

FEMPAR – FUNDAÇÃO ESCOLA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ

FERNANDO BUZZÁ MACHADO

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E OS CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA E
GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

**CURITIBA
2010**

FERNANDO BUZZÁ MACHADO

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E OS CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA E
GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Ministério Público – Estado Democrático de Direito, na área de concentração em Direito Penal, Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL.

Orientador: Prof. Dr. Fábio André Guaragni.

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO BUZZÁ MACHADO

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E OS CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista no curso de Pós-Graduação em Ministério Público – Estado de Democrático de Direito, Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, examinada pelo Professor Orientador Dr. Fábio André Guaragni.

Prof. Dr. Fábio André Guaragni
Orientador

Curitiba, 16 de junho de 2010

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de investigação a compatibilidade dos tipos penais de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira com o princípio da legalidade. Dentro do Estado Democrático de Direito, o princípio da reserva legal assume papel proeminente, visto ser o principal instrumento de contenção do poder punitivo do Estado, o qual apenas poderá deitar sanções criminais sobre os sujeitos, se para tanto lançar mão de leis prévias e claras. A exigência de clareza na redação de normas legais incriminadoras, aliás, faz-se viva em um dos desdobramentos do princípio da reserva legal, o chamado princípio da taxatividade legal, que alguns autores dão por violado pelo art. 4º, da Lei 7.492/86. De fato, inegável certa vacuidade nos tipos legais de crime em questão, que não explicitam precisamente as definições de gestão fraudulenta e de gestão temerária. Todavia, sua pronta declaração de inconstitucionalidade é medida drástica que não se aconselha, na medida em que, apesar da vacuidade, é plenamente possível uma interpretação judicial objetiva, precisa e segura, da qual se possa extrair com clareza os exatos contornos das proibições postas no *caput* e no parágrafo único do art. 4º, da Lei nº 7.492/86. Há, portanto, plausibilidade na aplicação do *princípio da máxima taxatividade interpretativa*, o que conduz à permanência dos referidos tipos penais no sistema jurídico vigente.

Palavras-chave: princípio da legalidade; gestão fraudulenta; gestão temerária; instituição financeira; princípio da taxatividade; declaração de inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	6
2 – PARTE PRIMEIRA: PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	8
2.1- PRINCÍPIO DOS DIREITOS E DIREITO DOS PRINCÍPIOS.....	8
2.2 – A INCUMBÊNCIA CONSTITUTIVA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	16
2.3 – A BREVE HISTÓRIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	17
2.4 – PRINCÍPIOS DECORRENTES.....	19
2.4.1 – Princípio da Anterioridade Penal.....	19
2.4.2 – Princípio da Exigibilidade de Lei Escrita.....	21
2.4.3 – Princípio da Proibição da Analogia.....	23
2.4.4 – Princípio da Taxatividade Legal.....	24
3 – PARTE SEGUNDA: GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	26
3.1- SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.....	26
3.2 - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	27
3.3 - OS TIPOS PENAIS DE GESTÃO FRAUDULENTA E DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTIUIÇÃO FINANCEIRA.....	30
3.3.1 – Definições.....	30
3.3.2 - Sujeitos do Crime.....	35
3.3.3 – Consumação.....	36
3.3.4 - Elemento Subjetivo.....	37
3.3.5 - Momento Consumativo	39
4 – PARTE TERCEIRA: O EMBATE - O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E OS CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	41
5 – CONCLUSÃO.....	54
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

1- INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais de índole penal assumem relevante papel dentro do chamado Estado Democrático de Direito, o qual é pautado pelo respeito a uma ordem jurídica voltada à salvaguarda das liberdades civis e direitos fundamentais. E salvaguardar direitos e liberdades fundamentais na esfera penal, por sua vez, significa garantir o sujeito frente ao poder de punir do Estado.

Dentre os princípios constitucionais penais, o que mais se destaca na realização desse papel garantidor é o princípio da legalidade, alçado ao posto de mais importante instrumento de proteção individual no Estado Democrático de Direito. Por tal mandado de otimização, só haverá crime e subsequente aplicação de pena, se houver prévia lei que precisamente o preveja. Descumprido tal mandamento, portanto, ter-se-ia fatos pretéritos alcançados por leis incriminadoras, criminalizações analógicas e de fontes consuetudinárias e ainda tipos vagos e elásticos. Em outras palavras: ter-se-ia um arrebatador açoite dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, que de sujeitos de direito passariam a objetos de um ilimitado poder de punir estatal. Daí a importância do princípio da legalidade, que deve ser respeitado na elaboração de todo e qualquer tipo penal.

Todavia, não raro a observância do princípio da legalidade na criminalização de condutas é doutrinária e jurisprudencialmente questionada. É o caso dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira, previstos, respectivamente, no *caput* do art. 4º e no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 7.492/86. Sustenta parte da doutrina que ao estipular tais condutas delituosas, o legislador o fez de maneira excessivamente vaga e imprecisa, dificultando, senão impedindo, a apreensão de quais condutas estariam de fato sob o manto da tipicidade. Isto é, por não ser taxativo em sua descrição típica, o art. 4º da Lei 7.492/86 desafiaria o tão caro princípio da legalidade, razão pela qual seria inconstitucional.

É, por conseguinte, pelos mares do questionamento da constitucionalidade do aludido dispositivo normativo que a presente pesquisa busca navegar, mapeando os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais para, sob os olhares dos ensinamentos teóricos acerca do princípio da legalidade, construir conclusões com contornos minimamente originais.

Tal pesquisa, vale dizer, encontra sua justificativa na própria vocação do curso que com este trabalho chega ao fim. O curso de pós-graduação da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná tem por tema *Ministério Público: Regime Democrático de Direito*. Seu projeto pedagógico é a formação integral do jurista apto ao desempenho das funções como membro do Ministério Público. Para isso, e daí o título do curso de pós-graduação, todo o trans-disciplinar ensino crítico da dogmática jurídica é voltado à transmissão do discurso de que o jurista integralmente apto é aquele capaz de operacionalizar a ordem jurídica institucional segundo as premissas do Estado Democrático de Direito, quais sejam a realização e a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Um trabalho de conclusão de um curso de pós-graduação voltado à valorização do Estado Democrático de Direito não pode, por óbvio, afastar-se desse *télos*, devendo estruturar-se e orientar-se ao desenvolvimento de uma temática correlata à principal tarefa do jurista integral: a efetivação do regime Democrático de Direito.

Por esse motivo, justifica-se o presente trabalho, cujo macro escopo é a contribuição para a manutenção da higidez do Regime Democrático de Direito.

2 – PARTE PRIMEIRA: PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

2.1- PRINCÍPIO DOS DIREITOS E DIREITO DOS PRINCÍPIOS

O princípio da legalidade é a *pedra de toque* do sistema punitivo do Estado Democrático de Direito. Essa frase não é rara, mas repetida e vibrante onde quer que se estude ou pense Direito Penal. Talvez por ser uma das assertivas em que a correção e a veracidade reluzam com maior intensidade na ciência penal.

E por quê? Estado de Direito é a organização política construída e gerenciada por nada senão o ordenamento jurídico posto. Um conjunto institucional de normas se propõe a dizer o que pode e o que não pode, como se faz e como não se faz, o que é tolerado e o que é proibido. E Estado Democrático de Direito? Justamente o regido por um direito positivo lapidado pela voz não de um, mas de todos, que gritam por uma ordem abstrata de normas que dê concretude, na vida real, aos seus valores mais caros. Entre eles, a dignidade da pessoa humana, tolo axiológico que abriga os demais.

Democracia do império da lei – em outras palavras o que significa o Estado Democrático de Direito. E lei, aqui se pretende, a tradução lingüística dos debatidos anseios populares, guardadas, obviamente, as críticas ao caráter fictício da vocação representativa dos enunciados legais.

O Estado Democrático de Direito, se de longa vida pretende gozar, precisa de guarnecimento. E de arsenal pesado, pois espíritos arbitrários ávidos para golpeá-lo não faltam. Eis então o princípio da legalidade como um dos fiéis membros de sua infantaria blindada, encarregado pelo legislador constituinte de vociferar que, em matéria de criminalização primária, quem diz se sim ou se não é a lei. E mais ninguém.

O princípio da legalidade, também alcunhado de princípio da reserva legal, garante o império da lei no exercício da rotulação de condutas como delituosas, orientado pelo macro-intuito de dar efetividade máxima ao postulado da promoção da dignidade da pessoa humana.

Status de garantia tem tal princípio. Garantia nossa, jurisdicionados, contra eles, Estado e seu poder de punir. Experimente um caminho no bosque sem a escolta do princípio da legalidade. Como de costume, você, domingo de sol auspicioso, faz a tradicional parada estratégica na sexagenária banca de revista de

um velho conhecido, antes da caminhada por entre as árvores do bosque vizinho. Passa olhos desapressados pelos periódicos matinais e confere alguma publicação nova. Sem mais delongas, vai no de sempre: exemplar semanal de uma revista estadunidense sobre a mecânica dos antigos Ford T, de 1929. Negócio fechado, surpresa:

- Senhor, me acompanhe, por gentileza.

Desentendido, você indaga ao policial que o aborda na saída da banca de revistas.

- Desculpe, mas pareço não entender o que se passa.

- O senhor está preso em flagrante pelo cometimento de dois crimes. Primeiro, crime de aquisição de mercadoria ou produto manufaturado com espécies vegetais oriundos da parte noroeste do pantanal. As páginas dessa revista, que o senhor acaba de comprar, são precisamente feitas nessas condições. O segundo crime é o de aviltamento da cultura automobilística nacional, uma vez que essa revista foi deliberadamente concebida para enaltecer carros americanos, depreciando a reputação dos veículos nacionais perante a opinião pública.

Atônito, você balbucia:

- Desde quando há esses crimes?

- Desde agora. O secretário estadual de Segurança Pública, que se encontra naquele carro logo ali, acaba de assinar o documento que cria esses crimes aqui nesse estado. Ele o fez ao vê-lo comprando essa revista. O senhor está preso!

- Posso devolver a revista?

- Pode, mas seria inútil. São crimes de consumação instantânea. Ao camburão, por gentileza.

Parece, mas não é de todo esdrúxula a situação hipotética. Esdrúxula talvez para nós, espíritos acostumados ao acalento garantido pelo princípio da reserva legal. O caso narrado em tom caricato muito palpável seria se não houvesse o mandamento constitucional de que apenas a lei em sentido estrito, de forma clara e prévia, pode criar crimes. Sem ele, a torto e a direito cresceria mais rápido a lista de crimes do que o cipreste à beira do canteiro. E o medo de ser vítima de crimes daria lugar ao temor de que uma avalanche criminalizante o apanhasse sorrateiramente pelas costas, alçando-o, no virar dos minutos, a perseguido pela justiça criminal. Terra da surpresa, da insegurança, do pavor de um gigantesco terrorista

institucional, o Estado, sedento por um desmedido etiquetamento das condutas humanas.

O princípio da legalidade nos permite caminhar no bosque tranqüilos, temerosos talvez somente da eventual violência urbana que inexoravelmente assola metrópoles contemporâneas. Mas de algo certamente restaremos despreocupados: o adjetivo de criminoso não brotará de supetão no meio da vegetação do bosque. E isso porque o princípio da legalidade, na tônica do Estado Democrático de Direito, está a nos proteger, enjaulando o poder punitivo estatal em estreitas grades, que o forcem, para coibir comportamentos lesivos ao grupo social, a recorrer a um único mecanismo: a confecção de leis anteriores e claras.

Mandamento de índole constitucional, o princípio da reserva legal, porém, não caminha sozinho na batalha pela salvaguarda da dignidade da pessoa humana. Mas o faz acompanhado de outros princípios, tais como o princípio da culpabilidade, o princípio da lesividade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade, o princípio da responsabilidade penal pessoal. Todos eles, cada qual funcionando e agindo segundo suas peculiaridades, voltam-se a refrear o ímpeto punitivo do Estado, denotando que o combate à criminalidade tem tanto quanto (ou até menos) valor do que a realização das garantias individuais inerentes ao ser humano. Juntos eles dão corpo a um aparato institucional que permite a todos o exercício de seus direitos – liberdade de locomoção, por exemplo – mediante a certeza de que possível restrição por questões de política criminal apenas se dará se obedecidas severas formalidades. Graças a eles, para que haja severas penas, severas exigências a autoridade tipificadora deve cumprir.

Em última análise, os referidos princípios penais de garantia dão vazão à idéia-mestra que orienta a construção, a reforma e a operacionalização do Direito Penal perante o Paradigma Penal Clássico: a intervenção penal mínima.

A doutrina jurídico-penal costuma denominar paradigma penal clássico (ou paradigma penal atual) o modelo de Direito Penal consubstanciado nas sociedades democráticas industriais do final do século XX.

Cunhado sob forte influência do movimento do Iluminismo Penal, tal paradigma reflete o individualismo liberal característico do pensamento ocidental moderno propagado após o século XVII e que teve seu ponto ótimo de concretização política nas Revoluções Burguesas do século XVIII, especialmente a Francesa.

