

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA E TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

*Francisco Neves Coelho**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O princípio da legalidade; 3. A evolução legislativa; 4. O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira; 4.1. Objeto jurídico; 4.2. Sujeito ativo; 4.3. Sujeito passivo; 4.4. Tipo objetivo; 4.5. Tipo subjetivo; 4.6. Consumação e tentativa; 4.7. Sanção penal; 4.7.1. A pena cumulativa; 4.7.2. A causa especial de redução da pena; 5. O crime de gestão temerária de instituição financeira; 6. Os tipos penais abertos e o princípio da legalidade; 7. Conclusões; 8. Bibliografia.

1. Introdução

Os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira não constituem uma inovação no Direito Penal Brasileiro. Já estavam presentes em nosso ordenamento jurídico desde 1939. Contudo, adquiriram importância nos debates acadêmicos e nos tribunais a partir da sua previsão pelo artigo 4º da Lei nº 7.492/86, conhecida como Lei dos Crimes do Colarinho Branco, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

Esta lei entrou em vigor no período de transição da ordem constitucional implantada pelo regime militar, expressa na Constituição Federal de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969, para o Estado Democrático de Direito, regido pela Constituição de 1988.

Nos anos que se seguiram, manifestou-se no meio jurídico nacional um interesse especial pelo estudo dos princípios constitucionais do Direito Penal e pelo Direito Penal Econômico, que se distingue do Direito Penal tradicional porque tutela bens jurídicos supra-individuais.

Esse movimento intelectual coincidiu com a instauração de numerosos processos por gestão fraudulenta e gestão temerária de instituições financeiras. Os tribunais foram instados a decidir a respeito desses crimes, o que acirrou a discussão doutrinária acerca da constitucionalidade, ou não, à luz do princípio da legalidade, do artigo 4º da Lei nº 7.492/86.

* Professor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

O presente trabalho é uma síntese de monografia elaborada sobre o tema. Para sua elaboração, partimos da análise bibliográfica e jurisprudencial, discorremos sobre o princípio da legalidade no Direito Penal Brasileiro, traçamos uma breve evolução legislativa dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária, analisamos os elementos desses crimes e fizemos o confronto entre eles e o princípio da legalidade, previsto na Constituição Federal e no Código Penal.

2. O princípio da legalidade

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos constitucionais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político¹.

Embora todos esses fundamentos reflitam na elaboração, interpretação e aplicação das leis, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) foi erigida pelos juristas pátrios, com apoio em J.J.Gomes Canotilho, em “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”² e “elemento fundamental legitimador do Sistema Jurídico Nacional”³.

O Direito Penal, cuja missão é a proteção de bens jurídicos contidos como valores e interesses no âmbito constitucional⁴, é regulado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Da dignidade da pessoa humana derivam princípios constitucionais do Direito Penal, que “cumprem a função fundamentadora da intervenção do Estado Democrático de Direito na privacidade e na intimidade das pessoas, por meio do poder de punir, estabelecendo os limites deste”⁵.

Os princípios constitucionais do Direito Penal não se afastam dos princípios históricos, fixados pela Magna Carta e ampliados pelas declarações de direitos que se seguiram à Revolução Francesa. Compreendem os princípios da igualdade, da legalidade, da última *ratio*, da fragmentariedade, da subsidiariedade, da adequação, da necessidade, da proporcionalidade e da culpabilidade⁶.

¹ Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 5 de outubro de 1988.

² Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 109

³ Nunes, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40.

⁴ Silva, Marco Antonio Marques da Silva. *Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 6.

⁵ Idem, p. 15.

⁶ Para estudo dos princípios do Direito Penal confira-se Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

Para o desenvolvimento do tema proposto, fazem-se necessárias algumas considerações sobre o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, presente já no Código Penal de 1940, está fixado no artigo 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal, *in verbis*: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

O princípio da legalidade foi enunciado por Feuerbach, no século XIX, pela fórmula latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Contudo, ele já se encontrava na Magna Carta, no século XIII, no *Bill of Rights* firmado na Filadélfia em 1774 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa, de onde se propagou para os outros países⁷.

Este princípio desdobra-se em quatro garantias:

- a) *lex praevia* - proibição de retroatividade de leis que fundamentem ou agravem a punibilidade;
- b) *lex scripta* - proibição de fundamentação ou agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário;
- c) *lex stricta* - proibição da analogia *in malam partem*;
- d) *lex certa* - proibição de leis penais indeterminadas⁸.

