o que pode ocasionar interpretações equivocadas a respeito da prática do crime sob análise. Desta forma, ao examinar o delito em questão, faz-se necessário observar seu contexto histórico, bem como realizar uma interpretação repleta de cuidados e de aplicação absolutamente restrita.

Para melhor compreensão da gestão fraudulenta de instituições financeiras, os elementos do delito em tela serão analisados pormenorizadamente no decorrer deste capítulo.

3.3 Bem jurídico tutelado

O delito de gestão fraudulenta de instituição financeira é crime pluriofensivo, pois atinge vários bens jurídicos. O dispositivo legal (art. 4º da Lei nº 7.492/86) tem a pretensão de tutelar mais de um bem jurídico, mas, destacam-se o Sistema Financeiro Nacional, as instituições financeiras e o patrimônio da coletividade.

Protege-se o Sistema Financeiro Nacional contra gestões fraudulentas ou arriscadas levadas a efeito por seus gestores, diretores, administradores, em suma, os sujeitos apontados no artigo 25 da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>). As instituições financeiras, enquanto entidades individualmente relevantes e necessárias para o sistema financeiro, também são objetos da tutela penal, salienta-se que, conforme apontado no artigo 1º do diploma legal analisado, estende-se a proteção da tutela penal àquelas instituições pertencentes à iniciativa privada. “Protegem-se, igualmente, os bens e valores, enfim, o patrimônio da coletividade, representada pelos investidores diretos que destinam suas economias, ou ao menos parte delas, às operações realizadas pelas instituições financeiras” (BITENCOURT, 2016, p. 250).

Figura em primeiro plano como bem jurídico a ser tutelado a estabilidade e a higidez do Sistema Financeiro Nacional, porquanto é bem indispensável à eficiente execução da política econômica do governo e o bom e regular funcionamento do sistema financeiro depende da confiança que a coletividade lhe deposita, sendo a credibilidade “um atributo que assegura o regular e exitoso funcionamento do sistema financeiro como um todo” (BITENCOURT, 2016, p. 250). Em seguida protegem-se os investidores e o próprio mercado financeiro “das funestas consequências de possíveis quebras de instituições, causadas pela cupidez ou

irresponsabilidade de seus gestores” (TÓRTIMA, 2011, p. 32). Nesta mesma linha de pensamento seguem os autores Pimentel (1987, p. 50), Ali Mazloum, o qual adiciona, ainda, que a tutela da Lei relaciona-se com a regularidade dos instrumentos e segurança nos negócios (1999, p. 63) e Delmanto, que afirma ser o Sistema Financeiro Nacional propriamente o objeto jurídico da Lei (2014, p. 32).

Para o autor Marcelo Ruivo, o bem jurídico tutelado pelo artigo 4º da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional se trata de um terreno nebuloso, pois o tema não é devidamente discutido pela doutrina. Para o autor, o dispositivo legal em análise tutela um bem jurídico dúplice supraindividual e de titularidade difusa, consistente na verdade e transparência de um lado e, de outro, o patrimônio. Afirma que não é possível parcializar o bem jurídico protegido, pois a tutela não se restringe ou se perfectibiliza na simples proteção da verdade ou do patrimônio como um valor em si mesmo (2011, p. 90-107).

No entendimento de Áureo Natal de Paula, “os bens jurídicos protegidos são a fé pública e o regular funcionamento do sistema financeiro nacional e dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão organizado”. Aponta que a lei tem por escopo manter a intangibilidade dos recursos de terceiros não pertencentes à administradora (investidores) (2017, p. 107).

Em suma, o bem jurídico protegido é a higidez e a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional, o patrimônio público e privado investido nas instituições financeiras, objeto de tutela de natureza supraindividual.

Perante todos estes posicionamentos, observa-se que se trata de um delito multiofensivo, visto que o bem jurídico tutelado pelo artigo 4º, *caput*, da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>), é de titularidade difusa, haja visto que protege o Estado, representado pela figura do Sistema Financeiro Nacional, os investidores e as próprias instituições financeiras. Ainda, conforme entendimento de alguns autores, pode-se compreender que o patrimônio investido também é objeto da tutela penal, sendo a proteção dada ao patrimônio que requer um sistema financeiro hígido, transparente, confiável e que funcione regularmente.

Busca-se evitar as crises sistêmicas, porquanto basta que uma única instituição financeira quebre para que, como efeito cascata, inúmeras outras sigam o mesmo caminho, pois uma crise de confiança, ou seja, a falta de credibilidade nas instituições financeiras, acarreta graves danos ao sistema como um todo

(TRAUCZYNSKI, 2014, p. 33). Saliencia-se que não será qualquer ato ilícito praticado em instituição financeira que terá aptidão para ocasionar uma situação de risco que colocará em ameaça a normalidade e credibilidade do Sistema Financeiro Nacional.

3.4 Sujeitos ativo, passivo e concurso de pessoas

Conforme dispõe o *caput* e § 1º, do artigo 25, da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>), somente pessoas que possuam poder de gestão poderão ser sujeitos ativos do delito de gestão fraudulenta. Nesta lógica, sujeito ativo não pode ser qualquer pessoa, será somente quem tenha poder para dirigir a instituição financeira (STOCO, 2017, p. 206). Trata-se, portanto, de crime próprio, o qual é definido como aquele em que o tipo penal exige uma situação fática ou jurídica diferenciada por parte do sujeito ativo (MASSON, 2011, p. 188).

O delito em comento exige qualidade especial e peculiar do agente, conforme referido acima, exige a qualidade de gestor da instituição financeira, isso porque o verbo nuclear do tipo penal é “gerir”, de sorte que somente pode gerir aquele que tem o poder de gerenciar ou dirigir a instituição financeira (STOCO, 2017, p. 207). Nas palavras de Áureo Natal de Paula “ser a pessoa encarregada de aplicar na vida da empresa as decisões tomadas pelos seus órgãos” (2017, p. 108-109).

O artigo 25 da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional tira a responsabilidade da pessoa jurídica, deixando a responsabilidade recair apenas sobre os responsáveis pela gerência, as pessoas físicas que exercem funções de direção, *in verbis*:

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).

§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>).

Observa-se que a Lei equipara àquelas pessoas que obtiveram o cargo na normalidade aos que são conduzidos a esse múnus por determinação legal. A punição do interventor, do liquidante ou do síndico que assumir a administração da instituição é necessária para garantir o regular funcionamento do sistema financeiro,

pois foram escolhidos justamente para substituir os que não foram capazes de gerir com sucesso, por serem interessados diretos em uma boa solução da crise por qual passam as instituições (PAULA, 2017, p. 109).

O poder de gestão deve ser entendido como aquele atribuído a quem possui “capacidade autônoma e independente de praticar os atos próprios de uma instituição financeira: captação, intermediação ou negociação de títulos ou valores mobiliários e os responsáveis pelos serviços financeiros” (BREDA, 2002, p. 67-68).

Questão que tem provocado controvérsia é saber se o gerente de agência bancária pode responder como autor do crime. Para Bitencourt, esta possibilidade trata-se de autêntica responsabilidade penal objetiva (2016, p. 250), Tórtima defende não ser possível “pela singela razão de que tais funcionários, vinculados à instituição bancária por contratos de trabalho regidas pela legislação trabalhista, não pertencem aos quadros dirigentes da entidade” (2011, p. 45).

Em que pese Bitencourt defina essa possibilidade como responsabilidade penal objetiva, válida a ressalva feita pelo autor:

Quando, no entanto, se puder demonstrar que o gerente realmente detém poder decisório, independentemente das diretrizes determinadas pelo controle central da instituição financeira, e o fizer contrariando a boa praxis bancária, ou o uso corriqueiro dessas instituições, e, principalmente, desobedecendo orientação superior, autodeterminando-se, nessas hipóteses, criteriosamente examinadas, poder-se-á imputar-lhe a prática de gestão fraudulenta, atribuindo-se-lhe a responsabilidade por gerir inadequadamente, pelo menos parte, de instituição financeira, desde que calcada em sérias e robustas provas (2016, p. 251).