De natureza secular, o Direito Penal moldado perante o paradigma atual destina-se somente à proteção dos valores mais dignos e significantes da sociedade, nunca se prestando à defesa de uma ordem puramente moral. Revela-se então uma rigorosa e marcante dissociação entre Direito e Moral ou Direito e Religião.

A mínima intervenção do ordenamento jurídico-penal, orientada pela estrita necessidade de tutela, é também um dos sustentáculos do dito direito penal clássico, que não é primeira, mas a *ultima ratio* na salvaguarda de bens jurídicos. E é justamente da diretriz político-criminal da mínima intervenção penal que decorrem as duas principais características de funcionamento (ou critérios de incidência) do ordenamento penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

O Direito Penal funciona mediante a previsão e incidência das mais gravosas sanções jurídicas. Naturalmente não pode ele pretender cuidar de todos os interesses individuais e coletivos, devendo-se reservar apenas para a tutela dos mais importantes e que careçam de tão incisiva intervenção. A coerção penal é uma ingerência contundente no espaço da liberdade das pessoas, de tal modo que ela só deve ocorrer se a envergadura do bem jurídico seja tal que demande esse exercício punitivo. O legislador, portanto, deve ser seletivo, direcionando o aparato repressivo do Estado apenas para certos bens jurídicos.

Essa incidência parcial configura o chamado *caráter fragmentário* do Direito Penal, que significa exatamente a não uniformidade com que esse setor do Direito se realiza na realidade concreta. *Fragmentariedade* aqui é, por conseguinte, sinônimo de seletividade, significando que certos bens jurídicos são pinçados dentre vários outros, passando a gozar da proteção penal. Essa seleção, como não poderia deixar de ser, obedece a certo método e a certo critério. O método é o do *cálculo vantagem-desvantagem*: o legislador só faz incidir os males da pena quando sua conseqüência concreta não seja mais danosa do que a própria conduta criminalizada. Ou seja, condutas pouco lesivas, que trazem ofensas insignificantes a bens jurídicos de relevância secundária não exigem a imposição da pena criminal, pois não é razoável a imposição das privações inerentes a essa típica sanção. Se mínimo o *desvalor* do comportamento, o Direito Penal deve se abster, em nome do princípio da proporcionalidade. Já o critério de seleção dos bens jurídicos é o *critério constitucional*. Num Estado Democrático de Direito, é a Constituição que oferece os parâmetros e diretrizes para se determinar o que é fundamental e, portanto,

merecedor de robusta proteção jurídica. A Carta Magna, espaço de positivação dos anseios do grupo social, encarna os valores essenciais da sociedade, sendo a fonte primordial e inescusável da escolha dos interesses que estarão sob a batuta do Direito Penal. A seletividade a que se refere é impulsionada por uma *principiologia* axiológica de índole constitucional.

Essa *fragmentariedade* do Direito Penal é, vale dizer, uma das características do dito paradigma penal clássico. Ao lado da *fragmentariedade*, o paradigma penal das sociedades industriais do final do século XX é marcado pela denominada *subsidiariedade* do Direito Penal.

Certa parte da doutrina menciona a existência de um chamado Direito Penal Subjetivo, que seria o poder estatal de descrever infrações e atribuir as respectivas sanções. É o *jus puniendi*, o direito de castigar pelo qual o Estado desencadeia a repressão penal, buscando a conformação do indivíduo ao Direito mediante a ameaça da execução de uma pena criminal. O estudo desse denominado Direito Penal Subjetivo enseja, a seu turno, a correlata reflexão a respeito dos limites do exercício do poder punitivo do Estado, reflexão essa que é conduzida por perguntas que passam pelo *quando*, *se* e *como* da incidência penal.

Para precisar o aludido limite da intervenção do ordenamento jurídico-penal, alguns autores falam no caráter secundário do Direito Penal, pretendendo dizer que o sistema penal não é a primeira das alternativas de pacificação social a que se deve recorrer, mas, pelo contrário, é o último dos instrumentos, o qual deve atuar somente em situações extremadas. Daí a *secundariedade*. Porém, como bem alerta Enrique Gimbernat Ordeig¹, o termo secundário é impróprio e inadequado para designar essa característica do Direito Penal, vez que denota irrelevância, insignificância. E, certamente, irrelevante é algo que o Direito Penal não é. Assim sendo, ao invés de chamá-lo de secundário, **devemos** classificá-lo como um ramo *subsidiário* ou de *última instância*.

O Direito Penal, como já ressaltamos, trabalha com as mais gravosas conseqüências jurídicas de todo o ordenamento positivado. Descumprido o preceito normativo, ao infrator não se impõe coercitivamente a execução forçada do comando desobedecido, mas sim a privação de um valioso bem jurídico, submetendo-o a um

¹ ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

sofrimento de equivalente monta ao provocado pelo cometimento do crime. Dessa forma o Direito Penal, por fornecer respostas drásticas a ilícitos, não pode ser pensado como o primeiro dos mecanismos de controle social, mas sim como o último, vez que tamanha intervenção na esfera individual das pessoas apenas se justifica se o bem jurídico em questão for de grande importância e se outros meios jurídicos menos incisivos não lograram protegê-lo a contento.

Tomemos como exemplo, a título ilustrativo, a cura de um doente: constatada a existência de uma leve enfermidade, plenamente curável mediante a administração temporária de suaves medicamentos, ilógico seria a realização imediata de uma delicada intervenção cirúrgica. E isso porque o mesmo resultado – a total cura do paciente – poderia ser tranquilamente alcançado por um tratamento médico mais simples e menos penoso. Analogamente, se dois funcionários de uma empresa entram em conflito no ambiente de trabalho, deve-se tentar primeiramente a conciliação e a solução pacífica do impasse. Somente se essa resultar insuficiente para o restabelecimento da harmonia, deve-se recorrer à demissão dos funcionários envolvidos no atrito. Ou seja, a severidade que marca o rompimento do vínculo empregatício aconselha que dele se valha somente quando outras alternativas não tão agressivas tenham falhado na missão de estabelecer a paz no cotidiano do exercício da empresa. Nos exemplos citados, portanto, a demissão dos trabalhadores e a cirurgia são meios *subsidiários* (ou *acessórios*) para se concretizar escopos específicos, uma vez que só entram em cena para suprir a deficiência de outros instrumentos que a princípio deveriam cumprir tais escopos mediante efeitos colaterais menos intensos.

O Direito Penal obedece a essa lógica, vez que de tão radical cuida apenas de infrações que radicalmente lesam bens jurídicos fundamentais, os quais, se relegados exclusivamente ao império de outros ramos do Direito, restariam insuficientemente tutelados.

Essa *subsidiariedade* do Direito Penal, vale dizer, orienta não apenas a atividade do legislador penal, que deve reservar a incidência do aparato repressivo a certos bens jurídicos encarados como essenciais, mas pauta também a atuação dos legisladores de outros setores do sistema jurídico. Ora, se o legislador civil, por exemplo, descuidar da tutela de certos interesses merecedores de sua proteção, o Direito Penal, frente a esse desamparo, pode ser compelido a intervir numa esfera em que a rigor não seria adequada e razoável sua atuação. Certos interesses

requerem proteção, mas não a profunda proteção do Direito Penal; todavia, a carência de tutela a ser promovida por micro-sistemas mais brandos exige invariavelmente uma participação tão forçada quanto imprópria do Direito Penal. Enfim, a salvaguarda e manutenção do caráter *subsidiário* do ordenamento jurídico-penal dependem não só da postura de penalistas, mas antes da postura de todo e qualquer jurista.

Fragmentariedade e subsidiariedade, entendidas como marcas do paradigma penal clássico são traços que moldam um Direito Penal orientado para a intervenção mínima. Direito Penal Mínimo, aliás, é uma idéia invocada pelo sistema penal *garantista*, pensado e estruturado por Luigi Ferrajoli, ao longo de sua vasta produção acadêmica.

O referido autor, citado por Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho², ao estudar o Direito Penal e sua incidência, busca racionalizar o sistema jurídico-penal, orientando-o para a máxima tutela dos direitos e garantias fundamentais mediante o estabelecimento rigoroso de pressupostos restritivos do arbítrio judicial e legislativo.

Segundo Ferrajoli³, para que se aplique e execute uma pena é necessária a ocorrência de um fato tipificado legalmente como delito, cuja criminalização seja socialmente necessária. Tal fato deve ser realizado por um sujeito imputável e culpável, trazendo efeitos danosos a terceiros. E ainda o cometimento do crime deve ser certificado por meio de um processo judicial previamente estabelecido em lei, conduzido por um juiz imparcial, sendo assegurada a ampla possibilidade de defesa e de produção de provas. Assim sendo, onze são as condições para a responsabilização penal no sistema garantista: a) pena; b) delito; c) lei; d) necessidade; e) ofensa; f) conduta; g) culpabilidade; h) juízo; i) acusação; j) prova; l) defesa.

Tem-se, portanto, uma série de princípios e pré-requisitos que obrigatoriamente devem estar cumpridos para que o Estado possa exercer seu poder punitivo, princípios estes que cunham um Direito Penal de mínima atuação na realidade concreta, pois inexoravelmente freado por limites que alçam a dignidade da pessoa humana ao centro das atenções do sistema. E isso porque no sistema

² FERRAJOLI apud CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação de Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 25.

³ *Ibidem*, p. 85.

garantista, pretende-se não apenas a proteção do grupo social contra o cometimento de crimes, mas também o resguardo da dignidade e integridade do próprio delinqüente, frente à repressão penal levada a efeito pelo Estado, por meio do seu aparelho punitivo. Enfim, *garantismo* penal é uma opção política que passa pela adoção de princípios que consagram uma restrita incidência do Direito Penal no grupo social, galgando a certeza de que nenhum inocente será injustamente punido e que nenhuma garantia fundamental será sacrificada, em prol da preservação da segurança pública.

Obviamente, nenhum sistema penal será por completo *garantista*, pois *garantismo* é, antes de tudo, um sistema ideal. Porém, quanto maior a adesão sistêmica aos princípios da responsabilidade penal trazidos por Ferrajoli, maior será a proximidade do ordenamento jurídico a um Direito Penal Mínimo, cujo postulado reitor é o da intervenção mínima, que é um dos emblemas do dito paradigma penal clássico.

É no contexto desse Paradigma Penal - protótipo de raízes iluministas e orientado pela intervenção mínima ilustrada e impulsionada pelo princípio da legalidade - que os indivíduos passam a se garantir em face da atividade punitivo-repressora do Estado, isto é, passam a ter a guarida necessária ao pleno gozo de caros direitos fundamentais. Paradigma Penal Clássico, portanto, traz as fundações para a edificação de um direito positivo dirigido e guiado por princípios de vocação garantista – princípio da reserva legal inclusive – que assumem o relevante papel de proporcionar aos indivíduos o exercício dos direitos inerentes à condição humana.

2.2 – A INCUMBÊNCIA CONSTITUTIVA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Os comportamentos humanos em sociedade nem sempre se voltam à efetivação dos valores fundamentais que regem a vida comunitária. Aliás, em inúmeras vezes as condutas dos indivíduos ultrajam tais valores.

Logo, uma contundente reação institucional se faz imperiosa. Ou seja, contra incisivas ofensas a relevantes bens jurídicos, deve-se levantar o Estado, operando sistemáticas e criteriosas proibições comportamentais.

Em outras palavras, sem se valer da possibilidade de construir proibições e deveres e sem a possibilidade de eleger certas ações humanas como delituosas, o Estado restaria integralmente estéril para a promoção da harmonia no grupo social.

O princípio da legalidade assume, nesse particular, considerável importância. Ao determinar que apenas leis em sentido estrito, claras e prévias, podem veicular vedações de ordem penal, está o princípio da reserva legal não somente impondo limites ao poder de punir do Estado, mas também cunhando inequívoco critério para que o Estado o exerça. Isto é, o mandamento da legalidade penal aponta o caminho que o Estado deve seguir na elaboração de crimes, no combate à criminalidade, contribuindo sensivelmente para a tecedura de toda a ordem jurídico-penal positivada.

Percebe-se com isso a dupla dimensão funcional do princípio da legalidade. De um lado, está seu papel *garantista*, destinado a refrear o exercício do direito de punir do Estado, resguardando, dessa forma, a incolumidade dos indivíduos. De outro lado, está sua vocação *constitutiva*, pela qual viabiliza a formação de um sistema ordenado de proibições legais, imprescindíveis à saudável convivência social.

Como bem assevera Nilo Batista⁴, nem sempre, porém, se reconhece a realização da função *constitutiva* do princípio da legalidade, o qual tanto exclui penas ilegais (abusivas, arbitrárias), quanto constitui penas legais. Portanto, além de promover a garantia da pessoa humana, o princípio da legalidade se encarrega da promoção ordenada das proibições legais.

2.3 – A BREVE HISTÓRIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Fala-se aqui em breve história do princípio da legalidade não apenas porque dela nos ocuparemos por poucas linhas, mas também, e principalmente, porque a própria história do princípio da reserva legal é sucinta, curta, enxuta.