O princípio da legalidade subdivide-se em dois princípios: a anterioridade e a reserva legal. Pelo primeiro proíbe-se a retroatividade da lei penal, exceto em benefício do réu. Pelo segundo, somente a lei, em sentido estrito, pode definir crimes e cominar penas, a lei penal deve ser precisa (princípio da taxatividade) e o emprego da analogia é vedado, salvo para beneficiar o réu (*analogia in bonam partem*).

O princípio da taxatividade exige que a lei penal descreva a conduta delituosa com todos os seus elementos e circunstâncias, a fim de que todos saibam qual o comportamento proibido. A lei penal não se coaduna com tipos abertos, genéricos ou abrangentes.

A descrição genérica da conduta incriminada acarreta a inconstitucionalidade da norma penal, porque fere o princípio da legalidade, como concluiu Luiz Vicente Cernichiaro, após comparar a analogia com a descrição genérica:

⁷ Toledo, Francisco de Assis. Op. cit. pp. 21-22.

⁸ Idem, p. 22.

“A descrição genérica enseja ao intérprete, liberdade ainda maior. Conseqüentemente, perigosa. Flagrantemente oposta ao mandamento constitucional. O crime não é ação, mas ação determinada. E determinada pela lei”⁹.

3. A evolução legislativa

Os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira estão previstos no artigo 4º, da Lei nº 7.492/86, conhecida como Lei dos Crimes do Colarinho Branco, *in verbis*:

*“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”.*

Estes crimes surgiram em nosso ordenamento jurídico com o Decreto 869, de 1939, nossa primeira Lei de Economia Popular¹⁰. Este diploma legal foi substituído pela Lei nº 1.521/51, nossa atual Lei de Economia Popular, que, em seu artigo 3º, IX, repetiu o disposto na lei anterior¹¹.

O modelo inspirador do artigo 4º da Lei nº 7.492/86 foi, sem dúvida, aquele descrito no artigo 3º, inciso IX, da Lei nº 1.521, de 26/-12/-1951. Esta lei, que possui trinta e quatro artigos, jamais foi revogada expressamente. Todavia, no que tange às instituições financeiras, a doutrina pátria entende que seu artigo 3º, inciso IX, foi revogado pela Lei nº 7.492/86¹².

Comparando-se os textos do artigo 3º, IX, da Lei de Economia Popular e do artigo 4º, da Lei dos Crimes do Colarinho Branco verificam-se algumas diferenças entre eles.¹³

⁹ Cernichiaro, Luiz Vicente; Costa Júnior, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. pp. 16-17.

¹⁰ Araújo Júnior, João Marcelo de. “As liquidações extrajudiciais e os delitos financeiros” in *Direito penal dos negócios – Crimes do colarinho branco*. São Paulo: AASP, [1989]. p. 135.

¹¹ “Art. 3º (...) IX – gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização, sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de ponto ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados; (...) Pena – detenção, de 2 (dois) a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros”.

¹² Maia, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 54.

¹³ Araújo Júnior, João Marcelo. Op. cit. p. 136

A Lei de 1951 reunia no mesmo tipo a gestão fraudulenta e a gestão temerária de instituição financeira. Já a Lei de 1986 separou as duas hipóteses. Tratou a gestão fraudulenta no “*caput*” do artigo 4º e a gestão temerária em seu parágrafo único, criando dois tipos penais autônomos.

A Lei de Economia Popular estabeleceu um rol taxativo das instituições financeiras existentes na época, às quais se aplicava, enquanto a Lei dos Crimes do Colarinho Branco preferiu apresentar um conceito genérico de instituição financeira em seu artigo 1º.¹⁴

Manuel Pedro Pimentel, o primeiro jurista a comentar a Lei nº 7.492/86, em manifestação com a qual concordamos, criticou o conceito previsto em seu artigo 1º, reputando-o excessivamente amplo, não apenas pela definição contida no *caput*, mas, principalmente, pelas equiparações previstas nos incisos I e II de seu parágrafo único.¹⁵

Todavia, Luiz Regis Prado saiu em defesa da conceituação de instituição financeira contida no artigo 1º e seu parágrafo único e incisos, afirmando:

*“Com isso evitou o inconveniente de estabelecer um rol taxativo, tal como ocorreu na Lei nº 1.521/1951, que tende a desatualizar-se em razão da dinamicidade do sistema financeiro e que pode torná-la inaplicável, por falta de previsão expressa de determinada instituição financeira”*¹⁶.