O autor Ruivo defende ser possível enquadrar tipicamente o gerente de agência como sujeito ativo do delito, contudo, considera que eventuais problemas que se relacionem com a conduta de gestão fraudulenta podem encontrar como auxílio para delimitar a responsabilidade penal, entre a série de gerentes que, comumente, estão presentes no quadro de empregados de cada agência, a determinação antecipada do âmbito de liberdade decisória, espalhada por meio de regulamentação ou normatização interna da instituição financeira (2011, p. 151).

A respeito desta problemática, o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça tem sido no sentido de que o gerente de agência bancária pode ser sujeito ativo do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira quando tiver poderes reais de gestão (BRASIL, 2017, <<http://stf.jus.br>>). Neste sentido, Baltazar Júnior cita, por exemplo, que o gerente de uma grande agência bancária poderia

causar enormes danos, maiores até do que os causados por um administrador geral de casa de câmbio (2015, p. 623).

Ante os diversos entendimentos acerca de quem poderia ser sujeito ativo do tipo penal em comento, é possível concluir que poderá ser considerado potencial autor do delito aquele que detém de fato poder capaz de influir na administração da instituição financeira. Assim, não basta a mera posição hierárquica do agente, para que seja possível imputar-lhe a autoria do crime, mas sim a condição fática para gerir e controlar a instituição.

Por outro lado, quanto ao sujeito passivo, configuraria especialmente neste polo as instituições financeiras, pois terão seu patrimônio atingido pela repercussão decorrente dessa gestão fraudulenta; os investidores nos mercados de capitais; e, por último, toda a coletividade, em razão de ser prejudicada pela insegurança que a atividade delituosa gerará e pelo prejuízo que seus investimentos irão ter de suportar (PAULA, 2017, p. 110). Ainda, há correntes que defendam que o sujeito passivo sempre será o Estado, devido a ameaça na boa execução da política econômica do país e, que de forma secundária, serão admitidos outros sujeitos passivos, sendo estes os investidores e o próprio mercado de capitais (PIMENTEL, 1987, p. 51) (TÓRTIMA, 2002, p. 41).

Embora os autores troquem a ordem de “prioridade” em relação aos sujeitos passivos, não há discussão quanto aos sujeitos que configurariam este polo. Restando definido que os sujeitos passivos são o próprio Estado, representado na figura do Sistema Financeiro Nacional, as instituições financeiras, os seus investidores e a própria coletividade.

Quanto ao eventual concurso de pessoas e participação, defende Sanctis ser possível daqueles que pratiquem a fraude de forma conjunta aos administradores, se restar demonstrado o conluio de um dos sujeitos ativos previsto do art. 25 da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>) com os demais réus, mesmo que estes não ostentem tal qualidade, podem participar da prática delitiva, caso tenham auxiliado de forma material ou moral na execução do delito, sustentando-se na prerrogativa do artigo 29 do Código Penal (BRASIL, 1940, <<http://planalto.com.br>>) (2015, p. 51). Bitencourt segue a mesma linha, expondo que, embora trata-se de crime próprio, “nada impede a participação de terceiros, estranhos à administração de instituições financeiras, ancorados pela previsão legal do art. 29 do Código Penal” (2016, p. 250).

A participação de terceiros é possível desde que preenchidos os requisitos previstos nos artigos 29 e 30 do Código Penal (BRASIL, 1940, <<http://planalto.com.br>>), a saber: a) demonstração do injusto principal; b) contribuição efetiva para o plano delituoso alheio; c) conhecimento do delito e vontade de colaborar ou de o provocar e d) a presença do agente dotado de poder de gestão (TRUCZYNSKI, 2014, p. 37).

Diante desta perspectiva, cumpre ressaltar o entendimento do autor Delmanto, ao propor um posicionamento contrário, afirma que a gestão fraudulenta não se trata de crime próprio, mas sim de delito de mão própria, o que ocasionaria na impossibilidade de coautoria por quem não estiver elencado no artigo 25 da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>) (2014, p. 33). A diferença entre crime próprio e crime de mão própria consiste em aquele exigir uma situação fática específica do sujeito ativo enquanto este somente pode ser praticado pela pessoa expressamente indicada no tipo penal (MASSON, 2011, p. 188).

No âmbito dos tribunais, o Pleno do Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de não admitir que a imputação pelo delito de gestão fraudulenta fosse direcionado ao agente que não possuísse a condição de gestor da instituição financeira, ao argumento de que o crime seria de mão própria e a interpretação sistemática da Lei nº 7.492/86 afastaria a possibilidade de haver gestão fraudulenta por terceiro estranho à administração do estabelecimento bancário, “[...] a interpretação sistemática da Lei nº 7.492/86 afasta a possibilidade de haver gestão fraudulenta por terceiro estranho à administração do estabelecimento bancário” (BRASIL, 2009, <<http://stf.jus.br>>).

Neste mesmo sentido pondera Nilo Batista, para quem “os crimes especiais, autor idôneo é apenas aquele vinculado ao dever. Se o não qualificado conhece a idoneidade do autor, responderá: 1. Nos delitos especiais puros como partícipe, mesmo se interveio na execução do delito” (1979, p. 131).

Frente as citadas regras de extensão previstas nos artigos 29 e 30 do Código Penal (BRASIL, 1940, <<http://planalto.com.br>>), e aos entendimentos diversos dos autores e jurisprudencial, compreende-se que a atuação de terceiro estranho à gestão da instituição financeira, somente poderia se dar na qualidade de partícipe e nos limites de sua atuação. “Do contrário, admiti-lo como autor ou coautor, ainda que não reunisse as condições exigidas pelo tipo penal, levaria à violação do princípio da reserva legal e todo sentido da criação dessa espécie de norma” (TRAUCZYNSKI,

2014, p. 38-39).

3.5 Tipo objetivo: adequação típica

São três elementares dispostas no *caput* do artigo 4º da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>) que devem ser interpretadas, sendo elas “gerir”, “fraudulentamente” e “instituição financeira”, sendo necessário analisar o que representa estas características do delito.

Gerir significa dirigir, administrar, gerenciar, para Ruivo tem, ainda, os significados de ordenar, regular, comandar, reger, ou seja, atos que consistem em deliberar, contendo uma “carga decisória”, e determinado nível de “definitividade” sobre negócios da empresa gerida (2011, p. 147). Maia entende a conduta como sendo a de tomar decisões na área da empresa, estando o agente autorizado pelos poderes do qual lhe conferem a lei e estatuto societário (1996, p. 55). Em que pese diversos autores tentem definir o núcleo do verbo “gerir”, verifica-se que a fórmula adotada pelo legislador é vaga e abrangente, propiciando grande insegurança jurídica, pois os tipos demasiadamente abertos criam uma absoluta indefinição com relação às condutas criminosas (TÓRTIMA, 2011, p. 32), assim, não há possibilidade de definir a conduta reprovada.

Gerir deve ser interpretado à luz da elementar “instituição financeira”, insculpida no artigo 1º da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>). Quanto ao caráter abstrato da descrição típica do verbo gerir, destaca Juliano Breda:

[...] faz com que sejam subsumidas uma infinidade de práticas do mercado financeiro. Melhor seria uma descrição mais pormenorizada da conduta ofensiva ao mercado, como existe, por exemplo, no crime descrito no art. 379 do Código dos Valores Mobiliários, de Portugal, mais condizente com o princípio da tipicidade (2002, p. 94-95).

De forma geral, os sentidos do termo “gerir” não sofrem grandes distanciamentos, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial consiste em relação a gerir fraudulentamente ser um crime habitual ou não. Antes de adentrar na discussão, se faz necessário conceituar crime habitual, nas palavras de Cleber Masson:

É o que somente se consuma com a prática reiterada e uniforme de vários atos que revelam um criminoso estilo de vida do agente. Cada ato, isoladamente considerado, é atípico. Com efeito, se cada ato fosse típico, restaria configurado o crime continuado (2011, p. 201).

O termo gerir representa continuidade, representa exercer ou atuar em atos de gestão por um determinado tempo, ou seja, não se configura a gestão em apenas um ato. Com efeito, a tipificação do crime exige a prática reiterada dos atos caracterizadores da fraude, defende Bitencourt que a gestão fraudulenta é classificada como crime habitual impróprio (2016, p. 253). Destaca Tórtima que “a lei não diz, simplesmente, praticar ato de gestão fraudulento, mas sim gerir fraudulentamente... a indicar pluralidade de atos, pautando a conduta do agente em um determinado período de tempo” (2011, p. 32). Na mesma linha, sugere Delmanto que “o núcleo do tipo é gerir, que significa conduzir, administrar, comandar, cuidar de um negócio, dirigir. Impossível, assim, haver gestão de um ato só, já que o núcleo exige certa habitualidade, reiteração de atos de administração” (2014, p. 142).

