

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

FÁBIO DE OLIVEIRA RODRIGUES

DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - TIPOS E AGENTES - SOB A ÓTICA DO GARANTISMO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista (pós-graduação *lato sensu*) em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Prof.: (orientador)

ANTENOR Pereira MADRUGA Filho

Brasília-DF

2013

A *Deus*, por me manter bem, caminhando nessa jornada humana e com saúde.

À minha filha, *Gabriela Bernardes Rodrigues*, fonte inesgotável de inspiração para meu ser, para a minha vida, embutindo-se a profissional.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.

ORDEM ECONÔMICA. EVOLUÇÃO/CONTEXTO. POSITIVAÇÃO.....4

LEI 7.492/86. ASPECTOS.....13

GESTÃO FRAUDULENTA E TEMERÁRIA.....20

AGENTES. RESPONSABILIDADE PENAL.....32

CONCLUSÃO.....37

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....41

INTRODUÇÃO.

ORDEM ECONÔMICA. EVOLUÇÃO/CONTEXTO. POSITIVAÇÃO.

É cediço que, nas relações comerciais e financeiras, o sistema econômico e social praticado nos tempos atuais é o capitalismo, desenvolvido pelos meios de produção e de capital privado, além do trabalho assalariado. Pensamento Maxista à parte, isto é fato.

Ele se originou na Europa após a abolição do sistema feudal, classificando-se em capitalismo comercial (século XV e XVI), industrial (século XVIII) e financeiro (1875-1914).

O capitalismo financeiro se intensificou após a revolução industrial, que impulsionou a economia, trazendo, contudo, mazelas econômicas em um processo que gerou concentração de capitais (com trustes, cartéis), o que perdura até hoje.

Esse fenômeno econômico centralizador, cumulado com o de expansão de capital, hoje chamado de globalização, evoluiu para o mercado de capital (empresas de capital aberto ofertado em bolsa de valores: grande meio de fomento para a obtenção de capital), que vem se intensificando desde a primeira guerra mundial.

Hoje pesquisas demonstram que quase 80% (oitenta por cento) dos norte americanos investem seus rendimentos de poupança doméstica em ações empresariais ofertadas em pregões de bolsa de valores.

Em 1929, um excesso de produção industrial e agrícola levou a uma crise econômica com a quebra da bolsa de Nova York (EUA), tendo o então Presidente americano Franklin Roosevelt elaborado um plano de recuperação, o *New Deal* (novo acordo).

Daí começou uma reflexão e defesa da necessidade de uma intervenção estatal fiscalizadora na economia; quanto mais que, após a segunda guerra mundial, as empresas consolidadas na Europa perderam domínio colonial na Ásia e na África, deslocando-se o centro do poder econômico no mundo para os Estados Unidos e para a União Soviética, criando-se blocos divergentes.

A moeda norte americana ganhou força e globalização na Guerra Fria, com essa reconstrução da economia capitalista mundial; sendo que esse fenômeno da globalização, das empresas multinacionais (hoje com bancos comerciais próprios), se desenvolveu após os anos 80.

A união soviética não teve o mesmo desempenho.

Com a revolução industrial, com o consumo de massa, multiplicam-se a criação de bancos comerciais e criam-se os bancos de investimentos, visando ao financiamento da produção (da retirada da matéria prima até a fabricação e distribuição). Após vieram as seguradoras, corretoras e os Bancos Centrais (públicos).

Nesse processo, surge o interesse coletivo da proteção estatal do sistema financeiro, provocando-se o poder público para a positivação dessa proteção.

No Congresso Internacional sobre a prevenção e repressão ao crime, realizado em Londres, no ano de 1872, Edwin Hill suscitou o debate sobre preocupação dos delitos econômicos, que chamou de “crimes no mundo dos negócios”.

E a ordem estrutural para tanto se encontra na elaboração de uma carta magna que, em seu turno, organiza o funcionamento estatal, articulando bases estruturais e políticas elementares.

Quanto à história do constitucionalismo - o qual J.J. Canotilho¹ prefere chamar de “movimentos constitucionais” e o conceitua como uma: “(...)teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” - prevaleceu o melhor entendimento² de que seu maior e primeiro sentido é a limitação do poder arbitrário.

¹ *In Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., p. 51.

² André Ramos Tavares, *in Curso de direito constitucional*, 4ª ed., p. 1.

Com um texto escrito, outro objetivo do constitucionalismo, certo é que se repudia o regime autoritarista, preconizando direitos individuais e garantias fundamentais.

Na era constitucionalista, temos a idade Antiga (Séc. V, Império Romano), a idade Média (até o Séc. XV), a Idade Moderna (Revolução Francesa, 1453-1789) e a Idade Contemporânea (o Iluminismo que, diferente do Absolutismo, elege o povo como o legítimo titular do poder).

Mas essa concepção liberal (em que o indivíduo sobrepõe o Estado), contemplada na CF de 1934 como o Estado Social de Direito, gerou conflitos e exclusões sociais, com concentração de bens e renda, o que levou a ser chamado o poder público a evitar abusos e limitar o poder econômico.

Essa liberalidade se compôs de bastante conteúdo social, com estabelecimento de normas chamadas programáticas (metas, intenções de programa Estatal).

É o que Canotilho apelida de “constitucionalismo dirigente”, ou seja, um dirigismo estatal (fixação no texto constitucional de regras para se dirigir as ações governamentais), já chamado de dirigismo comunitário, como direito de terceira geração/dimensão, alcançando-se o neoconstitucionalismo (pós-moderno) – neste se busca a eficiência, a eficácia constitucional. Sem embargos da aplicação atual da Teoria dos quatro *status* de Jellinek.

Assim, preocupou-se mais em declarar direitos e garantias fundamentais, de primeira geração, quanto, propriamente, da não intervenção estatal na economia - em que pese isto ter sido defendido pelos maiores pensadores dos séculos XVIII e XIX.

Mencionada crise do liberalismo levou, portanto, ao pensamento de um novo modelo estatal, com o Estado Social Democrático, instituindo-se o socialismo, com a atuação estatal - direta ou indiretamente - na atividade econômica (estatização).

De fato, o capitalismo selvagem, sem limites, pode criar danos à economia do Estado, conseqüentemente, à imprescindível dignidade da pessoa humana, em termos materiais, principalmente na atividade do sistema financeiro, como temos

notícias da grande depressão na década de 30 (*crash*) e, mais recente, na crise bancária global de 2008³ (esta ainda com consequências mundiais).

Daí o legislador constituinte originário ter se preocupado em abalizar posições da economia descentralizada (Estado Social Democrático), com o modelo estatal dirigista, mantendo um capítulo: “Da Ordem Econômica e Financeira”, com modelos capitalistas (livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada).

Contudo, tem-se para alguns o melhor modelo: caráter não intervencionista, mantendo-se uma economia de mercado, com intervenção mínima, não nesta, mas no abuso cometido pelos seus agentes.

Na história das Constituições Brasileiras, tivemos alguns modelos intervenientes, mesmo que de forma tímida, começando pela CF de 1934⁴, visando sempre, como preceito-matriz, o bem-estar (dignidade humana), prevendo (art. 115) que:

“A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é assegurada a liberdade econômica.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.

Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

“Art 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades

³ “Acabou a farra de Wall Street” (Presidente Obama, EUA, 20.01.09).

Regramento total, como lembra a história, se traduz em repudiado autoritarismo, ditadura.

⁴ A Constituição do Império (1824) só falava no direito de propriedade.

brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.”

Restou consolidado o nosso sistema capitalista como princípio econômico, na redação da Carta de 1946 (art. 145) *verbis*:

“a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

Art 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Art 149 - A lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos.”

A Carta de 1967 manteve esses ditames, acrescentando a harmonia e a solidariedade entre os fatores produtivos e gerou insegurança quando previu (art. 157, §8º) a permissão estatal de monopolização, de intervenção, por motivos de “segurança nacional” ou para organizar “setor ineficiente dentro do regime de competição e da livre iniciativa”.