A Lei de 1951 exigia para a integração do tipo que a gestão fraudulenta conduzisse à falência, à insolvência ou ao inadimplemento contratual, criando um crime de dano. A Lei de 1986 não exige essas conseqüências, definindo um crime de perigo.

Apesar dessas diferenças, as ações nucleares dos tipos são as mesmas nas duas leis, “*gerir fraudulentamente*” e “*gerir temerariamente*”, sem definir as condutas que caracterizam a gestão fraudulenta e a gestão temerária.

¹⁴ “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 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”.

¹⁵ Pimentel, Manuel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 29.

¹⁶ Prado, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 226.

4. O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira

4.1. Objeto jurídico

Segundo Manoel Pedro Pimentel, o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira tem como objeto jurídico a boa execução da política econômica do governo. Contudo, ele acrescenta que outros bens ou interesses secundários são protegidos, pois a gestão fraudulenta pode causar prejuízos ao mercado financeiro ou aos investidores¹⁷. Paulo José da Costa Júnior¹⁸, Agapito Machado¹⁹ e Ali Mazloun²⁰ concordam com esta posição, inclusive no aspecto de que se cuida de crime *pluriofensivo*, pois a proteção penal também abrange a higidez do patrimônio de terceiros.

4.2. Sujeito ativo

O sujeito ativo dessa infração penal é a pessoa que gere fraudulentamente a instituição financeira. No artigo 25 da lei, o legislador estabelece que são penalmente responsáveis os controladores e os administradores de instituições financeiras, assim considerados os diretores e gerentes. E no parágrafo 1º, o interventor, o liquidante ou o síndico são equiparados aos administradores de instituição financeira.

Trata-se, portanto, de crime próprio, pois a responsabilidade fica circunscrita às pessoas enumeradas no artigo 25 da lei.

Luiz Flávio Gomes lembra, com razão, que a expressão gerentes, presente no artigo 25 da lei, designa os agentes responsáveis pela condução e administração da instituição financeira, mas não inclui os gerentes de agências bancárias, simples gerentes executivos, assalariados, que exercem funções administrativas previamente determinadas por seus superiores, sem autonomia e poder de decisão nas questões das instituições financeiras²¹.

Entretanto, José Paulo Baltazar Júnior sustenta que o gerente de agência pode responder pelo crime, pois pratica atos de gestão naquele local. E acrescenta

¹⁷ *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 50.

¹⁸ *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 76.

¹⁹ *Crimes do colarinho branco e contrabando e descaminho*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 36.

²⁰ *Crimes do colarinho branco: objeto jurídico, provas ilícitas*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 63.

²¹ "Notas distintivas do crime de gestão fraudulenta do art. 4º da Lei nº 7.492/86 (A questão das contas fantasmas)" in *Temas de direito penal econômico*, Organizador Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 363.

que sua posição prevalece no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região²².

No que diz respeito ao concurso de pessoas, a co-autoria ocorre apenas entre os agentes que possuem poder de gestão, como anota Juliano Breda:

*A co-autoria ocorre apenas entre os agentes que possuam o elemento típico exigido, o poder de gestão. As pessoas não qualificadas, isto é, sem as qualidades exigidas, podem, no máximo, ser punidas a título de participação, não por co-autoria. Isto porque o delito de gestão fraudulenta, além de próprio, enquadra-se na categoria dos crimes de infração de dever, marcado pelas obrigações de todos aqueles arrolados no artigo 25*²³.

Aquele que concorre para o crime, sem possuir as qualidades exigidas pelo artigo 25 da lei, em concurso com agente com poderes de gestão da instituição financeira, será partícipe do crime²⁴.

Nesse crime é comum a existência dos chamados “*testas-de-ferro*”, pessoas que ocupam apenas formalmente os cargos de diretores e gerentes e realizam atos fraudulentos por orientação e determinação de terceiros. Em razão do disposto no artigo 29 do Código Penal²⁵, que se aplica aos crimes previstos na legislação extravagante por força do que dispõe o artigo 12 do mesmo diploma legal²⁶, os “*testas-de-ferro*” serão responsabilizados na condição de partícipes do delito²⁷.

4.3. Sujeito passivo

O sujeito passivo principal do delito de gestão fraudulenta é o Estado, a quem compete constitucionalmente zelar pela regularidade do sistema financeiro.

Sujeitos passivos secundários são os investidores e o próprio mercado de capitais.

Rodolfo Tigre Maia anota que:

²² *Crimes Federais*. 3. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 330.