Embora a lei não mencione o fato de se praticar atos de gestão fraudulenta, define o tipo penal como “gerir fraudulentamente” indicando, estreme de dúvida, a pluralidade de atos. Ademais, quando o legislador desejou punir determinado ato fraudulento, isoladamente, o fez de forma individual e de maneira expressa, como por exemplo dispõe os artigos 6º, 7º, 9º e 10 da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>). Saliencia Trauczynski que “é justamente o conjunto de atos, numerosos e praticados num determinado lapso temporal, que, analisamos conjuntamente, ensejarão a conclusão de toda a gestão fraudulenta, unificando, pois, a prática de diversas condutas num único tipo” (2014, p. 42).

De outra banda, parte da doutrina, capitaneada especialmente por Luciano Feldens, Rodolfo Tigre Maia e Marcelo Almeida Ruivo, entende que referida interpretação não seria razoável, visto que um único ato de gestão seria capaz de ofender o bem jurídico, posto que uma única ação do gestor envolvendo fraude poderia ser suficiente para prejudicar gravemente a saúde financeira da instituição.

Maia afirma que a gestão fraudulenta está configurada como crime habitual impróprio, sendo acidentalmente habitual, a permitir que um ato isolado possa, em tese, caracterizar a infração penal, porém, sem sua reiteração configurar uma pluralidade de delitos (1996, p. 58).

O mesmo entendimento é expresso por Ruivo, segundo o qual: “o ato de gestão, em face da capacidade ofensiva da conduta, para a justiça penal, pode e deve ser entendido isoladamente” (2011, p. 150), pois não haveria qualquer elemento especial que levasse a acreditar ser necessária a reiteração da conduta fraudulenta para a prática delitiva.

Expostos os dois pontos de vista doutrinários, a par do que estabelece o tipo penal previsto no artigo 4º da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional em seu preceito primário “gerir” e toda a análise do tipo penal realizada até aqui, há de se concordar com o entendimento de Bitencourt, Breda e Tórtima, pois não há como afirmar que um único ato isolado possa caracterizar atos de gestão.

Posicionar-se de forma diversa, admitindo que um único ato pode afetar o bem jurídico tutelado, seria aumentar o âmbito de aplicação da norma e afrontar o princípio da legalidade e da reserva legal (TRAUKZYNSC, 2014, p. 43). Reitera-se que quando o legislador almejou punir determinado ato fraudulento, isoladamente, assim o fez em outros artigos da Lei nº 7.492/86.

A corroborar tal entendimento, assevera Cezar Roberto Bitencourt:

é possível que alguns dos meios empregados pelo agente na gestão fraudulenta possam, isoladamente considerados, caracterizar figuras delitivas autônomas, distintas e independentes, como a falsidade da demonstração contábil, podendo logicamente um absorver o outro. Havendo fraude de natureza penal, por exemplo, penalmente relevante, não existindo reiteração ou habitualidade na realização de tal fraude, ou, em outros termos, evidenciando-se tratar-se de ato isolado e esporádico na administração da instituição financeira, incidirá em uma infração simples, individual e isolada, contida em outro artigo deste mesmo diploma legal ou no bojo do Código Penal, e não na previsão contida no artigo 4º da cap/86, ante a ausência de reiteração da conduta (2010, p. 42).

Portanto, deverá ser observado para verificar a ocorrência do delito em tela todo o período exercido na administração da instituição financeira e o contexto em que os atos ocorreram. Não sendo apto para configurar a prática criminosa a simples ocorrência de um ato isolado, sendo necessária a prática delitiva durante certo período de tempo.

De outra banda, em relação a elementar “fraudulentamente”, verifica-se que a conduta fraudulenta deve ser entendida como todo e qualquer meio enganoso, hábil a enganar, a ludibriar terceiro, a alterar a verdade de fatos ou a natureza das coisas, por intermédio do uso de ardil, quer mediante artifício, por meio de simples mentira ou ainda por intermédio de omissão da verdade (BITENCOURT, 2016, p. 256).

Ante a abertura conceitual e a gravidade da sanção cominada ao tipo penal descrito no artigo 4º da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>), a análise dos seus elementos normativos (gerir fraudulentamente) deve ser realizada de forma absolutamente restritiva, porquanto não é qualquer fraude praticada na esfera da instituição financeira que será objeto da tutela penal dedicada ao dispositivo em comento. Portanto, o tipo penal do delito de gestão fraudulenta não pune a fraude pela fraude, se faz necessário que a fraude seja apta a afetar o bem jurídico tutelado, sendo capaz de gerar uma significativa ofensividade sobre o patrimônio investido nas instituições (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 45).

Conclui-se que a gestão fraudulenta se caracteriza pela prática de atos ilícitos por parte dos administradores, com o condão de enganar alguém, induzindo-o em erro ou mantendo-o em erro. É a administração marcada pela fraude, por manobras desleais, exemplificando-se com a utilização de expedientes desonestos para desviar ativos da instituição, alteração de documentos, operações ou quaisquer ações diretivas. Em suma, a fraude deve ser interpretada como a conduta apta a turvar a transparência da gestão da empresa (BITENCOURT, 2016, p. 256) (PAULA, 2017, p. 114) (SANCTIS, 2015, p. 53).

Nessa esteira, quanto à imputação do delito de gestão fraudulenta, mesmo tratando-se de um delito de forma livre, destaca Cezar Roberto Bitencourt:

O Ministério Público deverá identificar a espécie ou modalidade de fraude perpetrada, descrevendo, inclusive, em que esta consiste. Significa admitir, em outros termos, que se o Ministério Público imputar a prática do fato delituoso mediante artifício, e, afinal, a prova dos autos demonstrar que se trata de ardil, haverá inegável prejuízo para a defesa, ficando claro que o Parquet não observou seu dever funcional de descrever, detalhadamente, a infração penal imputada, não podendo prosperar a denúncia. Enfim, é fundamental que se descreva na denúncia exatamente em que consiste a fraude, quais são os atos in concreto que caracterizam aquilo que se denomina fraude, mas não apenas de uma ou outra operação ou de um ou outro ato, mas também deve demonstrar que a fraude, em qualquer de suas modalidades, seja reiterada com habitualidade, e que se trata realmente de atos típicos de gestão, e não apenas de outras atividades meramente administrativas, secundárias ou acessórias, irrelevantes para a administração específica da instituição financeira (2016, p. 256).

Quanto ao último elemento normativo consistente na expressão “instituição financeira”, encontra-se definido tanto no artigo 17 da Lei nº 4.595 (BRASIL, 1964, <<http://planalto.com.br>>), quanto no artigo 1º da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>).

Praticamente todas as empresas aplicam no mercado financeiro recursos obtidos no exercício de determinada atividade, ao realizarem tal ato, de acordo com a interpretação taxativa do artigo 17 da Lei nº 4.595 (BRASIL, 1964, <<http://planalto.com.br>>), estariam intermediando e aplicando recursos, acessoriamente à sua atividade principal, e deveriam ser consideradas instituições financeiras (TRAUCZYNSK, 2014, p. 47).

Desta forma, faz-se necessário estabelecer parâmetros, a fim de evitar que qualquer empresa que intervenha, mesmo que minimamente, no sistema financeiro seja classificada como instituição financeira. Para Feldens é necessário a observância de dois critérios para que se consiga delimitar o que seria instituição financeira enquanto elemento do tipo na esfera de manifestação do bem jurídico tutelado pelo artigo 4º da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, a saber: (a) instituição financeira regular (autorizada a operar) e (b) investida de relevância econômico-financeira (2010, p. 187).

3.6 Tipo subjetivo: adequação típica

O artigo 4º, *caput*, da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>) tem seu elemento subjetivo representado pelo dolo, que é constituído pela vontade livre e consciente de gerir a instituição financeira fraudulentamente (PAULA, 2017, p. 112). “O dolo deve abranger todos os elementos configuradores da descrição típica, sejam eles fáticos, jurídicos ou culturais”, pois o eventual desconhecimento de algum elemento constitutivo do tipo pode acarretar erro de tipo e, conseqüentemente, exclusão do dolo. “Essa é a representação subjetiva que deve abranger e orientar a ação do sujeito ativo descrita no tipo penal” (BITENCOURT, 2016, p. 258).

