

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO PROFISSIONAL *STRICTO SENSU* EM DIREITO

MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

JOÃO PEDRO CAMPOS LORENZO FERNANDEZ

**A LESIVIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL DO CRIME DE GESTÃO
TEMERÁRIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO À AFETAÇÃO DO BEM
JURÍDICO TUTELADO**

BRASÍLIA

2023

JOÃO PEDRO CAMPOS LORENZO FERNANDEZ

**A LESIVIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL DO CRIME DE GESTÃO
TEMERÁRIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO À AFETAÇÃO DO BEM
JURÍDICO TUTELADO**

Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa
de Mestrado Profissional em Direito, sob a orientação
do Dr. Ney Bello apresentado para obtenção do Título
de Mestre em Direito

BRASÍLIA

2023

Código de catalogação na publicação – CIP

F3631 Fernandez, João Pedro Campos Lorenzo

A lesividade na persecução penal do crime de gestão temerária: uma análise crítica quanto à afetação do bem jurídico tutelado/ João Pedro Campos Lorenzo Fernandez. Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023.

109 f.

Dissertação - Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado Profissional em Direito, 2023.

Orientador: Prof. Dr. Ney Bello.

1. Direito penal. 2. Direito penal econômico. 3. Sistema financeiro nacional. 4. Gestão temerária. I. Título

CDD 341.509

JOÃO PEDRO CAMPOS LORENZO FERNANDEZ

**A LESIVIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL DO CRIME DE GESTÃO
TEMERÁRIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO À AFETAÇÃO DO BEM
JURÍDICO TUTELADO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito

Data da Defesa: 11 de setembro de 2023

BANCA EXAMINADORA

Dr. Ney de Barros Bello Filho

Prof. Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Dr. Alexandre Lima Wunderlich

Prof. Avaliador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Dr. Rodrigo de Souza Costa

Prof. Avaliador

Universidade Federal Fluminense

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha esposa, Ana Carolina, por toda a paciência e pelo suporte que me deu durante o período em que me dediquei a este trabalho, me ajudando nos finais de semana e madrugadas de estudo.

Agradeço, ainda, ao professor Ney Bello por toda a orientação e apoio que me deu, sempre muito solícito e à disposição.

Gostaria de agradecer, também, a ajuda que tive dos professores e amigos Alexandre Wunderlich e Rodrigo Costa, que me deram valiosos *insights* durante a qualificação, que certamente enriqueceram o meu estudo.

No mais, agradeço à minha família, por ter me concedido as oportunidades que tive para estudar e me desenvolver profissionalmente, bem como aos amigos do meu escritório, que me deram todo o apoio que precisei durante o período em que me dediquei ao mestrado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
METODOLOGIA.....	12
1. O BEM JURÍDICO NA LEI 7.492/86.....	15
1.1. CONCEITO E FUNÇÃO DE BEM JURÍDICO	17
1.2. O princípio da lesividade: o crime como dano (ou risco de dano) a bens jurídicos.....	32
1.3. A relação entre risco e o direito penal contemporâneo no desenvolvimento das atividades financeiras	42
1.4. O bem jurídico protegido no artigo 4º da Lei nº 7.492/1986	49
2. A PERSECUÇÃO PENAL DO CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA	60
2.1. A aplicação dos princípios da taxatividade e lesividade	61
2.2. Estrutura típica do crime de gestão temerária	71
2.3. A afetação ao bem jurídico apta a configurar o crime de gestão temerária	81
2.4. O risco ao bem jurídico nos julgados analisados (TRF-2).....	87
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS	105

RESUMO:

O direito penal tem a função de proteger os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, sendo certo que apenas se houver uma lesão ou risco de lesão a esses bens jurídicos poderá ser acionada a *jus puniendi* estatal. Não obstante, a criminalidade contemporânea caracteriza-se por proteger bens jurídicos coletivos, de densidade difusa. Além disso, com o objetivo de tutelar uma série de atividades econômicas complexas, que são cada vez mais comuns na nossa sociedade atual, o Legislador tem se utilizado da criação de tipos penais abertos e, muitas vezes, de perigo abstrato. Nesse contexto, mostra-se extremamente difícil aplicar o princípio da lesividade na persecução penal dos crimes que estão inseridos no denominado direito penal econômico. O presente trabalho pretende analisar como deve ser a afetação do bem jurídico no direito penal econômico. Para tanto, definiu-se como objeto de análise o crime de gestão temerária, tipificado no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986. A escolha do referido delito se deve ao fato de que o crime possui uma tipicidade aberta e há relevante discussão se seria de perigo abstrato ou concreto – características que são comuns a muitos crimes econômicos. Por meio de análise bibliográfica, serão estabelecidas premissas que devem ser observadas para justificar a persecução penal nesse tipo de caso. Posteriormente, serão analisados julgados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com o objetivo de entender como os juízes têm aplicado a norma e quais parâmetros têm seguido.

Palavras-chave: direito penal; lesividade; direito penal econômico; crimes contra o sistema financeiro nacional; gestão temerária.

ABSTRACT:

Criminal law has the function of protecting the most relevant legal interests for society, and it is certain that the state's *jus puniendi* can only be invoked if there is harm or risk of harm to these legal interests. Nevertheless, contemporary criminality is characterized by protecting collective legal interests of diffuse density. Additionally, in order to safeguard a series of complex economic activities that are increasingly common in our current society, the legislator has resorted to the creation of open-ended criminal offenses and often abstract danger offenses. In this context, it is extremely difficult to apply the principle of harmfulness in the criminal prosecution of offenses encompassed by what is known as economic criminal law. This paper aims to analyze how the legal interest should be affected in economic criminal law. Therefore, the crime of reckless management, defined in Article 4, sole paragraph, of Law No. 7,492/1986, was defined as the object of analysis. The choice of this offense is due to the fact that it exhibits an open definition, and there is significant debate as to whether it constitutes abstract or concrete danger – characteristics that are common to many economic crimes. Through bibliographic analysis, premises will be established that must be observed to justify criminal prosecution in this type of case. Subsequently, decisions from the Regional Federal Court of the 2nd Region will be analyzed in order to understand how judges have applied the law and which parameters they have followed.

Palavras-chave: Criminal law; economic crimes; financial crimes; reckless management.

INTRODUÇÃO

Hoje em dia, pacificou-se que o direito penal se presta a proteger bens jurídicos. A definição do que vem a ser bem jurídico, contudo, é alvo diversos questionamentos na doutrina. Apesar de não existir um conceito pacífico sobre seus contornos, a aceitação da teoria do bem jurídico permite, tanto ao legislador quanto ao aplicador do direito, avaliar se determinada conduta, de fato, é digna de punição no âmbito criminal.

Atribuir ao direito penal a função de proteger bens jurídicos relevantes impede que simples pensamentos ou convicções morais, que não possuem repercussões negativas perante a sociedade, sirvam de fundamento para incriminação de condutas. Assim, a exigência de que o direito penal proteja apenas e tão somente aqueles bens de maior relevância e importância é fundamental no Estado Democrático de Direito, servindo como escudo contra arbitrariedades e, ao mesmo tempo, como garantia de proteção à dignidade humana.

Portanto, para este estudo, estabelece-se como premissa a ideia de bem jurídico como elemento limitador do legislador e orientador dos operadores do direito. Isto é, sem ignorar as críticas à teoria do bem jurídico, aceitar seu conceito acaba estabelecendo um critério negativo do poder punitivo, restringindo o crescimento desenfreado de comportamentos puníveis, bem como auxiliando na resolução de problemas jurídicos, como, por exemplo, o concurso aparente de normas e o início da execução criminoso¹. Ou seja, a teoria e o conceito de bem jurídico colaboram para a correta aplicação da Lei Penal, evitando arbitrariedades do Estado no exercício da *ius puniendi*.

A identificação desses bens dotados de relevância penal, todavia, também não é tarefa simples, especialmente nos tempos modernos e na sociedade em que vivemos. Se, antigamente, os bens jurídicos tutelados pela norma penal eram, majoritariamente, individuais (como a vida), atualmente, há um número cada vez maior de tipos penais que tutelam bens jurídicos coletivos, que são de difícil percepção para o cidadão (como o meio ambiente, que nem sempre sua afetação é perceptível de plano e, por vezes, seus efeitos se prolongam ao longo dos anos).

Ademais, após a revolução industrial e com o recente fenômeno da globalização, tornou-se fundamental para o avanço econômico de uma nação desenvolver novas tecnologias, investir no aprimoramento das técnicas de produção em massa e utilizar meios de comunicação

¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 40/41.

modernos, que permitam a troca de informações e dados em larga escala, em âmbito mundial. Contudo, se, por um lado, o Estado deve incentivar o avanço econômico, por outro lado, o surgimento dessas novas tecnologias e meios de produção não é acompanhado por estudos e instrumentos que possam medir os riscos atrelados à inovação, causando incerteza, insegurança e obrigando a sociedade a viver em um constante estado de risco. Portanto, na sociedade atual, o risco se tornou intrínseco (e até necessário) ao desenvolvimento social e econômico do Estado².

Acontece que, ao mesmo tempo que o risco se torna cada vez mais constante na rotina dos cidadãos, a aversão ao risco também vem crescendo, justamente porque eventuais resultados lesivos que podem decorrer das atividades econômicas atuais tem o condão de causar prejuízos imensuráveis e lesões irreparáveis. Assim, para regular essas atividades arriscadas, o Estado tem se valido do direito penal. Nesse sentido, revela-se cada vez mais comum a criação de tipos penais excessivamente abertos e que protegem bens jurídicos de densidade difusa³. Além disso, a tipificação dos crimes de perigo e de mera conduta igualmente tem se mostrado um artifício utilizado pelo Poder Público para evitar futuras lesões a bens jurídicos considerados especialmente relevantes.

Não obstante isso, a doutrina ensina que

as situações sobre as quais a intervenção penal se justifica não devem ser livremente estabelecidas pelo legislador, constituindo o bem jurídico e o princípio da ofensividade as molduras mínimas das decisões político-criminais, vale dizer, os limites críticos fundamentais do Direito Penal. Dessa forma, evita-se a interferência estatal em condutas relacionadas meramente a concepções morais ou carentes de relevância penal, ainda que partilhadas pela maioria.⁴

É inegável que a tarefa atribuída ao aplicador do direito é árdua. A depender do caso, não é simples julgar, por exemplo, se determinada conduta praticada no mercado financeiro colocou em risco os bens jurídicos tutelados pela norma penal, o que autorizaria o uso do direito penal para reprimir a ação. Por outro lado, considerando-se que o direito penal aplica as sanções mais severas, seu uso deverá ser limitado apenas aos casos em que demais ramos do direito ou medidas político-criminais não se mostrarem suficientes para resguardar os bens jurídicos tutelados.

² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 25.

³ ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50.

⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 84.

Nesse contexto, uma vez que, à luz do princípio da lesividade, somente poderão ser tachadas como “criminosas” as condutas que efetivamente lesionarem ou colocarem em risco os bens protegidos⁵, questiona-se: como limitar o uso do direito penal nos casos em que a lesão ao bem jurídico é de difícil constatação ou mesmo desnecessária?

Foi para responder a esse questionamento que o presente trabalho se desenvolveu. Para tanto, delimitou-se o objeto de análise à persecução penal do crime de gestão temerária, tipificado no artigo 4º, parágrafo único⁶, da Lei nº 7.492/1986.

A escolha desse delito não foi por acaso. Para além da perceptível falta de técnica do legislador no momento de sua tipificação, deixando o crime com uma redação excessivamente aberta, há, como se verá, grande discussão, tanto na doutrina quanto nos nossos Tribunais, a respeito da natureza do delito: se é de perigo concreto (haveria a exigência de se colocar o bem jurídico em risco?) ou de perigo abstrato (seria um crime de mera conduta em que o risco ao bem jurídico é dispensável para configuração do ilícito?).

Isso posto, no desenvolvimento do estudo, dada a vagueza do tipo penal de gestão temerária, é relevante definirmos limites objetivos para justificar a aplicação do direito penal. Nesse sentido, busca-se com o presente trabalho auxiliar os operadores do direito na interpretação e aplicação da mencionada norma incriminadora, a fim de contribuir para a justa aplicação do direito penal, à luz dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, mas sem se desconsiderar as características da nossa sociedade moderna, globalizada, e que se distingue pelo constante surgimento de atividades arriscadas.

Para o elaborar este trabalho, foi realizada uma ampla análise doutrinária, tanto da literatura nacional quanto da internacional, sobre o tema aqui abordado, com o fim de estabelecer parâmetros objetivos a serem observados na persecução penal do delito.

No primeiro capítulo do presente estudo, serão definidos os possíveis conceitos e funções atribuíveis ao bem jurídico pelo direito penal. Na sequência, se buscará definir o crime como lesão a bens jurídicos, à luz do princípio da lesividade. Enfim, após tratarmos da relação entre risco e direito penal, buscaremos definir qual o bem jurídico tutelado pela norma descrita no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986.

No capítulo seguinte, trataremos sobre a aplicação dos princípios da taxatividade e lesividade na persecução penal de gestão temerária, abordaremos os elementos que integram a

⁵ TAVARES, Juarez. Fundamentos da teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 73.

⁶ 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.

sua estrutura típica e como é a afetação do bem jurídico tutelado no caso. Por fim, estabelecidos os critérios mínimos a serem observados, segundo o entendimento doutrinário, analisaremos como o Tribunal Regional Federal da 2ª Região aborda o tema.

METODOLOGIA

Estabelecidas as premissas que devem ser observadas na persecução penal do crime de gestão temerária, de acordo com a doutrina, serão pesquisados julgados que tratam sobre a aplicação da referida norma penal, objetivando entender como nossos Tribunais vêm decidindo a respeito do tema. Pretende-se, aqui, analisar especificamente o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, observando a seguinte metodologia de análise de decisões:

- 1) organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto; 2) verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente e 3) produzir uma explicação de sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos.⁷

Assim, uma vez estabelecidas as premissas mínimas que devem ser seguidas para punir condutas que configuram gestão temerária, à luz do entendimento doutrinário, buscar-se-á analisar quais balizas são seguidas pelos juízes no curso da persecução penal. Nesse sentido, pretende-se responder às seguintes perguntas:

- 1) Qual bem jurídico os órgãos julgadores entendem ser tutelado pela norma penal?
- 2) É necessário que o bem jurídico seja exposto a risco concreto para configuração do delito?
- 3) Considerando a vagueza do tipo penal, são seguidos parâmetros objetivos para autorizar a persecução, como, por exemplo, a violação a normas administrativas?

Destaca-se que foi escolhido o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, órgão com jurisdição para julgar, em 2ª instância, os crimes de competência federal praticados nos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo.

A escolha do mencionado órgão levou em consideração a relevância histórica e cultural das unidades federativas, mas também, e principalmente, o fato de o Rio de Janeiro ser

⁷ FREITAS FILHO, Roberto. Metodologia de Análise de Decisões. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2009, p. 3.

o Estado com o 2º maior PIB (produto interno bruto) do Brasil⁸. Por outro lado, optou-se por não escolher o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, órgão com jurisdição para julgar os casos do Estado de São Paulo (maior PIB do Brasil), pois já houve trabalhos recentes sobre o tema⁹, razão pela qual entendeu-se por privilegiar a novidade.

Destaca-se que a pesquisa delimitou a análise de apelações criminais (recurso previsto no artigo 593, do Código de Processo Penal), em razão de seu efeito amplamente devolutivo, permitindo que o órgão julgador faça a análise de toda a matéria e provas produzidas em primeira instância. Ações próprias, como os *habeas corpus*, mandados de segurança, ou mesmo outros recursos, como recursos em sentido estrito, não foram analisados, por não permitirem, necessariamente, o amplo debate sobre provas, o que poderia excluir informações relevantes a serem levantadas, como a necessidade (ou não) de exposição do bem jurídico a risco concreto.

Todos os acórdãos que foram examinados e que compõem o banco de dados estão compilados no apêndice que integra o presente estudo. O levantamento das decisões foi realizado entre maio e junho de 2023.

Para formar o banco de dados, foram realizadas pesquisas por decisões judiciais no sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Assim, os acórdãos foram selecionados no “Portal TRF2”, na aba “CONSULTAS E SISTEMAS PROCESSUAIS”, no item “jurisprudência”, em “consulta jurisprudencial”¹⁰. Na aba “Juris Eproc”, pesquisou-se pelos termos “gestão temerária”, em conjunto de “apelação criminal”. Na aba “Juris Apolo”, os termos pesquisados foram “gestão temerária”, dentro da classe “APELAÇÃO CRIMINAL”, e o período das decisões buscadas foi entre 01 de janeiro de 2013 a 01 de junho de 2023¹¹.

⁸ Segundo o IBGE, em 2020, o PIB de São Paulo foi de R\$ 2.377.639.000.000,00, ao passo que o do Rio de Janeiro foi de R\$ 753.824.000.000,00. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acessado 02.06.2023.

⁹ PAULA, Gauthama Carlos Colagrande Fornaciari de. CRIMES FINANCEIROS E POLÍTICA CRIMINAL: Estudo de acórdãos do TRF da 3ª Região sobre os crimes de gestão fraudulenta e temerária no período de 2001 a 2010. Dissertação de mestrado – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011. Mais recentemente, ainda, PEREIRA, Claudenir Brito. O CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E A APLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 4º DA LEI Nº 7.492/86 ÀS CONDUTAS COM RESULTADO ECONÔMICO POSITIVO. Dissertação de mestrado – IDP, Brasília, 2021.

¹⁰ O link de acesso para a página de consulta jurisprudencial do TRF-2 pode ser acessada em https://www10.trf2.jus.br/consultas/?entqr=3&lr=lang_pt&ie=UTF-8&oe=UTF-8&adv=1&ulang=&access=p&entqrm=0&wc=200&wc_mc=0&ud=1&filter=0&getfields=* &q=&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&site=v2_jurisprudencia&sort=date:D:S:d1&base=JP-TRF. Acessada em 04.06.2023.

¹¹ A consulta eproc é destinada apenas aos casos mais recentes, enquanto a consulta no sistema apolo permite encontrar julgados mais antigos. Há diferença, pois o TRF-2, recentemente, atualizou seu sistema processual. Antes era utilizado o sistema polo, mas hoje é utilizado o eproc.

Destaca-se que foram identificados resultados significativos das pesquisas acima realizadas, permitindo criar um banco de dados significativo¹². No total, foram encontrados 18 (dezoito) julgados sobre o tema¹³, o que permitiu consultar uma amostra relevante para entender como o Tribunal decide sobre a questão. Vale destacar, desses 18 (dezoito) julgados, 17 (dezesete) foram provenientes de ações penais, mas uma apelação foi interposta em face de sentença proferida em medida cautelar patrimonial. Maiores detalhes e as conclusões a respeito da análise do banco de dados serão detalhadas em tópico próprio desse trabalho.

¹² Fazendo a mesma consulta, com os mesmos parâmetros estabelecidos, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, foram encontrados 19 (dezenove) julgados, transparecendo não haver uma diferença significativa de casos julgados entre os Tribunais.

¹³ Foram excluídos acórdãos que apareceram em duplicidade, os que julgaram embargos de declaração e as decisões que trataram de eventuais recursos especiais interpostos.

1. O BEM JURÍDICO NA LEI 7.492/86

Tal qual dispõe o inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Isso quer dizer que as condutas humanas apenas poderão ser taxadas como ilícitas se violarem uma norma jurídica ou indevidamente produzirem efeitos que a ela se opõem¹⁴.

A oposição às normas jurídicas é atrelada a uma sanção correspondente. A título de exemplo de sanções, no âmbito cível, pode-se citar a obrigação de reparar os danos causados a outrem¹⁵ e, no âmbito administrativo, a “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos”¹⁶. Na seara criminal, as sanções aplicáveis às violações da lei penal são penas que limitam a própria liberdade ambulatorial do infrator.

É justamente pelo fato de que o direito penal aplica as punições mais severas que a sua utilização deve ser restrita apenas aos casos em que a conduta do infrator é considerada tão grave que as sanções previstas nos demais ramos do direito não são adequadas para reprimir o ilícito. Com efeito, o direito penal não pode ser aplicado de maneira desenfreada e sem critérios, sob pena de submeter o cidadão aos arbítrios do legislador ou do aplicador da norma.

Nesse contexto, surge a teoria do bem jurídico, “erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com nítido objetivo de limitar o legislador penal”¹⁷. Atualmente, parece ser unânime o postulado de que o delito constitui uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. Portanto, o estudo do bem jurídico tem a política criminal e o direito penal como ponto de união. A teoria do bem jurídico permite compreender quais os limites do legislador ao tipificar condutas e, com isso, escolher os interesses dignos de proteção penal.

Ademais, o crime (injusto penal) decorre de uma conduta ilícita e culpável. A conduta, “em sentido formal, é ilícita quando significa transgressão de uma norma estatal (mandato ou dever), e, em sentido material, quando opera uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma – bem jurídico”¹⁸. Portanto, o bem jurídico não apenas

¹⁴ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 43.

¹⁵ Código Civil, art. 927.

¹⁶ Lei 8.666/93, art. 87, inciso III.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 6. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 6. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

possui uma função de limitar o legislador no momento da tipificação de condutas, mas também possui papel essencial dentro da própria teoria do delito, na materialização dos ilícitos.

Nesse sentido, a ação humana será alvo das sanções aplicadas no direito penal quando, além de preencher os requisitos formais de tipicidade, igualmente afetar o bem jurídico tutelado pela norma penal. Ou seja, para que determinado ato seja tido como criminoso, “é também indispensável o atendimento de seus requisitos substanciais de legitimidade, dos requisitos atinentes à ofensividade”¹⁹.

Em razão do princípio da lesividade (ou ofensividade), conforme será esmiuçado mais adiante, qualquer conduta apenas poderá ser alvo de repreensão no âmbito criminal se refletir em um dano ou perigo de lesão a um bem jurídico com dignidade penal. Além do mais, o mencionado princípio possui duas funções: uma direcionada ao julgador, que deverá observar se a conduta analisada efetivamente violou (ou ao menos colocou em risco) o bem jurídico-penal. A outra função é direcionada ao legislador, que tão somente poderá atribuir uma sanção penal àquelas ações realmente graves, excluindo-se do âmbito da criação legislativa a incriminação, por exemplo, de meras infrações administrativas ou atos simplesmente imorais.

Mas, e se não for tão nítido qual o bem jurídico tutelado pela norma penal? Ou, ainda, e se a redação do tipo penal não permitir concluir como a ação descrita viola (ou coloca em perigo) o bem jurídico resguardado? De qual forma, então, deve ser conduzida a persecução penal nesses casos?

É com o objetivo de tentar ajudar a responder aos questionamentos acima que este trabalho se desenvolverá. Para tanto, escolheu-se analisar, especificamente, o crime de gestão temerária, previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986²⁰. Sem a pretensão de adentrar na discussão quanto constitucionalidade do tipo penal, por violação ao princípio da taxatividade²¹, abordar-se-á a incriminação da conduta sob a ótica da afetação do bem jurídico resguardado pela norma, isto é, à luz do princípio da lesividade.

Desse modo, no presente capítulo, inicialmente, será feita uma abordagem quanto ao desenvolvimento do conceito de bem jurídico (inclusive questionando se, nos tempos modernos, tal teoria ainda se faz necessária). Em seguida, será analisada a evolução histórica

¹⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos / Fabio Roberto D'Avila. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 46.

²⁰ 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.

²¹ Conforme será abordado em tópico próprio, relevantes vozes na doutrina sustentem a inconstitucionalidade do crime de gestão temerária, pois a redação do tipo penal legal descrito no artigo 4º parágrafo único, da Lei 7.492/1989, é excessivamente aberta.

do princípio da lesividade e a sua relação na estrutura do delito. Depois, uma vez definido crime como lesão ou risco ao bem jurídico, será debatido como tal premissa é retratada no direito penal contemporâneo, uma vez que a sociedade moderna se caracteriza justamente pelo fomento a atividades cada vez mais arriscadas com o objetivo de garantir o desenvolvimento econômico. Enfim, serão tecidas considerações sobre a Lei nº 7.492/1986 para, ao fim e ao cabo, discorrer sobre o bem jurídico por ela tutelado.

1.1. CONCEITO E FUNÇÃO DE BEM JURÍDICO

A partir da idealização do contrato social, os membros da sociedade, detentores do poder estatal, autorizam intervenções jurídico-penais sobre as condutas que coloquem em risco o convívio livre e pacífico dos cidadãos, desde que esse objetivo não possa ser alcançado por outros meios menos gravosos²². Com efeito, deve haver um equilíbrio entre o poder de intervenção do Estado e a liberdade civil. Isto é, em um Estado Democrático de Direito, sanções penais devem ser aplicadas de forma minimalista, restringindo-se apenas à punição de condutas suficientemente graves a ponto de desestabilizarem o convívio social.

Por isso, assentou-se que o direito penal se destina à proteção subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, definidos “como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal”²³. Mais precisamente, Roxin atribui ao bem jurídico os valores que não são vedados em um Estado Democrático de Direitos. Para o autor, bem jurídicos são

“circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário”²⁴.

²² ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2. ed. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 17.

²³ ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 49.

²⁴ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2. ed. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 18/19.

Francisco de Assis Toledo afirma que “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”²⁵. Conforme explica o autor, o bem jurídico penal é aquele que deve ser especialmente caro e que, justamente por isso, deve ser especialmente protegido, uma vez que a simples garantia de proteção oferecida por outras áreas do direito não é suficiente para sua proteção.

Porém, o conteúdo do bem jurídico é questão amplamente controversa dentre os estudiosos do direito penal, embora sua definição e compreensão sejam fundamentais para legitimar o exercício do *jus puniendi* e proteger os indivíduos dos arbítrios estatais. Em um Estado Democrático de Direito, as condutas puníveis pelo direito penal devem ser bem delimitadas, a fim de restringir a aplicação do direito/dever de punir apenas àquelas ações que realmente coloquem em risco a convivência pacífica das pessoas em sociedade.

A ideia de bem jurídico surge da crítica à teoria da lesão de direitos subjetivos, sustentada por Paul Feurbach. Derivada da ideia de contrato social no direito penal, sugere-se que o poder punitivo do Estado será legítimo apenas se a conduta praticada causar dano social. Assim, o delito não se caracteriza pela lesão em face do Estado, mas sim por afetar diretamente a pessoa ofendida no exercício do direito de agir livremente. Isto é, na ótica liberal e contratualista de Feurbach, se não houvesse uma efetiva lesão a um direito subjetivo, não haveria delito²⁶.

Contudo, embora tenha conseguido atribuir uma função limitadora da intervenção penal, vinculando a aplicação da sanção penal à necessidade de resguardar direitos subjetivos, conforme alerta Bechara²⁷:

FEUERBACH não foi capaz de manter de modo pleno seu ponto de partida fundado na lesão de um direito subjetivo, incluindo entre os delitos em sentido amplo também meras infrações de polícia (*Polizeivergehen*). Conforme o autor, tais infrações violam diretamente o direito à obediência do Estado, o que possibilita a inclusão de ações imorais ou apenas formalmente antijurídicas - sem afetação concreta de direitos subjetivos - ao grupo das lesões ao direito, tais como os delitos contra o sentimento religioso e os bons costumes?, Desse modo, a posição inicial de FEUERBACH orientada à proteção da liberdade individual perdeu sua força delimitadora, deixando de resolver a questão da segurança jurídica - pois tão somente etiquetava com nome diverso a intervenção punitiva -, além de não ter solucionado a indagação quanto a se somente a lesão a direitos subjetivos deveria ser apenas como delito, o que significou, nas palavras de Albin ESER, um flanco

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com o Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

²⁶ TAVARES, Juarez. Fundamentos da teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 88.

²⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 93

desprotegido pelo qual posteriormente penetraria um novo paradigma mais geral do injusto.

Com efeito, a ideia de bem protegido pela norma penal surge apenas na obra de Johann Michael Franz Birnbaum. Para o referido autor, a intervenção penal apenas “poderia incidir sobre fatos efetivamente danosos à coexistência social e desde que fossem lesivos a entidades reais (empírico-naturais) do mundo exterior, não sendo mais admitida a ideia abstrata de lesão a faculdades inerentes a um direito subjetivo, como defendia Feuerbach”²⁸.

Mas, apesar de superar a concepção de crime como uma lesão a um direito subjetivo, vinculando o ilícito a uma ofensa a bens (realidades empírico-naturalísticas) concretos, pertencentes ao mundo exterior, Birnbaum admite a existência bens imateriais, o que permite a punição por simples violações a preceitos e costumes estabelecidos na sociedade, como delitos religiosos, por exemplo²⁹. Destarte, embora tenha vinculado o delito a uma lesão a um bem concreto, a teoria de Birnbaum acaba permitindo a punição de atos meramente imorais, ampliando (e não reduzindo) a aplicação do direito penal.

Não obstante, em que pese o conceito de Birnbaum sobre o conteúdo do bem merecedor de proteção penal não ser tão preciso, sua contribuição é fundamental para se alcançar duas premissas que devem ser observadas para limitar o poder punitivo do estado: (i) o delito deve ser caracterizado pelo dano social que sofrem os bens naturais ou que surgem por meio do desenvolvimento da sociedade; e (ii) a intervenção penal apenas se justificará se houver prejuízo a um bem, individual ou coletivo, vinculando o legislador ao princípio de proteção ao bem jurídico³⁰.

Isso posto, com o passar dos anos, após a revolução industrial, as sociedades se tornaram cada vez mais complexas, com economias desenvolvidas, razão pela qual passou a se exigir “um elevado grau de segurança jurídica; esta não pode, porém, ser assegurada pelos sistemas de direito natural tradicionais por serem necessárias leis gerais e abstratas”³¹.