Não faltam estudos históricos obstinados a encontrar longínquas raízes do princípio da legalidade em diplomas legais domiciliados em distante pretérito. Há quem diga, por exemplo, que sua primeira aparição concreta foi em 1215, na famosa *Magna Charta Libertatum*, imposta a João Sem Terra pelos barões ingleses. Diz a referida Carta, em seu art.39:

Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado de seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado,

⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p.68.

nem nós iremos contra ele, nem enviaremos alguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo de seus pares ou pela lei do país.

Do trecho se nota que a garantia encartada é muito mais de ordem processual do que material, característica que a afasta do que hoje se entende por princípio da legalidade. Por serem discrepantes, ilógico procurar em um o nascedouro do outro, como equivocadamente querem autores como Francisco de Assis Toledo⁵.

Por esse motivo a *Magna Charta Libertatum* não é um antecedente histórico seguro do princípio da legalidade.

Em que data ou momento passado, então, podemos buscar o princípio da legalidade? Em sintonia com o supra mencionado, ele certamente estará em textos legais pensados como desembocadura dos principais valores e ideais iluministas, guardando íntima relação com os movimentos revolucionários burgueses do século XVIII. Nessa esteira, o princípio da legalidade, em moldes próximos ao que por ele hoje entendemos, estará positivado pela primeira vez na história nas Constituições dos Estados americanos da Virgínia e de Maryland, ambas de 1776. Diz a Constituição de Maryland, em seu art. 15:

Leis retrospectivas, punindo fatos cometidos antes da existência de tais leis, e por elas declaradas somente criminosos, são opressivas, injustas e incompatíveis com a liberdade; portanto, nenhuma lei *ex post facto* deve ser feita.

No mesmo embalo, a Constituição da Virgínia, no art. 9º:

Todas as leis que têm efeito retroativo, feitas para punir delitos anteriores à sua existência, são opressivas e é necessário evitar decretá-las.

Em 1776, portanto, o pontapé inicial havia sido dado. Natural seria que seu alcance fosse longo no tempo e no espaço, influenciando textos constitucionais posteriores ao redor do mundo.

A primeira repetição pujante do princípio da reserva legal se deu exatamente na Constituição americana de 1787. Em seu ARTIGO I, Seção 9, parágrafo 3º, ela determina que:

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

Nenhum Decreto de Proscrição ou Lei *ex post facto* será elaborada.

Posteriormente, a idéia de legalidade penal aparece na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nela, o princípio é trabalhado tanto no art. VII, quanto no VIII. Vejamos:

Art. VII: Nenhum homem poder ser acusado, sentenciado, nem preso se não for nos casos determinados pela lei e segundo as formas que ela tem prescrito. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrarias, devem ser castigados; mas todo cidadão chamado ou preso em virtude da lei deve obedecer no mesmo instante; torna-se culpado pela resistência.

Art. VIII: A lei não deve estabelecer senão penas estritamente e evidentemente necessárias e ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

Desse momento inaugural em diante, várias codificações albergaram o princípio da reserva legal. Pode-se mencionar, por exemplo, a codificação de José II, da Áustria, em 1787, o Código Penal da Bavária (1813), legislação da Prússia (1851), legislação da Alemanha (1871)⁶. No Brasil, todas as constituições, desde a de 1824, acolheram o princípio da legalidade. Da mesma forma, todos nossos códigos penais.

2.4 – PRINCÍPIOS DECORRENTES

O princípio da reserva legal, no que tange à sua função garantista, pode ser decomposto em quatro outros princípios ou desdobramentos. São eles: princípio da anterioridade penal, princípio da exigibilidade de lei escrita, princípio da proibição da analogia, princípio da taxatividade legal.

2.4.1 – Princípio da Anterioridade Penal

Fatos apenas podem ser reputados delituosos se leis anteriores à sua ocorrência assim os classificarem. Normas legais incriminadoras, portanto, projetam

⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 20.

a produção de seus efeitos sempre para o futuro, nunca para o pretérito. Ou seja, tais leis penais não retroagem.

Como frisado em linhas passadas, a anterioridade da lei penal garante ao indivíduo um razoável coeficiente mínimo de segurança jurídica, pois lhe assegura a certeza de que nenhuma incriminação abrupta surpreenderá sua liberdade individual. Não é preciso temer o passado, o feito e o não feito. O passado está protegido por normas permissivas ou normas de punição mais branda. À atividade estatal incriminadora é relegado somente o futuro.

Se leis destinadas à criação de crimes e ao recrudescimento de sanções penais apenas alcançam fatos posteriores à sua entrada em vigor, importante destacar o exato momento em que tem início a vigência de uma lei penal. Ora, segundo o processo legislativo constitucionalmente desenhado, a etapa final de confecção de uma lei é a *publicação*. Salvo disposição em contrário, conforme a Lei de Introdução ao Código Civil, uma lei passa a vigorar quarenta e cinco dias após sua publicação. Depois de ultrapassado, por conseguinte, o período de *vacatio legis*, é que a lei penal estará em vigor. A partir desse momento vale a proibição ou a majoração de pena nela estabelecida. Somente os fatos ocorridos após o decurso dos referidos quarenta e cinco dias é que poderão ser alcançados pelos preceitos primário e secundário da norma penal. Qualquer momento anterior ao fim desse prazo é terreno proibido para a proibição legal.

A irretroatividade de leis penais, porém, não é um mandamento absoluto. Melhor precisando seus contornos, podemos dizer que é vedada a retroação de leis penais que criam crimes ou que intensificam a sanção penal. Isto é, leis que trazem ao indivíduo uma situação mais gravosa. Por outro lado, leis penais que descriminalizam condutas ou que trazem punições menos severas podem sim retroagir, pois são mais benéficas ao sujeito. Trata-se de uma decorrência lógica de um dos propósitos do princípio da legalidade: proteger a liberdade do indivíduo em face do poder de punir do Estado. Absolutizar a irretroatividade da norma penal seria trair a vocação do próprio princípio da reserva legal, cuja intenção definitivamente não é enfraquecer os indivíduos. Logo, a sentença final não poderia ser outra: lei penal mais rigorosa não retroage, enquanto lei penal mais branda tem incidência no passado.

Entretanto, a retroatividade de normas mais benéficas encontra um obstáculo à sua plena realização: a ultratividade de leis temporárias e leis excepcionais. Leis

temporárias são aquelas elaboradas para vigor durante um limitado espaço de tempo. Nasceram com data para morrer. Já as leis excepcionais são normas circunstanciais, editadas para tratar de fatos e acontecimentos peculiares, de modo que sua vigência está condicionada à existência e à permanência da circunstância que motivou sua edição. Logo, findo o prazo de vigência previamente estabelecido ou cessada a situação fática, perde vigência, respectivamente, a lei temporária e a lei excepcional. Porém, mesmo esgotada a vigência de tais normas, continuam elas a regular os fatos ocorridos sob sua vigência. E isso para valorizar e prestigiar a lei temporária e a lei excepcional, as quais teriam seu conteúdo esvaziado se não pudessem alcançar, após sua morte, fatos de sua época. Esse fenômeno normativo é chamado ultratividade, é diametralmente oposto à retroatividade e está inscrito no art. 3º do Código Penal brasileiro.

Pois bem, fatos disciplinados por leis temporárias ou por leis excepcionais não sofrem a incidência retroativa de normas penais mais brandas. Mesmo que a norma posterior seja menos rigorosa e mesmo que a lei temporária ou excepcional não esteja mais em vigor, o fato ocorrido sob o império da lei temporária ou excepcional será por essa regido, graças ao fenômeno da ultratividade. Tal fenômeno não comporta exceções, nem mesmo para normas mais benéficas, pois se o fizesse estaria negando utilidade à lei temporária e à lei excepcional. A peculiaridade da razão estatal para a edição dessas leis extraordinárias não permite a incidência de outras normas, mesmo que menos severas.

2.4.2 – Princípio da Exigibilidade de Lei Escrita

Somente a lei em sentido estrito, formalmente concebida segundo o procedimento constitucional, pode incriminar condutas ou agravar penas. Automática, portanto, a exclusão do costume e de *atos normativos equiparados à lei* como fonte geradora do direito repressivo.

Os costumes são normas que não são elaboradas mediante um processo institucional que desemboca na imposição de enunciados normativos formais e positivados. São, ao contrário, normas que nascem em tom espontâneo ao ritmo da convivência social. No andamento das interações comunitárias brotam os costumes. Seu caráter informal, porém, não significa facultatividade de observância. Seu cumprimento é obrigatório, por ser uma norma. Aliás, para que o costume seja assim

considerado, ele deve não apenas ser generalizadamente conhecido pelo grupo social, como também ser por esse visto como norma de caráter imperativo.

Pois bem, apesar do costume ser uma fonte do Direito, não o é em Direito Penal no que se refere à criação de crimes e recrudescimento de sanções, pois tal tarefa é de exclusividade da lei penal.

Ao negar atribuição incriminadora aos costumes, não se quer, todavia, negar a relevância que o direito consuetudinário indiscutivelmente tem para o Direito Penal como um todo. Os costumes assumem uma significativa função integrativa do direito penal, esclarecendo termos contidos em tipos penais e desvelando significados de incriminações por vezes obscuras. O costume não incrimina condutas, mas viabiliza, quando necessário, a operacionalização dessa incriminação, socorrendo intérpretes na solução de casos concretos.

Mas se por um lado o costume não está habilitado a gerar incriminações, por outro está autorizado a desconstruí-las. Apesar da robusta controvérsia doutrinária sobre o tema, inúmeros autores, como Maurício Ribeiro Lopes⁷, defendem a possibilidade de a ordem consuetudinária vigente excluir o caráter ilícito de uma conduta ou então atenuar uma resposta penal. Nessa perspectiva, o costume pode ser visto como fonte do Direito Penal, pois nele se colhem elementos para a modificação da ordem positiva. Em termos específicos, o costume aqui seria uma causa supralegal de exclusão da ilicitude. Essa atividade *desconstitutiva* do costume, vale dizer, encontra respaldo no fato de que tal exclusão vem em benefício do indivíduo e não em seu desfavor.

Por fim, importante demonstrar os limites da atividade legiferante levada a efeito pela medida provisória. Sucessora do extinto decreto-lei, a medida provisória é um instrumento normativo do qual o Poder Executivo deve – ou pelo menos deveria – se valer apenas em caráter excepcional, ou seja, em casos de relevância e urgência. É, portanto, um extraordinário exercício legislativo realizado pelo Poder Executivo. E como tal, dele emerge um ato normativo que de imediato não passou pelo crivo do debate dos representantes do povo. Por esse motivo, medida provisória não pode ter por objeto temas tão delicados quanto a criação de crimes e majoração de penas. O fato de que a medida provisória um dia passará pelo Poder

⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal**: projeções contemporâneas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 111.

Legislativo, transformando-se em lei, não a torna idônea ao papel de incriminador de condutas, pois antes da conversão em lei, seus efeitos já estarão em funcionamento e os eventuais danos aos direitos individuais já consumados.

Ademais, medida provisória não é lei; é apenas *ato normativo equiparado à lei*. Trata-se somente de um ato normativo com força de lei. E se não é lei, não pode realizar as atribuições exclusivas da lei. Logo, medida provisória, por força do princípio da legalidade, não é o meio autorizado e adequado para a incriminação de condutas e agravamento de penas criminais.

2.4.3 – Princípio da Proibição da Analogia

A analogia não pode ser empregada para criar crimes ou majorar penas. Analogia é o procedimento lógico pelo qual se aplica a disciplina jurídica de um fato específico a outro semelhante, mas não regulamentado. O pressuposto da analogia é a lacuna, a omissão, o vácuo normativo incidente sobre uma dada situação. Carente de regimento, tal situação irá buscar sua orientação normativa numa situação homóloga e devidamente regulamentada. Ou seja, na analogia parte-se de um enunciado para outro, definindo-se o segundo em razão e nos termos do primeiro.

Ora, se, como exaustivamente já se assinalou, recrudescimento de penas e criação de crimes devem ser levados a efeito por uma lei certa e anterior, não autorizada está a incriminação de uma conduta ou o agravamento de sua punição por meio de analogia, vez que seu pressuposto é justamente a ausência de lei para a situação em referência.

Analogia é um raciocínio integrativo de normas de que se vale o intérprete para preencher lacunas no caso concreto e, conseqüentemente, chegar a soluções decisórias adequadas. É, portanto, um mecanismo judicial de operação. Se a criação de crimes e a majoração de sanções fossem possíveis por meio da analogia, estar-se-ia colocando nas mãos do juiz a delicada função incriminadora. E a conseqüência seria nefasta: todos nós estaríamos à mercê do arbítrio judicial. A adjetivação de condutas como delituosas não seria mais apenas resultado do debate dos representantes do povo, mas também fruto do juízo, eventualmente equivocado e até mal intencionado, de uma singular pessoa, cujo poder ganharia dimensões estratosféricas.