O nosso sistema atual, como nova ordem constitucional, a chamada constituição da Primavera, estabelece o papel do Estado em fiscalizar, incentivar e planejar o direcionamento do sistema financeiro-econômico nacional, sendo e fomentando um elemento de normatização e regulamentação das atividades econômicas (serviços públicos *lato sensu*).

Busca-se, em tese, a justiça social, em uma economia de mercado, em um estado liberal, punindo o abuso econômico.

Vejamos os ditames constitucionais:

“TÍTULO-VII
Da Ordem Econômica e Financeira
CAPÍTULO-I
DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE
ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de

bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

A Emenda Constitucional 40/2003 trouxe um capítulo exclusivo e especial sobre o Sistema Financeiro Nacional, estabelecendo (art. 192) que:

“O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

Recepcionou-se, pois, com *status* de lei complementar, as legislações editadas sob o tema, então em vigor, isto é, a Lei 4595/64 - que dispõe sobre a política e as instituições monetárias e bancárias, além de criar o Conselho Monetário Nacional, bem como a Lei 6.024/74 - que cuida da intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras, prevendo a responsabilidade solidária dos administradores e a indisponibilidade de seus bens pessoais.

O Sistema Financeiro Nacional, regulado na CF, compõe: a) o sistema público – que diz respeito às finanças públicas e ao orçamento (art. 163 a 169, CF) e b) o “parapúblico”, assim chamado pelo constitucionalista José Afonso da Silva, que

são os aplicados às instituições financeiras creditícias públicas ou privadas, às instituições de seguros, a previdência privada e à capitalização.

O SFN é formado: a) pelos órgãos normativos: Conselho Monetário Nacional – CMN, Conselho Nacional de Seguro Privado – CNSP e o Conselho Geral da Previdência Complementar – CGPC; b) pelas entidades supervisoras: Banco Central – BC, Comissão de Valores Mobiliários - CVM, Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e Superintendência de Previdência Complementar; e c) pelos agentes operadores: as instituições financeiras.

Para o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (criado pelo chamado grupo dos 13), para regulamentar o mercado basta: a) exigência de capital mínimo requerido pelo Banco, eliminando risco, b) supervisão governamental e c) disciplina de mercado, com avaliação e transparência.

Observa-se que, com a nossa economia estável e forte (6ª mundial) e com nossa taxa de remuneração (juros) bancária como uma das maiores do mundo, nosso mercado bancário resta atraente, sendo que existe oligopólio de bancos comerciais de primeira linha operando no país.

Sobre o tema, papel normativo do Estado, pertinente a transcrição do comentário do jurista Tércio Sampaio Ferraz Jr (RDP 91-89; 77-8), *verbis*:

“(....)Em consequência, deve-se dizer, portanto, que o sentido do papel do Estado como agente normativo e regulamentador está delimitado, negativamente, pela livre iniciativa que não pode ser suprida. O Estado, ao agir, tem o dever de emitir a sua supressão. Positivamente, os limites das funções de fiscalização, estímulo e planejamento estão nos princípios da ordem, que são a sua condição de possibilidade(....). O primeiro dele é a soberania Nacional.

Nenhuma vontade pode se impor de fora do pacto constitucional, nem mesmo em nome de alguma racionalidade de eficiência, externa e titânica.

(...)Esses nove princípios não se contrapõem aos fundamentos da ordem, mas dão-lhes seu espaço relativo. Cumpre ao Estado assegurar os fundamentos a partir dos princípios. Não se pode, por isso, em nome de qualquer deles, eliminar a livre iniciativa nem desvalorizar o trabalho humano.

Fiscalizar, estimular, planejar, portanto, são funções a serviço dos fundamentos da ordem, conforme seus princípios. Jamais devem ser entendidos como funções que, supostamente em nome dos princípios, destruam seus fundamentos.”

Em síntese, a ordem econômica tem *status* constitucional relevante, cabendo ao poder público, em suas respectivas esferas, o dever de fiscalizar, incentivar e planejar, mantendo uma política econômica, numa economia de mercado, com norma incriminadora, adiante comentada, para a proteção do inabalável sistema financeiro.

LEI 7.492/86. ASPECTOS.

No Brasil, já se registrou algumas escandalosas quebraadeiras no sistema financeiro, com as seguintes intervenções mais notórias: Grupo Halles (1974), Grupo Ipiranga (1975), Grupo Lume (1976), Tieppo S.A. Corretora de Câmbio e Título (1980), Grupo Delfim (1983), Coroa Brastel (1983), Haspa e Letra – caderneta de poupança (1984), Grupo Sulbrasileiro (1985), Grupo Habitasul (1985), Brasilinvest (1985) e bancos Comind, Auxiliar e Maissonave (1985).

No ano de 1986, em novo regime governamental não militar, no começo de tentativas de melhoras da economia por implantação de planos econômicos, em um período em que se dizia que o País estava sem legislação suficiente, antes da última reforma constitucional, editou-se a Lei 7.492, de 16.06.1986, criminalizando várias condutas praticadas no mercado financeiro.

E isso com penas de reclusão, em distanciamento, sem critérios, do mínimo ao máximo que chegam de 01 a 12 anos, prevendo-se, dentre “*outras providências*”, delação premiada, além de prisão cautelar (preventiva).

Apelidou-se a nova ordem legislativa como uma das Leis de *Colarinho Branco* (*White-collar crime*), expressão criada pelo falecido norte americano Edwin H. Sutherland (PhD em sociologia, pela universidade de Chicago, em 1913).

O bem jurídico tutelado é a proteção do sistema financeiro como um todo.

Como é crime contra o Sistema Nacional, a competência judiciária para processamento do mesmo é da Justiça Federal, mormente a própria previsão da lei que cita o Ministério Público Federal – MPF; já existindo no Estado de São Paulo e Santa Catarina varas especializadas.

O sujeito ativo é o próprio, prevendo-se os dirigentes elencados taxativamente na própria legislação (art. 25) como a própria pessoa jurídica. O sujeito passivo é o Estado.

O elemento subjetivo do tipo penal é o dolo (comissivo e omissivo).

Entende-se que cabe a tentativa, por ser crime de mera conduta, de perigo abstrato.

São 35 (trinta e cinco) artigos, com 03 (três) tópicos de organização, sendo que o projeto de lei sofreu vários vetos presidenciais, restando 33 (trinta e três) dispositivos.

O legislador ordinário trouxe, primeiramente, o conceito de instituição financeira, bem como rol taxativo de agentes operadores responsáveis. E quis tipificar várias condutas praticadas no mercado financeiro, como fraude, apropriação a título mobiliário.

Tratou sobre documentos contábeis, operações, desvios, além de cuidar, timidamente, de alguns procedimentos processuais especiais. Tudo visando à proteção do sistema.

Mas tal pretensão esbarra na dificuldade de enquadramento dos tipos penais, principalmente pelas complexas, sofisticadas e dinâmicas transações financeiras⁵, macroeconômicas, com dúvidas aferições e percepções subjetivas.

⁵ *“O mundo é um lugar complicado demais e os instrumentos econômicos são insuficientemente precisos para a análise econômica levar à determinação definitiva da existência, ou inexistência, de um acordo colusivo”* (Gregory J. Werden, *Antitrust Law Journal*, vol. 71, 2004, p. 788).

“A democracia econômica ‘pura’ é exatamente o sistema de Mercado. Neste todos participam livremente, e da interação dessa participação, pelo jogo da oferta e da procura, resulta a vontade geral econômica: a decisão do mercado.(...); o sistema de mercado é inegavelmente o único sistema não-autoritário de regulação da economia (melhor, é sistema de auto-regulação da economia)” - (Manoel Gonçalves Ferreira F., in *Direito Constitucional e Econômico*, Ed. Saraiva, 1990, p. 30).

“Torna-se patente que a economia prevista pela constituição não é uma economia centralizada, comandada pelo Estado, mas uma economia descentralizada” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, apud CF interp.: Alexandre de Moraes, 2ª ed., Ed. Atlas, SP, 2003, p. 1.851).