²⁸ RAPOSO, Guilherme Guedes. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Dissertação de mestrado em Direito Penal - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 157, 2010.

²⁹ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 6. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

³⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 99.

³¹ KAUFMAN, Arthur e HASSERMER, Winfried. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas / A. Kaufmann e W. Hassemer, org.; tradução de Marcos Keel (capítulos 1-5 e 9) e Manuel Seca de Oliveira (capítulos 6-8 e 10-15); revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. 2a. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 114 e 115.

Ganhou força, então, o positivismo jurídico. Karl Binding, um dos principais estudiosos dessa teoria, definiu que o crime não é o ato que viola a lei penal, mas sim o que cumpre com o seu conteúdo. Ademais, Binding, finalmente, define bem jurídico como aquilo que o legislador escolhe como sendo uma condição da vida pacífica e harmônica na sociedade, merecendo, portanto, proteção jurídica de lesões ou perigos indesejados³².

O conceito por ele definido mostra-se relevante, porquanto atribui o bem jurídico, necessariamente, à totalidade (à sociedade como um todo), por mais individual que possa parecer à primeira vista. Todavia, não se pode deixar de criticar que, à luz do positivismo estrito de Binding, o indivíduo se torna um mero destinatário da norma, ficando refém daquilo que o legislador diz ser, ou não, lícito, não podendo se socorrer do direito natural, tampouco das ciências para evitar arbitrariedades, podendo ser punido por meras violações do dever de obediência.

Nesse passo, Franz von Liszt, que também é um positivista, difere um pouco de Binding. Para o autor, bem jurídico é o interesse protegido pelo direito. Todos os bens jurídicos serão, assim, interesses humanos protegidos pela norma. Portanto, é a “a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”, sendo certo, ainda, que a “necessidade origina a proteção, e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero”³³.

Os interesses humanos, todavia, surgem da convivência entre os indivíduos em sociedade, bem como do contato entre indivíduos em face do Estado. Todos buscarão, sempre, resguardar seus próprios interesses, o que conduzirá um ambiente hostil dentro da sociedade. Destarte, para se garantir a paz social, a ordem jurídica estatal deve apontar quais interesses serão dignos de proteção penal. Desse modo, comandando ou proibindo, prescrevendo ações ou omissões, “as normas vêm a ser o anteparo dos bens jurídicos. A proteção, que a ordem jurídica dispensa aos interesses, é proteção secundo normas (*Normenschutz*). O bem jurídico e a norma são, pois, as duas idéas fundamentaes do direito”³⁴.

Entretanto, seja sob a ótica estritamente positivista de Binding, ou sob o positivismo naturalista de Liszt, o conceito de bem jurídico estará atrelado à vontade do Estado. Mas, como apenas o Estado está legitimado para exercer o Direito Penal, não é possível concluir que os

³² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p.100

³³ LISZT, Franz von. Tratado de direito penal alemão [tradução José Hygino Duarte Pereira]. Ed. fac-sim, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 94

³⁴ LISZT, Franz von. Tratado de direito penal alemão [tradução José Hygino Duarte Pereira]. Ed. fac-sim, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 96

conceitos desenvolvidos pelos autores limitam o exercício da *jus puniendi*. “De toda forma, observa-se que todo o desenvolvimento posterior do conceito de bem jurídico derivou da dicotomia entre ambas as concepções, movendo-se os discursos teóricos sobre o conteúdo material do delito entre o normativismo e seu estabelecimento pré-jurídico”³⁵.

Ainda, como crítica ao positivismo, surge a filosofia neokantista. Uma vez que o conteúdo do delito não pode ser restrito ao que está expresso na lei e/ou à mera vontade do legislador, segundo a corrente neokantista, o bem jurídico deve decorrer de um valor cultural. Isto é, “para essa concepção, o bem jurídico vem a ser um valor abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo penal”³⁶.

O bem jurídico desloca-se, assim, da simples interpretação da norma para uma realidade anterior ao direito, passando a figurar no mundo espiritual subjetivo dos valores culturais. “O neokantismo substitui, então, a definição material de bem jurídico pela ideia de um valor que não é tomado no sentido do indivíduo, mas sim como um valor cultural, no âmbito normativo”³⁷.

Porém, não se pode perder de vista que, em dada sociedade, é possível existirem diversos valores culturais, por vezes antagônicos. Portanto, valores culturais são “mínimos a respeitar”, mas não podem ser objeto de tutela criminal³⁸. Caso contrário, utilizando o direito penal para promover valores culturais, seria possível admitir a intervenção penal para coibir valores que são aceitos apenas por minorias, por exemplo, o que poderia acarretar no uso do direito penal em face de um determinado grupo (um “inimigo” que não compartilha dos mesmos valores culturais da maioria), o que levaria a uma maximização do direito penal, e não à sua limitação (que deve ser o objetivo da teoria do bem jurídico).

Não obstante, embora ainda careça de clareza, aceitando-se que o bem jurídico deve existir dentro de uma realidade social, e não por decisão do legislador, conclui-se que o bem jurídico deve ser anterior à lei que o protege. Isto permite que o próprio sistema jurídico se recicle e, eventualmente, proteja interesses que a sociedade passe a considerar necessários de proteção, ou descriminalize condutas que, por transformações históricas e culturais, deixem de ser penalmente relevantes para os cidadãos.

³⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p.105

³⁶ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 6. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

³⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p.106

³⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p.108.

A par disso, ainda se mostra necessário estabelecer quais interesses sociais podem ser identificados como bens jurídicos dignos de proteção penal. Para responder a essa questão, há duas principais orientações: (i) é necessário voltar ao substrato social que está na base da proteção penal de bens; ou (ii) é a Constituição, norma basilar da ordem jurídica, que deve identificar os interesses a serem protegidos.

Segundo os defensores da teoria constitucional, o conceito de bem jurídico se “encontra refletido num valor constitucional, preexistindo, por conseguinte, ao ordenamento jurídico-penal”³⁹. É que “tal concepção encontra premissa no fato de que a liberdade individual, sobre a qual incide a sanção *par excellence* do Direito Penal, trata-se de bem jurídico não só previsto na Constituição, mas por ela assegurado como inviolável”. Portanto, “a única justificação possível para a incidência da pena criminal deve ser a ofensa a um bem jurídico de idêntica relevância”⁴⁰.

Ferrajoli, defensor dessa concepção teórica, aponta que os bens jurídicos penalmente tuteláveis são, antes de tudo, os direitos fundamentais dos cidadãos, “não só os clássicos direitos fundamentais individuais e liberais, senão também os coletivos e/ou sociais, como o direito ao meio ambiente e à saúde”. Ademais, sustenta que podem ser objeto de tutela, para além dos direitos, os interesses coletivos, como, por exemplo, a lisura da administração pública⁴¹.

De fato, ao se vincular a ideia de bem jurídico à Constituição, seu conceito transcende ao Direito Penal e, a um só tempo, fica restrito ao ordenamento jurídico. “Estar-se-ia, assim, diante de um conceito político-criminal de bem jurídico vinculante para o legislador, porque ele seria extraído diretamente da Constituição, sendo, portanto, dotado de hierarquia constitucional”⁴².

Necessário, contudo, questionar se o bem jurídico, nessa concepção, deve estar expressamente previsto na Constituição, ou se é possível que também existam bens implicitamente nela contidos.

³⁹ BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 86.

⁴⁰ SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 429

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 378.

⁴² GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato - - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 98

A defesa de que os bens jurídicos devem estar expressamente previstos na Constituição (teoria constitucional estrita ou explícita) tem como vantagens o fato de que o bem jurídico “antecede a valoração do legislador penal, a vinculação do legislador ordinário a esse critério, porquanto assenta a Constituição como referência valorativa e, por derradeiro, a concretização de um Direito Penal mínimo, como consequência da exigência de explícita relevância constitucional, impedindo a excessiva proliferação de tipos penais”⁴³.

Entretanto, uma vez que a Constituição é repleta de conceitos e expressões vagas ou abstratas, como, a título de exemplo, a “moralidade”, “liberdade de consciência e de crença” etc.⁴⁴, tal abstração, ao invés de privilegiar o Direito Penal mínimo, pode dar espaço para discricionariedade e, eventualmente, arbitrariedades.

Ainda, esta teoria é alvo de críticas por não considerar bens jurídicos aqueles que tradicionalmente são aceitos, como a fé pública. Além do mais, no modelo de sociedade moderna, que se caracteriza pela evolução tecnológica rápida e constante, possíveis reformas penais deveriam ser feitas por alterações constitucionais, o que se mostra contraproducente, à medida que alterações no texto da carta maior são, naturalmente, mais rígidas. Por isso, “os defensores da vertente estrita da teoria constitucional refinaram suas posições para admitir como bens jurídico-penais, ao lado dos bens de relevância constitucional expressa, os bens de relevância constitucional implícita”⁴⁵.

Passou-se a ser aceito, então, que os bens jurídicos implícitos na Constituição possuem o mesmo valor que aqueles expressamente previstos. Em outras palavras, o Direito Penal deve proteger os bens expressamente mencionados na carta maior, assim como os que dela derivam.

A teoria constitucional do bem jurídico, segundo Luiz Regis Prado, traz um limite máximo negativo imposto ao legislador ordinário no momento da escolha da lei penal, que se encontra nos valores constitucionalmente previstos. Trata-se de uma função negativa da Constituição em relação ao exercício do direito de punir estatal”⁴⁶.

Com efeito, essa teoria permite um controle negativo da criminalização de condutas, uma vez que (i) algo valorado negativamente, implícita ou explicitamente, pela

⁴³ BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. p.89.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001 p. 107.

⁴⁵ BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 90.

⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição.6. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 67.

Constituição não será elevado à posição de bem jurídico, sendo certo que (ii) os bens (interesses) expressados pela carta maior, de maneira expressa ou implícita, não podem ser vedados ou proibidos. “Daí que, por exemplo, a supremacia branca ou os privilégios do sexo masculino não configuram bens jurídicos genuínos. Por outro lado, a incriminação da associação para fins lícitos, do exercício da liberdade de trabalho ou do direito de greve é inadmissível”⁴⁷.

A par da teoria constitucional do bem jurídico, a tese sociológica busca atribuir conteúdo ao bem jurídico de um referencial inserido na realidade social. Deste modo, “os bens jurídicos deixam de ser confundidos com os objetos coisificados pelo Direito e passam a ser identificados com situações ou estados de destacado valor social, merecedores, por isso, de tutela penal. Bens jurídico-penais constituem, nesse contexto, situações fáticas valoradas positivamente”⁴⁸.

Segundo Hassemer, um dos principais idealizadores dessa vertente, o conceito de bem jurídico não pode estar vinculado por uma simples descrição normativa, tampouco pode ser definido por valores meramente morais ou religiosos. Seu conceito “pessoal” de bem jurídico⁴⁹ atribui ao direito penal o objetivo de garantir a liberdade de autorrealização do cidadão. “Essa concepção tem o mérito de estabelecer um marco referencial claro - a pessoa - que permita limitar as intervenções do legislador em matéria penal e, portanto, evitar excessos, sendo denominada de teoria pessoal do bem jurídico”⁵⁰.

De fato, nessa linha de pensamento, o que justifica a tutela penal é o reconhecimento social do bem jurídico. Esse reconhecimento do bem jurídico se dá pela frequência que este é lesionado, a intensidade dessa lesão frente à sociedade e o desvalor social da lesão. Portanto, é possível concluir que os bens jurídicos são mutáveis à medida em que a sociedade os identifica como dignos de tutela. Veja-se, por exemplo, que, até pouco tempo atrás, os efeitos da poluição eram desconsiderados, mas hoje são legitimamente alvo de tutela penal⁵¹.

No entanto, ambas as teorias, constitucional e sociológica, são alvos de relevantes críticas. Em relação à primeira, nota-se que ela não apresenta parâmetros claros para limitar o legislador, fazendo apenas referências a princípios fundamentais e à proporcionalidade, que são critérios vagos. Com efeito, sua aceitação plena é questionada, pois a Constituição está repleta

⁴⁷ BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 92.

⁴⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p.130.

⁴⁹ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2. ed. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 19.

⁵⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 131.

⁵¹ *Ibid.*, p.131.

de conceitos abertos e abstratos, de sorte que, ao invés de limitar a intervenção penal, pode ampliá-la⁵². Nesse sentido, pode-se notar que, nas últimas décadas, houve uma intensa criação de tipos penais que protegem bens jurídicos coletivos que são, em tese, derivados do texto constitucional, havendo, inclusive, vozes que defendem que a própria carta magna determina que o Legislador criminalize condutas⁵³.

Por sua vez, a concepção sociológica de bem jurídico encontra um claro entrave: as diferentes realidades sociais que existem em uma única sociedade. Sobre a realidade social que justifica o bem jurídico tutelado pela norma penal, Bechara dispõe que ela se manifesta

como um emaranhado de relações complexas, em tensão permanente. Assim, o atingimento de um consenso sobre quais interesses devam ser tutelados pelo Direito Penal resulta inviável na prática, por duas razões: *i.* porque tal raciocínio se conduziria a uma afirmação ingênua da bondade do sistema; e *ii.* porque o pluralismo e, portanto, a diversidade de ideias, valores e interesses faz parte de uma sociedade democrática. A partir das dificuldades enfrentadas pelas teorias sociológicas no sentido de definir concretamente o conteúdo dos bens jurídicos, estes podem perder seu caráter fundamental de garantia.⁵⁴

Há de se destacar, porém, que a ideia de bem jurídico também é criticada na criminologia. Isso porque, o comportamento tido como criminoso é, em regra, definido por um seletivo grupo social. Esse grupo define quem e o que deve ser criminalizado, podendo fazer do direito penal um instrumento de controle de classes sociais. Nesse sentido, Nilo Batista alerta que “os bens jurídicos não expressam, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os bens da classe dominante. Assim, a escolha do objeto de tutela da norma penal visa a “garantir a reprodução das relações de dominação vigentes”⁵⁵.

Além disso, por conta da difícil definição de seu conteúdo, a instituição do bem jurídico tem sofrido críticas contundentes também dos penalistas, sugerindo, inclusive, que seu

⁵² GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004, p. 100.

⁵³ Nesse sentido, vide MORAES, Alexandre Rocha Almeida. A teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção. Revista Jurídica ESMP-SP, V.5, 2014: 43-68: “A proteção da moralidade e improbidade administrativas constitui mandado de criminalização implícito da Constituição Federal, seja decorrente da proteção da dignidade da pessoa humana, seja decorrente dos princípios da administração pública, seja por conta da Convenção de Mérida”.

⁵⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 135

⁵⁵ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 96.

conceito seja deixado de lado na concepção do delito. Nesse sentido, destaca-se a síntese feita por Roxin das críticas elaboradas por Hirsch⁵⁶, Stratenwerth⁵⁷ e Jakobs⁵⁸ sobre o tema:

Hirsch afirma que “não existe” um conceito de bem jurídico predeterminado para o legislador. “O conceito de bem jurídico não é um princípio idôneo para limitar o Direito Penal”. Stratenwerth remete às múltiplas e variadas definições do bem jurídico na literatura para logo afirmar que “uma definição material universal de bem jurídico” equivaleria a “deixar o círculo quadrado”, isto é, seria impossível. Ademais, ele sustenta que o motivo para a elaboração de um tipo penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a inconveniência de um comportamento. Deve-se “reconhecer que a orientação básica social e legislativa reconhecida é decisiva para, por um lado, querer a manutenção de uma norma determinada ou para, por outro lado, simplesmente não querer um comportamento”. Finalmente, Jakobs observa, desde um princípio, que a função do Direito Penal é a confirmação da vigência da norma, e não a proteção de bens jurídicos. O fato punível é a negação da norma pelo autor, e a pena tem como significado que “a afirmação do autor não é determinante e que a norma segue vigendo inalteradamente”. Partindo desta perspectiva, não é necessário ocupar-se mais sobre o conceito de bem jurídico.

E, realmente, “a questão da definição de bem jurídico é a tal ponto polêmica que mais adequado seria falar em teorias e não em teoria do bem jurídico-penal, cujas várias conceituações continuam sendo tidas pelos críticos como genéricas ou específicas demais”⁵⁹.

Frise-se que a discussão sobre a necessidade da utilização da teoria do bem jurídico ganhou mais destaque após a Corte Constitucional da Alemanha julgar a constitucionalidade da criminalização do incesto, ocasião na qual validou a legalidade da norma penal, negando, para tanto, a aplicação da teoria do bem jurídico. No polêmico julgamento, o Tribunal decidiu que a intervenção penal do Estado será constitucional caso esteja fundamentada em lei (critério formal) e respeite a autonomia da vida privada, sendo certo que, “da teoria do bem jurídico, pelo contrário, não se poderia deduzir qualquer critério constitucional de limitação do legislador”⁶⁰.

⁵⁶ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2. ed. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 14, apud HIRSCH, *Die aktuelle Diskussion über den Rechtsguts-begriff*, livro em homenagem a Spinellis, 2001, p.436,445.

⁵⁷ ROXIN, Ibid, p. 15, apud STRATENWERTH, *Zum Begriff des "Rechtsgutes"*, livro em homenagem a Lenckner, 1998, p.378 e 388.

⁵⁸ ROXIN, id., apud JAKOBS, *Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?*, em: *Festschrift für Saito*, 2003, p. 17.

⁵⁹ BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 160.

⁶⁰ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*).Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 82, jan. – fev. / 2010, p. 167.

Segundo o tribunal, a proibição do incesto estaria de acordo com “uma norma de proibição difundida internacionalmente e transmitida histórico-culturalmente”. A norma proibitiva não ingressaria na vida particular de cada indivíduo, de sorte que a conjunção carnal entre parentes não afeta apenas a eles mesmos, pois, segundo julgou o Tribunal, traz consequências negativas para a sociedade de uma maneira geral, afetando, também, as crianças que porventura venham a nascer da relação incestuosa. A criminalização da conduta visaria (i) a proteger o casamento e a família, pois o comportamento proibido causaria uma “perturbação das atribuições de papel que dão estrutura a uma família”. Além disso, a norma penal teria o fim de (ii) proteger a autodeterminação sexual, considerando que a família igualmente representa uma relação institucional de dependência, bem como (iii) de prevenir doenças genéticas nas crianças que seriam frutos de tais relações. No mais, a disposição legal “parte de uma das mais sedimentadas convicções do injusto na sociedade e busca continuar a sustentá-la por meio do Direito Penal’ (n. 50). Para a realização desses objetivos a disposição seria adequada (idônea), necessária e proporcional em sentido estrito”⁶¹.

Embora Hassemer, em seu voto vencido, tenha criticado cada um dos pontos acima mencionados, o presente tópico deste trabalho não se propõe a analisar o acerto, ou desacerto, da decisão colegiada, mas apenas a questionar se a teoria do bem jurídico ainda pode (ou deve) ser utilizada no direito penal, à luz do que decidiu a Corte Constitucional alemã.

O referido Tribunal se debruçou sobre a teoria do bem jurídico quando o colegiado expôs os critérios utilizados para decidir sobre a constitucionalidade da intervenção penal no caso. Inicialmente, a Corte argumentou que não existe consenso quanto ao verdadeiro conceito de bem jurídico. Caso o conceito de bem jurídico decorra da própria norma penal, não divergiria da *ratio legis* e, portanto, não seria capaz de exercer uma função de limitar o legislador. Nesse sentido, vale destacar que Stratenwerth observa que

A pesar de múltiples esfuerzos, hasta hoy no se ha logrado esclarecer el concepto de bien jurídico no siquiera de modo aproximado. Antes bien, todos los intentos hechos al respecto han fracasado por la dificultad, acaso imposible de superar ya por principio, de hallar una definición que se ajuste a todos los tipos penales cuya legitimidad esté fuera de cuestión y que, a pesar de ello, aún exprese algo. En cambio, el concepto recibe un contenido concreto sólo en la medida en que se trate de intereses individuales (vida, integridad corporal, libertad, etc.), mientras que, ampliado a los llamados bienes jurídicos universales (como el interés de la comunidad en la correcta conducción de un proceso, en el respeto a la religión, en la fiabilidad de los

⁶¹ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 82, jan. – fev. / 2010, p. 167.

*documentos, etc.), sólo caracteriza la idea básica en la que se funda la disposición penal.*⁶²

Ademais, conforme julgou o Tribunal Alemão, adotando-se um conceito “naturalístico” de bem jurídico, com status de suprapositividade, estar-se-ia diante de uma contradição “com o fato de que, segundo a ordem da Lei Fundamental, é tarefa do legislador democraticamente legitimado fixar não só os fins da pena, mas também os bens a serem protegidos por meio do direito penal”. Por isso, “ainda que a teoria do bem jurídico tenha importância dogmática ou político-jurídica, ‘não fornece ela qualquer parâmetro substancial que tenha necessariamente de ser acolhido pelo direito constitucional’”⁶³. Ou seja, em síntese, o Tribunal traz dois principais argumentos contra a teoria do bem jurídico: (i) sua difícil definição (o que exatamente é o bem jurídico?) e (ii) o problema da democracia (com qual autoridade a posição dos penalistas deve se sobrepor à do legislador democraticamente constituído?).

Nesse passo, para superar a teoria do bem jurídico, Greco defende o liberalismo jurídico-penal fundado na autonomia e na esfera nuclear da vida privada dos cidadãos:

Para essa perspectiva, o que interessa em primeira linha não é nem que a proteção da moral pelo direito penal seja de reduzida eficácia, nem que ela produza poucos benefícios, e sim a sua incompatibilidade com o respeito pela autonomia dos cidadãos. Em certas esferas, ainda que bem reduzidas, o cidadão é soberano absoluto. Principalmente no que diz respeito a questões referentes à chamada "boa vida", qualquer intervenção estatal significará um desrespeito a essa autonomia, entendida aqui grosseiramente como o direito de viver segundo seu próprio plano de vida e sua própria ideia de uma "boa vida". O homossexualismo não é um delito, porque é um direito do homossexual ser como ele é. O mesmo se diga do incesto. Ainda que o reproche social dessa prática seja ainda mais decidido que o dirigido ao homossexualismo, pessoas adultas têm o direito de praticar relações sexuais com pessoas adultas, de próximo parentesco ou não. Pela mesma razão é, sim, de reconhecer-se - contra o Tribunal Constitucional - um direito de se drogar. Ainda que majoritariamente não admiremos o "maconheiro", ainda que ele onere nosso sistema de saúde - isso não autoriza a utilização do direito penal

⁶² STRATENWERTH, Ginter. Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005. (Tratados y Manuales de Derecho).p.55-56. Nossa tradução: Apesar de múltiplos esforços, até hoje não foi possível esclarecer o conceito de bem jurídico, nem mesmo de forma aproximada. Pelo contrário, todas as tentativas feitas neste sentido falharam devido à dificuldade, talvez impossibilidade, de encontrar uma definição que se ajuste a todos os tipos de infrações penais cuja legitimidade é inquestionável e que, apesar disso, ainda expresse algo. Por outro lado, o conceito recebe um conteúdo específico apenas na medida em que trata de interesses individuais (vida, integridade corporal, liberdade etc.), enquanto, estendido aos chamados bens jurídicos universais (como o interesse comum na correta tramitação de um processo, no respeito pela religião, na fiabilidade dos documentos etc.), apenas caracteriza a ideia base em que está assentada a norma penal.

⁶³ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*).Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 82, jan. – fev. / 2010, p. 169.

contra a posse de tóxicos, mas no máximo uma certa recusa a medidas assistenciais. Só o argumento da autonomia pode superar o apelo do moralista a consequências indiretas decorrentes do exercício de um direito, afirmando que elas justamente não vêm ao caso.⁶⁴

Desse modo, Greco consegue superar o problema de definição e de legitimidade/autoridade da teoria do bem jurídico, por meio da ideia de que os cidadãos possuem uma esfera inviolável de autonomia. Por isso, entende o autor que foi equivocada a decisão do Tribunal alemão ao reconhecer a constitucionalidade da criminalização do incesto, não porque a Corte deixou de aplicar a teoria do bem jurídico, mas, sim, porque ignorou a tese do liberalismo jurídico-penal, pela qual a simples imoralidade de uma conduta não é motivo para puni-la, bem como porque desconheceu a importância da “teoria da esfera nuclear da vida privada”. Com efeito, segundo o autor, “a correta aplicação dessa ideia tornaria desnecessários tanto o exame de proporcionalidade, quanto o recurso à teoria do bem jurídico”⁶⁵.

Não obstante isso, embora, de fato, como visto, a teoria do bem jurídico possa ser criticável, sua aceitação funciona como verdadeiro limitador da aplicação do direito penal, permitindo ao legislador e ao operador do direito analisarem e avaliarem a relevância jurídico-penal das condutas puníveis criminalmente. Afinal, como bem ressalta Roxin, “de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível”⁶⁶.

Dito isso, importante dizer que a complexa conceituação de bem jurídico, por si só, não pode ser motivo para ignorar ou rechaçar sua teoria. Isso porque, como afirma Tatiana Badaró, “todos os princípios jurídicos fundamentais são de difícil definição (veja-se: dignidade humana, justiça social, soberania, proporcionalidade, entre outros), o que não os torna imprestáveis”⁶⁷. Destarte, o que se pode (e se deve) fazer é buscar agregar às críticas para melhor delimitar o conceito de bem jurídico.

A partir do liberalismo jurídico-penal, pode-se identificar um vínculo necessário do bem jurídico e a proteção da dignidade humana, pilar fundamental de todo e qualquer Estado Democrático de Direito. Assim, o bem jurídico passa a ser caracterizado como um conceito

⁶⁴ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 82, jan. – fev. / 2010, p. 178.

⁶⁵ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 82, jan. – fev. / 2010, p. 182.

⁶⁶ ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Claus Roxin; tradução de Luís Greco - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31

⁶⁷ BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 169.

relacional, englobando uma relação entre uma realidade (ou algo), e um sujeito de direitos. Tal relação faz com que sua definição esteja “substancialmente orientada à realização da liberdade da pessoa, a sua autonomia, que não pode se desenvolver no âmbito de uma relação isolada do indivíduo consigo mesmo, sendo, portanto, influenciada pela relação com outras pessoas”⁶⁸.

Isso significa dizer o uso do direito penal pelas autoridades responsáveis pela persecução deverá ser restrito às condutas que violem a garantia constitucional ao respeito da dignidade humana ou bens e valores que permitam sua existência. Assim, aceitar a tese de que o direito repressor (penal) se destina, em verdade, a salvaguardar a dignidade humana atrelada aos bens jurídicos, e a antítese de que o direito penal deve ser limitado pela mesma dignidade humana, “permite a construção de uma síntese, por meio de um processo dialético de raciocínio, que permeará todos os níveis de construção dogmática”⁶⁹.

Outrossim, o bem jurídico não pode ser considerado algo excessivamente abstrato, devendo ser real, passível de ataques (ofensas). É que, se não for um bem material, perceptível, “qualquer invenção abstrata pode ser incluída pelo legislador na categoria de bem jurídico-penal e em qualquer conduta que com ela se relacione, ainda que minimamente, pode ser posta, por via argumentativa, a etiqueta de ofensiva a bem jurídico”⁷⁰.

Demais disso, os bens jurídicos igualmente não podem ser entendidos como valores universais, pré-estabelecidos. Com efeito, parece mais acertado atrelar o bem jurídico à dimensão de interesse, no aspecto de sua relação com o indivíduo e com o respeito à dignidade humana, atribuindo uma “valoração dinâmica, material, histórica e interindividual, convertendo-se, portanto, no pressuposto para a assunção efetiva de sua função crítica”⁷¹. Sendo assim, unindo as teses sociais e constitucionais do bem jurídico, a identificação de um interesse como bem jurídico dotado de relevância penal depende de dois aspectos: (i) é necessário que seu fundamento dinâmico esteja inserido na realidade social; e, em sequência, (ii) é necessário encontrar na dignidade humana (alicerce de um Estado Democrático de Direito), bem como nos demais princípios e valores constitucionais e ela relacionados, os critérios para determinar a real necessidade de proteger algum interesse por meio do direito penal, de sorte que a Constituição exercerá um critério negativo, a impedir a proteção penal de interesses que não

⁶⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 140

⁶⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 133.

⁷⁰ BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 170.

⁷¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 141.

estejam atrelados ao respeito à dignidade humana e, ainda, que não estejam inseridos no texto da lei fundamental.

Dito isso, embora não seja possível atingir uma definição exaustiva do conceito de bem jurídico, sua teoria permite identificar o que não pode ser considerado um interesse apto a receber proteção do direito penal. Com efeito, “é apenas isso que exige o critério do bem jurídico, cuja função crítica de limite ou garantia consiste na necessidade do delito referir-se à sua ofensa como condição necessária - porém, não suficiente -, para legitimar a intervenção penal”⁷². Aliás, é justamente em razão da necessidade existir uma ofensa a bens jurídicos que Neumann descarta a punibilidade dos delitos de meras infrações a deveres e à moral⁷³.

Nesse passo, no âmbito jurídico-penal, o bem jurídico passa a exercer duas principais funções intrinsecamente relacionadas: (1) a dogmática e (2) a político-criminal (ou crítica). A função dogmática consiste na constatação do objeto de tutela penal, capaz de ser alvo de ofensa. Por sua vez, identificados os interesses objetos de dignidade penal, a função crítica do bem jurídico permite verificar se os tipos penais constantes no ordenamento jurídico estão, de fato, vinculados aos interesses protegidos. Sendo assim, o estudo do bem jurídico permite limitar o poder punitivo do estado tanto no momento de criação da lei penal quanto, posteriormente, no momento de aplicação dessa lei.