²³ *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei nº 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

²⁴ Maia, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 89.

²⁵ “Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

²⁶ “Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

²⁷ Maia, Rodolfo Tigre. Op. cit. p. 58.

*“Aos moldes dos crimes contra a economia popular, e diferentemente do estelionato, não há necessidade, para o enquadramento típico, da precisa identificação dos sujeitos passivos eventualmente atingidos pela gestão fraudulenta”.*²⁸

Não discrepa desse entendimento Manoel Pedro Pimentel:

Destarte, se não for eventualmente identificado um sujeito passivo secundário, no caso concreto, ainda assim o Estado é considerado ofendido, motivo pelo qual a este delito também se atribui a condição de múltipla subjetividade passiva”.²⁹

4.4. Tipo objetivo

O delito ora comentado consiste em gerir fraudulentamente instituição financeira. Gerir é administrar, dirigir, comandar. Portanto, o crime não se caracteriza com apenas um ato de gestão. Exige necessariamente uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal³⁰.

Para a existência do delito ainda é necessário que essa gestão seja fraudulenta, ou seja, aquela em que existe fraude, por meio de engano, manobra artilosa ou engenhosa, maliciosa ou dolosa³¹.

José Paulo Baltazar Junior assinala que gerir fraudulentamente “é administrar com má-fé, de forma dirigida ao engano de terceiros, sejam eles sócios, empregados, investidores, clientes ou a fiscalização”³².

Nesse sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

*“CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO FRAUDULENTE E GESTÃO TEMERÁRIA. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. [...] VI - Gestão fraudulenta é aquela em que o administrador utiliza, continuada e habitualmente, na condução dos negócios sociais, artifícios, ardis ou estratégia para por em erro outros, administradores da instituição ou seus clientes”*³³.

²⁸ Op. cit. p. 59.

²⁹ Op. cit. p. 51.

³⁰ Silva, Antonio Carlos Rodrigues da. *Crimes do colarinho branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 48.

³¹ Pimentel, Manoel Pedro. Op. cit. p. 51.

³² Op. cit., p. 331.

³³ Brasil. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. HC 8001 – SP. 1ª Turma. Relator Oliveira Lima. *Diário de Justiça da União* 15/6/1999. p. 689.

4.5. Tipo subjetivo

O tipo subjetivo do delito é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de gerir instituição financeira mediante fraude.

O tipo fundamental não exige qualquer elemento especial.

Ali Mazloum, ao comentar o dispositivo, admite o dolo eventual “quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado de perigo, ínsito no tipo penal”³⁴.

No tipo penal não está prevista a forma culposa. Assim, ante a omissão do legislador, a eventual conduta imprudente, imperita ou negligente, não acarretará punição ao agente, nos termos do artigo 18, parágrafo único do Código Penal³⁵.

4.6. Consumação e tentativa

O crime, segundo Manoel Pedro Pimentel³⁶, é formal e consuma-se com a gestão fraudulenta, independentemente de qualquer resultado.

Luiz Regis Prado³⁷ e Manoel Pedro Pimentel³⁸, com os quais concordamos, defendem que se cuida de crime de perigo abstrato. Já Rodolfo Tigre Maia³⁹ acredita que se trata de delito de perigo concreto.

Luiz Regis Prado⁴⁰ e Juliano Breda⁴¹ afirmam, com a nossa aprovação, que o crime é habitual. De fato, gerir caracteriza a prática de uma série de atos de comando, de administração ou direção de uma instituição financeira. Portanto, “um só ato, como se vê, não configura a gestão exigida pelo tipo”.⁴²

José Paulo Baltazar Junior anota que esse entendimento é majoritário tanto na doutrina como na jurisprudência⁴³

³⁴ Op. cit. p. 63.

³⁵ “Art. 18 (...) Parágrafo único. Salvo nos casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, salvo quando o pratica dolosamente”.

³⁶ Op. cit. p. 53.

³⁷ Op. cit. p. 231.

³⁸ Op. cit. p. 53.

³⁹ Op. cit. p. 58.

⁴⁰ Op. cit. p. 231.

⁴¹ Op. cit. pp. 101 e 120.

⁴² Gomes, Luiz Flávio. Op. cit. p. 358.

⁴³ Op. cit., p. 332.