“A análise de defesa da concorrência não pode ser estática, limitando-se à estrutura corrente do mercado relevante, devendo ser prospectiva de forma a considerar não apenas as mudanças recentes como ainda as que estejam em andamento, sob pena de as participações de mercado se comprovarem subestimadas ou superestimadas na

Isso leva a algumas imperfeições para a aplicação da referida legislação, mormente o nosso sistema ser o acusatório (não inquisitório), frente às garantias individuais, onde se embute a segurança jurídica, sem falar na razoabilidade e na proporcionalidade, criando até no agente financeiro erro de proibição.

Reflexão à parte, criminologia à parte, numa política criminal, há quem sustente que esse tipo de delito se resolveria com pesadas intervenções e punições somente no campo administrativo e civil (restituições, multas, cancelamentos). Mas não na necessidade de invocação no campo penal⁶ (*ultima ratio*), com pesadas reclusões, mormente a precariedade do nosso sistema carcerário⁷.

Tudo levando em consideração que a liberdade é o maior bem jurídico do homem, após a vida, e em homenagem ao princípio da intervenção penal mínima, da taxatividade, da legalidade e da livre iniciativa.

E se relativizando a utilização do direito penal como controle social e o chamado direito penal do inimigo, do direito penal simbólico, mormente que o Brasil adota a teoria da pena na sua função mista (prevenção, punição com ressocialização, sendo este a prevenção positiva).

Todavia, visa-se, intenciona-se, com a criminalização, repudiar, prevenir e punir condutas nocivas ao sistema financeiro (bem tutelado), primordial para o desenvolvimento econômico de qualquer nação e a manutenção da poupança doméstica.

concepção do futuro próximo.” (CADE/MJ, rel. Cons. Mércio Felshy, AC 34/95, j. 30.09.98, DOU 30.10.98, repdo: laboratórios Frumtost S/A).

⁶ “*Todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações produtivas*” (sociólogos RUSCHE e KIRSCHNER, *in Punição e Estrutura social*, 1939).

“*O comportamento desviante é aqueles que as pessoas rotulam como tal*” (BECKER)

⁷ “*Era o primeiro dia na cadeia de um grande financista que deu um golpe milionário no mercado. Estava nervoso. Quando viu o seu companheiro de cela com cara de psicótico ficou ainda mais nervoso.*

- *Calma, meu amigo – disse o companheiro de cela – eu também estou aqui por crime de colarinho branco.*

- *Graças a Deus – acalmou-se o financista – O que você fez?*
- *Assassinei um padre!*” (do site: www.orapois.com.br, com a devida venia).

Mas isso, a qualquer custo, em uma dogmática penal, acaba é por tornar ineficaz a efetiva aplicação da referida legislação, ante o abalo que traz ao pensamento garantista, que exorciza tipos penais em aberto, abstratos e imprecisos⁸, como alguns que veremos a seguir, além das repudiadas e chamadas normas de mera conduta, em crime de perigo abstrato.

Sobre o tema, assevera NUCCI:

“As condutas típicas devem ser suficientemente claras e bem elaboradas. (...) A construção de tipo penal incriminadoras, dúbias e reflexo de termos valorativos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da liberdade do indivíduo” (Guilherme Nucci, in CP coment., RT, 2005, SP, 5ª ed., p. 57).

Do prof. Celso Delmanto:

“As leis que definem crimes devem ser precisas, marcando exatamente a conduta que objetivam punir. Assim, em nome do princípio da legalidade, não podem ser aceitas leis vagas ou imprecisas, que não deixam perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar. Por outro lado, ao juiz que vai aplicar leis penais é proibido emprego da analogia ou de interpretação extensiva para incriminar algum fato ou tornar mais severa a sua punição. As eventuais falhas da lei incriminadora não podem ser preenchidas pelo juiz, pois é vedado a este completar o trabalho do legislador, para punir fato ou tornar mais severa a sua punição. As eventuais falhas da lei incriminadora não podem ser preenchidas pelo juiz, pois é vedado a este completar o trabalho do legislador, para punir alguém”.

Sobre direitos fundamentais do cidadão, assevera o eminente ministro Gilmar Mendes (STF, trecho do voto no HC 91435/BA, 2ª T., DJ 15.05.08):

“A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do

⁸ Quereis prevenir delitos? Fazei com que as leis sejam claras e simples” ([Cesare Beccaria](#)).

constituente de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5o), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.”

Diz mais:

“O estado absolutista e os modelos construídos segundo esse sistema (ditaduras militares, estados fascistas, os sistemas do chamado ‘centralismo democrático’) não se mostram aptos a resolver essa questão.

Segundo ressalta Kriele:

‘(...) A Inglaterra garantiu os direitos humanos sem necessidade de uma constituição escrita. Por outro lado, um catálogo constitucional de direitos fundamentais é perfeitamente compatível com o absolutismo, com a ditadura e com o totalitarismo. Assim, por exemplo, o art. 127 da Constituição soviética de 1936 garante a ‘inviolabilidade da pessoa’. Isso não impediu que o terror stalinista tivesse alcançado em 1937 seu ponto culminante. A constituição não pode impedir o terror, quando está subordinada ao princípio de soberania, em vez de garantir as condições institucionais da rule of law. O mencionado artigo da Constituição da União Soviética diz, mas adiante, que ‘a detenção requer o consentimento do fiscal do Estado’. Esta fórmula não é uma cláusula de defesa, mas tão-somente uma autorização ao fiscal do Estado para proceder à detenção. Os fiscais foram nomeados conforme o critério político e realizaram ajustes ao princípio da oportunidade política, e, para maior legitimidade, estavam obrigados a respeitar as instruções. Todos

os aspectos do princípio de habeas corpus ficaram de lado, tais como as condições legais estritas para a procedência da detenção, a competência decisória de juízes legais independentes, o direito ao interrogatório por parte do juiz dentro de prazo razoável, etc. Nestas condições, a proclamação da 'inviolabilidade da pessoa' não tinha nenhuma importância prática. Os direitos humanos aparentes não constituem uma defesa contra o Arquipélago Gulag; ao contrário, servem para uma legitimação velada do princípio da soberania: o Estado tem o total poder de disposição sobre os homens, mas isto em nome dos direitos humanos. (Kriele, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado*. cit., p. 160-161)

A solução do dilema – diz Kriele – consiste no fato de que o Estado incorpora, em certo sentido, a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder, ao definir-se o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos. Todavia, adverte Kriele, 'sem divisão de poderes e em especial sem independência judicial isto não passará de uma declaração de intenções'. É que, explicita Kriele, 'os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado na entrada em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos'. (KRIELE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado*, cit. p.150)

Nessa linha ainda expressiva a conclusão de Kriele:

'Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a potestas desnuda, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo status jurídico seja respeitado pelo titular da competência.

Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição (g.n)'. KRIELE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado*, cit. p. 159-160".

Discorre na conclusão do seu brilhante voto:

“Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais e, especialmente os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo”.

Mas, em contrapartida, também é certo que como o direito é dinâmico, não se observa e prioriza mais, nos direitos fundamentais, somente a liberdade, a vida, a propriedade e os direitos políticos, com a utilização do direito penal principalmente para essas agressões, na visão do homem comum.

Esses são os chamados direitos fundamentais de 1ª dimensão.

Com o tempo, porém, vem se evoluindo cada vez mais o leque de categorias desses direitos. Posteriormente, homenagearam-se os direitos sociais (2ª dimensão), como trabalho, saúde, previdência social, que ganharam proteção constitucional.

E hoje se abrange e preceitua os chamados direitos difusos (3ª dimensão), de todos, tais como direito ao progresso, ao meio ambiente, defesa do consumidor, à paz, etc.

Todos ganhando, pelo legislador ordinário, com o intuito de proteção, resalvas e punições penais pela sua afronta, a tal ponto de até se ressuscitar a responsabilidade objetiva em leque de previsão de agentes responsáveis.

Não se deixou, assim, de fora a proteção ao sistema financeiro, como bem jurídico relevante a ser tutelado, em que pese o homem leigo ainda atrelar punição penal à violação aos direitos de 1ª dimensão e sem embargos do que pese a reflexão sobre a necessidade e a efetiva ressocialização com a pena carcerária (reclusão).