Além do mais, como bem observado por Tatiana Badaró,

é inegável que cabe ao bem jurídico orientar a aplicação do princípio da lesividade, extraído de normas da Constituição brasileira, que, assim como o princípio da proporcionalidade, depende desse referencial, ou algo que o valha, para sua operacionalização. Com efeito, a determinação do bem jurídico é o ponto de partida para o exame da legitimidade de estruturas delitivas polêmicas, como, por exemplo, os delitos de acumulação.⁷⁴

Atribuir tais funções ao bem jurídico permite a duplicação da antijuridicidade, “entendida nos sentidos formal (violação da norma correspondente ao tipo penal) e material (lesão ou colocação em perigo do interesse protegido pela norma)”⁷⁵. Desta forma, apesar de sua difícil conceituação jurídica, o estudo do bem jurídico ainda possui uma relevância ímpar na caracterização material do delito, pois sua análise permite avaliar a relevância jurídico-penal de determinado comportamento. Sem observar os limites que decorrem da aplicação da teoria

⁷² *Ibid*, p. 142.

⁷³ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). Direito Penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário, em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 524-525.

⁷⁴ BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 176.

⁷⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 144

do bem jurídico, o delito tornar-se-ia uma construção simplesmente espiritualizada, possibilitando a aplicação autoritária do direito penal.

1.2. O princípio da lesividade: o crime como dano (ou risco de dano) a bens jurídicos

Como visto, o bem jurídico, muito embora não possua um conceito único e bem definido pela doutrina, funciona como verdadeiro limitador do poder punitivo do Estado. Com efeito, nos dias atuais, a teoria do bem jurídico está intimamente relacionada a diversos princípios-penais que são essenciais em um Estado Democrático de Direito como o que vivemos.

O presente trabalho tem o objetivo de analisar como um desses princípios, especificamente o da lesividade, é aplicado na persecução penal do crime de gestão temerária. Necessário, para tanto, discorrermos sobre o surgimento do referido princípio, sua evolução histórica, até traçarmos seus contornos no direito penal contemporâneo.

Entretanto, antes de mais nada, importante esclarecer que, atualmente, entende-se que os princípios, assim como quaisquer outras regras, igualmente são normas. Isto é, os princípios não são apenas indicações ou meras orientações, pois são “normas jurídicas, no sentido de que são válidas e que são aplicáveis. E mais, são ainda referências para as regras, seja porque estão inscritos explicitamente na Constituição, seja porque dão coerência ao sistema que ela abriga”⁷⁶.

O entendimento, contudo, de que os princípios são, igualmente, normas é recente, como dispõe Luís Roberto Barroso:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.⁷⁷

Caminhando no mesmo sentido, Lênio Streck afirma que

a grande novidade das teorias contemporâneas sobre os princípios jurídicos foi demonstrar que, mais do que simples fatores de colmatação das lacunas

⁷⁶ SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da LEI 13.964/19. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 49.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro, in Revista da EMERJ, v. 4, n. 15/2001, p. 34.

(como ocorria nas posturas metodológicas derivadas do privatismo novecentista), eles são, hoje, normas jurídicas vinculantes, presentes em todo momento no contexto de uma comunidade política.⁷⁸

É bem verdade, porém, que por serem normas que fundamentam as regras jurídicas, os princípios são dotados de elevado grau de abstratividade, de sorte que seu conteúdo é significativamente mais denso do que seu sentido literal. Para exemplificar a elevada densidade dos princípios, Semer cita o princípio que se deduz do direito ao silêncio, disposto na Constituição, em seu artigo 5º, inciso LXIII (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”)⁷⁹.

Embora o texto da Constituição faça menção expressa ao “preso”, o direito ao silêncio é aplicável a toda e qualquer pessoa que esteja submetida a uma investigação, sendo certo que também não se restringe ao “permanecer calado”, pois o mesmo dispositivo constitucional garante que os cidadãos não serão obrigados a, de qualquer maneira, produzirem provas contra si próprios⁸⁰. Ou seja, o direito ao silêncio é uma manifestação do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Há casos, ainda, em que o princípio foi explicitado na regra pela Legislador, o que diminui sua abstração e evita o risco de esvaziar seu conteúdo. Nesse sentido, a título de exemplo, nota-se que o princípio da presunção de inocência foi explicitamente transformado em regra na nossa Constituição (artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).

Os princípios penais que derivam da Constituição foram tratados pelo constituinte de forma especialmente relevante, a fim de que não possam ser mitigados pelo Legislador ordinário que obtiver maioria em determinado momento histórico de maior arbitrariedade. Por isso, tais princípios são cláusulas pétreas, insuscetíveis de serem mitigados, por força do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal⁸¹.

⁷⁸ STRECK, Lênio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 49 n. 194 abr./jun.2012, p. 12. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf>, acessado em 15.12.2021.

⁷⁹ SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da LEI 13.964/19. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.50.

⁸⁰ Nesse sentido, Barroso explica que “Em verdadeira interpretação construtiva do preceito constitucional, dele extraíndo o princípio do privilégio contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), o Supremo estendeu-o também ‘a qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de e imputado’, apesar de o texto do inciso LXIII se referir somente ao ‘preso’”. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 101/102.

⁸¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

A violação a um princípio jurídico é significativamente mais grave do que a violação a uma simples regra. Afinal, quando se ofende um princípio, não se está apenas a ofender um mandamento, mas viola-se o nosso sistema como um todo⁸². Entretanto, uma vez que a compreensão dos princípios demanda um certo esforço interpretativo, é comum que o intérprete dê preferência à regra em detrimento à aplicação do princípio ou, o que é ainda mais grave, interprete o princípio à luz do que dispõem as regras, invertendo a lógica do nosso sistema normativo⁸³.

Com efeito, os princípios devem ser referências tanto para o legislador quanto para o aplicador do direito. Por meio da aplicação dos princípios o juiz irá se distanciar da mera discricionariedade. Como bem lembra Semer:

Apesar de alto grau de abstração, portanto, princípios não significam uma adesão ao decisionismo. Esta talvez a questão que mais incomode na compreensão da normatividade dos princípios: que, dado o desconhecimento ou a mera especulação, eles signifiquem, em última instância, uma porta aberta para a decisão judicial sem parâmetros objetivos, ou seja, aplicáveis a todos. E autorize decisões ad hoc ao sabor dos ventos, ou dos réus. Os princípios, todavia, tem extensa produção doutrinária, não se tratando de meras locuções vazias que permitem a qualquer intérprete dotá-las do conteúdo que lhe aprouver⁸⁴

Especialmente no âmbito penal, os princípios têm o papel de limitar o *jus puniendi* estatal. A aplicação e observância aos princípios é absolutamente fundamental para a aplicação do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Dito isso, passa-se, no presente tópico, a abordar, com mais detalhes, o princípio da lesividade (ou ofensividade), com os seus contornos.

Como já explicitado anteriormente, a teoria do bem jurídico surgiu da crítica à ideia de que o ilícito penal estava atrelado à lesão de direitos subjetivos. Com efeito, antes do surgimento da teoria do bem jurídico, entendia-se que “socialmente danosa é a conduta que desorganiza a ordem posta pelo contrato, violando direitos individuais ou do Estado como pessoa moral, erigidos a partir de uma orientação individualista”. Destarte, é nesse período que o princípio da lesividade começa a ganhar relevância para o conceito material de crime, pois “o

⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 11ª edição, 1999, p. 619/620.

⁸³ SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da LEI 13.964/19. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 52.

⁸⁴ *ibidem*.

direito subjetivo torna-se o objeto jurídico da proteção normativa, implicando uma consequente leitura da ofensividade a partir da sua violação”⁸⁵.

Todavia, o crime como violação a um direito subjetivo pode, ao invés de limitar a *jus puniendi*, dar espaço para criminalização de “meras infrações de polícia (*Polizeivergehen*)”. Isso porque, “tais infrações violam diretamente o direito à obediência do Estado, o que possibilita a inclusão de ações imorais ou apenas formalmente antijurídicas - sem afetação concreta de direitos subjetivos”⁸⁶.

Ademais, determinadas condutas não podem ser admitidas como violadoras de direitos subjetivos, como, por exemplo, falsidades ou violações à ordem pública, “cuja legitimidade não era posta por ninguém em questão”. Nesses casos, ou o crime seria marcado pela inexistência de violação direitos subjetivos, ou seria necessário aceitar a ideia de direito subjetivo sem sujeito, “desnaturando a própria noção de violação”⁸⁷.

Ainda, não se pode deixar de observar que o ideal de lesividade na afetação de direitos subjetivos é equivocado. Afinal, quando alguém lesiona a integridade física ou subtrai para si o patrimônio de outrem, não se está atacando o direito subjetivo do lesado. Ou seja, a ofensa não é direcionada ao direito, mas, em verdade, ao objeto do delito. “É o próprio objeto do direito, isto é, a vida, a honra, a integridade física, o patrimônio, e não o direito em si, que sofre a ação criminosa, que pode, enfim, ser objeto e expressar o efetivo conteúdo de desvalor da ofensa”⁸⁸.

Nesse contexto, foi para superar a ideia de ilícito vinculado à violação de direitos subjetivos que começou a se desenvolver a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Embora a evolução do conteúdo do bem jurídico tenha sido abordado de forma mais detalhada no tópico anterior do presente estudo, importante mencionar que foi Birnbaum quem idealizou, ainda que de forma inicial, que o crime deve ser entendido pelo dano social que sofrem bens naturais ou que se desenvolveram na sociedade, sendo certo que a intervenção penal apenas será justificada se houver uma ofensa a um bem, individual ou coletivo⁸⁹.

⁸⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos / Fabio Roberto D'Avila. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 63.

⁸⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 93

⁸⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos / Fabio Roberto D'Avila. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 63.

⁸⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos / Fabio Roberto D'Avila. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 64.

⁸⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 99.

Dito de outra maneira, o referido autor definiu “o objeto de tutela da norma e as formas de sua violação, ou, se assim preferirmos, o bem jurídico e a ofensividade”⁹⁰. Com efeito, o estudo do princípio da lesividade desenvolveu-se deste ponto, se aprofundando junto à teoria de proteção de bens jurídicos, de forma indissociável, até a sua concepção atual, que nos permite compreender o *crime como ofensa a bens jurídicos*.

Pelo princípio lesividade, evidenciado pelo brocardo *nullum crimen sine iniuria*, qualquer conduta somente será penalmente relevante se efetivamente lesar ou colocar em risco o bem jurídico tutelado pela norma penal. Isto é, a “lesividade exige que a ação não se esgote em uma atitude interna, mas que seja exteriorizada e, ademais, provoque lesão (ou perigo) a bem jurídico”⁹¹. A exigência da exteriorização da conduta lesiva ou perigosa permite diferenciar o direito da moral. “O fortalecimento do direito, como instituição autônoma da ordem jurídica, fundamenta também o direito penal do fato, o qual se contrapõe ao direito penal do autor”⁹².

A observância ao princípio da lesividade (ou da ofensividade) é uma garantia de todo cidadão, estando previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Ademais, a ofensividade também deriva da garantia à liberdade (artigo 5º, caput, da Constituição Federal), bem como do respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). É que, embora a garantia à liberdade possa ser ponderada mediante violações a outros valores (é admitida, por exemplo, que a liberdade seja restringida se houver ataques relevantes à vida, ao patrimônio etc.), tal ponderação deve observar critérios rigorosos, não se admitindo a restrição da liberdade se o bem jurídico não for efetivamente afetado pela ação, assim como não se pode cogitar sua restrição se a conduta for tão somente imoral ou se for uma simples violação de dever de obediência. Por isso, conforme dispõe D’Ávila,

Mostrar-se-ia absolutamente inaceitável cogitar-se a restrição do direito fundamental à liberdade em benefício da obtenção de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social. Para a sua restrição, é preciso atender não só a uma exigência formal de hierarquia normativa que limita a ponderação a bens com dignidade constitucional - referência mesmo que indireta na Constituição - como a uma necessária compatibilidade axiológica que justifique a restrição, para além, é certo, de

⁹⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos / Fabio Roberto D’Avila. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 66.

⁹¹ SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da LEI 13.964/19. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 87.

⁹² TAVARES, Juarez. Fundamentos da teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 73..

um juízo de necessidade de tutela. Enfim, exigências que descartam a ponderação com interesses que sequer possam ser reconhecidos como um bem jurídico-penal, pois, afinal, seria no mínimo contraditório o reconhecimento constitucional do direito inviolável à liberdade simultaneamente à criminalização fácil e irrestrita do seu exercício.⁹³

O princípio da lesividade é, pois, o limite do direito de punir do estado, exigindo um mínimo de objetividade da conduta incriminada, evitando que sanções sejam aplicadas em decorrência de simples pensamentos ou opiniões. “A punição do agente pelo que pensa ou é – e não pelo que fez, ou causa a outrem – é incompatível com as limitações inerentes ao Estado Democrático de Direito e mais ainda o respeito à dignidade da pessoa humana”⁹⁴.

Ademais, a esfera de liberdade individual, “desde que não comprometedor de direitos e liberdades de outrem, deve ser assegurada no Estado Democrático de Direito”⁹⁵. Por isso, em hipótese alguma, o Estado poderá utilizar-se de seu aparato penal para fazer imposições políticas e/ou religiosas. Jorge Figueiredo Dias, nesse sentido, afirma que

a função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais revela-se jurídico-constitucionalmente credenciada em qualquer autêntico regime democrático e pluralista, então tal deve ter como consequência inafastável a de que toda norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, por materialmente inconstitucional, e como tal deve ser declarada pelos tribunais constitucionais ou pelos tribunais ordinários aos quais compita aferir da constitucionalidade das leis ordinárias⁹⁶.

Nesse sentido, o direito penal não pode se prestar a reprimir “pensamentos, atos preparatórios, condição do agente, formas de ser ou estado perigoso, constituindo-se tal regra numa garantia em face do poder punitivo estatal”⁹⁷, de modo que a tutela penal se justifica apenas se o fato praticado afetar bens jurídicos suficientemente relevantes, e não pelo simples existir, pensar ou ser do autor.

O princípio da ofensividade é, assim, indissociável do Estado de Direito em geral, haja vista sua identidade com um sistema penal de caráter objetivo, afastando-se das hipóteses de punição da mera vontade, da periculosidade do

⁹³ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos / Fabio Roberto D'Avila. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 71.

⁹⁴ SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da LEI 13.964/19. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 88.

⁹⁵ BERNARDES NETO, Napoleão. Teoria e prática do princípio da insignificância: fundamentação teórica e constitucional, efeitos penais e processuais, jurisprudência atualizada do STF - 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 23.

⁹⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. Questões Fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo, RT, p. 76.

⁹⁷ MASSON, Cleber Rogério. O direito penal do inimigo. SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Processo penal e garantias constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 131.

agente, ou de infrações de dever, e revelando-se, por isso, imprescindível para a argumentação teleológica no campo do ilícito penal.

Tradicionalmente, afirma-se que a necessidade de estabelecer descrições precisas com a determinação concreta do bem tutelado e a forma como resulta tipicamente menoscabado, evitando abstrações e vagueza, constitui um postulado político-criminal inerente ao caráter de garantia do Direito Penal.⁹⁸

É em respeito ao princípio da lesividade que ofensas insignificantes ao bem jurídico tutelado devem ser consideradas atípicas, não se admitindo a criminalização de atos que não tenham a mínima relevância empírica. “Tampouco se pode acolher uma forma de criminalização por simples comportamento ou violação de um dever geral”, sendo, também, inconstitucional a responsabilização criminal pelo simples fato de ocupar determinado cargo em uma empresa⁹⁹.

Pode-se dizer, assim, que o bem jurídico define os contornos do princípio da lesividade. Considerando que a existência de um bem jurídico penalmente relevante é prerequisite da incriminação de toda e qualquer conduta, “o princípio da lesividade se transmutou em uma verdadeira regra de atendimento obrigatório”¹⁰⁰. A necessidade de ofensividade da conduta, a título de exemplo, obsta a punição do crime impossível, a tentativa por meios inidôneos ou contra objeto impróprio. Nestes casos, embora haja um desvalor da ação, não se permitirá a aplicação de sanção penal se o resultado não puder ser igualmente desvalorado (o que ocorre na hipótese em que o bem jurídico sequer é colocado em qualquer tipo de perigo).

Punir o crime impossível representa a supremacia do Direito Penal do ânimo. Nosso ordenamento incorpora a teoria objetiva, segundo a qual o crime impossível é impunível; no mesmo sentido, a tentativa exige início de execução e a mensuração de sua redução não tem a ver com o elemento subjetivo, mas justamente a proximidade da consumação¹⁰¹.

Da mesma forma, é da aplicação do princípio da lesividade que se impede a punição de atos internos (como a cogitação da prática delitiva) e externos prévios à criação do efetivo risco ao bem jurídico (como os já mencionados atos preparatórios). Com efeito, o professor Nilo Batista atribui quatro principais funções para o princípio da lesividade.

⁹⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 153.

⁹⁹ TAVARES, Juarez. Fundamentos da teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 73.

¹⁰⁰ *ibidem*.

¹⁰¹ SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da LEI 13.964/19. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 95.

A primeira, proíbe a incriminação de mera atitude interna. “As idéias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientem para a prática de um crime: o projeto mental do cometimento de um crime (cogitação) não é punível”¹⁰².

A segunda, proíbe a incriminação de condutas que não extrapolem o ânimo do próprio autor. Destarte, “os atos preparatórios para o cometimento de um crime cuja execução, entretanto, não é iniciada (art. 14, inc. II CP) não são punidos. Da mesma forma, o simples conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime não será punido, se sua execução não for iniciada (art. 31 CP)”. É, ainda, por esse aspecto, que se veda a punição ao crime impossível, bem como à autolesão (que, embora agrida o bem jurídico, não foge ao âmbito do próprio autor/lesionado)¹⁰³.

A terceira, proíbe a incriminação de condutas pelo mero estado ou condição existencial de alguém. Refuta-se, assim, o direito penal do autor, de sorte que o direito penal apenas pode ser o direito penal da ação. Exclui-se da sua aplicação as punições à vadiagem, por exemplo¹⁰⁴.

A quarta, e última, função da lesividade proíbe a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Isto é, ainda que determinada ação seja fortemente desaprovada pela sociedade, se ela não fere ou coloca em perigo nenhum bem dotado de relevância penal, esta ação não poderá ser objeto de repressão criminal. “Estamos falando também de condutas que só podem ser objeto de apreciação moral (como práticas sexuais, quaisquer que sejam, entre adultos conscientes, ou como a simples mentira)”¹⁰⁵.

A lesividade serve, então, como instrumento para separar o direito da moral. Não são puníveis criminalmente as condutas revestidas apenas de imoralidade. A título de exemplo, a doutrina cita a impossibilidade de se punir o uso de drogas, a vadiagem, a mendicância e o homossexualismo¹⁰⁶. A respeito do porte de drogas para uso pessoal, aliás, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 635.659/SP (ainda pendente de conclusão), foi enfático ao defender que o princípio aqui tratado também veda a punição à autolesão:

¹⁰² BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 92.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 93.

¹⁰⁵ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 94.

¹⁰⁶ SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da LEI 13.964/19. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.99.

O princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão.¹⁰⁷

A interpretação do crime como ofensa a bens jurídicos é, portanto, uma exigência material do ilícito, que se “refrata principalmente em âmbito constitucional, e que, a partir de uma tal refração, projeta-se como índice crítico de legitimidade tanto no plano de *jure condendo*, orientando e limitando a produção legislativa em matéria penal, quanto no plano de *jure condito*, reivindicando uma interpretação da norma, de acordo com as exigências de ofensividade”¹⁰⁸.

Demais disso, o princípio da lesividade também afeta o Legislador, impedindo a técnica de criminalização de condutas como forma de prevenção de riscos, com a antecipação da tutela penal para coibir atos que ainda não são dotados de ofensividade. Ainda, o princípio igualmente impede que se dê legitimidade “a ‘pequenas’ fraturas sofridas pela noção de ofensa a bens jurídicos, em muitos lugares da teoria geral do crime, normalmente reivindicados a título de exceção, por interesses de política criminal”¹⁰⁹.

Importante, porém, reforçar que o bem jurídico protegido pela norma penal não se confunde com o objeto material do ilícito. Afinal, os bens jurídicos não são “acessíveis à percepção material, mas são valores da ordem social nos que descansam a segurança, o bem-estar e a dignidade da coletividade”¹¹⁰. Reforçando que não se deve confundir o bem jurídico tutelado com o objeto material do crime, Francisco de Assis Toledo cita que, “no crime de homicídio, por exemplo, objeto material é o corpo humano, e bem jurídico é a vida. Isso revela, conforme acentuamos de início, que o objeto de tutela são valores éticos-sociais, não apenas as coisas materiais sobre que recai a ação criminosa”¹¹¹.

¹⁰⁷ Voto disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>, acessado em 04.01.2023.

¹⁰⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos / Fabio Roberto D'Avila. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 51.

¹⁰⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos / Fabio Roberto D'Avila. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.55.

¹¹⁰ BERNARDES NETO, Napoleão. Teoria e prática do princípio da insignificância: fundamentação teórica e constitucional, efeitos penais e processuais, jurisprudência atualizada do STF - 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 26.

¹¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com o Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 1994, p. 20

Oportuno esclarecer, ademais, que há ilícitos que dispensam a existência de um objeto material da conduta, como ocorre nos delitos formais, ou seja, aqueles cuja consumação dispensa a ocorrência de qualquer resultado naturalístico. “É o que se observa na conduta tipificada como ameaça pelo art. 147 do CP, a qual visa a tutelar o bem jurídico-penal liberdade individual, embora não haja a necessidade de lesão ou ameaça de lesão a um objeto material individualizável ou específico”¹¹². O mesmo ocorre, ainda, nos chamados crimes de mera conduta, que dispensam totalmente o acontecimento de um resultado naturalístico, tal qual ocorre no crime violação de domicílio (artigo 150, do Código Penal¹¹³).

Isto não quer dizer, porém, que os crimes de mera conduta ou formais dispensam a ocorrência de um resultado jurídico. Afinal, todo e qualquer crime exige, necessariamente, o resultado jurídico consistente na lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico dotado de dignidade penal. Ou seja, “o que se admite, reitera-se, é a ocorrência de um crime sem resultado naturalístico – desde que, evidentemente, haja concreta lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado”¹¹⁴. Interpreta-se, assim, ofensividade como “resultado (jurídico) da relação entre conduta típica e objeto de tutela da norma”¹¹⁵.

Após todo o exposto até aqui, “pode-se afirmar que a atuação de um direito penal funcionalizado, em prol de um Estado Democrático de Direito, está pautada pela proteção de bens jurídicos necessários à garantia da dignidade humana”¹¹⁶, de sorte que a criminalização de condutas apenas será legítima se se prestar a proteger um interesse fundamental dos cidadãos.

Com efeito, a lesividade “não possui, portanto, caráter naturalístico, mas sim normativo. Assim, há hipóteses em que, embora haja a afetação naturalística do bem jurídico, não será possível afirmar sua ofensa, em sentido de relevância jurídico-penal ao comportamento do agente”¹¹⁷. Ademais, especialmente nas hipóteses de proteção a bens jurídicos coletivos, a

¹¹² BERNARDES NETO, Napoleão. Teoria e prática do princípio da insignificância: fundamentação teórica e constitucional, efeitos penais e processuais, jurisprudência atualizada do STF - 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 27.

¹¹³ Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

¹¹⁴ BERNARDES NETO, Napoleão. Teoria e prática do princípio da insignificância: fundamentação teórica e constitucional, efeitos penais e processuais, jurisprudência atualizada do STF - 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 28.

¹¹⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos / Fabio Roberto D'Avila. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 54.

¹¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 153.

¹¹⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 155.

lesividade “será apurável apenas no campo normativo, não sendo possível vislumbrá-la em sentido naturalístico”¹¹⁸.

Tal constatação ganha especial relevância, uma vez que tem surgido cada vez mais crimes que dispensam qualquer tipo de afetação ou exposição ao risco aos bens jurídicos. De fato, “multiplicação dos crimes de perigo abstrato prende-se, sobretudo, a interesses político-criminais”¹¹⁹.

É justamente nesse aspecto que o presente trabalho se debruça, analisando, especificamente, na persecução penal do crime de gestão temerária e como se dá a afetação do bem jurídico tutelado pela norma, à luz do princípio da lesividade.

1.3. A relação entre risco e o direito penal contemporâneo no desenvolvimento das atividades financeiras

Atualmente, “as discussões em torno dos elementos dogmáticos que compõem o sistema penal envolvem, implícita ou explicitamente, os conflitos que nascem da organização social estruturada de determinado modo, em determinado contexto histórico”¹²⁰.

O modelo de produção da sociedade moderna é baseado, cada vez mais, no desenvolvimento de atividades arriscadas. A busca incessante pelo novo, pelo inédito, trouxe o risco, que antes era periférico, para o centro do nosso cotidiano. Por isso, como disposto por Ulrich Beck, vivemos na sociedade de riscos¹²¹.

Com efeito, o “risco é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo. Não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo. O risco refere-se primariamente ao perigo: logo, a definição do que se entende por perigo é premissa fundamental para a compreensão do risco”¹²².

Uma vez que é impossível conhecer o nexos causal de todas as atividades desenvolvidas, o máximo que se pode fazer é estabelecer juízos de probabilidade. Isto é, a probabilidade da ocorrência de um resultado danoso faz de determinada conduta “perigosa”. O

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da LEI 13.964/19. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 94.

¹²⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 21.

¹²¹ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade; tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor, São Paulo: Editora 34, 2011.

¹²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 22.

perigo, portanto, decorre da ignorância humana em relação à causalidade dos fatos. A certeza a respeito das relações de causalidade encerraria o receio do perigo, pois já se saberia, de antemão, se determinada conduta humana seria, ou não, danosa¹²³.

Nesse sentido, Paulo de Souza Mendes define risco como

uma avaliação cujo conteúdo informacional consiste na expressão de algum grau de incerteza – ainda que empiricamente estimado – sobre a ocorrência de certos efeitos secundários, geralmente indesejáveis, associados ao virtual desempenho de determinada actividade, normalmente dirigida para a obtenção de qualquer fim útil.¹²⁴

De todo modo, no passado, os riscos inerentes ao desenvolvimento das atividades econômicas eram locais, pessoais, de fácil identificação. Não obstante, especialmente após a revolução industrial, o avanço das inovações tecnológicas não foi acompanhado, em igual medida, pelo aprofundamento dos estudos sobre as consequências e perigos que o uso dessa nova tecnologia pode causar¹²⁵.

Foi, então, que o risco tornou uma constante na vida social, advindo juntamente desse descompasso entre o surgimento frequente de inovações científicas e a carência de estudos a respeito das consequências de sua utilização¹²⁶. Por outro lado, o risco é um fator indispensável para o desenvolvimento econômico das sociedades modernas.

Silva Sánchez assevera que

Realmente, a industrialização, no âmbito da dogmática jurídico-penal, havia trazido consigo a construção do conceito de risco permitido como limite doutrinário (interpretativo) a incriminação de condutas, assim como a determinação de seu alcance básico. Em linhas gerais, a ideia era a seguinte: a coletividade há de pagar o preço do desenvolvimento, admitindo que as empresas não adotam as máximas medidas de segurança nem empregam materiais de máxima qualidade. Do contrário, não se poderá obter o benefício que permita a acumulação de capital necessário para reinversão e crescimento; ou então não progredirá no ritmo esperado. E isso se deve admitir ainda que se saiba de antemão, e já não mais de modo genérico, que se produzirão lesões

¹²³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 23.

¹²⁴ MENDES, Paulo de Souza apud ELAYNE BERBICH DE MORAES, Márcia. A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco (Lei nº 9.605/98), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 137.

¹²⁵ Nesse sentido, BECK, op. cit., p. 25: “Não serão os riscos justamente uma marca da era industrial, em relação à qual deveriam ser nesse caso isolados? É certo que os riscos não são uma invenção moderna. Quem - como Colombo - saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra ‘risco’ tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra”.

¹²⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 25.

e mortes, senão que especificamente em uma determinada indústria elas haverão de ocorrer.¹²⁷

Ademais, o risco contemporâneo se caracteriza não mais por ser somente externo/natural (enchentes, terremotos, vulcões etc), e sim por ser proveniente da atividade humana. Em outras palavras, a ação humana cria riscos à coletividade como um todo, podendo causar efeitos catastróficos, afetando milhares (senão milhões) de pessoas, em áreas geográficas de proporções continentais, por longos períodos¹²⁸. A título de exemplo de desastres causados pela ação humana, cita-se a poluição em Minamata (em 1954), o vazamento em Bhopal (em 1984), o desastre de Chernobyl (em 1986), e, mais recentemente, no Brasil, os rompimentos das barragens em Mariana (em 2015) e Brumadinho (em 2019).

Antigamente, outrossim, a atividade humana arriscada se desenvolvia em locais afastados (periféricos), longe dos grandes centros. Desse modo, caso ocorresse um evento catastrófico, seus efeitos e extensão eram limitados àquele local e às pessoas que ali moravam/trabalhavam. Na sociedade moderna, porém, o risco se tornou “democrático”. É que os riscos que decorrem da atividade econômica, atualmente, afetam igualmente tanto a classe trabalhadora quanto a classe economicamente dominante. Isto é, o risco afeta quem o produz e quem se beneficia financeiramente da produção, o que foi chamado por Beck de efeito bumerangue¹²⁹:

Contido na globalização, e ainda assim claramente distinto dela, há um padrão de distribuição dos riscos no qual se encontra um material politicamente explosivo: cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente ‘latentes efeitos colaterais’ rebatem também sobre os centros de sua produção. Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram. Isto pode ocorrer de diversas formas.

De uma maneira geral, a possibilidade de a classe social detentora dos meios de produção ser afetada pelos riscos relacionados ao desenvolvimento da atividade econômica fez

¹²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais / Jesús-María Silva Sánchez; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. -- (Direito e ciências afins; v. 6 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira), p. 52/53.