Ademais, a possibilidade da utilização da analogia na atividade criminalizante não se coaduna com o caráter fragmentário do Direito Penal. Conforme já assentado, o Direito Penal não se presta ao cuidado de todos os possíveis e imagináveis bens jurídicos. Dedicar-se apenas àqueles mais relevantes, vitais e significantes para o grupo social. E isso por um motivo muito claro: o Direito Penal lida com as sanções mais gravosas e contundentes de todo o sistema. Logo, deve guardar sua drástica agressão para casos extremos e limítrofes, que realmente reclamem tamanha incisividade. Permitir a atuação da analogia no campo da criminalização é trair essa lógica de funcionamento, pois estaríamos permitindo uma assistemática expansão da repressão penal, ao sabor de isolados juízos de valor de julgadores em geral. Mácula maior, por conseguinte, recairia em um dos princípios reitores do sistema: o princípio da intervenção penal mínima.

O que, porém, é vedada é a analogia em desfavor do indivíduo, analogia *in malam partem*. Criar crime por analogia é prejudicial ao sujeito. Majorar penas por analogia é prejudicial ao sujeito. Isso é proibido. Nada impede, porém, que se proceda na esfera penal a analogia *in bonam partem*. Se favorável ao indivíduo, ela é permitida. Por analogia, por exemplo, pode-se fundamentar a diminuição de pena ou até não aplicação dela. Penas podem ser abrandadas, ilicitudes excluídas. Aí a analogia tem espaço, desde que, obviamente, a intenção da norma a ser analogicamente aplicada não houver manifestamente excluído os casos a serem contemplados pela regulamentação importada.

Como alerta, todavia, vale lembrar a diferença entre analogia e interpretação analógica. Na analogia, aplica-se uma norma jurídica a um caso semelhante, mas cujo alcance nunca foi pretendido pela *mens legis*. Na interpretação analógica ou extensiva, alarga-se o âmbito de incidência da norma, para alcançar fatos por ela não abarcados em caso de interpretação restritiva. Como destaca Francisco de Assis Toledo, “a ampliação referida está contida *in potentia* nas palavras, mais ou menos abrangentes, da própria lei”⁸.

⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 27.

2.4.4 – Princípio da Taxatividade Legal

Para o completo resguardo do indivíduo contra arbitrárias investidas punitivas, não basta a existência de lei incriminadora anterior e inaplicável a casos assemelhados ao tipificado. É preciso ainda que o tipo penal esteja bem construído, de modo a enunciar com clareza as características essenciais da conduta proibida, tornando-a inconfundível com outras. E é justamente essa clareza que exige o princípio da taxatividade ou da determinação, também conhecido como mandato de certeza.

Tipos penais demasiadamente amplos e genéricos na descrição de comportamentos vedados permitem ao julgador emoldurar em seus contornos tantas condutas quantas forem as aventadas pela sua criatividade jurisdicional. A consequência seria dura para os destinatários da norma, alvos de imensa insegurança jurídica, pois no mesmo tipo penal caberia uma larga gama de condutas humanas.

Por outro lado, a indeterminação de tipos penais é desinteressante inclusive para realização dos objetivos político-criminais do Estado. Sendo a incriminação obscura, lacunosa, nebulosa, será ela, em termos práticos, vazia. É como se incriminação não houvesse. Logo, irrealizável pela norma penal a função pedagógica de conformação do comportamento humano, já que o comando normativo não será de fácil cognição e apreensão pelas as pessoas em geral.

O mandato de certeza, porém, não se aplica somente à construção do preceito primário, mas também à elaboração do preceito secundário. A sanção penal não pode, por óbvio, ser fixada num patamar único, a ser aplicado indistintamente a todos os cometimentos do crime tipificado. Em nome do princípio constitucional da individualização, a pena criminal deve ser cominada mediante a técnica dos *extremos penais*, ou seja, o legislador deve se ocupar de fixar, para cada hipótese típica, um teto e um piso, entre os quais, segundo as nuances do caso concreto, o julgador deve trafegar. Dessa forma, a pena em concreto não será idêntica para todas as situações de realização do tipo penal, mas será adequada às peculiaridades do cometimento do crime, respeitados os limites mínimo e máximo definidos pelo legislador.

E é na definição desses limites que o princípio da taxatividade tem participação. Segundo ele, a distância entre as pontas da escala penal não pode ser

exageradamente dilatada. O intervalo deve existir. Mas deve ser enxuto, comedido, para que não se permita ao hermeneuta elástica discricionariedade na determinação da pena. Curto interstício afunila o campo de atuação julgador, que então estaria habilitado apenas a transitar numa estreita via que o conduziria à pena concreta, sem descurar da anterior orientação legislativa. Como bem assevera Maurício Antônio Ribeiro Lopes, a definição da pena é fruto de um compromisso entre a atuação do legislador, que confere segurança jurídica, e a atuação judicial, que assegura a justiça ao caso particular. “E este compromisso desaparece quando o juiz, através de margens penais dilatadas, absorve tarefas próprias do legislador, com significação de arbítrio incontrolável e de ofensa aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, que são pressupostos fundamentais do Estado de Direito.”⁹

3 – PARTE SEGUNDA: GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

3.1- SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Trata-se do sistema ordenado de operações, medidas e providências voltadas à racional aplicação dos recursos econômicos do Estado, a fim de que esse possa satisfatoriamente cumprir suas metas constitucionais, tais como a promoção do bem-estar do grupo social.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a saúde financeira de um Estado depende intimamente de sua liquidez. Ou seja, deverá ele ter disponibilidade em caixa para atender aos seus propósitos constitucionais. O art. 3º, da Constituição Federal, cataloga como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos. Ora, para a consecução de tais fins, imprescindível a disponibilidade de moeda, dinheiro, ou seja, a liquidez¹⁰.

⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit., p.131.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1043.

O art. 192, da Constituição Federal, traz o fundamento constitucional do Sistema Financeiro Nacional, que, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

3.2 - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Ao contrário do que as normas legais costumam fazer, o art. 1º, da Lei 7.492/86, conceituou instituição financeira. Diz o referido dispositivo:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

Da leitura do art. 1º, verifica-se a grande amplitude do conceito de instituição financeira, para efeitos da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Tal definição é mais ampla, inclusive, do que a formulada pelo art. 17, da Lei 4.595/64, que assim estipula:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

A maior abrangência do art. 1º, da Lei 7.492/86, percebe-se, está na redação final do *caput*, que inclui como instituição financeira a que tiver como atividade a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Enquanto isso, o art. 17, da Lei 4.595/64, apenas menciona a custódia de valor de propriedade de terceiro.

Pois bem, a definição fornecida pelo art. 1º, da Lei 7.492/86, que é a que por ora nos interessa, afirma que instituição financeira, para efeitos da referida lei federal, poderá ser pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado.

Conforme diz Guilherme de Souza Nucci, instituições financeiras de direito público são:

- a) Conselho Monetário Nacional
- b) Banco Central do Brasil
- c) Banco do Brasil S/A
- d) Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDES)
- e) Outras instituições públicas

Já as instituições financeiras de direito privado, essencialmente, são:

- a) Sociedades de financiamentos e investimentos
- b) Sociedades de crédito imobiliário
- c) Bancos de investimento
- d) Fundos de investimento
- e) Cooperativas de crédito
- f) Associações de poupança
- g) Bolsas de valores
- h) Empresas corretoras
- i) Empresas distribuidoras¹¹.

A aludida amplitude do conceito de instituição financeira dado pelo art. 1º, da Lei 7.492/86, dá-se, fundamentalmente pela previsão da figura da instituição financeira equiparada, nos termos dos incisos I e II, do parágrafo único, do art. 1º. A primeira modalidade de instituição equiparada é a pessoa jurídica captadora ou administradora de seguros, câmbio, consórcio, capitalização e poupança. Trata-se de um conceito largo, elástico, em cuja moldura, teoricamente, caberia uma

¹¹ Ibidem, p. 1045.

infinidade de pessoas jurídicas. A jurisprudência, porém, ao longo do tempo e ao longo de repetidos julgamentos, consolidou importantes entendimentos restritivos da envergadura da equiparação legal. Vejamos alguns pronunciamentos¹²:

A venda de uso de linha telefônica, mediante financiamento, para entrega ao final do pagamento, não se afigura como atividade típica de entidade financeira, sequer por equiparação (art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.492/86. Inépcia da denúncia que tipifica erroneamente o comportamento dos réus. Trancamento da ação penal, embora há resíduo comportamental que, em tese, pode ser considerado delituoso. *Habeas corpus* concedido (TRF da 1ª Região, HC nº 01000555469, rela. Juíza Eliana Calmon, DJU de 19.11.1998).

A compra e venda de cotas de consórcio de veículos não consubstancia operação financeira, sendo certo que eventual descumprimento da obrigação de entrega do carro, como prometido em anúncio de venda, não afeta o Sistema Financeiro Nacional (STJ, 3ª Seção, CC nº 20.338-SP, j. em 11.11.1998, rel. min. Vicente Leal).

A segunda equiparação está no art. 1º, parágrafo único, inciso II, da Lei 7.492/86, que diz que será instituição financeira também a pessoa natural que exerça, mesmo que eventualmente, algumas das atividades mencionadas no dispositivo normativo. Mais uma vez, o legislador delineou amplos contornos. E mais uma vez, a jurisprudência se encarregou de limitar o alcance da norma, conforme se verifica dos julgados a seguir¹³:

Verificando-se que o recorrido exercia atividade típica de instituição financeira, captando recursos junto a pessoas físicas a pretexto de investimentos no mercado financeiro, com a promessa de rendimentos, configura-se a prática, em tese, de crime contra o sistema financeiro nacional, competindo à Justiça Federal o processamento e julgamento do feito. A eventualidade da conduta imputada ao recorrido não afasta a descrição típica do art. 16 da Lei 7.492/86, porque o parágrafo único do art. 1º do referido diploma legal equipara à instituição financeira pessoa natural que exerça atividades de captação, de intermediação ou de aplicação de recursos financeiros ainda que de forma eventual. (TRF da 4ª Região, Rec. nº 2.032, rel. Vilson Darós, DJU de 21.3.2001).

O simples empréstimo pessoal de dinheiro a terceiro, mediante cobrança de juros abusivos, não configura crime contra o sistema financeiro nacional, mas sim o delito de usura ou agiotagem, descrito no art. 4º da Lei de Economia Popular, o que por si só desloca a competência para o

¹² DAVID, Fernando Lopes. **Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**: Jurisprudência na Íntegra e Ementas. São Paulo: Iglu, 2003. p. 13.

¹³ *Ibidem*, p. 14.

juízo e processamento do feito para a Justiça Estadual (STJ, 3ª Seção, CC nº 21.360-PB, j. em 13.5.1998, rel. min. Anselmo Santiago).

Não há que se falar em delito contra o sistema financeiro nacional, nos termos da Lei nº 7.492/86, quando o sujeito da infração não é instituição financeira, ou pessoa jurídica, ou física a ela equiparada. *In casu*, cuida-se de crime comum de usura pecuniária consistente na cobrança de juros extorsivos, ação ofensiva à economia popular (Lei 1.521/51), deslocando-se a competência para a justiça comum estadual. (STJ, CC nº 19.199, rel. min. Anselmo Santiago, DJU de 15.6.1998).

Jurisprudência como fonte de norma. Isso é o que os julgados acima transcritos não negam. Não só lei, mas também entendimento dos tribunais se sintonizam para assentar os verdadeiros contornos de uma figura legal, excluindo, desde logo, figuras assemelhadas que, por razões sistêmicas, devem receber outra disciplina jurídica. Inclusões e exclusões feitas, o produto final: a sólida definição de instituição financeira. E é com ela que se deve ir até o final da Lei 7.492/86.

3.3 - OS TIPOS PENAIS DE GESTÃO FRAUDULENTA E DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

3.3.1 – Definições

A referência legislativa dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária está inscrita no art. 4º, da Lei nº 7.492/86, que assim estabelece:

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

O trato da matéria, no entanto, já estava presente na Lei de Economia Popular (Lei nº 1.521/51), que em seu art. 3º, IX, criminalizava a condutas de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira, como se vê:

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

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.

Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

Ora, considerando que ambas as leis estão em vigor, há um conflito de normas, que é solucionado pelo princípio da sucessividade, pelo qual a lei posterior revoga a lei anterior (art. 1º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei nº 4.657/42) e pelo princípio da especialidade, que diz que lei especial afasta a lei geral. Ou seja, no que toca aos casos de gestão de instituição financeira, o art. 3º, IX, da Lei de Economia Popular, foi revogado pelo art. 4º, da Lei nº 7492/86, do qual se deve colher a disciplina jurídica dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira.

Porém, conforme se verifica da simples leitura do referido art. 4º, não há conceituação legal de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira. Ficou, por conseguinte, a cargo da doutrina e da jurisprudência a definição de tais figuras típicas.

Segundo Paschoal Mantecca¹⁴, gestão fraudulenta se configura pela antijuricidade dos atos realizados pelo encarregado da gestão empresarial, manifestada pela consciente prática de fraudes e de manobras ardilosas. Ou seja, dá-se quando a administração de instituição financeira é movida pela má-fé e pelo intuito de ludibriar. Rodolfo Tigre Maia cita como exemplo o administrador que simula um empréstimo em benefício próprio para iludir o fisco.¹⁵

A jurisprudência, por sua vez, dedica-se reiteradamente a estabelecer quais comportamentos humanos são alcançados pela proibição veiculada pelo art. 4º, da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. É o que se ilustra com os julgados abaixo colacionados.