Grande parte da doutrina sustenta que basta o dolo genérico para a caracterização do delito previsto no *caput* do artigo 4º da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. Pimentel afirma que o tipo não requer nenhum elemento subjetivo especial, destaca, todavia, que gestão fraudulenta é aquela em que a fraude é praticada “com o fito de prejudicar alguém ou de obter indevida vantagem para o agente ou para outrem” (1987, p. 51). No entanto, este não parece ser o melhor entendimento a ser adotado, posto que esse “fimo de prejudicar alguém ou de obter indevida vantagem” consistiria no especial fim de agir exigido pelo tipo penal (BITENCOURT, 2016, p. 258-259).

Ademais, não se trata de criar um elemento típico inexistente, “basta considerar o conceito de fraude e sua relevância para verificar que o direito desconhece o emprego de ardis sem intenção ou potencialidade lesiva, mesmo que essa acabe não se materializando” (BREDA, 2002, p. 107). Em que pese a doutrina diverja sobre a necessidade do elemento subjetivo especial, não há dúvidas de que para o preenchimento dos elementos subjetivos do tipo penal ora em comento, é fundamental a demonstração inequívoca do agente em obter vantagem indevida (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 51).

3.7 Consumação e tentativa

O crime de gestão fraudulenta consuma-se no momento em que a fraude se produza na captação, aplicação, intermediação e administração de recursos financeiros, que é a atividade fim da instituição financeira, ou ainda, na custódia, emissão, intermediação ou distribuição ou administração de títulos ou valores mobiliários (BITENCOURT, 2016, p. 259). Em síntese, o delito consuma-se com a prática reiterada de fraudes no exercício dos poderes de gestão, não bastando a prática de apenas um ato fraudulento.

Sendo crime de natureza formal, não necessitando do resultado naturalístico para sua concretização, a gestão fraudulenta irá consumir-se independentemente da ocorrência de prejuízo, basta que o agente pratique a conduta de gerir fraudulentamente. Mas, alerta Trauczynski que embora o crime seja de mera conduta e o tipo não exija a ocorrência concreta de resultado, a potencialidade do perigo deve ser comprovada, “é preciso que se demonstre, ao menos, que a ação incriminada seja potencialmente capaz de ofender o bem jurídico tutelado pela norma” (2014, p. 52).

Por seu turno, Ruivo traz argumentos no sentido de que, para que haja a consumação, a conduta fraudulenta deverá colocar em significativo perigo o patrimônio dos sócios, investidores, correntistas e usuários do sistema, ou seja, se a fraude perpetrada não tiver capacidade para colocar o bem jurídico tutelado em risco, não irá possuir desvalor suficiente, expressivo, para que esteja caracterizado o delito de gestão fraudulenta (2011, p. 153).

Neste sentido, também se manifesta Breda, para quem a potencialidade do perigo deve ser comprovada, não carecendo de sua ocorrência concreta. “O perigo

exigido, portanto, é da credibilidade das operações financeiras, primeiramente da instituição perante os investidores e o mercado e do mercado em relação aos investidores” (2002, p. 58).

Ainda, destaca-se o posicionamento de Delmanto, *in verbis*:

O crime deste art. 4º, caput, não restará tipificado se não houver constatação de que a conduta tenha provocado concreto perigo de dano (que é muito mais do que a mera possibilidade abstrata da sua ocorrência), cabendo à acusação demonstrar a sua concretude na denúncia, como assinala Fábio Konder Comparatto, verbis: ‘Quando a Lei considera crime a gestão fraudulenta de instituição financeira, não exige que a acusação demonstre, apenas, que o réu praticou algum ardil, ou lançou mão de meios artificiosos, em sua atividade administrativa. A Lei impõe, também, a comprovação de que a conduta do acusado fez surgir um real perigo para o bem jurídico protegido. Não faria, com efeito, sentido algum punir criminalmente o administrador de uma instituição financeira pelo simples fato de que ele a geriu de forma inabitual ou heterodoxa, se daí não decorreu o mais leve risco para o mercado em geral (2014, p. 142).

Conforme verifica-se a partir dos apontamentos acima delineados, pode-se observar que há certo consenso na doutrina quanto a consumação do delito de gestão fraudulenta ocorrer independentemente de um resultado naturalístico, bem como tratar de crime formal e de perigo concreto. Ademais, concordam que não será qualquer fraude que assumirá o desvalor necessário para um tratamento penal, sendo necessário demonstrar concretamente o perigo ao bem jurídico tutelado.

Portanto, estreme de dúvidas, está demonstrado que embora o crime seja de mera conduta e prescindida da ocorrência de resultado, a potencialidade do risco de resultado é elemento normativo à caracterização da norma penal em comento (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 53).

Em relação a tentativa, Breda aduz que, estando a gestão fraudulenta configurada como um delito de perigo abstrato, tal classificação acaba por inviabilizar a possibilidade de tentativa (2002, p. 58). Todavia, de encontro a este posicionamento, Bitencourt afirma que a gestão fraudulenta se trata de crime formal, sendo admitida a tentativa embotada seja difícil comprová-la no caso concreto (2016, p. 259).

3.8 Classificação doutrinária

Conforme visto no decorrer deste capítulo, conclui-se que se trata de crime próprio (admitindo participação de terceiro estranho à administração da instituição financeira); formal; de perigo concreto (deve, efetivamente, colocar em perigo o bem jurídico protegido); de forma livre (o legislador não previu nenhuma forma ou modo para execução dessa infração penal); comissivo (o comportamento descrito no tipo implica a realização de uma conduta ativa); ação penal pública e incondicionada; e, compete à Justiça Federal conhecer e julgar o crime previsto no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>) (BITENCOURT, 2016, p. 260) (PAULA, 2017, p. 119).

4 O CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

O delito de gestão temerária de instituição financeira está previsto no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492, o qual aduz “se a gestão é temerária” e estabelece sua pena em reclusão, de dois a oito anos, e multa (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>). Assim como o delito previsto no *caput*, não possui descrição da conduta delitiva, o que dificulta a sua conceitualização e gera diversas discussões doutrinárias acerca da constitucionalidade do delito ora em análise.

Os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira são idênticos em alguns aspectos, a saber: Os **antecedentes**, representados pelo artigo 3º, inciso IX, da Lei de Economia Popular (BRASIL, 1951, <<http://planalto.com.br>>), que não distinguia as duas modalidades, sancionando-as igualmente; Os **bens jurídicos tutelados**, sendo o Sistema Financeiro Nacional, os investidores, o mercado financeiro, o patrimônio público e privado investido nas instituições financeiras e o patrimônio da coletividade; **Sujeito ativo** do delito, tratando-se dos sujeitos com poder de gestão, aqueles previstos no artigo 25 da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>); **Sujeito passivo** do delito, tratando-se do Estado, na figura do Sistema Financeiro Nacional, em primeiro plano, os investidores e o próprio mercado de capitais; **Concurso e participação de pessoas**, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, verifica-se que somente será possível o concurso de pessoas entre sujeitos que detenham o mesmo poder de gestão, quanto a participação de terceiro estranho à gestão, é possível desde que preencha os requisitos dos artigos 29 e 30 do Código Penal (BRASIL, 1940, <<http://planalto.com.br>>).

Desta forma, a fim de evitar tautologia, remete-se o leitor ao capítulo anterior para análise detalhada dos tópicos acima mencionados.

4.1 Delimitação da conduta

Assim como o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, o delito de gestão temerária de instituição financeira foi alvo de severas críticas da doutrina e da jurisprudência, tendo em vista seu tipo penal extremamente aberto, o que torna

difícil a sua conceituação e identificação de qual conduta configuraria a prática delitiva.

Para Bitencourt, a (in)definição da conduta do delito sob comento, coloca em risco os postulados libertários assegurados em um Estado Democrático de Direito, em especial, o princípio da reserva legal, o qual não admite desvios nem exceções, e o princípio da legalidade, o qual prima que a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida (2016, p. 266).

