

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**CRIMES DO COLARINHO BRANCO: A GESTÃO FRAUDULENTA NA LEI
7.492/1986.**

LAWRENT FREITAS DE SOUZA

Presidente Prudente/SP
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**CRIMES DO COLARINHO BRANCO: A GESTÃO FRAUDULENTA NA LEI
7.492/1986.**

LAWRENT FREITAS DE SOUZA

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Glauco Roberto Marques Moreira.

Presidente Prudente/SP
2018

**CRIMES DO COLARINHO BRANCO: A GESTÃO FRAUDULENTA NA LEI
7.492/1986.**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Glauco Roberto Marques Moreira

Matheus da Silva Sanches

Fernanda de Matos Lima Madrid

Presidente Prudente, 20 de Novembro de 2018

Há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto, do que em ser injusto para salvaguardar aparência de justiça.

Piero Calamandrei.

Dedico este trabalho a Deus,
aos meus pais e amigos, que
estiveram ao meu lado durante
toda esta jornada

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus, ao meu orientador, Prof. Dr. Glauco Roberto Marques Moreira, pela gratificante paciência e transmissão de seus conhecimentos para produção deste trabalho, e aos meus familiares e amigos, que sempre acreditaram no meu potencial e me deram forças para que chegasse até aqui.

RESUMO

O presente trabalho possui o objetivo de analisar a conduta da gestão fraudulenta de Instituição Financeira, tipificada, dentre outros delitos, na Lei 7.492/86, a chamada Lei dos Crimes do Colarinho Branco, buscando-se uma compreensão das peculiaridades inerentes a esta tipificação, dentre elas, as características da conduta em si, dos sujeitos que a integram e do bem jurídico tutelado. Para análise do delito em questão, necessário se fez a compreensão da origem histórica dos Crimes do Colarinho Branco até o advento da referida lei. O tema da pesquisa insere-se no âmbito dos Crimes Econômicos, tornando-se relevante destacarmos a importância da conceituação do Direito Penal Econômico no presente trabalho, além de liga-lo a uma possível modernização do direito penal, tema recente e controverso. Ademais, o Sistema Financeiro Nacional se mostrou bastante complexo no presente estudo, além de uma ampla relevância, com proteção até mesmo da Constituição Federal Brasileira, possuindo, nesta pesquisa, um caráter introdutório à análise da lei 7.492/86. Isto posto, passou-se ao estudo aprofundado da conduta do gestor fraudulento de Instituição Financeira, bem como seus atributos e modo de agir, onde restou demonstrado estarmos tratando de um delito pluriofensivo onde haverá a ofensa a vários bens jurídicos. O trabalho focou ainda na diferenciação entre as condutas fraudulentas e as temerárias de um Instituição Financeira, possuindo como variável o *animus* do agente na prática delitiva. Usou-se na produção grande conteúdo doutrinário, possuindo, como tipo de pesquisa, o exploratório. Foi empregado o método dedutivo, buscando-se auferir uma concreta conclusão a respeito do tema.

Palavras-chave: Colarinho Branco. Direito Penal Econômico. Novo Direito Penal. Sistema Financeiro. Gestão Fraudulenta. Instituição Financeira.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the conduct of the fraudulent management of Financial Institution, typified, among other crimes, in Law 7.492 / 86, the so-called White Collar Law, seeking an understanding of the inherent peculiarities of this typification, among them, the characteristics of the conduct itself, of the subjects that integrate it and of the protected legal property. To analyze the crime in question, it was necessary to understand the historical origin of White Collar Crimes until the advent of the said law. The topic of the research is within the scope of Economic Crimes, making it relevant to highlight the importance of the concept of Economic Criminal Law in this work, and also links it to a possible modernization of criminal law, a recente and controversial issue. By the way, the National Financial System was very complex in the present study, in addition to a wide relevance, with protection even of the Brazilian Federal Constitution, possessing, in this research, an introductory character to the analysis of law 7.492 / 86. That said, we proceeded an in-depth study of the conduct of the fraudulent manager in the Financial Institution, as well as its attributes and way of acting, where it has been shown that we are dealing with a multi-offense where there will be an offense against various legal assets. The work also focused on the differentiation between fraudulent and reckless conduct of a Financial Institution, having as variable the agent's animus in delinquent practice. Great doctrinal content was used in the production, having as exploratory type of research. Deductive methods were used, aiming to obtain a concrete conclusion on the subject.

Keywords: White Collar. Economic Criminal Law. New Criminal Law. Financial System. Fraudulent Management. Financial Institution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO ATÉ O ADVENTO DA LEI 7.492/86 E A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL	11
2.1 Breve Panorama da Obra de Edwin H. Sutherland e o Surgimento do Termo “White Collar Crimes”	11
2.2 A Evolução Histórica dos Crimes do Colarinho Branco no Brasil até o Advento da Lei 7.492/1986.....	15
2.3 O Novo Direito Penal.....	18
3 BREVE ANÁLISE JURÍDICA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMO MATÉRIA DA LEI 7.492/86	23
3.1 Introdução ao Sistema Financeiro Nacional (SFN).	23
3.2 Aspectos Gerais da Lei 7492/1986.	26
4 GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: QUANDO A FRAUDE NO SISTEMA FINANCEIRO É RELEVANTE PARA O DIREITO PENAL?	31
4.1 Delimitação da Conduta de Gestão Fraudulenta.....	33
4.2 O Bem Jurídico Tutelado Pelo artigo 4º, caput, da Lei 7.492/86: Ponderações à Cerca da Pluriofensividade e Supraindividualidade	35
4.3 Sobre o Gestor Fraudulento e a extensão interpretativa para configuração do sujeito ativo neste delito	39
4.4 Gerir Fraudulentamente: Necessária habitualidade? Reflexões Para Entendimento da Essência do Tipo-Penal e Sua Consumação	44
4.5 Delineamentos à Cerca do Art. 4º, <i>caput</i> , e Seu Parágrafo Único: Entre a Fraude e a Conduta Temerária	52
5 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa buscou enfoque nos delitos praticados pelo alto escalão da sociedade, mais especificamente, na conduta de gerir fraudulentamente uma Instituição Financeira, com fim de obtenção de vantagens.

Embora se configure como um tema complexo, a conduta típica de gerir fraudulentamente uma instituição financeira pode ser mais comum do que imaginamos, gerando dúvidas razoáveis aos estudiosos do direito quanto a sua configuração e consequências, bem como as características do agente delituoso e de sua conduta. Neste diapasão, necessário se torna demonstrar quais agentes podem ser considerados gestores fraudulentos, e quais atos consideram-se como condutas fraudulentas.

Deste modo, no segundo capítulo, buscou-se demonstrar a origem histórica dos Crimes do Colarinho Branco, expressão fundada pelo autor Edwin H. Sutherland, restando evidenciado o trabalho duro desempenhado pelo autor à fim de provar que pessoas de terno e gravata também cometem crimes e, normalmente, saem impunes. Com o mesmo objetivo histórico, demonstrou-se a gradativa evolução da normatização no Brasil quanto aos crimes do Colarinho Branco, de modo que, até o surgimento da lei que o tipifica, 7.492/86, grandes mudanças houveram na legislação do país. Ademais, como uma modalidade do Direito Penal Econômico, buscou-se ainda, neste segundo capítulo, caracterizar o Direito Penal Econômico, no qual se encaixa os crimes contra o Sistema Financeiro, como uma forma de modernização do Direito Penal Brasileiro, um Novo Direito Penal.

Por sua vez, no terceiro capítulo da pesquisa, passamos à análise do Sistema Financeiro Nacional, em sua vertente jurídica, ou seja, analisamos a origem da proteção jurídica e legal deste sistema, além de elencarmos quais órgãos o compõem. Analisou-se ainda os principais aspectos que importam a lei 7.492/86, lei esta que tutela o Sistema Financeiro, enfocando-se em demonstrar o objetivo da referida lei, para, posteriormente, adentrarmos em uma de suas condutas tipificadas, a da gestão fraudulenta.

No quarto capítulo, passamos então ao estudo aprofundado do tipo penal da gestão fraudulenta de Instituição Financeira. Trata-se de um tema bastante controverso na doutrina, porém, após delimitarmos a conduta, buscou-se demonstrar

quais os objetivos da lei na tipificação de tal modalidade delitiva, e ainda, quais as garantias trazidas por sua tutela ao bem jurídico, bem-este também demonstrado no trabalho. Ultrapassados os aspectos introdutórios da conduta, realizou-se um estudo amplo a respeito do sujeito ativo deste tipo, tendo em vista o caráter amplo e vago trazido pela lei na sua concepção, sendo ainda destacado o *modus operandi* do sujeito ativo, reprimindo a dúvida à cerca da necessidade de uma conduta habitual ou não. Por fim, houve uma diferenciação lógica entre a conduta fraudulenta e a temerária, buscando-se clarear a visão trazida pelo legislador na repreensão à danos causados à Instituição Financeiro e ao Sistema Financeiro como um todo.

A pesquisa foi desenvolvida com base em um amplo conteúdo doutrinário e jurisprudencial, baseado no tipo exploratório, possuindo como método, o dedutivo, onde restou evidente a amplitude de consequências de uma simples conduta do agente gestor que vise a fraude.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO ATÉ O ADVENTO DA LEI 7.492/86 E A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Tratarmos do crime de gestão fraudulenta, previsto na Lei nº 7.492 de 1986, a chamada lei dos “Crimes do Colarinho Branco”, sem ter uma visão da origem histórica deste instituto, é basicamente impossível. Na atualidade, o estudo dos crimes do colarinho branco é, de certa forma, razoavelmente avançado, mas devemos nos remeter a origem deste instituto para, a partir daí, adentrarmos nos aspectos da lei 7.492/1986 e a gestão fraudulenta em si.

Necessário será estabelecermos panoramas quanto ao surgimento desta espécie de delito, observando-se as obras do autor que deu origem aos estudos dos crimes do colarinho branco, Edwin H. Sutherland, bem como abordar o viés histórico desta prática delitiva no Brasil, analisando a evolução normativa do tema no país, para, a partir daí, localizarmos as características da tipificação da gestão fraudulenta na lei.

Ademais, importante destacar a concepção de um “novo” direito penal, que acompanha a tendência normativa no país, cujo surgimento baseia-se na impunidade gerada aos crimes do colarinho branco, buscando bases criminológicas e dogmáticas que concretizem um novo direito, afim de se aprimorar a atualidade.

2.1 Breve Panorama da Obra de Edwin H. Sutherland e o Surgimento do Termo “White Collar Crimes”

Edwin Hardin Sutherland, sociólogo americano, da Universidade de Indiana, foi o primeiro a abordar, no âmbito da criminologia, a problemática dos crimes do colarinho branco, em um artigo denominado *White Collar Criminality*, publicado em 1940, na *American Sociological Review*. Foi em 27 de dezembro de 1939 que Sutherland levou à público, pela primeira vez, a expressão *White Collar Crime*, em seu discurso na *American Sociological Society* (BRUGGEMANN, 2013, p.48).

Após décadas de seu falecimento, ocorrido no ano de 1950 (mil novecentos e cinquenta), não se sabe como Sutherland despertou interesse na

questão dos crimes do colarinho branco. O sociólogo tinha 56 (cinquenta e seis) anos na data do seu artigo e já era bastante consagrado por conta de suas obras na esfera criminológica, que seguiam a linha de estudo tradicional da sociologia presente na América do Norte, no seguinte sentido: associação da criminalidade à pobreza e às condições territoriais pela falta de organização social, emprego de métodos da ciência e estudo das estatísticas oficiais.

Essas violações da lei por parte de pessoas da alta classe socioeconômica são, por conveniência, chamadas de crimes do colarinho branco. Esse conceito não pretende ser definitivo, mas visa tão-somente chamar a atenção para os crimes que não são normalmente incluídos dentro do âmbito da criminologia. Crime do colarinho-branco pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e *status* social elevado no curso de sua ocupação profissional. Conseqüentemente, excluem-se outros crimes da classe social alta, como a maioria dos casos de homicídio, intoxicação ou adultério, na medida em que estes casos não são geralmente parte de suas atividades profissionais. Excluem-se também os abusos de confiança de altos integrantes do submundo, já que não se trata de pessoas de respeitabilidade e *status* social elevado. (SUTHERLAND, 1983, p. 07).

Até então, Sutherland nunca havia demonstrado estar indignado com a questão da criminalidade das classes mais altas. Era considerado um homem discreto, equilibrado, que não possuía histórico de polêmicas.

Porém, seu discurso mudou após o artigo de 1940. Sutherland passou a combater incessantemente a criminalidade do colarinho branco, demonstrando, de forma clara, a repuna que nutria por ela.

Defendia a livre concorrência, porém sem que fossem utilizadas práticas ilegais e abusivas. Chegou, inclusive, a comparar aos nazistas os grandes grupos empresariais, pois estes realizavam propagandas de forma organizada, onde visavam produzir na população sentimentos favoráveis a eles.

Sutherland conceituava os *White Collar Crimes* com um caráter sociológico, uma espécie de experiência, não tendo, no início, noção da popularidade que conquistaria com o tema.

Baseando-se em dados estatísticos de alguns órgãos estatais dos Estados Unidos, órgãos estes relacionados ao comércio e à economia, o sociólogo buscou demonstrar que pessoas integrantes do alto escalão da sociedade também cometiam crimes, inclusive de maneira constante. Também analisou as causas que levavam tais sujeitos à prática da infração penal, a relação que existia entre sua

função e a estrutura social e, ainda, os motivos pelos quais decorria a impunidade dos crimes (ANDRADE, 2003, p. 261).

Inicialmente, em seus estudos, o autor constatou que os delitos praticados por pessoas pobres eram punidos pelos órgãos estatais, uma vez que, os praticados por membros da alta sociedade, quando dificilmente punidos, se davam apenas na esfera administrativa. Ressaltou que a ausência de busca aos membros das camadas sociais elevadas, se caracteriza pelo fato de as vítimas destas praticas criminosas serem, em grande maioria, uma coletividade portadora de interesses difusos ou, até mesmo, a sociedade em geral. Segundo Ryanna Pala Veras, é possível resumirmos as características dos Crimes do Colarinho Branco na vertente de Sutherland, da seguinte maneira:

Para Sutherland, a escassa persecução penal a esses crimes se devia a três fatores: 1) o status de seus autores; 2) a tendência a apenas reprimir tais condutas em outros ramos do direito; 3) a falta de organização das vítimas contra os White Collar Crimes (VERAS, 2010, p. 34).

O estudo realizado pelo autor para identificar os White Collar Crimes foi pautado na análise de condutas praticadas por setenta empresas, gigantes, dos Estados Unidos, sendo excluído da análise as empresas públicas e prestadoras de serviços públicos. Nesta etapa do estudo, o autor buscou tratar das seguintes infrações: Falsa representação publicitária, restrições de comércio, marcas e direitos autorais, infrações com relação às patentes, práticas trabalhistas injustas, violação de confiança e fraude financeira, descontos, maculação de regulação de guerras, entre outros delitos compilados. Informações obtidas em comissões administrativas e tribunais foram utilizadas por Sutherland como fonte (BRUGGEMANN, 2013, p. 48).

Embora o número de acusações e denúncias de crimes do colarinho branco sejam menores, a conduta ilegal tem uma extensão muito maior que a indicada. Nesta vertente, o criminoso do colarinho branco não se considera um típico delinquente, tendo em vista não se utilizarem dos mesmos procedimentos que se sujeitam os tradicionais criminosos. Ademais, devido à sua condição social, possuem ligações pessoais de intimidade com aqueles que definem o “criminoso” e suas características (SUTHERLAND, 1999, p. 266).

Com efeito, a macrocriminalidade seria, para Sutherland, infrações praticadas por pessoas respeitadas e de status elevado em suas áreas profissionais. A este sentido era atribuído três modalidades de condutas, podendo ser praticadas por empresários ou homens de negócio, ao praticarem suas atividades, atos ilegais praticados por profissionais, como por exemplo aqueles praticados por médicos, e, por último, atos ilegais políticos.

Portanto, consistem em condutas delituosas praticadas por aqueles que possuem determinada posição elevada na sociedade capitalista, possuindo ainda certas características particulares que auxiliam para que sejam tratados pelo poder público de forma diferenciada:

As violações da lei praticadas pelos homens de negócio são complexas e seus efeitos são difusos. Elas não são simples e não decorrem de um ataque direto de uma pessoa contra a outra, como ocorre num assalto (SUTHERLAND, 2015, p. 103).

Os estudos de Edwin Hardin Sutherland foram de extrema importância, desmistificando o panorama das condutas criminais, vez que, a partir deles, demonstrou-se que os usuários de “terno e gravata” da alta classe social nem sempre integram a sociedade vítima, sendo, por vezes, cometedores de delitos igualmente reprováveis e, quando não, mais reprováveis e danosos que os praticados pelos simples delinquentes.

Nas palavras de Shecaira, é válido dizer que “a criminologia proporciona, a partir de Sutherland, uma explicação de valor onicompreensivo e macrossocial do fenômeno delitivo” (SHECAIRA, 2008, p. 210). Os agentes do colarinho branco causam ofensa aos bens jurídicos difusos, sendo responsáveis por enormes prejuízos à coletividade em geral, o que resulta na perda de confiança no funcionamento das instituições.

Isto posto, podemos concluir que a concepção dos crimes do colarinho branco, atualmente presente em diversos ordenamentos jurídicos, é fruto de um processo gradativo de pesquisas realizadas por Sutherland, minuciosas no sentido de caracterizar a conduta e o porquê de sua prática, à fim de escancará-las a sociedade em geral, buscando-se então, fundamentos para sua punição.

2.2 A Evolução Histórica dos Crimes do Colarinho Branco no Brasil até o Advento da Lei 7.492/1986

Os delitos praticados pela alta sociedade também fazem parte do direito penal brasileiro. Determinadas modalidades de crimes possuem como características fraudes durante o exercício de negócios. A criminalidade no ramo dos negócios possui uma natureza difusa, em certo momento sendo encontrada no Código Penal, em outro sendo encontrada em legislação complementar, integrando-se na forma de crimes contra a Ordem Financeira e Ordem Econômica (DOTTI, 2011, p. 14).

De forma remota, as Ordenações Filipinas, Código de Leis Portugueses de 1595, criado no período do reinado de Filipe I, que era aplicado no Brasil Colônia, punia o crime de usura com uma pena de 02 (dois) anos de degredo na África, pena esta que seria em dobro caso fosse o agente reincidente (LYRA, 1978, p. 07).

A Constituição de 1824, primeira brasileira, no período Imperial, não possuía normas que incriminassem as condutas abusivas do poder econômico. Somente em 1875, com o Decreto nº 2682, passou a haver incriminação da conduta de concorrência desleal, caracterizada pela adulteração do comércio de produtos e marca manufaturada.

Inicialmente, o Código Penal do ano de 1890, durante a Primeira República, não criminalizava as condutas caracterizadas por abuso de poder econômico.

O grande marco da mudança na incriminação de crimes do colarinho branco no país aconteceu com a crise de 1929 e, conseqüentemente com a revolução que a sucedeu, de 1930, que atingiram o Brasil de forma dura. O estado passou a adotar medidas para conter a crise, com maior intensidade nos setores de café, setor este que dominava a economia na época. Alguns diplomas penais começaram a surgir, com a finalidade de sancionar certos ilícitos, como a fraude, falsificação de alimentos e usura no ramo.

Em 1937, a Constituição decorrente do “Estado novo de Vargas”, trouxe a necessidade de o estado intervir no domínio econômico do país. Nesta ocasião, restou evidente que o estado tinha como objetivo intervir como suprimimento

das deficiências da iniciativa privada e para que os fatores de produção fossem também coordenados por este, buscando-se sempre preservar o interesse nacional.

De forma diversa, a Constituição de 1946 aduzia que o estado interveria somente no interesse público e seria limitado nos direitos fundamentais da constituição, na liberdade de iniciativa, na justiça social, além da existência digna e aumento da importância do labor humano.

Já a atual Constituição Federal, de 1988, que consagra o princípio da não intervenção, afirma que o estado deverá assumir o papel de regular e normatizar a atividade econômica do país, fiscalizando, planejando e incentivando tal atividade. Neste mesmo sentido, a Constituição garante ainda a consagração da livre iniciativa como base da ordem econômica brasileira, trazendo em seu texto certos princípios privados, como os de livre concorrência, propriedade privada e o do exercício da atividade econômica de forma livre. A ordem financeira e econômica brasileira abrem caminho para a entrada no direito penal, vez que, estando este pautado no princípio da intervenção mínima, irá atuar sempre em casos de maior lesividade. Neste viés de atuação, destaca-se os crimes de colarinho branco.

Infraconstitucionalmente, a punição à crimes econômicos somente foi introduzida no país em 1938, com a Lei de Economia Popular (Decreto-lei 869 de 18 de novembro), projeto formulado pelo ilustríssimo jurista Nelson Hungria. O projeto tinha como objetivo tutelar a economia popular, no sentido de que este bem jurídico era englobado pelos abusos ao poder econômico e pela usura. Buscava-se proteger e incentivar a pequena economia, reprimindo cartéis, trustes e outras trapaças que visavam deixar sob dependência econômica a população.

Passa-se então à lei 7492/1986, chamada de “lei dos crimes de colarinho branco”, que possui suporte na Constituição Federal Brasileira de 1988, título VII, capítulo IV, artigo 192 (cento e noventa e dois), onde organiza o Sistema Financeiro Nacional, sistema este relacionado a gestão política monetária, atividade desempenhada pelo governo, anteriormente regulada pela Lei 4595/1964. Tal expressão, Sistema Financeiro Nacional, normalmente é compreendida de uma forma ampla, acobertando várias atividades econômicas, ligando-se à normas de direito econômico e, ainda, tributário.

Analisando a história da Lei 7.492/1986, verifica-se a dificuldade política pela qual o projeto precisou passar para entrar em vigor. Na época, vários

escândalos financeiros assombravam o país no final do governo militar, como os famosos casos de Capemi, Delfin, Comind, etc, partindo daí a ideia de uma legislação que tratasse propriamente do assunto. Vários projetos legislativos específicos, infrutíferos, antecederam a atual lei. Nilson Alfredo Gibson Duarte Rodrigues, deputado federal na época e relator do projeto de lei, na obra de Castilho, justifica-o:

A grande dificuldade do enquadramento desses elementos inescrupulosos, que lidam fraudulentamente ou temerariamente com valores do público reside na inexistência de legislação penal específica para as irregularidades que surgiram com o advento de novas e múltiplas atividades no sistema financeiro, especialmente após 1964. Em consequência, chega-se ao absurdo de processar-se um mero 'ladão de galinhas', deixando sem punição pessoas que furtaram bilhões não apenas do vizinho, mas a nível nacional. (CASTILHO, 2001, p. 130).

Em 16 de maio de 1985, após aprovação de algumas emendas no projeto, finalmente aprovou-se a redação final da lei, porém, somente no ano seguinte, em 1986, ainda assim após novas alterações, que foi então apresentado o projeto ao Presidente da República, para que este a sancionasse ou vetasse.

A Lei 7.492 finalmente foi publicada em 18 de junho de 1986, após alguns vetos do Presidente da República. Tais vetos atingiam a prática do crime na forma culposa, a inclusão de membros de conselho estatutário, mandatários gestores ou qualquer outra pessoa que atuasse em interesse ou nome da instituição financeira, como responsáveis por crimes desta espécie, além de vetar ainda a prisão administrativa.

Afinal, o interesse em reprimir tal modalidade delitiva somente teve impulso após a década de 1960. Luiz Régis Prado afirma que tal defasagem advém, sobretudo, da demora na evolução do mercado de capitais do país, acrescentando:

[...] como no período de vigência das Ordenações de Reino e do Código Criminal do Império de 1830, predominava o trabalho escravo e não existiam instituições financeiras [...] não havia necessidade da previsão dessa espécie de crime. (PRADO, 2013, p. 146).

Somando isto à morosidade dos legisladores, verifica-se o difícil caminho até que a Lei dos Crimes de Colarinho Branco entrasse em vigor, para repreender aqueles do alto escalão social que pratiquem crimes de extrema

danosidade social, sem se quer, muitas vezes, que ela (sociedade) saiba, apenas sinta.

Atualmente, a aplicação da lei 7.492/86 é coerente e comum nos tribunais do país, embora ainda haja uma crise de confiança da sociedade em relação a estes delitos, havendo, inclusive, molduras de projetos de lei para alteração do diploma legal, porém, sem relevância no momento.

2.3 O Novo Direito Penal

Os crimes do colarinho branco inserem-se numa corrente ainda jovem, porém importante, que estuda a modernização do direito penal, tendo em vista a evolução social e a necessidade de aprimoramento.

O autor Jesus Maria Silva Sanchez foi responsável por desenvolver pesquisas importantíssimas concernentes a expansão do direito penal, denominando-as como um modelo penal dual. Segundo seu entendimento, a evidente expansão do direito penal não seria apenas resultado de um Estado perverso ou de uma busca manipulada pela solução fácil dos problemas pós-industriais resultantes, mas resulta-se também das aprofundadas transformações ligadas às *“expectativas que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao direito penal”*, ou seja, resumidamente, seriam respostas penais às *“demandas sociais por mais proteção”* (SANCHEZ, 2002, p. 23).

O autor atribui como uma das várias causas para a expansão do direito penal, o aparecimento de novos interesses ou novas valorações de interesses preexistentes, como por exemplo, a tutela ao meio ambiente e as atividades que causem lesão à economia, como a lavagem de dinheiro.

Conforme supracitado, o autor propõe a construção de um modelo dual do sistema de normas penais. Pelo primeiro, inclui-se os crimes aos quais se cominam pena privativa de liberdade, sendo que a eles deveriam ser respeitadas regras escrupulosas de imputação e garantias penais e processuais, e, pelo segundo, no qual seriam incluídos os delitos com penas restritivas de direitos, pecuniárias ou de reparação, receberiam normas mais flexíveis.

O significado exato de tal proposta pode ser apreendido se se leva em conta que os delitos – muito especialmente os socioeconômicos – nos quais se manifesta a expansão do direito penal continuam sendo delitos sancionados com penas privativas de liberdade, de considerável duração em alguns casos, nos quais, sem embargo, os princípios políticos-criminais sofrem uma acelerada perda de rigor. Se nos ativermos ao modelo sugerido, somente há duas opções: a primeira, que tais delitos se integrem no núcleo do direito penal, com as máximas garantias (no relativo e legalidade, a proporcionalidade, a lesividade, a prova, etc.) e as mais rigorosas regras de imputação (da imputação objetiva, autoria, a comissão por omissão, etc.); e a segunda, que se mantenham a linha de relativização de princípios de garantia que hoje já acompanha tais delitos, em cujo caso se deveriam renunciar a cominação das penas de prisão que agora existem (SANCHEZ, 2002, p. 143).

Neste mesmo viés, o autor revisitou e ratificou sua proposta de modelo dual, no seguinte sentido:

Minha posição, exposta em distintos lugares ao longo dos últimos dez anos, se situa em um ponto médio. Talvez por isso lhe caiba a (duvidosa) honra de ter sido criticada pelos dois pontos de vista extremos. Demonstro ceticismo sobre se a melhor forma de enfrentar o direito penal expansivo seja a adoção de construções puristas, insustentáveis no atual estado de desenvolvimento econômico e social. Contudo, por outro lado, rechaço, como alguns pretendem, que se faça “tábula rasa” de boa parte do patrimônio institucional (dogmático e político criminal) do direito penal tradicional em nome de não se sabe qual progresso (SANCHEZ, 2010, p. 9-10).

Porém, o autor não foge em reconhecer que a tese político-criminal estabelecida por si pode deixar um lado aberto para críticas, no sentido de servir a um direito penal estrito as classes menos favorecidas (SANCHEZ, 2010, p. 53). No entanto, o autor salienta um possível sentido classista, narrando que o modelo teórico apresentado não diz respeito a distinções segundo sujeitos, somente segundo fatos e consequências jurídicas (SANCHEZ, 2002, p. 144).

Por sua vez, o autor Luis Gracia Martín defende a ocorrência de uma ruptura com modelo penal histórico, passando-se de um direito penal liberal para um novo direito penal. Esta ruptura envolve, segundo ele, duas ordens a serem consideradas: formal e material. Desta forma, já é possível, de forma plena, dizer que “o que já foi não é; vive-se nos tempos” (MARTÍN, 2005, p. 33 e 37).

Concernente à ruptura da vertente formal, o autor identifica, de forma precisa, o direito penal econômico como o novo direito penal. Estariam nele inseridos ainda o direito penal do meio ambiente, o direito penal da globalização e o direito penal comunitário. De forma básica, o autor afirma que na maioria das

legislações, é possível detectar um acréscimo na quantidade do catálogo de figuras delitivas, além de um aumento na amplitude da esfera de aplicação e/ou de agravação punitiva de certos tipos tradicionais (MARTÍN, 2005, p. 45).

O Direito Penal Econômico, idealizado como a compreensão normativa que possui como objeto a projeção, preservação e proteção da ordem pública econômica, e, ainda, as fundamentais coordenadas, dentre as quais acontecem as transações e relações de caráter econômico (FERRERO, 1992, p. 33), ou seja, “possui como objeto a proteção de bens jurídicos supraindividuais, sociais ou coletivos, vinculados à esfera econômica” (TIEDEMANN, 2010, p. 58). Isto posto, importante afirmar que o Direito Penal Econômico não se encaixa no Direito Penal Tradicional, constituindo-se legítimo Direito Penal Moderno. Nesta vertente, o autor Luís Greco constata que o principal problema encarado pela Modernização do Direito Penal sustenta-se em dois alicerces, sendo eles os Bens jurídicos Coletivos e os Crimes de Perigo Abstrato (GRECO, 2011, p. 2-4).

Antes de prosseguirmos, é válido trazer à baila uma rápida definição de “direito penal econômico” trazida pela Revista Jurídica de Direito Internacional e Econômico, publicada pelo Instituto Nacional do Contencioso Econômico, quando trata da responsabilidade penal dos sócios nos crimes praticados contra a economia.

O Direito Penal Econômico é o ramo do Direito Penal que tipifica e sanciona as infrações cometidas contra a ordem econômica, financeira, tributária e previdenciária. Esse ramo do direito tem por objetividade jurídica garantir a arrecadação fiscal, sob a ameaça de uma sanção, que implique a perda de liberdade, compelindo, assim, o contribuinte inadimplente, o sujeito passivo da relação fiscal, tributária ou previdenciária, a cumprir a obrigação com o Fisco, que possivelmente, não cumpriria se não houvesse a ameaça de uma pena afiliva corporal (ROCHA, 2002, p. 11 e 12).

Voltando, as razões trazidas pelo autor são coincidentes, em grande medida, com as já trazidas pelo autor Silva Sanchez. Porém, Gracia Martín soma uma ideia de que a modernização ou expansão, ao contrário do apregoado com insistência – como um tipo de *mantra* –, não acarreta em rebaixar ou esfacelar os demais institutos dogmáticos-penais, ou mesmo os sistemas penais e processuais de garantias, criados após o direito penal liberal. Pelo contrário, em alguns casos, como por exemplo, no moderno direito penal da empresa, é exigido intensas contribuições dogmáticas na correta solução para uma apropriada imputação jurídico penal (MARTÍN, 2005, p. 64).

O autor ressalta ainda, que o antigo modelo penal, rigorosamente, nada tinha de clássico, na direção de um ideal inspirador do passado, tendo em vista que naquela época – no Estado liberal burguês –, precipuamente, o direito penal prestava a exclusão dos mais privilegiados de suas garras, oprimindo e reprimindo apenas as classes mais baixas (MARTÍN, 2005, p. 130).

O estado atual das legislações penais, por um lado e, sobretudo, o fato de que, por outro lado, importantes e qualificados setores da doutrina – e, ademais, escrupulosamente respeitosos das garantias penais do Estado de Direito – desenvolvam argumentações favoráveis à “legitimidade” da assunção pelo direito penal de novos conteúdos, ou de sua extensão a novos âmbitos que, segundo o discurso crítico do direito penal moderno de Hassemer e de seus seguidores, não poderiam ser assimilados pelo modelo penal de Ilustração, são provas claras de que o que aqui está em jogo e em discussão é precisamente a validade desse modelo de direito penal ou de um determinado modo de compreendê-lo, e, por conseguinte, uma razão mais do que suficiente para negar a esse modelo o atributo de “clássico” no sentido definido e pretendido por Hassemer (MARTÍN, 2005, p. 41).

No que tange a vertente “material”, segundo o autor, a ruptura estaria completa com a alteração político-criminal de uma histórica preferência por pobres, menos favorecidos, ou seja, a modernização do direito penal só pode, e deve ser tomada no sentido de recuperar a totalidade da matéria criminal, até mesmo quando se tratar de multiplicidade de infrações, especialmente no âmbito econômico, tendo em vista estas terem ficado de fora, discursiva e ideologicamente, do direito penal liberal. Muito além do velho crime de roubo, deve-se somar à disciplina as ignoradas espécies de abuso dos detentores do capital. Desta forma, por seu raciocínio, o autor quis tratar do embate pela criminalização de ações reprováveis cometidas pelas mais elevadas camadas sociais, em suas palavras:

A modernização do direito penal é a luta pela integração no discurso penal da criminalidade material das classes sociais poderosas que elas mesmas conseguiram até agora excluir daquele discurso graças à sua posição de poder de disposição absoluto sobre o princípio da legalidade penal desde a sua invenção pelo ideário político ilustrado liberal da burguesia capitalista (MARTÍN, 2005, p. 116).

Deste modo, o autor conclui que para existência de um novo direito penal não basta introduzi-lo em um novo “catálogo de novos tipos penais” modernos, tendo em vista que, para uma descontinuação total do antigo, é necessário, materialmente, que as condutas das classes mais altas sejam criminalizadas de

forma abrangente, ou seja, deve haver a fundação e estruturação de um “sistema” que possa classificar tipos delitivos de acordo com o bem jurídico, com a totalidade de ações ético-socialmente prejudiciais próprias e com as características do composto de ação das altas classes (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 135).

Podemos notar que, ainda hoje, os autores de crimes do colarinho branco gozam de um cinturão de impunidade que decorre de vários fatores. Neste viés, eles não se veem como infratores, como um bandido, porém tal percepção é partilhada por vários estudiosos, legisladores e aplicadores do direito penal. A atividade que investiga estas infrações que subsistem no âmbito do direito penal econômico, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial, está revestida de inúmera variabilidade, que conspira a favor dos autores desta modalidade de crime e, conseqüentemente, da impunidade.

Ademais, considerando as contribuições criminológicas, dogmáticas e político-criminais supracitadas, conclui-se pela legitimidade do direito penal econômico como um “novo” direito penal. Desta forma, abster-se de uma regulação penal às graves violações socioeconômicas nos dias atuais é, segundo o autor Max Ernst Mayer, “colocar o direito penal ante as expectativas sociais como um general inábil, que não está a altura das tarefas encomendadas à sua tropa: *ubi nihil vales, ibi nihil veli*” (MAYER, 2007, p. 29).

3 BREVE ANÁLISE JURÍDICA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMO MATÉRIA DA LEI 7.492/86

Neste breve capítulo, reserva-se espaço para, antes de adentrarmos à conduta da gestão fraudulenta de Instituição Financeira, termos conhecimento, ainda que prévio, das características e formação do Sistema Financeiro Nacional brasileiro (SFN).

Com toda sua complexidade, o SFN, atualmente regulamentado pela lei 4.595/1964, é composto internamente por vários órgãos, daí a importância de destaca-los e mostrarmos suas respectivas importâncias e peculiaridades.

Após a breve análise do SFN, passa-se ao estudo, de forma geral, da lei dos crimes do colarinho branco, nº 7.492/86, que trata, basicamente, de delitos cometidos contra Instituição Financeira, lei esta que possui intensas particularidades, onde restará demonstrado suas principais características, além de seus principais objetivos, como a tutela prestada pela lei e as peculiaridades do agente ofensor descritas.

3.1 Introdução ao Sistema Financeiro Nacional (SFN)

Atualmente, o Sistema Financeiro Nacional está previsto na nossa carta maior, Constituição Federal, em seu artigo 192, onde dispõe: “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar”.

Extremamente importante salientar o pioneirismo da vigente Carta Magna de 1988, no sentido de que até sua entrada em vigor, o Sistema Financeiro Nacional não havia sido objeto de disciplina constitucional (MAIA, 1999, p. 17).

Ao ler o supracitado artigo da Constituição Federal, podemos, hermeneuticamente, auferir dois principais objetivos do SFN, sendo eles o de promover um desenvolvimento equilibrado do país, além da obtenção dos interesses sociais.

Salienta-se que o texto da constituição (artigos 3º e 170 da CF) consagra, expressamente, o condicionamento do setor financeiro do país aos interesses coletivos, objetivando o desenvolvimento equilibrado do país. Portanto, a atuação dos órgãos do setor, deve ser compatível com os princípios que regulam a atividade econômica, e, conseqüentemente, com os objetivos fundamentais do Brasil (SQUIZZATO, 2013, p. 252).

Portanto, é evidente a importância e relevância da proteção jurídica dada ao Sistema Financeiro, para que este, venha a ter um bom funcionamento, não só como uma garantia em proteger o patrimônio daqueles que nele operam, mas de uma economia nacional desenvolvida.

No âmbito infraconstitucional, o SFN possui sua regulamentação nas Leis nº4.595/1964, Lei da Reforma Bancária, e Lei 4.728/1965, Lei do Mercado de Capitais, observando-se que ambas foram recepcionadas pela Constituição vigente.

A estrutura do Sistema Financeiro Nacional é estabelecida, de forma básica, pelo artigo 1º da Lei 4.595/1964:

Art. 1º O Sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente lei, será constituído:
I – do Conselho Monetário Nacional;
II – do Banco Central do Brasil;
III – do Banco do Brasil S.A.;
IV – do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;
V – das demais instituições financeiras públicas e privadas.

Sempre que falamos sobre Sistema Financeiro Nacional, devemos ter em mente estarmos falando de uma estrutura complexa, constituída por instituições financeiras, tendo como papel principal a normatização e gerenciamento das transferências de recursos que ocorrem entre os agentes econômicos, independente de serem particulares, pessoas jurídicas ou até mesmo a administração pública (SQUIZZATO, 2013, p. 251).

De uma forma mais específica, poderíamos destacar a formação do Sistema Financeiro Nacional por um conjunto de instituições, sejam públicas ou privadas, que atuem por meio de vários instrumentos econômicos financeiros, captando recursos, e, como já destacado, distribuindo e transferindo valores entre agentes econômicos (ASSAF NETO, 2009, p. 47).

Segundo a doutrina pátria, o Sistema Financeiro Nacional deve ainda ser dividido em duas espécies, dependendo, cada uma delas, das funções que desempenha a instituição financeira que a compõe. Neste sentido, podemos afirmar que dentre as Instituições consideradas inseridas no SFN, é possível encontrar órgãos reguladores e outros tipos variados de instituições, sendo estas as que, de algum modo, se relacionam com captação e investimento de recursos ou intermediam determinadas operações financeiras (CAMINHA, 2007, p. 11/12).

Deste modo, o SFN se subdivide de forma normativa, sendo uma delas constituída por duas autoridades monetárias – o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional (CMN) – e uma autoridade de suporte – a Comissão de Valores mobiliários (CVM), e ainda há uma divisão relacionada com a operação do sistema, composta por instituições bancárias e não bancárias, e pelo Sistema Distribuidor de Títulos e Valores Mobiliários e alguns agentes especiais (MELLAGI FILHO e ISHIKAWA, 2008, p. 116).

A posição de maior destaque nesta divisão normativa está incumbida ao Conselho Monetário Nacional. O CMN possui como principal finalidade a de formular no mercado a política do crédito e da moeda, visando-se atender não só os interesses econômicos, mas também os sociais do país (FURLANI, 2013, p. 08).

O Presidente do Banco Central, o Ministro chefe do Planejamento e o Ministro da Fazenda são integrantes do CMN, daí o destacarmos como sendo o órgão normativo de maior importância no SFN.

Já o Banco Central do Brasil possui algumas particularidades, que devem ser apontadas. No Brasil, o papel do Banco Central ficou muito ligado a uma administração pública centralizada, em razão de possuir um mercado relativamente pequeno. Porém, não podemos afirmar que o Banco Central atingiu seu formato definitivo. Atualmente, o ponto crítico é determinar qual o seu grau de independência quanto às políticas de crescimento econômico do país e, ainda, quais os problemas em financiar o governo em várias esferas (MELLAGI FILHO e ISHIKAWA, 2008, p. 118).

Ainda no tema, o Banco Central desempenha basicamente cinco papéis, sendo eles o de atuar como “banco dos bancos”, gerir o Sistema Financeiro Nacional, emitir e sanear meios circulantes, executar a política monetária e

intermediar as finanças do Tesouro Nacional (MELLAGI FILHO e ISHIKAWA, 2008, p. 118).

Ademais, na esfera da divisão normativa, a CVM, como diz o próprio nome, possui atribuições de normatizar, controlar e fiscalizar o mercado de Valores Mobiliários. Conforme a Medida Provisória nº 1.637, de 8 de janeiro de 1998, entende-se como Valores Mobiliários os contratos ou títulos de investimento coletivos, uma vez que estes gerem direito a participação, parceria ou remuneração, inclusive aquelas que resultem de prestação de serviços, onde os rendimentos decorrem do esforço do empreendedor ou terceiro.

Não precisaremos analisar profundamente cada um dos segmentos. Porém, é válido demonstrarmos, em breves linhas, a divisão operacional de acordo com os autores Mellagi Filho e Ishikawa.

Podemos dividir a Divisão Operativa em 04 (quatro) segmentos, a saber:

1. Instituições bancárias: são as que intermediam recursos e tem como fonte depósitos à vista e a prazo e tem capacidade de criar moeda no conceito MI (papel-moeda em poder público mais depósitos a vista em bancos comerciais), destacando-se: Comerciais, Econômicas e Cooperativas de Crédito/Bancos Cooperativos;
2. Instituições não bancárias: são as que intermediam recursos, mas não possuem capacidade de criar moeda no conceito MI, destacando-se os Bancos de Desenvolvimento e Bancos de Investimento;
3. Sistema distribuidor de títulos e valores mobiliários: são as que apenas transacionam títulos e valores mobiliários, além da moeda estrangeira;
4. Agentes especiais: são instituições financeiras que atuam como banco de fomento e tem, em alguns casos, capacidade de criar moeda no conceito MI. (MELLAGI FILHO e ISHIKAWA, 2008, P. 123).

Por fim, após as supracitadas considerações sobre a estruturação e o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, devemos agora, passar à uma análise geral da Lei dos “Crimes do Colarinho Branco” brasileira, Lei nº 7.492/1986, onde irá se observar as principais características desta espécie de delito.

3.2 Aspectos Gerais da Lei 7492/1986

Como já mencionado, mas importante salientar, o Sistema Financeiro Nacional somente obteve sua tutela, de forma específica, com o advento da Lei 7.492 de 16 de junho de 1986.

O próprio Sistema Financeiro Nacional é, a princípio, tutelado pela referida lei, apesar de não ser o único. O Sistema Financeiro Nacional objetiva promover o desenvolvimento do país, de forma equilibrada, e, ainda, a obtenção dos interesses coletivos. Ademais, o próprio texto da lei menciona, de forma expressa, a tutela dos valores e interesses da ordem econômico-financeira. É o que dispõe o artigo 23:

Art. 23 – Omitir, retardar ou praticar, o funcionário público, contra disposição expressa da lei, ato de ofício necessário ao regular funcionamento do sistema financeiro nacional, bem como a preservação dos interesses e valores da ordem econômico-financeira:

Pena – Reclusão, de 01 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Desta forma, prestando tutela ao Sistema Financeiro Nacional, a lei acaba por proteger propriamente o desenvolvimento sustentável do Brasil, bem jurídico este, considerado de natureza transindividual.

Em termos gerais, o bem jurídico tutelado por esta lei é, de forma fundamental, o SFN, que consiste em um conjunto de instituições, sendo elas monetárias, bancárias e sociedades, e ainda, o mercado financeiro (de capitais e valores mobiliários). Objetiva a geração e intermediação de crédito (e empregos), estimulação de investimentos, aperfeiçoamento de mecanismos de financiamento empresarial, garantia da poupança popular e do patrimônio dos investidores, compatibilização do crescimento com estabilidade econômica e redução de desigualdade, visando assegurar uma boa gestão da política econômico-financeira do Estado, com vista ainda ao desenvolvimento equilibrado do país. Consiste em um bem jurídico cuja natureza advém do macrossocialismo ou transindividualismo, com cunho institucional ou coletivo, salvo as exceções (PRADO, 2013, p. 148-149).

Thaís Bandeira Oliveira Passos, anota que a tutela penal dos bens transindividuais consiste em uma nova tendência do Direito Penal brasileiro. Atualmente, não mais se protege somente a vida, a honra, o patrimônio. Tutela-se também a ordem econômica, a ordem previdenciária, o Sistema Financeiro e, ainda, as relações de consumo (PASSOS, 2011, p. 23).

Como consequência desta nova tendência penal, há a criação da vitimização como natureza difusa. Não há mais a exata consciência dimensional da lesão resultante deste tipo de crime, vez que cada um perde a percepção da

qualidade própria de sujeito passivo. Certamente pode-se afirmar que tal ausência de conhecimento chega a suavizar a importância da tutela destes novos delitos na sociedade, sobretudo tratando-se de crime cuja natureza é econômica, e a lesão causada é, na maioria das vezes, absorvida pelas próprias leis, seja leis de mercado ou da economia. (PASSOS, 2011, p. 23)

Neste mesmo sentido, podemos dizer que, além do Sistema Financeiro Nacional, a lei nº 7.492/86 protege, de forma secundária e incidental, os bens individuais de pessoas físicas e jurídicas operantes no sistema (MAZLOUM, 1999, p. 40).

A confiança dos investidores e a segurança dos negócios são aspectos sobre os quais também recai a tutela da norma, embora, por vezes, ignorados pela doutrina.

Neste sentido, um poupador ou investidor confia nas instituições financeiras, não só por sua liquidez, mas também porque sabe que o mercado no qual a instituição está inserida é estruturado e organizado, e que sobre ele recai uma fiscalização intensa e eficiente do estado, visando manter a normalidade. Da mesma forma, a segurança dos negócios é outro aspecto importante para o funcionamento regular do SFN. Sabe-se que o mercado financeiro e de capitais é, na essência, de risco. Por conta disto é que os negócios nele realizados pelo público, de forma geral, deverão ser sempre transparentes e corretamente fiscalizados, havendo nestes negócios o mínimo de garantias de que serão honrados. As regras que dizem respeito aos vários tipos de negócios devem estar perfeitamente definidas para um conhecimento prévio e proporcional dos riscos assumidos com o empreendimento. Ausente negócios feitos de forma séria, aumenta-se os riscos inerentes, acabando por criar insegurança nos usuários dos serviços e produtos oferecidos no mercado. Sem dúvida, tal situação prejudica o funcionamento do SFN objetivado (MAZLOUM, 1999, p. 43).

Deste modo, observa-se que o risco consiste em um atributo interno de qualquer operação financeira, restando demonstrado ser imprescindível uma tutela penal com caráter eficiente, que não apenas reprima, mas também previna certas condutas danosas, de modo que venha a minimizar possíveis riscos ao sistema que decorram de atos ilícitos, proporcionando um ambiente saudável para que a atividade econômica se desenvolva.

O Projeto de Lei 273-D, de 1983, que originou a Lei 7.492/1986, menciona algumas novidades no ordenamento jurídico brasileiro com a inserção do diploma legal. Vejamos:

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

Resta clara a preocupação do legislador com certas características inerentes aos agentes desta modalidade de crime, em especial ao grande poder econômico que eles possuem, característica esta que normalmente gera obstáculos à atuação da justiça, seja de forma lícita, como o pagamento de fiança, acima destacado pelo legislador, ou ainda, por meios ilícitos.

Ademais, podemos apontar ainda outras dificuldades na luta contra os crimes econômicos, dentre elas a “estruturação voltada à prática de crimes, o uso da internet, a transnacionalidade, a utilização do sistema financeiro, a cooptação de agentes públicos e a dissimulação nos aparatos empresariais” (VAZ e MEDINA, 2012, p. 33).

A Lei 7.492/1986, em seu artigo 1º, traz a definição das Instituições Financeiras, embora estas já tivessem sido anteriormente definidas pelo artigo 17, *caput*, da Lei 4.595/1964. A nova redação ampliou a abrangência à lei penal.

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 de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à Instituição Financeira:

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

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

Podemos dizer que o supracitado artigo trouxe uma abrangente definição de instituição financeira, levando-se sempre em conta o critério das atividades exercidas (CAMINHA, 2007, p. 9).

No que tange às sanções cominadas na lei, todos os tipos penais previstos, sem nenhuma exceção, aplicam sanções cumulativas de reclusão, que pode variar de 01 (um) a 04 (quatro) anos até 03 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Percebe-se que o legislador tentou minimizar as dificuldades decorrente do alto poder aquisitivo dos autores de tais delitos à atuação do poder judiciário, verdadeiros delinquentes econômicos.

Ao cominar penas de multas, buscou-se negatizar incentivos para prática destes delitos, em virtude da natureza econômica dos crimes.

4 GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: QUANDO A FRAUDE NO SISTEMA FINANCEIRO É RELEVANTE PARA O DIREITO PENAL?

Antes de o art. 4º, *caput*, da lei nº 7.492/86 prever o tratamento do crime de gestão fraudulenta, já havia a lei nº 1.521 de 1951 estabelecido tal conduta típica, positivando-a em seu art. 3º, inciso IX, ou seja, a lei dos crimes do colarinho branco não trouxe esta conduta como novidade (PIMENTEL, 1987, p.50).

A Lei nº 1.521 de 1951 trazia duas elementares típicas para que a conduta do indivíduo fosse enquadrada como gestão fraudulenta ou temerária, sendo elas a conduta de levar a falência ou insolvência, ou descumprir cláusula contratual com prejuízo dos interessados.

A Lei trazia ainda uma relação taxativa de quais instituições eram abrangidas, sendo elas bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pensões vitalícias ou pecúlios; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de quotas ou pontos; caixas mútuas, de empréstimos, de beneficência ou socorros; caixas Raiffeisen; caixas econômicas; caixas de aposentadoria, pensão e pecúlio; caixas construtoras; sociedades de economia coletiva e cooperativas.

Por outro lado, a lei dos crimes do colarinho branco, nº 7.492/86, trouxe uma redação bem mais enxuta para o crime de gestão fraudulenta, tirando dele várias elementares, resultando em uma tipificação mais genérica:

Art 4º - Gerir fraudulentamente instituição financeira:
Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.
Parágrafo único. Se a gestão é temerária:
Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

O disposto no art. 4º, positivou uma redação concisa e sem elementares, ignorando o anteprojeto e suas respectivas emendas, da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal. Retirando-se as elementares típicas da conduta delitiva, restou positivado um dispositivo genérico, que, em vista deste conceito amplo, pode ser interpretado como aplicável, de forma concomitante, à várias outras condutas delitivas tipificadas na própria lei nº 7.492/86, condutas estas

que se utilizam, de alguma forma, de subterfúgios fraudulentos (PIMENTEL, 1987, p. 47-48. BITENCOURT e BREDA, 2014, p. 57).

Neste sentido, a autora Trauczynski corrobora a amplitude conceitual do art. 4º, exemplificando demais condutas típicas as quais podem ser aplicadas o genérico artigo, tais como os crimes de apropriação indébita financeira, presente no art. 5º, crimes de falsa informação sobre operação financeira, presente no art. 6º, falsidade em demonstrativos contábeis, presente no art. 10, contabilidade paralela, art. 11, fazer operar instituição financeira ilegal, art. 16, conceder empréstimos ou adiantamentos ilegais, presente no art. 17, falsa identidade, presente no art. 21 e evasão de divisas, constante no art. 22, além dos artigos 7º e 9º, o que induz ainda o interprete a imaginar a possibilidade de um concurso formal ou material entre as citadas normas (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 32).

Esse conceitual delineamento genérico e abrangente, pelo qual o legislador optou, torna ainda mais difícil e desafiador o dogmático tratamento da conduta típica, e, além do mais, não havendo sedimentado entendimentos da doutrina e jurisprudência, quanto a natureza da gestão fraudulenta, e da temerária, por consequência, é permitido aplicar-se de todas interpretações possíveis (FELDENS, 2010, p. 172).

O autor Pimentel, ao comparar o tratamento dado ao delito de gestão fraudulenta na lei nº 1.521/51 e nº 7.492/86, revela que a normatização da primeira é mais rica e expressiva, pois relaciona com detalhes quais entidades são passíveis de serem enquadradas (PIMENTEL, 1987, p. 47). Em razão disto, acredita-se que o art. 4º da lei 7.492/86 deve ser interpretado, em respeito ao princípio da reserva legal, de forma que se atente ao delineamento previsto na lei nº 4.521/51 (OLIVEIRA, 1952, p.154).

O autor destaca ainda:

A tarefa do intérprete, relativamente à Lei de Economia Popular, é facilitada por que há referência às condições objetivas de punibilidade, que aludem à falência ou à insolvência, ou ao não cumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. Ocorrendo estas condições, cria-se a condição para o exame da gestão, aferindo-se, então, a ocorrência ou não do comportamento fraudulento, ou a existência de prejuízo pelo não cumprimento de qualquer das cláusulas contratuais.

Agora, com a redação extremamente genérica do art. 4º e de seu parágrafo único em exame, torna-se demasiadamente subjetiva a pesquisa dos elementos do delito (PIMENTEL, 1987, p. 49).

Estando demonstrada a dimensão da grande problemática do delito em estudo, é importante, antes de prosseguirmos com o estudo minucioso da hermenêutica para uma melhor interpretação do delito, destacar a existência de uma nova redação que tramita no Senado para tipificação da gestão fraudulenta, constante no Projeto de Lei 236/2012, projeto este que propõe um Novo Código Penal. A Emenda nº 1 do citado Projeto de Lei estabelece que o delito de gestão fraudulenta estará tipificado no artigo 366 do Novo Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 366. Praticar ato fraudulento na gestão de instituição financeira:

Pena – prisão, de dois a oito anos.

Gestão fraudulenta

§1º Se a conduta for habitual:

Pena – prisão, de três a dez anos.

Fraude com prejuízo

§2º Se da conduta decorrer prejuízos para terceiros:

Pena – prisão, de quatro a doze anos.

Fraude geradora de intervenção, liquidação ou falência

§3º Se da conduta decorrer intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição financeira:

Pena – prisão, de cinco a quatorze anos.

§4º Se a fraude, ainda que reiterada, exaurir-se na gestão, sem outra potencialidade lesiva, fica por esta absorvida.

Caso esta seja a redação final e, o projeto de lei aprovado, é possível perceber que a amplitude dos tipos objetivos e subjetivos persistirão, resultando na mesma abrangência conceitual.

4.1 Delimitação da Conduta de Gestão Fraudulenta

O direito penal econômico está incumbido na proteção dos direitos fundamentais de segunda dimensão, buscando proteger a sociedade de arbitrariedades econômicas e condutas sem valia, atos estes por vezes penalmente tipificados.

Nessa vertente, preocupa-se não com os efeitos de determinadas condutas sobre um indivíduo ou um grupo destes, mas sim com a potencialidade desta conduta lesionar o mercado financeiro e econômico.

Neste diapasão, extremamente importante delinear a conduta objeto principal deste estudo, qual seja a gestão fraudulenta de instituição financeira no Brasil.

Nas sábias palavras do autor Marcelo Almeida Ruivo, conceitua-se que o crime de gestão fraudulenta tutela um bem jurídico dúplice supraindividual e de titularidade difusa, sendo este formado pela união de dois valores socioeconômicos penalmente dignos: de um lado o patrimônio, e do outro, a verdade a transparência (RUIVO, 2011, p. 32).

Em determinados países, como o Brasil, esta conduta está tipificada entre os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, subordinadas não aos acionistas, investidores e clientes da instituição, mas sim ao interesse público, ao passo que, paralelamente, em outros países, como Portugal, não há uma tipificação específica para esta conduta delitiva.

Porém, mesmo sem uma tipificação específica, Portugal prevê, em sua legislação, resguardar o Sistema Financeiro, estando sua definição presente no artigo 101 da Constituição Portuguesa. O autor Canotilho esclarece que neste artigo estão dispostas as instituições financeiras, sem distinguir seus regimes, tendo em vista que todas elas são de interesse público e submetem-se aos mesmos critérios de fiscalização e regulamentação (CANOTILHO, 1993, p. 454).

É neste sentido que será analisada a ação do gestor de instituição financeira, que a rege por meios fraudulentos, prejudicando a coletividade e o interesse difuso de confiar no sistema financeiro nacional.

Quando se busca a proteção de bens supraindividuais, difíceis e nebulosas as previsões típicas, diferente de quando se trata do abalo patrimonial, onde os legisladores normalmente optam por previsões típicas específicas - infidelidade, abuso de confiança e burla (PINTO, 2009, p. 67).

Isto posto, deve-se destacar que a punição de práticas que geram danos pluriofensivos sempre levou a dificuldades, principalmente no âmbito de criação de tipificações que garantam segurança jurídica, e mais, o princípio da legalidade.

Inviável elaborar-se tipos penais extremamente restritos, por tratar de conceitos indeterminados e normativos, cláusulas gerais e fórmulas de valor. Para respeitar o princípio da legalidade, se faz necessário interpretar a norma de forma

reduzida ao seu núcleo essencial, o que nos leva a dizer que a liberdade de interpretação não permite a aplicação extensiva ou analógica, devendo ser mantida a garantia de tipicidade (DIAS, 1999, p. 16).

Tratando-se de gestão fraudulenta, podemos, por exemplo, comparar a legislação portuguesa que não possui uma tipificação específica, sendo possível aplicar a esta conduta diversos dispositivos legais, à legislação brasileira, que traz uma norma tipificada de forma aberta, de difícil delimitação.

Como resta claro, os Estados adotam posturas antagônicas, ao passo que a economia se torna, a cada dia, mais global, tornando o controle penal mais difícil e ineficaz.

Considerando a dificuldade de punir os crimes econômicos, por tratarem de bens difusos, pela complexidade na identificação do autor, a prova e as análises técnicas inerentes a dela, é de extrema importância o esforço por uma legislação eficaz e coesa, no sentido de evitar a danosidade social que pode ser gerada pela gestão fraudulenta, tendo em vista que esta pode ser bastante elevada (SANTOS, 2001, p. 209).

Analisaremos agora minuciosamente a conduta da gestão fraudulenta, com suas peculiaridades e controvérsias, à fim de chegarmos a um resultado claro a respeito deste delito.

4.2 O Bem Jurídico Tutelado Pelo artigo 4º, caput, da Lei 7.492/86: Ponderações à Cerca da Pluriofensividade e Supraindividualidade

Definir o bem jurídico tutelado pela norma penal é, sem sombra de dúvidas, fundamentalmente importante para compreensão do tipo jurídico ora analisado, permitindo-se uma interpretação adequada da relação entre a conduta do tipo e os valores da sociedade aos quais a norma pretende resguardar, o que auxilia na aplicação da lei no caso *in concreto* (ALMEIDA, 2009, p. 306).

O autor Marcelo Ruivo afirma tratar-se de um terreno nebuloso o bem jurídico tutelado pelo art. 4º da Lei 7.492/86, pois o tema não é devidamente tratado pela doutrina, no qual a tônica do rigorismo analítico fica mais por conta de estudos específicos, objeto da inteligência de estudiosos pareceristas, do que

enfrentamentos científicos sistematizados dos limites materiais do delito (RUIVO, 2011, p. 90).

Ruivo apresenta ainda um resumo do panorama de estudos da doutrina, que versam sobre as múltiplas dimensões de compreensão do bem jurídico penal, resumindo em quatro modelos gregários, sendo eles o entendimento liberal-individualista a partir da teoria monista pessoal, entendimento aparentemente supraindividual com titularidade do Estado-Administração, compreensão da lealdade de informação como valor tutelado, e proposta de tutela penal de elementos insuficientemente precisos (RUIVO, 2011, p. 91).

O primeiro modelo pauta-se na Teoria Monista do bem jurídico penal, onde a identificação dos titulares dos bens jurídicos tutelados deve, de forma estrita, ser pautada no fim da normal penal que foi estabelecida, podendo tutelar a pessoa, considerada de forma individual, ou o Estado. Já a coletividade, bens supraindividuais, por este modelo, só poderia ser tutelada com um vínculo necessário a bens jurídicos individuais (SOUZA, 2004, p. 289-290).

Por esta vertente, não haveria obstáculos para que o direito penal resguardasse maiores valores, coletivos, desde que esta proteção preservasse, de forma concomitante, bens jurídicos de caráter individual. Em outras palavras, poderíamos dizer que a legitimidade do direito penal secundário reconhecer bens jurídicos supraindividuais mediatos, dependeria da tutela prestada aos bens pessoais e individuais imediatos em um primeiro plano. Nesta perspectiva, o patrimônio individual seria o bem tutelado. A coletividade é resguardada como consequência da tutela individual de cada um dos investidores. A titularidade à coletividade não é, em momento algum, conferida. Desta forma, os efeitos difusos jamais seriam característicos da ofensa, sendo apenas consequências indiretas e secundárias da violação aos bens difusos e coletivos (RUIVO, 2011, p. 91-92).

O segundo modelo, por sua vez, está pautado na perspectiva monista não pessoal, pela qual o Estado e a coletividade, como um todo indivisível, terão a titularidade do direito (SOUZA, 2004, p. 293). Esta vertente compreende que todo bem jurídico possui um aspecto de coletividade, sendo constituído como parte da comunidade e, desta forma, tendo um destacável valor social, e, ainda, nesse entendimento, não importa o quão grande seja a individualidade aparentada pelo

bem, pois, em verdade, jamais deixaria de dizer respeito à coletividade em geral (RUIVO, 2011, p. 95).

Neste paradigma, embora aceite a titularidade supraindividual, em geral é sobre o Estado que recai a titularidade, e, logo em seguida, o interesse difuso. Desta forma aconteceria com o Sistema Financeiro Nacional, pois, em último grau, possui como titular do bem jurídico o Estado, e, conseqüentemente, tem o dever de regulamentar e preservar o mercado (RUIVO 2011, p. 96).

Concernente ao terceiro modelo, considera-se que sua natureza é de grande semelhança com a do anterior, atribuindo, primordialmente, a titularidade ao Estado, porém, também admite a titularidade a elementos imprecisos e genéricos, como por exemplo a saúde da gestão das instituições financeiras, da ordem econômica, boa execução da política econômica do governo federal, e, ainda, a regularidade e equilíbrio do sistema financeiro do país (RUIVO, 2011, p. 97-103).

Desta feita, o quarto modelo admite como valor tutelado a lealdade informacional da empresa. Porém, há duas vertentes pela qual se observam esse valor: pela primeira, este valor é observado como bem jurídico de titularidade dos proprietários do patrimônio social e investidores, e, pela segunda, como bem jurídico supraindividual, cujos titulares seriam os usuários do sistema financeiro (RUIVO, p. 103 e 104).

Ruivo afirma que o estudado artigo 4º da Lei 7.492/86, tutela, por bem verdade, um bem jurídico dúplice supraindividual e de titularidade difusa, que consiste, em um lado, na verdade e transparência, e, do outro, no patrimônio. Ressalta que, não obstante, os valores que compõem o bem jurídico merecem a tutela penal somente em situações nas quais estejam sob o raio da ação conduta ofensiva (RUIVO, 2011, p.106-107). Desta forma, por esta concepção, somente haverá a deslealdade informacional da empresa se houver a prática de conduta contrária a transparência e a verdade.

Já o autor Bitencourt propõe que, em razão da pluriofensividade do delito em testilha, a previsão deste tem como objetivo a tutela de vários bens jurídicos, sobretudo, o próprio Sistema Financeiro do país. Entende ainda o autor, que a tutela penal busca resguardar as instituições financeiras, protegendo a integridade das operações realizadas, e, ainda, resguarda o patrimônio da coletividade, que está representada pelos investidores (BITENCOURT, 2014, p. 57).

Por sua vez, o autor Pimentel afirma que o artigo 4º da Lei 7.492/86 possui como objeto jurídico, primitivamente, uma boa execução da política econômica do governo, porém, reconhece haver demais bens jurídicos secundários, tendo em vista tratar-se de crime pluriofensivo (PIMENTEL, 1987, p. 50). O Autor Agapito Machado ratifica este entendimento (MACHADO, 1988, p. 31). Baltazar Júnior afirma que o bem jurídico é constituído pelo funcionamento do sistema financeiro nacional (BALTAZAR JUNIOR, 2015, p. 621). Já o autor José Carlos Tórtima aborda que o principal objeto tutelado juridicamente pelo crime de gestão fraudulenta é a estabilidade e saúde do sistema financeiro do país, base indispensável para uma boa execução da política econômica do governo. De forma secundária, tutela-se o interesse dos que investem e do mercado financeiro propriamente (TÓRTIMA, 2002, p. 30). Nesta mesma linha de raciocínio, Prado também acredita na higidez do Sistema Financeiro Nacional como objeto da tutela prestada (PRADO, 2013, p. 193). Para Ali Mazloum a tutela da Lei relaciona-se com a proteção do Sistema Financeiro Nacional e seus alicerces, ou seja, organização do mercado, regularidade dos instrumentos, segurança nos negócios e confiança (MAZLOUM, 1999, p. 63). Por fim, Delmanto aduz que o objeto jurídico da lei é propriamente o Sistema Financeiro Nacional (DELMANTO, 2014, p. 32).

Diante de todos estes posicionamentos, impossível deixar de observar que estamos frente a um delito multiofensivo, de forma que o bem jurídico ao qual o artigo 4º, caput, resguarda, é, realmente, de titularidade difusa, pois protege não só os investidores e as instituições financeiras, mas também o próprio sistema financeiro, ou seja, o Estado. Verifica-se que na essência desta estrutura protetiva, é tutelado, em último grau, o patrimônio investido. É a proteção dada ao patrimônio que requer um sistema financeiro nacional saudável, ansioso por relações e operações financeiras transparentes e verdadeiras, que fortalece os aspectos de governança corporativa. É, portanto, o patrimônio convenientemente resguardado que possibilita uma boa execução da política econômica do país.

Deste modo, ao nosso ver, o bem jurídico de titularidade supraindividual ao qual protege o artigo 4º, caput, da Lei 7.492/86, consiste, em sua essência, no patrimônio, seja ele público ou privado, que estejam aplicados em instituições financeiras ou em entidades equiparadas a estas. Um eventual risco de lesão a estes citados patrimônios é que baseia a tutela penal formulada.

4.3 Sobre o Gestor Fraudulento e a Extensão Interpretativa Para Configuração do Sujeito Ativo Neste Delito

O disposto na lei nº7.492/86, em seu artigo 4º, nos permite deduzir que os sujeitos ativos do delito de gestão fraudulenta são aqueles previstos no artigo 25 da lei, quais sejam, os controladores e administradores, bem como os diretores e gerentes de instituições financeiras, e, ainda, o interventor, o liquidante e o síndico. Vejamos:

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.

Conforme delimita boa parte da doutrina (PIMENTEL, 1987, p. 50; TÓRTIMA, 2002, p. 41; SANCTIS, 2015, p. 51), trata-se de um delito próprio (NUCCI, 2016, p. 115), pois torna necessário qualidades específicas para enquadrar-se no crime, qual seja, ter o indivíduo poder de gestão, conforme o rol do artigo 25 da estudada lei.

O autor Breda aponta que o poder de gestão se entende como aquele que possibilita capacidade de autonomia e independência para prática de determinados atos específicos de uma instituição financeira, como por exemplo, captar, negociar ou intermediar títulos ou valores mobiliários, ou responsabilizar-se pelos serviços financeiros (BREDA, 2002, p. 67-68). Já o autor Mazloum assevera que o sujeito ativo, além de ocupar algum dos cargos previstos no artigo 25 da lei, é importante exercer o poder de gestão. Deste modo, por exemplo, não se pode imputar a um controlador de instituição financeira o delito tipificado no referido artigo da lei se não restar demonstrado que ele possui reais poderes de gestão (MAZLOUM, 1999, p. 61).

Com relação aos sujeitos que são elencados no artigo 25 da referida lei, é importante se refletir quanto a possibilidade de enquadrar o indivíduo que seja mero gerente de agência, no tipo penal descrito.

O autor Nilo Batista faz uma diferenciação da figura do gerente-administrador e do gerente preposto, uma vez que o primeiro é uma classe de sócio-

gerente, gerente-sócio, e o segundo, é um mero executor das linhas de administração. O autor destaca ainda que o delito tipificado no artigo 4º, *caput*, diz respeito ao gerente-administrador e não ao gerente-preposto (BATISTA, 1999, p. 33). Por sua vez, Bitencourt aduz que enquadrar um simples gerente de agência neste tipo, nos aproxima de uma verdadeira responsabilidade objetiva, todavia, o autor admite ser possível a tipificação no crime em análise em certas situações específicas, combatendo que a conduta fraudulenta do gerente de agência somente deve se enquadrar no tipo penal ora analisado, quando estiver demonstrado que o indivíduo gerente possui poder de decisão, não importando quais os parâmetros e as orientações estabelecidas pelo controle central da instituição, e, contrariar a boa prática bancária, ou o uso comum dessas instituições, além de, principalmente, desobedecer orientação superior, se autodeterminando (BITENCOURT e BREDAS, 2014, p. 58).

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

Neste mesmo diapasão, o autor Prado aborda ser perfeitamente possível caracterizar o gerente como autor do crime em tela, tendo em vista que não se exige qualquer participação do autor na administração superior da instituição (PRADO, 2016, p. 193). Pensando na mesma forma, Baltazar Júnior também demonstra entendimento favorável em enquadrar o gerente da agência, ademais, por exemplo, o gerente de uma grande agência bancária poderia causar enormes danos, maiores até do que os causados por um administrador geral de casa de câmbio (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 623).

O nosso ponto de vista, em relação ao tema, exige ser observado dois aspectos, sendo eles a abrangência do termo gestão, e a retomada da noção do bem jurídico sobre o qual recai a tutela. Sobre o primeiro aspecto, temos que a partir do momento em que está delineado no artigo 25 da lei 7.492/86 a figura do

administrador, do diretor e do gerente, não fazendo uma definição hierárquica, ainda mais pelo fato de existir várias conformações de cargos e hierarquias, sendo relativo a cada instituição analisada.

Conforme ressalta Breda e Mazloun, a essência para que possamos compreender a abrangência do sujeito ativo do delito está na autonomia para gerir ou no poder de gestão (Breda, 2002, p. 67-68. Mazloun, 1999, p.61). Considerando, portanto, que há autonomia de gestão, é possível ser enquadrado no tipo. É claro que a autonomia de gestão não é estancamento e, tão pouco, parecida para todos os cargos internos de uma empresa, havendo uma dimensão de acordo com o quanto a função exercida abrange, e, por consequência, conforme o tamanho da unidade financeira. Por exemplo, o poder de gestão de um diretor, normalmente, abrange um território delimitado e um número de funcionários superior ao de um gerente de agência, todavia, tanto o diretor quanto o gerente possuem autonomia de gestão até suas determinadas competências, cada uma de acordo com o tamanho e característica de sua atribuição. Isto posto, possuindo o cargo autonomia de gestão, entendemos haver a possibilidade de enquadrá-lo no tipo penal ora analisado, porém, para sua efetiva acoplagem no caso *in concreto* o delito deve ser cometido com base nesta autonomia, como por exemplo, se o gerente de agência, também chamado de gerente intermediário, apenas seguia direções passadas pela governança superior da instituição financeira, direções estas decididas em Superintendências ou diretorias, é sabido que não agiu em seu campo de poder decisório, e sim como determinou a empresa, não sendo possível, neste exemplo, configurar o gerente da agência como sujeito ativo do delito delineado no artigo 4º da lei 7.492/86.

Em relação ao bem jurídico, conforme já abordado no tópico anterior da pesquisa, o patrimônio público ou privado, que sejam investidos nas instituições financeiras, consiste em um bem jurídico tutelado pelo artigo 4º da referida lei. Desta forma, se um gestor coloca em risco o patrimônio, risco este decorrente da conduta fraudulenta, no âmbito da autonomia diretiva que possui, parece certamente válido este ser abrangido pelo referido tipo penal, independentemente se o cargo de gestão era de primeiro grau diretivo ou de intermediários.

Vencida tal questão, é necessário ponderar a respeito da possibilidade de haver um coautor ou partícipe na consumação do crime, seja este funcionário não gerencial da instituição ou terceiro diverso à administração.

O autor Sanctis defende ser possível a coautoria e participação daqueles que pratiquem a fraude de forma conjunta aos administradores. Restando demonstrado a cumplicidade de um administrador, diretor ou gerente da instituição financeira, com os demais réus, independentemente se estes não ostentem a citada qualidade, podem participar da prática delitiva, caso tenham auxiliado de forma material ou moral na execução do delito, sustentando-se na prerrogativa do artigo 29 do Código Penal Brasileiro (SANCTIS, 2015, p. 51). Neste mesmo sentido, Bitencourt ressalta que, mesmo estarmos tratando de crime próprio, não impede que terceiros participem, terceiros estes estranhos à administração da instituição, abalroados pela previsão legal trazida pelo artigo 29 do Código Penal (BITENCOURT e BREDA, 2014, p. 58).

Diante desta perspectiva, indispensável destacar o entendimento do autor Delmanto, que propõe um posicionamento contrário, afirmando que a gestão fraudulenta não se trata de um crime próprio. O autor defende interpretar que o crime tipificado no artigo 4º da referida lei é, na verdade, um delito de mão própria, o que ocasiona a não possibilidade de coautoria por quem não estiver elencado no artigo 25 da lei 7.492/86 (DELMANTO, 2014, p. 33).

Por este viés dogmático, qual seja, entender que o tipo objetivo exige um sujeito ativo especialmente qualificado, uma expansão da possibilidade de coautoria extrapolaria os limites legais, havendo, com certeza, uma violação do princípio da reserva legal (ORTIZ, 2011, p.207). Nilo Batista, analisando os crimes especiais, confirma também tal perspectiva, sob o argumento de que o terceiro não pode diretamente ser o autor de crimes acometidos de elementos que busquem restringir o fecho de autores, mas pode ser cúmplice, sendo certo existir muita controvérsia entre os doutrinadores à respeito do tem (BATISTA, 2005, p. 145-147).

De forma particular, esta também é a nossa perspectiva, pois enquadrar-se tipicamente na gestão fraudulenta é um ato inerente daqueles que possuem poder de gestão no plano da instituição financeira, e, portanto, somente estes podem praticá-lo. Ao expandirmos a qualificação que a lei estabelece para aqueles que não atuam nos diversos graus de gestão de uma instituição financeira

é, sem dúvidas, um afronte ao princípio da reserva legal, ou seja, o poder diretivo é inerente ao sujeito ativo, de acordo com o estabelecido pelo artigo 25 da lei em análise, característica esta que um indivíduo não gestor não possui. Desta forma, na nossa visão, um terceiro ou funcionário de âmbito não gerencial não podem ser considerados coautores, tão somente partícipes.

O assunto gera controvérsia até mesmo no âmbito dos tribunais. Observa-se que o Supremo Tribunal Federal, em seu último posicionamento, declinou-se no sentido de não admitir ser imputado o delito de gestão fraudulenta ao agente que não era administrador da instituição fraudulenta (HC: 93553/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 03-09-2009 PUBLIC 04-09-2009). Porém, existe jurisprudência do próprio Supremo em sentido contrário, conforme será visto mais à frente.

Superado o problema acima, embora sem uma interpretação pacífica, e considerando a possibilidade de uma possível coautoria, seja no entendimento amplo, no qual admite a coautoria de terceiros e funcionários de nível não gerencial, ou no entendimento restrito, em que admite somente outros gestores, importante destacarmos se os coautores precisam ter participação apenas de parte, ou de todo o processo fraudulento. Neste tema, uma casuística análise do STF permite estabilizar o entendimento de que não é necessário, para estar configurada a coautoria, o agente participar de todo processo fraudulento, especialmente por conta das características da atuação financeira, sendo esta desmembrada em diversos ramos de atividade:

Crime praticado em concurso de pessoas, com unidade de desígnios e divisão de tarefa. Desnecessidade, para a configuração da coautoria delitiva, de que cada um dos agentes tenha praticado todos os atos fraudulentos que caracterizam a gestão fraudulenta de instituição financeira. Pela divisão de tarefas, cada coautor era incumbido da realização de determinadas condutas, cujo objetivo era a realização do delito (STF – AP 470/MG, Min. Rel. Joaquim Barbosa. DJe 22/04/2013).

Por fim, por, essencialmente, ter sido tratado majoritariamente do sujeito ativo do delito, importante, para um ótimo fecho, nos atentarmos a outra ponta do tema, ou seja, o sujeito passivo.

O autor Pimentel aduz que o sujeito passivo sempre será o Estado, tendo em vista este ser ameaçado na boa execução da política econômica do país.

Porém, o autor admite existir, de forma secundária, outros sujeitos passivos, sendo estes os investidores e o próprio mercado de capitais. Isto posto, se, eventualmente, não identificar algum sujeito passivo secundário, no caso *in concreto*, da mesma forma o estado será tido como ofendido, motivo este que faz ser atribuído a tal delito a condição de múltipla subjetividade passiva (PIMENTEL, 1987, p. 51). Este é o mesmo entendimento expresso pelo autor Tórtima (TÓRTIMA, 2002, p. 41).

Certo é, que a delimitação do sujeito passivo é decorrente da interpretação que se dá ao bem jurídico tutelado pela lei. Neste plano, tendo em vista as várias interpretações doutrinárias sobre o objeto resguardado, conforme se viu no tópico anterior, a consciência de estarmos diante de um crime pluriofensivo, cuja característica é a supraindividualidade, encontra certa concordância, de forma que o sujeito passivo estará configurado no Estado, de forma inevitável e prioritária.

4.4 Gerir Fraudulentamente: Necessária habitualidade? Reflexões Para Entendimento da Essência do Tipo-Penal e Sua Consumação

São três elementares dispostas no artigo 4º da Lei 7.492/86, que devem ser interpretadas, sendo elas “gerir”, “fraudulentamente” e “instituição financeira”, nos levando a analisar o que, de fato, representam estas características do delito. Em relação à última, instituição financeira, ora tratada durante todo um capítulo, onde fora abordado seus aspectos, deixaremos de abordar maiores minúcias. Portanto, partiremos às demais elementares.

Concernente à conduta de gerir, o autor Ruivo atribui a ela os significados de ordenar, regular, comandar, administrar, reger, dirigir, ou seja, atos que consistem em deliberar, contendo uma “carga decisória”, e determinado nível de “definitividade” sobre negócios da empresa gerida (RUIVO, 2011, p. 147). Maia entende a conduta como sendo a de exercer atividades de “mandar”, “administrar”, tomar decisões na área da empresa, estando o indivíduo autorizado pelos poderes do qual lhe confere a lei e estatuto societário (MAIA, 1996, p. 55). Por sua vez, Pimentel narra que gerir significa “dirigir, administrar, comandar, regular” (PIMENTEL, 1987, p. 51). Bitencourt afirma que o significado de “gerir” é administrar, gerenciar, dirigir, exercer a gestão”, da instituição financeira, sendo certo que o

gestor é o indivíduo que gere, e, caso esteja gerindo bem, gerará bons frutos, resultado (BITENCOURT e BREDAS, 2014, P. 61). O autor Prado narra que gerir, nada mais é que, dirigir, administrar, controlar, comandar, organizar (PRADO, 2016, p. 195). Por fim, Mazloum, neste mesmo sentido, tece comentários de que gerir consiste em reger, gerenciar, dirigir, comandar, administrar (MAZLOUM, 1999, p. 62).

De forma geral, os sentidos de o termo “gerir” não sofrem grandes distanciamentos, porém, existem controvérsias na doutrina e jurisprudência a respeito da relação entre a “habitualidade” e a conduta de gerir. Isto posto, importante discutirmos se a gestão fraudulenta de instituição financeira se configura como um crime habitual ou não (NUCCI, 2016, p. 117, 122-123). Em outras palavras, o crime de gestão fraudulenta estará consumado somente com um único ato ou será necessária uma reiteração, multiplicidade de condutas?

Contextualizando o debate, devemos iniciar com uma citação do autor Bitencourt, onde este expõe que o termo “gerir” representa exercer ou atuar em atos de gestão por um determinado tempo, ou seja, envolvendo uma pluralidade de atos, não havendo coerência em descrever o delito como um ato único, praticado isoladamente (BITENCOURT e BREDAS, 2014, p. 31).

Destaca-se ainda que este é o mesmo entendimento que defende os autores Tórtima (TÓRTIMA, 2002, p. 31-32), Mazloum (MAZLOUM, 1999, p.63) , Prado (PRADO, 2016, p. 198), Baltazar Júnior (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 624-625), Delmanto (DELMANTO, 2014, p.33) e Antônio da Silva (SILVA, 1999, p. 79).

Este entendimento é reforçado, de acordo com os argumentos desta parte da doutrina, pelo fato de o legislador, no momento em que desejou punir determinado ato fraudulento de forma individual, sem necessariamente estar exercendo a gestão, o fez de forma expressa e individualizada, como por exemplo dispõe os artigos 6º, 7º, 9º e 10 da referida lei nº 7.492/86. Em todas infrações dispostas nestes artigos, o delito se considera consumado com a prática de apenas um único ato fraudulento, diferente do artigo 4º, que expressa a necessidade de um conjunto de atos fraudulentos que resultam na irregularidade da gestão de determinada instituição financeira. Bitencourt conclui a necessidade de classificar a gestão fraudulenta como um crime habitual, mesmo que esta tenha característica imprópria (BITENCOURT e BREDAS, 2014, p. 61-62).

Os supracitados posicionamentos exprimem, essencialmente, um ponto de vista gregário de que o delito da gestão fraudulenta somente será consumado quando realizados vários atos fraudulentos no decorrer de um lapso temporal determinado. Neste viés, realizar um único ato fraudulento não seria passível de configuração no tipo penal previsto no artigo 4º da supracitada lei.

Contrariamente, porém partindo da ideia de que o delito de gestão fraudulenta se configura como crime habitual impróprio, há o posicionamento no sentido de ser possível tanto um único ato consumir o crime, tendo em vista um único ato fraudulento ser capaz de trazer danos superiores ao de várias fraudes menores, quanto nas múltiplas condutas fraudulentas. Por esta linha gregária, tem-se os ensinamentos abaixo.

Rodolfo Maia afirma que a gestão fraudulenta está configurada como crime habitual impróprio, ou acidentalmente habitual, tendo em vista uma única ação ter relevância para configurar o tipo penal, porém, sua reiteração não configura uma pluralidade de delitos (MAIA, Rodolfo Tigre. 1996, p. 58). Este também é o entendimento dos autores Ruivo (RUIVO, 2011, p. 149), Feldens (FELDENS, 2010, p. 189) e Sanctis (SANCTIS, 2015, p. 57).

Ao nosso ver, esta segunda corrente, gregária, é a mais adequada para se atingir o que propõe a lei. Resta claro que um único ato de gestão fraudulenta pode resultar em prejuízos financeiros de enormes proporções, ou seja, tal conduta não pode ser excluída da tipificação legal, ainda mais não havendo qualquer prescrição legal que assim permita deduzir. Conforme salienta o autor Ruivo, não há na lei nenhuma disposição que recomende ser necessária a pluralidade de atos para conformação do crime (RUIVO, 2011. p. 149).

Há posicionamentos discrepantes a respeito da matéria analisada na jurisprudência, tendendo ora para a habitualidade, e outra para o oposto, habitual por acidente.

Continuando, devemos analisar o segundo elemento do tipo, “fraudulentamente”, sendo necessário e importante relacioná-lo a alguns entendimentos da doutrina.

O autor Tórtima aduz que “gerir fraudulentamente” estará configurado em uma administração ardil, com manobras desleais, objetivando, em regra, obter benefícios próprios ou para outrem, causando prejuízos para terceiros de boa fé

(TÓRTIMA, 2002, p. 33). Por sua vez, Ruivo explica a fraude, de forma conceitual, como sendo a conduta destinada a sujar a transparência da gestão da empresa, escondendo a verdade e colocando em perigo significativo o patrimônio dos sócios, investidores e usuários do sistema financeiro (RUIVO, 2011, p. 153). Segundo Pimentel, gestão fraudulenta é a que possui fraude, por meio de engano, manobra engenhosa ou ardilosa, dolosa ou maliciosa, objetivando prejudicar alguém ou obter uma vantagem indevida para o agente ou para outrem (PIMENTEL, 1987, 9. 51). Já Breda aduz que a fraude está consistida em práticas e condutas que estejam aptas a iludir ou enganar o sujeito passivo, lesionando e colocando em risco o bem jurídico que a lei tutela (BREDA, 2002, p. 101). Por sua vez, Bitencourt narra a fraude como todo e qualquer meio enganoso, que possui como finalidade ludibriar, modificar a verdade dos fatos ou mesmo a natureza das coisas, devendo ser interpretada como gênero, do qual pode ser apresentada por várias espécies e modalidades distintas, como por exemplo o ardil, o artifício, ou outros meios fraudulentos (BITENCOURT e BREDA, 2014, p. 64).

O autor Maia, traz o ensinamento que aponta a conduta fraudulenta como sendo aquela que decorre da ação ou omissão:

[...] hábil a enganar, a ludibriar terceiros, levando-os a uma situação de erro, falsa representação da realidade ou ignorância desta, quer através do uso de ardil (“simples astúcia, sutileza, conversa enganosa, de aspecto meramente intelectual”), quer mediante artifício (“...quando o agente se utiliza de um aparato que modifica, ao menos aparentemente, o aspecto material da coisa, figurando entre esses meios o documento falso ou outra falsificação qualquer, o disfarce, a modificação por aparelhos mecânicos ou elétricos, filmes, efeitos de luz etc”) quer por meio de simples mentira, quer ainda por intermédio de omissão da verdade, objetivando, em geral, a consecução de determinada vantagem (MAIA, 1996, p. 55).

Posto estas acepções, resta evidente que não há muita distância entre os posicionamentos dos doutrinadores quanto ao sentido da fraude, sendo que esta, essencialmente, habita a conduta que, de algum modo, modifica a verdade dos fatos. As formas de se materializar as fraudes são muitas, não sendo possível arrolar e exaurir as mais diversas formas, sendo papel dos tribunais interpretá-la no caso em concreto, analisando se aquela conduta apreciada se encaixa a uma prática enganosa, ou não.

Quanto a consumação da conduta fraudulenta, devemos refletir sobre duas questões, a possibilidade de consumação do delito por uma conduta omissiva, e a necessidade de dano concretizado, ou seja, resultado naturalístico, exigida pela fraude (NUCCI, 2016, p. 119).

Em relação à importância da conduta omissiva, apontamos o já mencionado entendimento do autor Rodolfo Maia, que aduz ser possível a consumação do delito por conduta omissiva, aceitando que esta conduta abrace a responsabilização na esfera penal (MAIA, 1996, p. 55). Pimentel, por sua vez, ressalta que a execução do crime pode se dar, desde que haja relevância na conduta omissiva (PIMENTEL, 1987, p. 53). Já Baltazar Júnior acredita ser possível punir o administrador por conduta omissiva, quando este tinha ciência das fraudes e condições para cessá-las (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 624).

Opostamente, o autor Breda aduz não ser possível admitir a conduta omissiva (BREDA, 2002, p. 105). De plano, o autor Bitencourt afasta a ideia de ser possível a omissão própria no delito em testilha, tendo em vista a ausência de previsão normativa. Deste modo, tendo em vista os crimes omissivos próprios serem aqueles previstos na lei, de forma devida, não existindo disposição na lei 7.492/86, não há razão para se admitir a omissão própria no delito de gestão fraudulenta. O autor ressalta ainda que a ideia de “gerir” corresponde a materialização do ato, de uma conduta ativa em relação à fraude. Concernente à possibilidade de enquadrar o indivíduo na omissão imprópria, de acordo com o artigo 13, parágrafo 2º do Código Penal, o autor conclui não haver possibilidade de obrigação do administrador, por omissão, em responder por eventuais fraudes, tendo estas sido praticadas pelos diretores e administradores que geriram, de forma efetiva, a instituição financeira (BITENCOURT e BREDA, 2014, p. 65-66).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) enfrentou controvérsia a respeito do tema, ocasião em que o tribunal defendeu, em concreto, não ser possível a conduta omissiva para o delito de gestão fraudulenta (STJ, REsp 717447 / RS, Rel. Nefi Cordeiro, 6º T, julgado 03/02/2015). Porém, esta matéria ainda não se encontra pacificada.

No que concerne à segunda questão citada para consumação do crime, que diz respeito a necessidade, ou não, da fraude gerar resultados, importante retomarmos o pensamento de Pimentel, quando aduz que a fraude

possui o objetivo de prejudicar alguém ou de obtenção de vantagem para o agente ou outrem, um terceiro (PIMENTEL, 1987, p. 51). Neste diapasão, questiona-se a fraude somente seria enquadrada no tipo penal em análise, se perfizesse o dano para alguém ou obtivesse vantagem para o agente ou para outrem?

O próprio autor Pimentel classifica o crime como sendo formal, de modo que simplesmente, estando comprovado a conduta incriminada, materialmente constatada, dará ensejo ao reconhecimento do crime na forma consumada. Para consumação, basta desenvolver a conduta típica de forma completa (PIMENTEL, 1987, p. 53). Este entendimento é também dos autores Bitencourt (BITENCOURT e BRENDA, 2014, p. 69), Maia (MAIA, 1996, p. 58), Mazloum (MAZLOUM, 1999, p. 63) e Delmanto (DELMANTO, 2014, p. 34-35). Por sua vez, Prado classifica o crime como sendo de perigo abstrato e mera atividade, ou seja, estará consumado com a gestão fraudulenta, independentemente de haver ou não resultado (PRADO, 2016, p. 199). Já Baltazar Júnior classifica o crime como sendo formal e de perigo, ou seja, não se exige a ocorrência do dano de forma efetiva para consumação (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 624). Os autores Gama e Gomes trazem argumentos relevantes, ao aduzirem sobre a classificação formal e de perigo, afirmando que a gestão fraudulenta:

[...] não exige qualquer resultado naturalístico para consumir-se, diferentemente do que ocorria com a disposição legal que antes incriminava essa conduta, contida no art. 3º, IX, da lei nº 1.521/51, o qual ainda previa o advento da insolvência, da falência ou o prejuízo de interessados, como consequência da gestão fraudulenta ou temerária [...] Em virtude disso, estamos diante de um crime de formal e de perigo (GAMA e GOMES, 1999, p. 212).

Por sua vez, Ruivo traz argumentos no sentido de que, para fins penais, a consumação da conduta fraudulenta deverá colocar o patrimônio dos sócios, investidores, correntistas e usuários do sistema, em significativo perigo, ou seja, se a fraude não colocar o bem jurídico tutelado em risco, não possui desvalor suficiente, expressivo, para que esteja caracterizado o delito de gestão fraudulenta (RUIVO, 2011, p. 153).

De acordo com os supracitados apontamentos, podemos notar haver um certo consenso na doutrina, no sentido de que a consumação do crime de gestão fraudulenta configura-se independentemente de um resultado naturalístico, e,

essencialmente, estão agrupados nos crimes formais e de perigo. Essa classificação é ainda mais lógica quando observado inexistir na lei 7.492/86 qualquer evidencia de necessidade de consequência para caracterização do crime, ou seja, basta apenas a exposição do patrimônio investido à risco, para materialização do delito. Importante reforçarmos esta última afirmação, pois não será qualquer fraude que assumirá o desvalor necessário para um tratamento penal, havendo necessidade de demonstrar concretamente o perigo ao bem jurídico tutelado (NUCCI, 2016, p. 166; BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 626; CASTELLAR, 2013, p. 180). Por esta orientação, o autor Delmanto afirma que o delito previsto no artigo 4º, *caput*, da lei 7.492/86, não estará tipificado se não restar constatado que a conduta provocou um concreto perigo de dano, sendo este muito mais do que uma mera abstrata possibilidade de ocorrência (DELMANTO, 2014, p. 34).

Importante salientar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de enquadrar a gestão fraudulenta nos crimes de perigo, ou seja, não é necessário um resultado naturalístico para sua consumação, vejamos:

[...] 6. O tipo penal contido no art. 4º, da lei nº 7.492/86, consiste em crime de perigo, não sendo necessária a produção de resultado naturalístico em razão da gestão fraudulenta. É relevante, para a verificação da adequação típica, que haja conduta fraudulenta do gestor da instituição financeira (ou a ela equiparada), eis que a objetividade jurídica do tipo se relaciona à proteção da transparência, da lisura, da honradez, da licitude na atividade de gestão das instituições financeiras. 7. Exige-se que o administrador cuide da higidez financeira da instituição financeira que, por sua vez, se encontra inserida no sistema financeiro nacional, daí a preocupação em coibir e proibir a gestão fraudulenta, pois do contrário há sério risco de funcionamento de todo sistema financeiro. Assim, o bem jurídico protegido pela norma contida no art. 4, da Lei 7.492/86, é também a saúde financeira da instituição financeira. A repercussão da ruína de uma instituição financeira, de maneira negativa em relação às outras instituições, caracteriza o crime de perigo. 8. Em não se tratando de crime de dano, a figura típica da gestão fraudulenta de instituição financeira não exige a efetiva lesão ao Sistema Financeiro Nacional, sendo irrelevante se houve (ou não) repercussão concreta das operações realizadas na estabilidade do Sistema Financeiro Nacional. 9. A fraude, no âmbito da compreensão do tipo penal previsto no art. 4, da lei nº 7.492/86, compreende a ação realizada de má fé, com intuito de enganar, iludir, produzindo resultado não amparado pelo ordenamento jurídico através de expedientes arditos. A gestão fraudulenta se configura pela ação do agente de praticar atos de direção, administração ou gerência, mediante o emprego de ardis e artifícios, com o intuito de obter vantagem indevida (STF – HC: 95515 RJ, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 30/09/2008, 2º turma, Data da Publicação: DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008).

Portanto, a consumação do crime se dará quando ocorrer fraude na captação, aplicação, intermediação e administração de recursos advindos das atividades da instituição financeira. Segundo Bitencourt, a consumação do delito se dá ainda na emissão, custódia, intermediação ou distribuição de valores mobiliários ou títulos (BITENCOURT e BREDÁ, 2014, p. 67).

Em relação à tentativa, o autor Breda aduz que, estando a gestão fraudulenta configurada como um delito de perigo abstrato, tal classificação acaba por inviabilizar a possibilidade de tentativa (BREDÁ, 2002, p. 58 e 123). Já Bitencourt afirma que a gestão fraudulenta se trata de crime formal, sendo admitida a tentativa, porém reconhece ser difícil comprová-la no caso em concreto (BITENCOURT e BREDÁ, 2014, p. 68). No mesmo sentido, o autor Pimentel acredita que, se tratando de crime formal, é possível a tentativa, mas dificilmente ocorre na prática (PIMENTEL, 1987, p. 53). Delmanto e Prado aduzem não haver a possibilidade de tentativa (DELMANTO, 2014, p. 35. PRADO, 2016, p. 199).

Há um certo consenso a respeito do não reconhecimento da tentativa para o crime em análise, todavia, por linhas diversas de argumentação. Isto posto, trataremos agora sobre a análise do tipo subjetivo que resulta na materialização da conduta criminosa.

O crime de gestão fraudulenta possui seu elemento subjetivo configurado no dolo, ou seja, necessária é a vontade livre e consciente do agente do delito, em gerir, por meio de fraude, a instituição financeira (BITENCOURT e BREDÁ, 2014, p. 67).

A doutrina diverge, porém, a respeito de haver ou não um elemento subjetivo especial do crime. O autor Pimentel aduz existir uma finalidade, sendo esta a de prejudicar alguém ou de obter uma vantagem indevida (PIMENTEL, 1987, p. 53). Contrariamente, o autor Bitencourt afirma não haver nenhum elemento subjetivo especial no crime (BITENCOURT e BREDÁ, 2014, p. 67), sendo este também o entendimento dos autores Delmanto (DELMANTO, 2014, p. 34), Mazloum (MAZLOUM, 1999, p. 63), Prado (PRADO, 2016, p. 198), Maia (MAIA, 1996, p. 57) e Baltazar Júnior (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 630).

Impossível negarmos ser extremamente complicado demonstrar qualquer elemento subjetivo especial que caracterize este crime, ainda mais pelo fato de a própria lei 7.492/86 não fazer nenhuma referência a esta exigência.

Consequentemente, é mais coerente considerarmos, para que a conduta seja enquadrada neste tipo, somente o dolo no cometimento da fraude, independentemente de haver, ou não, outra intenção inclusa na conduta do agente.

Em razão da natureza do crime, não é possível se quer argumentarmos por sua caracterização na modalidade culposa, tendo em vista não haver previsão na lei. Isto posto, importante mencionarmos que o artigo 18 do Código Penal, em seu parágrafo único, expressamente prevê a necessidade de evidenciação na lei para a modalidade culposa, expressando, consequentemente, o princípio da excepcionalidade do crime culposo (PRADO, 2016, p. 198). Vejamos:

Art. 18 – Diz-se o crime:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão praticado dolosamente. (Decreto-lei 2.848/40).

Deste modo, por não haver previsão legal expressa da modalidade culposa para o crime de gestão fraudulenta, somente podemos concluir que a norma legal define tão somente o crime na modalidade dolosa, não prevendo a culposa (BITENCOURT e BREDÁ, 2014, p. 67). Conforme veremos no tópico a seguir, questiona-se se a modalidade culposa deste delito foi positivada na conduta de gestão temerária, que traz o sentido de uma gestão imprudente ou negligente.

4.5 Delineamentos à Cerca do Art. 4º, *caput*, e Seu Parágrafo Único: Entre a Fraude e a Conduta Temerária

Grande importância devemos dar à distinção dos crimes previstos no *caput* e no parágrafo único do artigo 4º da lei em estudo, apresentando as características particulares da gestão fraudulenta e gestão temerária.

Destaca-se que os mesmos problemas, supra discutidos, relacionados à gestão fraudulenta, aplicam-se também à gestão temerária. O legislador, ao positivar um termo de uma conduta exorbitantemente abrangente, abarcou infinitas

situações, o que acaba por exigir da doutrina e jurisprudência, uma delimitação mais precisa do conceito “temerário” (PRADO, 2016, p. 197).

O autor Antônio Silva afirma que o termo “temerário” nos remete a uma ideia de imprudência, negligência e imperícia do indivíduo, que podem ser reconhecidas habitualmente no seu modo de gerenciar (SILVA, 1999, p. 48). Ao comentar a lei 1.521/51, o autor Elias de Oliveira trouxe a definição de que a gestão temerária está relacionada a uma noção de imprudência, onde se assume riscos audaciosos em transações que oferecem perigo, ou, de forma inescrupulosa, arrisca o dinheiro alheio (OLIVEIRA, 1952, p. 154).

O autor Tórtima, por sua vez, relaciona a gestão temerária ao dolo eventual, onde o agente assume o risco do resultado que cause danos, embora não os desejem. Na mesma linha, afirma que a mera imprudência não configura o delito em análise, tendo em vista não ser possível criminalizar uma conduta culposa, salvo quando a lei expressamente manifestar a possibilidade (TÓRTIMA, 2002, p. 34-36). Delmanto também segue esta linha de raciocínio, destacando que a gestão temerária ultrapassa os limites da imprudência, melhor se adequando ao dolo eventual (DELMANTO, 2014, p. 37). Já Baltazar Júnior relaciona a conduta temerária a uma postura que oferece excessivo risco (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 636). Prado faz menção a uma postura perigosa, imprudente, arrojada, arriscada, para caracterizar o tipo (PRADO, 2016, p. 198).

Bitencourt afirma que o termo positivado, genérico e impreciso, “temerário”, possibilita a jurisprudência incriminar práticas e condutas não atribuídas à tutela penal, o que acaba por confrontar gravemente a Constituição Federal, no que tange à garantia do *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O autor sugere que o termo ‘gestão temerária’ presente no artigo 4º da lei 7.492/86 seja interpretado de forma conjunta ao artigo 3º, inciso IX da lei 1.521/51. Por este viés, Bitencourt resgata a hermenêutica proposta pelo autor Pimentel para a gestão fraudulenta, no sentido de que a gestão temerária deve se conjugar à insolvência, falência de uma instituição financeira, ou mesmo, ao descumprimento de cláusulas presentes em contratos que gerem prejuízo aos interessados (BITENCOURT e BRENDA, 2014, p. 83-84). Este entendimento também é o adotado por Prado (PRADO, 2016, p. 197-198).

O autor Maia entende que a forma de execução consiste na essencial distinção entre a gestão fraudulenta e temerária. Havendo a utilização de fraude, afasta-se a gestão temerária e, de acordo com o princípio da especialidade, prevalecerá a gestão fraudulenta. Gerir fraudulentamente também é, de forma intrínseca, temerário, pelos riscos trazidos à empresa (MAIA, 1996, p. 59).

Destaca-se o belo ensinamento do autor Leonardo Oliveira:

Os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira encerram conceitos efetivamente distintos, fulcrados principalmente no animus do agente – a busca de encobrir ou alcançar negócio ilícito, para o primeiro tipo penal, e a situação de aventura com o dinheiro dos correntistas e investidores, para o segundo (OLIVEIRA, 1999, p. 47-51).

Isto posto, a primordial diferença entre a gestão fraudulenta e a temerária está na intenção, no *animus* do agente. Se na primeira gestão está presente o dolo de realizar atos fraudulentos, na segunda há presença de um dolo eventual, onde o agente assume riscos ao gerir a instituição fraudulenta com imprudência (OLIVEIRA, 1999, p. 47-51).

5 CONCLUSÃO

Podemos concluir que a conduta de gerir fraudulentamente uma Instituição Financeira, tipificada na lei 7.492/86, não surgiu do dia para noite. Pelo contrário, durante o desenvolvimento da pesquisa, mostrou-se necessário a ênfase no contexto histórico das normas referentes aos crimes do colarinho branco, na figura de Sutherland, que aprofundou estudos massivos à fim de expor tais modalidades de crimes, extremamente danosos, até uma concepção clara de um novo modelo do Direito Penal brasileiro, inovador, mais moderno e eficiente, que visa garantir direitos realmente relevantes na atualidade, fugindo daquela ideia de repreensão apenas à crimes notórios e socialmente comuns. Inseridos nesta gama do Novo Direito Penal, é evidente a importância do encaixe dos Crimes do Colarinho Branco no ramo do Direito Penal Econômico, tendo em vista as transações econômicas serem o alicerce do país e, uma vez violadas, causarem danos caóticos ao desenvolvimento equilibrado do país.

A lei 7.492/86, em termos gerais, nascida para tutelar o exposto e complexo Sistema Financeiro Nacional, trouxe uma nova concepção da proteção dada pelo ordenamento, aos importantíssimos direitos transindividuais, que visam, não mais a tutela exclusiva da vida e patrimônio, mas também da ordem econômica e financeira, pois danos a estes acabam por gerar reflexo a toda sociedade. Dentre as condutas tipificadas pela lei, a de gerir Instituição Financeira de forma fraudulenta possui grande destaque, pois devido ao seu caráter multiofensivo, atinge não só os investidores e as Instituições Financeiras, mas também ao Estado como um todo, gerando reflexos sociais massivos.

Resumidamente, a conduta de gerir fraudulentamente uma Instituição Financeira, imputada aos sujeitos presentes no já citado artigo 25 da referida lei, acaba por gerar reflexos tão graves quanto os dos delitos comuns no dia a dia, todavia, o tema gera muita controvérsia entre os doutrinadores jurídicos. A importância em proteger a transparência e o patrimônio das Instituições Financeiras é imensa, tendo em vista a sua violação acarretar em danos diretos ao Sistema Financeiro, refletindo na política econômica do país. Daí o surgimento da clara preocupação do legislador em tipificar a conduta e as atribuições do sujeito ativo do

delito, e, como delito próprio que é, necessário estar caracterizado o poder de gestão, evitando-se assim injustiça aos subordinados. Porém, restou demonstrado na presente pesquisa, que, ao contrário do que diz a doutrina majoritária, fugiria do objetivo do legislador a necessidade de habitualidade na prática do delito, pois uma única conduta pode gerar enormes danos ao sistema. Tanto é que o legislador se preocupou em tipificar a já estudada conduta temerária, buscando-se assim reprimir qualquer atitude que gere danos à economia do país e prejudique seu objetivado desenvolvimento, por ínfima que seja.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Bruno Rotta. **A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal dos Valores Supraindividuais**. Rio de Janeiro: Revista do SJRJ, 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão da Segurança Jurídica: Do Controle da Violência à Violência do Controle**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ASSAF NETO, Alexandre. **Finanças Corporativas e Valor**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

BATISTA, Nilo. **O Conceito Jurídico-penal de Gerente na Lei 7.492, de 16/06/86**. In Fascículos de Ciências Penais. Vol. 3. n. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 1.521, de 26 de Dezembro de 1951**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: 26 de Dezembro de 1951.

_____. **Lei nº 7.492, de 16 de Junho de 1986**. Diário Oficial da União. Brasília: 16 de Junho de 1986.

BRENDA, Juliano. **Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei nº 7.492/86**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRUGGEMANN, Henrique Gualberto. **O espetáculo da Corrupção: O Corrupto como Produto**. Florianópolis: UFSC, 2013. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

CAMINHA, Uinie. **Securitização**. 2º ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional: a Engenhosa Arte de Criminalizar os Ricos para Punir os Pobres**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CASTILHO, Ela Wiecko de. **O Controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

DIAS, Jorge Figueiredo. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, tomos II e II, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Algumas Reflexões Sobre o “Direito Penal dos Negócios”**. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Régis (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa. Teoria Geral da Tutela Penal Transindividual*. Volume 1. São Paulo: RT, 2011.

FELDENS, Luciano. **A estrutura material dos delitos de Gestão Fraudulenta e Temerária de Instituição Financeira**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 18, p. 170-200, 2010.

FERRERO, Cezar Herrero. **Los Delitos Económicos – Perspectiva Jurídica y criminológica**. Madrid: Ministério del Interior – Secretaria General Técnica, 1992.

FURLANI, José Reynaldo de Almeida. **Como Funciona o Sistema Financeiro Nacional**. 2013. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/bcuniversidade/Palestras/Palestra_SF_N_04062013_Furlani.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. **Temas de Direito Penal e Processo Penal: em Especial na Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LYRA, Roberto. **Criminalidade Econômico-Financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MACHADO, Agapito. **Crimes do Colarinho Branco e contrabando/descaminho**. São Paulo: Malheiros, 1988.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Anotações à Lei Federal n. 7.492/86**. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTÍN, Luis Gracia. **El Finalismo Como Método Sintético Rel-Normativo Para la Construcción de la Teoría del Delito**. Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología. N. 06, 2004.

MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal. Parte General.** Tradução da 1º ed. (1915) de Sergio Politoff. Montevideo: B de F, 2007.

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

MELLAGI FILHO, Armando. ISHIKAWA, Sérgio. **Mercado Financeiro e de Capitais.** 2º ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 16 ed. rev., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Elias. **Crimes contra a economia popular.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. **Crimes de Gestão Fraudulenta e Gestão Temerária em Instituição Financeira.** Revista de Informação Legislativa, v. 36, n. 143, 1999.

ORTIZ, Mariana Tranchesí. **Concurso de Agente nos Delitos Especiais.** 1º ed. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis)funções políticos-criminais no seu combate.** Salvador: Juspodivm, 2011.

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

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Falsificação de Informações Financeiras nas Sociedades Abertas. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários.** Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico.** 5º ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2013.

ROCHA, Luiz Carlos. **A Responsabilidade Penal dos Sócios.** Revista de Direito Internacional e Econômico. Porto Alegre: Síntese/INCE, v. 1, n. 1, 2002.

RUIVO, Marcelo Almeida. **Criminalidade Financeira: Contribuição à Compreensão da Gestão Fraudulenta.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais.** Tradução de Luiz Otávio O. Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.** 2º ed. Montevideo: B de F, 2010.

SANCTIS, Fausto Martins de. **Delinquência Econômica e Financeira: Colarinho Branco, Lavagem de Dinheiro, Mercado de Capitais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTOS, Claudia Cruz. **O Crime do Colarinho Branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle**, in *Temas de Direito Penal Econômico*. RT, 2001.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. 2ªed. São Paulo: RT, 2008.

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

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana. Contributo para a compreensão dos Bens Jurídicos Supra-individuais**. São Paulo: RT, 2004.

SQUIZZATO, Ana Carolina. **Direito Financeiro e Econômico**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito de Cuello Blanco**. Tradução de Rosa Del Omo. Madrid: La Piqueta, 1999.

_____. **Crimes do Colarinho Branco**. Tradução de Clécio Lemes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

_____. **White-collar crime (the uncut version)**. N. Haven: Yale University Press, 1983.

TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

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

TRAUCZYNSKI, Nicole. **Gestão Fraudulenta e concurso de normas na lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2014.

VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. **Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

VERAS, Ryanna Pala. **Nova Criminologia e os Crimes do Colarinho Branco**. 1 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.