¹²⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 27.

¹²⁹ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade; tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor, São Paulo: Editora 34, 2011, p. 44.

com que os membros da sociedade envolvidos em atividades econômicas não arriscadas, que não estão diretamente relacionados à produção do risco suportado, passassem a exigir um maior nível de controle no desenvolvimento das atividades arriscadas. Com efeito, “o discurso pela segurança, pela contenção de riscos, é canalizado por meio de organizações civis, como movimentos ecológicos e movimentos de defesa do consumidor, integrados por elementos de diversas classes sociais, que potencializam sua propagação”¹³⁰.

Posto isso, no desenvolvimento das relações financeiras, o caminho não foi diferente. Após a segunda guerra mundial, com a necessidade de reconstrução da economia mundial, fomentada pelas inovações dos meios de comunicação e transporte, bem como pela desregulamentação dos mercados e redução do ônus alfandegário, as relações e trocas comerciais se intensificaram mundialmente. Assim, “propostas como a desregulamentação do sistema financeiro surgem com a finalidade de viabilizar uma efetiva concretização dos negócios, em uma rede de comércio mundial com sensíveis reduções em termos de regramentos jurídicos”¹³¹.

Por outro lado, fato é que o grande volume financeiro que é transacionado diariamente entre as economias mundiais trouxe consigo uma “alta capacidade destrutiva caracterizada pela dinâmica de condução dos efeitos em cascata – capaz de trazer apreensão à economia tanto local, quanto global”¹³². O risco financeiro, decorrente da alta volatilidade e da própria característica da sociedade contemporânea, fez com que surgisse uma demanda para que os agentes públicos passassem a regular, de forma mais rígida, as atividades que se desenvolvem no sistema financeiro.

A título de exemplo, a insuficiente regulamentação do sistema financeiro japonês foi uma das causas apontadas para o colapso das bolhas imobiliárias no Japão, que ocorreu entre os últimos anos da década de 1980 e o começo da década de 1990, mas cujos efeitos foram sentidos na economia até meados da primeira década do século XXI¹³³.

¹³⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 34.

¹³¹ RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 16.

¹³² RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 18.

¹³³ FRAGA, J. S.; STRACHMAN, E. Crise financeira: o caso japonês. Nova Economia, [S. l.], v. 23, n. 3, 2014. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2473>. Acesso em: 03 de abril de 2023. “A desregulamentação do sistema financeiro japonês na década de 1980 estava inserida no processo de internacionalização da economia japonesa e visava a diversificação dos instrumentos financeiros à disposição do público e a elevação do grau de concorrência. Foram criadas diversas formas de captação de recursos para as empresas, especialmente no mercado externo de capital. Nesse novo período, a liberalização das transações cambiais permitiu a emissão de títulos de dívida em mercados externos, sem exigências de colaterais, presentes no

Do mesmo modo, nos Estados Unidos, os efeitos das crises de 2001 (envolvendo fraudes contábeis em grandes corporações) e de 2007 (relacionada aos créditos *subprime*) refletiram negativamente em toda a economia mundial, fazendo com que o Congresso estadunidense rompesse com as suas bases neoliberais e, em 2010, dentre outras medidas, (i) restringisse a concessão de créditos por instituições financeiras, (ii) autorizasse que o banco central (*Federal Reserve Board*) fiscalizasse os fundos de investimento, em especial os especulativos de *hedge* e *private equity*, (iii) criasse agências reguladoras etc.¹³⁴

A relação de risco-perigo com o sistema financeiro é especialmente delicada. Isso porque, como muitas instituições financeiras dependem umas das outras (uma vez que frequentemente são credoras e devedoras entre si), o “funcionamento dessa estrutura depende, em síntese, de que os depositantes, em número excessivamente elevado, não desejem reaver os valores confiados a determinado intermediário financeiro de maneira simultânea, por conta, por exemplo, de uma perda de confiança na instituição, da qual pode redundar uma crise sistêmica”¹³⁵.

Dito de outro modo, a confiança do investidor é imprescindível para garantir a estabilidade do próprio sistema financeiro e evitar crises sistêmicas. Cita-se, a título de exemplo, o recente caso do *Silicon Valley Bank*, que, em março de 2023, veio a falência após anunciar que precisava captar recursos em razão uma perda financeira. A simples desconfiança e o risco de perdas maiores “fez com que clientes corressem para sacar seus fundos em um

caso doméstico. Assim, entre 1983 e 1987, a utilização desse recurso para a captação das empresas cresceu substancialmente”.

¹³⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p.44. Sobre as crises, o autor esclarece que “Em 2001, o mercado de ações caiu em descrédito a partir da divulgação das fraudes corporativas nas empresas americanas Enron e WorldCom, e na francesa Vivendi, que maquiaram resultados financeiros negativos através de informações falsas prestadas ao mercado. Em essência, tal distúrbio descortinou os problemas que poderiam resultar da ausência de uma regulamentação adequada para assegurar a transparência no mercado financeiro. Mas a confirmação de que a heterorregulação se justificava sobreveio em 2007, a explosão da ‘bolha’ do crédito imobiliário de risco nos Estados Unidos (*subprime*), que gerou efeitos mundiais (p. ex., entre 10 e 12 de agosto de 2007, o Banco Central Europeu teve de injetar 156 bilhões de euros no mercado, buscando possibilitar que os bancos comerciais cumprissem com suas necessidades de liquidez. Ao contrário de 2001 - quando a crise teve origem na economia real, contaminando o mercado financeiro -, o distúrbio de 2007 passou pelo caminho inverso: no mercado financeiro é que se situou o seu foco. Com efeito, os órgãos reguladores permitiram aos bancos americanos assumir riscos incomensuráveis, dissimulados livremente através de produtos financeiros excêntricos que receberam a aprovação das agências de classificação de risco. Esses produtos, de um lado, acabaram nas mãos de pequenos investidores que não sabiam o risco que estavam assumindo, e, de outro, foram dissolvidos pela responsabilização de outras empresas do sistema financeiro mundial”.

¹³⁵ FELDENS, Luciano. Gestão Fraudulenta e Temerária: Contornos Identificadores do Tipo. in VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011, p.85.

ritmo maior do que o banco era capaz de dar conta, levando ao colapso” – causando efeitos na economia brasileira e mundial¹³⁶.

Por isso, a fim de controlar esse ambiente onde a confiança é fundamental, tornou-se absolutamente imprescindível a criação de “políticas públicas para o desenvolvimento financeiro, tendo em vista o seu potencial transformador da realidade”¹³⁷. Por outro lado, se é necessária a regulamentar as atividades econômicas que compõem o sistema financeiro para evitar crises sistêmicas, o excesso de regulamentação também atrapalha o bom funcionamento do mercado¹³⁸ e pode trazer, conseqüentemente, prejuízos no âmbito econômico e social.

Seria, portanto, papel do Direito Administrativo Sancionador regular e intervir de forma preventiva para evitar lesões ou riscos indesejados ao sistema financeiro¹³⁹. Não compete, porém, ao Direito Penal tal função (que, à luz do princípio da ofensividade, jamais poderá intervir de forma antecipada, sendo necessário à caracterização do delito a ocorrência de um resultado – resultado este que pode ser um dano ou exposição do bem jurídico a perigo concreto ou abstrato).

Não obstante isso, talvez pelo fato de que eventuais crises financeiras possuem aptidão de causar prejuízos à sociedade como um todo, afetando desde a criação de pequenos empregos até o patrimônio voluptuoso dos donos de grandes fundos de investimentos, o direito penal se tornou um “instrumento de reforço de tutela tendente a assegurar a normalidade do sistema financeiro”¹⁴⁰.

Nota-se, assim, um protagonismo exacerbado do direito penal. O direito penal se afasta da *ultima ratio* para se tornar instrumento de controle de riscos. Com efeito, Silva Sánchez cita, dentre outros fatores responsáveis pela ampliação do uso do direito penal, o fato de que a maior parte da sociedade se identifica como possível vítima da criminalidade

¹³⁶ Como a quebra dos bancos americanos SVB e Signature Bank pode afetar o Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cq5zrwlwpeeo>. Acesso em 25.05.2023.

¹³⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 21.

¹³⁸ PEREIRA, José Matias. Defesa Da Concorrência e Regulação Econômica no Brasil. Revista De Administração Mackenzie, Ano 5, n.1, p. 35-55: “Entre os aspectos negativos, a pesquisa indica que a burocracia continua ‘intensa’. O Brasil é visto como um país que pede informações em excesso às empresas antes de julgar as fusões e aquisições. A evolução do sistema brasileiro de defesa da concorrência continua a sofrer pelas ‘questões irrelevantes’ feitas às empresas e pelo quadro ‘jovem e inexperiente’ dos funcionários”.

¹³⁹ RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 22.

¹⁴⁰ FELDENS, Luciano. Gestão Fraudulenta e Temerária: Contornos Identificadores do Tipo. in VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011, p.84.

moderna¹⁴¹. Nesse sentido, foi essa sensação constante e coletiva de insegurança que conduziu ao expansionismo do direito penal.

Para esse fim de controle de riscos, são utilizados em larga escala tipos penais de perigo abstrato, normas penais em branco, o incremento da tipificação de condutas culposas e omissivas, sendo certo que o surgimento de normas de cuidado e o desenvolvimento das regras de imputação que têm o risco como seu elemento principal¹⁴².

O direito penal, como instrumento de controle social, é afetado por este estado de coisas: afinal, seus operadores e aplicadores agem como gestores de riscos em um sem-número de situações. A determinação do cuidado devido nos crimes culposos, a fixação do risco permitido, o desenvolvimento de critérios de imputação com base na criação de risco, a caracterização do garantidor nos crimes comissivos por omissão são institutos dogmáticos que lidam com a definição de risco e ficam sujeitos, como nos outros âmbitos de gestão, às ambiguidades e à insegurança que decorrem da própria organização social.¹⁴³

Nesse sentido, o Direito Penal Preventivo ou do Risco, como afirma Bechara, revela-se “expansivo na medida em que compreende o reconhecimento de novos bens jurídicos, o adiantamento das fronteiras do comportamento punível e a redução das exigências de imputação, caracterizando-se, inclusive, por pretender tipificar comportamentos que não são considerados previamente como socialmente inadequados”¹⁴⁴. Porém, a autora adverte que

Há de se ter claro, em qualquer caso, os riscos da adoção de uma cultura de emergência, a privilegiar de forma absoluta a eficiência do Direito Penal. E a experiência histórica demonstra que a criação de uma legislação excepcional para uma situação tida como extraordinária acaba por converter-se em modelo de legislação ordinária, atingindo definitivamente os princípios básicos de convivência social em um Estado Democrático de Direito. É preciso observar, nesse sentido, que a pretensão de alteração das bases liberais da intervenção penal, com o fim de atingimento de maior prevenção geral positiva, leva justamente ao efeito inverso, vale dizer, a uma mais profunda crise de legitimidade. A desnaturalização da função do Direito Penal como

¹⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais / Jesús-María Silva Sánchez; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. -- (Direito e ciências afins; v. 6 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira), p. 69/70: “Pois bem, em um momento cultural em que a referida criminalidade dos poderosos preside a discussão doutrinária, e também a atividade dos tribunais que transcende por intermédio dos *mass media* e, portanto, a representação social do delito, é seguramente compreensível que a maioria se incline a contemplar-se a si mesma mais como vítima potencial do que como autor potencial. Isso, de novo, redundando na conformação de um consenso restritivo enquanto ao alcance dos riscos permitidos. Pois o sujeito que precipuamente se contempla como vítima potencial não encontra resposta aceitável na qualificação de certos riscos como ‘riscos permitidos’. E tal se manifesta de modo claro em uma definição social-discursiva tendenciosamente expansiva do âmbito das condutas criminais”.

¹⁴² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 36.

¹⁴³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 41.

¹⁴⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 213.

instrumento subsidiário de tutela de bens jurídico-penais, para além de não trazer comprovadamente qualquer resultado positivo na luta contra a criminalidade, faz com que este perca definitivamente sua credibilidade social, já que o converte em mero instrumento de política com função simbólica. Assegurar o futuro mediante o Direito Penal deve ter como pressuposto necessário que os riscos submetidos a controle procedam de comportamentos que possam ser racionalmente proibidos.¹⁴⁵

Chega-se, enfim, ao ponto central deste trabalho: a “tutela do sistema financeiro não pode se afastar dos limites intrínsecos às múltiplas relações existentes entre a Constituição e o Direito Penal”¹⁴⁶. Isto é, toda e qualquer conduta digna de tutela penal (das mais simples, como um furto, até as mais complexas, como a gestão de forma temerária de instituições financeiras) deve observar os requisitos constitucionais de legitimação da persecução, notadamente, no que interessa o presente estudo, a presença de lesividade na ação tida como ilícita.

Por outro lado, devem ser veementemente rechaçadas “as vozes daqueles que admitem a necessidade de modificar, ao menos em certos casos, as ‘regras do jogo’. Nisto influi, sem dúvida, a constatação da limitada capacidade do Direito Penal clássico de base liberal (com seus princípios de taxatividade, imputação individual, presunção de inocência etc.) para combater fenômenos de macrocriminalidade”¹⁴⁷.

1.4. O bem jurídico protegido no artigo 4º da Lei nº 7.492/1986

No presente tópico deste trabalho, será definida uma importante premissa para o estudo a ser desenvolvido: qual o bem jurídico protegido no crime de gestão temerária. Para tanto, serão tecidas algumas breves considerações a respeito dos bens jurídicos coletivos (comuns à maioria dos crimes econômicos). Em seguida, passará a se abordar o contexto histórico que levou à criação da Lei nº 7.492/1986, para, enfim, definirmos o objeto de tutela dessa norma.

¹⁴⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 220.

¹⁴⁶ RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

¹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais / Jesús-María Silva Sánchez; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. -- (Direito e ciências afins; v. 6 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira), p 88.

Bustos Ramirez dividiu os bens jurídicos em duas categorias: os que se relacionam à existência do sistema social e os que se referem ao seu funcionamento. O primeiro grupo é integrado pelos bens jurídicos que compõem a base do sistema social e que estão implicados nas relações microssociais. São os bens jurídicos clássicos, individuais (como, por exemplo, a vida, o patrimônio, a integridade física e a honra). O segundo grupo, por sua vez, estão inseridos no plano macrossocial, pois garantem o funcionamento adequado da sociedade, “assegurando as condições indispensáveis para a produção das relações sociais básicas e equilibrando eventuais desajustes”¹⁴⁸. É nesse segundo grupo que estão inseridos os bens jurídicos coletivos, tais como o meio ambiente, a fé pública, a livre concorrência, a administração pública etc.

Esse grupo – de bens jurídicos coletivos – é mais moderno, surgiu do aumento da complexidade da vida em sociedade. Embora sejam, naturalmente, de maior abstração, com o passar do tempo, os conceitos dos bens jurídicos coletivos foram se estabelecendo e seus contornos se materializando¹⁴⁹, até que, enfim, se tornaram estáveis, aptos de serem protegidos pelo direito penal. Necessário, portanto, definir o conteúdo material dos bens jurídicos coletivos, a fim de delimitar a necessidade da intervenção penal.

Como já dito anteriormente, se, em um momento inicial, a ideia de bem jurídico nasce como uma garantia individual contra excessos do estado, a evolução do modelo social fez com que o bem jurídico passasse a tutelar interesses coletivos, “vinculados às relações sociais nas quais o indivíduo participa em busca de seu livre desenvolvimento”. Assim, o direito penal passou a tratar da “proibição de comportamentos que, embora não impliquem prejuízo imediato aos interesses estritamente pessoais do indivíduo, são aptos a repercutir de forma negativa no funcionamento do sistema social, posto a serviço dos interesses individuais”¹⁵⁰.

Contudo, essa proteção de interesses comuns deve ser vista com cautela. Isso porque, em diversos momentos históricos, foram praticadas graves violações humanas sob o pretexto de se proteger a coletividade. Por isso, a “análise dos bens jurídicos coletivos deve ser feita, antes de tudo, sob a perspectiva democrática, de forma que seu estabelecimento não vise à imposição forçada de valores ou ideologias, mas sim à garantia dos indivíduos aos quais o Estado deve servir”¹⁵¹.

¹⁴⁸ RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal. Parte especial. 2. ed. Barce-lona: Ariel, 1991. p. 6, apud BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 225.

¹⁴⁹ BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 230.

¹⁵⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 223.

¹⁵¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 223.

Nesse sentido, Juarez Tavares lembra que o conceito de bem jurídico deve ser extraído, sempre, da pessoa humana. Com efeito, o “substrato empírico do bem jurídico conduz à sua personalização”. Isso não significa dizer, porém, “que uma conduta criminosa possa lesar o próprio Estado”. E, realmente, vincular o bem jurídico a um dado relacionado à pessoa humana permite que se tome como objeto da norma penal não apenas os bens nitidamente individuais, mas também os que se “projetam para além da pessoa e se inserem como de interesse geral”¹⁵². O legislador, desse modo, fica impedido de criar tipos penais de forma deliberada, devendo vincular a sua criação a interesses individuais.

Importante destacar, especialmente para o presente estudo, a visão de Hefendehl sobre “a confiança como componente do bem jurídico”. O autor cita como determinados bens jurídicos coletivos necessitam da confiança da sociedade para que, efetivamente, possam ser considerados “bens”. A título de exemplo, o uso de moeda falsa tem como bem protegido a “segurança do dinheiro ou a confiança dessa segurança”, assim como o delito de corrupção resguarda “por vezes a probidade do serviço público (*Lauterkeit des öffentlichen Dienstes*), por vezes a confiança da população nessa probidade”¹⁵³. Caso se perdesse a confiança na moeda ou na probidade dos servidores públicos, em razão de reiterados ataques, tanto os recursos monetários quanto a probidade dos servidores públicos deixariam de existir, o que certamente traria prejuízos imensos à coletividade.

Isso posto, em razão de sua característica “espiritualizada”, não é fácil constatar que um bem jurídico coletivo foi lesionado ou colocado em perigo, tornando árdua a aplicação do princípio da lesividade nesse tipo de casos. Isto se reflete, em especial, nos crimes econômicos, como alerta Bechara:

Tratando dos delitos em matéria econômica, a discussão sobre a legitimidade da intervenção penal, a partir do bem jurídico, também ganha particular relevância, na medida em que o dever de assegurar um espaço vital aos interesses antagônicos envolvidos obriga o legislador a incriminar apenas determinados comportamentos. A construção dos tipos penais deve, nesse caso, atender um delicado equilíbrio de interesses, com o fim de evitar a excessiva intervenção em atividades socialmente úteis. Nesse contexto, surgem dificuldades para alcançar referido equilíbrio, seja em face da complexidade dos interesses envolvidos, cuja concreção em bens jurídicos se revela difícil, seja em razão do próprio caráter promocional que não raras vezes é atribuído de forma equivocada ao Direito Penal.¹⁵⁴

¹⁵² TAVARES, Juarez. Fundamentos da teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 96 e 97.

¹⁵³ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 18, n. 87, p. 114 e 115, nov./dez. 2010.

¹⁵⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 226.

Nesse sentido, em se tratando desse tipo de delito, a autora reforça que não se pode desconsiderar que o bem jurídico coletivo tem uma referência individual, não se podendo interpretar como crime a ação que não afete a convivência social. Destarte, como, em regra, esses delitos não exigem um resultado para sua ocorrência, “a ofensividade não pode ser interpretada naturalisticamente como o dano provocado em coisas, mas sim como potencial de lesão ao interesse sobre tal coisa”. Isto é, a exigência de lesividade será aferida pela análise da relevância penal do comportamento em relação ao risco produzido ao bem jurídico tutelado¹⁵⁵.

Dito de outra forma, Andrei Schmidt assim sintetiza:

Em suma: o objeto do ilícito (*Unrecht*) fundamenta e legitima o direito penal econômico a partir da exigência de ofensa a bens jurídicos protegidos, entendida, tal ofensa, em sua dimensão externa e fenomenológica que, nesta área específica da criminalização, possui uma significação axiológica de menor densidade. O fundamental é que o adensamento do objeto da norma penal econômica tenha seus contornos definidos a partir de um desvalor ético-jurídico compatibilizável com um desvalor ético-social - o núcleo essencial da paz e da segurança a que almeja a proteção - e que encontre sua coerência num sistema político-constitucional capaz de ampará-lo”.¹⁵⁶

Feitos esses breves apontamentos sobre os bens jurídicos coletivos, passa-se à análise da Lei nº 7.492/1986 para, então, definirmos o bem jurídico tutelado no crime de gestão temerária. Já na epígrafe da norma em estudo é destacado que o regramento “define os crimes contra o sistema financeiro nacional”.

Com efeito, a proteção do sistema financeiro nacional é fundamental no nosso Estado Democrático de Direitos. O seu papel foi previsto na própria Constituição da 1988, mais precisamente em seu artigo 192, dispondo que “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar”.

Muito embora a Lei nº 7.492/1986 seja anterior à Constituição, é inegável que foi atribuída ao sistema financeiro a função fundamental de promover o desenvolvimento sustentável, o que permite vincular a sua proteção ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Dito isso, a promulgação da mencionada Lei se deu num contexto em que, após diversos escândalos financeiros ocorridos nos anos 1970, o Estado decidiu tomar providências para “garantir a normalidade dos mercados e interesses dos depositantes em instituições financeiras”. Isso porque, à época, o Estado não dispunha de mecanismos aptos a

¹⁵⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 227 e 228.

¹⁵⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p 92.

responsabilizar criminalmente as pessoas que praticavam ilícitos no mercado financeiro. Com efeito, “a incapacidade de tipificação de condutas no âmbito da Lei n. 1.521/51, e a sentida ineficiência das medidas administrativas previstas na Lei n. 6024/74, impulsionaram” a criação da Lei nº 7.492/86¹⁵⁷.

A necessidade de suprir a ausência legislativa sobre o ponto, com o objetivo de reprimir esse tipo de ilícito, fica nítida pela leitura da “Justificação” do Projeto de Lei nº 273/83, que originou a norma em questão:

Justificação

O presente projeto representa velha aspiração das autoridades e do povo no sentido de reprimir com energia as constantes fraudes observadas no sistema financeiro nacional, especialmente no mercado de títulos e valores mobiliários.

Os cofres públicos, em função da preocupação governamental de preservar a confiança no sistema, vêm sendo largamente onerados com verdadeiros escândalos financeiros sem que os respectivos culpados recebam punição adequada, se é que chegam a recebê-la.

A grande dificuldade do enquadramento desses elementos inescrupulosos, que lidam fraudulentamente ou temerariamente, com valores do público, reside na inexistência de legislação penal específica para as irregularidades que surgiram com o advento de novas e múltiplas atividades no sistema financeiro, especialmente após 1964.

Em consequência, chega-se ao absurdo de processar-se e condenar um mero "ladão de galinhas", deixando sem punição pessoas que furtaram bilhões não apenas do "vizinho", mas a nível nacional.

[...]

Daí submetermos à apreciação deste Congresso Nacional o presente projeto, onde, além de definir novos crimes resultantes das imposições circunstanciais, damos novo tratamento ao procedimento penal, tornando possível, na apuração dos crimes, a participação mais efetiva dos órgãos responsáveis pela gestão do sistema financeiro nacional, além de não permitir que nos crimes mais graves — pena de reclusão ou de detenção superior a dois anos — prevaleça o instituto da fiança e a apelação em liberdade exatamente para criminosos que mais possuem meios financeiros de se livrarem da prisão.¹⁵⁸

Assim, de plano, destaca-se que a norma foi originalmente pensada com vistas a “preservar a confiança no sistema” financeiro. Não obstante, a técnica legislativa utilizada para definir os delitos previstos na Lei nº 7.492/86 não foi das melhores. A legislação é repleta de crimes que possuem redação excessivamente aberta e que não permitem concluir, com a precisão que é recomendada, qual exatamente o bem jurídico que se pretende tutelar.

¹⁵⁷ FELDENS, Luciano. Gestão Fraudulenta e Temerária: Contornos Identificadores do Tipo. *in* VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82 e 83.

¹⁵⁸ A íntegra do Projeto de Lei nº 273/1983, apresentado pelo Deputado Nilson Gibson está disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9216532&disposition=inline>. Acessado em 30.05.2023.

A bem da verdade, a ausência de técnica já havia sido notada no momento da sanção da Lei, uma vez que o próprio presidente da república, na mensagem nº 252, consignou que o regramento seria imperfeito, pois “as críticas ao resultado dos trabalhos da Comissão de Juristas, feitas por quantos desejaram trazer-lhe aperfeiçoamentos, estão em fase final de catalogação e avaliação, para eventual incorporação ao anteprojeto, o qual, tão logo esteja em condições de ser apreciado pelo Congresso Nacional, encaminharei como projeto de lei à apreciação de Vossas Excelências”.

Realmente, “é desalentador constatar que, ao sancionar uma lei, o Presidente da República reconheça, de público, que essa lei é falha, defeituosa, e que brevemente será revogada”¹⁵⁹. Todavia, a legislação que, aparentemente, deveria ter um caráter provisório, pois é imperfeita, tornou-se definitiva.

A notória imprecisão do Legislador tornou árdua e controversa a definição do(s) bem(ns) jurídico(s) tutelados na Lei nº 7.492/1986, em especial no crime de gestão temerária, cuja redação é alvo de inúmeras críticas. Inobstante, a identificação do objeto de tutela da norma é fundamental. Afinal, a ideia de crime como ofensa a bens jurídicos permite, de forma concreta, aferir a materialidade da conduta tida como criminosa e impede que a liberdade (que igualmente é um bem jurídico a ser tutelado) seja suprimida sem que outro interesse caro à sociedade seja efetivamente colocado em risco pela ação praticada¹⁶⁰. Por isso, uma vez que, como já dito anteriormente, o bem jurídico resguardado não pode ser excessivamente “espiritualizado”, pois, para além do fato de que diversos tipos de crimes podem tutelar um mesmo bem jurídico, seu reconhecimento permite conferir a lesividade da conduta, funcionando “como guia hermenêutico-aplicativo do âmbito de tutela da norma penal”¹⁶¹.

Não obstante, a definição do bem jurídico tutelado pela norma descrita no artigo 4º (e seu parágrafo único) está longe de ser uma unanimidade na doutrina especializada. Veja-se que Luiz Regis Prado, em relação aos crimes de gestão fraudulenta e temerária, afirma que “Tutelam-se a higidez da gestão das instituições financeiras e das atividades daí decorrentes”¹⁶².

¹⁵⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMENTÁRIOS À LEI 7.492, DE 16.6.86. Revisado e atualizado por: Marina Pinhão Coelho Araújo; Juliano Breda; Helena Regina Lobo da Costa; Nicole Trauczynski; Elisa Fernandes Blasi. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: THOMSON REUTERS, 2020, p. 35.

¹⁶⁰ RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.73.

¹⁶¹ RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71.

¹⁶² PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico / Luiz Regis Prado. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 190.

Em consulta ao dicionário Houaiss, aquilo que possui higidez é aquilo “que goza de perfeita saúde; sadio, são”. Ou seja, à luz do que entende o mencionado autor, a norma penal aqui analisada protege a boa saúde das instituições financeiras. É dizer, em outras palavras, serão penalmente relevantes as condutas que colocarem em risco essa boa saúde das instituições ou “das atividades daí decorrentes”.

Acontece que, como bem observa Marcelo Ruivo, trata-se de uma “concepção senão propriamente ampla, sobretudo, imprecisa”. Isso porque a expressão higidez “pouco acrescenta a delimitação dos contornos do ilícito”, uma vez que é “duvidoso o que, em termos econômicos, deveria ser entendido rigorosamente por saúde da gestão. Ainda mais árduo seria avaliar, com exatidão, se efetivamente e em que grau, a conduta teria sido ofensiva ao bem jurídico de definição incerta”¹⁶³.

Isso posto, Andrei Schimidt afirma que o bem jurídico tutelado seria ordem econômica, especialmente no seu aspecto relacionado à política monetária¹⁶⁴. Embora, realmente, a ordem econômica, de maneira geral, possa ser diretamente protegida pela tipificação de condutas com vistas a proteger o sistema financeiro nacional, o conceito de *ordem econômica* também é demasiadamente amplo, o que pode, eventualmente, ao invés de restringir, ampliar o alcance da norma penal.

Ademais, uma vez que a dignidade penal alcança valores e interesses essenciais para a sociedade, “jamais áreas inteiras da vida podem ser erigidas à natureza de bens jurídicos-penais”. Dessa maneira, “a ordem econômica como o nome já indica não pode ser tutelada penalmente na sua totalidade, pois antes de tudo já é um regramento e legislação, uma disposição dada por normativas de Estado ao mundo econômico”¹⁶⁵.

Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, afirma se tratar de crime pluriofensivo, pois tutela

“mais de um bem jurídico, destacando-se, fundamentalmente, o sistema financeiro nacional, contra gestão arriscada ou, na linguagem do legislador, gestões temerárias, levadas a efeito por seus controladores, administradores, diretores e gerentes. As instituições financeiras, enquanto entidades individualmente relevantes no sistema financeiro, também são objeto da tutela penal, inclusive aquelas pertencentes à iniciativa privada. Nesse sentido, protege-se a lisura, a correção e a honestidade das operações atribuídas e realizadas pelas instituições financeiras e assemelhadas. O bom e regular funcionamento do sistema financeiro repousa na confiança que a coletividade

¹⁶³ RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 98.

¹⁶⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 103.

¹⁶⁵ RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.99.

lhe acredita. A credibilidade é um atributo que assegura o regular e exitoso funcionamento do sistema financeiro como um todo.

Protegem-se, igualmente, os bens e valores, enfim, o patrimônio da coletividade, representada por investidores diretos, acionistas, depositantes, poupadores etc., que destinam suas economias, ou ao menos parte delas, às operações realizadas pelas instituições financeiras exatamente por acreditarem na lisura, na correção e na oficialidade do sistema.¹⁶⁶

Em sentido semelhante, afirmando se tratar de crime pluriofensivo, porquanto a gestão fraudulenta/temerária pode causar prejuízos ao mercado financeiro ou aos investidores, Manoel Pedro Pimentel afirma que a norma visa proteger “a boa execução da política econômica do Governo, primordialmente, pois está incluído entre as infrações contra o Sistema Financeiro Nacional”¹⁶⁷. De maneira semelhante, Fausto de Sanctis entende que “a gestão temerária exige a prática de ato que potencialmente coloca em risco a normalidade econômica da empresa”¹⁶⁸.

Apesar de se dar um bom passo ao se exigir, para configuração do delito, a ocorrência de um resultado, é de se questionar se, ao atribuir à norma penal a função de resguardar “a boa execução da política econômica” ou “a normalidade econômica da empresa”, não se estaria utilizando o direito penal como mero instrumento de intimidação para submeter os cidadãos aos interesses do Estado. Apesar de garantir o “bom e regular funcionamento do sistema” poder ser a causa de existir da norma, não se confunde com o bem jurídico por ela resguardado¹⁶⁹.

Mas, então, qual seria o bem jurídico tutelado pela norma descrita no artigo 4º da Lei nº 7.492/1986? Aprofundando um pouco mais o tema, Luciano Feldens destaca que é “o risco de dano (perigo) ao sistema financeiro nacional o fundamento do delito”. Isto não quer dizer, contudo, que o se trate de um crime de perigo concreto (o que ainda será melhor aprofundando em tópico próprio). É, em verdade, a possibilidade significativa de causar a instabilidade do sistema que justifica a aplicação da norma¹⁷⁰.

¹⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt, - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 264.

¹⁶⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMENTÁRIOS À LEI 7.492, DE 16.6.86. Revisado e atualizado por: Marina Pinhão Coelho Araújo; Juliano Breda; Helena Regina Lobo da Costa; Nicole Trauczynski; Elisa Fernandes Blasi. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: THOMSON REUTERS, 2020, p. 55.

¹⁶⁸ DE SANCTIS, Fausto. Punibilidade no sistema financeiro nacional. Campinas: Millennium, 2003, p. 67.

¹⁶⁹ MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. Direito penal e economia. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp. 37-58, 2012. p. 52.

¹⁷⁰ FELDENS, Luciano. Gestão Fraudulenta e Temerária: Contornos Identificadores do Tipo. in VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91.

Nesse sentido, prossegue o autor, que, considerando que o sistema financeiro nacional é composto por inúmeras instituições financeiras, cada uma delas representa “uma esfera de manifestação do bem jurídico”. Porém, não é todo e qualquer ilícito que poderá colocar em risco o sistema financeiro nacional como um todo. Com efeito, apenas os atos temerários que levam “à *perda de confiança dos depositantes*, ocasionando *corridas bancárias* e a subsequente *insolvência* de uma instituição financeira, e assim sucessivamente, através de uma reação em cadeia (*efeito dominó*)”¹⁷¹ podem objeto de incidência da norma.

Tem-se, aqui, um dos pilares que serão utilizados para definirmos o bem jurídico tutelado: a confiança dos investidores – que deve ser preservada. Isso se deve ao fato que

“as atividades no mercado financeiro estão fundadas em relações de confiança. Seus partícipes, assim, como os motoristas no trânsito, acreditam e confiam que os demais atuarão segundo as regras do jogo, com o máximo de transparência, sinceridade e honestidade, num ambiente em que a veracidade da informação representa um papel essencial”.¹⁷²

A perda de confiança nas operações realizadas nas instituições financeiras pode fazer com que os depositantes busquem sacar os recursos que detém, o que, se acontecer em grande quantidade e em um curto espaço de tempo, pode levar à insolvência da instituição financeira responsável pela custódia dos ativos. Caso, ainda, a perda de confiança venha a se manifestar de uma maneira generalizada, pode-se produzir um efeito cascata, com a perda de credibilidade de diversas instituições financeiras, colocando em risco o sistema financeiro como um todo.

Por outro lado, nas atividades desempenhadas no mercado financeiro, o risco (incerteza) está intimamente relacionado à possibilidade/expetativa de lucro. Nesse sentido, o investidor que decide por investir seus recursos em um ativo mais arriscado (com maiores chances de perda), naturalmente, espera que seu retorno financeiro (lucro) seja maior¹⁷³. Isso quer dizer que, na hipótese de um investimento arriscado não produzir qualquer tipo de lucro (ou ainda que dê prejuízos), tal fato, por si só, não significará que o sistema financeiro foi colocado em risco, pois o resultado da operação já era previsível desde o começo.

¹⁷¹ FELDENS, Luciano. Gestão Fraudulenta e Temerária: Contornos Identificadores do Tipo. in VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92.

¹⁷² ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Os Crimes contra o Sistema Financeiro no esboço de nova Parte Especial do Código Penal de 1994. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. a. 3. n. 11, p. 151-152.

¹⁷³ GITMAN, Lawrence J. Princípios de administração financeira / Lawrence J. Gitman; tradução Allan Vidigal Hastings; revisão técnica Jean Jacques Salim. — 12. ed. — São Paulo : Pearson Prentice Hall, 2010, p. 212.

Acontece que, em regra, o investidor do mercado financeiro é avesso ao risco¹⁷⁴. Por isso, é fundamental evitar que a incerteza que é intrínseca a maior parte dos investimentos financeiros se traduza em desconfiança.

A título de exemplo, um investidor que aloca seus recursos em uma instituição financeira com o objetivo de que eles sejam investidos em operações de *day trade* (sabidamente arriscadas) não deixará de confiar no sistema financeiro se, por acaso, tiver prejuízos nas operações realizadas. Por outro lado, o investidor que decide entregar seus recursos a uma instituição financeira que se propõe a investi-los em *treasuries* (títulos de dívida emitidos pelo governo dos Estados Unidos e que são considerados investimentos seguros¹⁷⁵), mas descobre que a instituição financeira resolveu, de forma unilateral, investir em ações da bolsa, ainda que não tenha qualquer tipo de prejuízo na operação, terá motivos para sentir desconfiança em relação ao mercado. É essa desconfiança que deve ser evitada a todo custo.

A par disso, como observa Marcelo Ruivo, “confiar” demanda que “algo” ou com “alguém” seja confiado. No âmbito financeiro, esse objeto a ser confiado, em regra, possui valor econômico: é o patrimônio do investidor. Destarte, a tutela penal se justifica para resguardar “a confiança na proteção e não, necessariamente, na preservação ou incremento do patrimônio”¹⁷⁶. Com efeito, “atualmente se trabalha com a ideia de confiança no Sistema Financeiro Nacional no sentido da expectativa concreta de proteção do patrimônio, quando o sistema opera nos limites da regularidade jurídica”¹⁷⁷. Desse modo, associando a confiança com a necessidade de se proteger o patrimônio, o autor conclui que tipo resguarda um bem jurídico “dúplice supraindividual de titularidade difusa, formado pela união de dois valores socioeconômicos penalmente dignos, de um lado, a verdade e transparência e, de outro, o patrimônio”¹⁷⁸.

Reforça-se, porém, que o patrimônio referido pelo autor não deve ser interpretado como o patrimônio de um único investidor, mas, sim, o da coletividade. Isto é, a norma penal

¹⁷⁴ GITMAN, Lawrence J. Princípios de administração financeira / Lawrence J. Gitman; tradução Allan Vidigal Hastings; revisão técnica Jean Jacques Salim. — 12. ed. — São Paulo : Pearson Prentice Hall, 2010, p. 13.

¹⁷⁵ “Risco de crédito: também conhecido como risco de “calote”, no caso de títulos de emissão do governo dos EUA, trata-se de um dos riscos mais baixos do mundo (rating ‘AAA’ em escala global na Fitch Ratings). A qualidade de crédito do governo norte-americano é significativamente alta. Por isso, no mundo dos investimentos, esses títulos são chamados de “*risk free*”, ou “livres de risco” (ainda que este risco não seja zero)”. Disponível em <https://conteudos.xpi.com.br/renda-fixa/relatorios/ja-pensou-em-investir-no-governo-dos-eua-conheca-as-treasuries/>. Acesso em 25.05.2023.

¹⁷⁶ RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 86.

¹⁷⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 90.

¹⁷⁸ RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta / Marcelo Almeida Ruivo. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 106/107.

objetiva tutelar o patrimônio que pertence ao conjunto de pessoas que entenderam por bem confiar suas economias aos cuidados da instituição financeira¹⁷⁹. É a afetação desse patrimônio coletivo que pode, eventualmente, colocar em risco a saúde da instituição financeira e, conseqüentemente, de todo o Sistema Financeiro Nacional.

Assim, ao mesmo tempo que se protege um valor que é fundamental para o bom funcionamento do sistema financeiro nacional como um todo (a confiança/a transparência das operações), igualmente se protege o patrimônio dos investidores que está sob os cuidados da instituição financeira, que é um valor menos espiritualizado, permitindo dar maior concretude à norma.

¹⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt, - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 264.

2. A PERSECUÇÃO PENAL DO CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA

A técnica legislativa para tipificar o crime de gestão temerária certamente não merece ser elogiada. Ao passo que *caput* do artigo 4º da Lei nº 7.492/1986, incrimina a conduta de quem “Gerir fraudulentamente instituição financeira”, culminando pena de reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, o parágrafo único (e é aqui que nos aprofundaremos nesse capítulo) dispõe apenas que “Se a gestão é temerária” deve ser aplicada a elevadíssima pena de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

A brevidade do Legislador na descrição do crime de gestão temerária fez com que a doutrina se posicionasse, quase que à unanimidade, pela inconstitucionalidade do tipo penal. Isso porque a “Constituição Federal de 1988, que exige seja a lei penal certa, taxativa. O artigo viola o princípio da legalidade, uma vez que é absolutamente impossível deduzir do contexto lógico normativo o conteúdo da proibição”¹⁸⁰. Com efeito, Manoel Pedro Pimentel foi ainda mais enfático ao afirmar que “alargando desse modo a extensão do tipo objetivo, o legislador criou um monstro ameaçador, que poderá sobressaltar qualquer administrador ou controlador de instituição financeira”¹⁸¹.

Não obstante as veementes críticas, a tese de que o crime de gestão temerária seria inconstitucional não encontrou respaldo na jurisprudência, obrigando “comentadores e doutrinadores a fazerem malabarismo hermenêuticos na tentativa de conceituarem ou definirem a referida infração penal”¹⁸².

Assim, no presente capítulo, será analisada a estrutura típica do crime de gestão temerária, para, em seguida, discorrer sobre como se dá a afetação ao bem jurídico tutelado pela norma apta a configurar o delito. Em seguida, será analisado como o Tribunal Regional Federal da 2ª Região vem se manifestando sobre o tema. Antes, todavia, necessário estabelecer algumas premissas para superarmos a falta de taxatividade da conduta, assim como a aparente desnecessidade de qualquer resultado lesivo para a consumação do delito.

¹⁸⁰ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, *in* Direito penal econômico: Leis Penais Especiais - Vol. 1 - Marina Pinhão Coelho Araújo, Luciano Anderson de Souza. Coordenadores. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.133.

¹⁸¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMENTÁRIOS À LEI 7.492, DE 16.6.86. Revisado e atualizado por: Marina Pinhão Coelho Araújo; Juliano Breda; Helena Regina Lobo da Costa; Nicole Trauczynski; Elisa Fernandes Blasi. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: THOMSON REUTERS, 2020, p. 56.

¹⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt, - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 271.

2.1. A aplicação dos princípios da taxatividade e lesividade

Para proteger os bens jurídicos relacionados aos interesses vinculados às atividades econômicas complexas (como são as que são praticadas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, mas, também, as que envolvem o chamado direito penal econômico) é comum que o Legislador recorra à criação de tipos penais abertos ou que fazem remissão a normativas ou portarias elaboradas por outro Poder Constituído. Mas em relação a essa técnica legislativa, necessário tecer alguns apontamentos, pois um tipo penal excessivamente aberto, demasiadamente vago, fere os princípios da legalidade e da taxatividade, sendo, portanto, inconstitucional.

A lei, historicamente, tem duas funções motivacionais: (i) de um lado, o cidadão, conhecendo a norma, pode dirigir seu comportamento de modo a não a infringir¹⁸³; (ii) por outro lado, o juiz, para julgar se o cidadão infringiu um comando legal e, por isso, merece ser punido, deve seguir rigorosamente a letra da lei, sem nem poder interpretá-la de forma extensiva¹⁸⁴. Assim, o “Direito Penal detém a função de garantir a manutenção das normas que alicerçam a base da estrutura social, entendimento fundado na concepção de que a sociedade se constitui por meio de normas e delas retira a sua identidade”¹⁸⁵.

Todavia, para que os cidadãos possam dirigir sua conduta conforme manda a lei, segundo Betham, é necessário que as leis sejam claras e concisas, permitindo que todos possam entendê-las e absorvê-las com facilidade. “Clareza e brevidade seriam, pois, as qualidades essenciais de toda lei”¹⁸⁶.

É bem verdade que, em se tratando das relações jurídicas complexas, torna-se árdua a tarefa do Legislador de criar tipos penais que sejam absolutamente precisos e que

¹⁸³ Nesse sentido, Hobbes afirma que “as leis, se não forem conhecidas, não obrigam - mais ainda, nem sequer são leis”. HOBBS, Thomas. 1588-1679. Do cidadão. Thomas Hobbes: tradução, apresentação e notas Renato Janine Ribeiro. - 3a ed.- São Paulo: Martins Fomes, 2002 - (Clássicos), p. 69.

¹⁸⁴ “Resulta ainda, dos princípios estabelecidos precedentemente, que os juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores. Os juízes não receberam as leis como uma tradição doméstica, ou como um testamento dos nossos antepassados, que aos seus descendentes deixaria apenas a missão de obedecer. Recebem-nas da sociedade viva, ou do soberano, que é representante dessa sociedade, como depositário legítimo do resultado atual da vontade de todos” em BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas (1764). Edição Ridendo Castigat Mores, Versão para eBook, p. 31. Disponível em <https://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>, acessado em 15.05.2023.

¹⁸⁵ CALLEGARI, André Luís. Direito penal e funcionalismo: um novo cenário da teoria geral do delito / André Luís Callegari, Raul Marques Linhares. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 139.

¹⁸⁶ BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. [s.t.] São Paulo: Abril Cultural, 1974, pp. 147-148, apud SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 152.

contemplem, com exatidão, todas as situações possíveis que em que o bem jurídico resguardado pela norma penal possa ser afetado. Por isso, passou-se a afirmar que a constitucionalidade do tipo penal poderia ser verificada pela *maior precisión possível* da norma incriminadora, uma vez que “algum grau de incerteza na adoção da técnica legislativa é inevitável”¹⁸⁷.

Ademais, como afirma Jakobs, “*la precisión de la determinación legal disminuye al aumentar la generalidad de lo regulado*”, fazendo com que a *lex certa* seja cada vez mais relativa. Com efeito, em relação a determinados conceitos, “*cabe legitimarlo mejor mediante los expertos juristas que politicamente*”, sendo certo que “*las reglas parcas las puede completar flexiblemente la jurisprudencia, de modo que queda un espacio para la formación progresiva del Derecho*”¹⁸⁸.

Não obstante, o elevado grau de abstração das leis nos trouxe a um cenário de “recrudescimento do judicialismo punitivo”, com, de um lado, um Legislador descompromissado com a tarefa de definir tipos legais de forma precisa, e, por outro lado, um Judiciário que tampouco se preocupa em controlar com rigor a validade das normas, “tudo a contribuir para formação e desenvolvimento de um sistema penal de alta discricionariedade e baixa previsibilidade”¹⁸⁹. Ademais, como alerta Schmidt¹⁹⁰:

“a incerteza da lei proporciona um nefasto efeito em cascata em todas as agências penais, comprometendo não somente as atividades legislativa e judicial, senão também a atividade da polícia judiciária, do Ministério Público e, principalmente, o exercício do direito de defesa. Uma norma penal tem de ser construída a partir de critérios de rigorosa técnica (não é aleatória, por exemplo, nos delitos econômicos, a opção legislativa pela definição de um crime de dano ou de perigo), observando-se, ao mesmo tempo, o seu ajustamento ao objeto da tutela e o resguardo de que, ao fim e ao cabo, o trabalho legislativo resultou em um tipo legal que efetivamente tenha sido definido pelo legislador, não dando margem a um modelo justicialista de distribuição do poder punitivo”.

Ora, se não apreça possível que o Legislador crie um tipo penal absolutamente preciso para tutelar as complexas atividades que são reguladas no direito penal contemporâneo, mas, ao mesmo tempo, permitir a proliferação de normas penais excessivamente vagas dá

¹⁸⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 153.

¹⁸⁸ JAKOBS, Günther. DERECHO PENAL PARTE GENERAL: Fundamentos y teoría de la imputación. Trad.: Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª edición, corregida. Marcial Pons: Madrid, 1997, p. 91.

¹⁸⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 153/154.

¹⁹⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 156/157.

espaço a possíveis arbitrariedades, questiona-se: como identificar se uma determinada norma incriminadora é válida, à luz da taxatividade e da legalidade? Quais parâmetros podem ser invocados para validar, ou não, a lei penal?

O primeiro passo para responder à indagação acima é abandonar a ideia de que o princípio da taxatividade está ligado a ideia de prevenção geral¹⁹¹. Isso porque a lei penal não pode motivar o cidadão a comportar-se, ou não, de determinada maneira diante de uma situação específica. A norma penal, então, funciona como um elemento de julgamento individual que, juntamente com outros aspectos adicionais e um processo particular de avaliação pelo sujeito individual, faz parte de um processo de tomada de decisão.

A taxatividade, portanto, não se presta a possibilitar que o cidadão conheça a lei penal, mas sim para garantir a objetividade das decisões judiciais. Nesse sentido, *“si – como aqui – se entiende el principio de legalidad ante todo como garantía de objetividad, hay que tratarlo con más rigor cuanto más propenso a las valoraciones sea el campo de regulación, valoraciones que hayan de adoptarse para la decisión del caso en cuestión y que no sean generalizables”*¹⁹².

Sob essa ótica, compete ao Legislador, no momento da criação da norma penal, elaborar dispositivos que não permitam sua aplicação de forma arbitrária. Destarte, no lugar de pensarmos que Legislador deve criar normas com objetivo de auxiliar o cidadão a dirigir seu comportamento de modo a não o regramento jurídico, devemos compreender que a missão do Legislador é criar dispositivos que permitam a maior previsibilidade possível das decisões judiciais. Em outras palavras, *“uma lei é taxativa não quando ela é suficientemente precisa, mas sim quando ela atinge um nível de precisão razoável a ponto de evitar ao máximo uma incidência justicialista ou policialesca do poder punitivo”*¹⁹³.

Porém, o problema não se resolve se não identificarmos o quão precisa deve ser a norma para ser considerada taxativa. Para Figueiredo Dias,

“o critério decisivo para aferir do respeito pelo princípio da legalidade (e da respectiva constitucionalidade da regulamentação) residirá sempre em saber se, apesar da indeterminação inevitável resultante da utilização destes

¹⁹¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 158.

¹⁹² JAKOBS, Günther. DERECHO PENAL PARTE GENERAL: Fundamentos y teoría de la imputación. Trad.: Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª edición, corregida. Marcial Pons: Madrid, 1997, p. 89.

¹⁹³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 159.

elementos, do conjunto da regulamentação típica deriva ou não uma área e um fim de protecção da norma claramente determinados”¹⁹⁴.

Em se tratando da regulação de atividades complexas, como observa Schmidt, é natural que a “definição legal de um delito não pode ser dissociada da interpretação a que as possíveis condutas são antecipadas pelo legislador e também seguirão sendo interpretadas judicialmente”¹⁹⁵. Assim, embora se aceite a premissa de que compete ao Legislador prever a maior parte dos enunciados que irão compor o processo de criminalização de condutas, é preciso entender que as agências penais – e a jurisprudência – igualmente têm o papel de auxiliar a interpretar se a conduta praticada no caso concreto caracteriza, ou não, crime.

Veja-se, a título de exemplo, que seria uma tarefa praticamente impossível que o Legislador conseguisse prever todos os possíveis delitos que podem ser praticados no mercado de valores mobiliários. Por isso, naturalmente, os delitos previstos na Lei 6.385/76 têm redações com enunciados vagos – que permitem sua aplicação para uma série de condutas. Dito de outro modo: “o tipo legal traz consigo uma pressuposta indeterminação, porquanto o uso de cláusulas abertas é a única forma de que dispõe o direito penal para tutelar condutas essencialmente complexas”¹⁹⁶.

Nesse contexto de tutela de condutas complexas por meio de tipos penais que detém um grau de abstração alto, é necessário buscar instrumentos capazes de regular o poder punitivo do Estado, a fim de evitar arbitrariedades. Com efeito, a lei penal não será inconstitucional se outros dispositivos jurídicos ou normas emitidas por agências regulatórias puderem preencher a vagueza do tipo penal.

No exemplo dado pela doutrina, o crime de *Insider Trading* (art. 27, da Lei 6.385/76: “utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários”) seria inconstitucional se competisse ao aplicador do direito decidir sobre o que são “informações relevantes”, “valores mobiliários” ou “vantagem indevida” (conceitos evidentemente vagos). Porém, ao analisarmos as “relações de cuidado que já se consolidaram nos segmentos sociais que rotineiramente estão

¹⁹⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito Penal Parte Geral. Coimbra, Coimbra, 2004, p. 125.

¹⁹⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 167.

¹⁹⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 173.

envolvidos com o mercado de valores mobiliários, poderemos perceber que a significação da ofensa já encontra graus razoáveis de adensamento”¹⁹⁷.

Nesse sentido, a própria Lei 6.385/76 dispõe sobre o que são “valores mobiliários” (artigo 2º). Por sua vez, o artigo 4º, inciso IV, alínea c, quando analisado em conjunto com o artigo 21-A, ambos do mesmo diploma legal, permitem que a Comissão de Valores Mobiliários defina o que são “informações relevantes” para fins de aplicação da norma (hoje em dia, Resolução CVM nº 44, de 23 de agosto de 2021, “dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta, estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado”¹⁹⁸).

Note-se, por outro lado, que a Lei 6.385/76 não esclareceu o que seria “vantagem indevida”, tampouco o fez a Comissão de Valores Mobiliários. Isso, todavia, não faz da norma em análise, por si só, inconstitucional. É que, nesse caso, “as agências penais, notadamente o Poder Judiciário, devem buscar no sistema jurídico os casos em que a vantagem pode ser considerada ajustada à disciplina do mercado mobiliário”. Destarte, será “no direito que regula a prática do mercado mobiliário, e não na ‘consciência do juiz’, que se situa a fonte de onde poderá ser obtida a verificação concreta da adjetivação ‘indevida’ para a vantagem econômica”¹⁹⁹ – evitando-se arbitrariedades e/ou decisionismo.

Enfim, o que se percebe é que o simples fato de a norma penal ser vaga não faz dela, automaticamente, inconstitucional. É possível que a vagueza do dispositivo seja preenchida por remissões normativas, desde que o núcleo da norma proibitiva seja bem definido pela Legislador²⁰⁰. Com efeito, nas lições de D’Ávila,

¹⁹⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 174.

¹⁹⁸ Veja-se a definição dada no art. 2º da referida resolução: “Considera-se relevante, para os efeitos desta Resolução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável: I – na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados; II – na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários; ou III – na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados”.

¹⁹⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 174.

²⁰⁰ Nesse sentido, Luís Greco afirma que “a opinião dominante, arrimada em especial em decisões de prestigiosos tribunais constitucionais, como o alemão, o espanhol, o americano e o italiano considera admissíveis remissões a sedes não-legais, desde que o núcleo fundamental da proibição seja fixado pelo legislador”. (GRECO, Luís. A

todas as deficiências legislativas deverão ser corrigidas a partir de um filtro hermenêutico que, muitas vezes, poderá restringir o âmbito de aplicação do ilícito-típico, em um processo hermenêutico de correção e recuperação do ilícito, quando, por certo, o tipo penal permitir tal correção, e, outras vezes, pela total incapacidade de adequação à noção de ofensividade, deverá levar inevitavelmente ao reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

Aqui, portanto, estabelece-se uma importante premissa para nos aprofundarmos na persecução penal do crime de gestão temerária: ante a vagueza da norma em comento, é necessário que as agências reguladoras (de preferência), ou mesmo a jurisprudência, estabeleçam critérios mínimos para determinar quais condutas podem se amoldar à elementar *temerária*.

Não se ignora, em hipótese alguma, que a premissa acima estabelecida igualmente é alvo de críticas da doutrina especializada. Nesse sentido, Almiro Velludo Salvador Netto afirma que, em relação ao parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492/1986, a vagueza da norma é tamanha que nos obriga a fazer referência a “todo um corpo ou conjunto normativo”, notadamente as “normas administrativas do Banco Central do Brasil, as quais determinam os padrões de comportamentos aceitáveis na administração de instituições financeiras”, o que não se adequa aos princípios penais vigentes, pois confere à administração o papel de criminalizar condutas e retira do cidadão a sua capacidade de compreender o que é lícito ou ilícito²⁰¹.

Todavia, apesar da absoluta pertinência da crítica, considerando-se que os nossos Tribunais, em inúmeras ocasiões, já se manifestaram pela constitucionalidade do crime de gestão temerária, ao aceitarmos que as normas administrativas, criadas por agências como a Comissão de Valores Mobiliários, Banco Central do Brasil, Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais etc., podem complementar o tipo penal, dando uma noção do que seria uma ação temerária, torna-se possível atribuir um mínimo de objetividade à conduta incriminada²⁰².

relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 58, 2006, p. 165).

²⁰¹ SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: RT, v. 18, n. 85, jul.-ago. 2010. p. 219-235.

²⁰² “É dizer: nos delitos econômicos, as agências penais (especialmente o Poder Judiciário) atuam como coadjuvantes na definição do núcleo rígido do objeto do ilícito - a carga, principalmente, das agências regulatórias. Ao mesmo tempo em que essa coadjuvância seria impensável no direito penal nuclear, nos delitos econômicos, por paradoxal que seja, é uma importante estratégia de adensamento racional da proteção” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 208).

Feita essa primeira observação, necessário nos aprofundarmos sobre o entendimento de que, para a configuração do crime previsto no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492/1986, basta “a simples comprovação da conduta incriminada, constada materialmente, ensejará o reconhecimento do crime consumado. Os resultados de dano ou de perigo concreto pertencem à ideia de crime exaurido e não do crime simplesmente consumado”²⁰³.

Porém, antes de buscarmos entender se o crime de gestão temerária deve ser classificado como de perigo abstrato ou de mera conduta, destaca-se que, neste momento, não serão abordados os aspectos subjetivos do ilícito discutido, mas tão somente os elementos objetivos relacionados à criação do risco ao bem jurídico. Afinal, “*como fenómeno social, el delito sólo se experimenta al objetivarse*”²⁰⁴.

Com efeito, conceitos jurídicos desenvolvidos para auxiliar na interpretação e aplicação das normas penais devem seguir um “processo metodológico dialético, equilibrado entre a proteção de bens jurídicos fundamentais e a preservação da dignidade humana diante da atuação repressiva, de modo a manter a funcionalidade do direito penal dentro do Estado Democrático de Direito”²⁰⁵.

A par disso, a conduta típica não é apenas aquela que se amolda ao preceito descrito no tipo penal, pois também deve ser considerada que “*Injusta es una acción no tolerable socialmente*”²⁰⁶. Isto quer dizer que, se crime é uma ofensa (seja uma lesão ou perigo) a bens jurídicos, para que seja criminosa, não basta que a realização da ação descrita na norma incriminadora, sendo necessário que esta ação efetivamente viole interesses sociais dignos de relevância penal.

Porém, entender que o injusto se concretiza apenas se houver um resultado lesivo impede a punição da tentativa, assim como obsta a existência dos crimes de perigo. Portanto, o injusto, “em um direito penal funcional que busque resguardar interesses e valores

²⁰³ PIMENTEL, Manoel Pedro. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMENTÁRIOS À LEI 7.492, DE 16.6.86. Revisado e atualizado por: Marina Pinhão Coelho Araújo; Juliano Breda; Helena Regina Lobo da Costa; Nicole Trauczynski; Elisa Fernandes Blasi. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: THOMSON REUTERS, 2020, p. 57.

²⁰⁴ JAKOBS, Günther. DERECHO PENAL PARTE GENERAL: Fundamentos y teoría de la imputación. Trad.: Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª edición, corregida. Marcial Pons: Madrid, 1997, p. 201.

²⁰⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 162.

²⁰⁶ JAKOBS, Günther. DERECHO PENAL PARTE GENERAL: Fundamentos y teoría de la imputación. Trad.: Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª edición, corregida. Marcial Pons: Madrid, 1997, p. 190.

fundamentais na sociedade de riscos, não pode ser reduzido ao resultado da conduta, o que não significa que este último não integre o tipo penal como elemento estruturante”. De lado outro, “manter o injusto atrelado somente ao desvalor de ação, sem vinculá-lo a qualquer resultado afasta a norma penal de sua missão basilar de proteção a bens jurídicos”²⁰⁷.

Ou seja, vincular a existência do injusto penal à mera adequação do comportamento à norma, ainda que seja um comportamento totalmente inofensivo, viola o princípio da lesividade e da exclusiva proteção a bens jurídicos, o que não pode ser aceito em um Estado Democrático de Direitos.

Refuta-se, portanto, a ideia de que o crime se consumará pela mera prática da conduta prevista na redação do tipo. Nesse sentido, como asserta Hassmer, “*una prohibicion de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado*”, razão pela qual conclui que nem ao menos se pode cogitar a criação de tipos penais que não afetem bens jurídicos, pois ao mesmo tempo que a proteção a um bem jurídico relevante é o fundamento da incriminação da conduta, a necessidade de ofensa ao bem jurídico é o limite da intervenção estatal²⁰⁸.

Isso não implica, vale repetir, na impossibilidade de existirem crimes de perigo concreto ou abstrato. Afinal, como alerta Faria Costa, tais delitos não se opõem à aplicação dos mencionados princípios, desde que se exija uma densificação maior dos crimes de perigo abstrato, especialmente nos casos em que a gravidade da violação ao bem jurídico justifique a punição em razão do “cuidado-de-perigo”²⁰⁹.

O que justifica a criminalização de uma conduta é, assim, criação de um risco relevante ao bem jurídico que “permite a construção de um critério material básico aplicável a todos os tipos penais, e não só aos delitos de dano”²¹⁰. Com efeito, trazer o risco à estrutura do delito possibilita criar um limite objetivo à atuação penal do Estado em face do indivíduo. Significa dizer, em outras palavras, que a *ius puniendi* apenas poderá ser movida nas hipóteses

²⁰⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 164.

²⁰⁸ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. In : La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? / coord. por Roland Hefendeh, Andre von Hirsh, Wolfgang Wohlers. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 99.

²⁰⁹ COSTA, José de Faria. O perigo em Direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 646, apud SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da Lei 13.964/19. 1.ed. - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 94.

²¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 166.

em que houver algum risco ao bem jurídico protegido, quer seja um risco concreto, abstrato ou meramente potencial.

Fabio Roberto D'Ávila, fazendo uma síntese da doutrina especializada a respeito dos crimes de perigo abstrato, “passando pela tomada do perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto (Cramer), como negligência sem resultado (Hor, Brehm, Schünemann e Roxin), ou, ainda, como risco de lesão ao bem jurídico (Wolter e Martin)”, na mesma linha de Faria Costa, conclui que os crimes de perigo abstrato (que correspondem à ofensa de cuidado-de-perigo) podem justificar a persecução penal sempre que houver uma “interferência jurídico-penalmente desvaliosa na esfera de manifestação do bem jurídico”²¹¹.

Há de se destacar, ainda, que caberá ao intérprete da lei buscar no contexto social em que a conduta tida como arriscada foi praticada se aquele comportamento é, ou não, tolerável perante a coletividade. Isto é, na análise do caso concreto, “o juiz poderá apontar a relevância social do risco, e fazer incidir a pena, ou detectar a permissibilidade daquele comportamento, e afastar a tipicidade”²¹².

O fato de o risco ser tolerável é especialmente relevante para a análise do crime de gestão temerária. Isso porque, em especial no mercado financeiro, o risco é uma constante do negócio e é comum às pessoas que ali operam. Portanto, apenas diante da análise do caso concreto que se poderá aferir se os atos de gestão realmente foram *excessivamente* arriscados, ou, por outro lado, se o risco suportado estava dentro dos padrões aceitáveis/esperados para os investidores e para a própria instituição financeira (não tornando a conduta típica).

Estabelecemos, enfim, outra premissa importante para a continuidade deste estudo: o crime não pode se resumir à simples adequação típica da conduta. Em outras palavras, não se justifica a aplicação de pena se a ação não gerar qualquer tipo de perigo (ainda que apenas potencial) ao bem jurídico. É necessário que haja, portanto, um mínimo de perturbação ao interesse protegido pela norma para que a conduta seja penalmente relevante.

A periculosidade deve ser constatada por um juízo *ex ante*, realizado pelo intérprete do direito, levando-se em consideração os critérios de previsibilidade que o autor dispunha a respeito da criação do risco. Nas palavras de Figueiredo Dias,

o nexo de adequação se tem de aferir segundo um juízo *ex ante* e não *ex post*, mais rigorosamente, segundo um juízo de prognose póstuma. Tal significa que

²¹¹ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos / Fabio Roberto D'Avila. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 78.

²¹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 180.

o juiz se deve deslocar mentalmente para o passado, para o momento em que foi praticada a conduta e ponderar, enquanto observador objectivo, se, dadas as regras gerais da experiência e o normal acontecer dos factos (*o id quod plerumque accidit*), a acção praticada teria como consequência a produção do evento. Se entender que a produção do resultado era imprevisível ou que, sendo previsível, era improvável ou de verificação rara, a imputação não deverá ter lugar.²¹³

É dizer, de outro modo, como afirma Bottini, que o aplicador do direito, ao julgar um crime de perigo abstrato, deve considerar a capacidade da conduta de afetar o bem jurídico protegido, levando-se em conta “os conhecimentos científicos disponíveis” à época que o fato foi praticado. A dificuldade no julgamento deste tipo de delito reside no fato de que esses “conhecimentos científicos” nem sempre estão disponíveis para resolução da questão²¹⁴.

Havendo dados científicos que permitam constatar a periculosidade da conduta, a incidência da norma penal não enfrentará nenhuma dificuldade do ponto de vista objetivo. Mas, ainda que o nexa causal não seja absolutamente preciso, uma vez que a “estatística aproxima-se da certeza científica”, a presença de periculosidade da ação poderá ser aferida das “evidências estatísticas decorrentes da regularidade da associação entre uma conduta e um resultado lesivo ou de perigo”²¹⁵.

Todavia, inexistindo certezas científicas ou evidências estatísticas sobre a periculosidade da conduta, entra-se no campo da precaução, que não permite a aplicação da *ius puniendi*. É nesse sentido que Bottini conclui que

Não havendo dados que permitam verificar a presença do risco, não pode haver injusto material, nem ato típico. Nestes casos, não é possível a completude da tipicidade, porque a falta do saber nomológico implicará a inexistência do próprio elemento ontológico. Não há como o agente, ou qualquer observador objetivo, conhecer a periculosidade da conduta, se a própria ciência não dispõe de mecanismos que a evidenciem.

Em outras palavras, o princípio da precaução é estranho ao direito penal e não pode utilizá-lo como instrumento de reforço de sua observância.

O tipo de perigo abstrato somente será completo, sob uma perspectiva objetiva, diante de um juízo de periculosidade que permita afirmar a existência concreta de riscos para os bens jurídicos protegidos, realizado sob uma perspectiva ex ante que agregue elementos ontológicos e nomológicos sobre os cursos causais passíveis de afetar os interesses tutelados.²¹⁶

²¹³ DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime. Coimbra, 2004, p. 219.

²¹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 171.

²¹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 172.

²¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 172

Chega-se, enfim, às premissas estabelecidas para a continuidade do presente estudo: (i) ante a vagueza do tipo penal que incrimina a conduta de gestão temerária, é possível recorrer a normas emitidas por órgãos reguladores (ou definidas pela jurisprudências) que possibilitem dar concretude ao tipo, em especial à elementar *temerária*; (ii) ainda que o crime seja de perigo abstrato, é necessário que seja constado um mínimo de periculosidade para que a ação ganhe relevância penal; e (iii) essa periculosidade pode ser aferida por dados científicos ou evidências estatísticas, as quais, se não existirem, impossibilitam a persecução penal, pois o Direito Penal não pode entrar na seara da precaução.

2.2. Estrutura típica do crime de gestão temerária

O crime de gestão temerária está descrito no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492/1986. Ao passo que o *caput* dispõe que “Gerir fraudulentamente instituição financeira” (*gestão fraudulenta*) será punido com pena de reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, o parágrafo único diz apenas que “se a gestão é temerária” a pena será de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Não é preciso ser nenhum grande especialista em hermenêutica para notar que o legislador falhou na descrição do tipo, deixando-o com uma redação excessivamente aberta. Justamente por isso, não obstante parte relevante da dos estudiosos do direito entenda que o crime seria inconstitucional por violação ao princípio da legalidade, faz-se necessário recorrermos à doutrina especializada para definimos, com maior precisão, os elementos constitutivos do tipo penal em discussão.

E sendo assim, inicialmente, mostra-se relevante apontarmos o que pode ser considerado instituição financeira, assim como o que pode ser considerado instituição financeira para fins de aplicação da Lei nº 7.492/1986. Tal medida se mostra imprescindível para delimitarmos o âmbito de incidência da norma incriminadora objeto de análise.

Nos termos do artigo 17, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 4.595/1964 (norma que dispõe “sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias” e cria o Conselho Monetário Nacional, que ficou conhecida, à época, como “Lei da Reforma Bancária”), instituição financeira é assim definida:

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.

Já o parágrafo primeiro do artigo 18, do mesmo diploma legal, dispôs sobre as instituições financeiras equiparadas:

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

O conceito de instituição financeira acima formulado é bastante amplo, podendo ser aplicado mesmo às pessoas físicas que, “por conta própria”, comprem e vendam ações ou outros títulos de mercado. De todo modo, a Lei nº 4.595/1964 é “genericamente aplicável no domínio extrapenal”, destinando-se “mais propriamente às entidades ditas bancárias, alastrando-se para o mercado de capitais apenas pelo caminho de equiparação”²¹⁷.

Acontece que o conceito de instituição financeira para fins penais, que veio a ser definido mais de duas décadas depois, no artigo 1º, da Lei nº 7.492/1986, não foi muito aperfeiçoado:

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.

²¹⁷ ALBUQUERQUE, Cândido. Crimes contra o sistema financeiro nacional: Comentários à Lei 7.492/1986 e à Lei 6.385/1976/Cândido Alluquerque, Sérgio Reboças. - 1. ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 51.

A amplíssima definição de instituição financeira para fins de aplicação da Lei nº 7.492/1986, na crítica de Manoel Pedro Pimentel, “foi trançada com malha fina, para que não escapasse conduta alguma, lesiva ou perigosa, contra o Sistema Financeiro Nacional”²¹⁸.

Dito isso, a primeira parte do *caput*, do dispositivo acima transcrito, elenca “as atividades exclusivas da instituição financeira integrante do mercado de créditos, quais sejam, a *captação*, a *intermediação* e *aplicação* de recursos de terceiros”. Com efeito, a captação é a atividade voltada a receber recursos de “agentes econômicos superavitários, mediante alguma forma de remuneração”. Já a intermediação é a “transferência de tais recursos para os agentes econômicos deficitários, mediante remuneração maior que aquela oferecida aos agentes superavitários”. Por sua vez, a aplicação é o investimento dos recursos captados, com o objetivo de remunerar tanto a instituição financeira quanto o “agente que disponibiliza os recursos”²¹⁹. Por sua vez, a segunda parte do *caput* dispõe sobre as instituições financeiras que integram o mercado de capitais, ficando sujeitas às regulações do Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e do Banco Central (“BACEN”).

Marina Pinhão Coelho Araújo, de forma bastante resumida, após chamar atenção para a amplitude (talvez até excessiva) da norma, assera que “para que se classifique uma instituição financeira como tal, basta, pois, que se pergunte se entre as atividades por ela realizadas, há o manejo de valores de terceiros em empresas”²²⁰. Por outro lado, como ressalta René Dotti, “fica absolutamente claro que onde não haja conduta de intermediação ou captação de recursos de terceiros não se poderá falar em instituição financeira. Consequentemente, também não haverá necessidade nem mesmo legitimidade para uma regulamentação e preocupação estatais”²²¹.

Em verdade, o próprio Banco Central do Brasil, em seu sítio eletrônico, enumera quais as “instituições que fazem parte do sistema financeiro nacional”, citando, a título de

²¹⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMENTÁRIOS À LEI 7.492, DE 16.6.86. Revisado e atualizado por: Marina Pinhão Coelho Araújo; Juliano Breda; Helena Regina Lobo da Costa; Nicole Trauczynski; Elisa Fernandes Blasi. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: THOMSON REUTERS, 2020, p. 33.

²¹⁹ ALBUQUERQUE, Cândido. Crimes contra o sistema financeiro nacional: Comentários à Lei 7.492/1986 e à Lei 6.385/1976/Cândido Alluquerque, Sérgio Rebouças. - 1. ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 52.

²²⁰ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, *in* Direito penal econômico: Leis Penais Especiais - Vol. 1 - Marina Pinhão Coelho Araújo, Luciano Anderson de Souza. Coordenadores. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.112.

²²¹ DOTTI, René Ariel. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional in Revista dos Tribunais nº 718, p. 363.

exemplo, os bancos de crédito, de câmbio, de investimento, as corretoras e distribuidoras de valores mobiliários etc.²²²

Vale destacar, ainda, que o parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 7.492/1986, dispõe sobre as pessoas físicas e jurídicas consideradas instituições financeiras por equiparação. Embora não haja maiores discussões a respeito do disposto no inciso I, que trata das instituições que captam e fazem a intermediação de recursos da poupança popular, a norma descrita no inciso II é alvo de intensa crítica doutrinária por tornar o conceito excessivamente abrangente.

A grande polêmica a respeito desse dispositivo legal gira em torno da expressão “ainda que de forma eventual”. É que, tal como está redigida, a norma “poderia levar à desproporcional incriminação de pessoas que apliquem recursos próprios e de terceiros de forma eventual como se instituições financeiras fossem”²²³.

Ademais, como bem observa Cezar Roberto Bitencourt, é irrazoável tratar o particular que capta ou faz a intermediação de recursos de terceiros como instituições financeiras, afinal, “se assim fosse possível, bastava que um indivíduo captasse recursos de dois ou três amigos, com a promessa de aplicá-los no sistema financeiro, para que a lei o considerasse para fins penais equiparado ao presidente de um banco múltiplo”.²²⁴

Ainda, Juliano Breda destaca que tamanha equiparação, inclusive, nega vigência ao tipo penal do artigo 16, da mesma Lei (operar instituição financeira sem a devida autorização). Nesse sentido, o autor afirma que

O fundamento é basicamente impedir o que se denomina "intromissão especulativa". Captar, intermediar e aplicar recursos da poupança popular não é tarefa para qualquer um, requer conhecimentos, habilidades, responsabilidades e capacidades específicas. Não é por menos que se exige autorização da autoridade competente. Apenas desta forma é possível o exercício do controle sobre as relações dos mercados financeiros e capitais. Portanto, quando alguém sem permissão do Banco Central intromete-se especulativamente no mercado, ainda que de modo eventual, surge o dever de intervenção da autarquia financeira, para restabelecer a segurança e a credibilidade sistêmica, como se uma instituição financeira estivesse violando alguma regra do mercado.

A equiparação serve, assim, para criar uma relação jurídica entre a pessoa física ou jurídica e o BACEN e a CVM que possibilite uma intervenção eficaz

²²² As informações disponibilizadas pelo BACEN estão disponíveis em <https://www.bcb.gov.br/estabilidade/financeira/composicao/sfn>. Acessado em 01.06.2023.

²²³ COSTA, Helena Lobo Regina da. In. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMENTÁRIOS À LEI 7.492, DE 16.6.86. Revisado e atualizado por: Marina Pinhão Coelho Araújo; Juliano Breda; Helena Regina Lobo da Costa; Nicole Trauczynski; Elisa Fernandes Blasi. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: THOMSON REUTERS, 2020, p. 36.

²²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt, - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 230.

para atender aos interesses do sistema financeiro, inclusive punindo os responsáveis mediante procedimento administrativo.²²⁵

Isso posto, especificamente em relação ao crime de gestão temerária (ou gestão fraudulenta) importante destacar o magistério de Luciano Feldens, que afirma que a elementar instituição financeira “não pode ser vista como um elemento meramente descritivo do tipo, mas normativo, impondo-se, no caso dos delitos em questão, uma restrição do alcance do artigo 1º dessa Lei”. Nesse sentido, o autor destaca que o simples fato de uma corretora negociar ações da bolsa não a torna, automaticamente, uma instituição financeira para fins de adequação típica, pois no mercado de valores mobiliários “o fluxo dos recursos se dá diretamente, à diferença do que ocorre no mercado financeiro propriamente dito, no qual o intermediário financeiro posiciona-se entre os polos da relação econômica”. Outrossim, não estão sujeitas às sanções do tipo penal em comento as instituições financeiras que não estão autorizadas a operar (embora essa conduta configure crime autônomo distinto – disposto no artigo 16), tampouco a norma incriminadora incidirá sobre “instituições com limites operacionais nitidamente reduzidos, como, por exemplo, operadoras de turismo”²²⁶.

A par, então, do amplo conceito atribuído à instituição financeira pela Lei nº 7.492/1986, necessário definirmos o que exatamente constitui sua gestão. Quem gere a instituição financeira é aquele quem a administra, é quem a comanda, quem define os rumos que poderão ser tomados. “Em outras palavras, fazendo um trocadilho, quando se gere bem, geram-se bons resultados, e a roda dos negócios gira positivamente. Gerir, enfim, deve ser interpretado à luz da própria definição de instituição financeira, insculpido no artigo 1º da Lei n. 7.492/86”²²⁷.

Destarte, segundo Juliano Breda, a gestão incriminada no tipo penal é aquela que ocorre nos “atos de captação, intermediação, aplicação e administração de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou na custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou durante a administração de valores mobiliários, ou nas atividades descritas no inciso I”²²⁸.

²²⁵ BREDA, Juliano. Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da lei 7.492/86. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 45.

²²⁶ FELDENS, Luciano. Gestão Fraudulenta e Temerária: Contornos Identificadores do Tipo. *in* VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94 a 96.

²²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt, - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 253.

²²⁸ BREDA, Juliano. Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da lei 7.492/86. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 97.

Questão bastante controvertida na doutrina é se a gestão em análise demanda uma pluralidade de atos para se tornar penalmente relevante, ou se bastaria um único ato para que o crime possa se caracterizar.

Sustentando tratar-se de crime habitual próprio, Cândido Albuquerque aduz que “gestão” se refere a uma continuidade, razão pela qual um único ato, ou “um conjunto de atos em um mesmo contexto”, não pode caracterizar o delito. Isso porque “o gestor (controlador, administrador) é aquele que pratica habitualmente atos de administração da companhia, no que diz respeito à atividade-fim do ente financeiro”. Assim, como sustenta o autor, a prática de um único ato isolado (ou atos no mesmo contexto) não configura o crime em debate (embora, eventualmente, possa configurar outro ilícito), porque o legislador não incriminou a ação de quem *pratica gestão temerária/fraudulenta*, mas sim o ato de *gerir temerária ou fraudulentamente*²²⁹.

Igualmente, para Rodrigues Silva, gerir é predicado verbal de natureza habitual, exigindo, por isso, que sejam praticadas condutas reiteradas no espaço/tempo para caracterizar a gestão incriminada. A gestão remete à administração, o que impede que um único ato possa configurar o delito²³⁰.

O mesmo entendimento é adotado, ainda, por Juliano Breda e Cezar Roberto Bitencourt. O primeiro autor destaca que “gerir pressupõe o comando decisório no desenvolvimento do objeto social da instituição”²³¹. Já o segundo, indo além, afirma se tratar de crime habitual, porque “o exercício de atos de gestão pressupõe uma determinada duração desse exercício, sua realização por um certo tempo, impossível de circunscrever-se em atos isolados”²³².

Por outro lado, afirmando tratar-se de crime habitual impróprio, que se caracteriza pela prática de uma única conduta, mas dentro de um contexto de habitualidade, Marina Coelho sustenta que “gestão seria um conjunto de atos, mas cada um deles isoladamente poderia ser caracterizado como ilícito”. Com efeito, embora gestão não possa, de fato, ser uma conduta isolada, a pessoa que é imputada da prática do crime de gestão temerária “deve ter em suas características o poder de gerir determinada instituição, e como tal agir. Assim, é possível

²²⁹ ALBUQUERQUE, Cândido. Crimes contra o sistema financeiro nacional: Comentários à Lei 7.492/1986 e à Lei 6.385/1976/Cândido Albuquerque, Sérgio Reboças. - 1. ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 113.

²³⁰ SILVA, Antonio Carlos Rodrigues da. Crimes de colarinho branco. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 48.

²³¹ BREDA, Juliano. Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da lei 7.492/86. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 101.

²³² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt, - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254.

classificar o ato como gestão”. Nesse sentido, uma vez que existe uma relação “entre o conceito objetivo da conduta e o vínculo com seu agente, é necessário sim que haja uma posição de continuidade de condutas, mesmo que nem todas estejam inseridas no contexto penal”²³³.

Tal posicionamento parece realmente acertado, pois a pessoa responsável pela gestão pratica atos (no plural) de controle e administração sobre a instituição financeira. As decisões tomadas pelo gestor, portanto, orientam o caminho a ser traçado pela instituição.

Na mesma linha, Marcelo Ruivo assera o seguinte:

O fato é que não se justifica conceber tal delito como habitual, uma vez que não há qualquer elemento especial que leve a se acreditar ser necessária a reiteração da conduta fraudulenta para a caracterização do crime, haja vista que, em termos materiais, não resta dúvida: uma única conduta de gestão pode ser simultaneamente ofensiva aos valores verdade e transparência e ao patrimônio, a ponto de, até mesmo, ameaçar sensivelmente a confiança no Sistema Financeiro Nacional. Situação, portanto, em que nada interessaria a regularidade dos outros atos de gestão para fins de caracterização do crime de gestão fraudulenta. Uma única conduta fraudulenta, aliás, pode caracterizar ofensa mais elevada que a repetição de atos de menor intensidade. Desse modo, ressalta-se, o ato de gestão, em face da capacidade ofensiva da conduta, para a justiça penal, pode e deve ser entendido isoladamente.

No mais, destaca-se que, apesar de concordarmos que a gestão temerária pode ocorrer com a prática de um único ato, desde que revestido do elemento normativo “gerir” (e que reflita um efeito significativo no bem jurídico, como será analisado no próximo tópico), havendo uma pluralidade de atos temerários, dentro do mesmo contexto de gestão da instituição, o crime será único.

Enfim, uma vez destacado o conceito de instituição financeira e o que pode configurar sua gestão, resta definir a elementar típica *temerária*. A palavra temerária, usualmente, é sinônimo de “arriscado”, “perigoso”, “audacioso” e “imprudente”. Especialmente em razão desse último sinônimo (imprudente), a vagueza da norma pode levar à interpretação de que o crime aqui discutido é culposo, porquanto o artigo 18, inciso II, do Código Penal, diz que o delito será “culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Não obstante, o crime de gestão temerária não se caracteriza pela simples imprudência do gestor da instituição, não se tratando de crime culposo, e sim doloso. Nesse

²³³ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, *in* Direito penal econômico: Leis Penais Especiais - Vol. 1 - Marina Pinhão Coelho Araújo, Luciano Anderson de Souza. Coordenadores. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.128.

sentido, Manoel Pedro Pimentel afirma que “gestão temerária é caracterizada pela abusiva conduta, que ultrapassa os limites da prudência, arriscando-se o agente além do permitido mesmo a um indivíduo arrojado. É o comportamento afoito, arriscado, atrevido”²³⁴.

O risco “além do permitido” é indispensável para a configuração do crime de gestão temerária. Isso porque o risco é uma constante das operações realizadas no sistema financeiro nacional. Ao investir, a título de exemplo, em derivativos, o investidor deve estar ciente de que o investimento é altamente volátil, exposto a riscos, a despeito de existirem “mecanismos para de proteção (*hedge*) disponíveis para amenização dos riscos”²³⁵. Ou seja, em outras palavras, necessário distinguir a conduta arriscada merecedora de atenção do direito penal daquela que é tida como normal no mercado financeiro e que, sendo assim, é irrelevante penalmente (encontra-se inserida dentro do risco permitido).

Desde logo, exclui-se do âmbito de aplicação do crime descrito no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986, a conduta do gestor ou administrador de instituições financeiras que age tão somente de maneira atécnica. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci destaca que

necessita-se trabalhar com o conceito de temerário, buscando aplicar, sempre que possível, uma interpretação restritiva, concedendo-lhe limitado alcance, sob pena de se chegar ao absurdo de punir administradores de instituição financeira por atos tolos, que podem ser considerados de péssima gestão - fruto, possivelmente, da falta de vocação para o exercício da função - mas jamais de elevado risco, adrede planejado²³⁶

Em verdade, a conduta temerária, para fins de aplicação da norma, deve ser aquela praticada sem respaldo econômico ou de proteção, de modo a colocar em risco o patrimônio da instituição financeira, comprometendo a continuidade de suas operações. Para Luciano Feldens, a temeridade incriminada será aquela “conscientemente irresponsável do gestor, desalinhada dos parâmetros que norteiam o gerenciamento de riscos estabelecidos pelas autoridades

²³⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMENTÁRIOS À LEI 7.492, DE 16.6.86. Revisado e atualizado por: Marina Pinhão Coelho Araújo; Juliano Breda; Helena Regina Lobo da Costa; Nicole Trauczynski; Elisa Fernandes Blasi. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: THOMSON REUTERS, 2020, p. 56.

²³⁵ ALBUQUERQUE, Cândido. Crimes contra o sistema financeiro nacional: Comentários à Lei 7.492/1986 e à Lei 6.385/1976/Cândido Alluquerque, Sérgio Rebouças. - 1. ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p 123.

²³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas - v. 1 e 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1050.

administrativas, ou pela regulação interna da própria instituição financeira”, pois “pode levar a um rompimento da confiança, trazendo abalo ao setor”²³⁷.

Com efeito, para que se possa traçar limites minimamente objetivos para compreender a elementar temerária, considerando a vagueza da norma e o fato de que o legislador não previu a necessidade de um resultado para caracterização do delito, é preciso interpretar o tipo penal em conjunto com as normas e orientações expedidas pelos órgãos regulatórios ou definidas nos regulamentos internos das instituições que integram o sistema financeiro. Afinal, “a assessoriedade administrativa a justificar o complemento de normas penais a partir das normas do sistema regulatório já vem sendo tida como técnica legislativa possível, e muito comum em crimes praticados em empresas e sociedades”²³⁸.

Na mesma linha, Luciano Feldens destaca a necessidade de se entender a elementar temerária

como um elemento normativo, para cuja adjudicação de sentido se faz necessário o recurso ao marco regulatório específico, sobretudo porque traduz uma valoração negativa de conduta que, antes de pertencer ao mundo do Direito, assenta-se como tal no âmbito do mercado financeiro. Não se trata, pois, de um juízo que se possa fazer sem a mediação ou, pelo menos, sem o auxílio das diretrizes administrativas (econômico-financeiras) que visam a limitar o risco das diversas operações realizadas no âmbito das instituições financeiras.

Apesar de não desconhecermos as críticas doutrinárias no sentido de que, ao atrelar o crime à infração administrativa, corre-se o risco de tornar um mero ilícito civil/administrativo em um ilícito penal, considerando-se a vagueza da norma aqui discutida, essa técnica de interpretação nos permite delinear limites minimamente objetivos para aplicação da *ius puniendi*. E mais: estabelecer que o ilícito administrativo é o mínimo para configuração da gestão temerária é, acima de tudo, uma forma de proteger o gestor ou administrador de eventuais arbitrariedades que podem ser praticadas pelo aplicador do direito em razão da ambiguidade do tipo.

A título de exemplo, um parâmetro objetivo para atestar que houve uma quebra de confiança para com o investidor pode ser uma eventual violação à Instrução CVM nº 555, que “dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações

²³⁷ FELDENS, Luciano. Gestão Fraudulenta e Temerária: Contornos Identificadores do Tipo. in VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

²³⁸ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, in Direito penal econômico: Leis Penais Especiais - Vol. 1 - Marina Pinhão Coelho Araújo, Luciano Anderson de Souza. Coordenadores. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 134.

dos fundos de investimento”, ou às regras gerais previstas no artigo 18 da Resolução CVM nº 21/2021, que “dispõe sobre o exercício profissional de administração de carteiras de valores mobiliários”.

Já em relação à exposição do patrimônio dos investidores a risco excessivo, para além de estudos técnicos destinados a demonstrar que o patrimônio confiado à instituição financeira foi submetido a um risco não irrelevante, podem ser citadas as “Recomendações de Basileia”, que, dentre muitas medidas, estabeleceram (i) “recomendações para as exigências mínimas de capital para instituições financeiras internacionalmente ativas para fins de mitigação do risco de crédito”, (ii) “princípios para uma avaliação mais precisa dos riscos incorridos por instituições financeiras internacionalmente ativas”, e (iii) definiram parâmetros a serem seguidos com o fim de fortalecer a “capacidade de as instituições financeiras absorverem choques provenientes do próprio sistema financeiro ou dos demais setores da economia, reduzindo o risco de propagação de crises financeiras para a economia real, bem como eventual efeito dominó no sistema financeiro”²³⁹. Como exemplo de medida apta a garantir que o patrimônio depositado pelo investidor em instituições financeiras está seguro, podemos citar a Resolução CMN nº 4.019, de 29 de setembro de 2011 (“dispõe sobre medidas prudenciais preventivas destinadas a assegurar a solidez, a estabilidade e o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional”).

Enfim, todos esses parâmetros definem que não será o juiz a “estabelecer contracritérios – ou metacritérios – ditando padrões de atuação distintos daqueles fixados pela autoridade competente e encarregada, em primeira mão, de resguardar o regular funcionamento do sistema financeiro”²⁴⁰.

Importante frisar, porém, que a existência de uma infração à norma administrativa é apenas o primeiro passo para a configuração do delito de gestão temerária, sendo, também, indispensável que haja uma significativa possibilidade de afetação do bem jurídico para que a configuração do delito, como será abordado no próximo tópico.

²³⁹ As Recomendações de Basileia podem ser acessadas no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil, disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia>. Acessado em 01.06.2023.