É o direito de estar embutido numa ordem econômica forte e confiante, para que daí se possam exercer os demais direitos e garantias constitucionais, tudo em homenagem, tudo gerando em torno da dignidade da pessoa humana e para a realização dos princípios da justiça social.

GESTÃO FRAUDULENTA E TEMERÁRIA.

Estabelece o art. 4º da Lei 7.492/86:

“Gerir fraudulentamente instituição financeira. Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo Único. Se a gestão é temerária: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

O que se tinha de previsão legislativa parecida era na Lei da Economia Popular (art. 3º-IX, Lei nº 1.521/51).

Na recomendável boa técnica legislativa, exige-se a definição, o conceito preciso e claro dos tipos penais⁹, por tratar-se do maior bem jurídico do indivíduo após a vida, isto é, a liberdade humana, em prol do princípio da taxatividade, da legalidade e do Estado de Direito, onde se embute o devido processo legal.

Pertinente que se vá além da mera enunciação do crime, tratando da demonstração eficaz e abrangente dos seus elementos constitutivos e descritivos, detalhando a conduta, para que se compreenda com perfeição o conteúdo e sentido penal, para não dar margem à hermenêutica redacional, com valoração subjetiva, em prol da segurança jurídica.

Ora, não se consegue observar, com esse seco tipo penal alhures, complementos no próprio ordenamento jurídico, um normativo empírico como definição do elemento, terminologia, quer no sentido jurídico, moral ou cultural do ato de gestão, dificultando o enquadramento de uma conduta ao conteúdo da lei penal.

E deixar essa árdua tarefa para a doutrina jurídica, que não é elemento de integração normativa, apesar de ser apontado como fonte de direito, traz severas

⁹ “Em direito penal, o princípio da reserva legal exige que os textos legais sejam interpretados sem ampliações ou equiparações por analogia, salvo quando *in bonam partem*. Ainda vige o aforismo *poenalia sunt restringenda*, ou seja, interpretam-se estritamente as disposições cominadoras de penal” (TACRIM-SP, AC, Rel. Adauto Suannes – RT 594/355).

“O tipo, que é sempre garantia, a partir do princípio da reserva legal, não pode ser distendido, ao gosto do intérprete, para cobrir hipóteses não contidas (TACRIM-SP – Rec – Rel. Régio Barbosa – RT 669/330).

controvérsias na aplicação da mencionada lei. Na mesma esteira segue a utilização do senso comum.

Alguns entendem que a temeridade está em gerir habitualmente de forma arriscada, arrojada (elemento normativo). Mas gestão ousada para um empresário é um ato empreendedor positivo, onde o risco gera mais lucros, não sendo o conceito para justificar um crime. Idem para um agente financeiro, de mercado, que resta de “braços engessados”.

A gestão fraudulenta também é um crime próprio, formal, podendo haver o concurso material ou formal, tendo como elemento subjetivo do tipo penal o dolo, e como elemento normativo a fraude, o artifício, o meio artil.

E não se admite a tentativa, ante se exigir a caracterização pela habitualidade, tornando, assim, essa modalidade complexa.

Vejamos a seguir mais entendimentos doutrinários.

Discorrendo sobre o tipo penal mencionado, colhe-se a opinião de Sebastião de Oliveira Lima e Carlos Augusto Tosta de Lima (Ob. Cit. p. 25), de que:

“Gerir: significa dirigir, administrar, comandar, governar. A grande discussão existente a respeito do conceito de gestão reside em fixar-se qual é o tempo em que o administrador deve exercer sua atividade para tê-la com gestão. Na doutrina, as opiniões divergem. Rodolfo Tigre Maia defende o entendimento de ser este um delito habitual impróprio ou acidentalmente habitual, ‘em que uma única ação tem relevância para configurar o tipo, inobstante sua reiteração não configure pluralidade de crimes’”.

Esse pensamento, contudo, não é partilhado por Antonio Carlos Rodrigues da Silva, que assim pontifica:

“O referido núcleo, gerir, é predicado verbal de natureza habitual, evidenciando condutas reiterativas, repetitivas no tempo e no espaço. Gerir significando administrar, reger e governar não se consuma com apenas um ato de gestão, de gerência, de administração ou de governo, exige, necessariamente, uma sucessão de atos

apreciáveis num determinado contexto de lapso temporal.”

Filiando-se ao mesmo entendimento, põe-se o professor Heleno Fragoso, mestre de todos nós:

“Trata-se de gerir sociedade. Essa e basicamente a conduta que corresponde ao núcleo do tipo. Gerir é atividade continuada, pressupondo habitualidade. Um ato isolado não constitui gestão. Uma fraude isolada não será nunca uma gestão fraudulenta, mas, apenas, eventualmente, um estelionato. Gestão fraudulenta só pode ser atividade continuada e habitual que envolva artifícios, ardis e ou estratégias enganosas, para induzir em erros outros membros da sociedade, os fornecedores ou os consumidores clientes”.

Interessante, também, é o entendimento do seguinte julgado do TRF-1ª, sobre a atipicidade nesses crimes, e sobre a questão de se seguir normas bancárias, sem embargos que para a caracterização deve ser abalado todo o sistema financeiro nacional:

“PENAL – CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 4º DA LEI 7.492/86 (...)– ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. A Lei 7.492/86 define crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, pelo que o bem jurídico tutelado de imediato não é instituição em si, mas o conjunto de instituições financeiras cuja função é ‘promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade’, conforme previsão do art. 192 da Constituição Federal.

2. A gestão temerária é punida não pelo risco que representa para a própria instituição, mas pela interferência nociva que tem no sistema financeiro, não se enquadrando na figura penal a má condução dos negócios da instituição ou a inoperância ou incompetência de seus administradores, exceto quando afetarem a normalidade do mercado financeiro e que tenham eles agido com dolo.

(...)

4. A concessão de empréstimos sem a necessária cautela ou em desacordo com as normas internas da instituição, mesmo que deles tenha ocorrido prejuízo, situa-se no campo da falta trabalhista, sem repercussão no campo penal.

Apelação que se dá provimento”

(TRF-1ªR., ACR 1998.01.00.014560-5/DF, 3ª T., rel. Des. Osmar Tognolo, DJU 30/9/99).

Na mesma esteira, alerta o julgado da mesma turma do mesmo TRF-1ª (ACR 2001.32.00.010253-9/AM, 3ª T., rel. Tourinho Neto, DJ 13.02.09), no sentido da interpretação restrita a esse tipo (gestão), não se punindo péssima gestão, só as más intenções, sendo esses atos de gestão: “(...)típicos do mercado financeiro e da atividade bancária, que muitas vezes exige arrojo da diretoria da instituição, sem que, necessariamente, importem desejo de geri-la de forma temerária”.

E colhe-se do seguinte julgado:

“Penal – Crime Contra o Sistema Financeiro Nacional”. Gestão Temerária de Instituição Financeira – Parágrafo Único do art. 4º da Lei 7.492/86 – Ocorrência – Empréstimos Concedidos por Gerente com Limitados Poderes de Gestão – Atipicidade de Conduta.

1. A Lei 7.492/86 define crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, pelo que o bem jurídico tutelado de imediato não é a instituição em si, mas o conjunto das instituições financeiras cuja função é “promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade”, conforme previsão do art. 192 da Constituição Federal.

2. A gestão temerária é punida não pelo risco que representa para a própria instituição, mas pela interferência nociva que tem no sistema financeiro, não se enquadrando na figura penal a má condução dos negócios da instituição ou a inoperância ou incompetência de seus administradores, exceto quando afetarem a normalidade do mercado financeiro e que tenham eles agido com dolo.

4. Trf1 Apelação que se dá provimento.” (ACR 1998.01.00.014560 -5/DF, Rel. Juiz Osmar Tognolo, 3ª Turma, julgado em 30.09.99, DJ pág. 97) – (g.n.).

I. Se os fatos narrados na denúncia descrevem negligência, imprudência e imperícia, e o tipo penal de gestão temerária refere-se a crime comissivo doloso, não prevendo a forma culposa, inexistente crime a priori, sendo inepta a exordial acusatória.