Ainda, referido autor aduz que o tipo penal excessivamente aberto, como é o caso da gestão temerária, deve ter sua inconstitucionalidade reconhecida, ante a violação do princípio da legalidade estrita, “pois além de incitar a indesejada ampliação da punibilidade, inviabiliza o exercício da ampla defesa e impede que o cidadão possa ser devidamente motivado pela norma penal, por desconhecer os limites do proibido” (2016, 267).

No mesmo sentido, aponta Áureo Natal de Paula, ao expor que tanto a doutrina quanto a jurisprudência já referiram que a ausência de definição legal do que seja gestão temerária, levaria a inconstitucionalidade da norma, devido a ofensa ao princípio da reserva legal. A inconstitucionalidade ocorreria em razão do tipo aberto, que deixaria uma possibilidade muito grande de condutas que poderiam caracterizar a ocorrência do delito em análise, com extenso grau de subjetividade do aplicador (2017, p. 130).

Contrário a este posicionamento, Maia afirma que:

De qualquer modo, não se constata violação do princípio da reserva legal no dispositivo. A uma, porque sua objetividade jurídica, consubstanciada na garantia da idoneidade econômico-financeira da instituição, em particular, e do próprio SFN, em geral, bem como indiretamente o interesse público na preservação da poupança dos particulares, é compatível com o cânone constitucional. A duas, porque ao lado de outros elementos culturais utilizados pelo legislador penal (v. g., ‘raptar mulher honesta [...]’, art. 219 do CP), é perfeitamente passível de delimitação conceitual concreta, ainda que de valoração mais permeável ao contexto histórico em que se dá sua leitura e reconhecimento (1996, p. 60).

No entanto, ao rebater o posicionamento de Maia, Delmanto aduz que nenhum dos argumentos prospera. O primeiro, pelo fato de que a tutela do Sistema Financeiro Nacional não faz qualquer referência “a questão de o legislador optar, ou não, pelo emprego de tipos extremamente abertos, que acabam não definindo qual

é, propriamente, a conduta delituosa”. Quanto ao segundo argumento, relativo a elementos culturais utilizados pelo legislador, não prospera por duas razões, a primeira, pela comparação infeliz com o art. 219 do Código Penal (BRASIL, 1940, <<http://planalto.com.br>>), o qual, além de preconceituoso, é inconstitucional, e acabou sendo alterado pela Lei nº 11.106 (BRASIL, 2005, <<http://planalto.com.br>>), a segunda, por ser inconsistente que a definição de o que seja temerário não é passível de delimitação conceitual concreta, vigorando, assim, “o casuísmo e a idiossincrasia deste ou daquele membro do Ministério Público e do Poder Judiciário, abrindo-se perigoso precedente” (2014, p. 145).

Por essas e outras razões seria inadmissível, na definição de condutas criminosas, utilizar-se de tipos extremamente abertos, mesmo com o pressuposto de “proteger o interesse público” ou que se trate de “bens jurídicos coletivos preponderantes” em relação aos interesses da segurança jurídica ou ao princípio da reserva legal estrita, tendo em vista que ambos os princípios não admitem qualquer relativização em um Estado Democrático de Direito. A “vontade” de punir, fazer justiça ou a necessidade de proibição não podem ultrapassar os limites da reserva legal estrita ou “estar-se-ia renunciando ao princípio da determinação em favor das concepções judiciais sobre a Justiça” (BITENCOURT; BREDA, 2010, p. 55).

Neste passo, ainda expondo os fundamentos para a crítica à constitucionalidade do delito previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>), necessário atentar-se ao princípio da taxatividade, o qual exige que a norma penal contenha a descrição hipotética do comportamento proibido com a maior precisão possível, para que impeça o poder demasiadamente interpretativo e expansivo para atribuir a alguém uma punição legal sem uma correspondente infração penal, devidamente identificável.

É intolerável que o legislador ordinário possa criar um tipo penal tão vago e impreciso como gestão temerária sem declinar que ‘tipo de conduta’ poderia caracterizar, dolosamente, a temeridade no gerir determinada instituição financeira (BITENCOURT; BREDA, 2010, p. 56).

Denuncia Rodrigues da Silva que o diploma legal sob análise não possui os contornos necessários da figura típica, e, ao deixar de traçar os contornos necessários ao delineamento da figura típica, feriu o princípio da tipicidade taxativa (1999, p. 41). Defendem Bitencourt e Breda que para não ferir o princípio da reserva

legal bastaria que a legislação tendesse ao exemplo da Lei de Economia Popular, sendo suficiente que seu texto legal contivesse a seguinte redação: “Gerir fraudulenta ou temerariamente instituição financeira levando-a à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com grave prejuízo dos interessados” (2010, p. 58).

Embora essa ainda não seja a redação ideal, pelo menos, já teria elementos objetivos que permitiriam um mínimo de delimitação da conduta criminalizada e seus respectivos efeitos, quais sejam, levar a instituição financeira à bancarrota, (dissolução judicial, insolvência, não cumprimento de cláusulas contratuais etc.), que a caracterizaria como crime de resultado (BITENCOURT; BREDA, 2010, p. 58).

Diversas são as críticas relacionadas a constitucionalidade do delito de gestão temerária de instituição financeira, pois afirmam os doutrinadores que o legislador deixou de traçar contornos necessários para delimitar a figura típica, ferindo o princípio da reserva legal, da tipicidade e da legalidade. O referido entendimento é defendido especialmente por Bitencourt, Delmanto e Rodrigues da Silva.

No entanto, apesar das severas críticas tecidas a respeito da delimitação do delito em tela, tal entendimento não tem sido encampado pela jurisprudência, pois “prevaleceu o pragmatismo em desfavor da segurança jurídica, interpretações ‘salvacionistas’ acabaram se impondo” (DELMANTO, 2014, p. 144).

Baltazar Júnior defende que não obstante contenha elemento normativo, a demandar maior esforço interpretativo, o tipo em questão é constitucional (2015, p. 638). Ademais, há autores que buscam conceituar a gestão temerária, aduzindo que se traduziria pela impetuosidade com que são conduzidos os negócios, pela abusiva conduta, feita sem a prudência ordinária, arriscando-se o agente além do permitido, com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade, normalmente, tem como improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigosas, aumentando o risco de que as atividades empresariais terminem por causar prejuízo. Sendo, em síntese, o comportamento afoito, arriscado, atrevido (MANTECCA, 1985, p. 41) (PIMENTEL, 1987, p. 81).

Outrossim, a gestão temerária é aquela de alto risco, capaz de gerar sérios prejuízos aos clientes. Tórtima descreve e exemplifica:

Por gestão temerária deve ser entendida a atuação potencialmente ruinosa dos gestores de instituição financeira, com a plena assunção dos riscos de tal maneira de agir (dolo eventual). Serviriam, em tese, como exemplos de gestão temerária, a prática reiterada das seguintes condutas: a realização de operações especulativas de desmedido risco, deixarem os responsáveis pela instituição financeira de alertar os investidores quanto aos riscos de suas respectivas carteiras de aplicação não conservadoras, a violação de normas regulamentares ou usuais para diversificação das aplicações de risco, autorização para operações de empréstimo ou financiamento sem as correspondentes garantias, oferecimento de juros notoriamente superiores aos praticados no mercado para obter recursos e cobrir posição devedora, a dispersão de recursos em despesas não operacionais, inclusive com a prática de atos de liberalidade à custa da companhia (2011, p. 37).

Ante o exposto, em que pese a doutrina divirja acerca da constitucionalidade do delito de gestão temerária, o entendimento jurisprudencial pátrio reconhece a constitucionalidade do delito e, ainda, verifica-se que há autores que buscam conceituar o delito sob comento, caracterizando-o, em suma, pela falta de prudência do gestor ao conduzir os negócios, arriscando-se em demasia.

4.2 Tipo objetivo: Adequação típica

A imprevidência do legislador brasileiro, na tarefa de tipificar o crime de gestão temerária, obriga comentadores e doutrinadores a fazerem malabarismo hermenêutico na tentativa de conceituarem ou definirem referida infração penal, dizendo mais quando querem menos, ou querendo mais quando dizem menos, mas pretendendo sempre – ainda que por vezes não consigam – precisar os limites entre crime doloso e crime culposo. Mas a culpa, certamente, não é dos que se esforçam nessa árdua tarefa, mas do legislador que tipifica crime doloso com elementar normativa – temerária – que representa a essência do crime culposo, na medida em que temerário, além de arriscado e perigoso, também significa imprudente, que, segundo nosso Código Penal, é uma das modalidades de culpa estrito senso (art. 18, II) (BITENCOURT, 2016, p. 271).

As críticas realizadas pela comunidade acadêmica ao delito de gestão temerária de instituição financeira são asseveradas em relação à gestão fraudulenta de instituição financeira, pois, além de se tratar de tipo penal extremamente aberto, possui uma elementar – temerária – que é característica dos crimes culposos, mas o delito em tela se trata de crime doloso.

A dificuldade em definir a natureza da gestão temerária como dolosa ou culposa, decorre do texto legal, pois, via de regra, “temerária” ressalta a ideia de condutas negligentes, imprudentes e imperitas do gestor, características pertencentes aos crimes culposos. Para Rodrigues da Silva, “o grande elemento subjetivo informador da gestão temerária, diferentemente da gestão fraudulenta, é a

culpa consciente e o dolo eventual” (1999, p. 48). Todavia, o autor preteriu o princípio a excepcionalidade do crime culposo e que, como afirma Pimentel, não foi prevista a modalidade culposa desta infração penal (1987, p. 52).

Alerta-se que pelo fato de o delito em comento possuir um tipo penal vago, impreciso e extremamente aberto, a jurisprudência está admitindo a incriminação de condutas não alcançadas pelo direito penal, elevando-se à categoria de fraude penal simples ilícitos de natureza civil, ofendendo a necessidade de tutela penal do bem, e violando a garantia constitucional *nullum crimen nulla poena sine lege* (BITENCOURT, 2016, P. 272). Em síntese, “o Poder Judiciário está criando tipos novos por meio da analogia, ferindo, flagrantemente, a *Lex Major* relativamente à divisão dos poderes e, especialmente, ao princípio da reserva legal” (SILVA, 1999, p. 46).

Bitencourt, após tecer severas críticas a tipicidade objetiva do crime de gestão temerária de instituição financeira, aponta uma solução para evitar a prática corriqueira de criação de tipos penais por analogia, o que seria para ele a “ditadura judicial”. Sugere a combinação de dois dispositivos legais, ambos em vigor, com a finalidade de evitar a responsabilidade penal objetiva, pois foi banida no direito penal da culpabilidade, do direito penal do fato, no Estado Democrático de Direito, sendo consagrada a responsabilidade penal subjetiva e individual (2016, p. 273).

Através da conjugação do artigo 4º da Lei nº 7.942 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>) com o inciso IX do artigo 3º da Lei nº 1.521 (BRASIL, 1951, <<http://planalto.com.br>>), é possível unir aspectos positivos de ambos os diplomas legais, em que pese parte da doutrina se oponha a esta possibilidade alegando que isso representaria a criação de uma terceira lei, transformando o juiz em legislador.

Todavia, por outro lado, há de se admitir que no âmbito penal não há lei estritamente completa, como é o caso da norma penal em branco, conseqüentemente, o juiz interferirá de modo a criar uma terceira lei, que na prática trata-se de mera interpretação integrativa, admissível na atividade judicial, favorável ao réu.

Compreende-se que permitir a combinação de dois diplomas legais, aplicando-se sempre o mais benéfico, acarretaria a tipificação da gestão temerária somente quando houver fundamentos para se decretar a falência da instituição financeira, insolvência ou pelo “não cumprimento de qualquer das cláusulas

contratuais com prejuízo dos interessados”, como preconiza o artigo 3º, inciso IX, da Lei de Economia Popular (BITENCOURT, 2016, p. 273).

Ultrapassadas as críticas a respeito da falta de tipicidade objetiva do delito inculcado no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>), necessário atentar-se a definição que parte da doutrina utiliza para delinear o tipo penal em tela.

Gerir significa o exercício continuado de uma atividade executada por quem detenha o poder de gestão, pressupõe o caráter de habitualidade, pois, para gerir, é necessário que a prática se perpetue durante um período, assim, não pode circunscrever-se em ou outro ato isoladamente praticado. Gerir temerariamente é caracterizado pela conduta realizada de forma abusiva, que ultrapassa os limites prudência, o agente arrisca-se extrapolando o limite do permitido, trata-se do comportamento afoito, arriscado (PIMENTEL, 1987, p. 51).

Para que o crime de gestão temerária se caracterize é necessário que se constate em período temporal razoável, a ocorrência de diversos atos arriscadamente temerários, em desacordo com a prática mercadológica, não bastando a ocorrência de apenas um ato caracterizado como temerário, visto que a ocorrência de apenas um ato de gestão temerária seria punível por outros crimes previstos na Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro. Em suma, “é necessário agir assumindo riscos não recomendáveis pela *práxis* financeiro-bancária, para que se possa valorar essa orientação comportamental como gestão temerária” (BITENCOURT, 2016, p. 274).

Gestão temerária é aquela excessivamente arriscada, o risco desmedido é aquele que extrapola aos limites da razoabilidade, constituindo uma verdadeira aventura com o patrimônio de terceiros. Salieta-se que um certo grau de risco é característico do mercado financeiro, desta forma, há que estabelecer a fronteira entre a coragem no mercado financeiro e a aventura com os recursos dos investidores.

De modo geral, esse risco permitido será ultrapassado quando violados os atos normativos oriundos do BACEN (Banco Central do Brasil) e do CMN (Conselho Monetário Nacional) que estabelecem princípios e limites ao empenho de pecúnia, por exemplo, a seletividade dos investimentos, a diversificação dos riscos, a multiplicidade de clientes e a obrigatoriedade de respeito as garantias e requisitos básicos nas operações de crédito pré-aprovado e nos financiamentos (BALTAZAR

JÚNIOR, 2015, p. 637). O elemento normativo do crime de gestão temerária de instituição financeira deve ser aferido no caso concreto, Baltazar Júnior exemplifica:

a) por atos de impetuosidade na condução dos negócios; b) na aplicação de recursos em campanhas políticas, com desvio de finalidades societárias; c) no caso de empréstimos continuados a maus pagadores ou a empresas claramente deficitárias; d) no oferecimento de juros notoriamente superiores aos praticados no mercado para obter recursos e cobrir posição devedora; e) a dispersão de recursos em despesas não operacionais, inclusive com a prática de atos de liberalidade à custa da companhia; f) quando forem descumpridas normas oriundas dos órgãos reguladores do sistema financeira ou mesmo normas internas da instituição na tomada de garantias; g) quando a forma de condução do negócio contrariar as boas práticas, o costume comercial ou a boa técnica (2015, p. 637-638).

O crime de gestão temerária é crime de caráter habitual, bem como o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, o que significa ser necessária a prática reiterada de atos considerados temerários.

A execução da conduta, que poderá inclusive ser conduta omissiva relevante, é um complexo de atos, tornando difícil a decomposição de um *iter criminis* em que fique claro o momento em que se iniciou a execução e, mais, que motivos independentes da vontade do agente impediram a consumação (PIMENTEL, 1987, p. 53).

Em termos semelhantes, Tórtima afirma que “a caracterização dos crimes em análise está a exigir a reiteração, pelo agente, dos atos fraudulentos ou temerários” (2011, p. 31). Assim, verifica-se que mesmo classificado por alguns autores como crime habitual impróprio, o delito de gestão temerária de instituição financeira exige a prática reiterada de atos delitivos para que possa averiguar a sua consumação, pois a prática de ato temerário esporádico ou isolado, acarretaria o cometimento de delito diverso do sob análise.

Salienta-se que a prática de atos arriscados está intrínseca a atuação dos gestores de instituição financeira, os quais trabalham com a confiança e a boa-fé, com apostas financeiras e com a especulação de mercado. O risco sempre existe e por isso que o crime de gestão temerária não pode se caracterizar com mera ocorrência de atos de gerência e ou administração isolados ou esporádicos, mas sim pela utilização contínua, rotineira e habitual de decisões arriscadas, inseguras e que efetivamente sejam perigosas ou ruinosas, além de demonstrarem grande probabilidade de resultarem inexituosas, com potencial, inclusive, para levar a instituição financeira à ruína (BITENCOURT, 2016, p. 275).

Ademais, a análise da gestão da instituição financeira não pode ser avaliada no plano puramente jurídico, devendo ser avaliada, principalmente, através de exame técnico de especialistas dessas atividades (operadores do mercado financeiro, executivos de grandes instituições financeiras etc.). Devendo, assim, ser nomeados, pelo juiz, especialistas para elaborarem um laudo pericial, com o escopo de fornecer uma prova técnica para formar a sua convicção (BITENCOURT; BREDA, 2010, p. 65).

Ao apreciar a prática do delito de gestão temerária não se pode realizar um exame fragmentado e individualizado de cada operação de crédito formalizado por uma instituição financeira, de forma que acabe se desprezando por completo a dimensão de todas as operações de crédito celebradas e da própria administração como um todo. Ao explanar este ponto de vista, tem-se a lição de Bitencourt e Breda:

Em outros termos, o crime de gestão temerária não pode ser apreciado de forma pontual em relação a cada ato de gestão ou a cada operação financeira celebrada, mas deve resultar de um exame global de administração, numa cadeia sequencial e abrangente de toda atividade gestora que, tendo início, meio e fim, faça persistir, em seu todo, a temeridade da gestão (2010, p. 65).

Além disso, Baltazar Júnior apresenta em sua obra uma série de hipóteses que seriam referentes às condutas que a jurisprudência entende ser configuradora ou não do crime de gestão temerária de instituição financeira.

Por exemplo, entendeu-se que configuraria o delito em tela, autorizar empréstimo a empresa sabidamente inadimplente; quando o gestor aplica dinheiro de cliente que lhe é dado para ser depositado em caderneta de poupança em conta corrente livre, mesmo que seja com o propósito de salvar a instituição; empregar dinheiro reiteradamente de forma diversa às normas internas da instituição financeira; conceder empréstimos de capital de giro de forma temerária e sem garantias suficientes, contrariando as regras da boa gestão bancária; atuar de forma distanciada das normas e procedimentos exigidos pela instituição financeira, de forma que coloque em risco a continuidade dos negócios, conduta incompatível com a condição de gestor; na conduta de aprovar e conceder créditos sem o devido respeito as normas administrativas do Banco Central e sem os devidos cuidados de controle e recuperação das quantias mutuadas, eventualmente inadimplidas. Por

outro lado, não estaria configurado o crime na hipótese de simples má condução dos negócios da instituição financeira ou a inoperância ou incompetência de seus administradores, e, também, na hipótese de quando a administração por um longo período de tempo e em diversos números de operações, obteve lucros e crescimentos significativos, tanto para instituição quanto para os investidores, tendo prejuízo apenas em um número insignificante de operações, que causariam prejuízo mínimo, em um curto espaço de tempo, suportado pela própria instituição (2015, p. 639-640).

Por fim, destaca-se que a análise pormenorizada das elementares “gestão” e “instituição financeira” foi realizada no capítulo anterior, de forma que, a fim de evitar tautologia, remete-se o leitor ao tópico 3.5.

4.3 Tipo subjetivo: adequação típica

Na atuação temerária, por ser crime que não prevê a modalidade culposa, exige-se o dolo, caracterizado pela consciência e vontade de gerir audaciosamente e sem prudência a instituição financeira, pondo-a em risco ao realizar transações deveras arriscadas (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 640).

A divergir do disposto acima, Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda, defendem que a conduta definida como temerária em regra não possui a vontade consciente do sujeito de colocar em risco ou causar prejuízo à instituição financeira ou aos seus investidores. Os casos concretos têm demonstrado que os administradores ou controladores das instituições financeiras não visam agir de forma temerária, mas visam obter um ganho maior, maior rentabilidade e, como o risco é algo característico a atividade de gestor de instituição financeira, acabam ultrapassando, por vezes, os limites do tolerável. Outra possibilidade é a tentativa de recuperação de parte do patrimônio que foi investido, sendo que essas operações podem demandar maior risco e/ou ousadia do gestor, sem que isso possa representar vontade consciente do sujeito de expor a instituição a risco desnecessário (2010, p. 66-67).

Verifica-se, então, que se trata de “dolo recorrente de uma conduta temerária”, devendo ser admitido tão somente o dolo eventual da conduta (BITENCOURT; BREDA, 2010, p. 67). A jurisprudência majoritária concorda com este posicionamento, conforme se observa no julgado do STJ: “para que se verifique

o elemento volitivo do tipo - o dolo eventual próprio da gestão temerária - é necessária a demonstração de que os acusados anteviram e aceitaram o risco lesivo” (BRASIL, 2010, <<http://stf.jus.br>>).

O dolo eventual caracteriza-se quando o agente não quer diretamente o resultado, mas admite a sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo. É a vontade do sujeito a um resultado determinado, mas assumindo a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, que, embora não seja desejado pelo agente, é admitido por ele (NUCCI, 2014, p. 192).

Neste sentido, aponta a doutrina especializada:

[...] que a conduta deve ser informada pela intencionalidade manifesta do agente de colocar a integridade econômico-financeira da instituição sob grave e iminente risco [...]. O sujeito ativo, assim, deve agir com dolo, antecipando mentalmente e querendo a situação de alto risco, extraordinário risco para a saúde da instituição e do sistema financeiro (REALE JUNIOR, 1997, p. 24-25).

Quanto à gestão temerária, cuida-se, como já referido linhas atrás, do dolo eventual, consistente em assumir o agente o risco do resultado danoso ou perigoso. Ao contrário do que pode sugerir a expressão temerária, a mera imprudência do agente não chega a configurar o ilícito penal em tela, por ser inadmissível a punição penal de conduta apenas culposa, salvo quando a lei expressamente o permite (art., parágrafo único, do Código Penal) (TÓRTIMA, 2002, p. 39-40).

Desta forma, está demonstrando que tanto a doutrina como a jurisprudência, de forma majoritária, entendem que o dolo contido no delito previsto no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>), trata-se do dolo eventual. Em que pese a elementar temerária assemelhe-se com os crimes culposos, por estar ligado a ideia de imprudência, no crime em comento é necessário que seja verificado o dolo eventual, ou seja, que o sujeito ativo do delito anteveja os riscos inerentes aos atos de gestão potencialmente temerários e assuma o risco de sua execução.

4.4 Consumação e tentativa

A lei vigente não exige a ocorrência de prejuízo, desta forma, a gestão temerária irá se consumir com a prática reiterada de operações ou atividades com ausência de prudência, arriscadas, que coloquem em risco a instituição financeira.

Cuida-se de crime formal ou de mera conduta, não sendo necessário a ocorrência de resultado para que o crime se configure, mas se faz necessário a demonstração de que o bem jurídico protegido correu perigo. Salienta-se que mesmo se a gestão temerária for bem sucedida ocorrerá a consumação criminosa, pelo fato de assumir o risco e colocar em perigo o patrimônio da própria instituição e/ou de investidores (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 642) (BITENCOURT; BREDA, 2010, p. 74).

Ademais, conforme foi demonstrado ao longo do capítulo, é necessário para a consumação a prática reiterada de ações ou operações consideradas potencialmente perigosas para o exercício da gestão da instituição, adotando o gestor procedimentos diversos dos estabelecidos pelo BACEN, CMN e pela própria instituição, ou seja, atos não recomendáveis no mercado financeiro-bancário (BITENCOURT; BREDA, 2010, p. 74).

Quanto a tentativa, embora não seja vetada, apresenta-se extremamente complexa a sua admissibilidade, decorrente do crime ser habitual (impróprio), cujos atos praticados isoladamente não configuraram a tentativa, mas sim um indiferente penal ou outro delito que não o de gestão temerária de instituição financeira (BITENCOURT; BREDA, 2010, p. 74).

4.5 Classificação doutrinária

Conforme visto no decorrer deste capítulo, conclui-se que se trata de crime próprio; formal (consuma-se com a simples prática de atos temerários na gestão de instituição financeira, não sendo necessário resultado lesivo); de perigo concreto (deve, efetivamente, colocar em perigo o bem jurídico protegido); de forma livre (o legislador não previu nenhuma forma ou modo para execução dessa infração penal); comissivo (o comportamento descrito no tipo implica a realização de uma conduta ativa); ação penal pública e incondicionada; sanções cominadas, cumulativamente, são a reclusão de dois a oito anos e a pena de multa; compete à Justiça Federal conhecer e julgar o crime previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492 (BRASIL, 1986, <<http://planalto.com.br>>) (BITENCOURT; BREDA, 2010, p. 74-75).

4.6 Distinção entre gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira

Concluída a análise dos delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira, previstos no artigo 4º, da Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro, faz-se necessário estampar as diferenças entre os dois delitos, para que fique demonstrado, estreme de dúvidas, que, embora os delitos possuam algumas semelhanças, tratam-se de institutos diferentes, com tipos penais diferentes. Assim, será demonstrado as diferenças entre os delitos sob comento através de quadro comparativo.

Figura 1 – diferenças entre os delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira.

Gestão fraudulenta de instituição financeira (Art. 4º, <i>caput</i> , da Lei nº 7.492/86)	Gestão temerária de instituição financeira (Art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86)
<p>Caracteriza-se pela busca de vantagem indevida em prejuízo alheio, através da fraude, exemplificada pela mentira, utilização de artifícios etc.</p> <p>Fere a fé pública do Sistema Financeiro Nacional, compromete a confiança/credibilidade das relações da instituição financeira com os órgãos de controle e com os próprios investidores.</p> <p>Dolo direto.</p> <p>Pena cominada: Reclusão, 03 a 12 anos, e multa.</p> <p>Exemplo: falsificar documentos para justificar transações financeiras ilícitas.</p>	<p>Caracteriza-se pelo descumprimento de normas de cautela, a temeridade tem ligação com a tomada de riscos desnecessários, sem prudência. Ultrapassa os limites legais, pois, embora haja risco inerente à condição de gestor, há um limite que deve ser respeitado. Salienta-se que não implica desvios éticos do gestor, apenas violação da legalidade, do dever objetivo de cautela.</p> <p>Compromete a saúde do Sistema Financeiro Nacional, tendo em vista que é capaz de produzir um efeito dominó entre diversas instituições financeiras.</p> <p>Dolo eventual.</p> <p>Pena cominada: Reclusão, 02 a 08 anos, e multa.</p> <p>Exemplo: Conceder empréstimo a empresa reconhecidamente inadimplente.</p>

Fonte: do autor.

5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao decorrer deste trabalho, verifica-se que a tutela penal ao Sistema Financeiro Nacional se dá em virtude da sua relevância para a sociedade, pois o acesso a um sistema financeiro equilibrado configura direito fundamental. O Sistema Financeiro Nacional além de merecer a tutela penal, também necessita dela, pois os outros ramos do direito não foram suficientemente eficazes na proteção do bem jurídico, salienta-se que merecimento e necessidade não podem ser confundidos, haja vista ser indispensável a presença deste binômio para que seja possível a tutela penal do bem jurídico.

Ademais, não obstante a precária técnica legislativa, a Lei nº 7.492/86 foi proposta e aprovada com o objetivo de assegurar o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, resguardando a higidez do sistema e os interesses da coletividade. Todavia, embora o objetivo seja nobre, a precariedade da Lei nº 7.492/86, em especial da tipificação dos delitos inculpidos no seu artigo 4º, é alarmante, a Lei se encontra em vigor há mais de trinta anos e frequentemente é alvo de severas críticas por parte da doutrina especializada.

Em relação aos delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira, observa-se que possuem como antecedente comum a Lei de Economia Popular, a qual não distinguia as duas modalidades de conduta punível, mas, no entanto, delimitava as condutas consideradas delituosas.

Através desses delitos se busca proteger mais de um bem jurídico, em especial o próprio Sistema Financeiro, as instituições financeiras, o mercado financeiro e o patrimônio público e privado da coletividade.

Os delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira não diferem quanto ao bem jurídico protegido, sujeito ativo e passivo, e outros aspectos gerais. Sua maior diferença está na caracterização da ação delituosa, enquanto a gestão fraudulenta está caracterizada pelo ardil, fraude, a gestão temerária está caracterizada pelo descumprimento de norma de cautela, tomada de riscos desnecessários.

Outra ligação entre os delitos reside na discussão acerca da sua constitucionalidade, sendo pauta constantes dos experts, pois a redação de ambos os delitos são vagas e imprecisas, afrontando os princípios da taxatividade, legalidade estrita, reserva legal e segurança jurídica. Considerando que não há como saber previamente quais condutas serão consideradas delituosas, o que permite uma discricionariedade imensa por parte do julgador, que deve ser evitada.

Conforme demonstrado por parte da doutrina, não há necessidade de que o tipo penal seja tão aberto e indefinido, sendo que bastaria para a efetiva punição que o texto legal de ambos os delitos contivesse expressões como, por exemplo, gerir fraudulenta ou temerariamente instituição financeira levando-a à falência ou à insolvência. Assim evitar-se-ia a ocorrência da extensiva interpretação judicial que, por vezes, pode acabar se tornando verdadeira ditadura judicial, retirando toda e qualquer segurança jurídica do sujeito ativo do delito.

Assim, tendo em vista a problemática apresentada, se é necessário, para que haja a efetiva proteção do Sistema Financeiro Nacional, os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira serem tratados como crimes de mera conduta, conclui-se que não é necessário para a proteção do bem jurídico que o crime seja de mera conduta e de perigo concreto, pois não garante a maior efetividade da proteção ao bem jurídico, bem como delitos com a redação tão vaga e imprecisa não podem ser crimes de mera conduta, sob pena de ofender a ampla defesa e a segurança jurídica, e que desprezar o resultado da conduta sem se averiguar e sem entendê-lo como essencial para a atipicidade do delito, inclusive para o dolo, também é uma circunstância que ofende os princípios da legalidade, segurança jurídica, entre outros.

Desta forma, conclui-se que é suficiente para a proteção do Sistema Financeiro Nacional que a lei delimite qual conduta incorrerá na prática delitiva e considere a essencial a existência de resultado danoso para que seja consumado o crime, garantindo que seja mantido os princípios basilares do Direito Penal e que ocorra a efetiva proteção do Sistema Financeiro Nacional.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1979.

BRASIL. Banco Central. **Relatório de Cidadania Financeira**. 2018. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 de dezembro 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 de dezembro de 1951. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1964. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2019

_____. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de junho de 1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2019

_____. Supremo Tribunal Federa. **Habeas Corpus**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de maio de 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 14 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. _____. **Recurso especial**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 24 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 set. 2019.

_____. _____. **Recurso especial**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 10 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 set. 2019.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **Crériterios políticos criminais da intervenção penal no âmbito econômico-financeiro: uma lógica equivocada**. In FRANCO, A. S.; LIRA, R. (Coord). *Direito Penal Econômico: questões atuais*. São Paulo: RT, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BREDÁ, Juliana. **Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DELMANTO, Roberto. Et al. **Leis Penais Especiais Comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FELDENS, Luciano. **A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 170-200, set/out. 2010.

_____. **Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo**. In VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. (Coord). *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **O Sistema Financeiro Nacional na República Federativa do Brasil e a Atualização Monetária**. REVISTA DA AGU, volume 7,

número 18, ano 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.7.n.18.2008.313>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADRE, Manoel da Costa. **Problemática Geral das Infrações contra a Economia Nacional**. In *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro. Produtos e serviços**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Anotações à Lei Federal n. 7.492/86**. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996.

MANTECCA, Paschoal. **Crimes contra a economia popular e sua repressão**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZLOUM, Ali. **Crimes do Colarinho Branco: Objeto Jurídico, provas ilícitas**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de (coord.). **Direito e processo penal na justiça federal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2011.

PAULA, Áureo Natal de. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e o mercado de capitais**, 7. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

PAULSEN, Leandro. **Crimes Federais**, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**, ed. 2016. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102269081/v7>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86**. São Paulo: RT, 1987.

REALE JUNIOR, Miguel. **Problemas penais concretos**. São Paulo: Malheiros, 1997.

RUIVO, Marcelo Almeida. **Criminalidade Financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Antonio Carlos Rodrigues da. **Crimes do Colarinho Branco**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

STOCO, Rui. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Rio de Janeiro: Lúmen, 2002.

_____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2011.

TRAUCZYNSKI, Nicole. **Gestão fraudulenta e concurso de normas na lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-20012015-153607. Acesso em: 08 mai. 2019.