¹⁴ MANTECCA, Paschoal. **Crimes contra a Economia Popular e Sua Repressão**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 41.

¹⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 57.

Comete o crime de gestão fraudulenta (...) o gerente de uma agência de estabelecimento de crédito, que a dirige empregando fraudes, ardis, como permitindo saques sobre saldo bloqueado; autorizando indevidamente desbloqueio de cheques antes do prazo de compensação; determinando reapresentação de cheques devolvidos pela alínea c, do item VIII, da Circular 559, de 29.07.1980, em vigor na época (recusa do pagamento de cheques pelo banco sacado por haver contra-ordem do eminente); participando do chamado jogo de cheques; segurando o cheque, sem provisão suficiente de fundos, retardando o lançamento na conta do cliente, e, assim, causando prejuízo ao banco; autorizando pagamento de cheques sem disponibilidade de saldo (...) (TRF da 1ª Região, 3ª T., Ap. nº 96.01.01576-0, rel. juiz Tourinho Neto, DJU de 6.3.1996.)¹⁶

Transferência ilegal de valores da conta de empresa de consórcio de veículos (instituição financeira) para conta de outra empresa, com destino diverso, objetivando vantagem indevida para o agente (o diretor) da segunda empresa, prejudicando os consorciados, que, por essa razão, não puderam receber seus automóveis, configura gestão fraudulenta, prevista como crime no art. 4º da Lei 7.492, de 1986. (TRF da 1ª Região, Ap. Crim. nº 1995.01.33704-9, rel. juiz Tourinho Neto, DJU de 19.12.1996.)¹⁷

Comete crime contra o sistema financeiro, capitulado no art. 4º, da Lei nº 7492/86, o agente que promove a captação de recursos da população mediante promessa fraudulenta de construção de casa própria, pois, mesmo que o empreendimento constituído na forma de pessoa jurídica ou natural, é considerado instituição financeira, nos termos do art. 1º do mesmo diploma (TRF da 2ª Região, 4ª T., Ap. Crim. nº 95.02.15194-1-RJ, rel. des. fed. Frederico Gueiros, DJU de 24.6.1996.)¹⁸

Já a gestão temerária caracteriza-se pela impetuosidade e imprudência com que a instituição financeira é gerida, de modo a aumentar os riscos de que a atividade da entidade financeira traga prejuízos a terceiros.

Riscos são, em tese, circunstâncias inerentes à atuação ativa das instituições financeiras. A lógica mercadológica em que estão inseridas, aliás, exige arrojo e maleabilidade nos jogos de investimento em que ora se perde ora se ganha. Não se pode olvidar, porém, o fato de que tais instituições trafegam não com dinheiro próprio, mas com de outras pessoas, como investidores e correntistas, com os quais mantêm relação de confiança. E como intermediários que são, as instituições financeiras devem estar sujeitas a certos limites que as forcem a manter os riscos numa aceitável escala de normalidade negocial.

¹⁶ DAVID, Fernando Lopes. Op. cit., p. 16.

¹⁷ Ibidem, p. 17.

¹⁸ Ibidem, p. 16.

Por esse motivo é que há os tipos de gestão fraudulenta e gestão temerária, que, na rota do desenvolvimento do Direito Penal Econômico, se prestam a coibir condutas destinadas à obtenção de lucros de grande monta, mediante o ardiloso aproveitamento da estrutura e da organização do sistema financeiro. Tendo a ordem econômica no horizonte, tais tipos penais se prestam não só à proteção do patrimônio individual de eventuais correntistas ludibriados, mas também a salvaguarda da incolumidade e a credibilidade da própria atividade de instituições financeiras em geral, ou seja, do próprio Sistema Financeiro Nacional. Isso significa que a Lei nº 7.492/86 define crimes principalmente para a salvaguarda não de uma instituição financeira específica, mas sim o conjunto de instituições financeiras, cuja função é promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade, nos termos do art. 192, da Constituição Federal.

O bem jurídico, como se vê, é o mesmo a ser protegido no tipo de gestão fraudulenta e no de gestão temerária. Mas os crimes são diversos. Apesar de nítida a diversidade pela dicção do art. 4º, a Lei nº 7.492/86, há quem cometa o equívoco de sustentar que se trata de um único crime. Errado. São dois. Se assim não o fosse, não haveria motivo para o legislador situar a gestão fraudulenta na cabeça do dispositivo e a gestão temerária no parágrafo único, cada qual submetida a intervalos penais distintos.

A distinção entre as penas atribuídas à gestão fraudulenta e à gestão temerária, aliás, justifica-se pela diferença de intensidade com que cada conduta agride o bem jurídico tutelado. Ora, fraudulenta significa falsa, enganosa, ludibriante, recheada de má-fé e malícia. Temerária, por sua vez, quer dizer ousada, arrojada, audaciosa, arriscada. Logo, pode se dizer que gestão temerária é a administração movida por falta de prudência ou leviana confiança no êxito de manobras que, todavia, a previsibilidade objetiva indica como de improvável sucesso. Falta de prudência na condução dos negócios não pode, por óbvio, ser equiparada ao comportamento de má-fé, vez que nessa última hipótese a culpabilidade se revela muito maior. Daí a punição mais branda para o crime de gestão temerária de instituição financeira.

Sobre a gestão temerária de instituição financeira, vale dizer, a jurisprudência trata mais do que sobre gestão fraudulenta. Estatisticamente, mais casos de gestão temerária são enfrentados pelos tribunais, os quais, inevitavelmente, exaram

cotidianamente entendimentos sobre tal figura típica. Sobre a definição de gestão temerária, seguem alguns relevantes pronunciamentos.

A gestão temerária caracteriza-se quando o agente atua com a consciência e a vontade de gerir inescrupulosa e audaciosamente a instituição financeira, pondo-a em risco ao realizar transações perigosas. (TRF da 3ª Região, 2ª T., Ap. Crim. nº 1.427, rel. juiz Célio Benevides, DJU de 30.04.96)¹⁹.

1. O ato que autorizou a concessão de empréstimo à empresa altamente deficitária pode, em tese, configurar a gestão temerária de instituição bancária, já que põe em risco o direito alheio em operação arriscada e imprudente. 2. Vencida a obrigação e não paga a dívida, o ato de concessão de mais trinta dias para o pagamento não pode ser tido como temerário, eis que visa exatamente a possibilitar a satisfação do débito através da composição entre as partes. 3. Prorrogação, no mais, que sequer se verificou, ante a falta de assinatura. 4. Se o paciente votou contrariamente à concessão do empréstimo, e apenas aquiesceu com a prorrogação do prazo de pagamento por mais trinta dias, não se pode atribuir a conduta prevista no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. 5. Ordem concedida para trancar-se a ação penal por falta de justa causa. (TRF da 3ª Região, HC nº 96.03.089707-8, rela. Juíza Sylvia Steiner, DJU de 24.09.97)²⁰.

1. A descrição de condutas que excedem o limite inerente aos riscos da atividade negocial na denúncia – como a concessão de empréstimos sem constituição das garantias consideradas suficientes pela praxe do mercado e em favor de sociedades empresárias reconhecidamente impontuais no cumprimento de suas obrigações, não obstante reiterada advertência do Banco Central do Brasil – são suficientes para, em tese, configurar o crime de gestão temerária de instituição financeira, não havendo como afastar a responsabilidade penal sem a realização da instrução criminal. 2. A verificação da existência de culpa stricto sensu ou dolo revela-se incompatível com a via estreita do habeas corpus. 3. Satisfazendo a peça acusatória os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, a elucidação dos fatos nela narrados depende da regular instrução criminal, pois o trancamento da ação penal, pela via do habeas corpus, somente é possível quando verificada, de plano, atipicidade da conduta, extinção da punibilidade ou ausência de mínimos indícios de autoria e prova da materialidade. 4. Ordem denegada. (STJ, 5ª T., HC 56.800/PE, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU de 16.10.06)²¹

Quando, portanto, o assunto é a exata conceituação das figuras típicas de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira, não se pode recorrer exclusivamente ao texto legal, pois esse visivelmente nada define, nada

¹⁹ Ibidem, p. 17.

²⁰ Ibidem, p. 21.

²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=gest%E3o+temer%E1ria&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

conceitua. É o trabalho científico da doutrina e esforço hermenêutico dos tribunais que fornecem os elementos para construção dos referidos conceitos, cujo conhecimento é imprescindível à efetividade da Lei nº 7.492/86. Relevante, por conseguinte, o cotejo analítico entre lei, doutrina e jurisprudência.

3.3.2 - Sujeitos do Crime

Os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira são crimes próprios, pois não podem ser cometidos indistintamente por toda e qualquer pessoa. São crimes em que o sujeito ativo deve necessariamente reunir uma predeterminada qualificação, especificidade, peculiaridade. Sua qualidade especial fundamenta a punibilidade, de modo que sem ela, sequer há a realização da figura típica.

Pois bem, o sujeito ativo para os crimes descritos no art. 4º, da Lei nº 7.492/86, é o controlador da instituição financeira ou seus administradores, entendidos esses como os diretores e gerentes. Por equiparação, serão considerados administradores, para efeito dessa lei, o interventor, o liquidante e o síndico. É o que consta do art. 25, da Lei nº 7.492/86, que assim dispõe:

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.

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

O sujeito passivo, por sua vez, pode ser imediato ou mediato. A vítima imediata dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária é o próprio Estado, encarregado de operar o Sistema Financeiro Nacional, cuja estabilidade é afetada pelo cometimento de tais crimes. Secundariamente e, portanto, de forma mediata, são afetados também a instituição financeira em si, bem como seus investidores, poupadores, depositantes.

3.3.3 - Consumação

Tanto o crime de gestão fraudulenta, quanto o de gestão temerária, são crimes formais (ou de mera conduta ou, ainda, de simples atividade). Isso significa que para a consumação dos crimes não é obrigatória a produção de um resultado naturalístico, mas a mera realização da conduta descrita no tipo. O momento da consumação é antecipado para o momento da realização da ação, de modo que a ocorrência do evento naturalístico resta irrelevante para a configuração do delito. Não se quer, todavia, dizer que o crime formal não produz qualquer resultado. Produz sempre, isso sim, um resultado jurídico: lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

No caso dos crimes previstos no art. 4º, da Lei 7492/86, o evento jurídico que se exige para a consumação do delito é a efetiva ameaça de ofensa ao bem jurídico. E isso porque os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira são crimes de perigo concreto. São tipos penais, portanto, cuja realização depende de concreta produção de perigo ao bem jurídico, cuja efetiva ofensa apenas não se deu por circunstâncias acidentais.

Os tribunais, a seu turno, têm reconhecido o caráter formal dos crimes capitulados no referido art. 4º.

1. Se somente os membros do Ministério Público podem propor ação penal pública e não há exclusividade de qualquer órgão estatal (político ou administrativo) para desenvolver a apuração de ilícitos penais, seria absolutamente desarrazoado obstaculizar o desenvolvimento do apuratório diretamente por aqueles que poderão propor demanda criminal. Precedentes do STF. 2. **O crime de gestão fraudulenta é delito formal. Assim, como o tipo não carece de lesividade concreta, eventual devolução de recursos obtidos ardilosamente pelos gestores da instituição financeira não elide a configuração desta espécie delitiva.** Contudo, tal conduta deve ser valorada por ocasião da dosimetria das penas. 3. Não há falar em absorção do crime financeiro pelo delito eleitoral, porquanto os bens jurídicos tutelados são absolutamente distintos, ensejando, pois, julgamento em juízos diversos. (TRF da 4ª Região, 8ª T., Ap. Crim. 2004.70.00.037746-2, rel. juiz Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 20.01.10)²²

Cabe ressaltar ainda a possibilidade do cometimento desses crimes na forma tentada. Por ser um crime formal, entretanto, sua configuração é mais difícil.

²² TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 4ª REGIÃO. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php> Acesso em: 20 mar. 2010.

3.3.4 - Elemento Subjetivo

Os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira são crimes dolosos. O dolo, em ambos os casos, é genérico, não se exigindo, para a realização do tipo subjetivo, nenhum elemento subjetivo especial. Não é caso, portanto, de dolo específico.

Não é o que pensam, porém, Sebastião de Oliveira Lima e Carlos Augusto Tosta de Lima, que sustentam ser caso de dolo específico o elemento subjetivo do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira. Tal ponto de vista se escora no fato de que o sujeito ativo sempre busca um benefício, vez que esse é inerente à própria idéia de fraude²³. Não procede o argumento, vale dizer, pois no texto legal instituidor do tipo penal não há qualquer indicação de adicional elemento subjetivo a integrar o tipo. O dolo, sem dúvida, é genérico.

Não existe a forma culposa dos delitos aqui tratados. No que tange, todavia, ao crime de gestão temerária, a terminologia usualmente empregada pode conduzir a erros quanto ao tipo subjetivo. Explica-se: *gestão temerária*, segundo as recorrentes definições doutrinárias e jurisprudenciais, significa *gestão imprudente*. Acontece, porém, que impudência é uma das modalidades de culpa, segundo o art. 18, II, do Código Penal. Ou seja, a correlação etimológica entre temeridade e imprudência, poderia sugerir a existência de crime de gestão temerária culposos, o que, frisa-se, não vige no direito positivo brasileiro.