O crime habitual indica estilo de vida ou modo de ser peculiar ao agente, que é punido pelo legislador, conforme ensina José Frederico Marques:

“O ato isolado, enquanto não reiterado, é simples situação jurídica, porque de sua prática não nasce para o Estado o direito de punir... o jus puniendi, ainda inexistente com o primeiro ato, irá surgir em consequência da reiteração daquela conduta inicial...”⁴⁴.

Não é admissível a tentativa, justamente porque se trata de crime habitual, como é pacífico na doutrina⁴⁵. Contudo, Juliano Breda⁴⁶ se manifesta pela sua possibilidade.

4.7. Sanção penal

O crime é punido com reclusão de três a doze anos e multa. Quando praticado por quadrilha ou em concurso de agentes pode incidir a causa especial de redução da pena, prevista no § 2º do artigo 25 da Lei nº 7.492/86.⁴⁷

4.7.1. A pena cumulativa

O legislador, em razão da importância dos bens jurídicos protegidos, fixou a pena do crime de gestão fraudulenta de forma severa, cumulando elevada pena privativa de liberdade com pena de multa. Portanto, trata-se de pena “mista”, merecedora das críticas formuladas pelo professor Figueiredo Dias:

“A pena ‘mista’ de prisão e de multa é, na verdade, condenável do ponto de vista político criminal: quer enquanto patenteia inadmissível desconfiança na eficácia penal da multa simples e vacilação na convicção de que a multa é primordialmente uma alternativa à prisão; quer enquanto implica o pagamento de uma porcentagem dos rendimentos do condenado ao mesmo tempo que, privando-o de liberdade, lhe retira a possibilidade de os angariar! Uma tal pena ‘mista’ é, numa palavra, profundamente dessocializadora...”⁴⁸

⁴⁴ *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. 2. p. 369.

⁴⁵ *Idem*, p. 370.

⁴⁶ *Op. cit.* p. 123.

⁴⁷ “Art. 25 (...) § 2º Nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou participe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

⁴⁸ Dias, Jorge Figueiredo. *O direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Acquitias, 1993. p. 154.

Se for aplicada a pena privativa de liberdade, em patamar não superior a quatro anos, poderá ser substituída por pena restritiva de direitos⁴⁹, se preenchidos os requisitos dos artigos 44, I, II e III⁵⁰ e 59 do Código Penal⁵¹. Se for mantida a pena privativa de liberdade, esta poderá ser cumprida em regime aberto, conforme dispõe o artigo 33, § 2º, do Código Penal⁵², se o condenado não for reincidente.

Só cumprirá a pena, inicialmente em regime fechado, o condenado a pena privativa de liberdade superior a oito anos, nos termos do artigo 33, § 2º, a, do Código Penal⁵³.

A pena de multa será exigida cumulativamente com a pena privativa de liberdade e seu valor será fixado dentro dos limites estabelecidos pelo artigo 49 do Código Penal⁵⁴.

O artigo 33 da Lei nº 7.492/86 dispõe:

“Art. 33. Na fixação da pena de multa relativa aos crimes previstos nesta Lei, o limite a que se refere o parágrafo 1º do artigo 49 do Código Penal, aprovado pelo Dec.-lei 2.848, de 7 de setembro de 1940, pode se estender até o décuplo, se verificada a situação nele cogitada.”

Rodolfo Tigre Maia⁵⁵ e Juliano Breda⁵⁶ destacam, com razão, que houve um equívoco do legislador na redação do dispositivo, pois não há qualquer situação, aplicável à hipótese, descrita no parágrafo 1º do art. 49 do Código Penal. Assim, a aplicação do art. 33 da Lei nº 7.492/86 está condicionada à ocorrência concreta de um pressuposto impossível. Portanto, este artigo de lei é inaplicável, pois o princípio da legalidade impede o juiz de suprir o equívoco legislativo para prejudicar o réu.

⁴⁹ Constituem penas restritivas de direitos, conforme o art. 44 do Código Penal, a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

⁵⁰ “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado indicarem que essa substituição seja suficiente”.

⁵¹ “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: ... IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

⁵² “Art. 33. (...) § 2º. (...) c) o condenado, não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”.

⁵³ “Art. 33. (...) § 2º (...) a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado”.

⁵⁴ “Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”. Par. 1º. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário”.

⁵⁵ Op. cit. p. 173.

⁵⁶ Op. cit. p. 133.

4.7.2. A causa especial de redução da pena

O parágrafo 2º, acrescentado ao art. 25 da Lei nº 7.492/86 pela Lei nº 9.080/95, constitui uma causa especial de diminuição da pena e expressa a tendência do legislador de estimular a denominada *delação premiada* nos delitos de maior lesividade social.

Dispositivos semelhantes já existiam na Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) e na Lei nº 9.034/95, que trata da prevenção e repressão das ações praticadas pelas organizações criminosas.

O benefício de redução da pena de um a dois terços será concedido ao co-autor ou partícipe que confessar espontaneamente o crime, à autoridade policial ou judicial, para que se revele toda a trama do delito cometido em quadrilha ou resultante de concurso de agentes.

Em razão da natureza benéfica da norma, ela se aplica aos fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor.

Muitas críticas são feitas pela doutrina a essa causa de redução da pena.

Para Juliano Breda⁵⁷, a exigência do dispositivo legal que o acusado revele *toda a trama delituosa* impede que os co-autores ou partícipes com menor participação no crime e, conseqüentemente, com menor quantidade de informações, obtenham o benefício. Só conseguirá revelar toda a trama delituosa o líder da quadrilha ou o organizador do concurso de agentes, que confessar e delatar os co-autores e os meros partícipes. Dessa forma, poderá ocorrer uma inversão de valores, apenando-se mais severamente agentes com menor participação no delito.

5. O crime de gestão temerária de instituição financeira

Conforme já se destacou, a partir da Lei nº 7.492/86, a gestão temerária de instituição financeira foi desmembrada da gestão fraudulenta e definida no parágrafo único do artigo 4º, constituindo, segundo acreditamos, em sintonia com Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Abel Fernandes Gomes⁵⁸, um tipo penal autônomo.

De fato, quando o legislador separou a conduta incriminada (“se a gestão é temerária”) não incluiu no tipo fundamental simples circunstâncias que atenuam a pena. Ao

⁵⁷ Op. cit. pp. 180-181

⁵⁸ *Temas de direito penal e processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 213.

contrário, modificou a conformação do delito, desta vez não mais punindo a fraude, mas outra conduta, que consiste na gestão temerária, considerada menos grave, pois a pena é de dois a oito anos de reclusão

Assim, formando uma nova figura típica, com novos elementos, acabou excetuando a aplicação do tipo básico, como ensina Heleno Cláudio Fragoso:

*“Em outros casos, no entanto, temos a formação, com novos elementos, que tomam o crime mais ou menos grave, de uma nova figura de delito. Surge, então, um delito sui generis, que constitui, para todos os efeitos, um tipo autônomo de crime, excluindo a aplicação do tipo básico”*⁵⁹.

Portanto, como destacam Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Abel Fernandes Gomes:

*“A temeridade da gestão não é um elemento acidental do crime de gestão fraudulenta, e sim um novo elemento normativo/descritivo. Afinal, um exclui o outro, pois se a gestão é fraudulenta não há que falar em temeridade, ao passo que se não há fraude, mas mera impetuosidade ou risco excessivo, passa a existir um tipo próprio a reprimi-lo”*⁶⁰

Gerir, como já ficou acentuado, quer dizer administrar, dirigir, regular, comandar. Portanto, o crime não se caracteriza com a prática de ato isolado.

Os sujeitos, ativo e passivo, e o bem jurídico tutelado são idênticos ao tipo básico previsto no *caput*.

Nesta segunda figura típica também se cuida de delito habitual que, igualmente, não admite tentativa.

Quanto ao tipo objetivo, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Alberto Fernandes Gomes⁶¹, cuida-se de crime formal, de perigo concreto. Contudo, concordamos com a afirmação de Luiz Regis Prado⁶² que se trata de crime de perigo abstrato, que se consuma independentemente de qualquer resultado. Manuel Pedro Pimentel⁶³, embora não o diga expressamente, parece adotar esta posição ao assinalar que o crime se caracterizará com a simples gestão temerária, independentemente de prejuízo ou mesmo de um dano potencial.

⁵⁹ *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 193.

⁶⁰ *Op. cit.* p. 214.

⁶¹ *Op. cit.* p. 214.

⁶² *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 231.

⁶³ *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. pp. 51-52

O tipo subjetivo do delito se caracteriza pelo dolo direto ou eventual.

Cumpra destacar que o tipo não prevê modalidade culposa. Todavia, temerário significa arrojado, afoito, arriscado, atrevido, imprudente⁶⁴.

Assim, temerária equivale a imprudente. E a imprudência é uma das modalidades da culpa⁶⁵.

Segundo Luiz Regis Prado⁶⁶, parte da doutrina brasileira entende que no caso teria sido admitida implicitamente a modalidade culposa do delito. Contudo, esse comentarista apenas identificou como partidário dessa corrente Manoel Pedro Pimentel, em nota de rodapé de seu trabalho.

Ora, lendo-se com atenção a obra de Manoel Pedro Pimentel, nota-se que ele não admite a existência da forma culposa do delito na lei vigente. Na verdade, diz ele que “seria aconselhável prever a forma culposa para esta modalidade de infração”⁶⁷, em razão da sinonímia entre as expressões temerária e imprudente.

E não poderia ser de outra forma, pois, como já se enfatizou, no Direito Penal Brasileiro, a previsão de culpa deve ser expressa no tipo (art. 18, parágrafo único, do Código Penal).

Firmado o entendimento de que se cuida de crime exclusivamente doloso, Antonio Sérgio de Moraes Pitombo⁶⁸ adverte que, não obstante a equivocidade do adjetivo temerária, o acusado só comete o crime se chegou a prever os riscos audaciosos e, inescrupulosamente, os assumiu, caracterizando a figura do dolo eventual (art. 18, I, do Código Penal).

José Carlos Tórtima destaca alguns traços distintivos das gestões fraudulenta e temerária:

“(...) na primeira, o sujeito age dissimuladamente (fraudar significa ludibriar; enganar; levar a erro, mediante ardil), operando através de artificios engendrados para encobrir a fraude. Já na gestão temerária, o agente, em regra, atua

⁶⁴ Pimentel, Manoel Pimentel. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 51.

⁶⁵ Código Penal. “Art. 18. Diz-se o crime: I – (...); II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

⁶⁶ Prado, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 231.

⁶⁷ Op. cit. p. 52-53

⁶⁸ Pitombo, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. “Considerações sobre o crime de gestão temerária de instituição financeira” in Salomão, Heloisa Estellita (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 52.

*abertamente, não necessitando de artifícios para executar as operações perdulárias ou de alto risco para o patrimônio da instituição e dos investidores”*⁶⁹.

No tocante à pena, a particularidade da gestão temerária consiste em permitir eventual suspensão da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 77 do Código Penal⁷⁰ caso seja fixada no mínimo legal, pois é apenado, além de multa, com reclusão de dois a oito anos.

6. Os tipos penais abertos e o princípio da legalidade

Os tipos penais estudados neste trabalho constituem, sem nenhuma dúvida, tipos abertos, na medida em que fica ao arbítrio do juiz valorar o que seja gestão fraudulenta ou determinar o que seja gestão temerária.

Malgrado essas formas sintéticas sejam de uso corrente nas leis penais, implicam, evidentemente, em violação ao princípio da legalidade⁷¹.

Os tipos penais abertos, em razão da definição da infração ser vaga e imprecisa, permitem que quaisquer atos ali possam ser incluídos⁷².

Assim, como ressalta Celso Delmanto, “em nome do princípio da legalidade, não podem ser aceitas leis vagas ou imprecisas, que não deixam perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar - os chamados tipos penais abertos...”⁷³.

Na esteira desse entendimento, que se afina com o Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, arremata João Marcelo de Araújo Júnior:

“O defeito da lei, que leva à impunidade, está no fato de não definir as condutas que caracterizam a gestão fraudulenta ou temerária. O art. 4º da Lei de Delitos Financeiros é inconstitucional, porque viola o princípio da reserva legal, que exige a definição precisa de condutas. A expressão gerir ‘fraudu-

⁶⁹ Tórtima, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 34.

⁷⁰ “Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I – o condenado não seja reincidente em crime doloso; II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício”.

⁷¹ Tavares, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 229.

⁷² Shecaira, Sérgio Salomão; Correa Jr., Alceu. *Pena e Constituição. Aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 114-115.

⁷³ Delmanto, Celso... [et al]. *Código penal comentado*. 6. ed. ver. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 4.

lentamente' é vaga, genérica e imprecisa, não consubstanciando a descrição de uma conduta"⁷⁴.

Comungam dessa opinião, entre outros, Roberto Podval⁷⁵, Antonio Carlos Rodrigues da Silva⁷⁶ e Paulo José da Costa Júnior⁷⁷.

De fato, os tipos penais previstos no art. 4º da Lei nº 7.492/86 carecem de descrição pormenorizada e específica, imprescindível em matéria penal. Esta abertura é tão grande que viola a própria função dos tipos legais, que é individualizar condutas penalmente proibidas, abrindo as portas para a criação de "tipos judiciais"⁷⁸.

Portanto, o art. 4º da Lei nº 7.492/86 é inconstitucional, por violar o princípio da legalidade. Entretanto, este entendimento não tem sido acolhido pelo Poder Judiciário.

É majoritário o entendimento de que o tipo, malgrado genérico e amplo, pode conviver com o princípio da legalidade⁷⁹.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Regional Federal da Quinta Região, no tocante ao delito de gestão temerária:

*"Não há inconstitucionalidade do tipo previsto no parágrafo único do art. 40. da Lei 7.492/86. Embora criticável a técnica seguida pelo legislador, há clareza na definição do delito, não dando margem a dúvidas, nem se constata abuso de conceitos gerais"*⁸⁰.

Na mesma diretriz, decidiu o Tribunal Regional Federal da Terceira Região, em caso atinente ao crime de gestão fraudulenta:

*"O art. 4º da Lei 7.492/86, ao dispor sobre o crime de gestão fraudulenta, está em perfeita consonância com o princípio da reserva legal, pois o termo fraudulento é largamente empregado em diversos tipos penais, tendo sido portanto albergado pelo nosso ordenamento jurídico"*⁸¹.

⁷⁴ Araújo Júnior, João Marcelo de, "As liquidações extrajudiciais e os delitos financeiros" in *Direito penal dos negócios – Crimes do colarinho branco*. São Paulo: AASP, [1989], p. 136.

⁷⁵ Franco, Alberto Silva; Stocco, Rui (coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 829.

⁷⁶ Silva, Antonio Carlos Rodrigues da. *Crimes de colarinho branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 40.

⁷⁷ Costa Júnior, Paulo José da. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 79.

⁷⁸ Mazloum, Ali. *Crimes do colarinho branco: objeto jurídico, provas ilícitas*. Porto Alegre, Síntese, 1999. p. 64-65.

⁷⁹ Confira-se José Paulo Baltazar Junior. Op. cit, p. 329.

⁸⁰ TRF 5ª Região. HC 500038/89. Rel. José Delgado. Apud FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). Ob. cit. p. 832.

⁸¹ TRF 3ª Região. HC 97.03.061736-0-SP. Rel. Ali Mazloum. DJU 17/12/97. p. 110631.

7. Conclusões

De tudo que foi analisado ao longo deste trabalho, podemos articular as seguintes conclusões:

a) o princípio norteador da elaboração, aplicação e interpretação das leis brasileiras, a partir da Constituição Federal de 1988 é a dignidade da pessoa humana;

b) o Direito Penal, cuja missão é proteger bens jurídicos contidos, como valores e interesses no âmbito constitucional, tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, à luz do qual devem ser aplicados os demais princípios do Direito Penal;

c) entre os princípios constitucionais do Direito Penal destacamos o princípio da legalidade, que se subdivide em princípio da anterioridade e da reserva legal;

d) os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira, disciplinados pelo art. 4º da Lei dos Crimes do Colarinho Branco (Lei nº 7.492/86), são crimes autônomos; próprios, mas passíveis de co-autoria e participação; dolosos; de perigo abstrato; habituais e não admitem tentativa. Tutelam bens jurídicos supra-individuais. São sancionados com penas cumulativas e severas e definidos em tipos penais abertos;

e) o art. 4º da Lei nº 7.492/86 é inconstitucional porque, criando tipos penais abertos, viola o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, pois não descreve as condutas incriminadas, caracterizando-se pela indeterminação e generalidade.

8. Bibliografia

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. “As liquidações extrajudiciais e os delitos financeiros” in *Direito penal dos negócios - Crimes do colarinho branco*. São Paulo; AASP, [1989].

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei nº 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. “Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP” in *Temas de direito penal econômico*. Organizador Roberto Podval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DELMANTO, Celso... [et al]. *Código penal comentado*. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *O direito penal português: As conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. *Temas de direito penal e processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio. “Notas distintivas do crime de gestão fraudulenta do artigo 4º da Lei nº 7.492/86 (A questão das “contas fantasmas”) in *Temas de direito penal econômico*. Organizador Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, Agapito. *Crimes do colarinho branco e contrabando e descaminho*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. vol.2.
- MAZLOUM, Ali. *Crimes do colarinho branco: objeto jurídico, provas ilícitas*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PIMENTEL, Manuel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. “Considerações sobre o crime de gestão

temerária de instituição financeira” in SALOMÃO, Heloísa Estellita (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JR, Alceu. *Pena e Constituição. Aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