II. “A expressão temerária significa que a gestão criminalmente relevante deve implicar necessariamente num liame subjetivo entre a conduta do paciente e o resultado danoso – o que não restou demonstrado in casu.” (STJ, RHC 7982/RJ 29.11/1999, p. 176). (Apud in “Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, de José Carlos Tortima, 2ª edição, Lúmen Júris, p.41).

José Carlos Tortima (*in* Crimes Contra o Sistema Financeiro, 2ª edição, Lumem Júris, pág.35/37), salienta *verbis*:

“Saliente-se, por último, que o risco, dentro de limites razoáveis, é ínsito à atividade negocial, sobretudo no terreno em que operam as instituições financeiras.”

“Adotadas as cautelas devidas para a consecução de determinados fins lícitos (v.g. maior retorno financeiro em aplicação de renda variável), eventuais conseqüências adversas estariam no espectro do chamado risco permitido, reconhecido pela doutrina, nos delitos negligentes, como causa de exclusão do tipo do injusto, de vez que o que exclui a responsabilidade nesses casos não é que a atividade perigosa, em si, esteja permitida, mas que está permitida na medida em que se realiza com a diligência devida, isto é, sem culpa (Cf. Munoz Conde, ob. Cit. p. 119). Ora, se o agente autuou sem culpa, com maior razão não teria agido com dolo eventual, modalidade subjetiva do tipo penal em análise”.

“Embora sendo a gestão temerária delito de perigo, deve-se afastar a concepção que entende tratar-se de crime de perigo abstrato, pois, com o maior cuidado, é necessária a fixação de fronteiras à cláusula genérica “gestão temerária”, tornando minimamente segura a redação típica, colocando balizas de referência para o aplicador da lei para compreensão dos membros da comunhão social. Trata-se, portanto, de crime de perigo concreto”.

Há ainda quem sustente ser a gestão temerária crime de dano, a partir de análise sistemática da norma em questão, quando em cotejo com disposições da Lei nº. 6.024/74 (Intervenção e Liquidação das Instituições Financeiras)”.

Nesse sentido, vejamos as eloquentes palavras de Roberto Podval:

“(...) O raciocínio lógico leva á seguinte conclusão: um fato que a lei penal pune com sanções bastante severas pode para a administração, ser, mais do que indiferente, absolutamente regular. Estamos diante de uma completa inversão de valores, já que a Lei Penal, considerada como ultima ratio, está sendo aplicada para condutas toleradas em outras esferas do direito.

Essa situação torna obrigatório questionar-se a efetiva necessidade do prejuízo causado, como condição de reconhecimento da prática do crime de gestão temerária. Tal raciocínio merece ser melhor esmiuçado.

Em não havendo na legislação penal descrição do que venha a ser gestão temerária, necessário se faz buscar tal conceito em outro ramo do direito, já que não é possível ao julgador, por seu próprio discernimento, construir tal definição. Dessa forma, para que se torne possível a aplicação da norma em questão, é imprescindível interpretar-se o art. 4º da Lei nº. 7.492/86 à luz do artigo 2º, inciso I, da Lei nº. 6.024, que exige a concretização do prejuízo decorrente da má administração, para a configuração da conduta criminosa. Com isso, aqueles que optaram por “salvar” a norma, ao invés de declará-la inconstitucional (inconstitucionalidade que deve ser reconhecida pelo aplicador do direito no caso concreto), terão de vincular a gestão temerária ao efetivo prejuízo, com o que, a conduta punível se converte em crime de dano.”

Consideremos os demais quesitos relativos à pensável investigação da tipologia do delito de gestão, pois não há crime sem tipo (*nullum crimen sine tippo*).

Sobre o tema, assinala Juliano Breda (*In Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86 – Ed. Renovar, 2002, p. 50*), *verbis*:

“(...)pode-se sustentar, sem grandes preocupações, que o legislador penal, atendendo a esses fundamentos inscritos na CF, não poderá de maneira nenhuma tipificar como crime contra o sistema financeiro nacional condutas que não violem o desenvolvimento equilibrado do País e os interesses da coletividade”.

“A idéia de prejuízo e falência liga-se mais ao crime tipificado no parágrafo único do art. 4º: gestão temerária de instituição financeira (...)”.

Também, em sede de doutrina e jurisprudência, principalmente depois da vigência da atual Constituição Federal de 1988, não é mais possível fazer uma interpretação fechada do ordenamento jurídico. Faz necessário que o hermeneuta entenda e aplique a norma sistematicamente.

Assim, por meio de interpretação sistemática do Direito Penal, no tocante aos crimes de perigo, a única posição que parece razoável é a que não devem existir crimes de perigo abstrato, ou seja, todo crime de perigo é de perigo concreto e precisa de comprovação da ameaça de lesão.

Nesse sentido, aliás, é a orientação do Superior Tribunal de Justiça - STJ, como nos dá notícia o seguinte julgado, objeto de Acórdão relatado pelo saudoso ministro Vicente Cernicchiaro:

“A infração penal não e só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente renegando os crimes de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trazer, pelo menos probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico.(...) A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica” (CF. STJ, REsp. 34.322 -0- RS, 6ª T., Rel. Vicente Cernicchiaro, j. 1.6.93, v.u., DJU de 2.8.93, p. 14.295).

Para Wunerlich, 2003:

“O conceito de perigo é também um conceito normativo de cunho emocional. E falamos de fundo

emocional visto que o conceito de perigo, apesar de baseado num cálculo de probabilidade e, portanto, fruto de um procedimento intelectualístico, suscita sempre um sentimento de temor e de angústia, evoca uma reação instintiva que nasce em todos nós quando estamos ameaçados por um mal, pela provável verificação de um evento que atinge a esfera de nossos interesses vitais.”

Antônio Sebastião de Oliveira Lima e Carlos Augusto Tosta de Lima (*In Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, ed. Atlas, 2003, pp. 21/ 32), em seu turno, salientam que:

“Materialidade: a conduta típica penalizada pela cabeça do artigo é a gerência fraudulenta de instituição financeira, enquanto a do parágrafo único e a gestão temerária”. O tipo penal em questão e dos chamados abertos, isto é, aquele que o legislador não limita a conduta criminalizada, “que deve ficar a cargo da integração da norma jurídica a abeberar-se na tipicidade, doutrina e jurisprudência dos crimes pretéritos”.

Manoel Pedro Pimentel, ao comentar a figura típica ora em estudo, assim se manifesta:

“Agora, com a redação extremamente genérica do art. 4º e do seu parágrafo único, torna-se demasiadamente subjetiva a pesquisa dos elementos do delito”.

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

Por sua vez, a eminente Magistrada do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, Sylvia Steiner, ao apreciar o HC 96.03.77760-9, assim se manifestou:

“Na mesma linha assentou-se o entendimento do eminente Ministro Ilmar Galvão. Em nosso entender, expressado no referido artigo, reconhecimento de conduta típica, penalmente relevante, não poderia ser fruto de criação doutrinária, nem do chamado senso comum. A moderna doutrina penal tem apontado suas lanças contra a proliferação dos chamados ‘tipos abertos’, cláusulas gerais’, ‘tipos indeterminados’, já que a garantia da reserva legal é a garantia do cidadão, que tem no princípio da estrita legalidade a segurança contra a discricionariedade do Estado julgador. Do memorável voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio extraímos que a definição (de crime não se limita à simples referência ao nome jurídico de um certo acontecimento. É preciso que a lei contenha a descrição dos fatos que o revelam, sob pena de cair no vazio o citado princípio).”

E, finalizando esse tópico, assinalam os referidos autores Sebastião e Carlos (ob. cit. pág. 27), *in verbis*:

“Colocamo-nos ao lado dos que entendem que o delito somente se perfaz quando a conduta é **repetitiva, ocorrendo com habitualidade**. Com efeito, a palavra gestão designa sempre um espaço de tempo em que o administrador dirige determinado organismo. Assim, quando dizemos que uma pessoa teve uma ótima ou péssima gestão, estamos referindo-nos a todo o período em que exerceu tal mister e não apenas um ou alguns atos por ela praticados. Em regra, gestão abrange todo o período em que alguém administrou determinada entidade, espaço de tempo esse previsto em lei ou no estatuto da empresa. Um ato isolado, ainda que fraudulento

“ou temerário, não constitui uma gestão, e pode ter sido inclusive como estelionato, mas jamais uma gestão fraudulenta ou temerária”. Assinale-se, ainda, que o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa registra a locução gestão social como sendo o “período de administração de uma sociedade, ou seja, todo o tempo em que o administrador exerceu sua atividade.”.