²⁴⁰ FELDENS, Luciano. Gestão Fraudulenta e Temerária: Contornos Identificadores do Tipo. *in* VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106

2.3. A afetação ao bem jurídico apta a configurar o crime de gestão temerária

Como visto anteriormente, apesar de sua ampla (e imprecisa) definição, os bens jurídicos desempenham importante papel na política criminal, pois, uma vez definidos os interesses legitimamente aptos de serem protegidos por meio do direito penal, é possível limitar o poder punitivo do Estado, evitando a punição de meras infrações de deveres ou de atos simplesmente imorais.

A conduta, para ser criminosa, deve, necessariamente, colocar em perigo ou lesionar bens jurídicos penalmente relevantes. Por isso, não deve ser alvo de repressão penal as ações que tão somente se amoldam a um determinado tipo, se não houver qualquer ofensa a bens jurídicos. Nesse sentido, Fábio Roberto D'Ávila destaca que

propor a criação e manutenção de tipos-de-ilícito desprovidos de ofensa, sob a alegação da necessidade de tutela de bens primários, coletivos e institucionais, é contraditório e insustentável. Ora, alegar a necessidade de crimes sem ofensa ao bem jurídico para evitar a ocorrência de ofensa ao bem jurídico é não só falacioso, como chegaria ao ponto de justificar até mesmo a punibilidade indiscriminada de atos preparatórios, eis que, também aqui, poderíamos buscar teleologicamente o seu desvalor na possível ocorrência de um evento futuro e incerto.²⁴¹

Vincular o conceito de crime como ofensa a bens jurídicos não quer dizer que apenas serão taxadas como criminosas as condutas que efetivamente lesionarem os interesses protegidos pela norma penal. É absolutamente possível a punição de condutas que apenas exponham os bens jurídicos a riscos (concretos, abstratos ou potenciais). O que se exige, portanto, é que a ação penalmente relevante seja aquela que, no mínimo, crie uma situação de perigo não insignificante ao bem jurídico.

Defendendo, inclusive, que a periculosidade da conduta seja incorporada à tipicidade material dos crimes de perigo abstrato, Bottini sustenta que

Incorporar o risco na tipicidade prescinde da alteração legislativa, mas impõe ao juiz um labor interpretativo que permita aplicar a norma penal de acordo com os princípios do direito penal democrático. A ele caberá, no papel de autoridade gestora de riscos, observar a existência do risco, sob uma perspectiva *ex ante*, para revestir de materialidade o injusto penal. Cumpre à autoridade judicial compreender que esta periculosidade não está no enunciado descritivo do comportamento desvalorado, mas na estrutura

²⁴¹ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos / Fabio Roberto D'Avila. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 74.

profunda da sentença gramatical, que fundamenta a tipicidade objetiva e estrutura toda a ação penalmente relevante.²⁴²

Com efeito, nas hipóteses em que o tipo penal criado pelo legislador não descreve a necessidade de se colocar em perigo concreto o bem jurídico resguardado, à luz do princípio da ofensividade, será necessário aplicar um “filtro hermenêutico de imputação do tipo”, limitando a incidência do direito penal aos “fatos causadores de uma violação possível e não insignificante do objeto do ilícito”²⁴³.

Tal constatação, a toda evidência, é especialmente relevante na interpretação dos crimes previstos na Lei nº 7.492/1986. Isso porque, a referida lei, desde a sua aprovação, é reconhecidamente falha. A grande maioria dos tipos penais nela previstos carece de uma boa redação, permitindo que o aplicador da norma utilize critérios subjetivos para fazer uso do direito penal.

O crime de gestão temerária, descrito no artigo 4º, parágrafo único, é excessivamente aberto, sendo, por isso, considerado inconstitucional por parte relevante da doutrina²⁴⁴. Não obstante, uma vez que o entendimento doutrinário não encontra suporte na jurisprudência dos nossos Tribunais, é preciso aprofundar o estudo do tipo penal, a fim de permitir que sua aplicação não viole os princípios norteadores do Estado Democrático de Direitos, notadamente a dignidade humana.

A título ilustrativo, doutrina cita como condutas que caracterizam gestão temerária (i) a prática de operações “especulativas de desmedido risco”, (ii) a omissão dos gestores de informar aos investidores a respeito do risco da “carteira de aplicação não conservadora”, (iii) a violação de normas regulamentadoras que tratam da diversificação de investimentos arriscados, (iv) “a dispersão de recursos em despesas não operacionais, inclusive com a prática de atos de liberalidade à custa da companhia (art. 154, § 2.º, a, da Lei 6.404/76)”, etc.²⁴⁵

²⁴² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 222/223.

²⁴³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 215.

²⁴⁴ Cita-se, por exemplo, ALBUQUERQUE, Cândido. Crimes contra o sistema financeiro nacional: Comentários à Lei 7.492/1986 e à Lei 6.385/1976/Cândido Alluquerque, Sérgio Reboças. - 1. ed. - São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2022, p. 122, e PIMENTEL, Manoel Pedro. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMENTÁRIOS À LEI 7.492, DE 16.6.86. Revisado e atualizado por: Marina Pinhão Coelho Araújo; Juliano Breda; Helena Regina Lobo da Costa; Nicole Trauczynski; Elisa Fernandes Blasi. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: THOMSON REUTERS, 2020.

²⁴⁵ TORTIMA, José Carlos. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (uma contribuição ao estudo da Lei n. 7.492/86. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 51, *apud* PRADO, Luiz Regis Direito Penal Econômico / Luiz Regis Prado. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 192

Mas, para além dos exemplos doutrinários, o estudo mais pormenorizado do tipo penal de gestão temerária, vinculando a incidência da norma incriminadora à proteção do bem jurídico, permite reduzir a sua aplicação aos casos realmente merecedores de tutela penal, corrigindo a vagueza do tipo, ao menos em certa medida.

Como visto anteriormente, o crime de gestão temerária tutela (1) a confiança de que o patrimônio depositado nas instituições financeiras está devidamente protegido (proteção esta que depende da honestidade e correção das operações realizadas, pois “a credibilidade é um atributo que assegura o regular e exitoso funcionamento do sistema financeiro como um todo”²⁴⁶); e, ao mesmo tempo, protege-se (2) o patrimônio que pertence ao conjunto de pessoas que confiaram as suas economias aos cuidados da instituição financeira.

Trata-se, portanto, de crime pluriofensivo. Nesse sentido, a violação a apenas um dos bens jurídicos acima descritos poderá configurar outro tipo penal, mas não fará incidir as penas do delito de gestão temerária. Desse modo, somente analisando as particularidades dos casos concretos, então, que os aplicadores do direito poderão aferir se ambos os interesses resguardados pela norma penal foram efetivamente abalados, o que autorizará a aplicação das penas previstas no artigo 4º parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986.

Passa-se, enfim, a tentar demonstrar o entendimento aqui defendido, de forma um pouco mais aprofundada, mediante a análise de alguns cenários hipotéticos.

2.3.1. Cenário 1 – Criação de risco apenas ao patrimônio depositado nas instituições financeiras

Imagine-se que determinada instituição financeira vai ao mercado para captar recursos de seus clientes com a proposta de criar uma carteira de investimento destinada a investir em ações definidas como *small caps*²⁴⁷. Esse tipo de ativo é mais propenso ao risco, porque as empresas de pequeno/médio porte ficam mais expostas a variações econômicas (um

²⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt, - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 250.

²⁴⁷ *Small caps* são as ações das empresas com menor capitalização na bolsa, que possuem um valor menor de mercado. O índice de small caps da B3 (SMLL), é composto apenas por “ativos que, em ordem decrescente, estejam classificados fora da lista dos que representam 85% (oitenta e cinco por cento) do valor de mercado de todas as empresas listadas no mercado a vista (lote-padrão) da B3”. A “METODOLOGIA DO ÍNDICE SMALL CAP (SMLL)” está disponível em: https://www.b3.com.br/data/files/4C/70/8E/79/75B217102C51CE07DC0D8AA8/MetodologiaSMLL_PT.pdf. Acessado em 02.06.2023.

aumento da taxa de juros, por exemplo, pode elevar substancialmente o custo da dívida de uma *small cap*, o que poderá, também, refletir negativamente na precificação de seu ativo).

Nesse cenário, a instituição financeira seguiu absolutamente todas as normas das agências reguladoras para realizar a captação e alocação dos recursos, respeitando, também, as “Recomendações de Basileia”. Além disso, a instituição observou todas as regras estabelecidas na Resolução CVM nº 30/2021 (“dispõe sobre o dever de verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente”), tendo sido transparente quanto aos “riscos associados ao produto e seus ativos subjacentes” (art. 5º, parágrafo único, inciso I)²⁴⁸.

Suponha-se, ainda, que a captação tenha sido absolutamente bem-sucedida, de modo que a carteira destinada a investir em *small caps* adquira um tamanho relevante dentro da instituição. Isto é, eventuais perdas econômicas suportadas pela carteira terão um impacto não insignificante na saúde financeira da instituição.

Acontece que o gestor dessa carteira faz uma má leitura do mercado e, conseqüentemente, os ativos por ele escolhidos sofrem uma rápida desvalorização, causando prejuízos econômicos substanciais e afetando consideravelmente a saúde financeira da instituição. Considerando-se que uma ação temerária pode ser interpretada como uma ação incompetente, é possível sustentar que houve a prática do crime previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986?

Parece-nos que não. Isso porque, apesar de o patrimônio da instituição financeira ter sido submetido a um risco não insignificante, a confiança dos investidores não foi exposta ao mesmo risco. Com efeito, nesse cenário, todos os investidores sabiam, de antemão, que os recursos seriam alocados em ativos “arriscados”, sujeitos a grande volatilidade e variação de preço. Portanto, eventuais perdas econômicas, nesse caso, fazem parte do risco do negócio, afastando a incidência do tipo penal debatido.

2.3.2. Cenário 2 – Criação de risco apenas à confiança dos investidores

Imagine-se um cenário parecido com o anterior. Determinada instituição financeira vai ao mercado para captar recursos de seus clientes com a proposta de criar uma carteira

²⁴⁸ Apesar de entendermos que a gestão, para ser temerária, deve estar atrelada a uma violação de normas administrativas ou do próprio regulamento da instituição financeira gerida, este critério para definição da *temeridade* não é unânime na doutrina, tampouco na jurisprudência, razão pela qual o estudo desse cenário hipotético é válido.

destinada a investir em ações definidas como *small caps*. Novamente, a instituição financeira seguiu absolutamente todas as normas das agências reguladoras para realizar a captação e alocação dos recursos. Portanto, os clientes estavam cientes e anuíram com o risco de investir em ativos voláteis.

Importante destacar que, por uma questão interna própria, nessa hipótese, a instituição financeira estabeleceu que a carteira receberia investimentos apenas de pessoas físicas e que cada cliente poderia investir o limite máximo de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Dito isso, assim como na hipótese anterior, a captação foi sido bem-sucedida, de modo que a carteira destinada a investir em *small caps* adquire um tamanho relevante dentro da instituição. Por isso, eventuais perdas econômicas suportadas pela carteira podem afetar de forma não insignificante a saúde financeira da instituição.

Aqui, porém, acreditando que o preço das ações de empresas pequenas/médias será afetado negativamente por uma nova política econômica do país, o gestor resolve liquidar os ativos e, sem comunicação prévia ou autorização dos investidores, realoca os recursos dos investidores em Letras de Crédito Imobiliário (LCIs).

O gestor violou, com essa conduta, diversas normas administrativas, como, por exemplo, a disposta no artigo 18, inciso III, alínea *a*, da Resolução CVM nº 21²⁴⁹. Ademais, a toda evidência, tendo em vista que os clientes não anuíram com a realocação de seus investimentos, a confiança dos investidores de que seus recursos estão sendo devidamente cuidados pode ter sido abalada.

Todavia, a despeito de ter incidido em violações administrativas, no cenário aqui descrito, a conduta do gestor não colocou em risco (nem concreto, nem abstrato ou potencial) o patrimônio dos investidores. Isso porque, as LCIs são títulos de baixo risco e o Fundo Garantidor de Crédito (FGC) garante a devolução de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), por investidor, no caso de insolvência do emissor do papel²⁵⁰. Isto é, o montante investido por cada cliente (todas pessoas físicas) estava assegurado pelo FGC.

²⁴⁹ Art. 18. O administrador de carteira de valores mobiliários deve: (...) III – cumprir fielmente o regulamento do fundo de investimento ou o contrato previamente firmado por escrito com o cliente, contrato este que deve conter as características dos serviços a serem prestados, dentre as quais se incluem: a) a política de investimentos a ser adotada;

²⁵⁰ Sobre a Garantia FGC, veja-se o disponível em <https://www.fgc.org.br/garantia-fgc/sobre-a-garantia-fgc>, Acessado em 03.06.2023.

Portanto, embora essa conduta possa caracterizar outros crimes previstos no nosso ordenamento jurídico, e apesar de a confiança do investidor ter sido, de alguma maneira, abalada, o patrimônio confiado à instituição financeira não foi colocado em risco (nem em perspectiva), não se caracterizando o delito de gestão temerária.

2.3.3. Cenário 3 – A afetação do bem jurídico para caracterizar o crime de gestão temerária

Nesse cenário, a instituição financeira vai ao mercado para captar recursos de seus clientes com a proposta de alocá-los em LCIs. Mais uma vez, a instituição financeira seguiu absolutamente todas as normas das agências reguladoras para realizar a captação e alocação dos recursos.

Destaca-se que, justamente para dar segurança aos investidores, a instituição financeira estabeleceu que apenas captaria recursos de pessoas físicas e que cada cliente poderia investir até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) nessa carteira – patamar garantido pelo Fundo Garantidor de Crédito. Portanto, os clientes que realizaram esse investimento não estavam propensos a correr riscos.

Acontece que, após algum tempo, certo dia, próximo ao horário de fechamento, o gestor dessa da instituição financeira, responsável por gerir a carteira de investimentos, faz uma boa leitura e prevê que ações consideradas *blue chips*²⁵¹ de uma determinada empresa sofrerão uma relevante valorização, o que fará com que o preço de seus papéis suba significativamente já na próxima abertura de mercado. Assim, sem tempo de emitir comunicados formais ou consultar os investidores, com o objetivo de fazer com que seus recursos se valorizem, o gestor realoca os investimentos em ações da referida empresa.

Vale destacar que, além de ter sido absolutamente técnico na escolha dos ativos da empresa, apesar de ter convicção de que os papéis não sofrerão variações negativas de preço, o gestor cria mecanismos de proteção para reduzir ainda mais os riscos de perda patrimonial.

Nesse passo, de fato, na manhã seguinte, logo na abertura do mercado as ações da empresa realmente sofrem forte valorização. Conseqüentemente, o patrimônio confiado pelos investidores é robustecido, tendo os clientes auferido relevante lucro com a operação desenvolvida pelo gestor.

²⁵¹ As *blue chips* são ações de empresas já consolidadas e de relevante valor de mercado. Por conta desses fatores, as *blue chips* são consideradas mais seguras e menos voláteis.

Nesse cenário, considerando-se que, no final das contas, não houve nenhuma lesão ao patrimônio dos clientes ou da instituição financeira, teria o gestor da instituição financeira praticado o crime de gestão temerária?

Parece-nos, aqui, que sim. Salienta-se, de plano, que a confiança dos investidores de que seus recursos estão sendo bem cuidados foi violada, pois, em momento algum, os clientes anuíram com a operação financeira que foi realizada. Outrossim, muito embora o gestor tenha criado mecanismos de proteção e que, ao fim e ao cabo, os recursos tenham se valorizado, o patrimônio dos investidores e da instituição financeira foi colocado em risco (ainda que esse risco tenha sido apenas em perspectiva).

Ou seja, é a conjunção desses dois fatores que permite concluir que houve um risco não insignificante aos bens jurídicos tutelados pela norma penal e, portanto, autoriza a incidência da norma penal descrita no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986.

2.4. O risco ao bem jurídico nos julgados analisados (TRF-2)

Estabelecidos os parâmetros mínimos a serem observados na persecução penal, à luz do entendimento doutrinário, passa-se a analisar como os aplicadores do direito, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, têm entendido sobre o tema.

Seguindo os parâmetros estabelecidos para realizar a pesquisa por acórdãos (conforme descrito na metodologia), foram separados 18 (dezoito) julgados sobre o tema de interesse. Em ordem cronológica, as decisões foram separadas da seguinte forma:

Quadro 1: Relação de julgados por ano

Ano	Casos julgados (nº)	Percentual (%)
2013	1	5,55
2014	1	5,55
2015	3	16,65
2016	2	11,1
2017	1	5,55
2018	0	0
2019	2	11,1

2020	2	11,1
2021	1	5,55
2022	4	22,2
2023	1	5,5

Por sua vez, considerando-se que apenas a 1ª Turma Especializada e a 2ª Turma Especializada possuem atribuição para julgar apelações criminais no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, as decisões foram divididas da seguinte forma:

Quadro 2: Relação de julgados por órgão julgador

Órgão Julgador	Quantidade	Percentual (%)
1ª Turma Especializada	7	38,85
2ª Turma Especializada	11	61,05

A par disso, em relação à parte recorrente, notou-se que na grande maioria dos julgamentos foram analisados recursos de apelação dos acusados, sendo certo que, em alguns julgados, foram apreciados recursos tanto da defesa quanto da acusação. Ademais, em apenas uma oportunidade o recurso era exclusivo do Ministério Público Federal.

Quadro 3: Relação de julgados por recorrente

Recorrente	Quantidade	Percentual (%)
Defesa	11	61,05
Defesa e acusação	6	33,30
Acusação	1	5,55

Dos 17 (dezessete) recursos da defesa, 12 (doze) foram providos, total ou parcialmente (os recursos providos parcialmente foram para reduzir a pena aplicada, excluir a obrigação de pagamento de multa, reconhecer a absorção da gestão temerária pela gestão fraudulenta etc.). No tocante aos 07 (sete) recursos do Ministério Público Federal, apenas um foi provido para determinar a exasperação da pena aplicada na sentença.

Quadro 4: Provimento dos recursos

Recorrente	Total de recursos	Êxito (total ou parcial)	Percentual de êxito (%)
Defesa	17	12	70,58
Acusação	06	1	16,67

Importante destacar que, dos 17 (dezessete) recursos de apelação originados de ações penais (um é decorrente de uma medida cautelar patrimonial – conforme explicado na metodologia), em apenas 05 (cinco) o resultado foi de absolvição dos acusados. Em 03 (três) casos houve a absorção da gestão temerária pela temerária, ou o pedido de desclassificação de gestão fraudulenta para temerária foi negado. Em 01 (um) caso foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva. Em 01 (um) caso reconheceu-se a prescrição da pretensão punitiva apenas para um apelante, mas foi mantida a condenação de outro acusado. Os outros 07 (sete) julgados foram condenatórios.

Quadro 5: Resultado do julgamento

Resultado	Quantidade	Percentual (%)
Absolvição	05	29,41
Condenação	07	41,18
Prescrição	01	5,88
Prescrição e condenação	01	5,88
Gestão fraudulenta configurada	03	17,64

Em relação ao objeto do presente estudo, o bem jurídico tutelado pela norma penal descrita no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492/1986 foi definido em apenas 05 (cinco) julgados. Foram citados como bens jurídicos tutelados (i) a estabilidade do sistema financeiro nacional²⁵², (ii) a credibilidade do sistema financeiro nacional²⁵³, (iii) o próprio sistema financeiro nacional²⁵⁴, (iv) higidez do Sistema Financeiro Nacional²⁵⁵ e (v) “estabilidade e a

²⁵² Apelação 0000812-38.2007.4.02.5001; 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. André Fontes, j. em 03/02/2015.

²⁵³ Apelação 0809308-43.2009.4.02.5101, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, j. em 05/12/2017.

²⁵⁴ Apelação 0815922-98.2008.4.02.5101, 1ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Andrea Cunha Esmeraldo, j. em 07.12.2022.

²⁵⁵ Apelação 0806495-09.2010.4.02.5101, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Simone Schreiber, j. em 04.10.2021.

higidez do Sistema Financeiro Nacional, cujo regular funcionamento depende da confiança que a coletividade lhe deposita”²⁵⁶.

Outrossim, destaca-se que em nenhum dos julgados analisados o crime de gestão temerária foi definido como de dano. Por outro lado, de todos os julgados analisados, em 10 (dez) acórdãos o órgão julgador menciona expressamente que o crime de gestão temerária é de perigo, sendo que em 08 (oito) não se especifica o tipo de perigo (se concreto ou abstrato), em 01 (um) há menção expressa de que o perigo é concreto e em 01 (um) definiu-se que o crime é de perigo abstrato.

Quadro 6: Crime de perigo (concreto ou abstrato)

Crime de perigo	Quantidade	Percentual (%)
Concreto	01	5,55
Abstrato	01	5,55
Reconhece ser de perigo, mas sem especificar se concreto ou abstrato	08	44,44
Não classificou o delito	08	44,44
Crime de dano	0	0

Isso posto, embora a classificação do perigo não tenha sido objeto de discussão em uma parte relevante dos julgados, as Turmas Especializadas do Tribunal Regional Federal da 2ª Região têm estabelecido balizas para a persecução penal de gestão temerária. Afinal, separando-se os 17 (dezesete) julgados provenientes de ações penais (apelações interpostas em face de sentenças condenatórias ou absolutórias), em 14 (quatorze) acórdãos há menção expressa a violações administrativas, em 02 (dois) o órgão julgador não adentrou na questão e em apenas 01 (um) entendeu-se que não houve qualquer violação de normas administrativas.

Quadro 7: Violação administrativa

Violação administrativa	Quantidade	Percentual (%)
Sim	14	82,35
Não	1	5,88
Não adentrou	2	11,76

²⁵⁶ Apelação 0509738-73.2006.4.02.5101, 1ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Andrea Cunha Esmeraldo, j. em 03.05.2023.

Chama-se atenção para o fato de que, dos 14 (quatorze) casos em que o Tribunal entendeu que houve ilícitos administrativos, em 08 (oito) o resultado do julgamento foi a condenação do acusado, em 03 (três) se entendeu que a conduta praticada se amoldava ao crime era gestão fraudulenta e em apenas 03 (três) entendeu-se pela absolvição.

Quadro 8: Julgamento quando há violação administrativa

Resultado	Quantidade	Percentual (%)
Condenação	08	57,14
Gestão fraudulenta configurada	03	21,42
Absolvição	03	21,42

Por outro lado, no único caso em que não houve qualquer violação a normas administrativas, o resultado foi de absolvição do recorrido.

Quadro 9: Inexistência de violação administrativa

Resultado	Quantidade	Percentual (%)
Absolvição	01	100
Condenação	00	0

Ademais, das 17 (dezesete) apelações provenientes de ações penais, em 10 (dez) casos o órgão julgador definiu que houve prejuízo aos clientes ou às instituições financeiras em si, em 04 (quatro) prevaleceu entendimento de que não houve prejuízo e em 03 (três) tal questão não foi debatida (seja porque se reconheceu a prescrição, sem adentrar no mérito, ou em razão de ter-se decidido que a empresa gerida não era uma instituição financeira para fins de aplicação da Lei nº 7.492/1986).

Quadro 10: Existência prejuízo financeiro

Prejuízo	Quantidade	Percentual (%)
Sim	10	58,82
Não	04	23,52
Não foi debatido	03	17,67

Isso posto, desses 10 (dez) casos em que houve efetivo prejuízo decorrente da gestão da instituição financeira, em 09 (nove) o resultado do julgamento foi a condenação dos acusados, sendo que em 06 (seis) o entendimento foi que houve gestão temerária e nos outros 03 (três) prevaleceu o entendimento de que a gestão foi fraudulenta, e em apenas 01 (um) se entendeu pela absolvição.

Quadro 11: Resultado quando há prejuízo

Prejuízo	Quantidade	Percentual (%)
Condenação por gestão temerária	06	60
Condenação por gestão fraudulenta	03	30
Absolvição	01	10

Apesar de o entendimento dominante ser de que o crime é de perigo, sendo irrelevante a ocorrência de prejuízo, importante notar que o dano causado pela conduta tida temerária é, aparentemente, um parâmetro observado pelos órgãos julgadores. Isso porque, se nos casos em que há efetivo prejuízo o percentual de condenações é de 90% (como visto no quadro 11, acima), nas 04 (quatro) hipóteses em que o tribunal reconheceu não ter havido qualquer prejuízo, o percentual de condenações cai para 50%, como se observa abaixo.

Quadro 12: Inexistência de prejuízo financeiro

Prejuízo	Quantidade	Percentual (%)
Condenação	02	50
Absolvição	02	50

A par disso, expostos os dados que foram extraídos das decisões do Tribunal Regional Federal da 2ª Região na persecução penal de gestão temerária, passa-se a analisar, de forma um pouco mais detalhada, os julgados separados, a fim de responder aos seguintes questionamentos:

- 1) Qual bem jurídico os órgãos julgadores entendem ser tutelado pela norma penal?

- 2) É necessário que o bem jurídico seja exposto a risco concreto para configuração do delito?
- 3) Considerando a vagueza do tipo penal, são seguidos parâmetros objetivos para autorizar a persecução, como, por exemplo, a violação a normas administrativas?

Em relação à primeira indagação, talvez em razão da má redação da Lei nº 7.492/1986, ou porque nem a doutrina possui um entendimento pacificado sobre o tema, não há um entendimento prevalente no Tribunal a respeito de qual bem jurídico é tutelado pela norma penal descrita no parágrafo único do artigo 4º. Como já exposto acima, nos 05 (cinco) casos em que o bem jurídico foi definido, entendeu-se que seriam: (i) a estabilidade do sistema financeiro nacional, (ii) a credibilidade do sistema financeiro nacional, (iii) o próprio sistema financeiro nacional, (iv) higidez do Sistema Financeiro Nacional e (v) “estabilidade e a higidez do Sistema Financeiro Nacional, cujo regular funcionamento depende da confiança que a coletividade lhe deposita”.

Todavia, apesar de o bem jurídico não ter sido delimitado na maior parte dos casos, tal constatação não significa que o Tribunal esteja indiferente à aplicação do princípio da lesividade. Afinal, em 10 (dez) acórdãos o crime de gestão temerária foi classificado como de perigo, sendo certo que, no único caso em que foi definido como de perigo abstrato, o julgador levou em consideração o fato de que a instituição financeira “experimentou prejuízos vultosos em razão da administração temerária dos réus no que toca aos investimentos em renda variável e em renda fixa”²⁵⁷.

Ademais, mesmo nos casos em que o Tribunal não definiu expressamente se o crime é de perigo, a potencialidade lesiva da conduta ao sistema financeiro foi levada em consideração como causa de decidir, como se nota nos trechos abaixo destacados, extraídos de votos que entenderam pela absolvição e pela condenação, respectivamente:

- a) Como dito anteriormente, o delito de gestão temerária demanda a criação de um risco não permitido de prejuízo à saúde financeira e ao nível de confiança da instituição.
 (...) Assim, não parece razoável que os funcionários da instituição, os quais, como se sabe, são a parte mais fraca da relação trabalhista e que não participam dos lucros diretos da empresa, sejam punidos criminalmente por terem cometido irregularidades com o fim de atingir as metas impostas pela instituição financeira, para, no máximo, ganharem uma bonificação. Ademais, as condutas praticadas limitaram-se a uma determinada agência bancária, o

²⁵⁷ Apelação 0532615-07.2006.4.02.5101, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Marcello Granado, j. em 18.08.2020.

que afasta a conclusão de que, efetivamente, poderiam colocar em risco o funcionamento e a credibilidade do Banco do Brasil.

(...) Em conclusão, há evidências de que as condutas dos recorrentes não ultrapassaram os riscos permitidos na álea da atividade financeira, devendo ser absolvidos, em razão da atipicidade.²⁵⁸

- b) No tocante à materialidade delitiva do crime em análise, a prova técnica produzida (Relatório da Comissão de Inquérito da Cooperativa e Relatório do Banco Central do Brasil), juntamente com a prova documental e testemunhal colhida, como exemplarmente dissecado na sentença, demonstra que o réu geriu com risco contas bancárias de, ao menos, 7 (sete) correntistas da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores do Sistema FINDES (COOPERFINDES). Atos de gestão esses prejudiciais à saúde financeira da instituição, já que implicaram no aumento exponencial do saldo devedor daqueles (cheque especial) e consubstanciaram em contratos indevidos de novação de dívida, autorização para a compensação de cheques desprovidos de fundos, autorização para saques a descoberto e não classificação das operações financeiras levadas a efeito no seu grau de risco adequado (Resolução 2682-99 do Banco Central).²⁵⁹

Enfim, como agora passa a ser tratado, a presente pesquisa permitiu concluir que, muito embora o tipo penal seja absolutamente vago, existem parâmetros objetivos que podem ser seguidos para que a persecução penal seja conduzida de forma a respeitar os princípios e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Em primeiro lugar, destaca-se que os órgãos julgadores reconhecem que o tipo penal é vago e que, justamente por isso, é necessário recorrer a outras fontes (como doutrina, jurisprudência ou regras administrativas) para se buscar o que pode caracterizar a temeridade da conduta:

- a) A definição do crime de gestão temerária, prevista no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492/86, criou um tipo penal vago e impreciso, reduzindo substancialmente as garantias asseguradas pelos princípios da reserva legal e da tipicidade.

Em seu sentido vernacular, conduta temerária é aquela perigosa, arriscada, imprudente. No entanto, a prática de atos arriscados faz parte do dia-a-dia dos profissionais que trabalham no mercado financeiro, que buscam o melhor rendimento nos investimentos realizados e, como sabido, quanto maior a possibilidade de lucro em uma aplicação, mais arrojada ela é.

A dificuldade na interpretação do elemento normativo do tipo está, portanto, em aferir o limite entre o grau de risco normal e característico do mercado financeiro, e aquele que vai além dessa linha divisória, o que deve ser analisado no caso concreto.