Esse caráter doloso dos crimes inscritos no art. 4º da lei 7492/86 é, aliás, insistentemente confirmado pelos tribunais, conforme julgados a seguir.

1. O tipo penal previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86 visa coibir os atos dolosos que atentem contra a higidez e confiabilidade do sistema financeiro, do que se aúfere que ali não se enquadram os atos gerenciais praticados de forma culposa, ou ainda quando o risco se direciona apenas à instituição, sem maiores repercussões no mercado financeiro em geral. 2. Os atos de gestão praticados pelo apelante, enquanto gerente da agência do Banco do Brasil na cidade de Wanderley/BA, não se traduzem em gestão temerária, uma vez que, analisando o próprio relatório do auditor responsável pela fiscalização ali realizada, não se extrai que teria agido o réu com a intenção de colocar a instituição financeira em risco. 3. A falta de consenso dos funcionários da agência onde o réu exercia suas atividades acerca da regularidade ou não de seus atos, demonstra não só a existência de dúvida acerca de sua regularidade, mas, principalmente, quanto à real intenção do acusado ao

²³ LIMA, Sebastião de Oliveira; LIMA, Carlos Augusto Tosta de. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 31.

praticá-los. 4. Havendo dúvida razoável de que o réu teria agido com o dolo necessário à consumação do delito de gestão temerária, não há como lhe impor uma condenação criminal, sob pena de violação ao princípio *in dubio pro reo*. 5. Recurso de apelação provido, para absolver o acusado José Martins Cardoso da prática do crime do art. 4º, parágrafo único da Lei 7.492/86, com fundamento no art. 386, VII, do CPP. (TRF da 1ª Região, 4ª T., Ap. Crim. 2001.33.00.002698-0/BA, rel. des. fed. Mário César Ribeiro, DJF1 de 11.02.10).²⁴

1. O crime de gestão temerária só é punível na forma dolosa, pois o tipo não previu a forma culposa. 2. O elemento normativo do tipo é temeridade, que significa arriscado, perigoso, imprudente, afoito, insensato. Esse termo deve ser interpretado de forma restritiva, para não abranger aquelas condutas imprudentes, que caracterizam comportamentos apenas culposos, e não dolosos. Assim, evita-se a punição de administradores de instituição financeira por atos de péssima gestão, mas que não intencionados. 3. A hipótese dos autos cuida de atos de gestão, típicos do mercado financeiro e da atividade bancária, que muitas vezes exige arrojo da diretoria da instituição, sem que, necessariamente, importem desejo de geri-la de forma temerária. 4. Apelação não provida. (TRF da 1ª Região, 3ª T. Ap. Crim. 2001.32.00.010253-9/AM, rel. des. fed. Tourinho Neto, DJF1 de 13.02.09).²⁵

Por fim, há a possibilidade da configuração desses crimes pela ocorrência de dolo eventual, desde que, por óbvio, fique provada a assunção do risco de consumação delitiva pelo agente.

3.3.5 - Momento Consumativo

Tema polêmico e controvertido no estudo da gestão fraudulenta e da gestão temerária é seu caráter habitual. Posicionamentos respeitáveis existem tanto no sentido de que são crimes propriamente habituais, quanto no sentido de que sua habitualidade seria meramente imprópria.

Primeiramente, autores como Sebastião de Oliveira Lima e Carlos Augusto Tosta Lima defendem serem crimes habituais próprios²⁶. Segundo essa corrente, *gestão* significa *administração, direção*. Logo, tratar-se-ia de uma ação que somente se perfaz mediante a reiteração de atos, durante um intervalo de tempo. Condutas e atos isolados, por si só, revelam apenas *medidas, providências*, mas nunca uma administração. Administração e, portanto, gestão só pode ser uma atividade

²⁴ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 1ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/default.htm>> Acesso em: 25 mar. 2010

²⁵ Idem.

²⁶ LIMA, Sebastião de Oliveira; LIMA, Carlos Augusto Tosta de. Op. cit., p. 27.

continuada, repetitiva, reiterativa. Os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária, por questões lógicas, seriam então crimes essencialmente habituais. Ao lado desse entendimento há manifestação dos tribunais.

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. DELITO HABITUAL. MOMENTO CONSUMATIVO. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO LAPSO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO NÃO OBSERVADA. RECURSO DESPROVIDO.

A interposição de recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional deve obedecer ao requisito do prequestionamento. Precedente. Se a questão acerca da caracterização do crime de gestão temerária como de perigo concreto ou de perigo abstrato não foi discutida, no acórdão impugnado, com o alcance pretendido pelo recorrente, inviável se faz o reconhecimento de dissídio jurisprudencial sobre o tema. No delito habitual, é a reiteração de ações que constitui a conduta típica, a qual somente se considera inteiramente consumada com o cometimento da última ação. Para fins de contagem do prazo prescricional, no crime habitual, considera-se a data da última das ações que constituem o fato típico. Não se observa a ocorrência de prescrição retroativa se, entre a data do recebimento da denúncia e a do cometimento do último ato de gestão temerária não passou o prazo previsto no inc. V do art. 109 do Código Penal. Recurso desprovido. (STJ, 5º T. REsp 705.334/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 19.09.05).²⁷

Rodolfo Tigre Maia, por outro lado, defende posicionamento diametralmente oposto, dizendo que tais crime apenas são acidentalmente ou impropriamente habituais, uma vez que basta um único ato para a consumação delitiva²⁸. Havendo um ato apenas ou uma reiteração deles, estará realizada a figura típica. Mas que fique claro: um ato basta, mas repetição de tais atos no tempo e no espaço não enseja a pluralidade delitiva. Havendo um ou vários atos, o crime estará consumado. Mas apenas um. E isso porque é um crime habitual impróprio ou acidental. Esse posicionamento também tem guarida nos tribunais, senão vejamos:

1. As penas-bases foram devidamente fundamentadas acima do mínimo legal, não se evidenciando afronta ao art. 59 do Código Penal. **2. Não é necessário habitualidade para a caracterização do delito de gestão temerária, bastando a realização de conduta que se subsuma ao art. 4º, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86** (grifo nosso). 3. Ausência de violação ao princípio do tantum devolutum quantum appellatum, tendo em vista que a própria apelação do Recorrente Mário devolveu toda matéria para o conhecimento do Tribunal Regional da 3ª Região. 4. Reconhecimento da

²⁷SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=gest%E3o+temer%E1ria&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=18>> Acesso em 26 mar. 2010

²⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. Op. cit., p. 60.

ocorrência reformatio in pejus na hipótese, ficando vencida a Ministra Relatora nesta parte. 5. Recursos especiais interpostos por Celso Rui Domingues, Gilberto Rocha da Silveira Bueno, Júlio Sérgio Gomes de Almeida e Alfredo Casarsa Neto desprovidos e recurso especial interposto por Mário Carlos Beni parcialmente provido, com extensão ao co-Réu Vladimir Antônio Rioli. (STJ, 5ª T., REsp. 617.191/SP, rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 05.06.06).²⁹

Alinhamo-nos, em face da divergência, a esse último entendimento, mesmo porque, segundo Guilherme de Souza Nucci, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, decidindo não serem tais crimes propriamente habituais (HC 84.238/BA – DJU de 10.09.2004; HC 81.852/BA – DJU de 14.06.2002)³⁰.

4 – PARTE TERCEIRA: O EMBATE - O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E OS CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

A tipificação dos crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária procedeu-se de forma turbulenta. Desde a edição da Lei 7.492/86, o *caput* e o parágrafo único do art. 4º vêm sendo incansavelmente confrontados pela doutrina, que trabalhos após trabalhos ainda está a questionar a compatibilidade desses tipos penais com o princípio da legalidade.

Uma das principais facetas do princípio da reserva legal é o mandato de certeza ou princípio da taxatividade legal. Por ele, todas as incriminações levadas a efeito por uma norma legal devem cumprir seu intento de maneira precisa, clara, exata. Em outras palavras, a total obediência à idéia de legalidade penal não se perfaz apenas com criminalização *legal* de condutas, mas sim mediante uma criminalização legal da qual se possa apreender inequivocamente os desenhos e contornos do comportamento proibido.

Ora, a extrema concisão da redação dos tipos penais contidos no art. 4º, da Lei 7.492/86, suscita, desde o nascimento desse diploma legal, as seguintes dúvidas na doutrina: estariam os referidos tipos penais acometidos por indesejável

²⁹SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=gest%E3o+temer%E1ria&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=12>> Acesso em: 25 mar. 2010

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 1045.

vacuidade, a ponto de ter sua constitucionalidade fulminada? A concisão presente na letra do art. 4º representaria imprecisão normativa, ensejando ofensa ao princípio da legalidade?

A grande maioria da doutrina, vale dizer, ao responder a esses reiterados questionamentos, tem sustentado, já há algum tempo, que o caráter enxuto da redação do art. 4º seria uma indevida omissão legal de certas informações, que seriam imprescindíveis para o conhecimento exato da conduta efetivamente criminalizada. Nessas circunstâncias, portanto, os tipos penais do *caput* e do parágrafo único do art. 4º seriam patentemente inconstitucionais, por violarem o princípio da reserva legal.

O *caput* do art. 4º, a propósito, sucintamente assevera que gerir fraudulentamente instituição financeira enseja pena de reclusão de três a doze anos, e multa. O parágrafo único do mesmo artigo, por sua vez, estabelece, de forma igualmente concisa, que se a gesta é temerária, a sanção criminal passa a ser de dois a oito anos, e multa. Pois bem, para os defensores da inconstitucionalidade do art. 4º, tal dispositivo normativo feriu de morte legalidade penal, pois o legislador teria se eximido de seu dever constitucional de informar o que, em termos práticos, poderia se subsumir à categoria de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira. E ao fazê-lo, prosseguem, estão, em outras palavras, a relegar função incriminadora a juízes, que no caso concreto se encarregariam de dizer o que é e o que não é gestão fraudulenta e temerária. Tal atividade jurisdicional seria inevitavelmente uma atuação completiva do tipo penal, cuja configuração exata dependeria de uma anômala cooperação legal-judicial. Segundo essa vertente de pensamento, no frigidar dos ovos, a permanência do art. 4º, da Lei 7.492/86, no direito positivo, significaria a transferência da competência de proibir criminalmente ações humanas para o Poder Judiciário, com todas as nefastas conseqüências para o Estado Democrático de Direito que uma atuação legiferante de magistrados poderia acarretar. Daí ser imperiosa a pronta decretação da inconstitucionalidade do art. 4º.

Esse entendimento pode ser ilustrado pela manifestação de importantes juristas, como Manoel Pedro Pimentel, que assim leciona³¹:

³¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 49.

Com a redação extremamente genérica do artigo 4º e de seu parágrafo único, torna-se demasiadamente subjetiva a pesquisa dos elementos do delito.

Ora, alargando desse modo a extensão do tipo objetivo, o legislador criou um monstro ameaçador, que poderá sobressaltar qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cerceando sua ação, inibindo sua iniciativa, porque poderá, em algum momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa, sem que existam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório.

Igualmente partidário da inconstitucionalidade do art. 4º, da Lei 7.492/86, Roberto Podval sublinha o fato de que não há na legislação penal qualquer referência ao conceito de gestão temerária, não existindo, por conseguinte, segundo seu entendimento, fontes seguras de conhecimento da definição exata de gestão temerária. Tal circunstância faz o jurista qualificar a abertura das figuras típicas como inaceitáveis, por afrontarem o princípio da reserva legal. Podval finaliza dizendo que é imperiosa a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, pois os princípios constitucionais não poderiam ser flexibilizados, sob pena de grande insegurança social³².

Outro não é o entendimento de Antonio Rodrigues Silva, para quem o art. 4º, da Lei 7.492/86, “deixou de traçar os contornos necessários ao delineamento da figura típica, ferindo flagrantemente a regra da taxatividade, verdadeira expressão do *nullum crimen sine praevia lege*”³³.

A jurisprudência, num passado recente, já chegou a se posicionar em sintonia com as razões esposadas pelos que criticam a tipificação contida no art. 4º. É o que se vê de uma decisão judicial de 1997, exarada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que abaixo se colaciona:

1. O crime de gestão temerária de instituição financeira, em afronta ao princípio da reserva legal, não descreve quais as condutas incriminadas, nem quaisquer elementos ou circunstâncias que delimitem o tipo objetivo, a exigir, portanto, maior cautela na instauração da ação penal. 2. Na interpretação do elemento normativo, tem-se por temerária a gestão abusiva, inescrupulosa, imprudente, arriscada além do aceitável nas atividades particulares, que ponha em risco os bens protegidos pela norma – a saúde financeira da instituição, patrimônio de investidores, a confiança do mercado e dos negócios e a harmonia do sistema financeiro como um todo. 3. Não pode ser tida por temerária a gestão que, por diversos anos e em milhares de operações,

³² PODVAL, Roberto. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. In: Leis penais e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 828.