Vejamos o seguinte julgador orientador:

“PENAL”. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. I – omissis;

II – Para se aferir a gestão do administrador da instituição financeira é necessária a análise do conjunto dos atos praticados, dentro de um razoável período de tempo sendo, pois, insuficiente à análise de um ato isolado para se caracterizar a gestão como sendo temerária” (TRF/3ª Região – HC 98.03.03.042515-3, Rel. Dês. Aricê Amaral, j. 17—11- 1998) (ob. Cit., p. 26).

Para evidenciarmos o tipo dessa norma, convém a transcrição dos ensinamentos doutrinários de Paulo José da Costa Jr (Ob. Cit., p. 76 e 84), no sentido *verbis*:

“Por gestão fraudulenta deve entender-se todo ato de direção, administração ou gerência, voluntariamente consciente, que traduza manobras ilícitas, com emprego de fraudes, ardis e enganoso.(...)”.

Exige-se a comprovação da materialidade, através da prova documental.

Elemento subjetivo. O crime é doloso. Assim, o sujeito agente deverá ter a consciência de estar gerindo a instituição financeira fraudulentamente. Não foi prevista a modalidade culposa.

.....

Desviar é afastar, mudar o lugar ou a posição.”

Também Paulo José da Costa Jr, M. Elizabeth Queijo e Charles M. Machado (*In Crimes de Colarinho Branco*, Ed. Saraiva, p. 79), por sua vez, asseveram:

“A lei não define o que seja a gestão temerária. O tipo é por demais aberto. Não apresenta ele a descrição da conduta incriminada. Seria mister que o legislador indicasse, no texto normativo, quais os comportamentos humanos que caracterizam a gestão temerária. Não constando tal descrição, viola-se o princípio da taxatividade do tipo pela, pondo em risco a segurança do direito”.

Do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF/1ª – acolhido, recentemente, pela Terceira Seção, do Eg. Superior Tribunal de Justiça – STJ (RESP 1.112.748-TO, rel. Min. Felix Fischer, j. 09.09.2009):

“2. Não cabe mais ao direito penal somente o tradicional juízo lógico-formal de adequação das condutas típicas, devendo o Magistrado analisar, concomitantemente, o aspecto material da conduta, para verificar se há produção ou incremento de riscos proibidos relevantes”.

E sobre nexos de causalidade na omissão, anota Damásio E. de Jesus (*in Código Penal Anotado*, Ed. Saraiva, SP, p. 31):

“Não há nexos causal material nos delitos omissivos. Não se fala em nexos causal objetivo nos crimes omissivos, já que do nada nada surge. No sentido do texto: STF, RHC 63,428, RTJ, 116:177. É incorreta a afirmação de que a omissão produz o resultado, visto que no plano físico existem apenas ações.(...)”.

E ensina Juarez Santos:

“Separar conhecimento do injusto e conhecimento da lei para atribuir relevância ao desconhecimento do injusto penal e irrelevância ao desconhecimento da lei penal, é ignorar que o injusto penal só pode existir como injusto tipificado na lei, hoje generalizado sob o conceito de tipo de injusto que, por força do princípio da legalidade aparece na lei penal sob a forma de tipo legal (ou tipo penal), como descrição do comportamento proibido; precisamente porque injusto penal e lei penal representam, respectivamente, as dimensões concretas e abstratas das proibições ou comandos do direito penal; é possível, no direito penal comum, ter ou atingir o conhecimento da lei através do conhecimento do injusto, mas no direito penal especial é, freqüentemente, impossível ter ou atingir o conhecimento do injusto, exceto através do conhecimento da lei penal.” (*Juarez Cirino dos Santos, A Moderna Teoria do Fato Punível, Freitas Bastos, p. 245*).

Reflete, por fim, CHIAVENATO (1996, p. 48), sobre a aplicação penal em um mundo comercial, global e célere do cotidiano - que resta, como sustenta, engessado e asfixiado pelo devagar Estado:

“o modelo burocrático é ideal para ambientes estáveis e com poucas mudanças e alta previsibilidade (...)”

Hoje, quando o mundo ficou menor, uma espécie de aldeia global, devido à intensidade das comunicações e dos transportes, à sofisticação da tecnologia e à globalização da economia, as mudanças se aceleraram com notável rapidez e descontinuidade, a ponto de se tornarem muito rápidas e imprevisíveis. O ambiente empresarial tornou-se mutável, dinâmico, imprevisível e turbulento. E o modelo burocrático, em vez de impulsionar as empresas em seus negócios, passou a funcionar como uma camisa de força a bloquear e impedir o ajustamento às mudanças ambientais. O objetivo básico do modelo burocrático é impor ordem, orientação, disciplina e manutenção do status quo, razão pela qual suas normas e seus regulamentos são eminentemente controladores, conservadores e restritivos. A burocracia apresenta fortes características de rigidez e inflexibilidade, aspectos que se opõem profundamente à natureza mutável e cambiante do ambiente em que no dias de hoje ela deve operar e funcionar. O resultado é uma organização arcaica, ultrapassada e obsoleta em um ambiente que exige adaptação, criatividade e inovação”.

Destarte, patente a imperfeição legislativa, culminando na dificuldade que se impõe na aplicação da legislação penal pelo Estado-juiz, que não pode substituir a tarefa do parlamento, ante o repudiado tipo aberto, abstrato e indefinido¹⁰, eivado de inconstitucional norma de mera conduta (crime de perigo abstrato).

¹⁰ “O tipo penal constitui importante mecanismo de garantia do acusado. Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia *in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da ‘cola eletrônica’, a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito” (voto min. Gilmar Mendes, STF, Inq 1.145, j. 19.12.06, plenário, DJE 04.04.08).

AGENTES. RESPONSABILIDADE PENAL.

Outra imperfeição legislativa consiste na repudiada taxatividade dos agentes responsáveis criminalmente, que elenca o artigo 25, da Lei 7.492, apontando para a estrutura bancária hierárquica, ressuscitando a inconstitucional responsabilidade penal objetiva, malferindo o preceito do *nullum crimen sine culpa*.

Para o prof. Rodrigo Tigre Maia (*in Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, Ed. Malheiros, SP, 1999, pp. 143-4), sobre o art. 25 da lei em comento, no sentido de que o legislador: “(...)procurou, de certo modo, enfrentar a problemática de fixação da autoria nos crimes societários, explicitando os destinatários precípuos da responsabilidade penal no cometimento de ilícitos contra o sistema financeiro”.

Citando obra do jurista Munõz Conde, salienta que o dispositivo legal tem por objetivo: “evitar lacunas indesejáveis de punibilidade”.

E assevera: “A razão do relativismo fundamental do dispositivo, todavia, deflui da rejeição de qualquer responsabilidade penal objetivamente fixada”.

De efeito, dispõe o art. 25¹¹ da Lei de Colarinho Branco:

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

§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico”.

E orienta o Eg. TRF-1ª:

“PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 4º, CAPUT, E ART. 5º. LEI 7.492/86. GESTÃO FRAUDULENTA E DESVIO DE VALORES. CONCURSO FORMAL. MATERIALIDADE A AUTORIA.(...)”

⁹“Para o exercício do controle hierarquico são necessárias as faculdades de supervisão, coordenação, fiscalização, aprovação, revisão e avocação das atividades controladas. É também fundamental que os agentes responsáveis pelo controle possuam meios corretivos dos desvios e irregularidades verificados.” (HELY LOPES MEIRELES).