²⁵⁸ Apelação 0815922-98.2008.4.02.5101, 1ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Andrea Cunha Esmeraldo, j. em 07.12.2022.

²⁵⁹ Apelação 0004945-60.2006.4.02.5001, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, j. em 15.12.2015.

(...) Como se vê, a qualificação de temerária é extremamente subjetiva e, no caso, difícil concordar com quem afirme ter ocorrido o crime imputado aos apelados.

Para de vez sepultar qualquer dúvida quanto a isto, não há notícia de qualquer procedimento administrativo contra os apelados ou em face da PREVI, promovido pelos órgãos técnicos competentes, pelos fatos narrados na denúncia.²⁶⁰

- b) A norma penal em comento tem recebido merecidas críticas da doutrina em razão de seu caráter demasiadamente aberto, à falta de definição sobre o significado do núcleo gerir, tampouco sobre quais atos de gestão são considerados temerários.

A despeito disso, a jurisprudência tem elencado uma série de atos que podem configurar gestão temerária, como o descumprimento de normas oriundas dos órgãos reguladores do Sistema Financeiro Nacional ou mesmo normas internas da instituição financeira; afastamento das boas práticas comerciais e bancárias; adoção de critérios subjetivos na concessão de empréstimos ou fornecimento destes a pessoas físicas ou jurídicas notoriamente vistas como más pagadoras; oferecimento de juros claramente superiores aos praticados no mercado, para obter recursos e mascarar a situação de endividamento; uso de recursos em despesas não operacionais ou em atos de liberalidade; aplicação de recursos em campanhas políticas etc.

Assim, considera-se o crime contra o sistema financeiro, cuja elementar do tipo consiste em gerir, de forma extraordinariamente irresponsável, os recursos de instituições financeiras, de modo a extrapolar os riscos inerentes à atividade mercantil e deixar as instituições vulneráveis a consideráveis perdas de capital, prejudicando substancialmente seu funcionamento e sua confiabilidade perante o mercado.²⁶¹

Ademais, foi notado que o amplo conceito de instituição financeira, para fins de aplicação da Lei nº 7.492/1986, igualmente foi objeto de discussão. Nesse sentido, destaca-se que, na apelação 0009030-36.2013.4.02.5101, em atenção à recente mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a 2ª Turma Especializada absolveu os apelantes acusados de gestão fraudulenta e temerária, porque nem todas as operadoras de planos de saúde podem ser definidas como instituições financeiras para fins aplicação da norma penal aqui debatida.

Veja-se, portanto, que o amplo conceito de "operadoras de planos privados de assistência à saúde" comporta diversas modalidades. Além destas modalidades previstas na Resolução RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000, também as sociedades seguradoras podem ser consideradas como operadoras de plano de assistência à saúde "desde que estejam constituídas como

²⁶⁰ Apelação 0514862-08.2004.4.02.5101, 1ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Antonio Ivan Athié, j. em 01.07.2015.

²⁶¹ Apelação 0815922-98.2008.4.02.5101, 1ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Andrea Cunha Esmeraldo, j. em 07.12.2022.

seguradoras especializadas nesse seguro”, consoante os artigos 1º e 2º da Lei nº 10.185/2001.

Reconhecendo essa possibilidade, a Diretoria Colegiada da ANS regulamentou especificamente a atuação das seguradoras de saúde através da Resolução RDC nº 65, de 16 de abril de 2001. Dentre outras regras especiais, o artigo 2º deste ato infralegal prescreve que “somente poderão operar como sociedades seguradoras especializadas em saúde as pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade anônima que observarem a legislação específica em vigor” (destaquei).

Portanto, as seguradoras especializadas em saúde são apenas uma das modalidades de pessoas jurídicas autorizadas a atuar como operadoras de plano de assistência à saúde, ao lado das administradoras de benefícios (hoje reguladas pela Resolução Normativa RN nº 196, de 14 de julho de 2009), das cooperativas médicas e odontológicas, das entidades de autogestão, medicina ou odontologia de grupo e das entidades filantrópicas.

A diferença fundamental entre as seguradoras e as demais operadoras de plano de assistência à saúde consiste na possibilidade que lhes é franqueada de negociarem – captarem e administrarem – seguro-saúde. O seguro-saúde não se confunde com as demais formas de planos privados de assistência à saúde. Explico.

(...) Concluo, assim, por ressaltar a necessidade de se diferenciar entre seguradoras especializadas na contratação de seguro-saúde – estas equiparadas a instituições financeiras, por administrarem contratos de seguro – e outras modalidades de operadoras de planos privados de assistência à saúde – as quais não se enquadram nessa categoria.

No direito penal, é vedada a analogia *in malam partem*, por afronta ao princípio da legalidade (artigo 5º, XXXIX, Constituição, e artigo 1º do Código Penal), de modo que não é legítimo que se pretenda promover a equiparação das demais operadoras de planos privados de assistência à saúde às seguradoras para justificar uma imputação penal. [...]”. (STJ – CC 148.110/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, voto condutor Min. Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 23/11/2016, DJe: 13/12/2016).

Desta feita, restou estabelecido que, do cotejo dos dispositivos legais pertinentes, tem-se interpretação sistemática do ordenamento jurídico que impõe, pelo menos para fins penais e com base nas definições constantes na Lei nº 7.492/86, o enquadramento restritivo das instituições de assistência à saúde como equiparadas às instituições financeiras, sendo, em consequência, passíveis de implicação penal quanto aos delitos contra o sistema financeiro.

Neste interim, a “pessoa jurídica que capte ou administre seguros”, como exige a Lei nº 7.492/86 para equiparação às instituições financeiras, no âmbito das operadoras de planos de assistência à saúde, é diretamente prevista nos arts. 1º e 2º da Lei nº 10.185/2001 e art. 2º do RDC nº 65/2001, que tratam especificamente das seguradoras de planos privados de assistência à saúde.

Assim, em virtude de previsão legal, não há que falar no enquadramento das demais espécies de operadoras de planos de assistência à saúde como categorias de instituição financeira equiparada, notadamente as administradoras de benefícios, as cooperativas médicas e odontológicas, as entidades de autogestão, medicina ou odontologia de grupo e as entidades filantrópicas (art. 10, I ao VII, do RDC 39/2000).

(...) No caso sub examine, os acusados constam como sócios administradores de duas pessoas jurídicas, quais sejam, a clínica médica SAÚDE EM

FAMÍLIA SERVIÇOS MÉDICOS INTEGRADOS LTDA e a operadora de planos de saúde TENHA SAÚDE OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE LTDA.

Quanto à primeira, sequer trata-se de operadora de plano de saúde, quanto mais seguradora de planos privados, constituindo-se, em verdade, de sociedade empresária limitada cujo objeto social é a “prestação de serviços médicos ambulatoriais, exames complementares, serviços auxiliares de diagnóstico, bem como outros serviços correlatos à área da saúde” (fl.87 do IPL). Assim, resta evidente, diante de toda fundamentação supra, a impossibilidade de equiparação desta pessoa jurídica às instituições financeiras, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei nº 7.492/86.

Quanto à pessoa jurídica TENHA SAÚDE OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE LTDA, o objeto social da também sociedade empresária limitada é a “operação de planos de assistência à saúde no âmbito da lei nº. 9656, de 03/06/1998 para cobertura de custos de assistência médica, hospitalar e odontológica de seus beneficiários” (fl. 63 do Apenso XIII).

Como se vê, o próprio contrato social especifica a submissão da pessoa jurídica à Lei nº 9.656/98, e não à Lei nº 10.185/2001 e, conseqüentemente, à RDC nº 65/2001, da ANS, que tratam das seguradoras especializadas em plano de assistência à saúde, delimitando, ainda, sua atuação na cobertura dos custos de assistência médica e odontológica que, por imposição dos incisos I e II do art. 1º da Lei nº 9.656/98, dar-se-á por prazo indeterminado e sem limite financeiro, não constituindo, portanto, categoria de sociedade seguradora de planos de assistência à saúde.

Note-se, ainda, que nenhuma das pessoas jurídicas em comento é constituída sob a forma de sociedade anônima, requisito estabelecido pelo art. 2º da RDC 65/2001, da ANS, para a constituição de seguradora de assistência à saúde.

Assim, por não comercializarem seguro-saúde, bem como não adotarem o tipo empresarial da sociedade anônima, não há que falar em categorias de sociedades seguradoras especializadas em assistência à saúde e, portanto, em instituições financeiras por equiparação. Diante disto, não se verifica crime contra o sistema financeiro, impondo-se a absolvição, ao menos nessa seara, dos acusados.²⁶²

A par disso, tal qual defendemos aqui (2.1, acima), o entendimento do Tribunal parece ser no sentido de que o limite mínimo para dar início à persecução penal é a prática de ilícitos administrativos na gestão da instituição financeira. Afinal, em 82,35% dos casos analisados reconheceu-se houve a prática de ilícitos administrativos (vide quadro nº 07), sendo certo que, no único caso em que o órgão julgador reconheceu não ter ocorrido qualquer violação administrativa, o resultado foi de absolvição (vide quadro nº 09).

Aliás, a necessidade de se vincular a gestão temerária à existência de ilícitos administrativos foi expressamente reconhecida:

²⁶² Apelação 0009030-36.2013.4.02.5101, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Marcello Granado, j. em 07.12.2022.

Sobre o conceito de gestão temerária, já antecipado sucintamente no parágrafo anterior, reproduzo excerto do percuciente voto da Excelentíssima Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, no recente julgamento do Recurso Especial n.º 1.613.260 (STJ, 6ª T., j. 9/8/2016, DJe 24/8/2016):

Devendo ser admitida, destarte, a constitucionalidade do tipo penal, a saída que se apresenta, para compreendê-lo como válido, é submetê-lo a uma “interpretação conforme” à Constituição, através de uma redução teleológica do seu campo de incidência. Para tanto, é preciso afastar da incidência da norma penal os casos que se encontrem cobertos pelo risco permitido na esfera da atividade financeira [sem grifo no original]. Desse modo, a contrario sensu, **deve-se entender que o tipo penal de gestão temerária pressupõe a violação de deveres extrapenais.**

Tais deveres são impostos por diversas normas jurídicas que dispõem sobre a conduta requerida dos administradores de instituições financeiras no que diz respeito aos limites de risco admissíveis. **Se é verdade que o risco é ínsito à atividade das instituições financeiras, os seus limites são estabelecidos normativamente.**²⁶³ (grifo nosso)

Nada obstante, foi observado que a prática de ilícitos administrativos, por si só, não importa, automaticamente, na configuração do crime de gestão temerária, devendo ser considerado também o risco causado ao patrimônio ou à saúde da instituição financeira.

Veja-se que o fato de ter havido prejuízo financeiro foi notado em 58% dos casos analisados (vide quadro nº 10), sendo certo que, nas hipóteses em que se reconhece a inexistência de prejuízos, o percentual de absolvições é 50%, contra apenas 10% quando a conduta gera efetivo dano.

Essa constatação é importante. É que defendemos no presente trabalho que o crime de gestão temerária protege (i) a confiança de que o patrimônio depositado nas instituições está protegido – o que também pode ser entendido como a credibilidade da instituição –, e, ao mesmo tempo, (ii) o patrimônio dos investidores que confiaram seus recursos à instituição financeira.

Com efeito, a constatação de que ocorreu efetivo prejuízo é um parâmetro bastante objetivo para determinar que houve risco ao patrimônio confiado pelos investidores à instituição financeira. Ademais, em relação aos 02 (dois) casos em que houve condenação, embora não tenha havido prejuízo (vídeo quadro nº 12), em 01 (um) “os réus assinaram várias operações de crédito sem respeitar os limites e as garantias. A extrapolção do limite de risco chegou a

²⁶³ Apelação 0532615-07.2006.4.02.5101, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Marcello Granado, j. em 18.08.2020.

359%”²⁶⁴ – o que pode, ao menos em tese, ser considerado um padrão mínimo para se aferir a possível violação ao risco permitido²⁶⁵.

Por outro lado, o Tribunal igualmente reconheceu que o simples fato de ter ocorrido algum tipo de prejuízo, isoladamente, não permite concluir que houve a prática do crime de gestão temerária. Isso porque, ainda é necessário que haja um risco relevante ao bem jurídico protegido – excluindo-se da aplicação do direito penal aquelas condutas totalmente inofensivas à saúde financeira da instituição.

Nesse sentido, no julgamento da apelação nº 0509738-73.2006.4.02.5101, foi constatado que houve violações a regras administrativas, o que gerou prejuízo²⁶⁶, mas, “ainda assim, impende avaliar, para além do mero descumprimento do dever normativo, se a conduta praticada, no caso concreto, importou situação de risco desmedido e inaceitável, ainda que potencial, para caracterização do ato de gestão temerária”. Convém destacar o seguinte trecho do voto:

Nesse tocante, não se pode perder de vista que o BRJ é instituição financeira pequena, voltada originalmente a operações de créditos imobiliários, além de não possuir correntistas, o que diminui o espectro dos potenciais danos que a realização de operações sem lastro em garantias poderia acarretar ao sistema financeiro como um todo.

Não se quer dizer, com isso, que as instituições pequenas não sejam suscetíveis à prática de gestão temerária. Todavia, no caso concreto, não se constata a potencialidade lesiva da conduta imputada, haja vista que os **prejuízos daí decorrentes não comprometeriam a higidez do banco, notadamente por não atingir elevado percentual de seu patrimônio líquido, tampouco a credibilidade e sanidade do sistema financeiro.** Destaca-se, ainda, que os prejuízos decorrentes de tais operações foram integral e exclusivamente absorvidos pela própria instituição, sem qualquer repercussão negativa para o mercado financeiro.

(...) Tal manifestação foi completada para consignar que a dúvida existente diz respeito ao "**volume do prejuízo gerado pelas operações representar**

²⁶⁴ Apelação 0809308-43.2009.4.02.5101, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, j. em 05/12/2017.

²⁶⁵ Ressalta-se, que no outro caso em que houve condenação apesar de não ter existido prejuízo, constou no acórdão que para a caracterização da gestão temerária “é prescindível a ocorrência de efetivo prejuízo à empresa ou a clientes”, porém, não observamos argumentos no sentido de que seria necessário haver um risco, ainda que abstrato, ao patrimônio ou à saúde financeira da instituição - Apelação 0806495-09.2010.4.02.5101, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Simone Schreiber, j. em 04.10.2021.

²⁶⁶ Conforme narrou a denúncia, teria ocorrido a “realização de adiantamentos a depositantes, no caso, as empresas COELHO ATHIÉ LTDA ADMINISTRAÇÃO DE BENS e PX S/A, sem a constituição de títulos representativos de adiantamentos a depositantes, no caso, as empresas COELHO ATHIÉ LTDA ADMINISTRAÇÃO DE BENS e PX S/A, sem a constituição de títulos representativos das dívidas, em violação às normas de boa gestão e segurança operacional que regem o mercado, tendo realizado operações de compra e venda de títulos públicos federais, na modalidade day trade, em valores próximos ou até mesmo superiores ao patrimônio líquido do banco, o que teria gerado prejuízos à instituição financeira no montante, respectivamente, de R\$ 492.057,93 e de mais de R\$ 3.500.000,00”.

16% do PR e não ter acarretado riscos à continuidade da instituição".

Confira-se:

(...) Por outro lado, embora não tenham sido constituídos títulos representativos das dívidas, nem quaisquer contragarantias, não se percebe ter havido, propriamente, conduta abusiva ou excessivamente displicente, mas, por certo, de má gestão do Banco BRJ, sobretudo quanto à análise do perfil dos devedores. Não se pode olvidar de que o BRJ enfrentava diversas dificuldades, como referido por várias testemunhas, mas não se pode confundir má administração com gestão temerária, cuja configuração do tipo penal não admite a modalidade culposa.

Por isso, parece mais pertinente que eventual responsabilidade dos investigados deve ser resolvida na esfera administrativa, como, de fato, já ocorreu, mediante a imposição de pena de inabilitação e multa pelo Banco Central.

Ademais, não se pode afirmar que os apelantes tenham se omitido quanto à adoção de medidas voltadas para a recuperação do crédito, as quais foram informadas ao Banco Central do Brasil em documento juntado ao evento 34, OUT16 - fls. 64-76, o que ensejou a amortização dos prejuízos, além da propositura de ações judiciais para a cobrança das dívidas, inclusive, com provimento favorável, com trânsito em julgado, no caso da empresa Coelho Athié.

Por todas as razões expostas, entendo que não restou configurado o crime de gestão temerária relativamente às operações de adiantamentos concedidos às empresas COELHO ATHIÉ LTDA ADMINISTRAÇÃO DE BENS e PX S/A, por falta dos elementos objetivos do tipo, a ensejar a absolvição, com base no art. 386, III, do CPP.²⁶⁷ (grifo nosso)

Portanto, conforme notamos na maior parte dos julgados analisados, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região tem seguido critérios minimamente objetivos na análise da persecução penal do crime de gestão temerária, o que se revela por alguns motivos.

1. A existência de ilícitos administrativos é o mínimo exigido para a configuração do ilícito penal. Afinal, em todos os casos de condenação, foram igualmente constatadas violações a normas administrativas. Com efeito, tais irregularidades podem ser um parâmetro mínimo para aferir que foi violada a confiança dos investidores de que seus recursos estão protegidos.
2. O risco ao patrimônio confiado à instituição tem de ser observado para a configuração do delito. Tal constatação é feita à medida que, das 08 (oito) decisões condenatórias, em 06 (seis) foram observados relevantes prejuízos patrimoniais. Ademais, em uma das duas apelações em que

²⁶⁷ Apelação 0509738-73.2006.4.02.5101, 1ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Andrea Cunha Esmeraldo, j. em 03.05.2023.

foi mantida a condenação, apesar de não ter havido efetivo prejuízo à saúde financeira da instituição, argumentou-se que houve a violação a normas prudenciais que extrapolaram em quase 04 (quatro) vezes o risco permitido²⁶⁸.

De todo modo, não se pode deixar de destacar a posição adotada no julgamento da apelação criminal nº 0509738-73.2006.4.02.5101, em que prevaleceu entendimento de que é necessário analisar, no caso concreto, se o risco produzido ao bem jurídico é de fato relevante, excluindo-se da aplicação da norma as condutas que “não comprometeriam a higidez do banco, notadamente por não atingir elevado percentual de seu patrimônio líquido, tampouco a credibilidade e sanidade do sistema financeiro”.

²⁶⁸ Apelação 0809308-43.2009.4.02.5101, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, j. em 05/12/2017

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função do direito penal é proteger os bens jurídicos mais relevantes na sociedade. O entendimento de que crime é a violação de bens jurídicos permite (1) avaliar a atividade legislativa (apenas podem ser tipificadas as condutas que protejam os interesses realmente essenciais) e, ao mesmo tempo, (2) exclui da aplicação do direito penal as ações irrelevantes, que não lesem ou exponham a risco de lesão os bens jurídicos protegidos.

Nesse sentido, o princípio da lesividade assume papel de extrema relevância no Estado Democrático de Direitos. Apesar de ser absolutamente possível que exista um crime sem que tenha havido lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, será necessário que a conduta efetivamente praticada corresponda, no mínimo, à exposição do bem jurídico a um risco não irrelevante e que não seja permitido.

Na nossa sociedade moderna, em que o risco é comum em tantas atividades econômicas, a mencionada premissa é fundamental. Isso porque o constante desenvolvimento de atividades arriscadas, que possuem grande capacidade lesiva, é indispensável para o crescimento financeiro da nação. Por isso, o uso irrestrito do direito penal não apenas é desarrazoado sob um ponto de vista de proteção da dignidade da pessoa humana, como também impede o pleno desenvolvimento econômico, à medida em que ameaça punir com as sanções mais graves as pessoas que se arriscam em atividades econômicas inovadoras.

A gestão temerária é um bom exemplo do uso expansivo do direito penal, com o objetivo de tutelar atividades econômicas complexas. Isso porque, dentre as suas características, destacam-se a tipicidade excessivamente aberta (o tipo penal não permite entender o que é gestão, tampouco o que constitui a temeridade dessa gestão) e o fato de se tratar de um crime de perigo (não é necessário que ocorra qualquer resultado naturalístico para sua consumação).

Dito isso, conforme defendemos ao longo do presente estudo, a referida norma tutela, simultaneamente, dois bens jurídicos: (i) a confiança dos investidores de que os recursos por eles confiados à instituição financeira estão devidamente protegidos, e (ii) patrimônio dos investidores que está confiado à instituição. A lesão (ou exposição ao risco) de apenas um desses bens poderá refletir em ilícitos administrativos, ou mesmo poderá configurar outros tipos penais, mas não configurará gestão temerária.

Em razão da vagueza do tipo penal, como defendemos, é necessário recorrer a normas administrativas para avaliar se, objetivamente, a conduta praticada efetivamente se

amolda ao delito. Nesse sentido, violações de regras e parâmetros estabelecidos pelos órgãos reguladores, como a Comissão de Valores Mobiliários, Banco Central, Conselho Monetário Nacional etc., podem ser um indicativo de que houve a violação da confiança de que o patrimônio confiado à instituição financeira está devidamente protegido.

Por sua vez, o risco ao patrimônio que compõe à instituição financeira igualmente deve ser aferido por parâmetros objetivos, na análise dos casos concretos, podendo ser atestado por estudos técnicos ou graves violações às regras prudenciais ou às normas decorrentes das Recomendações de Basileia.

De todo modo, o direito penal apenas estará autorizado a agir se o risco aos bens jurídicos não for irrelevante (ainda que em abstrato). Isto é, condutas incapazes de causar desconfiança ao investidor ou totalmente inofensivas à saúde econômica da instituição financeira não devem ser alvo de repressão na esfera penal, apesar de poderem, ao menos em tese, configurar ilícitos administrativos.

Enfim, analisando-se o entendimento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no julgamento das apelações criminais que trataram do crime de gestão temerária, foi constatado que, em boa parte dos casos, os órgãos julgadores observaram critérios objetivos na persecução penal.

Inicialmente, notou-se que, em todos os casos de condenações, o Tribunal constatou que houve a violação de normas administrativas. Portanto, assim como defendemos ao longo desse trabalho, a violação administrativa é o mínimo que deve existir para autorizar a persecução penal desse tipo de crime.

Por sua vez, apesar se tratar de um crime de perigo, em boa parte dos casos de condenação, o Tribunal constatou que houve efetivo prejuízo ao patrimônio investido na instituição financeira. Ainda, em um dos dois casos em que não houve prejuízo, o órgão julgador entendeu que aconteceu violação das normas prudenciais, o que significa que a conduta extrapolou o limite do risco permitido.

Enfim, definitivamente, não é permitido no Estado Democrático de Direito que uma conduta, simplesmente por estar descrita na Lei como crime, seja punida pelo uso do direito penal. Com efeito, o crime estará, sempre, vinculado à ideia de ofensa a bens jurídicos, sendo, ainda, legítima a punição de ações que exponham a risco (concreto, potencial ou abstrato) os bens jurídicos tutelados, desde que, no caso concreto, a conduta praticada não seja penalmente irrelevante.

No mais, uma vez que a redação do tipo penal de gestão temerária é reconhecidamente falha, convém destacar que está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto nº 5546/2019, de autoria do Senador José Aníbal (PSDB/SP), que se propõe a “tipificar o crime de facilitação de gestão fraudulenta ou temerária e definir os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária, bem como determinar a aplicação do disposto na referida Lei, exclusivamente para fins de responsabilização penal, às entidades de previdência complementar e às unidades gestoras dos regimes próprios de previdência social”²⁶⁹. Caso seja aprovado em sua redação atual, o crime de gestão temerária passaria ser definido da seguinte forma, ainda no parágrafo único do artigo 4º, da Lei nº 7.492/1986:

Assumir, com habitualidade, risco não admitido pelas normas do sistema financeiro nacional ou, na falta dessas, contrário às regras e costumes de cautela e prudência vigentes no mercado, acarretando dano ao patrimônio da instituição financeira ou de terceiros. Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

A toda evidência, a redação proposta no Projeto de Lei é significativamente melhor do que a atual. Em primeiro lugar, acaba-se com a discussão de que um único ato de gestão pode configurar o crime, pois se prevê expressamente a necessidade de assumir riscos com habitualidade. Outrossim, vincula-se a eventual prática delitiva às “regras e costumes de cautela e prudência vigentes no mercado”.

Ademais, e mais importante, o delito deixa de ser um crime tão somente de perigo, passando a ser tratado como crime material. Isto é, apenas se configurará gestão temerária se efetivamente houver “dano ao patrimônio da instituição financeira ou de terceiros”.

²⁶⁹ O mencionado Projeto de Lei pode ser acessado no seguinte link de consulta: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/?idProposicao=2225510>. Acesso em 01.06.2023.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Cândido. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: Comentários à Lei 7.492/1986 e à Lei 6.385/1976**. Cândido Alluquerque, Sérgio Rebouças. - 1. ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**. Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 11ª edição, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro**, in Revista da EMERJ, v. 4, n. 15/2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas (1764)**. Edição Ridendo Castigat Mores, Versão para eBook, p. 31. Disponível em <https://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>, acessado em 15.05.2023.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**; tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor, São Paulo: Editora 34, 2011.

BERNARDES NETO, Napoleão. **Teoria e prática do princípio da insignificância: fundamentação teórica e constitucional, efeitos penais e processuais, jurisprudência atualizada do STF**. 2. ed. rev. atual., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, Diário Oficial da União: 1940.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União: 1986.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União: 1993.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Diário Oficial da União: seção 1, 2002.

BREDA, Juliano. **Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da lei 7.492/86**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco**. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CALLEGARI, André Luís. **Direito penal e funcionalismo: um novo cenário da teoria geral do delito**. André Luís Callegari, Raul Marques Linhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CALLEGARI, André Luís. **Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de minalizar os riscos para punir os pobres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

COSTA, Helena Lobo Regina da. In. **CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMENTÁRIOS À LEI 7.492, DE 16.6.86**. Revisado e atualizado por: Marina Pinhão Coelho Araújo; Juliano Breda; Helena Regina Lobo da Costa; Nicole Trauczynski; Elisa Fernandes Blasi. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: THOMSON REUTERS, 2020.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Fabio Roberto D'Avila. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime**. Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões Fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo, RT.

DOTTI, René Ariel. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional in Revista dos Tribunais nº 718.

EDUARDO CORREIA. **Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social**, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. XLIX, 1973, p. 257 a 281

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGA, J. S.; STRACHMAN, E. **Crise financeira: o caso japonês**. Nova Economia, [S. l.], v. 23, n. 3, 2014.

FREITAS FILHO, Roberto. **Metodologia de Análise de Decisões**. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2009.

GITMAN, Lawrence J. **Princípios de administração financeira**. Lawrence J. Gitman; tradução Allan Vidigal Hastings; revisão técnica Jean Jacques Salim. — 12. ed. — São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

GRECO, Luís. **A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 58, 2006.

GRECO, Luís. **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004.

GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Stragesetzbuch*)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 82, jan.-fev./2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HASSEMER, Winfried. **¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?**. In : La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? / coord. por Roland Hefendeh, Andre von Hirsh, Wolfgang Wohlers. Madrid: Marcial Pons, 2016.

HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 18, n. 87, p. 114 e 115, nov./dez.

HOBBS, Thomas. 1588-1679. **Do cidadão**. Thomas Hobbes: tradução, apresentação e notas Renato Janine Ribeiro. - 3a ed.- São Paulo: Martins Fomes, 2002.

JAKOBS, Günther. **DERECHO PENAL PARTE GENERAL: Fundamentos y teoría de la imputación**. Trad.: Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª edición, corregida. Marcial Pons: Madrid, 1997.

KAUFMAN, Arthur e HASSERMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas** / A. Kaufmann e W. Hassemer, org.; tradução de Marcos Keel (capítulos 1-5 e 9) e Manuel Seca de Oliveira (capítulos 6-8 e 10-15); revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. 2a. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão** [tradução José Hygino Duarte Pereira]. Ed. fac-sim, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LUZ, Yuri Corrêa. **Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo**. 1.ed. - São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MALAN, Diogo. **Megaprocessos e direito de defesa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 159, ano 27, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

MALAN, Diogo. **Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986**. In BOTTINO Thiago. Direito penal e economia. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp. 37-58, 2012.

MASSON, Cleber Rogério. **O direito penal do inimigo**. SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Processo penal e garantias constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NEUMANN, Ulfried. **Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal**. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). Direito Penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário, em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. V. 1 e 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PAULSEN, Leandro. **Tratado de Direito Penal Tributário Brasileiro**. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

PEREIRA, José Matias. **Defesa da Concorrência e Regulação Econômica no Brasil**. Revista De Administração Mackenzie, Ano 5, n.1, p. 35-55.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86**. 2. ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. Luiz Regis Prado. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens**

jurídicos na sociedade contemporânea. Dissertação de mestrado em Direito Penal - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** 2. ed. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Claus Roxin, tradução de Luís Greco - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal.** Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal.** São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2001.

SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. **Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade.** Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: RT, v. 18, n. 85, jul.-ago. 2010.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da Lei 13.964/19.** 1.ed. - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVA, Antonio Carlos Rodrigues da. **Crimes de colarinho branco.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Jesús-María Silva Sánchez; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **Direito penal econômico: leis penais especiais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2019.

STRATENWERTH, Ginter. **Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible.** Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005. (Tratados y Manuales de Derecho).

STRECK, Lênio Luiz. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito.** Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 49 n. 194 abr./jun.2012, p. 12. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf>, acessado em 15.12.2021.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, 1ª reimpressão, setembro de 2016.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade / Davi de Paiva Costa Tangerino**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com o Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5. ed. - São Paulo : Saraiva, 1994.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. Paulo Afonso Brum Vaz; Ranier Souza Medina. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). **Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos**. São Paulo: Saraiva, 2011.