³³ SILVA, Antonio Rodrigues. **Crimes do colarinho branco**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 41.

obteve lucro e crescimento para a instituição e para os investidores, havendo-se com prejuízo apenas em insignificante número de operações, que redundaram em prejuízo mínimo, num curto espaço de tempo, suportado pela própria instituição (...) 4. Patente a atipicidade das condutas imputadas aos pacientes, impõe-se o trancamento da ação penal. (TRF da 3ª Região, 2ª T, HC nº 5.872, rela. juíza Sylvania Steiner, em 22.4.1997)³⁴.

Não é estranha aos tribunais, portanto, a discussão quanto à compatibilidade dos enunciados do art. 4º com o princípio da legalidade, discussão essa que guarda em si um debate de envergadura ainda maior: estaria o art. 4º a legitimar desenfreada arbitrariedade estatal no exercício de seu poder de punir, ultrajando, por conseqüência, as tão caras garantias cidadãos do Estado Democrático de Direito? A resposta afirmativa é justamente onde querem desembocar os opositores da vigência do art. 4º, da Lei 7.492/86, que não admitem, sob hipótese alguma, que se possa trabalhar com tipos de tão poucas palavras. Não enxergam meios de se viabilizar um mínimo de segurança jurídica na incidência dessa figuras típicas. Por questões lógicas, portanto, acabam por insistentemente defender a inconstitucionalidade dos tipos penais, pleiteando sua pronta saída do sistema.

Inegavelmente os tipos penais disseram pouco. Melhor seria se tivessem dito mais, listando, mesmo que exemplificativamente, as hipóteses de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira, a permitir, na seqüência, interpretações extensivas. Mas infelizmente não o fizeram. Mas nem por isso, vale dizer, justifica-se a drástica medida de declaração de inconstitucionalidade do referido art. 4º, vez que as nocivas conseqüências da vacuidade de tipos penais, nesse caso em específico, não se verificam.

Eugênio Raúl Zaffaroni, citado por Nilo Batista, ensina que há três mais freqüentes modalidades de violação do princípio da taxatividade legal³⁵. São elas:

a) Ocultação do núcleo do tipo: núcleo do tipo é o verbo que revela a conduta proibida. Não raro tal verbo é ocultado na redação do tipo penal, ou simplesmente escamoteado por outro verbo, de modo a dificultar a apreensão da ação efetivamente incriminada.

b) Falta de precisão semântica dos elementos do tipo: certos tipos penais são construídos em torno de elementos cuja significação é imprecisa, nebulosa e de tortuosa cognição. Tais elementos não se confundem com os elementos normativos

³⁴ DAVID, Fernando Lopes. Op. cit., p. 20.

³⁵ ZAFFARONI apud BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 81-82.

do tipo penal. Esses são apenas aqueles cujo significado não é facilmente apreensível pelos sentidos, exigindo do hermeneuta uma valoração que irá buscar subsídios em sistemas culturais ou jurídicos de conceitos e categorias. A utilização desses elementos normativos é plenamente legítima, pois conforme aos princípios do Direito Penal. Os elementos de que aqui se trata, porém, não são os normativos, mas sim aqueles acometidos de imprecisão semântica, que assim se classificam pois não são capazes de remeter o intérprete a um seguro sistema de conceitos capaz de informar precisamente seu significado. Sua imprecisão semântica, por consequência, contamina a própria aptidão informativa do tipo penal, de cuja leitura não será possível captar, com a devida exatidão, a conduta incriminada. Como exemplo de tipos penais que padecem desse mal, tem-se o art. 245, do Código Penal, que trabalha com a sujeição da criança a “perigo moral”. Ora, não há recursos seguros para se aferir objetivamente o que seja “perigo moral”. Qualquer tentativa de se definir tal expressão seria mero exercício de subjetividade, o que contribuiria para desuniformizar a cognição do conteúdo da proibição típica. E o que dizer então das expressões “casa mal-afamada” e “espetáculo capaz de pervertê-lo” contidas no art. 247, do Código Penal? Igualmente, exemplificam a imprecisão semântica de elementos do tipo que Zaffaroni aponta como contrária ao princípio da taxatividade legal.

c) *Tipificações abertas*: tipos penais podem ser fechados ou abertos. Fechados são aqueles em que o comportamento proibido é descrito de forma completa, de tal modo que, conforme ensina Francisco de Assis Toledo, não deixa “[...] ao intérprete, para a verificação da ilicitude, outra tarefa além da constatação da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica, bem como a inexistência de causas de justificação [...]”³⁶. Já os tipos penais abertos carecem de descrição completa da conduta não permitida, exigindo do intérprete a integração do tipo no caso concreto, dentro dos limites e orientações postas pelo próprio tipo penal. Nos tipos penais abertos, portanto, o legislador não esgota os detalhes e minúcias do comportamento proibido, demandando posterior participação do magistrado para a perfeita determinação dos contornos da ação proibida. Ora, por óbvio, a redação incriminadora do tipo penal aberto não é taxativa, pois se o fosse, de tipo fechado se estaria a falar. Em outras palavras, num tipo penal aberto a

³⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 136.

conduta não está integralmente delineada na letra da lei, funcionando como uma norma penal incriminadora que não estaria em plena harmonia com o mandamento da taxatividade legal. Segundo Zaffaroni, tipos penais abertos, apesar de aceitos pelo ordenamento jurídico como legítimos mecanismos de penalização de comportamentos, não são as melhores ilustrações de observância do mandato de certeza, pois instam, mesmo que nos estritos termos da própria lei, a intervenção do Poder Judiciário na elucidação do comportamento proibido.

Porém, Zaffaroni, agora na companhia de Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, no livro *Direito Penal Brasileiro*, ensina que nem sempre a declaração de inconstitucionalidade da lei penal é a melhor resposta para lesões ao princípio da taxatividade legal³⁷. Logicamente, o ideal é que o legislador, ao construir o tipo penal, esgote todas as possibilidades de definição integral da conduta proibida. Isto é, o mais recomendável é que o legislador siga à risca as exigências de completude e precisão legal ao proibir criminalmente uma conduta. Todavia, se não o fizer, ou seja, se o legislador eventualmente omitir o núcleo do tipo, utilizar elementos de imprecisão semântica ou construir tipos penais abertos, o melhor caminho pode ser a permanência do tipo penal no sistema, seguida da aplicação do chamado *princípio da máxima taxatividade interpretativa*.

Em outras palavras, Zaffaroni *et al* afirmam que ocorrendo descumprimento da idéia de *taxatividade legal*, duas alternativas nos restam: *a)* declaração de inconstitucionalidade da norma penal; *b)* aplicação do *princípio da máxima taxatividade interpretativa*.

Interpretação de normas é o exercício racional de apreensão do sentido da norma, a fim de viabilizar sua adequada aplicação subsequente. Ora, princípio da máxima taxatividade interpretativa é o mandamento que estabelece que, mesmo diante de eventual vacuidade ou imprecisão da norma penal incriminadora, toda e qualquer interpretação do tipo legal de crime deve ser a mais precisa, exata e, portanto, segura possível. Se de um tipo penal violador da taxatividade legal puder resultar uma interpretação clara, coerente e segura, não há motivos para sua declaração de inconstitucionalidade.

³⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 207.

Em primeiro lugar, interpretação segura é aquela que não enseja contradições sistêmicas. O sentido hermeneuticamente apreendido da norma legal não pode ser dissonante da lógica e da principiologia do restante do sistema de proibições da matéria, sob pena de se operar uma verdadeira ruptura com a disciplina legal existente. A harmonia entre o resultado da interpretação e ordenamento jurídico existente é decisiva para se dizer se a tal interpretação é segura ou não.

Em segundo lugar, a atividade interpretativa voltada à suprir a vacuidade, obscuridade ou imprecisão do tipo legal de crime não pode recorrer a elementos situados em esferas por demais distantes. Pois se houver a necessidade de se buscar recursos em âmbitos extremamente longínquos, tal atividade interpretativa estará denunciando o quão grave e intensa é a obscuridade, a vacuidade ou a imprecisão do tipo penal, cuja permanência no sistema estará reflexamente desaconselhada.

Ainda, certos tipos penais são dotados de irremediável irracionalidade, de modo que nenhuma segurança pode existir em interpretações desses tipos penais.

Pois bem, se os tipos penais vagos forem irremediavelmente irracionais, o melhor caminho é sua declaração de inconstitucionalidade. De igual forma, se a interpretação do tipo penal promover o rompimento com a disciplina penal posta, bem como se a interpretação recorrer a elementos de esferas muito afastadas, a saída mais adequada será mesmo a pronta decretação da inconstitucionalidade dos tipos penais vagos, obscuros ou imprecisos. E isso porque a interpretação que eventualmente deles se faça nunca será segura, o que, por si só, representa a impossibilidade da aplicação do princípio da máxima taxatividade interpretativa.

Esses problemas que maculam o caráter exato e seguro da interpretação de um tipo penal nitidamente vago, vale dizer, não estão presentes nas normas penais incriminadoras postas no *caput* e no parágrafo único do art. 4º, a Lei nº 7.492/86.

Como já frisado anteriormente, o referido dispositivo, em sua cabeça, afirma que gerir fraudulentamente instituição financeira acarreta reclusão de três a doze anos, mais multa. Na seqüência, diz que se a gestão é temerária, a reclusão passa a ser de dois a oito anos, e multa. Da leitura de tais normatizações, verifica-se que a proibição em si das condutas foi feita de forma integral pelo legislador. Ora, ao lermos o *caput* e parágrafo único do art. 4º, da Lei nº 7.492/86, prontamente entendemos que gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira são ações humanas repudiadas pelo direito positivo, o qual se encarregou de rotulá-las

como delituosas. Conseguimos facilmente, inclusive, salvo as relatadas exceções, identificar que são dois crimes tipificados, um mais gravoso que o outro. Não há, portanto, vacuidade, imprecisão ou obscuridade na indicação daquilo que é efetivamente incriminado. Isso está claramente posto pelo tipo penal. No máximo, poderia se argumentar que não foram feitas exemplificações dos comportamentos proibidos, as quais seriam úteis para a aplicabilidade do art. 4º. Mas nem por isso está contaminada a indicação do objeto da incriminação. Dúvidas não há: o que se proíbe são a gestão fraudulenta e a gestão temerária de instituição financeira.

O que não dá para saber da simples leitura do art. 4º, da Lei nº 7.492/86 é o *que são* gestão fraudulenta e gestão temerária. Esses conceitos não estão na lei, de modo que a repetida e reconhecida vacuidade do art. 4º, em verdade, está justamente na falta de definição das categorias *gestão fraudulenta* e *gestão temerária*. Nesse quesito, isso sim, o art. 4º disse pouco.

Todavia, ao contrário do que muitos autores sustentam, os recursos para suprimento dessa vacuidade podem ser fornecidos pela jurisprudência de forma segura. Ora, o que falta para a exatidão completa da redação proibitiva do art. 4º são os conceitos de gestão fraudulenta e de gestão temerária. E nada mais. A busca por tais definições não exige, vale dizer, grandes esforços das instâncias julgadoras, as quais sequer terão que empreender atividades criativas e inventivas.

Inicialmente, o termo *gestão* não enseja polêmicas ou incertezas: significa administração, direção, governo. Basta, portanto, valer-se da linguagem cotidiana para se ter em mãos o conceito de *gestão*.

Fraudulenta, por sua vez, é uma palavra de ampla utilização na própria legislação penal, que de seu conceito se valeu para a confecção de vários tipos penais. A idéia de fraude está presente, por exemplo, entre os art. 171 (estelionato) e 179 do Código Penal. De tais formulações típicas se extrai que atuar fraudulentamente é atuar de maneira artilosa, maliciosa, enganosa. Ou seja, atuar com má-fé. Verifica-se, portanto, que o conceito de *fraudulento* está no próprio sistema jurídico de proibições criminais, de onde a jurisprudência deve justamente buscá-lo para o manejo da tipificação de gestão fraudulenta de instituição financeira. A presença da definição na legislação penal está a sugerir que o elemento que se procura não está longe e que nenhum exercício criativo a seu respeito precisará ser feito. Basta então que a jurisprudência beba das fontes legais e terá o que procura de maneira exata e segura. O fato de que se recorrerá ao próprio ordenamento

jurídico para apreender significados garante que da interpretação posterior não restará um rompimento com a regulamentação legal do assunto.

Já *temerária* não está conceituada na lei. Mas nem por isso seu conceito poderá ser livremente inventado, moldado ou engendrado pela jurisprudência ou pela doutrina. E isso porque não se trata de uma palavra oculta, obscura, incomum. Trata-se de um termo usual, definido precisamente no dicionário, ao qual qualquer interpretação judicial deve fidelidade. Diz o Novo Dicionário Aurélio³⁸:

Temerário. [do lat. *temerariu*]. *Adj.* 1. Arriscado, imprudente, perigoso. 2. Arrojado, audacioso, atrevido; precipitado. 3. Que indica ou implica temeridade; golpe: *golpe temerário*. 4. Sem fundamento, sem base; infundado: *juízo temerário*.

A jurisprudência e a doutrina, portanto, não dispõe da lei para buscar a definição de *temerária*. Mas possui, como se vê, fontes seguras para buscar uma definição capaz de viabilizar uma adequada aplicação do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

Em oposição ao que certos doutrinadores defendem, os julgadores não irão simplesmente inventar conceitos, mas se valerão dos conceitos que já existem e que já foram construídos de forma clara em outras esferas distintas, porém não excessivamente distantes, do art. 4º, da Lei nº 7.492/86, o qual, bem sabemos, sequer tinha a obrigação de efetuar definições. Na seqüência, devidamente munidos dos conceitos que aclaram o sentido das incriminações, as agências julgadoras irão proceder a tradicional subsunção dos casos concretos aos moldes abstratos dos comportamentos legalmente proibidos. Partindo da premissa legal de que gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira são proibidas e dispondo de definições precisas de tais categorias, o julgador irá averiguar, segundo seu livre convencimento constitucionalmente garantido, se o comportamento concreto se encaixa ou não nos conceitos garimpados em fontes seguras.

Dizem alguns que a redação concisa do *caput* e do art. 4º, da Lei 7.492/86, abriria portas para a arbitrariedade dos magistrados, que conceituando livremente gestão fraudulenta e gestão temerária, estariam efetivamente criminalizando condutas, escolhendo, segundo seu juízo, o que seria e o que não seria proibido.

³⁸ TEMERÁRIO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 7. tir. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 1363.

Isso não é verdade. A lei, como vimos, definiu as condutas que seriam proibidas. Disse, a sua maneira, que proibidas são as condutas de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira, sem, entretanto, conceituá-las. Os julgadores, por sua vez, ao se encarregarem de dar aplicabilidade aos tipos penais em questão, não fabricam conceitos, mas vão buscá-los em fontes legítimas e idôneas. A fidelidade judicial a tais fontes, aliás, é bem ilustrada pelos julgados anteriormente transcritos, que trabalham os conceitos de gestão fraudulenta e de gestão temerária com certa uniformidade e padronização, afastando as alegações de que cada magistrado acaba por construir seu próprio conceito. Essa padronização, frisa-se, é fruto direto da exatidão e clareza das referidas fontes de conceituação. Pois bem, logo em seguida, dispondo de tais conceitos, os juízes apenas cumprirão seu dever constitucional de conferir se situações concretas se amoldam ou não às proibições legais. Onde está a arbitrariedade? Não há arbitrariedade, pois a incriminação da conduta é feita integralmente pela lei e os julgadores apenas se valem de definições advindas de outras fontes, que são distintas do tipo penal incriminador, para exercer sua própria atividade jurisdicional.

Que diferença há entre a hipótese em estudo e o crime de homicídio, no que tange ao raciocínio subsuntivo operado pelo juiz? Nenhuma. No tipo penal de homicídio, consta que é proibido matar alguém. E mais nada. Qualquer adicional informação sobre o que exatamente é matar alguém deve ser buscada em outras fontes. E essa busca é invariavelmente o que o juiz faz, para, na seqüência, comparar as situações fáticas com as definições angariadas. Ao efetuar tal comparação, o magistrado não está escolhendo o que será proibido, pois tal escolha já foi feita pela própria lei. No caso, a lei escolheu que o ato de matar seria proibido. O juiz está, em verdade, avaliando, conforme seu livre juízo garantido pela constituição, se as condutas concretas se subsumem a proibição abstrata previamente feita pela lei. Semelhantes, portanto, os tipos penais de homicídio, de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira que, sem dar margem à arbitrariedade judicial e sem permitir que os magistrados ultrapassem a fronteira do livre convencimento do juiz, sugerem a participação judicial no esclarecimento de categorias contidas nas proibições legais, o que se faz não com atividade criativa, mas com recurso a fontes seguras de conceituação.

Percebe-se, portanto, que as tipificações dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária comportam certa dose de vacuidade, pois não explicitam os

conceitos de *gestão fraudulenta* e de *gestão temerária*. Sabemos que não é do feitio das normas legais efetuar conceituações; porém, mais recomendável seria, no presente caso, se o art. 4º desde logo definisse as categorias que proíbe, trazendo inclusive exemplificações, pois quaisquer dúvidas quanto ao alcance da norma estariam extirpadas. Mas tais definições não foram feitas, ensejando tipos penais concisos e de redação vaga. Enfim, o art. 4º é composto de tipos penais abertos, em que não estão definidos todos os elementos da incriminação típica.

No entanto, mesmo em face da vacuidade presente nesses tipos penais, o caminho mais adequado não é a declaração de inconstitucionalidade. Como vimos, apesar da abertura existente na redação legal dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira, a interpretação judicial que recai sobre tais tipos possui plenas condições de ser exata, precisa, clara e, portanto, segura. O papel do julgador será tão-somente o de buscar e apreender os conceitos e definições constantes nas referidas fontes idôneas, trazendo-os para a interpretação que desembocará na aplicação das incriminações postas no art. 4º, da Lei nº 7.492/86. Considerando, portanto, que cada magistrado não irá, por si só, inventar seus próprios conceitos de gestão fraudulenta e de gestão temerária, mas obedecerá um inoxidável padrão conceitual advindo de fontes seguras, naturalmente a interpretação dos tipos penais fundada nessas conceituações será clara, precisa, exata, segura. Ou seja, a interpretação dos referidos tipos penais, inegavelmente vagos, não promoverá ruptura com a disciplina legal do tema, nem buscará elementos integrativos em esferas muito distantes e nem será também uma inócua interpretação de um tipo penal irracional. Isso significa que mesmo com a indesejável abertura presente no art. 4º, não se consumam, em última análise, as nocivas conseqüências do descumprimento da idéia de taxatividade legal, tais como arbitrariedade judicial e fracasso da função informativo-pedagógica dos tipos legais de crime, uma vez que a exatidão da subsequente interpretação judicial se encarrega de afastar a possibilidade de ocorrência desses desdobramentos nefastos. Não se justifica, por conseguinte, a pronta decretação de inconstitucionalidade, uma vez que desaconselhável medida de tamanha drasticidade. Pela possibilidade de se efetivar uma interpretação precisa dos tipos penais, a via mais adequada frente à vacuidade legal, é a manutenção da vigência dos tipos penais pela aplicação do *princípio da máxima taxatividade interpretativa*.

Por fim, esse posicionamento, vale dizer, não destoaria das mais recentes manifestações jurisprudenciais a respeito da problemática da compatibilidade do art 4º, da Lei nº 7.492/86 com o princípio da legalidade. Vejamos:

1. Não possui amparo jurídico a denominada prescrição antecipada, que tem como referencial a condenação hipotética. 2. **Nada há de inconstitucional na definição do tipo do artigo 4º da Lei 7.492/96. A aventada ofensa ao princípio da legalidade - que por sua vez realiza-se através da obrigação de descrever-se os tipos penais com conduta e elemento subjetivo do injusto de forma clara - não ocorre pela só razão de que a gestão temerária e a gestão fraudulenta são expressões componentes de um tipo penal aberto que permite ao intérprete agregar valores sem ruptura com o princípio da tipicidade.** 3. A alegação de quebra de sigilo bancário desafia ampla dilação probatória, inconciliável com a via estreita do Habeas Corpus. 4. Ordem denegada. (TRF da 1ª Região, 4ª T, HC 2006.01.00.029141-2/MG, rel. des. fed. Hilton Queiroz, DJ de 30.10.2006).³⁹

1 - Malgrado o tipo do artigo 4º da Lei 7.492/96 seja aberto, tal abertura não fere o princípio constitucional da tipicidade e nem estabelece qualquer inconstitucionalidade na sua previsão. 2 - "Nada há de inconstitucional na definição do tipo do artigo 4º da Lei 7.492/96. A aventada ofensa ao princípio da legalidade - que por sua vez realiza-se através da obrigação de descrever-se os tipos penais com conduta e elemento subjetivo do injusto de forma clara - não ocorre pela só razão de que a gestão temerária e a gestão fraudulenta são expressões componentes de um tipo penal aberto que permite ao intérprete agregar valores sem ruptura com o princípio da tipicidade." (HC 2006.01.00.029141-2/MG, TRF/1ª Região, Quarta Turma, DJ de 30/10/2006, p. 163). 3 - "Evidenciando-se a presença de indícios quanto à materialidade e autoria do ilícito relativo a gestão temerária e/ou fraudulenta não deve o habeas corpus ser utilizado para coarctar a ação penal instaurada, ante a impossibilidade do exame aprofundado de provas." (HC 2005.01.00.055415-4/DF, TRF/1ª Região, Terceira Turma, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, DJ de 21/10/2005, p. 19). 4 - Habeas Corpus denegado. (TRF da 1ª Região, 4ª T, HC 2006.01.00.038734-0/MT, rel. des. fed. Hilton Queiroz, DJ de 24.01.2007).⁴⁰

³⁹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1ª REGIÃO. Disponível em:

<<http://www.trf1.gov.br/default.htm>> Acesso em 24 mar. 2010.

⁴⁰ Idem.

5 - CONCLUSÃO

O princípio da legalidade é o guardião do cidadão em face do Estado e seu poder de punir. É o freio do ímpeto punitivo estatal, sem o qual as sanções criminais deitar-se-iam sobre os sujeitos, acachapando-os como uma planta que nasce para ser pisada.

Uma de suas quatro facetas é o mandato de certeza, que exige que um crime não apenas seja veiculado estritamente por uma norma legal, mas também que tal norma seja clara, precisa, taxativa em suas disposições, a fim de que dela se possa extrair com segurança aquilo que de fato é proibido.

Os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira são tipificados em normas legais que primaram pela concisão, deixando de definir o que exatamente se entenderia por gestão fraudulenta e por gestão temerária. Nem sequer arrolaram hipóteses exemplificativas das condutas proibidas. Limitam-se, em verdade, apenas a cominar as penas para a gestão fraudulenta e a gestão temerária que porventura ocorram.

Essa peculiar redação dos tipos penais de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira despertou a atenção da doutrina e da jurisprudência, que passaram a indagar se em tal concisão não habitaria uma incompatibilidade com o princípio da legalidade, especificamente o princípio da taxatividade legal.

De fato, não há como negar que os aludidos tipos penais, que encontram pouso o art. 4º, da Lei nº 7.492/86, não cumprem à risca o princípio da taxatividade legal, comportando certa dose de vacuidade.

Todavia, há plenas condições de se realizar uma interpretação segura, precisa, clara de tais tipos, que são eminentemente abertos. Ou seja, as definições de gestão fraudulenta e de gestão temerária não serão simplesmente inventadas pelos julgadores, mas serão buscadas em fontes idôneas e legítimas, conferindo certa uniformidade jurisprudencial no trato de tais conceitos. E de posse de conceitos construídos e garimpados de forma objetiva, os julgadores poderão, segundo seu livre convencimento, operar a subsunção dos casos concretos às hipóteses abstratas de proibição, devidamente aclaradas pelos conceitos advindos de outras fontes próximas. Portanto, mesmo não havendo os exemplos legais de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira, cuja presença

seria o ideal para a atividade judicial, o julgador possui condições de aferir a ocorrência ou não de tais crimes de forma segura, pois estará munido dos conceitos exatos de gestão fraudulenta e de gestão temerária, que se ausentes na lei, de outras fontes confiáveis podem ser retirados.

Logo, a pronta declaração de inconstitucionalidade dos tipos penais em tela não se justifica, pois apesar da desaconselhável concisão da redação legal, a precisa interpretação possível de tais tipos é capaz de barrar ingerências arbitrárias de magistrados, que não terão espaço para ultrajar as fronteiras do livre convencimento judicial e legislar em prol da criminalização de condutas. Há aparato suficiente para que o juiz possa somente trafegar nos estritos termos de sua constitucional função de subsumir fatos concretos a protótipos legais e abstratos de proibições, função essa que se realiza em absolutamente todos os crimes tipificados no ordenamento jurídico.

Portanto, pela ampla possibilidade de segurança na interpretação judicial dos crimes do art. 4º, da Lei nº 7.492/86, mais adequada resposta para a vacuidade em suas tipificações é a aplicação do *princípio da máxima taxatividade interpretativa*, pensamento, aliás, que se coaduna com o mais atual entendimento dos tribunais nacionais.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação de Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

DAVID, Fernando Lopes. **Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Jurisprudência na Íntegra e Ementas**. São Paulo: Iglu, 2003.

LIMA, Sebastião de Oliveira; LIMA, Carlos Augusto Tosta de. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Atlas, 2003.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal: projeções contemporâneas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MANTECCA, Paschoal. **Crimes contra a Economia Popular e Sua Repressão**. São Paulo: Saraiva, 1985.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PODVAL, Roberto. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. In: Leis penais e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Antonio Rodrigues. **Crimes do colarinho branco**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

TEMERÁRIO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 7. tir. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/default.htm>> Acesso em 24 mar. 2010.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 4ª REGIÃO. Disponível em:
<http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php> Acesso em: 20 mar. 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=gest%E3o+temer%E1ria&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=gest%E3o+temer%E1ria&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=12>> Acesso em: 25 mar. 2010

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=gest%E3o+temer%E1ria&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=18>> Acesso em 26 mar. 2010

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