4. No caso dos réus absolvidos, as provas regimentadas na instrução não permitem forma um juízo de certeza quanto às participações no evento criminoso, devendo ser-lhes reconhecida a dúvida (*in dubio pro reo*). O fato de terem integrado a alta cúpula da instituição bancária ao tempo do delito, por si só, não é atestado de uma suposta anuência e/ou condescendência com o proceder dos demais acusados. 5. Os indícios de autoria precisariam estar arrimados em outras provas que permitissem, em associação uns com as outras, convencer o magistrado da necessidade de sanção.”

(TRF-1, 3ª T., Rel. Des. Tourinho Neto, DJE 14.12.11).

Sobre o tema, pertinente a transcrição dos ensinamentos de Luz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Junior (*in Direito Penal na Constituição*, RT, 1990, p. 75-6):

“O Direito Penal moderno realça, cada vez mais, a importância da responsabilidade subjetiva, banindo categoricamente a responsabilidade objetiva. Os códigos mais modernos conferem roteiro seguro para ilustrar a afirmação: República da Alemanha, Áustria, Portugal e Espanha. Na Itália, o código Rocco de 1930 subscreverá a responsabilidade objetiva, nos termos do art. 42. Ao lado da responsabilidade por dolo ou culpa, ressaltará os casos de delitos pretorintencionais e a redação quanto às contravenções gerou séria divergência. A doutrina, não obstante antiga decisão da Corte Constitucional, de 1956, no sentido de a responsabilidade objetiva não ser contrastante com o art. 27 da Constituição, tem adotado postura contrária. Bettiol escreveu: o princípio da personalidade da responsabilidade penal importa também que o fato delituoso possa ser imputado a uma pessoa *ratione personae*, vale dizer, não sob a constatação de um nexó material e objetivo entre a ação e o evento lesivo (critério mecanicístico), mas com base em uma imputação humana, que deve poder resolver-se em juízo de reprovação. Tal juízo é excluído quando o feito é debitado apenas se em contraste com a letra e o espírito da Constituição, ainda que a Corte Constitucional não a haja declarado expressamente.

Entre nós, a conjugação dos princípios da reserva legal e da responsabilidade pessoal fornece

subsídio para demonstrar que a Constituição repele a responsabilidade pelo fato de outrem e a responsabilidade objetiva”.

Em comentário crítico à regra acima, responsabilidade penal objetiva, leciona Paulo José da Costa Jr, Professor titular de direito penal da USP (*in Crimes do Colarinho Branco*, Ed. Saraiva, SP, 2000, p. 151):

“Da leitura do art. 25 da mencionada Lei, extrai-se a responsabilidade das pessoas físicas que controlam ou administram a instituição financeira e não a responsabilidade penal das mencionadas instituições.”.

No mesmo sentido: Manoel Pedro Pimental (*in Crimes contra o sistema financeiro nacional*, SP, RT 1987/173).

Para Rodolfo Tigre Maia (*in Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, Ed. Malheiros, SP, 1996, p. 144) esse dispositivo consiste em: “mero indicativo, sem valor absoluto em matéria de imputação.”

Continua Paulo Costa Jr (Ob. Cit., p. 148):

“A adoção da responsabilidade penal pessoal foi fruto de longa evolução.(...)”

Sinteticamente, referido princípio significa que somente aquele que praticou o fato penalmente censurável poderá sofrer a pena. Em outras palavras: a pena não poderá passar da pessoa do condenado.(...)”

Mas não só. Agrega-se esse entendimento o princípio da culpabilidade. Para que se venha a imputar a alguém um delito, não basta o nexos material e objetivo entre a conduta e o evento. Será necessária ainda a relação psicológica entre o agente e o fato. Afasta-se, assim, pelo mesmo princípio, a responsabilidade penal objetiva.”

Mais: (p. 152/3):

“(…), mister que se verifique se aquele administrador, no exercício do cargo, contribuiu ou não para a infração penal.

Com isso evita-se o constante equívoco cometido nas chamadas ‘denúncias coletivas’, que indicam como acusados todos os integrantes da administração da instituição financeira ou todos os sócios, indistintamente. Tal procedimento, além de impedir o andamento adequado e eficiente da persecução penal, voltada realmente contra os prováveis autores do delito, conduz a constrangimento ilegal, mediante instauração de processos penais sem justa causa.(…), deverá indicar, ao menos, o nexu causal entre o comportamento do administrador e o crime que lhe é imputado e, ainda, indícios de culpabilidade, sob pena de adotar a responsabilidade objetiva, no plano penal, o que é inaceitável. Ser administrador de instituição financeira não é crime. Por isso, não basta que a denúncia indique como acusado alguém tão-só pelo fato de ter sido administrador de instituição financeira à época da infração penal”.

Pertinente, também, é a transcrição de trecho do voto do eminente ministro Hamilton Carvalhido (STJ, 6ª T., HC 9.031-SP, 6/9/99) sobre o tema:

“Tal interpretação, que vê no artigo 25 da Lei nº 7.492/86 uma norma de presunção absoluta de responsabilidade penal, __ readmite a proscria responsabilidade penal objetiva e é manifestamente infringente do direito penal em vigor, informado pelo princípio do nullum crimen sine culpa, que requisita, como pressuposto, já ao nível de conduta e, pois, da tipicidade, a efetiva prática ou a participação da e na ação criminosa(…)

Esta, a lição de Bettiol:

‘A responsabilidade penal é apenas responsabilidade de ação, pelo fato próprio, nunca pelo fato alheio’ (in Direito Penal, volume I, pág. 278, 1996).”

O acórdão do HC supra referido está assim ementado:

“DIREITO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. PRINCÍPIO NULLUM CRIMEN SINE CULPA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. A interpretação do artigo 25 da lei nº 7.492/86, que o vê como norma de presunção absoluta de responsabilidade penal, é infringente da Constituição da República e do direito penal em vigor, enquanto readmite a proscrita responsabilidade penal objetiva e infringe o princípio *nullum crimen sine culpa*.

2. Habeas Corpus concedido para trancar a ação penal”.

Em seu mister, sustenta Manoel Pedro da Silveira (*in Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, Ed. RT, 1992, p. 172): “a responsabilidade pelos crimes praticados em nome da sociedade se resolve na responsabilidade individual dos mandatários, uma vez comprovada sua participação nos fatos”.

Norteados por esse princípio, decidiu o TAC/MG que (HC 9.894, RJTAMG, 30:30): “O diretor-presidente de uma sociedade anônima não é responsável, em razão do cargo que ocupa, por práticas ilícitas do gerente de uma loja da empresa, pois inadmissível é a imputação a alguém de um evento criminoso sem o nexo de subjetividade”.

E define Paulo J. da Costa Jr (Ob. Cit., p. 83): “A bem da verdade, gerentes são os verdadeiros responsáveis pela instituição financeira. Seria irreal considerar como tais os meros gerentes executivos remunerados,(...)”.

Mister se faz trazer, também, as anotações de Damásio E. de Jesus sobre o conceito de concorrer (Ob. Cit., p. 104):

“Concorrer

Significa convergir para o mesmo ponto, cooperar, contribuir, ajudar a ter a mesma pretensão de outrem. O verbo expressa claramente a figurado do concurso, ato de se dirigirem muitas pessoas ao mesmo lugar ou fim. Concorrer para o crime aquele se realiza uma ação ou omissão sem a qual o evento não teria ocorrido.”

Dessa feita, não é de bom arbítrio embutir, numa norma penal, em requisito de culpabilidade, taxativamente, os sujeitos responsáveis pelo crime, em cargo hierárquico da instituição financeira, podendo provocar injustiça, culminando na repudiada responsabilidade objetiva, afrontando até a presunção de inocência.

CONCLUSÃO.

O sistema econômico e financeiro é de interesse público, difuso. Algumas deformações no capitalismo financeiro, que levaram a perdas de capitais, fizeram urgir a necessidade de proteção do sistema financeiro, realizado pelo poder público, via positivação para punições aos abalos causados por agentes financeiros.

Nossa economia é de mercado, cabendo ao Estado fiscalizar, incentivar e planejar esse sistema, visando sua proteção (bem tutelado) contra abusos cometidos.

Os aspectos do sistema financeiro nacional consistem na organização do mercado, na regularização dos seus instrumentos, na confiança exigida do mesmo e na segurança dos negócios.

Os bens jurídicos, fundamentalmente protegidos, são o patrimônio individual e a ordem econômica.

Tentou-se impor, a qualquer custo, um rigor legislativo, merecedor de reforma, criando tipos penais abertos e imperfeitos na norma incriminadora contra a ordem econômica, além de prever a banida responsabilidade objetiva, afrontando-se garantias constitucionais, direitos fundamentais.

Paulo José da Costa Junior (*in Crimes do Colarinho Branco*, p. 60) registra a inoperância e a defasagem dos instrumentos de controle e punição do sistema financeiro, ante a falta de estrutura dos nossos órgãos fiscalizadores, com a falta de um controle preventivo e repressivo, apontando que, nos últimos 05 (cinco) anos, 188 instituições financeiras sofreram liquidação ou intervenção extrajudicial, aparecendo um passivo a descoberto no valor de 75,5 bilhões de reais.

A subprocuradora-geral da República Ela Wiecko V. de Castilho (*in O Controle Penal nos Crimes contra o SFN*, 1998, p. 21) traz pesquisa demonstrando que, de 1987 a 1995, de 1.089 Inquéritos Policiais Federais instaurados, com base na Lei 7.492, só apareciam nos anais do Banco Central 682 casos, ou seja, somente 62,90% (por cento) das supostas infrações contra a ordem econômica foram selecionadas e autuadas como crime pelo referido órgão fiscalizador.

Mencionado estudo culminou em sua tese de doutorado, com a conclusão sobre o tipo penal de gestão fraudulenta e temerária, no sentido que o Ministério Público Federal faz uma seleção por três mecanismos: morosidade, desaparelhamento e desqualificação da conduta através de errada hermenêutica de fatos ou das normas jurídicas.

Referida autora sustenta que (1998, p. 286):

“(…)se o controle penal é necessário a uma sociedade, ele deve ser democrático, isto é, deve valer para todas as classes sociais. Ora, o controle penal contra o Sistema Financeiro Nacional, como se demonstrou, não é democrático, havendo necessidade de investigar mais os processos de criminalização primária, nos quais se definem as exclusões e os ‘não-conteúdos’ do Direito Penal”.

E, num país ainda economicamente pobre, em que vivemos, há pouco ressentimento público organizado contra crimes de colarinho branco, sem pressão popular para mudanças legislativas.

O tema não deixa de ser uma questão de política criminal, de criminologia, de valoração, que observa a cultura e a verificação de não combate e punição, na organização do nosso sistema penal e judiciário (em crise), desse elitizado e seletivo agente com *status* social, concentrando-se nos crescentes crimes contra a pessoa e contra o patrimônio, contra a chamada fragmentação do direito penal.

O caso mais recente e emblemático foi o encarceramento do banqueiro Cacciola (13 anos), do banco Marka, festejado pela mídia.

Um abalo ao sistema financeiro pode causar muito mais dano coletivo do que um crime, digamos, “convencional”.

Preconceito ou não à parte, há quem sustente que o desprovimento econômico¹² é a grande causa da criminalidade humana (ideia da primeira sociologia criminal), sendo que outros entendem que isso é irrelevante no campo criminológico.

¹² “A abordagem econômica do Direito é o mais importante desenvolvimento do Direito Acadêmico no Século XX.” Bruce Ackerman (Yale Law School).

Os primeiros pensamentos de Sutherland têm a criminalidade econômica como uma disfunção do sistema social, inerente às próprias estruturas política, econômica e social, características do sistema capitalista, advogando este pela intervenção estatal.

A forma preconcebida, os estereótipos e estigmas das condutas marginais são definidos pela própria sociedade.

Várias teorias criminológicas são sustentadas no que tange ao crime de colarinho branco, tais como: uma análise teórica da criminalidade - considerando-se a posição social de classe, uma explicação criminológica – quanto aos fatores causais da conduta, a não avaliação criminal em seu conjunto (“cifra negra”), dificuldade tecnológica na prática do delito econômico, imunidades pessoais, foro privilegiado, rotulação e etiqueta social, reação social, opinião pública, ligação de poder econômico com poder político, custo social de cada tipo penal econômico e tratamento especial carcerário.

Em outro giro, o mundo ainda atravessa a crise econômica de 2008, surgida nos EUA, com a chamada bolha financeira, onde o sistema bancário especulativo recebia U\$ 1.000,00, transferia para empréstimos, refinanciamentos e derivados, e retornava ao mercado consumidor U\$ 6.000,00. Mas tudo camuflado com papéis sem lastro, fictícios, levando o sistema, assim, a entrar em colapso.

Aí vieram os críticos do neoliberalismo monetário, apontado como o causador de tal distúrbio, como Milton Friedman, que é adepto da teoria da Escola Monetária, onde se tem que a provisão do dinheiro é o fator central de controle do desenvolvimento econômico (escola de Chicago).

Mas os que sustentam o neoliberalismo são contra qualquer intervenção estatal na economia, propagando o “deixa fazer, deixa passar”, como os economistas Roberto Campos e Mário Henrique Simonsen.

Outro relevante fator na história monetária, é que, após a segunda guerra mundial, os países ricos criaram o FMI (Fundo Monetário Internacional) e o BIRD (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento) objetivando planejar a

estabilidade da economia internacional, fortalecendo as moedas e fomentando, até hoje, os países em desenvolvimento, com encargos de juros – que é o preço do dinheiro e este tem seu custo no mercado financeiro.

Enfim, reflexão e compreensão etiológica à parte, o certo é que nada justifica afrontas às garantias constitucionais, ao Estado de Direito, sem embargos de que se faça a preservação do sistema financeiro.

E muito menos se resolverá avarias no sistema financeiro com capenga norma penal eivada de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Tratado de Direito Penal, BITENCOURT, Cezar Roberto, Parte Geral, 15ª ed., Ed. Saraiva, 2010;

Curso de Direito Constitucional, MENDES Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártins. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 5ª ed., Ed. Saraiva, SP, 2010;

Dos Crimes contra o sistema financeiro nacional - Fernando Lopes DAVID – Ed. Iglu, 2003, SP;

Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional – Sebastião de Oliveira LIMA e Carlos Augusto Tosta de LIMA – Ed. Atlas, 2003, SP;

Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais – Áureo Natal DE PAULA – Ed. Juruá, 2006;

Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional – Maria Carolina de Almeida DUARTE – Ed. Forense, 2003, RJ;

Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional – José Carlos TÓRTIMA – Ed. *Lumen Juris*, 2000, RJ.

FICHA DE AVALIAÇÃO DE MONOGRAFIA		Semestre/ Ano
Curso:		RESULTADO
Professor (a) Orientador:		
Aluno (a):		

Aspectos Formais (Total 4 pontos)

Os elementos pré textuais obrigatórios estão presentes (Capa, Folha de rosto, Folha de Aprovação, Resumo e Sumário), textuais (Introdução, Capítulos e Conclusão) e pós textuais (Referências) obrigatórios estão presentes. Se há problema com algum deles,

indicar: _____

O sistema de referências bibliográficas ao longo do texto (notas de rodapé ou autor-data, citações diretas e indiretas) foi utilizado adequadamente. Se não, indicar.

A formatação do trabalho está correta e adequada ao padrão ABNT. (Margem, tamanho da fonte, paragrafação, espaçamento, recuos, títulos e subtítulos.) Se houver problema com algum desses elementos, favor indicar.

O texto apresenta linguagem adequada, ideias concatenadas e claras, coesão e coerência.

Aspectos de Conteúdo (Total 6 pontos)

- O tema tem relevância política, social e acadêmica.
- Há conexão entre o problema-hipótese e marco teórico.
- Os argumentos teóricos foram desenvolvidos.
- A bibliografia é adequada e suficiente.
- As técnicas de pesquisa foram apresentadas. Há adequação entre o tipo de abordagem e o tipo de técnica apresentada.
- Identifica-se o quadrante metodológico: tema-problema-hipótese-marco teórico.

Resultado

- Aprovado
- Reprovado
- Reformular

•Comentários:

Assistente de Correção: