

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO

**ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS TIPOS PENAIS DE GESTÃO
FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

Marcos dos Santos Gomes

PORTO ALEGRE

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS – DIR 01

Marcos dos Santos Gomes

**ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS TIPOS PENAIS DE GESTÃO
FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área de Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Co-orientador: Prof. Me. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS – DIR 01

Marcos dos Santos Gomes

**ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS TIPOS PENAIS DE GESTÃO
FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área de Direito Penal.

Aprovado em ___ de _____ de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Danilo Knijnik

Prof. Humberto Jacques de Medeiros

Prof. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer aos meus pais, Osório e Sanda, pela prioridade que sempre deram aos meus estudos, pelo apoio incondicional, pelo incentivo para que eu conseguisse alcançar meus objetivos e pelos sacrifícios para me propiciar o melhor.

Agradeço também a minha colega, amiga e companheira Juliana, por fazer parte da minha vida, por me auxiliar em todos os momentos, por me socorrer ao longo desse trabalho com conselhos racionais e sinceros, pela compreensão em momentos difíceis e, principalmente, pela paciência em ler e corrigir todo meu trabalho.

Agradeço aos meus orientadores Prof. Danilo Knijnik (um exemplo de docente e profissional, que prova que ética e direito ainda podem andar juntas) e Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva, pelos conhecimentos transmitidos, pelo apoio didático e metodológico, pela disposição em auxiliar e pela confiança depositada.

Por fim, gostaria de agradecer aos meus amigos do 4º Ofício criminal da Procuradoria da República do Rio Grande do Sul, Rodrigo Nozari, Rodrigo Kalizewski e Dr. José Osmar Pumes, pois foi a partir das conversas com eles que esse estudo começou.

*Aqueles que abrem mão da liberdade
essencial por um pouco de segurança
temporária não merecem nem liberdade, nem
segurança.*

Benjamin Franklin

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar a constitucionalidade dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira. Para isso, traça o panorama da criação da Lei n.º 7.492, demonstrando sua insubsistência como diploma que visa a incriminar condutas tão complexas como a criminalidade econômica. Do mesmo modo faz uma análise do princípio da legalidade, seu histórico e características, bem como da situação dos tipos penais abertos em relação ao mandamento de certeza (*lex certa*) da reserva legal. Verificada a possibilidade de adequação dos tipos abertos e das cláusulas gerais com o princípio da legalidade, desde que a conduta (ainda que não descrita minuciosamente) seja determinável, passamos ao estudo da compatibilidade dos delitos do art. 4º, *caput* e parágrafo único, com o texto constitucional, no que concluímos pela conformidade do crime de gestão fraudulenta - como tipo penal aberto determinável - com a Carta Magna e pela inconstitucionalidade do crime de gestão temerária, já que totalmente indeterminável, violando flagrantemente a reserva legal.

Palavras-chave: gestão fraudulenta; gestão temerária; princípio da legalidade; tipos penais abertos; análise de constitucionalidade.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the compatibility of fraudulent and reckless management of financial institution criminal descriptions with the Brazilian Constitution, making an exposition of the creation of the statute n.º 7.492/86 and demonstrating its fail for fighting behaviors as complex as economic crimes. Besides, examines the legality principle, its history, characteristics and consistence at comprehensive descriptions of criminal acting. Afterwards, it is closely analyzed the compatibility of statute n.º 7.492/86, article 4º and its paragraph and the constitutional standard. In the end, it is sustained that the art. fourth's *caput* is constitutional, but its paragraph (reckless management) isn't, due its indeterminable description, violating the request of a statute describing the criminal behavior before its accomplishment.

Keywords: fraudulent management; reckless management; principle of the legality; opened criminal types; constitutionality exam.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	11
1.1 A criminalização das condutas antieconômicas.....	14
1.2 A lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional.....	18
<i>1.2.1 A inconsistência jurídico-penal da lei n.º 7.492/86.....</i>	<i>19</i>
<i>1.2.2 Os tipos penais do art. 4º, caput e parágrafo único, da lei n.º 7.492/86</i>	<i>22</i>
<i>1.2.2.1 Aspectos dogmáticos dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária</i>	<i>24</i>
2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E OS TIPOS PENAI ABERTOS.....	29
2.1 Concepção dogmática do princípio da legalidade.....	29
<i>2.1.1 Legalidade formal e legalidade material.....</i>	<i>31</i>
2.2 Princípio da legalidade em matéria penal.....	33
<i>2.2.1 Postulados do princípio da legalidade penal.....</i>	<i>36</i>
<i>2.2.1.1 Lex praevia.....</i>	<i>37</i>
<i>2.2.1.2 Lex scripta.....</i>	<i>40</i>
<i>2.2.1.3 Lex stricta.....</i>	<i>41</i>
<i>2.2.1.4 Lex certa.....</i>	<i>43</i>
2.3 Tipos penais abertos.....	46
3 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS TIPOS PENAI DE GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	50
3.1 Análise de constitucionalidade do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira.....	52
<i>3.1.1 A interpretação da expressão “gestão fraudulenta”.....</i>	<i>54</i>
<i>3.1.2 A constitucionalidade do dispositivo do art. 4º, caput da Lei n.º 7.492/86.....</i>	<i>61</i>
3.2 Análise de constitucionalidade do crime de gestão temerária de instituição financeira.....	66
<i>3.2.1 A indeterminação da expressão “gestão temerária”.....</i>	<i>67</i>
<i>3.2.2 Tipo subjetivo: A antinomia dogmática do vocábulo “temerário”.....</i>	<i>69</i>
<i>3.2.3 A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 4º da Lei n.º 7.492/86: A afronta ao princípio constitucional da legalidade.....</i>	<i>72</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	81

INTRODUÇÃO

O século XX concretizou uma nova forma de atuação estatal na vida dos cidadãos. O Estado, antes abstencionista (liberal), começou a se preocupar com a prestação de serviços essenciais à população, especialmente aos mais pobres, intervindo mais diretamente nas esferas que pertenciam exclusivamente à autonomia privada, como a relação de emprego, a educação e a economia. Esse novo Estado passou a ser chamado de Social.

O Estado Social, para alcançar suas finalidades de bem estar coletivo e de distribuição de renda, passou a intervir na economia de modo a impedir o exercício abusivo do poder econômico, adotando políticas públicas que regulavam salário, moeda, preços, desemprego e outras atividades que se relacionavam com essas novas atribuições. A esse dirigismo econômico e esse regramento estabelecido sobre o mercado podemos chamar de Ordem Econômica.

O importante papel que a Ordem Econômica exerce na consecução dos objetivos estatais fez com que o Estado lançasse mão de sua arma mais poderosa (e perigosa) para sua proteção: o Direito Penal. Surge, assim, a criminalidade econômica, um novo tipo de criminalidade, muito sutil, porém extremamente danosa, que ataca a liberdade mercantil, o sistema financeiro, a arrecadação de impostos, as relações de consumo e ocasiona enormes prejuízos, podendo desestabilizar toda a economia da nação. Nesse contexto é que se passou a criminalizar as condutas antieconômicas.

O Sistema Financeiro Nacional é uma das facetas fundamentais da Ordem Econômica e, também, uma das mais sensíveis, merecendo um cuidado todo especial. Nesse sentido é que foram criados diversos órgãos administrativos (tais como o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários, o Conselho Monetário Nacional) para dar suporte, regulamentar, intervir e fiscalizar as atividades financeiras. Todavia, em meados da década de 70, o mero controle administrativo já não se mostrava eficaz no combate às referidas condutas antieconômicas, as quais necessitavam de uma medida mais incisiva.

A Lei federal n.º 7.492, vulgarmente conhecida como a Lei dos Crimes do Colarinho Branco, foi promulgada em 16 de junho de 1986 visando a reprimir os crescentes ataques contra o Sistema Financeiro Nacional. É fruto da ânsia do legislador em dar uma rápida resposta aos problemas econômicos vividos na época, tendo, por isso, tramitado às pressas no Congresso Nacional e entrado em vigor com diversas impropriedades que poderiam ter sido evitadas se tivesse sido feita uma análise mais acurada do projeto. Embasada em propósitos

legislativos questionáveis e objetivando abranger o vasto campo de atuação da atividade financeira, utilizou técnicas incriminadoras que alargam o alcance da lei penal, tais como a responsabilidade penal objetiva, os tipos penais abertos, as normas penais em branco e os tipos de mera conduta e de perigo abstrato. Em virtude dessa metodologia recebeu pesadas críticas da doutrina.

Um dos pontos mais controversos da polêmica Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional é o art. 4º, *caput* e parágrafo único, que prevê, respectivamente, os delitos de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira. A grande maioria da doutrina (destoando completamente da jurisprudência) considera as aludidas disposições inconstitucionais por serem muito abertas, não descrevendo a conduta típica e, dessa forma, desobedecendo ao postulado de certeza (*lex certa*) do princípio da legalidade. Esse é justamente o mote deste trabalho: o exame da adequação constitucional dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária.

Os objetivos gerais deste estudo são: apresentar o Direito Penal Econômico e a criminalidade econômica; demonstrar a inconsistência jurídica da Lei n.º 7.492/86; conhecer e analisar os aspectos dogmáticos dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira; observar o princípio da legalidade e suas características; reconhecer os tipos penais abertos e verificar sua eventual compatibilidade com o princípio da reserva legal.

O objetivo específico da obra é, como já referido, verificar a adequação ou inadequação do art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional com o princípio da legalidade e, assim, concluir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos dispositivos.

1 O DIREITO PENAL ECONÔMICO

Em discurso proferido perante a *American Sociological Association*, em dezembro de 1939, o sociólogo Edwin H. Sutherland atentou para um tipo de criminalidade até então incomum. Era uma modalidade de delito cometida por pessoas pertencentes às altas classes econômicas e que gozavam de grande respeitabilidade junto a sociedade. Do mesmo modo, esse tipo de criminalidade estava diretamente relacionada à profissão desses indivíduos, sendo, por isso, chamada por Sutherland de *white collar crimes* (crimes do colarinho branco)¹, alusão às golas das camisas dos empresários, que usualmente trajam terno e gravata no desempenho de suas atividades profissionais.

Tais delitos, contrapondo-se à criminalidade tradicional (praticada, em geral, por pessoas marginalizadas e cujo principal alvo era o patrimônio individual), eram muito mais danosos, haja vista que se direcionavam contra interesses coletivos e, por vezes, atingiam também a política econômica do Estado, ocasionando prejuízos de grande monta e reflexos sociais altamente destrutivos, como desemprego, inflação, falta de recursos para os investimentos estatais básicos e descrédito quanto ao mercado nacional².

A noção de *white collar crime*, todavia, possui um alcance restrito, sendo mais precisa em relação aos delitos ocupacionais, dos quais seria espécie³. Outrossim, o conceito de crimes do colarinho branco é mais utilizado com o enfoque criminológico, assunto que, embora de extrema importância, afasta-se um pouco da finalidade deste estudo.

Foi a partir do conceito cunhado por Sutherland (que trouxe à tona o fato de que a criminalidade não era exclusividade dos pobres e excluídos, mas também dos ricos e bem destacados na sociedade, revelando, ainda, que os crimes do colarinho branco, embora geralmente não contassem com meios violentos de consecução, causavam danos muito superiores aos da criminalidade convencional) que se iniciaram os estudos a respeito da delinquência socioeconômica (entendida esta como a criminalidade que aflige a ordem econômica do Estado) em um sentido mais amplo, refutando o caráter classista contido na definição do criminólogo estadunidense. Dessa maneira, novas características foram

¹ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 39.

² CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro: Aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 23-24.

³ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 116-117.

acrescidas à especificidade da matéria, como o fato dos delitos econômicos serem extremamente sutis (geralmente imperceptíveis no momento de sua consumação), ou gozarem de uma aparência externa de licitude, e praticados com o abuso de confiança da vítima, mediante astúcia, fraude ou simulação do agente⁴.

Porém, o ponto nevrálgico da criminalidade socioeconômica, segundo o magistério de Francisco Muñoz Conde, é o sujeito passivo coletivo⁵. Ou seja, não haveria que se falar em crime contra a ordem econômica quando apenas interesses individuais fossem lesados, há que ocorrer uma ofensa ao regime econômico da comunidade, ao fluxo da economia, ao interesse econômico supra individual⁶. Dessa forma, sintetiza De Sanctis: “O delito econômico não pode ser caracterizado como mera infração ao patrimônio individual, uma vez que nem toda perturbação da vida econômica importa necessariamente violação do patrimônio individual”⁷.

Assim (deixando de lado o enfoque criminológico e atendo-nos mais ao aspecto objetivo da criminalidade econômica, no que concerne as “normas que definem condutas como crimes e lhes cominam sanções”⁸), é importante ressaltar que foi essa característica de ofensa coletiva, bem como a extensão dos danos materiais e morais ocasionados pela criminalidade socioeconômica, que fez com que o legislador, seguindo uma senda de medidas protetivas a interesses difusos (como meio ambiente e relações de consumo), optasse pelo uso da tutela penal para a proteção da ordem econômica do Estado. A partir desse momento é que podemos falar em Direito Penal Econômico.

Primeiramente, cabe destacar que não há unanimidade quanto à designação do ramo da ciência penal que trata da criminalidade socioeconômica, sendo que cada país adota uma maneira distinta de se referir à problemática. Assim, na Alemanha fala-se em *Wirtschaftsstrafrecht*, na França em *droit pénal des affaires*, na Itália em *diritto penale della impresa* e na Espanha em *derecho penal económico*. Também o conteúdo desse conjunto de normas não é coincidente, havendo considerável variação de um país para outro⁹.

No Brasil, a maioria dos penalistas, sob influência da doutrina espanhola, vêm utilizando a designação Direito Penal Econômico para abordar o assunto, muito embora não

⁴ JALIL, Maurício Schaun. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 33-35.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de Código Penal Español de 1994*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.º 11, p.7-20, jul./set. 1995, p. 10.

⁶ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (lei n. 7492, de 16/06/86)*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, 1996, p. 38-39.

⁷ DE SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 8.

⁸ CASTILHO, op. cit., p. 37.

⁹ Idem, loc. cit.

haja nenhum consenso sobre o seu uso ou sobre a sua definição. Nesse sentido, adotam tal nomenclatura Manoel Pedro Pimentel, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Luciano Feldens, Fausto Martin De Sanctis, Cezar Roberto Bitencourt, Andrei Zenkner Schmidt, Gérson Pereira dos Santos, Heleno Cláudio Fragoso, André Luís Callegari, Luiz Régis Prado, Paulo Cezar da Silva, Maurício Schaun Jalil, Roberto Podval, entre outros.

Manoel Pedro Pimentel explica que o Direito Penal Econômico consistiria no “conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”¹⁰.

Classificação mais estrita é adotada por Bajo Fernández, que conceitua o Direito Penal Econômico como “el conjunto de normas juridico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía”¹¹.

Da definição de Direito Penal Econômico fica evidente, portanto, que o objetivo da norma incriminadora é a proteção da ordem econômica, “assim considerada a regulação jurídica da intervenção estatal na economia de um país”¹². Entretanto, não pode haver dúvida de que o Direito Penal Econômico, embora possua uma correlação com o Direito Econômico, não se trata de uma derivação deste, mas de uma especialização do próprio Direito Penal. Nesse sentido, ensina Luciano Feldens:

O Direito Penal Econômico exterioriza-se como uma especialidade do Direito Penal, e não do Direito Econômico (ou mesmo do Direito Tributário). Por essa razão, a matéria deve sofrer análise e resolução primeira sob a carga principiológica e teórica do Direito Penal, evitando-se concepções tendentes a neutralizá-lo na reação econômico-tributária (v.g., a imprópria confusão que recorrentemente se procura estabelecer entre o ilícito tributário e o ilícito penal, fazendo daquele um *prius* em relação a este).¹³

Ela Wiecko Volkmer de Castilho classifica o conteúdo do Direito Penal Econômico em cinco categorias: “(a) crimes falimentares; (b) crimes tributários; (c) crimes de concorrência desleal; (d) crimes contra as restrições à liberdade de comerciar (mercadorias proibidas, controle de abastecimento e controle de câmbio); (e) crimes contra o consumidor”¹⁴. De modo

¹⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 10.

¹¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel apud JALIL, Maurício Schaun. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 32.

¹² CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (lei n. 7492, de 16/06/86)*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, 1996, p. 39.

¹³ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 124.

¹⁴ CASTILHO, loc cit.

mais generalista, podemos dizer que, atualmente, o Direito Penal Econômico no Brasil abarca os crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, contra o mercado de capitais, contra o consumidor e de lavagem de dinheiro, assim como outros delitos correlatos.

1.1. A criminalização das condutas antieconômicas

O Direito Econômico, caracterizado como a atuação estatal na economia, fazendo leis e disciplinando o mercado, é fruto da transformação política, econômica e ideológica que fez o Estado abandonar a fase abstencionista (liberal) e adotar uma postura intervencionista¹⁵. Essa nova diretriz trouxe consigo um novo bem jurídico a proteger, a Ordem Econômica, a qual, pela sensibilidade e importância dentro dessa nova concepção de Estado, recebeu a tutela penal para sua garantia.

Após a queda do absolutismo, o principal objetivo das constituições dos séculos XVIII e XIX era a limitação do poder. Tais constituições foram inspiradas nos ideais liberais, no sentido de que o papel do Estado na economia deveria ser drasticamente reduzido (em oposição à política econômica mercantilista e ao capitalismo comercial que vigiam no antigo regime). Dessa forma, competiria ao Estado garantir a liberdade individual, abstendo-se nas questões relacionadas ao bem estar social e à regulação econômica¹⁶.

Entretanto, esse paradigma não demorou a mostrar suas contradições, uma vez que o mercado, na prática (diferentemente do que propunham as teorias de Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus e outros economistas liberais), não se auto-regulava, não conseguindo, por si só, resolver todos os problemas que se apresentavam a um sistema econômico. O que se verificou foi uma terrível concentração de poderes nas atividades mais lucrativas, que subjogavam os concorrentes e a sociedade como um todo (submetendo os trabalhadores a jornadas exaustivas, com baixíssimos salários, e a exclusão dos mais frágeis das fontes de renda, bem como do acesso à moradia, saúde e educação) às suas necessidades. Nesse sentido, “a liberdade econômica absoluta não atendia mais as necessidades do mercado, que pressupunha uma relação de igualdade entre os que nele atuassem, para não haver a dominação dos mais sobre os menos prósperos”¹⁷.

Os reflexos da política econômica liberal eram visíveis, “a população operária

¹⁵ SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 36.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 787.

¹⁷ SILVA, op. cit., p. 38.

miserável, explorada por industriais inescrupulosos, distante dos proveitos oriundos de seus trabalhos, crise de superprodução, falência de inúmeros empresários, desemprego”¹⁸. Nesse contexto é que surgiram correntes ideológicas contrárias à política do *laissez faire – laissez passer*, como a Escola Clássica Alemã (que propugnava uma revisão completa dos métodos e concepções do liberalismo, bem como uma maior atuação estatal na regulação do mercado) e o Socialismo Científico, de Karl Marx e Friederich Engels, que pregava uma alteração de todo o sistema capitalista, redistribuindo a riqueza e abolindo a propriedade privada dos meios de produção.

Assim, em virtude do fracasso prático da política econômica liberal, das pressões sociais por mudanças e das influências ideológicas das correntes intervencionistas e socialistas, aos poucos, o Estado foi alargando seu campo de atuação, intervindo, primeiramente, de forma episódica, sempre do modo menos gravoso às empresas atingidas pela sua ação (fase que ficou conhecida como neoliberalismo, capitalismo regulamentar, ou intervencionismo estatal¹⁹) e depois, de forma ampla, contando, inclusive, com respaldo constitucional. Tem-se, nesse momento, o surgimento do Estado Social, que é, sem abandonar a forma capitalista, teoricamente empenhado na busca de uma sociedade mais justa²⁰.

O Estado Social, desse modo, surge como um meio termo entre o socialismo (que significava a abolição do capitalismo) e o liberalismo (abstenção total do Estado das questões sociais e econômicas). Essa nova forma de estruturação do capitalismo passou a garantir uma gama de prestações positivas do Estado, antes alheio às questões sociais, como direitos do trabalho, da previdência, da educação. Do mesmo modo, passou a haver políticas públicas e um dirigismo econômico estatal (regulando salário, moeda, preços, combatendo o desemprego), o que ocasionou o surgimento de uma Ordem Econômica.

A Ordem Econômica, nesse sentido, caracterizar-se-ia por uma ideologia estatal de controle econômico, sob uma forma regulatória ou de planejamento, a fim de corrigir e impedir os abusos do exercício do poder econômico²¹. Munõz Conde, em um sentido mais normativo (estrito), conceitua Ordem Econômica como “la intervención directa del Estado em la relación económica, como sujeto de primer orden imponiendo coactivamente una serie de

¹⁸ JALIL, Maurício Schaun. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 20.

¹⁹ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: Estado e normatização da Economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 47-48.

²⁰ SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 39.

²¹ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 119-120.

normas y planificando el comportamiento de los distintos sujetos económicos”²².

Ela Wiecko Volkmer de Castilho, na mesma linha de raciocínio, de forma muito precisa, afirma que a Ordem Econômica, em sua acepção estrita, deve ser entendida como o

[...] conjunto de regras, na Constituição, que definem os limites do dirigismo econômico estatal e estabelecem os respectivos instrumentos. São concepções, princípios fundamentais, direitos e limitações, mecanismos de controle e de incentivos e as intervenções públicas destinadas a dirigir, promover ou limitar as atividades econômicas lucrativas, visando integrá-las no projeto macroeconômico, e , ao mesmo tempo, com elas promover a justiça social²³

A Constituição Federal brasileira de 1988, por exemplo, dedica um título inteiro à Ordem Econômica (Título VII), no qual são traçados os preceitos básicos da atividade econômica e do Sistema Financeiro Nacional. Por meio desses princípios é que a Constituição estabelece a política econômica idealizada para alcançar os seus fins (quais sejam, a existência digna de todos e a justiça social)²⁴. Por isso é que Eros Grau refere que a Ordem Econômica nos Estados Sociais (intervencionistas) está relacionada ao mundo do dever ser, já que se dedica ao aprimoramento, através do ordenamento jurídico, das relações econômicas (mundo do ser)²⁵.

Observamos, dessa forma, a relevância da Ordem Econômica para o Estado Social (a qual, inclusive, foi elevada a instituto constitucional), haja vista seu importante papel no que concerne à realização de direitos fundamentais. Zelar por ela, passou a ser um dos principais objetivos do Estado, uma vez que eventuais desequilíbrios nessa ordem significariam um grande abalo à complexa sistemática econômica de uma nação, colocando em risco todas as políticas públicas e a própria existência do Estado. Sob esse prisma é que se mostra necessário o uso da tutela penal para a defesa desse bem jurídico tão sensível e estratégico do Estado.

Outrossim, a guarda da Ordem Econômica pelo Direito Penal se justifica na medida

²² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de Código Penal Español de 1994*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 11, p.7-20, jul./set. 1995, p. 9.

²³ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (lei n. 7492, de 16/06/86)*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, 1996, p. 50.

²⁴ Nos termos do art. 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

²⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros: 1998, p. 55.

em que a criminalidade econômica é uma das modalidades delitivas mais danosas à sociedade, “afetando não somente vítimas determinadas, mas também o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional”²⁶, ocasionando tanto prejuízos materiais (como dilapidação das reservas monetárias nacionais, falta de recursos financeiros para incentivar a indústria e a agricultura, elevação da taxa de desemprego, inflação, recessão), quanto imateriais (como a perda da confiança no mercado, nas relações de consumo, na credibilidade do sistema fiscal), sendo ambos extremamente negativos para o desenvolvimento econômico do Estado.

Contudo, a grande problemática do uso da tutela penal à Ordem Econômica, criminalizando as condutas antieconômicas, é a tipificação desses delitos. Isto porque as normas econômicas, que dão o substrato ao Direito Penal Econômico, são tão voláteis quanto o seu objeto científico (a Economia). O dinamismo e a fluidez com que a Economia moderna se realiza, reflete-se diretamente nas normas econômicas, as quais têm um caráter plural e aberto justamente para abarcar a flexibilidade do bem jurídico tutelado. Entretanto, no Direito Penal essa maleabilidade não é possível.

Não obstante, o legislador, na tentativa de acompanhar o desenvolvimento dos conflitos econômicos e seguindo, equivocadamente, a mesma linha de raciocínio do Direito Econômico, acabou por fugir completamente dos princípios básicos do Direito Penal, criando tipos penais extremamente vagos e abertos. “Não raro se constatou que, editada uma lei, tornava-se necessário interpretá-la através de outras normas complementares, sobrevindas sob as formas de regulamento, instruções, avisos e portarias”²⁷.

Nesse sentido, a criminalização das condutas antieconômicas é o ponto mais complexo desse ramo da ciência criminal, uma vez que a abstração e o dinamismo do bem jurídico a ser protegido torna difícil a precisa delimitação do tipo (sob pena de, às vezes incriminar condutas inócuas e outras vezes deixar passar comportamentos altamente lesivos à Ordem Econômica²⁸). Infelizmente, o que a prática tem mostrado, é que o legislador, buscando antecipar-se aos fatos lesivos e coibir os delitos econômicos, vem se valendo de uma técnica, no mínimo, questionável, estabelecendo a imputação objetiva (ou seja, a punição mesmo no caso de erro sobre a ilicitude do fato), a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e abusando do uso de normas penais em branco, de cláusulas gerais, de tipos de perigo abstrato ou de mera conduta²⁹. Essa metodologia é bastante perigosa, pois restringe as garantias individuais e afronta diretamente o princípio da legalidade. Ademais, a imprecisão legal (com

²⁶ DE SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 11.

²⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 33.

²⁸ Ibidem, p. 42.

²⁹ DE SANCTIS, op. cit., p. 15-16.

tipos abertos e vagos), acaba por gerar uma grande insegurança jurídica, já que se torna difícil precisar os contornos do fato tipificado³⁰.

1.2 A Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

O Sistema Financeiro Nacional, como importante pilar da Ordem Econômica, trata-se de um conjunto de órgãos e instituições que se dedica a gestão da política monetária estatal, regulando, fiscalizando e executando as operações relativas à circulação de moeda, de crédito, de câmbio e de capitais de um país. José Paulo Baltazar Júnior tem uma definição mais precisa do Sistema Financeiro Nacional, a qual tomamos a liberdade de transcrever para melhor ilustrar o conceito.

O sistema financeiro nacional é entendido como o conjunto de órgãos, entidades e pessoas jurídicas que lidam com o fluxo de dinheiro e títulos, incluindo todas as atividades que envolvam circulação de valores, incluindo os mercados financeiro em sentido estrito, de crédito, de câmbio e de capitais, bem como seguros, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança. Nesse conjunto inserem-se bancos, a bolsa de valores, casas de câmbios, corretoras, empresas de consórcio, de seguro e financeiras.³¹

A Lei federal n.º 7.492 de 16 de junho de 1986 (vulgarmente conhecida como a lei dos crimes do colarinho branco), que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, foi editada para proteger o sistema financeiro brasileiro (bem jurídico fundamental para a consecução da política econômica do Estado) dos maus administradores de instituições financeiras, que estariam lesando o público investidor, as organizações bancárias, os acionistas e onerando os cofres públicos³². Assim, o escopo desse diploma seria manter a confiabilidade do sistema, fazendo com que as instituições mantivessem uma gestão confiável, cumprindo as normas técnicas, sendo transparentes quanto aos riscos e formando preços eficientes³³. Nesse sentido, a Lei passou a criminalizar

aquelas ações ou omissões humanas, praticadas ou não por agentes institucionalmente ligados ao sistema, dirigidas a lesionar ou a colocar em perigo o SFN, enquanto estrutura jurídico-econômica valiosa para o Estado

³⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 38.

³¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 269.

³² SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do Colarinho Branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 13.

³³ BALTAZAR JÚNIOR, loc. cit.

brasileiro, bem como as instituições que dele participam, e o patrimônio dos indivíduos que nele investem suas poupanças privadas.³⁴

Como antecedente a Lei n.º 7492/86, podemos referir a Lei n.º 4.595 de 1964 (que além de tipicar algumas condutas tidas como atentatórias ao sistema financeiro, dispunha também sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias) e a Lei n.º 1.521 de 1951, que estabelece os crimes contra a economia popular. Cumpre anotar que os dispositivos penais da Lei n.º 4.595/64 foram inteiramente revogados pela Lei n.º 7.492/86 (permanecendo em vigor apenas as disposições relativas às sanções administrativas), já a Lei n.º 1.521/51 continua vigente no que não for incompatível com a Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional³⁵.

1.2.1 A inconsistência jurídico-penal da Lei n.º 7.492/86

De toda a legislação penal brasileira ainda em vigor, a Lei n.º 7.492/86, provavelmente, é o texto legal mais criticado pela doutrina especializada. E não é para menos, o legislador usou as piores técnicas possíveis na construção do tipos, contrariando princípios jurídicos fundamentais e estabelecendo confusões conceituais básicas.

Tentando abarcar o dinamismo e a abstração do bem tutelado, o legislador socorreu-se de todos os métodos mais criticados pelos penalistas na construção dos tipos criminais, como a responsabilidade penal objetiva (*e.g.*, art. 25, *caput*), os tipos penais abertos (*e.g.*, art. 4º, *caput* e parágrafo único), as normas penais em branco (*e.g.*, art. 22, *caput*, da Lei 7.492) e os tipos de mera conduta e de perigo abstrato (*e.g.*, art. 17, *caput*). Essas técnicas alargam demasiadamente o campo de abrangência da lei penal, ferindo os princípios da culpabilidade, da legalidade, da lesividade e da presunção de inocência.

Contudo, o cerne dos problemas da Lei está em seu projeto, repleto de erros e imperfeições dogmáticas que acabaram por viciar de modo irremediável a norma. Diante dessa constatação o relator do projeto na Câmara dos Deputados, Deputado João Gilberto, observou:

o projeto sai imperfeito e reclamará a curto prazo nova legislação para

³⁴ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 15.

³⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 269.

revisar alguns pontos. Infelizmente, não nos é dada mais a possibilidade de correção pelo estágio em que se encontra o processo legislativo.

Pela Constituição e Regimento, agora restam apenas duas alternativas para a Câmara: ou aceita a redação dada pelo Senado ou mantém a sua. Não mais pode introduzir modificação. Não pode rejeitar nenhum dispositivo ou acrescentar qualquer matéria nova.

Infelizmente, fazemos este registro porque o Projeto suscitou debates amplos na comunidade jurídica do País e pela Imprensa e muitas contribuições ou críticas apresentadas não mais podem ser resolvidas.³⁶

Do mesmo modo, foi a mensagem do então Presidente da República José Sarney, que, já no momento da sanção da lei, revelava a necessidade de sua substituição, conforme depreende-se do seguinte trecho da Mensagem 252:

As críticas ao resultado dos trabalhos da Comissão de Juristas, feitas por quantos desejaram trazer-lhe aperfeiçoamentos, estão em fase final de catalogação e avaliação, para eventual incorporação ao anteprojeto, o qual, tão logo esteja em condições de ser apreciado pelo Congresso Nacional, encaminharei como projeto de lei à apreciação de VV. Exas.³⁷

A metodologia equivocada e os erros grosseiros na capitulação das condutas, deveu-se muito à falta de apoio de juristas na construção do texto normativo. O auxílio técnico para a elaboração do projeto foi prestado por profissionais da área econômica, que desconheciam os preceitos básicos de direito e acabaram criando uma lei defeituosa. Nesse sentido, salienta Manoel Pedro Pimentel:

A edição da Lei 7.492 de 16.6.86, embora presente a preocupação de criminalizar comportamentos lesivos ao Sistema Financeiro Nacional, revelou nosso atraso, em matéria de legislação penal.

É que o legislador, mais uma vez, preferiu valer-se do concurso exclusivo de técnicos do setor econômico-financeiro, prescindindo ao que parece, da colaboração de juristas especializados em matéria penal, que poderiam ter evitado, pelo menos, os defeitos mais comprometedores da lei.³⁸

O pouco conhecimento jurídico dos redatores do projeto n.º 273 (que posteriormente se converteu na Lei n.º 7.492) criou verdadeiros absurdos legais, os quais seriam cômicos se

³⁶ Apud PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 21-22.

³⁷ Apud PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 24.

³⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 9.

não fossem trágicos. O original, por exemplo, continha no art. 17³⁹ a previsão de uma ação penal subsidiária, na qual a inércia do Ministério Público legitimaria o Banco Central ou a Comissão de Valores Mobiliários a propor e conduzir o processo criminal. Pimentel, comentando esse artigo, considera que o Estado é o sujeito passivo direto dos delitos e o Ministério Público seu representante legal. Além disso, o Órgão Ministerial é quem possui o conhecimento e o aparelhamento necessário para o correto exercício da ação penal, sendo até certa ingenuidade acreditar que referidas entidades (não especializadas na área criminal) poderiam melhor conduzir a ação em caso de desinteresse do *parquet*⁴⁰. Contudo, esse dispositivo foi alterado durante o trâmite legislativo, sequer constando no texto final enviado à sanção presidencial.

Outrossim, destacamos o art. 24 do projeto, que previa a forma culposa de todos os delitos tipificados na lei⁴¹. Primeiramente, conforme preconiza o princípio da excepcionalidade do crime culposos (insculpido no art. 18, parágrafo único, do Código Penal⁴²), somente extraordinariamente as ações sem dolo são criminalizadas, sendo necessário que tal informação conste expressamente na definição do delito. Nesse caso, todavia, a exceção estaria se tornando a regra e a regra, exceção, já que todas as condutas da Lei seriam puníveis dolosa e culposamente. Não bastasse isso, a maioria dos tipos descritos na Lei não prevêem resultado e, nas palavras sábias de Pimentel, “falar em crime culposos tipificado sem resultado é heresia jurídica”⁴³, uma vez que o resultado nessa modalidade delitiva é elementar do tipo, sendo o que, de fato, possibilita a verificação do crime.

Outro ponto vergonhoso do referido projeto foi a hipótese descrita no art. 32⁴⁴, que previa a decretação de prisão administrativa pelo Ministro da Fazenda nos casos de ocorrência de dano patrimonial. Ora, decretação de medida cautelar penal é competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário. Autorizar tal despautério seria outorgar poderes jurisdicionais às autoridades administrativas, ferindo gravemente o princípio constitucional da separação de

³⁹ Art. 17. Quando no prazo legal, não for apresentada a denúncia, o lesado, o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários podem promover a ação subsidiária, facultada ao Ministério Público, neste caso se a iniciativa tiver sido do lesado, aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, fornecer elementos de prova, interpor recursos e, a todo o tempo, havendo negligência, retomar a ação como parte principal.

⁴⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 15-16.

⁴¹ Art. 24. Se qualquer dos crimes de que trata esta lei é cometido sob a forma culposa, reduz-se a pena privativa de liberdade em 1/3.

⁴² Art. 18. [...] Parágrafo único – Salvo nos casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o prática dolosamente.

⁴³ PIMENTEL, op. cit., p. 16.

⁴⁴ Art. 32. Desde que da prática de crime previsto nesta lei haja decorrido dano patrimonial, o Ministro da Fazenda decretará a prisão administrativa dos responsáveis penais, por prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, nem inferior a 90 (noventa) dias.

poderes e do juiz natural.

Também polêmico foi o art. 30 do PL n.º 273⁴⁵, que estabelecia a prisão preventiva em virtude do clamor público. O instituto penal da prisão preventiva é uma cautelar de ordem excepcional, sendo que a simples repercussão do fato não é causa suficiente para a decretação da custódia provisória, a qual somente deve ser ordenada nas hipóteses previstas do art. 312 do Código de Processo Penal⁴⁶. A prisão preventiva não possui a finalidade de punir antecipadamente o réu (mas evitar que da liberdade do acusado possam resultar outros crimes, fuga ou interferência na colheita de provas) e, por isso, circunstâncias não jurídicas, de índole emocional, como clamor público não devem ser levadas em conta quando da decretação da medida.

Menos mau que todos esses artigos referidos (24, 30 e 32) foram vetados pelo Executivo, resolvendo grande parte dos problemas. Entretanto, muitos dispositivos imperfeitos foram aprovados, tais como o art. 4º, *caput* e parágrafo único, trazendo uma enorme insegurança jurídica aos cidadãos.

1.2.2 Os tipos penais do art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86

O art. 4º da Lei n.º 7.492/86 estabelece em seu *caput* e em seu parágrafo único, respectivamente, os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira nos seguintes termos:

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.

A Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional não inovou na criminalização dessas condutas, visto que o inciso IX do art. 3º da Lei n.º 1.521/51 já previa, com redação diferente, tais modalidades delitivas⁴⁷. No entanto, a lei nova se superpôs à Lei dos crimes

⁴⁵ Art. 30. Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada ou do clamor público provocado.

⁴⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 386.

⁴⁷ Art. 3º. [...] IX - gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por

contra a Economia Popular, revogando-a no que fosse conflitante, sendo o caso dos crimes de gestão fraudulenta e da gestão temerária, que adquiriu um conceito muito mais amplo na Lei n.º 7.492/86. Desse modo, “toda gestão fraudulenta ou temerária de entidade que seja considerada *instituição financeira*, nos termos da lei nova, será punida nos termos desta e não da Lei de Economia Popular”⁴⁸.

Diferentemente da antiga tipificação prevista na Lei dos crimes contra a Economia Popular (que trazia as elementares “levando-as à falência ou a insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”), a Lei n.º 7.492/86 consagrou as figuras delitivas tão somente pelo *nomen juris* dos crimes, sem qualquer outro elemento que possibilitasse melhor delinear as condutas típicas⁴⁹. Tratam-se de dois tipos penais abertos, que necessitam da complementação exegética e valorativa do intérprete para o seu fechamento. Essa falta de taxatividade dos tipos em comento causa grandes debates na doutrina e na jurisprudência a respeito da constitucionalidade dos dispositivos, uma vez que, em virtude da vagueza da descrição típica, poderiam não estar em consonância com o princípio da legalidade, preconizado no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Em realidade, os conceitos de gestão fraudulenta e de gestão temerária (que são fundamentais para o entendimento do texto legal e para a precisa capitulação dos fatos) são fornecidos pela doutrina e pela jurisprudência, que firmaram o entendimento sobre o sentido das expressões. A gestão fraudulenta caracterizar-se-ia pela administração enganosa – que se vale de ardid, sutileza ou astúcia para induzir ou manter alguém em erro e, assim, encobrir o real objetivo de um ato ou negócio – ludibriando as autoridades monetárias ou aqueles que mantêm relação com o agente, como os correntistas, os poupadores e os investidores⁵⁰. Já a gestão temerária seria aquela que ultrapassa os limites da prudência, cujo agente, mesmo sendo uma pessoa arrojada, aventura-se além do permitido. Cuidar-se-ia, portanto, de uma administração excessivamente arriscada⁵¹. Elias de Oliveira, um dos primeiros criminalistas a comentar as referidas condutas (ao analisar o art. 3º, IX, da Lei 1.521/51), leciona o seguinte:

meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados.

⁴⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 50.

⁴⁹ SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do colarinho branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 41.

⁵⁰ OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. *Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira*. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Brasília, n.º 11 (2), p. 27-32, abr./jun. 1999, p. 29-30.

⁵¹ PIMENTEL, op. cit., p. 51.

Por gestão fraudulenta deve entender-se todo ato de direção, administração ou gerência, voluntariamente consciente, que traduza manobras ilícitas, com emprêgo de fraudes, ardis e enganos. Ao passo que gestão temerária significa a que é feita sem a prudência ordinária com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigosas ou inescrupulosamente arriscando o dinheiro alheio.⁵²

As definições jurisprudenciais não diferem muito das doutrinárias. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região que “gestão fraudulenta é a em que o administrador utiliza, continuada e habitualmente, na condução dos negócios sociais, artificios, ardis ou estratagemas para por em erro outros administradores da instituição ou seus clientes”⁵³. Em relação a gestão temerária, a mesma corte assim a definiu: “[...] tem-se por temerária a gestão abusiva, inescrupulosa, imprudente, arriscada além do aceitável nas atividades peculiares, que ponha em risco os bens protegidos pela norma – a saúde financeira da instituição, o patrimônio do sistema financeiro como um todo”⁵⁴.

Por fim, cabe fazer uma diferenciação entre os dois tipos, pois, embora distintos, podem causar confusões no momento da subsunção dos fatos à norma, haja vista a proximidade das duas condutas. Isso porque toda a gestão fraudulenta é, pelos riscos que causa, concomitantemente temerária. Assim, discrimina Tigre Maia:

A distinção essencial entre a modalidade do caput e a do parágrafo único deste art. 4º reside, essencialmente, no meio executivo peculiar ao primeiro (fraude) e, estando presente tal elemento, haverá o afastamento da gestão temerária com a prevalência, pelo princípio da especialidade, da gestão fraudulenta. É que gerir fraudulentamente é, intrinsecamente, também, temerário pelos riscos que traz a empresa.⁵⁵

1.2.2.1 Aspectos dogmáticos dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária

A instituição financeira, como célula que capta, administra, intermedia e aplica a poupança popular, é elemento essencial para o equilíbrio, firmeza e eficiência do Sistema

⁵² OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1952, p. 154.

⁵³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Primeira Turma. Habeas Corpus n.º 98.03.081133-9/SP. Relator Oliveira Lima, 04/05/1999.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Segunda Turma. Habeas Corpus n.º 96.03.077760-9/SP. Relatora Sylvia Steiner, 22/04/1997.

⁵⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 59.

Financeiro Nacional. Qualquer ação que venha a colocar em risco a atuação dessas instituições implica verdadeiro desastre para a credibilidade do sistema, provocando vultuosos prejuízos para os aplicadores do mercado financeiro⁵⁶.

As instituições financeiras, portanto, não podem ficar sujeitas ao arbítrio e à má-fé de administradores inescrupulosos⁵⁷, uma vez que o abalo a essa estrutura pode acarretar danos a toda política econômica estatal. Nesse sentido é que se criou dispositivo próprio com o objetivo de tutelar a probidade na gestão dessas instituições (art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86)⁵⁸.

Assim, tanto o crime de gestão fraudulenta, quanto o crime de gestão temerária são pluriofensivos, ou seja visam a resguardar mais de um bem jurídico, a saber: o sistema financeiro nacional (no particular aspecto da credibilidade pública)⁵⁹; a instituição financeira na sua individualidade, inclusive aquelas pertencentes à iniciativa privada⁶⁰; e, secundariamente, os bens e valores da coletividade específica, representada pelos aplicadores diretos (tais como correntistas, poupadores, investidores, acionistas)⁶¹.

O art. 4º, *caput* e parágrafo único, cuida de crime próprio, já que a descrição prevista na hipótese penal típica somente pode ser realizada por aqueles que exercem cargos de administração na instituição financeira, com efetivo poder decisório na gerência da entidade. Embora crime especial, nada impede a participação de terceiros, estranhos à gestão das instituições, com base no art. 29 do Código Penal⁶².

O principal sujeito passivo do delito é o Estado, maior interessado na confiabilidade, estabilidade e funcionalidade do sistema. Todavia, por se tratar de crime pluriofensivo, devemos considerar, outrossim, a multiplicidade subjetiva passiva. Assim, além do Estado, entendem-se ofendidos a própria instituição financeira e o público específico (investidores diretos)⁶³.

O tipo objetivo dos crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária consiste em gerir fraudulentamente ou gerir temerariamente instituição financeira. Juliano Breda ensina que “o

⁵⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 53-54.

⁵⁷ SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do colarinho branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 47.

⁵⁸ NUNES, Luciano Augusto de Freitas. *A tutela penal do Sistema Financeiro Nacional e controle difuso de constitucionalidade dos crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito Milton Campos, 2009, p. 78.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial n.º 585770/RS. Relator Gilson Dipp, 07/10/2004.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 36.

⁶¹ SILVA, loc. cit.

⁶² BITENCOURT; BREDA, op. cit., p. 37.

⁶³ SILVA, loc. cit.

verbo gerir deve ser lido à luz da própria conceituação de instituição financeira oferecida pelo diploma no art. 1º, que define os atos essenciais ao sistema financeiro e à Lei 7.492/86⁶⁴, dessa forma, gerir é exercer atividades de mando, dirigir, administrar, no sentido de deter o poder decisório (o que acaba por restringir a conduta àqueles que possuem essas prerrogativas)⁶⁵.

A ação proposta pelo referido verbo evidencia a necessidade da reiteração das condutas para a configuração do delito. A prática de um só ato fraudulento ou temerário não caracteriza a incidência no tipo, haja vista a necessidade da habitualidade transparecida pelo termo gerir, que dá a ideia de continuidade, de repetência⁶⁶. Essa habitualidade é apreciada no caso concreto, a partir da análise de um razoável lapso temporal⁶⁷.

A elementar normativa *fraudulentamente* deve ser encarada como

[...] qualquer omissão humana hábil a enganar, a ludibriar terceiros, levando-os a uma situação de erro, falsa representação da realidade ou ignorância desta, quer através do uso ardil ('simples astúcia, sutileza, conversa enganos, 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.⁶⁸

Entretanto, nem toda a fraude perpetrada no curso da gestão de uma instituição financeira será capaz de caracterizar o crime do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86. Isso porque deve haver pertinência lógica entre o bem jurídico tutelado pela norma e a conduta realizada. Nesse sentido, só ocorrerá a tipicidade quando a gestão, além de fraudulenta (ou seja, caracterizada por uma sucessão de atos hábeis a induzir ou manter em erro os sujeitos passivos), tiver potencial ofensivo ao bem jurídico resguardado⁶⁹. Portanto, os atos meramente administrativos ou sem relevância específica para a gestão da instituição financeira não tem o condão de caracterizar o delito. Desse modo é o magistério de Juliano Breda:

[...] é perfeitamente possível a existência de funções de direção ou gestão de

⁶⁴ BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 97.

⁶⁵ SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 115.

⁶⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 287.

⁶⁷ SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do colarinho branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 48.

⁶⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 55.

⁶⁹ BREDA, op. cit., p. 98.

instituição financeira sem que o departamento possua relação com os mercados financeiro ou de capitais. Um exemplo simples seria o diretor ou gerente de marketing de um banco comercial, pois fraudes nesse setor dificilmente violariam o bem jurídico tutelado. É verdade, entretanto, que poderá ser decisiva sua participação em meios iludentes dirigidos ao investidor, caracterizando o crime em debate.⁷⁰

A interpretação normativa do vocábulo temerário é praticamente impossível, sendo demasiado aberto para qualquer tipo de análise pormenorizada. O caráter culposo do termo ainda induz em erro o hermenêuta, uma vez que se cuida de tipo doloso. Tigre Maia, por exemplo, revela tratar-se de elemento normativo-cultural, o qual deve ser especificado no caso concreto⁷¹ e, tentando melhor ilustrar o que entende por temeridade da uma gestão de instituição financeira, enumera as seguintes hipóteses:

A prodigalidade, o desperdício de recursos por inobservância consciente de recomendações e procedimentos técnicos cabíveis, a contratação de serviços, pessoas ou bens por valores superiores aos de mercado ou inobservando estudos avaliativos prévios, o investimento de risco elevado sem as garantias de praxe no mercado e o desvio das atividades que constituem a finalidade social da empresa (*ultra vires*), de particular relevância esta última no escopo de atuação das instituições financeiras públicas, são facetas frequentes na gestão temerária.⁷²

O tipo subjetivo da gestão fraudulenta e da gestão temerária é o dolo. Há de existir vontade livre e consciente de gerir fraudulentamente ou temerariamente a instituição financeira. O agente deve ter a noção de que comete fraudes ou pratica atos temerários durante sua administração. Em relação à gestão temerária, parte da jurisprudência⁷³ e alguns doutrinadores⁷⁴ consideram que a lei se contenta com o dolo eventual para a caracterização do delito. A modalidade culposa não é punível.

O crime de gestão fraudulenta se consuma com a prática continuada de fraudes no exercício do poder de gestão (ou seja, na captação, aplicação, intermediação e administração dos recursos, ou outras condutas relacionadas à atividade fim da instituição financeira que sejam passíveis de provocar alguma lesão ao sistema econômico e à economia popular)⁷⁵. O

⁷⁰ BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

⁷¹ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 59-60.

⁷² *Ibidem*, p. 61.

⁷³ e.g., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial n.º 706.005/RS. Relator Gilson Dipp, 24/06/2005.

⁷⁴ Nesse sentido temos José Paulo Baltazar Júnior, Paulo Cezar da Silva, José Carlos Tórtima, Antônio Carlos Rodrigues da Silva, Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46.

delito de gestão temerária, a seu turno, consuma-se “com a prática reiterada de operações ou atividades ousadas, arriscadas, que coloquem em risco a instituição financeira”⁷⁶.

Cuidam-se de crimes formais, não sendo necessária a efetiva ocorrência do resultado material para sua consumação, a qual, se ocorrer, constituirá mero exaurimento do delito. Devem ser classificados, também, como crimes de perigo concreto, uma vez que as condutas descritas no tipo, muito embora não necessitem causar efetivo dano às vítimas, devem, ao menos, colocar em real situação de perigo o bem jurídico tutelado, sob pena de infringir diversos princípios penais, como o da lesividade, o da legalidade, o da *ultima ratio* do direito penal e o da razoabilidade⁷⁷. Fábio Konder Comparato, referindo-se ao crime de gestão fraudulenta (sendo que a lição também é válida para a gestão temerária), explica o seguinte:

[...] quando a lei considera crime a gestão fraudulenta de instituição financeira não exige que a acusação demonstre, apenas, que o réu praticou algum artil, ou lançou mão de meios artificiosos, em sua atividade administrativa. A lei impõe, também, a comprovação de que a conduta do acusado fez surgir um real perigo para o bem jurídico protegido. Não faria, com efeito, sentido algum punir criminalmente o administrador de uma instituição financeira, pelo simples fato de que ele a geriu de forma inabitual ou heterodoxa, se daí não decorreu o mais leve risco para o mercado em geral.⁷⁸

Por tratarem-se de crimes formais, a tentativa seria possível, contudo dificilmente seria aferível na prática, em virtude das condutas típicas serem caracterizadas por um complexo indissolúvel de atos. Assim, a inadmissibilidade da forma tentada decorre da natureza habitual dos crimes, já que os atos isoladamente constituem um indiferente penal⁷⁹.

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74.

⁷⁷ PAULA, Áureo Natal de. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 105.

⁷⁸ Apud DUARTE, Maria Carolina de Almeida. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 69.

⁷⁹ BITENCOURT, loc. cit.

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E OS TIPOS PENAIIS ABERTOS

Importante problema a ser enfrentado neste trabalho é a relação de respeito que deve existir entre os tipos penais abertos e o princípio da legalidade. A constitucionalidade de um dispositivo de lei é completamente dependente de sua obediência ao ditames da reserva legal, de modo que em relação aos tipos abertos (os quais não possuem a completa descrição dos elementos do injusto de uma espécie delitiva⁸⁰), sua generalidade jamais poderá ser tão ampla que impossibilite os cidadãos de vislumbrarem o limite entre o lícito e o ilícito, ou que outorguem totalmente a delimitação da conduta punível ao julgador.

Assim, analisaremos em um primeiro momento o princípio da legalidade e seus desdobramentos. Em seguida, teceremos algumas definições relativas aos tipos penais, especialmente os abertos, para que tenhamos subsídios para melhor estudar a constitucionalidade dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira no capítulo seguinte.

2.1 Concepção dogmática do princípio da legalidade

O princípio da legalidade (ou da reserva legal) é, provavelmente, o princípio mais importante de um Estado Democrático de Direito, na medida em que desempenha uma função fundamental de regulamentação. Estabelece modos predeterminados de condutas (leis) que, além de propiciarem a harmonia coletiva, permitem aos membros da sociedade o conhecimento prévio de como se guiar na realização de seus interesses⁸¹. Sua legitimidade decorre do fato de emanar dos próprios destinatários (através do legislativo), expressando a vontade geral, bem como de seu caráter abstrato e genérico que a todos igualmente alcança. Nesse sentido é que somente a lei pode estabelecer restrições à liberdade, de modo que o “Estado, o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei”⁸².

⁸⁰ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 63-64.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 121.

⁸² *Ibidem*, p. 420.

Referido princípio possui significado político, pois estabelece relações entre a liberdade e as obrigações (restrição da liberdade) dos cidadãos⁸³. Funda-se, basicamente, na noção de leis públicas e perenes, previamente concebidas (ou seja, antes da prática da conduta tida como proibida) e independentes do soberano, o qual também está submetido a elas. Nesse sentido, a função precípua da reserva legal é a de garantia da liberdade civil dos governados, limitando o poder estatal na medida em que somente poderá atuar dentro dos parâmetros preestabelecidos pela lei. Da mesma forma, os indivíduos passam a gozar da certeza do que podem ou não fazer sem riscos de serem detidos ou punidos (segurança jurídica), já que tudo que não estiver expressamente proibido está implicitamente permitido⁸⁴.

Cabe ao Estado, certamente, estabelecer limites à liberdade individual para uma pacífica e harmoniosa convivência social. No passado, contudo, essa limitação se dava de forma totalmente arbitrária pelo soberano e, muitas vezes, posteriormente aos fatos, gerando grande insegurança quanto ao direito, já que qualquer conduta poderia vir a ser considerada ilícita. Sob esse prisma surgiu a idéia de legalidade, como uma necessidade de maior segurança jurídica por parte dos governados, sempre sujeitos ao alvedrio dos governantes, que estatuíam e aplicavam as leis como melhor lhes aprouvesse. Essa nova visão jurídica se contrapunha à discricionariedade absoluta e se baseava na edição de proibições casuísticas de condutas exclusivamente por meio de lei⁸⁵, as quais poderiam, dessa forma, garantir a liberdade dos indivíduos frente ao arbítrio estatal. Desse entendimento comunga Paulo Bonavides, que disserta sobre a origem do princípio da legalidade da seguinte forma:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.⁸⁶

Essa concepção de legalidade pressupõe a separação de poderes, uma vez que o caráter independente das leis advém justamente do fato de não serem emanadas do governante, mas

⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/heleno_artigos.asp>. Acesso em 21/10/2010, p. 2.

⁸⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

⁸⁵ Ibidem, loc. cit.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 121.

de representantes do povo (Legislativo), bem como de serem julgadas por um órgão imparcial (Judiciário) no caso de controvérsia. O princípio da legalidade, conseqüentemente, tem relação direta com o conceito de Estado de Direito, que preconiza o império da lei, a separação de poderes e a garantia de direitos individuais (ou de liberdade)⁸⁷.

Portanto, o aspecto político do princípio da reserva legal possui uma dupla face: De um lado “funciona como regra de competência, no sentido de que todos os atos estatais encontram-se vinculados à sua prática pela autoridade competente e em estrita observância das formalidades legais”⁸⁸; de outro, atua “como instrumento vinculador da sociedade, no sentido de que a liberdade dos associados somente pode ser restringida mediante imposição de normas proibitivas ou preceptiva (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – art. 5º, inc. II, da CRFB/88)”⁸⁹.

2.1.1 Legalidade formal e legalidade material

A soberania, a imparcialidade e a independência das leis decorrem do fato de emanarem de um órgão autônomo em relação ao governante e embasado na vontade popular. Não existiria verdadeiramente princípio da legalidade se as regras fossem editadas pelo próprio soberano, sob o rito por ele estabelecido e com a atuação por ele desejada. Dessa forma, falar em leis e desconsiderar a existência do Poder Legislativo é como não reconhecer, na realidade, o princípio da legalidade.

Ao discutir o princípio da reserva legal, uma distinção se faz necessária: entre legalidade formal e legalidade material. Cumpre anotar, primeiramente, que somente tem lógica a temática da legalidade formal e material quando existir um poder independente, encarregado da elaboração das leis, livre de qualquer interferência para a execução dessa tarefa, bem como de um procedimento próprio para essa produção. Além disso, deve haver uma ordem jurídico-política superior (Ordem Constitucional) que deva ser preservada de derivações legislativas que a contradigam.

A legalidade formal consiste na obediência aos trâmites constitucionalmente previstos

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 112-113.

⁸⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145.

⁸⁹ Ibidem, loc. cit.

na Carta Política de um Estado para que um diploma legal possa fazer parte do seu ordenamento jurídico⁹⁰. Isto é, do ponto de vista formal, a legalidade significa que apenas os órgãos habilitados pela Constituição e nos termos estabelecidos por ela é que podem produzir leis⁹¹. Por exemplo, no caso do Brasil apenas o Congresso Nacional pode legislar sobre Direito Penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal), obedecido o rito fixado para a produção de lei ordinária. Nesse sentido, qualquer descompasso, quanto ao órgão (*e.g.*, elaboração da lei penal por uma Assembleia Legislativa de um estado), ou quanto ao procedimento (*e.g.*, tramitação do projeto por só uma das Casas do Congresso) gera a inconstitucionalidade formal da regra.

Todavia, num Estado Constitucional de Direito em que se busque, de fato, assegurar as garantias constitucionais, não basta que as normas sejam elaboradas de acordo com a ritualística formal da Constituição, elas devem também estar em consonância com os preceitos por ela estatuídos, deve haver uma compatibilidade de conteúdo entre a lei e a Carta Magna⁹². Fala-se, desse modo, em legalidade material, que corresponde à acomodação da lei “aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais”⁹³.

A distinção conceitual entre legalidade formal e material tem relevância a partir do momento em que se deseja tratar da aplicabilidade de uma norma. Isso porque algumas leis, embora tenham sido editadas em perfeita adequação com os procedimentos impostos pela Constituição, não estão em conformidade material com ela. Teríamos, nesse caso, uma norma vigente e inválida.

Assim, da diferenciação entre legalidade formal e legalidade material surge uma nova problemática a ser enfrentada, qual seja, a vigência e a validade da lei. A compreensão de vigência está intrinsecamente vinculada à correta produção de uma norma jurídica. Toda norma que tiver obedecido os trâmites constitucionalmente exigidos para a sua feitura poderá ser considerada como em vigor. No entanto, a vigência não é condição única para a introdução de uma lei no ordenamento jurídico, é necessário, outrossim, que ela seja válida, ou seja, que ela vá ao encontro da Ordem Constitucional, complementando ou regulando os direitos previstos no texto da Constituição⁹⁴.

⁹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 109.

⁹¹ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 203.

⁹² GRECO, *op. cit.*, p. 110.

⁹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 299.

⁹⁴ GRECO, *op. cit.*, p. 111.

Um texto normativo para ser recepcionado pelo ordenamento jurídico depende mais do que da mera legalidade formal, deve estar, também, de acordo com o conteúdo material da Constituição (legalidade material). Portanto, uma norma jurídica só será aplicada quando além de vigente (aprovada conforme os trâmites constitucionalmente instituídos), for válida, estando em consonância com os princípios da Lei Fundamental.

2.2. Princípio da legalidade em matéria penal

O princípio da legalidade sob a ótica do Direito Penal se revela como um instrumento vinculador de característica dicotômica. De um lado observamos os poderes outorgados ao Estado no sentido de que somente ao Poder Legislativo (mediante o processo legislativo ordinário) cabe estabelecer normas em matéria criminal; assim como apenas o Poder Judiciário - respeitadas as suas competências constitucionais – pode julgar as infrações penais perpetradas. De outro, conferimos as garantias atribuídas à sociedade, que se encontra protegida da possibilidade de ser punida por uma conduta que não esteja clara e previamente catalogada em um rol taxativo de proibições; bem como de ser julgada, no caso de infringência de alguma vedação legal, por órgão competente com as salvaguardas do devido processo legal⁹⁵.

Desse modo, o princípio da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo do Estado⁹⁶, inspirando, também, segurança jurídica aos indivíduos, uma vez que passam a saber qual o limite entre o permitido e o proibido, tendo a certeza de que não serão punidos pela prática de condutas não previstas no ordenamento jurídico⁹⁷. Eis a função de garantia da lei penal.

De forma concisa, podemos afirmar que o princípio da legalidade preconiza que nenhum fato poderá ser considerado crime e nenhuma pena criminal poderá ser aplicada sem que antes da ocorrência desse mesmo fato tenha sido instituído por lei o tipo delitivo e a sanção correspondente⁹⁸. Isto é, “segundo este princípio, uma ação somente pode ser punida

⁹⁵ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 1 – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

⁹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 106.

⁹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21.

quando a punibilidade estiver determinada antes da ação perpetrada, ou seja, os pressupostos da punibilidade e as consequências jurídicas do ato precisam estar determinadas já na época do fato através de uma lei”⁹⁹.

O referido princípio, além de base estrutural do Estado Democrático de Direito, é pedra angular do Direito Penal, já que estabelece a necessidade de lei para a incriminação de qualquer conduta e fixação das penas¹⁰⁰. Assim, sendo a lei a única fonte incriminadora e cominadora de sanções, não haveríamos de falar em Direito Penal (pelo menos não nessa acepção moderna) se considerássemos a inexistência do princípio da reserva legal.

O fundamento jurídico do princípio da legalidade está no fato de que não se pode obedecer ou violar algo que não está previamente imposto¹⁰¹. É nesse sentido que a punição se liga ao fato, por meio de uma lei editada antes da prática desse fato, ameaçando-o com a pena para o caso de desobediência e incidência na hipótese penal abstratamente prevista. Por isso que a norma proibitiva deve ser textualizada de maneira cristalina e precisa, de forma que permita ao indivíduo claramente vislumbrar a ação (ou a omissão) que não lhe é permitida¹⁰².

No Brasil, o princípio da legalidade em matéria penal é assegurado constitucionalmente dentre as garantias individuais de liberdade, estando previsto no art. 5º, incisos XXXIX e XL da Constituição Federal da seguinte forma: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; e “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Outrossim, está positivado de modo muito semelhante nos arts. 1º e 2º do Código Penal Brasileiro, com ligeiras alterações textuais em relação à redação constitucional, mas com a mesma conotação semântica, vejamos: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”; “Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

O princípio da legalidade é conhecido pelo brocardo jurídico *nullum crimen, nulla poena sine lege*, introduzido pelo filósofo jusnaturalista alemão Anselm von Feuerbach em sua obra intitulada *Tratado*, de 1801, aonde defendia a teoria da coação psicológica da lei

⁹⁹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade*. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 34, n.º 91, p. 47-74, maio/ago. 2001, p. 58.

¹⁰⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p.67.

¹⁰¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/heleno_artigos.asp>. Acesso em 21/10/2010, p. 6.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 1 – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

penal¹⁰³. A origem do princípio, diferentemente do que nos induz a pensar a expressão latina que o representa, não está relacionada ao Direito Romano que, muito embora tivesse, em alguns momentos históricos, leis penais previamente estabelecidas, fazia uso da analogia e, por conseguinte, da incriminação *ex post facto*. Do mesmo modo, não é possível identificar quaisquer raízes dos postulados da reserva legal no direito medieval, uma vez que prevaleciam, naquele contexto, os costumes e a analogia como fontes criadoras de tipos criminais¹⁰⁴.

Alguns penalistas apontam a Magna Carta inglesa de 1215 como a origem mais remota do aludido princípio, uma vez que ela dispunha que nenhum homem livre poderia ser detido ou aprisionado, a não ser mediante julgamento legítimo de seus iguais ou de acordo com a lei da terra, conforme rezava o art. 39 do documento nos seguintes termos:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.¹⁰⁵

Todavia, esse entendimento deve ser visto com ressalvas, já que na realidade, conforme entendimento dominante, tratava-se de um garantia processual (e não de direito substancial)¹⁰⁶, restrita aos condes, barões e senhores feudais, não atingindo os integrantes do povo, que constituíam a grande maioria dos criminosos¹⁰⁷. “Além disso, a conjunção alternativa 'ou', que antecede as elementares 'de harmonia com a lei do país', dá ao preceito uma coloração não garantidora, visto que, mediante uma interpretação literal, poder-se-ia chegar à conclusão de que o julgamento 'pelos pares' substituiria a exigência de lei”¹⁰⁸.

O surgimento do princípio da legalidade nos moldes semânticos de hoje, por certo, remete ao pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII, especialmente aos fundamentos de John Locke (precursor da ideia de sujeição do Estado ao senhorio da lei) e de Cesare Beccaria (defensor do argumento de que apenas a lei poderia cominar penas aos delitos), quando ganhou força a concepção de que leis racionais deveriam limitar o arbítrio absoluto do

¹⁰³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p.66.

¹⁰⁴ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

¹⁰⁵ Apud SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

¹⁰⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/heleno_artigos.asp>. Acesso em 21/10/2010, p. 2.

¹⁰⁷ SCHIMIDT, op. cit., p. 136-137.

¹⁰⁸ Idem, p. 137.

soberano¹⁰⁹. A primeira positivação, no entanto, ocorreu na América, com a Declaração de Direitos da Virgínia (12/06/1776) que, em seu art. 9º, assentava que as leis com efeito retroativo – as quais puniriam fatos praticados antes de sua existência – seriam injustas e opressivas, não devendo ser promulgadas¹¹⁰.

Após as primeiras aparições nas Constituições das ex-colônias inglesas na América, o princípio da reserva legal se disseminou na Europa, constando na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e nas legislações penais dos Estados liberais. No Brasil, foi acolhido por todas as Constituições, fazendo parte, também, de todos os Códigos Penais¹¹¹.

Atualmente o princípio da legalidade é universalmente reconhecido, estando presente em praticamente todos os Estados que adotam um sistema racional de punibilidade. Somente países cujo sistema jurídico esteja baseado na *common law* ou em regimes totalitários não o adotam¹¹². Os principais diplomas mundiais e declarações de direitos o concebem como estrutura básica de garantia dos Direitos Humanos. Nesse sentido tem-se a Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Europeia para a proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais¹¹³.

2.2.1 Postulados do princípio da legalidade penal

O princípio da legalidade possui algumas características fundamentais que, reunidas, cumprem a função de garantia da lei penal. Trata-se de quatro postulados oriundos do princípio geral, que se destinam a orientar tanto o legislador (na criação das leis penais), quanto o juiz (na aplicação da lei), limitando o poder punitivo estatal e protegendo o indivíduo de arbitrariedades.

O primeiro desdobramento visa a proibir a edição de leis penais retroativas, incriminando e punindo fatos passados (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*). O

¹⁰⁹ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 137-138.

¹¹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p.66.

¹¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/heleno_artigos.asp>. Acesso em 21/10/2010, p. 3.

¹¹² SCHIMIDT, op. cit., p. 141-142.

¹¹³ FRAGOSO, op. cit., p. 4.

segundo diz respeito à vedação de criar crimes e penas, bem como fundamentar ou agravar a punibilidade por meio dos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). O terceiro postulado se refere a proibição de empregar a analogia para a criação de crimes, agravar ou fundamentar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). E, por fim, o quarto desdobramento do princípio da reserva legal proíbe incriminações vagas e indeterminadas, exigindo que a lei penal seja o mais precisa possível (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*)¹¹⁴.

2.2.1.1 *Lex praevia*

O presente postulado remete à origem histórica do princípio da reserva legal, que surgiu exatamente para barrar o efeito retroativo dado às leis penais, que causavam grande insegurança jurídica à sociedade no período anterior ao iluminismo¹¹⁵. Institui a necessidade de lei anterior para que uma conduta seja considerada crime e sua pena estipulada, ou, sob outro ponto de vista, prescreve a impossibilidade de que uma lei penal retroaja para incriminar ou punir um fato ocorrido antes de sua edição. O desdobramento da *lex praevia*, dessa forma, consagra dois princípios basilares do Direito Penal: o da anterioridade e o da irretroatividade da lei penal (corolários necessários do princípio da legalidade)¹¹⁶.

Essa vertente do princípio da legalidade é a garantia dos indivíduos de que ninguém será punido por fato que ao tempo de seu cometimento era tido como um indiferente penal, ficando proibida, também, a fundamentação ou agravamento da pena com base em legislação ulterior¹¹⁷. Nesse sentido sintetiza Andrei Schimidt:

[...] toda lei que institua uma proibição penal, ou que de qualquer forma, agrave as consequências penais do fato, somente possui aplicação a contar da data de sua entrada em vigor. Isso faz com que seja conferido ao cidadão, nas palavras de Mantovani, 'a segurança ante às mudanças de valorações do legislador, de não ser punido, ou de não ser punido mais severamente, por

¹¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

¹¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/heleno_artigos.asp>. Acesso em 21/10/2010, p. 5.

¹¹⁶ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 208.

¹¹⁷ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade*. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 34, n.º 91, p. 47-74, maio/ago. 2001, p. 69-70.

fatos que no momento de sua comissão, não eram apenados, ou eram de forma mais branda'.¹¹⁸

A proibição de retroatividade da lei penal está relacionada à própria lógica do contrato social entre Estado e indivíduo, conforme observa von Liszt: “O problema da irretroatividade não é um problema ético, nem sociológico, nem de direito natural; é só um problema político, contratual. A lei é a fórmula pública de uma obrigação tácita entre o cidadão e o Estado. Uma obrigação não se pode contratar se não é para o futuro”¹¹⁹.

Portanto, o preceito *nullum crimen sine lex praevia* se fundamenta em uma questão político-criminal, visto que as leis penais possuem a função de direcionar o comportamento dos indivíduos para certos fins sociais, evitando determinadas condutas. Assim, a norma deve preceder o ato para que afirme seu potencial intimidatório e, de fato, influa no comportamento humano¹²⁰. A anterioridade da lei penal, dessa forma, sob o prisma da prevenção geral, é essencial para o papel coativo do Direito Penal sobre a generalidade das pessoas, sendo indispensável que a conduta delitiva esteja previamente tipificada para que o cidadão se sinta efetivamente motivado a não praticá-la¹²¹.

Além disso, somente é possível violar algo que esteja preestabelecido, de modo que um fato só será reprovável se o agente, tomando conhecimento da proibição, optar por realizar a conduta não permitida. Isto é, deve haver uma desobediência consciente por parte do infrator de um regra já em vigor, não havendo que falar em desobediência no caso de inexistência de norma que prescreva o que se deve obedecer.

A proibição de retroatividade da lei penal não é absoluta, sendo admitida quando vier em benefício do agente (nos termos do art. 5º, XL da Constituição Federal e do art. 2º, parágrafo único do Código Penal). Ou seja, a regra do postulado da *lex praevia* é a irretroatividade, sendo a retroatividade exceção. Dessa forma, sendo editada uma lei penal que deixe de considerar uma conduta como criminosa (*abolitio criminis*) ou que, de algum modo, seja mais benéfica para a situação jurídica do acusado (*lex mitior*) ela retroagirá alcançando o fato anterior à sua vigência, de modo que na sentença se aplique a lei mais favorável à liberdade do réu.

¹¹⁸ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 208.

¹¹⁹ Apud SCHIMIDT, op. cit., p. 208.

¹²⁰ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade*. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 34, n.º 91, p. 47-74, maio/ago. 2001, p. 70.

¹²¹ *Ibidem*, p. 70-71.

A retroatividade da lei mais benigna se funda no próprio utilitarismo penal, haja vista que “nenhuma utilidade existe em considerar-se um fato atual como reprovável (ou menos reprovável) e os fatos anteriores, dêz que idênticos, reprováveis (ou mais reprováveis)”¹²². Nesse sentido, punir uma conduta que não é mais considerada pela sociedade como condenável, além de completamente irracional frente ao modelo punitivo contemporâneo, fere o princípio constitucional da igualdade, pois ocorrerá um tratamento desigual em relação à mesma situação¹²³.

Cumpre anotar, ainda, que a aferição de qual a lei mais benéfica ao réu não pode ser realizada abstratamente. Tal verificação deverá ser procedida em face do caso concreto, confrontando-se as situações jurídicas em tese resolvidas, conforme ensina Pablo Alflen da Silva: “[...] deve-se resolver o caso de maneira hipotética, de acordo com uma e outra lei, comparando em seguida as soluções para, enfim, determinar qual é a lei menos gravosa para o autor”¹²⁴.

Por fim, é importante frisar que não ocorre a retroatividade da lei penal mais benéfica ao agente se a lei anterior for do tipo excepcional (promulgada em razão de situações especialmente calamitosas ou conflitivas) ou temporária (promulgadas com termo de vigência)¹²⁵. Assim, as leis temporárias ou excepcionais continuam a ser aplicadas aos fatos praticados durante a sua vigência (conforme dispõe o art. 3º do Código Penal), sendo, por isso, chamadas de *ultrativas*¹²⁶.

A razão da irretroatividade nesses casos não está relacionada à intertemporalidade do direito, mas à teoria do tipo, uma vez que a referência temporal é elementar da norma, sendo pressuposto de punibilidade. Dessa forma, não há que se falar em uma sucessão de leis no tempo (pois não ocorre mudança na concepção jurídica do fato), mas de pura técnica legislativa, em que se estabelece o fator tempo como elemento do fato típico. Nesse sentido, não obstante o seu renascimento (que coincide com o fim da lei intermitente), a lei ordinária “não pode ser considerada lei posterior pois não há lei alguma mais benigna regulando o fato: a ordem jurídica é a mesma”¹²⁷.

¹²² SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 208.

¹²³ Idem, loc. cit.

¹²⁴ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade*. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 34, n.º 91, p. 47-74, maio/ago. 2001, p. 71.

¹²⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 69.

¹²⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 69.

¹²⁷ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal Parte Geral – 1º Volume*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97-99.

2.2.1.2 *Lex scripta*

O postulado da *lex scripta* estabelece que somente a lei escrita, elaborada conforme o procedimento legislativo constitucional, pode criar crimes e penas¹²⁸. Esse preceito objetiva barrar a utilização do direito consuetudinário como fonte incriminadora e cominadora de sanção, vedando, outrossim, a possibilidade de fundamentar ou agravar a pena com base nos costumes. A exigência de uma lei escrita, exclui, por consequência, o uso do direito costumeiro como fonte criadora de tipos penais¹²⁹.

A utilização da lei como fonte única para a estipulação de proibições e imposições de cunho penal funda-se na questão de que, em um Estado Democrático de Direito, apenas os órgãos de representação popular podem estabelecer limitações às liberdades individuais. Desse modo, qualquer ato que, em tese, possa vir a restringir a liberdade dos cidadãos, só será legítimo e válido se advindo do próprio povo, representado, no caso, pelo Poder Legislativo.

Embora o presente desdobramento da legalidade, em certa medida, reduza a participação dos costumes no Direito Penal, não se deve pressupor que eles tenham sido abolidos da experiência jurídico-criminal¹³⁰. Pelo contrário, o direito costumeiro cumpre ainda um importante papel integrativo no que tange à interpretação normativa, sendo de grande valia para a elucidação do conteúdo dos tipos penais (tornando inteligível, por exemplo, o conceito de “ato obsceno” previsto no art. 233 do Código Penal, ou explicitando o que vem a ser o dever de cuidado dos tipos culposos)¹³¹.

Além disso, o direito consuetudinário pode ser aplicado em benefício do agente, tanto como causa de exclusão da ilicitude, como de atenuação da pena ou da culpa, constituindo, nesse sentido, verdadeira fonte do Direito Penal¹³². Nesses casos não se estaria ferindo o princípio da legalidade (uma vez que este constitui a garantia mínima de liberdade dos cidadãos), pois não se estaria restringindo direitos, mas aumentando¹³³. Nessa senda sintetiza Nilo Batista: “Podemos, assim, concluir que o princípio da legalidade proíbe a intervenção

¹²⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 25.

¹²⁹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade*. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 34, n.º 91, p. 47-74, maio/ago. 2001, p. 61.

¹³⁰ TOLEDO, op. cit., p. 25

¹³¹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 70.

¹³² TOLEDO, loc. cit.

¹³³ Idem, loc. cit.

dos costumes apenas – porém incondicional e totalizantemente – no que concerne à criação (definição ou agravamento) de crimes e penas”¹³⁴.

Portanto, o princípio da legalidade não extirpou o direito costumeiro do Direito Penal, nem tampouco essa é a sua finalidade. Na verdade, o que o *nullum crimen sine lex scripta* visa a coibir é a possibilidade de incriminação ou de agravamento da situação jurídica do acusado por meio dos costumes, e não os costumes em si, os quais continuam sendo uma importante fonte suplementar das normas criminais¹³⁵.

2.2.1.3 *Lex stricta*

O princípio da legalidade, por meio do postulado do *nullum crimen sine lex stricta*, proíbe o emprego da analogia *in malam partem*¹³⁶. Ou seja, é vedado ao Judiciário utilizar o recurso da analogia para realizar incriminações e estabelecer penas, bem como fundamentar a punibilidade ou agravar a situação jurídica do agente. O juiz, portanto, deve sujeitar-se totalmente e exclusivamente ao que estiver prescrito na legislação, aplicando uma pena apenas nos casos expressos em lei, consoante afirma Beccaria:

[...] só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro desta mesma sociedade. Mas uma pena superior ao limite fixado pelas leis corresponde à pena justa mais uma outra pena; portanto, um magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou bem comum, aumentar a pena estabelecida para um cidadão delinquente.¹³⁷

Ressalta-se, mais uma vez, que a criação de crimes e sanções penais é, por força do princípio democrático do Estado de Direito, tarefa exclusiva da lei. Autorizar o uso da analogia como fonte incriminadora e cominadora de sanções, na prática, nada mais seria do que autorizar o Poder Judiciário a instituir tipos penais, exercendo o papel de legislador. Nesse sentido, a aplicação da analogia, não somente fere o princípio da legalidade (pois

¹³⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 71.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 72.

¹³⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 26.

¹³⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 44.

adentra em espaço restrito à lei), como caracteriza afronta ao princípio da separação de poderes.

A aplicação analógica de normas consiste em um método lógico pelo qual o jurista atribui a fato não regulado no ordenamento jurídico a regra prevista para um caso semelhante, no qual existam as mesmas razões que fundamentem a situação não positivada¹³⁸. Desse modo, conclui-se que a analogia é uma técnica de aperfeiçoamento jurídico baseada na semelhança, pressupondo, também, a inexistência de norma específica para determinada conduta¹³⁹. Outrossim, não pode ser confundida com a interpretação de leis, que é o meio pelo qual se esclarece o conteúdo de um texto legal¹⁴⁰.

Embora o recurso da analogia não possa e não deva ser utilizado para criar novas figuras delitivas ou para contemplar penas que não estejam taxativamente previstas, ele cumpre uma importante função integrativa quanto aos demais assuntos do Direito Penal¹⁴¹. Além disso, é pacífico na doutrina e na jurisprudência nacional sua admissão quando para favorecer o acusado (analogia *in bonam partem*)¹⁴², descriminalizando condutas ou atenuando sanções, pois a função do Direito Penal é de garantir liberdades individuais, ainda que isto não esteja declarado expressamente em uma norma eximente específica¹⁴³.

Contudo, a analogia que beneficia o réu não é aplicada de forma absoluta, não funcionando em relação às leis excepcionais. Por excepcionais entendem-se “todas as normas que constituem exceção a disposições gerais de outras ou a determinada norma”¹⁴⁴. Nesses casos admitir a analogia seria destruir o próprio conceito da excepcionalidade. Cabe anotar que as causas gerais de exclusão da ilicitude (*e.g.*, legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito) e de culpabilidade (*e.g.*, inimputabilidade, erro de fato, obediência hierárquica, coação moral irresistível) não são normas excepcionais, mas gerais, admitindo, portanto, o exercício analógico¹⁴⁵.

Finalmente, convém distinguir analogia de interpretação analógica (ou extensiva), uma vez que esta não corresponde à aplicação da regra de um caso semelhante a outro não

¹³⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/heleno_artigos.asp>. Acesso em 21/10/2010, p. 9.

¹³⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 26.

¹⁴⁰ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade*. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 34, n.º 91, p. 47-74, maio/ago. 2001, p. 64.

¹⁴¹ FRAGOSO, loc. cit.

¹⁴² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 76-77.

¹⁴³ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 185.

¹⁴⁴ FRAGOSO, loc. cit.

¹⁴⁵ BATISTA, op. cit., p. 77.

regulado, mas à ampliação da incidência de uma norma, de modo a situar no seu campo de atuação, fatos que em uma interpretação restritiva estariam fora de seu alcance¹⁴⁶. Trata-se de uma técnica hermenêutica que encontra sua justificativa no próprio texto legal, haja vista que o aumento do sentido está baseado na própria potência das palavras de serem mais ou menos abrangentes, possibilitando ou não o alargamento semântico¹⁴⁷.

A interpretação analógica encontra limites no princípio *in dubio pro reo*, que afasta a possibilidade de extensão quando o aumento semântico prejudicar o agente¹⁴⁸. Todavia, ressalta Francisco de Assis Toledo:

[...] a melhor solução não está na exclusão dessa forma de interpretação, ou na sua substituição simplista pela restritiva ou pela puramente gramatical, mas sim na utilização adequada de todas as formas de interpretação. Haverá, pois, interpretação restritiva, quando o exigir a compatibilização do preceito com a sua finalidade ou como o todo do sistema.¹⁴⁹

Como exemplo de interpretação extensiva que prejudica o acusado, mas que ainda assim deve ser aplicada (visto que se compatibiliza com o sistema e a finalidade da norma), o referido autor toma uma situação lembrada por Nélson Hungria, que afirma que quando o Código incrimina a bigamia, refere-se também – implicitamente - à poligamia¹⁵⁰.

2.2.1.4 *Lex certa*

O postulado da *lex certa* exige que o preceito primário do tipo penal defina perfeitamente o comportamento proibido ou imposto, vedando a criação de incriminações vagas ou demasiadamente genéricas. A lei deve ser taxativa, sendo a conduta determinada¹⁵¹. Isto é, a hipótese penal incriminadora necessita ser clara e objetiva, uma vez que pelo ideal de segurança jurídica, não pode haver hesitação quanto à esfera da licitude¹⁵².

¹⁴⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27.

¹⁴⁷ Idem, loc. cit.

¹⁴⁸ Idem, p. 28.

¹⁴⁹ Idem, loc. cit.

¹⁵⁰ Idem, loc. cit.

¹⁵¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 108.

¹⁵² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/heleno_artigos.asp>. Acesso em 21/10/2010, p. 10.

Esse desdobramento do princípio da legalidade decorre da separação de poderes e da taxatividade da lei penal, constituindo o enunciado básico do positivismo jurídico de certeza da lei¹⁵³. Funda-se na concepção de que somente aquilo que é sabido é que pode obrigar, pois de nada adiantaria existir uma lei prévia que nada prescrevesse, situação em que a definição do conduta recairia ao magistrado após a prática do ato, já no caso concreto.

O texto legal não pode deixar margem a dúvidas quanto à amplitude da norma penal, até para que cumpra seu papel pedagógico, influenciando o comportamento humano¹⁵⁴. Nesse sentido é que a lei deve ser clara e determinada, impedindo o equívoco interpretativo. Do mesmo entendimento compartilha Pablo Alflen da Silva, lecionando que “as leis penais devem distinguir claramente as proibições das autorizações, bem como, os elementos do tipo devem identificar em concreto o alcance e o âmbito de aplicação do tipo penal”¹⁵⁵.

A descrição típica necessita da maior exatidão denotativa e semântica possível (rechaçando os conceitos polissêmicos ou indeterminados), sob pena de tornar o dispositivo vago ou dúbio - o que fatalmente acarretaria inconstitucionalidade, uma vez que o princípio da legalidade seria violado, não na sua forma (haja vista existir uma lei prévia), mas na sua substância¹⁵⁶. A precisão literal é a obrigação do legislador, visto que restringe a amplitude exegética do intérprete e não permite a criação de ambiguidades.

Importante frisar que a indefinição das disposições coercitivas acaba por macular completamente a finalidade da norma, pois a lei não consegue cumprir sua função de intimidação, resultando na ineficácia motivadora e na mera ficção da presunção de conhecimento da lei¹⁵⁷. Os tipos incriminadores necessitam de clareza para que os destinatários entendam quais as condutas que não são permitidas e as evitem. Da mesma forma, considerando que o direito também tem a função de limitar o *jus puniendi* do Estado, o uso de leis imprecisas em nada restringe o poder punitivo do alvedrio estatal, já que “a incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador”¹⁵⁸.

¹⁵³ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 236.

¹⁵⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29.

¹⁵⁵ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade*. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 34, n.º 91, p. 47-74, maio/ago. 2001, p. 67.

¹⁵⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/heleno_artigos.asp>. Acesso em 21/10/2010, p. 10.

¹⁵⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 79-80.

¹⁵⁸ FRAGOSO, loc. cit.

Vale lembrar que os Estados ditatoriais comumente se utilizam dessa forma de violação da reserva legal para lograr seus fins despóticos. Assim, eles mantêm uma aparente obediência à reserva legal ao estabelecer leis prévias, mas desrespeitam o princípio materialmente, criando leis vagas e genéricas, propícias para a perseguição judicial dos opositores do governo¹⁵⁹. Não é à toa, que esse tipo de violação da legalidade é frequente nos crimes políticos, em que se tenta reprimir penalmente os dissidentes através de preceitos legais vazios que abarcam praticamente quaisquer situações. Fragoso, relembra alguns desses casos, como

[...] as leis nazistas que incriminavam, ao tempo de guerra, “o rompimento da força defensiva do Estado” ou “o comportamento danoso ao povo”. Em Cuba, a lei 425, de 9 de julho de 1959, que define os delitos contra-revolucionários, apresenta fórmulas ambíguas, como “os que fizeram qualquer outra atividade considerada contra-revolucionária”; “os elementos contra-revolucionários de qualquer índole” ou “qualquer ato tendente a favorecer uma rebelião armada contra os poderes do Estado, etc”.¹⁶⁰

E no Brasil:

O deplorável Decreto-lei n.º 2, de 14 de janeiro de 1966, em seu art. 3º, mandava aplicar a pena estabelecida no art. 13 da lei 1802 a quem fizesse “oposição de quaisquer dificuldades ou embaraços à consecução dos objetivos do presente decreto-lei”. A vigente lei de segurança nacional (dec. Lei 898) pune, em seu art. 23, quem “praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva”, deixando completamente em aberto a definição legal da conduta incriminada e violando, sem dúvida alguma, o princípio da reserva legal.¹⁶¹

Cumprе anotar que no Direito Penal alemão “este corolário do princípio da legalidade (*lex certa*) assume posição fundamental sendo caracterizado como princípio autônomo (*Bestimmtheitgrundsatz*)”¹⁶², consoante o art. 103 da Constituição da República Federal da Alemanha, que proíbe formalmente a formulação de “leis penais imprecisas, cuja descrição típica seja de tal forma indeterminada, que possa dar lugar a dúvidas intoleráveis sobre o que seja ou não permitido ou proibido”¹⁶³.

¹⁵⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 78.

¹⁶⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/heleno_artigos.asp>. Acesso em 21/10/2010, p. 11.

¹⁶¹ FRAGOSO, loc. cit.

¹⁶² SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade*. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 34, n.º 91, p. 47-74, maio/ago. 2001, p. 67.

¹⁶³ FRAGOSO, loc. cit.

Cabe ainda fazer uma ressalva quanto à possibilidade de criação de tipos penais abertos e cláusulas gerais valorativas, que apesar de desprestigiarem a taxatividade exigida pelo postulado de certeza, não necessariamente afrontam o princípio da legalidade. A exigência da *lex certa* não necessita ser extrema, uma vez que a detalhação exagerada, em certas circunstâncias, acaba por não satisfazer a multiformidade da vida, o dinamismo das relações e as particularidades dos casos isolados¹⁶⁴. Contudo, essa flexibilização - tão necessária quanto perigosa - deve ser aproveitada com muito cuidado pelo legislador, que somente poderá se valer desses conceitos que necessitam de uma complementação valorativa maior quando for estritamente necessário e de outro modo não for possível capitular o delito, caracterizando inconstitucionalidade se houver a possibilidade de uma redação mais precisa.

Como última anotação, destacamos que o desdobramento do *nullum crimen nulla poena sine lege certa* também se refere às penas cominadas, de modo que a lei deve determinar claramente qual a sanção prevista para o caso de sua infringência. Neste quesito, o postulado da *lex certa* não é tão rigoroso, pois autoriza o uso de uma medida razoável entre o mínimo e o máximo de pena a ser aplicada, não exigindo, desde logo, a determinação absoluta da punibilidade¹⁶⁵. O que não é viável é que não se preveja o tipo de pena ou que se estabeleça uma escala de merecimento penal (com pólos mínimo e máximo) tão ampla que, na prática, a decisão - tanto do tipo quanto da medida - caiba completamente ao juiz.

2.3 Tipos penais abertos

Juridicamente o tipo penal corresponde a um padrão de conduta que o Estado, por meio da lei, visa a impedir que seja praticada. Trata-se da descrição de uma ou mais condutas (comissivas ou omissivas) com a finalidade de resguardar certos bens jurídicos cuja tutela outros ramos do direito não conseguiram assegurar¹⁶⁶. O tipo penal, portanto, é “o conjunto de elementos descritivos do crime contidos na lei penal”¹⁶⁷, ou, como preferem Zaffaroni e Pierangeli, “é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente

¹⁶⁴ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade*. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 34, n.º 91, p. 47-74, maio/ago. 2001, p. 68.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 69.

¹⁶⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 170.

¹⁶⁷ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal Parte Geral - 1º Volume*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 273.

descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)”¹⁶⁸.

A doutrina faz uma distinção entre tipo e tipicidade. O primeiro pertence a uma fórmula legal, a uma hipótese penal abstratamente prevista. O segundo refere-se à conduta, à incidência prática da conduta proibida em tese, na adequação ao tipo penal¹⁶⁹, conforme relata Mirabete, “é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei”¹⁷⁰.

A grande maioria dos ordenamentos jurídicos, por força do princípio da legalidade, adota um sistema de tipos legais, ou seja, somente a lei pode estabelecer proibições penais. Por outro lado, nos Estados que admitem o uso da analogia, poder-se-ia falar em um sistema de tipos judiciais, já que seria facultado ao Judiciário criar tipos incriminadores. Na realidade, nenhum dos dois sistemas é aplicável em sua plenitude com o descarte do outro. Não existe nenhum ordenamento apenas de tipos legais (pois se exigiria um casuísmo extremo que, na prática, seria sempre insuficiente), nem um só de tipos judiciais (em que o juiz poderia declarar como crime o que bem entendesse)¹⁷¹. Há, isto sim, a predominância de um ou de outro, conforme a opção política de maior ou menor segurança jurídica.

Assim, os sistemas de tipos legais, como o existente no Brasil, possuem necessárias exceções ao seu método para um melhor funcionamento do Direito Penal, concebendo certas técnicas características dos modelos de tipos judiciais. É o caso, por exemplo, dos tipos abertos, que - traçando linhas gerais de modo que fiquem claras as condutas proibidas - outorgam ao julgador o perfeito fechamento do tipo penal.

Nos tipos fechados, ou completos, a lei descreve perfeitamente as condutas proibidas, não havendo necessidade de se recorrer a elementos não fornecidos pela própria lei no tipo¹⁷². Já nos tipos penais abertos a conduta vedada não está totalmente individualizada, exigindo que o intérprete, por meio de normas de caráter geral (as quais estão fora do tipo penal), o faça¹⁷³. Isto é, a lei deduz apenas parcialmente o conteúdo do injusto, cabendo ao magistrado, por um juízo de valor comum ou pelas circunstâncias, a complementação do tipo¹⁷⁴.

¹⁶⁸ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 443.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 444-445.

¹⁷⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 115.

¹⁷¹ PIERANGELI; ZAFFARONI, op. cit., p. 446.

¹⁷² PIERANGELI; ZAFFARONI, op. cit., p. 447.

¹⁷³ *Idem*, loc. cit.

¹⁷⁴ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 64.

Exemplo clássico de tipos abertos são os delitos culposos. Nestes crimes a técnica legislativa empregada consiste em prever o resultado, deixando ao juiz a tarefa de estabelecer a conduta que descumpriu o dever de cuidado. Trata-se de um método muito inteligente, pois são inimagináveis todas as hipóteses em que o agente pode descumprir com sua obrigação de zelo e, assim, incidir na conduta típica. Nesse sentido, o tipo penal aberto é uma técnica legislativa que objetiva adequar a norma ao dinamismo da vida moderna e às peculiaridades de cada caso, sem que seja necessária uma inflação legislativa. Do mesmo modo, dá efetividade à tutela penal nos casos em que um mesmo bem jurídico pode ser violado por meio de incontáveis condutas, situação em que detalhá-las seria a forma mais certa de tornar impune o crime.

Muitas vezes, no entanto, o tipo penal é tão aberto que não é possível se delimitar a conduta proibida. Nestes casos é inevitável reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que infringe o princípio da legalidade (atentando contra o postulado de certeza, *lex certa*). Ademais, o legislador, no afã de dar respostas rápidas aos problemas sociais, vem se utilizando abusivamente dos tipos penais abertos e pecando ao não descrever precisamente as proibições criminais. Bitencourt refletindo sobre a importância dos tipos incompletos (valorativos) e dos cuidados que se deve ter com o seu uso indiscriminado aduz o seguinte:

Não se desconhece, no entanto, que o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos, expostos como cláusulas gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. Na verdade, o problema são os extremos, quais sejam, ou a proibição total da utilização de conceitos normativos gerais ou o exagerado uso dessas cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas. Sugere-se que se busque um meio-termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravemente censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas cláusulas gerais valorativas, de outro lado, além do que a indeterminação será inconstitucional.¹⁷⁵

Por fim, cumpre fazer uma última diferenciação: Entre tipos penais abertos e normas penais em branco. Aqueles não se confundem com estas principalmente pelo fato de sua completude estar adstrita à interpretação, enquanto que nas normas penais em branco a complementação deve advir de outro dispositivo normativo. Ou seja, no primeiro caso a complementação é axiológica e já no segundo, é legal. Além disso, as normas penais em branco, diferentemente dos tipos abertos, caracterizam-se como uma técnica legislativa que

¹⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 1 – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15.

necessariamente remete a outro texto normativo, sendo essa remissão obrigatória para sua aplicabilidade.

Pablo Alflen da Silva, em obra específica sobre as normas penais em branco, distingue as duas figuras da seguinte maneira:

[...] pode-se observar que as leis penais em branco (tipos em branco) não se tratam de tipos abertos, pois estes não são hipóteses de técnica legislativa, são disposições cujo 'complemento', face à amplitude, é produzido pelo juiz por meio de um juízo de valor (valoração!), sendo que este concretiza a norma por meio da interpretação. Por outro lado, nas leis penais em branco exige-se o preenchimento do tipo a partir de outras disposições, de modo que para sua realização remete-se a outras disposições jurídicas (remissão interna e externa) ou atos administrativos face à imprecisão do conteúdo do tipo, ou seja, para concretizar a norma, o intérprete precisa recorrer a estas, sem as quais não se torna possível, pois estas disposições limitam as margens de espaço de decisão.¹⁷⁶

¹⁷⁶ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 65.

3 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS TIPOS PENAIIS DE GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

O art. 4º é um dos dispositivos mais discutidos da problemática Lei Federal n.º 7.492/86. Prevê, de maneira muito sintética, duas figuras complexas (gestão fraudulenta no *caput* e gestão temerária no parágrafo único) através de tipos penais abertos de questionável precisão semântica.

A doutrina divide-se quanto a constitucionalidade dos dispositivos. De um lado, situam-se os autores que aludem tratar-se de tipos excessivamente abertos, que não descrevem fato algum e que, na realidade, a decisão sobre qual a conduta proibida caberia ao juiz, violando gravemente os princípios constitucionais da legalidade e da separação de poderes. De outro lado, tem-se aqueles criminalistas que entendem que as referidas disposições não violam a reserva de lei (embora necessitem de uma apreciação mais acurada¹⁷⁷), uma vez que certa indeterminação seria própria da linguagem¹⁷⁸, além de que a objetividade jurídica dos bens a serem protegidos (o Sistema Financeiro Nacional e a poupança dos particulares) se compatibilizaria com o espírito da Constituição¹⁷⁹.

O debate sobre a constitucionalidade dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária não existia antes da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional entrar em vigor, já que as condutas eram descritas de modo diferente na Lei de Economia Popular (Lei n.º 1.521/51), conforme o art. 3º, inciso IX:

Gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados.

A discórdia inciou com a edição da Lei n.º 7.492/86, que retirou as elementares típicas

¹⁷⁷ DE SANCTIS, Fausto Martin. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 67.

¹⁷⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 286.

¹⁷⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 60.

“levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”, instituindo dois tipos abertos (gerir fraudulentamente e gerir temerariamente instituição financeira)¹⁸⁰. Entretanto, era justamente a expressão suprimida na evolução do tipo que dava o referencial aos julgadores para analisarem a ocorrência ou não dos delitos, funcionando como verdadeira condição de punibilidade¹⁸¹. Antônio Carlos Rodrigues da Silva bem lembra que a jurisprudência se assentava nas referidas elementares ao apreciar a subsunção dos fatos aos tipos de gestão fraudulenta ou gestão temerária, fazendo um levantamento de decisões antigas:

Não ocorrendo falência e nem havendo prova cabal de insolvência, componentes objetivos indispensáveis à configuração do delito do art. 3º, IX, da Lei n.º 1.521, insubsistente é a infração em apreço (TJSP – RT, 444:300). Para que se tipique o delito previsto no art. 3º, IX, da Lei n.º 1.521, de 1951, não basta que a gestão da sociedade tenha sido temerária. Mister se faz que ela tenha levado a empresa à falência ou à insolvência, conforme se trate de sociedade comercial ou civil (TACrimSP – RT, 476:379).¹⁸²

A nova redação introduzida pela lei 7.492 acrescentou a elementar “instituição financeira” (que deve ser entendida nos termos do art. 1º da Lei n.º 7.492/86¹⁸³), atualizando o alcance da conduta criminosa, haja vista que o texto antecedente não abrangia diversas instituições que haviam surgido e que não se encontravam no rol taxativo do inciso IX. Por outro lado, perderam-se os parâmetros objetivos de punibilidade dado pelas elementares “levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”, o que deixou o tipo incriminador ainda mais aberto.

Os tipos penais abertos, como vimos, constituem uma excelente técnica legislativa no que diz respeito ao preenchimento de lacunas e à integração do direito aos casos práticos. De outra banda, pecam um pouco no que tange ao ideal iluminista de taxatividade legal, já que transferem, em parte, o poder de estabelecer a conduta proibida para o julgador. Dessa forma, para que um tipo penal aberto se adeque aos postulados constitucionais de legalidade e não

¹⁸⁰ SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do Colarinho Branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 42.

¹⁸¹ PIMENTEL, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 48.

¹⁸² *Ibidem*, p. 43.

¹⁸³ Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

promova a insegurança jurídica, o legislador deve utilizá-lo com moderação, sendo o mais preciso possível (evitando termos obscuros, dúbios ou imprecisos), de modo que os comportamentos reprováveis sejam determináveis a partir do exame da própria lei, não permitindo que o juiz tenha total liberdade de incriminar fatos que nada tem a ver com os objetivos da norma. O dispositivo que não possibilita a determinação do ilícito a partir de uma interpretação simples do texto legal (compreensível não só por juristas, mas também pelos cidadãos em geral, verdadeiros destinatários da proibição), deverá ser declarado inconstitucional.

Claus Roxin, não descarta o uso de cláusulas gerais valorativas e de tipos abertos no Direito Penal. Afirma, no entanto, que jamais se poderia criar um tipo tão aberto que deixasse ao intérprete a verdadeira delimitação do proibido. Nesse sentido, sentencia: “um preceito penal será suficientemente preciso e determinado se e na medida em que do mesmo se possa deduzir um claro fim de proteção do legislador e que, com segurança, o teor literal siga marcando os limites de uma extensão arbitrária da interpretação”¹⁸⁴.

Portanto, a discussão a ser travada sobre a constitucionalidade dos tipos penais abertos reside na possibilidade de serem ou não determináveis, *a priori*, as condutas tidas por proibidas na norma, estabelecendo, desde logo, uma limitação à valoração judicial que decreta o fechamento do tipo. Ou seja, o exame da adequação constitucional dos crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira passa por seus tipos objetivos e pela semântica de seus vocábulos (gerir fraudulentamente e gerir temerariamente), de maneira que se forem definíveis, habilitando os destinatários a vislumbrarem os comportamentos que devem evitar para não infringirem a norma, não ofenderão ao princípio da legalidade e, conseqüentemente, estarão em consonância com a Constituição. Do contrário, não sendo possível determinar o que as cláusulas gerais significam, recaindo a verdadeira decisão sobre os limites da ilicitude ao arbítrio judicial, ocorrerá uma afronta à reserva legal, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade.

3.1 Análise de constitucionalidade do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira

¹⁸⁴ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal I – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16.

O artigo 4º, caput da Lei n.º 7.492/86, incrimina a gestão fraudulenta de instituição financeira nos seguintes termos: “Gerir fraudulentamente instituição financeira”. Trata-se de um tipo penal aberto que não descreve com precisão as condutas reprováveis pela norma, sendo que quaisquer ações do agente que caracterizarem uma “gestão fraudulenta” de instituição financeira em um caso concreto da vida, sofrerão as sanções previstas na lei.

A hipótese penal é extremamente sintética, apenas quatro palavras, fazendo-se necessária uma análise perspicaz do tipo objetivo e do significado de todos seus elementos para que se chegue com segurança ao que, de fato, é proibido e deve ser evitado pelo administrador de instituição financeira para que não incida no tipo. No entanto, de uma leitura simples do texto legal, vislumbramos de antemão não haver vocábulos desconhecidos ou de duplo sentido no vernáculo.

O tipo é composto de um verbo nuclear (“gerir”), de corriqueira utilização na língua portuguesa, que exprime apenas um significado¹⁸⁵; da palavra “fraudulentamente”, advérbio que, no direito, corresponde a uma cláusula geral valorativa amplamente conhecida, já tendo sido perfeitamente delimitada pela doutrina e pela jurisprudência; e pela expressão “instituição financeira”, que tem seu significado fornecido pela própria Lei 7.492/86, no art. 1º, incisos I e II.

Cuida-se, portanto, de um tipo penal aberto determinável, cuja redação legal permite demarcar limites à valoração axiológica do intérprete, de modo que não possibilita (ou pelo menos não deveria possibilitar) uma incriminação arbitrária por parte do magistrado, a qual, se ocorrer, estará equivocada, sendo passível de correção pelas instâncias judiciais superiores. O que não se pode é transferir ao dispositivo o erro do juiz na edificação da conduta típica, taxando-o de inconstitucional em virtude de uma interpretação além da teleologia da norma.

Compreendemos que em alguns casos, contrariamente ao bom senso, a prática tem demonstrado a extrapolação dos limites típicos pelos julgadores, que têm incriminado condutas anteriormente não alcançadas pelo Direito Penal, com base no art. 4º da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro¹⁸⁶. Todavia, isso não seria motivo para dizer que há uma afronta da lei em abstrato ao postulado de certeza da reserva legal (*lex certa*). Haveria, isto

¹⁸⁵ Gerir - verbo transitivo direto - exercer gerência sobre; administrar, dirigir, gerenciar. Em HOUAISS. *Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa*. Versão 2.0a. São Paulo: Objetiva, 2007.

¹⁸⁶ SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do Colarinho Branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 45.

sim, um descumprimento ao princípio da legalidade por parte do juiz, que não estaria obedecendo ao postulado da *lex stricta*.

3.1.1 A interpretação da expressão “gestão fraudulenta”

A análise da constitucionalidade do crime de gestão fraudulenta de instituição reside na possibilidade do dispositivo que o tipifica estabelecer contornos básicos (ainda que não descreva com precisão os comportamentos proibidos), de forma que impeça uma interpretação arbitrária do juiz no momento da especificação da conduta típica. Nesse sentido, mostra-se necessário um estudo pormenorizado do tipo objetivo e de seus termos, para que possamos observar se, realmente, o dispositivo incriminador consegue traçar limites exegéticos ao intérprete.

O art. 4º, *caput* da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional incrimina a conduta de “gerir fraudulentamente instituição financeira”, cominando uma sanção de três a doze anos (além de multa) para o caso de incidência na hipótese penal. Entretanto o tipo é aberto, não referindo todas as condutas que fazem o sujeito ativo infringir a regra, sendo que quaisquer atos que configurem uma gestão fraudulenta de instituição financeira sujeitará o agente às sanções previstas na norma. Assim, primeiramente necessitamos entender ao que corresponde o tipo objetivo, para que depois possamos fazer a correta adequação típica dos fatos.

O núcleo do tipo é “gerir”, que significa administrar, reger, dirigir, exercer atividades de mando na instituição financeira¹⁸⁷. A própria semântica do verbo nos faz inferir que se trata de crime próprio, haja vista que somente administradores, diretores ou altos cargos gerenciais detêm poder decisório em uma empresa.

Do mesmo modo, a ação expressa pelo referido verbo sugere habitualidade, destacando a necessidade de um conjunto de atos espaçados no tempo para que ocorra a incidência no delito¹⁸⁸. Ou seja, “gerir, significando administrar, reger e governar não se consuma com apenas um ato de gestão, de gerência, de administração ou de governo, exige, necessariamente, uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso

¹⁸⁷ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 55.

¹⁸⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 287.

temporal¹⁸⁹. Desse entendimento compartilha a jurisprudência de nossos tribunais, que em inúmeras oportunidades já se manifestou no sentido da necessidade de reiteração de condutas fraudulentas no curso da gestão para que esteja configurado o crime do art. 4º, *caput*.

DIREITO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. GESTÃO FRAUDULENTE. ART. 4º DA LEI Nº 7.492/86. DELITO NÃO CONFIGURADO. DESCLASSIFICAÇÃO. ESTELIONATO. EMENDATIO LIBELLI. ART. 383 DO CPP. CABIMENTO. PROVA. CO-AUTORIA. LIAME SUBJETIVO. PENA. ART. 59 DO CP. HABEAS-CORPUS. DISCUSSÃO DA MATÉRIA NO APELO.

1. Conduta isolada do gerente da Caixa Econômica Federal favorecendo tão-só um cliente da instituição bancária, não é suficiente para atingir o objeto jurídico tutelado na Lei nº 7.492/86, que visa à proteção do Sistema Financeiro Nacional como um todo.

2. O crime de gestão fraudulenta (art. 4º) não se consuma através de apenas um ato de gerência, exigindo-se necessariamente uma sucessão de práticas contínuas e habituais realizadas em determinado contexto e lapso temporal. [...] ¹⁹⁰

PENAL - CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTE DE EMPRESA - AUMENTO E INTEGRALIZAÇÃO FICTÍCIOS DO CAPITAL SOCIAL - ATOS QUE SEQUER EM TESE PODEM SUBSUMIR-SE AO TIPO PENAL DOS ARTS. 4º E 6º DA LEI N.º 7492/86 - IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1 - A gestão fraudulenta traduz-se pela utilização contínua e habitual de artifícios para por em erro outros administradores na condução dos negócios. 2 - Os crimes previstos nos arts. 4º e 6º da Lei n.º 7492/86 caracterizam-se por um conjunto de atos ou universo de operações, a comprometer a higidez financeira da empresa e não casos isolados de gestão. 3 - Fatos que não se subsumem ao tipo penal de gestão fraudulenta. Improvimento do recurso.¹⁹¹

Posição minoritária é a adotada por Rodolfo Tigre Maia, Fausto Martin De Sanctis e Guilherme de Souza Nucci, que consideram o crime de gestão fraudulenta como acidentalmente habitual, hipótese em que a prática de apenas uma conduta fraudulenta no desempenho da gestão de uma instituição financeira é apta a caracterizar o delito (embora sua reiteração não configure pluralidade de crimes)¹⁹². Todavia esse entendimento não deve prosperar, uma vez que o *caput* do art. 4º refere como típica a conduta de “gerir fraudulentamente” (induzindo a prática de uma pluralidade de atos em determinado lapso

¹⁸⁹ SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do Colarinho Branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 48.

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Oitava Turma. Apelação Criminal n.º 2001.04.01.071730-8/PR. Relator Elcio Pinheiro de Castro, 27/08/2003.

¹⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Segunda Turma. Apelação Criminal n.º 97.03.051199-6/SP. Relatora Sylvia Steiner, 14/08/2001.

¹⁹² MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 58.

temporal) e não “praticar ato de gestão fraudulento” - o que, de fato, descaracterizaria a habitualidade¹⁹³. Ademais, ressalta Bitencourt que,

quando o legislador desejou punir determinado ato fraudulento, isoladamente, independente do exercício da atividade de gestão, o fez de forma individual e de maneira expressa, como, por exemplo, nos arts. 6º (sonegar informação ou prestá-la falsamente); 7º (emissão irregular de títulos ou valores mobiliários), 9º (falsidade ideológica financeira) e 10 (falsidade de demonstrativos contábeis). Em todas essas infrações, o crime consuma-se com a prática de um único ato fraudulento que constitui a gestão irregular de uma instituição financeira [...].¹⁹⁴

Dessa forma, em nosso entendimento, a prática isolada de ato de gestão fraudulento não é típico, carecendo da habitualidade exigida pelo núcleo do tipo (“gerir”), que transparece a necessidade de repetência e de diversidade de atos. O que pode ocorrer, isto sim, é que um ou outro desses atos, isoladamente, configure crime diverso, tal como o previsto no art. 6º, 7º, 9º, 10, 11 ou 19 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro¹⁹⁵. Aliás, é justamente pela questão da habitualidade que o delito de gestão fraudulenta é apenado mais severamente do que os crimes acima referidos¹⁹⁶.

O segundo elemento do tipo objetivo é o termo “fraudulentamente”, advérbio que modifica o verbo nuclear, determinando o tipo de gestão punível (aquela realizada de forma fraudulenta). O conceito de “fraude” é amplamente conhecido na esfera penal, já bem estudado no crime de estelionato e na própria Lei n.º 7.492/86 (como no art. 19). Por isso, ainda que seja uma cláusula geral de conteúdo valorativo, seu entendimento já se encontra arraigado não só na jurisprudência e na doutrina jurídica, mas também nos costumes da população em geral.

Por fraude, devemos conceber “todo e qualquer meio enganoso, que tem a finalidade de ludibriar, de alterar a verdade de fatos ou a natureza das coisas, e deve ser interpretada como gênero, que pode apresentar-se sob várias espécies ou modalidades distintas, tais como, artifício, arдил ou qualquer outro meio fraudulento como distinguiu o legislador de 1940 na definição do crime de estelionato”¹⁹⁷. Ou, como prefere Tigre Maia,

¹⁹³ TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 52.

¹⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 40.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 41-42.

¹⁹⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 287.

¹⁹⁷ BITENCOURT; BREDÁ, op. cit., p. 42-43.

[...] qualquer omissão humana hábil a enganar, a ludibriar terceiros, levando-os a uma situação de erro, falsa representação da realidade ou ignorância desta, quer através do uso ardil ('simples astúcia, sutileza, conversa enganos, 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.¹⁹⁸

Deve ficar claro dessas definições que não há necessidade de que se perceba uma vantagem indevida para si ou para outrem com a perpetração da fraude (tal como ocorre no estelionato), uma vez que o tipo do art. 4º, *caput* da Lei n.º 7.492/86 não descreve essas elementares e, por isso, não exige tal acontecimento. Nesse sentido, a simples ocorrência de atos fraudulentos na gestão de uma instituição financeira, os quais devem ser capazes de ameaçar o bem jurídico tutelado (visto que o crime é de perigo concreto¹⁹⁹), configuram o delito de gestão fraudulenta, ainda que não haja benefício direto a ninguém. Paulo Cezar da Silva bem especifica essa questão nos seguintes dizeres:

A fraude que satisfaz ao tipo penal sob análise é aquela com capacidade de enganar, isto é, induzir ou manter em erro, no caso, os órgãos encarregados da fiscalização: Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários, e também os sócios, acionistas, proprietários e credores da instituição financeira.²⁰⁰

Assim, gerir fraudulentamente significa exercer habitualmente atos de gestão em instituição financeira (esta entendida nos termos do art. 1º da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), “alterando a verdade ou a natureza de fatos, documentos, operações ou quaisquer ações diretivas, que sempre tem a finalidade de enganar alguém, induzindo-o ou mantendo-o em erro, pode-se, efetivamente, empregar artifício, ardil ou qualquer outro meio

¹⁹⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 55.

¹⁹⁹ Nesse sentido DE SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 68: “Não se pode deixar de afirmar que a caracterização dos delitos de gestão fraudulenta e temerária somente ocorre após à constatação de prejuízo ou da prática de ato potencialmente lesivo ao bem jurídico. Em ambas as hipóteses, a reprimenda penal justifica-se ao se levar em conta a lesão do bem jurídico protegido, a confiança no sistema e o patrimônio de terceiros, não sendo de supor imprescindível o efetivo prejuízo material, mas o desvalor da conduta em face do que deseja o legislador tutelar”.

²⁰⁰ SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 118.

fraudulento”²⁰¹. Conceito semelhante é o adotado pela jurisprudência, que entende como gestão fraudulenta de instituição financeira aquela “em que o o administrador utiliza, continuada e habitualmente, na condução dos negócios sociais, artifícios, ardis ou estratagemas para por em erro outros administradores da instituição ou seus clientes”²⁰².

Importante referir que nem toda a fraude realizada em uma instituição financeira caracterizará o crime de gestão fraudulenta. Isso porque deve haver pertinência lógica entre o bem jurídico tutelado pela norma e a conduta realizada. Dessa forma, descartam-se de imediato as fraudes perpetradas fora dos atos de gestão da instituição, como por exemplo, aquelas praticadas por gerentes sem poder decisório ou pelos funcionários de um banco contra algum cliente. Igualmente, não constituirão o crime previsto no art. 4º, *caput* da Lei n.º 7.492/86 os atos de gestão fraudulentos praticados em uma instituição financeira que não tenham relação direta com os fins da entidade ou com o Sistema Financeiro, *e.g.*, fraudes cometidas pelos administradores ou gestores contra os próprios funcionários.

Portanto, só haverá tipicidade quando a gestão, além de fraudulenta (ou seja, caracterizada por uma sucessão de atos hábeis a induzir ou manter em erro os sujeitos passivos), estiver relacionada com as atividades fins da instituição, de modo que realmente possa colocar em risco o Sistema Financeiro Nacional²⁰³. Isto é, eventuais fraudes executadas no âmbito meramente administrativo ou sem relevância específica para a gestão da instituição financeira não têm o condão de caracterizar o delito. Nesse sentido é que se impõe individualizar a área da instituição responsável pelas práticas ilícitas²⁰⁴, pois

[...] é perfeitamente possível a existência de funções de direção ou gestão de instituição financeira sem que o departamento possua relação com os mercados financeiro ou de capitais. Um exemplo simples seria o diretor ou gerente de marketing de um banco comercial, pois fraudes nesse setor dificilmente violariam o bem jurídico tutelado. É verdade, entretanto, que poderá ser decisiva sua participação em meios iludentes dirigidos ao investidor, caracterizando o crime em debate.²⁰⁵

Seguindo o raciocínio exposto, o crime de gestão fraudulenta somente se consuma

²⁰¹ BITENCOURT; Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 43.

²⁰² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Primeira Turma. Habeas Corpus n.º 98.03.081133-9/SP. Relatora Oliveira Lima, 04/05/1999.

²⁰³ BREDÁ, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 98.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 96.

²⁰⁵ *Idem*, p. 69.

quando a fraude for efetuada nas atividades fins da instituição financeira, tais como na captação, intermediação, aplicação e administração de recursos financeiros de terceiros (em moeda nacional ou estrangeira), ou ainda na custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou a administração de valores mobiliários²⁰⁶. A título exemplificativo, colacionamos algumas decisões judiciais em que se entendeu configurado o delito do art. 4º, *caput* da Lei n.º 7.492/86:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CONEXÃO. DILIGÊNCIAS DO ART. 499 DO CPP. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. OUVIDA DE TESTEMUNHA FORA DA JURISDIÇÃO DO JUIZ PRESIDENTE DO PROCESSO. GESTÃO FRAUDULENTA. USO DE DINHEIRO DOS CONSORCIADOS PARA FINS DIVERSOS. EMPRÉSTIMO POR MEIO DE INTERPOSTAS PESSOAS (LARANJAS).

[...] V - Gestão fraudulenta. Manobras fraudulentas. Transferência ilegal de valores da conta de empresa de consórcio de veículos (instituição financeira) para conta de outra empresa, com destino diverso, objetivando vantagem indevida para o agente (o diretor) da segunda empresa), prejudicando os consorciados, que, por essa razão, não puderam receber seus automóveis, configura gestão fraudulenta, prevista como crime no art. 4º da Lei nº 7.492, de 1986. [...] ²⁰⁷

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. GESTÃO FRAUDULENTA. LEI N. 7.492, DE 16.06.86, ART. 4. MANOBRAS ILICITAS. FRAUDES. ARDIS. PENA. DOSIMETRIA.

I - Comete o crime de gestão fraudulenta (Lei n. 7.492, de 1986, art. 4, *caput*) o gerente de uma agência de estabelecimento de crédito, que a dirige empregando fraudes, ardis, como permitindo saque sobre saldo bloqueado; autorizando indevidamente desbloqueio de cheques antes do prazo de compensação; determinando reapresentação de cheques devolvidos pela alínea c, do item VIII, da Circular n. 559, de 29 de julho de 1980, em vigor na época - (recusa do pagamento de cheques pelo banco sacado por haver contra-ordem do emitente); participando do chamado jogo de cheques; segurando o cheque, sem provisão suficientes de fundos, retardando o lançamento na conta do cliente, e, assim, causando prejuízos ao banco; autorizando pagamento de cheques sem disponibilidade de saldo. [...] ²⁰⁸

CRIMINAL. RHC. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. QUADRILHA. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. ADOÇÃO DAS

²⁰⁶ BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 97.

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Terceira Turma. Apelação Criminal n.º 95.01.33.704-9/MG. Relator Tourinho Neto, 03/12/1996.

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Terceira Turma. Apelação Criminal n.º 96.01.01.576-0. Relator Tourinho Neto, 06/03/1996.

RAZÕES DO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALHAS NÃO-VISLUMBRADAS. NARRATIVA CLARA, PERMITINDO CIÊNCIA E PLENA DEFESA. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. AUTORIA COLETIVA. POSSIBILIDADE DE DENÚNCIA MAIS OU MENOS GENÉRICA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO. Hipótese que cuida de paciente denunciado pela prática de gestão fraudulenta de duas instituições financeiras – das quais era sócio-majoritário e administrador - cometido por quadrilha, nas modalidades de movimentação de recursos, paralelamente à contabilidade legalmente exigida, e negociação de valores mobiliários sem prévio registro de emissão junto à autoridade competente. [...] ²⁰⁹

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A abertura e movimentação de contas bancárias em nome de pessoas jurídicas fictícias ou mediante a utilização indevida da razão social de outras empresas já existentes podem, em tese, caracterizar o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, previsto no artigo 4º da Lei nº 7.492/86, vigente à época dos fatos. [...] ²¹⁰

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (ART. 4º DA LEI 7.492/86). BIS IN IDEM. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA, EM VISTA DE DESMOTIVAÇÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE PROVA DO PREJUÍZO MATERIAL. CONCURSO DE CRIMES COM A FIGURA DO ESTELIONATO. POSSIBILIDADE EM ABSTRATO. ESTELIONATO NÃO CONFIGURADO NO CASO EM CONCRETO, DADA A AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DOSIMETRIA DA PENA INCENSURÁVEL.

[...] 4. Dada a existência de prova material, traduzida em exame grafotécnico, no qual se verificou a falsidade dos títulos dados em garantia pela instituição financeira ao Banco Central, com vistas à efetivação de mútuo, e também a autoria do delito, resultante da prova testemunhal com um todo, resta configurado o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º da Lei 7.492/86), sendo certo que tal crime é formal, visto que o resultado de dano ou de perigo encaixam-se na figura do crime exaurido. [...] ²¹¹

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR HABEAS CORPUS. FALTA DE JUSTA CAUSA GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ART. 4º. DA LEI

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 13944/SP. Relator Gilson Dipp, 25/03/2003.

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 14236/CE. Relator Paulo Gallotti, 26/10/2004.

²¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Segunda Turma Suplementar. Apelação Criminal n.º 1997.01.00.027998-8/MG. Relatora Ivani Silva da Luz, 08/10/2002.

7.492/86. ORDEM DENEGADA.

1. Contribuir, facilitar ou determinar a abertura de contas correntes fantasmas atenta contra a credibilidade e existência do sistema financeiro e põe em risco a execução da política econômica do país, se subsumindo tal conduta, em tese, na moldura normativa do art. 4º. da lei 7.492/86 (gerir fraudulentamente instituição financeira). [...] ²¹²

3.1.2 A constitucionalidade do dispositivo do art. 4º, caput da Lei n.º 7.492/86

A interpretação da expressão “gestão fraudulenta”, bem como de seus elementos normativos, mostra que o art. 4º, *caput* da Lei dos Crimes do Colarinho Branco é um tipo aberto determinável, isto é, que, embora composto de uma cláusula geral valorativa (“fraudulentamente”), consegue transparecer os limites da ilicitude, freando o arbítrio judicial de uma exegese descompromissada. Nesse sentido, o dispositivo se compatibiliza com a exigência de certeza do princípio da legalidade porque, ainda que não descreva minuciosamente quais comportamentos reprováveis, expressa um evidente fim de proteção do legislador e possibilita, a partir de uma interpretação restritiva feita à luz das garantias constitucionais e dos princípios básicos de Direito Penal, uma visualização segura das condutas possivelmente típicas.

Com o intuito de reforçar um argumento, adotamos, frequentemente, um discurso de desconstrução do raciocínio contrário – em vez de simplesmente levantarmos evidências que sustentem nossa posição – como meio de confirmar nosso ponto de vista. Embora essa técnica não induza necessariamente a comprovação da veracidade da opinião oposta, é extremamente didática e válida argumentativamente. Dessa forma, para melhor defendermos nossa posição (a constitucionalidade do art. 4º, *caput*), vejamos o entendimento daqueles que consideram inconstitucional o crime de gestão fraudulenta.

Assim como nós, que cremos na constitucionalidade do dispositivo, os defensores da inconstitucionalidade usam como parâmetro de análise a possibilidade do tipo ser determinável ou não. Ou seja, o exame constitucional também reside no tipo objetivo e nas suas elementares, os quais se forem aferíveis evidenciarão a constitucionalidade, do contrário

²¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Quarta Turma. Habeas Corpus n.º 2002.05.00.022123-4. Relator Luiz Alberto Gurgel de Faria, 01/10/2002.

(não sendo possível a definição dos termos e uma consequente limitação da conduta punível), caracterizarão a inconstitucionalidade do artigo por afronta ao princípio da legalidade.

O principal argumento dos partidários da inconstitucionalidade se baseia no fato de que a expressão “gerir fraudulentamente” trazida pelo caput do art. 4º da Lei n.º 7.492/86 não descreveria claramente qual ou quais as condutas realmente seriam reprovadas pela lei (o que violaria o postulado de certeza da reserva legal). Outrossim aduzem inexistir uma definição legal prévia do que deva ser entendido por fraude no contexto de uma instituição financeira, afirmando que nem toda a fraude faria parte do arcabouço de condutas que interessariam ao Direito Penal – uma vez que as fraudes desprovidas de periculosidade social seriam penalmente atípicas²¹³.

Todavia essas alegações não resistem a uma observação mais apurada, visto que, além de uma análise simplista e superficial do tipo, partem de uma premissa equivocada ao estabelecer que a fraude não pode configurar uma conduta reprovável em si mesma e ao sugerir uma remissão a outro diploma legal para suprir a suposta indefinição do conceito de gestão fraudulenta, dando a ideia de uma norma penal em branco.

Primeiramente cumpre anotar que o crime de gestão fraudulenta é formal e de perigo concreto, ou seja, tendo em vista a importância do bem jurídico tutelado e a gravidade que uma lesão pode ocasionar, o legislador optou por incriminar até mesmo o risco (desde que esse risco seja real, concreto) oferecido ao Sistema Financeiro, de modo que a fraude - como algo enganoso, que visa a induzir ou manter alguém em erro²¹⁴ - constitui uma ameaça a saúde e a boa gestão de uma instituição financeira, já que a política econômica é extremamente baseada na estabilidade e na confiança. Portanto, a lisura na gestão de instituições financeiras é algo a ser preservado, sendo a fraude (ainda que não tenha a finalidade de beneficiar alguém) penalmente relevante, consoante ressalta Paulo Cezar da Silva: “A fraude não é mera irregularidade ou desobediência a normas, mas, sim, ilaqueação da realidade. Ela serve para dar aparência de legal àquilo que não o é; ademais, a fraude não é perceptível de pronto”²¹⁵.

Nesse sentido, não se exige nenhum resultado naturalístico para a concreção do delito, apenas a reiteração de atos fraudulentos, aptos a colocar em risco o bem jurídico protegido, no desempenho da gestão de uma instituição financeira. Não é outro o posicionamento dos

²¹³ RODRIGUES, Rafael Alencar. *A inconstitucionalidade do art. 4º, caput, e § único da Lei 7.492/86*. Monografia para aquisição do grau de Especialista em Direito Penal. Curitiba: Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, 2008, p. 28-29.

²¹⁴ SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 117.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 118.

Tribunais, que acolhem a classificação doutrinária de crime formal e de perigo concreto, vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (LEI Nº 7.492/86, ART. 4º). INÉPCIA DA INICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRESCRIÇÃO. COMPETÊNCIA. LITISPENDÊNCIA. REUNIÃO DE PROCESSOS. PROVA. PENA-BASE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA.

[...] 8. O delito previsto no artigo 4º da Lei nº 7.492/86 é formal e de perigo de dano, bastando, para sua consumação, a comprovação da gestão fraudulenta, independentemente da existência ou não de prejuízo. É também crime próprio, porquanto somente poderá ser cometido pelas pessoas indicadas no artigo 25 da mesma lei, admissível, no entanto, o concurso de agentes (art. 29 do CP), inclusive quanto ao estranho à instituição financeira (CP, art.30). [...] ²¹⁶

HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. GESTÃO FRAUDULENTA. ARTIGO 4º DA LEI Nº 7.492/86. CONSUMAÇÃO.

1 - Tratando-se de crime formal, o crime de gestão fraudulenta consuma-se independentemente da ocorrência de resultado material. [...] ²¹⁷

Também é falacioso o argumento que, considerando o conceito de “gestão fraudulenta” indeterminável, busca uma definição legal prévia para a expressão. Esse raciocínio nos induz a pensar, equivocadamente, tratar-se de uma norma penal em branco, o que definitivamente o art. 4º não é. Como vimos, o referido dispositivo é um tipo penal aberto, que demanda uma complementação axiológica por parte do julgador em relação à cláusula geral “fraudulentamente”.

Conforme destacamos no capítulo anterior, não devemos confundir as normas penais em branco com os tipos penais abertos, visto que os tipos abertos são normas completas (em que a concretização é realizada pelo magistrado por meio de um juízo de valor ou de acordo com as circunstâncias do caso²¹⁸), diversamente das normas penais em branco, que cuida-se de uma técnica legislativa de remissão obrigatória a outro texto normativo para preenchimento do tipo²¹⁹. Por isso, não há que se falar em outra norma para dar subsídio ao conceito de “gestão fraudulenta”, uma vez que o artigo de lei já está completo, sendo o fechamento dado

²¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Terceira Turma. Apelação Criminal n.º 2000.02.01.047862-7/RJ. Relator Paulo Barata, 04/06/2002.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Oitava Turma. Habeas Corpus n.º 2003.04.01.028039-0/PR. Relator Luiz Fernando Wovk Pentead, 20/08/2003.

²¹⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 190.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 65.

pela interpretação (valorativa) da cláusula geral e não por outro dispositivo.

Vale lembrar que os tipos penais abertos não configuram afronta ao princípio da reserva legal - nem inconstitucionalidade - quando forem determináveis e impossibilitarem uma interpretação arbitrária por parte do juiz. O uso de cláusulas gerais valorativas é um recurso comum no Direito Penal para melhor adequar a norma ao caso concreto, especialmente nas situações em que o delito possa se realizar de diversas maneiras, hipótese em que elencar taxativamente algumas condutas corresponderia a criar um dispositivo de lei totalmente inócuo e casuístico. Nesse diapasão destacamos a seguinte decisão:

CRIMINAL. GESTÃO FRAUDULENTA. TIPO ABERTO. CONSTITUCIONALIDADE. HABEAS CORPUS. EXAME DE PROVA. DESCABIMENTO.

I) Em face das novas tecnologias e da profusão de novas formas, a cada dia, de gestão comercial, a gestão fraudulenta de instituição financeira pode assumir um número incontável de comportamentos, sendo impossível, sob pena de resvalar em impunidade, que o legislador possa prever tantos tipos penais e descrevê-los detalhadamente.

II) Não incide em inconstitucionalidade o *caput* do art. 4º da Lei nº 7.492/86, ao prever o tipo em questão de forma "aberta", tendo em vista que o conceito de gestão fraudulenta se encontra legalmente definido desde 1951 (lei nº 1.521), sobre ele havendo, inclusive, consenso, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial. [...] ²²⁰

Portanto, a expressão “gerir fraudulentamente” insculpida no *caput* do art. 4º da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional não afronta o princípio da legalidade, na medida em que, além de conseguir traçar os limites do censurável, é hábil a exprimir o objetivo de proteção buscado pela norma. Conforme demonstramos, o verbo “gerir” corresponde à ação de administrar (de exercer o poder decisório), expressando também a necessidade de habitualidade, de repetição; o advérbio “fraudulentamente”, a seu turno, trata-se de uma cláusula geral valorativa amplamente conhecida na esfera penal, bem dissecado no delito de estelionato e na própria Lei n.º 7.492/86 (no art. 19: “Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira”), de modo que não deixa mais dúvidas quanto a seu real significado e sua aplicação.

Deve-se, por óbvio, adotar uma exegese estrita do dispositivo “de modo a não alargar demasiadamente o perfil de incidência deste tipo aberto e vulnerar a reserva legal”²²¹. Assim,

²²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Terceira Turma. Habeas Corpus n.º 2000.02.01.071136-0/RJ. Relatora Maria Helena Cisne, 03/04/2001.

²²¹ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 58.

o tipo objetivo do crime de gestão fraudulenta não viola o postulado de certeza (*lex certa*) da reserva legal, sendo, na medida do possível (haja vista que certa indeterminação é própria da linguagem), suficientemente claro e específico. Ademais, há, no ordenamento jurídico, outros tipos abertos ou que possuem elementos normativos valorativos semelhantes em que nem se cogita de qualquer inconstitucionalidade, tal como acontece com os conceitos de *pequeno valor* no crime de furto (art. 155, § 2º do Código Penal), e os de *reputação, dignidade e decoro* nos crimes contra a honra (arts. 139 e 140 do Código Penal).

Na realidade, o que conceito de “gestão fraudulenta” demanda é uma análise interpretativa mais acurada do jurista, e não uma observação superficial e preguiçosa no sentido de simplesmente taxar o dispositivo como inconstitucional por não descrever as condutas incriminadoras de forma imediata, desconsiderando sua natureza jurídica aberta. Certamente que os tipos penais abertos que não traduzirem nenhuma conduta aferível serão acoimados de inconstitucionalidade, todavia não se pode generalizar, sendo que aqueles casos em se possa vislumbrar com segurança um objetivo de proteção e os comportamentos possivelmente típicos - como se percebe no art. 4º, *caput* - estarão em consonância com o princípio da legalidade e com a Constituição Federal.

Concluimos, dessa forma, afirmando a constitucionalidade do art. 4º, *caput* da Lei n.º 7.492/86, e relacionando algumas jurisprudências que bem expressam nossa posição sobre o assunto:

PROCESSUAL PENAL E PENAL: ARTIGO 4 DA LEI N.7492/86.
GESTÃO FRAUDULENTA. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA
RESERVA LEGAL. CRIME PRÓPRIO. GERENTE. PARTE LEGÍTIMA.
DENÚNCIA. REQUISITOS.

[...] 2 - O artigo 4º da lei n.7492/86, ao dispor sobre o crime de gestão fraudulenta, está em perfeita consonância com o princípio da reserva legal, pois o termo fraudulento é largamente empregado em diversos tipos penais, tendo sido portanto albergado pelo nosso ordenamento jurídico. [...] ²²²

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.
ART. 4º DA LEI N. 7.492/86. MATERIALIDADE E AUTORIA
COMPROVADAS. CONSTITUCIONALIDADE.

[...] 2. O art. 4º da Lei n. 7.492/86 não padece de inconstitucionalidade, dado não violar os princípios da legalidade e da taxatividade inspirados nas garantias constitucionais do Direito Penal. Trata-se de dispositivo legal, o que atende o art. 5º, II, da Constituição da República, sendo certo que seu conteúdo normativo não é demasiadamente amplo a ponto de tornar

²²² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Segunda Turma. Habeas Corpus n.º 97.03.061736-0/SP. Relator Ali Mazloum, 02/12/1997.

indiscernível a conduta reputada ilícita. Não se pode exigir, do legislador, que enumere as modalidades pelas quais o agente pode perpetrar a gestão fraudulenta, que de todo modo prescinde de resultado naturalístico. [...]²²³

3.2 Análise de constitucionalidade do crime de gestão temerária de instituição financeira

O parágrafo único do art. 4º da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional tipifica o delito de gestão temerária de instituição financeira da seguinte maneira: “se a gestão é temerária: Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”. Como observamos, muito embora o parágrafo único constitua um tipo autônomo, sua redação apenas tem sentido se lida conjuntamente com o *caput* (que prevê a gestão fraudulenta), vejamos: “Gerir fraudulentamente instituição financeira: Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Se a gestão é temerária: Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

Vale lembrar que no diploma anterior - Lei n.º 1.521/51 - os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária eram previstos no mesmo dispositivo, o inciso IX do art. 3º, de maneira que, na prática, pouca diferença fazia realizar uma conduta ou outra (haja vista que as consequências seriam as mesmas). Hoje, todavia, a punibilidade da gestão temerária é muito inferior, razão pela qual faz todo o sentido diferenciar as duas figuras criminais. Os problemas se iniciam neste ponto, uma vez que o legislador não adotou o capricho de bem separar as hipóteses incriminadoras, deixando a leitura do parágrafo único atrelada ao *caput* desnecessariamente.

Ademais, como já vimos, do pouco que conseguimos extrair do conceito de “gestão temerária”, chegamos a mais uma conclusão que também confunde os crimes, já que toda gestão que for fraudulenta, também será temerária. Entretanto, nesse caso a solução é mais simples, uma vez que pelo princípio da especialidade o mais estrito deverá prevalecer sobre o mais amplo, restando configurada, nestas situações, a gestão fraudulenta.

Tal como a cabeça do artigo, o parágrafo único é um tipo penal aberto, que não descreve diretamente qual a conduta incriminada, prescrevendo que qualquer ato que caracterize uma gestão temerária se subsumirá à hipótese penal, incorrendo nas sanções

²²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Quinta Turma. Apelação Criminal n.º 2008.03.99.051025-3. Relator André Nekatschalow, 08/06/2009.

legalmente previstas. Nesse sentido, a constitucionalidade do dispositivo passa, mais uma vez, pela possibilidade de se determinar, ainda que genericamente, o tipo objetivo (“gerir temerariamente”), sendo justamente aí a controvérsia, visto que a cláusula geral “temerária” não permite uma exegese inequívoca.

3.2.1 A indeterminação da expressão “gestão temerária”

Assim como no crime de gestão fraudulenta, a análise do tipo objetivo do delito de gestão temerária é que permite verificar a compatibilidade do dispositivo com o princípio da legalidade e, por consequência, com a Constituição. O exame das elementares normativas e do significado dos respectivos termos é fundamental para se aferir a determinabilidade desse tipo aberto, de maneira que a imprecisão semântica conduz, inevitavelmente, à inconstitucionalidade.

O tipo objetivo do art. 4º, parágrafo único, consiste em “gerir temerariamente”. O conceito de gestão, como já vimos, não apresenta maiores complicações, haja vista que a interpretação rigorosa da palavra exprime com segurança seu conteúdo, que é único. A questão da necessidade de habitualidade dos atos de gestão para a caracterização do delito já é praticamente pacífica na jurisprudência (sendo esse entendimento quase uníssono também na doutrina), não restando mais grandes debates a serem travados²²⁴.

O verdadeiro problema reside na outra elementar, o adjetivo “temerária”, que é um vocábulo dúbio, que não possui uma exatidão cognitiva, já que expressa mais de um sentido literal, conforme vislumbramos das seguintes definições:

TEMERÁRIO, adjetivo:

- 1) que contém certo risco; arriscado, perigoso.
- 2) cheio de audácia; arrojado; imprudente.
- 3) que indica ou implica temeridade.
- 4) sem fundamento; infundado.²²⁵

TEMERÁRIO, adjetivo: Precipitado; imprudente; ousado; audaz.²²⁶

²²⁴ Evitando tautologias e repetições desnecessárias, reportamo-nos às observações tecidas na análise do verbo “gerir”, quando do estudo do tipo objetivo de gestão fraudulenta (item 3.1.1).

²²⁵ HOUAISS. *Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa*. Versão 2.0a. São Paulo: Objetiva, 2007.

²²⁶ BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996, p. 634.

TEMERÁRIO, adjetivo:
 1. Audacioso; arrojado; afoito.
 2. Precipitado; imprudente.²²⁷

Indiscutivelmente, o termo é impreciso, não guardando a especificidade que a reserva legal exige para um tipo incriminador objetivo, uma vez que o conceito indica, ao mesmo tempo, duas qualidades distintas, as quais permitem juízos axiológicos diferentes, como arrojado e afoito, ou audaz e imprudente. Escolher um significado representaria, automaticamente, excluir o outro, uma vez que semanticamente não se compatibilizam, nem permitem uma valoração no mesmo sentido.

Em vista da falta de precisão da palavra temerária, conceituar “gestão temerária” se torna uma tarefa árdua. Os estudiosos e comentadores são obrigados a fazer “malabarismos hermenêuticos na tentativa de conceituarem ou definirem referida infração penal”²²⁸. A doutrina usa o termo “temerária” com a noção de imprudente, arriscada, perigosa, afoita. Nesse sentido, seria temerária aquela gestão que praticasse um número substancial de atos arriscados (imprudentes ou perigosos) em um razoável período de tempo²²⁹. Do mesmo modo é o entendimento da jurisprudência, que reconhece como gestão temerária aquela “abusiva, inescrupulosa, imprudente, arriscada além do aceitável nas atividades peculiares, que ponha em risco os bens protegidos pela norma – a saúde financeira da instituição, o patrimônio do sistema financeiro como um todo”²³⁰.

Entretanto, esse conceito construído pela doutrina e pela jurisprudência também padece de ambiguidade, não podendo ser generalizado, haja vista que uma conduta que é simplesmente arrojada para um, pode ser considerada perigosa (ou imprudente) para outro e vice-versa. Isto é, não há parâmetros objetivos para distinguir “o risco natural próprio da ocupação e o risco anormal decorrente da impetuosidade do agente”²³¹, sendo que até mesmo uma gestão lucrativa e bem sucedida pode vir a ser considerada como criminosa (nos termos do art. 4º, parágrafo único)²³². Pode-se chegar ao cúmulo de punir gestores de instituições

²²⁷ LUFT, Celso Pedro. *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Scipione, 1988, p. 536.

²²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59.

²²⁹ *Ibidem*, p. 63.

²³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Segunda Turma. Habeas Corpus n.º 96.03.077760-9/SP. Relatora Sylvania Steiner, 25/04/1997.

²³¹ SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 119.

²³² PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 51-52.

financeiras por atos tolos de má administração, muito mais relacionados com uma falta de vocação para os negócios do que com a assunção de riscos planejadamente²³³.

Essa insegurança jurídica causada pela indeterminação do tipo objetivo é severamente criticada por Pimentel, consoante observamos do seguinte excerto:

Ora, alargando desse modo a extensão do tipo objetivo, o legislador criou um monstro ameaçador, que poderá sobressaltar qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cerceando sua ação, inibindo sua iniciativa, porque poderá, em algum momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa, sem que existam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório.²³⁴

Dessarte, partindo do pressuposto de que gestão temerária é aquela arriscada, ficamos em uma situação paradoxal, visto que o risco é uma das principais características do sistema capitalista, notadamente do mercado financeiro, em que quanto maior o risco, maior o lucro (como é o caso da comercialização de ações, ou dos juros cobrados das pessoas que possuem menos garantias). Aí reside o principal problema interpretativo do elemento normativo, pois não há como se determinar qual o risco é admitido e qual é reprovável, sendo que a definição ficará exclusivamente relegada a critérios subjetivos, em que uma mesma situação poderá ser considerada criminosa por um juiz e atípica por outro.

Portanto, a imprecisão léxica não permite uma delimitação segura do âmbito de incidência da lei, que torna muito vasto o alcance da lei e extremamente subjetiva a interpretação da disposição. O tipo objetivo não é claro, nem tampouco determinável, razão pela qual não consegue embasar uma exegese segura e inequívoca, abrindo demais o leque punitivo estatal, pois outorga completamente ao arbítrio do juiz o estabelecimento da conduta típica.

3.2.2 Tipo subjetivo: A antinomia dogmática do vocábulo “temerário”

A imprecisão semântica do vocábulo temerário, além de gerar indeterminação no tipo

²³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1050.

²³⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 52.

objetivo, ainda causa confusão no tipo subjetivo. O legislador, imprevidentemente, tipificou o delito do art. 4º, parágrafo único, utilizando um termo que denota imprudência, uma das modalidades de culpa estrito senso segundo o art. 18, II do Código Penal²³⁵, gerando dúvida sobre se o crime seria punido também a título culposo.

A ambiguidade é tamanha que até mesmo Manoel Pedro Pimentel, o principal doutrinador do Direito Penal Econômico no Brasil, foi induzido em erro, chegando a escrever em seus comentários à Lei n.º 7.492/86 acerca da possibilidade da gestão temerária ser enquadrada como culposa, consoante o excerto:

[...] aqui reside outro perigo da exagerada abertura do tipo objetivo, os léxicos apontam, como sinônimo do vocábulo *temerário*, a palavra *imprudente*. Poderá, portanto, ser interpretada como *gestão temerária* a simples *gestão imprudente*, embora esta se caracterize por tratar-se de comportamento meramente *culposo*, uma vez que a *imprudência* é uma das formas da *culpa*, consoante o disposto no art. 18, II, do CP. A confusão será possível, portanto, em razão da tautologia, que apresente a *imprudência* como causa de um comportamento *temerário*, que, por sua vez, teratologicamente, geraria um *crime doloso*.²³⁶

Outro destacado estudioso da criminalidade econômica enganado pelo dúbio significado do vocábulo temerário foi Antônio Carlos Rodrigues da Silva, que também considerou, equivocadamente, a culpa *stricto sensu* como elemento subjetivo do tipo, como depreendemos da seguinte passagem:

Para o crime de gestão temerária, a apreensão intelectual ressalta a ideia de que o tipo se contenta com as condutas negligentes, imprudentes e imperitas do agente, habitualmente demonstráveis por seu jeito de gerenciar, administrar ou reger. Na realidade, o grande informador da gestão temerária, diferentemente da gestão fraudulenta, é a culpa consciente e o dolo eventual.

²³⁷

Na realidade, o art. 4º, parágrafo único da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional não pode aceitar a espécie culposa por absoluta falta de previsão legal. Isto porque pelo princípio da excepcionalidade do crime culposo (insculpido no parágrafo único do art. 18 do Código Penal) somente quando houver expressa menção na definição do crime é que a

²³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59.

²³⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 52.

²³⁷ SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do Colarinho Branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 48.

infração penal poderá ser assim considerada, não sendo o caso da gestão temerária, que nada refere a esse respeito.

Outro fator que depõe contra a possibilidade do crime ser considerado culposo reside na própria pena cominada, reclusão²³⁸, haja vista que nas infrações penais culposas, geralmente, a pena é de detenção. Ademais, não há como se conceber o crime como culposo em virtude da ausência de previsão de resultado, o qual, nessa modalidade delitiva, é elementar do tipo, de modo que se não estiver expresso, infração culposa não é²³⁹.

Os equívocos se justificam, uma vez que o verdadeiro erro foi do legislador, que criou um tipo muito estranho, no qual “tipifica crime doloso com elementar normativa – temerária – que representa a essência do crime culposo, na medida em que temerário, além de arriscado e perigoso, também significa imprudente”²⁴⁰. Ora, o agir imprudente pressupõe, no direito, a culpa *stricto sensu*. A confusão é praticamente inevitável, já que há uma quebra do silogismo.

Dessa forma, diferentemente do que sugere o termo temerária, o crime do art. 4º, parágrafo único só é punido a título de dolo, ou seja, o sujeito ativo deve ter a vontade livre e consciente de querer praticar atos arriscados ou imprudentes no desempenho da administração de uma instituição financeira. Não se exige qualquer vontade específica de lesar o patrimônio da entidade ou o Sistema Financeiro, mas sim que o agente tenha a noção de que sua gestão é mais perigosa do que o normal e que disso resulta um grande perigo ao dinheiro alheio.

Outrossim, pacificou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o tipo subjetivo da gestão temerária também aceita o dolo eventual, hipótese em que o agente, não desejando causar prejuízo, mas prevendo a possibilidade de um resultado danoso, assume o risco, praticando atos temerários de gestão e, assim, expondo a perigo instituição financeira. Nesse sentido são os seguintes julgados:

RHC - PENAL - SISTEMA FINANCEIRO - LEI 7.492, DE 16.07.1986 - GESTÃO TEMERARIA - A gestão temerária (Crime contra o Sistema Financeiro Nacional) pressupõe dolo eventual. O agente tem previsão do resultado, todavia, sem o desejar, a ele é indiferente, arrostando, sem a cautela devida, a ocorrência do evento.²⁴¹

²³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 67-68.

²³⁹ RODRIGUES, Rafael Alencar. *A inconstitucionalidade do art. 4º, caput, e § único da Lei 7.492/86*. Monografia para aquisição do grau de Especialista em Direito Penal. Curitiba: Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, 2008, p. 47.

²⁴⁰ BITENCOURT; BREDA, op. cit., p. 59.

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 6369/SP. Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 12/08/1997.

PENAL. GESTÃO TEMERÁRIA. A figura típica do § único do art. 4º da Lei 7.492/86 é de perigo concreto, vez que, em seus dizeres, inexistente conduta que presume *juris et de jure* de perigo ao bem jurídico tutelado. Necessidade de prova do perigo concreto ao sistema financeiro nacional advindo do fato (contabilidade irregular e desorganizada) tido por subsumido na figura típica da gestão temerária. O disposto no art. 25 da Lei 7.492/86 não é norma de presunção absoluta de responsabilidade penal. **Elemento subjetivo do tipo da gestão temerária é o dolo eventual.** O só atuar imprudente, impetuoso, não configura o delito de gestão temerária. [...] (grifo nosso)²⁴²

3.2.3 A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 4º da Lei n.º 7.492/86: A afronta ao princípio constitucional da legalidade

O art. 4º, parágrafo único da Lei n.º 7.492/86 é um tipo penal aberto (ou anormal, como prefere Pimentel²⁴³) que podemos considerar indeterminável. A expressão gestão temerária não é apta a garantir a precisão e a certeza que as leis penais exigem, gerando grande insegurança, haja vista que uma pessoa pode vir a ser condenada a até 8 anos de reclusão, sem nem saber ao certo o que fez de errado.

O ideal de segurança jurídica reza que quanto maior a pena cominada, mais preciso deve ser o tipo incriminador (inclusive já tendo o Tribunal Constitucional alemão se manifestado nesse sentido), uma vez que, pela lógica do Direito Penal, a punibilidade aumentaria conforme a reprovabilidade da conduta. Assim, mais ou menos remontando a teoria de Feuerbach (no sentido do papel preventivo da lei, a partir da intimidação penal), nada mais sensato do que o preceito primário do tipo penal descrever a conduta proibida da maneira mais clara e objetiva possível (até para que alcance sua função pedagógica de motivar o comportamento humano²⁴⁴), evitando dúvidas quanto aos limites da ilicitude. Destarte, tipos penais que determinem uma elevada cominação punitiva – tais como os do art. 4º (*caput* e parágrafo único), que prevêem penas de reclusão de 3 a 12 anos e de 2 a 8 anos, respectivamente – deveriam ser facilmente compreensíveis.

²⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Quarta Turma. Apelação Criminal n.º 1999.02.01.032212-0/RJ. Relator Rogério Carvalho, 26/06/2002.

²⁴³ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 46-47.

²⁴⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29.

Todavia, o legislador não se valeu dessa diretriz quando da elaboração da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, notadamente dos crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária, optando por tipos penais abertos com alta carga valorativa. Conforme tentamos demonstrar ao longo do trabalho, os tipos penais abertos não constituem necessariamente uma violação à reserva legal, porém devem ser utilizados pelo legislador com muito cuidado, uma vez que qualquer imprecisão ou ambiguidade existente no texto normativo conduz, inexoravelmente, à inconstitucionalidade da disposição.

O princípio da legalidade, como expressão de uma das garantias mais importantes conquistadas pelo indivíduo, não permite desvios ou exceções. Sua concepção foi elevada a patamar constitucional em praticamente todos os países, sendo que no Brasil está previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988. Divide-se em quatro proposições fundamentais, dentre as quais destacamos (para a finalidade desse estudo) o postulado do *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, que veda incriminações vagas ou genéricas. Ou seja, as leis penais devem ser o mais precisas possível, sendo claras e inteligível para todos os cidadãos.

Como também já referimos, a exigência da *lex certa* não é absoluta, uma vez que o detalhamento extremo acabaria por nada prescrever, pois criaria normas casuísticas que dificilmente seriam aplicáveis na prática. Assim, o postulado de certeza não faz presumir uma incompatibilidade entre o princípio da legalidade e os tipos penais abertos, mas significa, isto sim, um forte controle sobre estes últimos.

Nos tipos penais abertos, a lei não individualiza completamente o comportamento reprovável, cabendo ao intérprete, no caso concreto e por meio de normas de caráter geral (contidas fora do dispositivo), especificar a conduta proibida, fechando o tipo. Nessa senda, um tipo aberto respeitará o princípio da reserva legal se, ainda que não descreva detalhadamente o procedimento injusto, for determinável a partir da exegese simples do texto legal, de um lado possibilitando aos destinatários vislumbrarem os limites da licitude e, de outro, estabelecendo limites a uma interpretação arbitrária.

Para lograr êxito no intento de clareza e determinabilidade requerido pelo postulado de certeza, o tipo aberto deve conter termos denotativamente precisos, hábeis a transmitir, indubitavelmente, o fim de proteção da norma e os limites da exegese judicial. As disposições penais indetermináveis, isto é, que não conseguem expressar sua finalidade por falta de elementos léxicos ou imprecisão semântica, destoam do princípio da legalidade e, por isso,

devem ser consideradas inconstitucionais.

Ao incriminar a gestão temerária, o art. 4º, parágrafo único da Lei n.º 7.492/86 acabou criando uma ambiguidade irremediável. Primeiro porque o sentido literal do vocábulo “temerário” é plurissemântico, possuindo pelo menos três significados diferentes (e.g., arrojado, imprudente, infundado); e segundo por um grave problema valorativo da expressão “gestão temerária”, pois o que para uma pessoa mais conservadora nos negócios é considerado uma administração perigosa, para outra mais ousada é simplesmente uma gestão eficiente e arrojada.

Nesse sentido cuida-se, na verdade, de distinguir e valorar o risco, estabelecendo padrões aceitáveis e inaceitáveis (os quais, nesse caso, serão tidos como crime). Contudo, como já tivemos a oportunidade de observar, o risco é próprio do capitalismo, especialmente da atividade financeira (talvez o ramo que mais trabalhe com o risco nesse sistema econômico), não podendo ser mensurado e muito menos qualificado como pretende a lei.

Falta ao artigo um ponto de apoio para a aferição desse risco, já que o tipo objetivo (“gerir temerariamente”) não é suficientemente preciso para garantir uma interpretação segura. As condições objetivas de punibilidade que existiam na antiga capitulação do delito (“levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”) serviam como uma concreta e objetiva forma de medição dos riscos. Porém a Lei n.º 7.492/86 não manteve essas elementares, deixando tal exame ao bel prazer do julgador, que decide desimpedidamente (já que o dispositivo não é capaz de limitar satisfatoriamente a interpretação) se um gestor passou dos limites aceitáveis de risco, cometendo o crime do parágrafo único do art. 4º.

A falta de um elemento seguro na descrição do fato tipificado, conduz ao risco de entregar a definição da tipicidade a um critério eminentemente subjetivo, reduzindo duramente a garantia assegurada pelo princípio constitucional da reserva legal, repetido no art. 1º do CP: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.²⁴⁵

Em um Estado de Direito essa incerteza não pode prosperar, uma vez que práticas tidas como comuns no dia-a-dia do mercado financeiro podem ser consideradas temerárias por um juiz menos experiente no assunto, causando grande insegurança jurídica aos administradores. Na realidade, o crime de gestão temerária é um cheque em branco dado pelo

²⁴⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 52.

legislador ao Judiciário, que o preenche em face do caso concreto como melhor entender, estabelecendo o conteúdo da norma incriminadora.

Na prática, o que se observa é uma confusão entre a gestão temerária e o prejuízo sofrido por instituição financeira²⁴⁶, conforme se pode verificar da seguinte decisão:

HABEAS CORPUS - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - CRIMES DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DE DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LÚCROS - NECESSIDADE DE ANÁLISE DA PROVA PARA AFERIÇÃO DA JUSTA CAUSA - PROVAS CONCLUDENTES DA ATIPICIDADE DAS CONDUTAS IMPUTADAS AOS PACIENTES - ORDEM CONCEDIDA.

[...] 2.- O crime de gestão temerária de instituição financeira, em afronta ao princípio da reserva legal, não descreve quais as condutas incriminadas, nem quaisquer elementos ou circunstâncias que delimitem o tipo objetivo, a exigir portanto maior cautela para a instauração da ação penal.

3.- Na interpretação do elemento normativo, tem-se por temerária a gestão abusiva, inescrupulosa, imprudente, arriscada além do aceitável nas atividades peculiares, que ponha em risco os bens protegidos pela norma - a saúde financeira da instituição, o patrimônio dos sistema financeiro como um todo.

4.- **Não pode ser tida por temerária a gestão que, por diversos anos e em milhares de operações, obteve lucros e crescimento para a instituição e para os investidores, havendo-se com prejuízo apenas em insignificante número de operações, que redundaram em prejuízo mínimo, num curto espaço de tempo, suportado pela própria instituição.**

[...] 6.- Patente a tipicidade das condutas imputadas aos pacientes, impõe-se o trancamento da ação penal. (grifo nosso)²⁴⁷

Ocorre, entretanto, que o crime de gestão temerária não é de dano, mas de perigo, isto é, não necessita de resultado naturalístico para sua configuração, de modo que até mesmo uma gestão lucrativa pode ser considerada temerária, sendo a incriminação, consoante podemos perceber, totalmente arbitrária. Esse é justamente o ponto nevrálgico da questão: Não há qualquer parâmetro objetivo que possa embasar uma interpretação segura e inequívoca do parágrafo único do art. 4º. Diferentemente da gestão fraudulenta, não há consenso sobre a definição do que possa ser gestão temerária, “sendo seu sentido totalmente modulado pelo julgador ante a análise do caso concreto”²⁴⁸.

Trata-se de um tipo penal aberto indeterminável, cuja literalidade das elementares não

²⁴⁶ FRAGOSO, Rodrigo. *Gestão Temerária de Instituição Financeira*. Disponível em <<http://www.fragoso.com.br/artigos.asp>>. Acesso em 21/10/2010, p. 4.

²⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Segunda Turma. Habeas Corpus n.º 96.03.077760-9/SP. Relatora Sylvia Steiner, 25/04/1997.

²⁴⁸ RODRIGUES, Rafael Alencar. *A inconstitucionalidade do art. 4º, caput, e § único da Lei 7.492/86*. Monografia para aquisição do grau de Especialista em Direito Penal. Curitiba: Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, 2008, p. 46.

é apta a traduzir o fim de proteção da norma e tampouco de demarcar os limites da ilicitude. O termo “temerária” não permite aos destinatários distinguir entre o proibido e o permitido, causando uma dupla insegurança, já que também não estabelece um balizamento à interpretação do juiz (que poderá incriminar condutas não relacionadas com a suposta intenção da norma).

Diante dessa indeterminação do tipo objetivo de gestão temerária e da completa impossibilidade de qualquer definição da conduta reprovável, somos forçados a concluir pela inadequação do delito do art. 4º, parágrafo único da Lei n.º 7.492/86 com o princípio da legalidade por violação ao postulado da *lex certa*. A abertura típica é tão ampla que nem mesmo uma interpretação restritiva é viável, uma vez que o tipo carece de qualquer ponto de apoio exegético, pois seu elemento objetivo básico, qual seja, a figura da “gestão temerária”, é imprecisa e de conceito valorativo duvidoso, não restando outra medida senão a declaração da inconstitucionalidade da disposição. Nessa situação Zaffaroni também sugere a inconstitucionalidade, como se depreende do seguinte excerto:

Em princípio, deve-se optar pela inconstitucionalidade quando a aplicação da máxima taxatividade interpretativa se torne por demais artificiosa, o que ocorre quando a interpretação resultante carece de todo ponto de apoio legal (implicando contradições, perdas de referência ou rupturas com a disciplina legal da matéria penalmente legislada), ou quando aquele ponto de apoio deva ser buscado em uma esfera bem distante, ou, ainda, quando a lei contém uma irracionalidade irredutível que não responde a um notório erro material de impressão. Em tais casos deve-se preferir a inconstitucionalidade, porque o outro caminho, ainda que percorrido pela doutrina e pela jurisprudência, não interdita o âmbito de arbitrariedade seletiva das agências executivas.

O chamado *postulado de prudência*, que relega a inconstitucionalidade ao último plano e se assenta numa duvidosa presunção de compatibilidade constitucional das leis não pode aplicar-se a esses casos, porque abre a porta ao exercício arbitrário de poder punitivo pelas agências executivas, bem como a prisões preventivas discricionárias. Conceitos como “mulher honesta” (arts. 215 e 219 CP) ou “objeto obsceno” (art. 234 CP) merecem a proclamação de inconstitucionalidade que obrigue o legislador a trabalhar com a responsabilidade republicana.²⁴⁹

Portanto, tendo em vista a afronta do parágrafo único do art. 4º da Lei n.º 7.492/86 ao art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, entendemos que deva ser decretada a inconstitucionalidade do referido preceito penal. A eventual aplicação do aludido dispositivo

²⁴⁹ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 207-208.

ao caso concreto caracterizará, ainda, uma violação ao princípio da separação de poderes, já que o juiz estará exercendo verdadeira função de legislador ao determinar o conteúdo da norma²⁵⁰. Ao acusado, a seu turno, cabe suscitar o controle incidental de constitucionalidade no momento apropriado, rogando o reconhecimento da inconstitucionalidade no caso concreto²⁵¹.

²⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 54.

²⁵¹ NUNES, Luciano Augusto de Freitas. *A tutela penal do Sistema Financeiro Nacional e controle difuso de constitucionalidade dos crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária*. Dissertação de Mestrado. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2009, p. 130.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da legalidade, como uma das garantias mais importantes conquistadas pelo homem, não admite qualquer desvio ou exceção. Mitigá-lo seria retroceder em pelo menos duzentos anos o nosso desenvolvimento jurídico, voltando a um tempo de insegurança e covardia por parte dos governantes. Principal pilar dos estados democráticos de direito, deve ser rigorosamente obedecido pelo administrador público (que somente pode atuar naquilo que lhe é permitido e nos termos da lei), pelo legislador (que deve produzir as leis de forma clara e concisa) e pelo julgador (que apenas pode estabelecer juízos com base na legislação já existente e conforme a sua literalidade).

Não basta que uma lei seja prévia ao fato para que ela esteja de acordo com o princípio da legalidade, pois poderemos ter uma legalidade meramente formal. Outrossim ela deve se coadunar com o conteúdo da Carta Magna. Nesse sentido é que podemos desdobrar o princípio da reserva legal em quatro dimensões, em que o desrespeito da lei a uma delas já seria suficiente para caracterizar a incompatibilidade. São elas: *lex praevia*, que determina que somente existirá crime ou pena se estes já estiverem preestabelecidos quando da prática do ato; *lex scripta*, que determina que o tipo incriminador seja escrito, vedando o uso dos costumes no Direito Penal; *lex stricta*, que proíbe o Poder Judiciário de utilizar a analogia para prejudicar o acusado (o que consistiria também em afronta ao princípio da separação dos poderes); e, por último, *lex certa*, que é a exigência de que o legislador seja preciso na capitulação dos delitos, criando leis claras e determinadas.

Diante desta imposição do postulado de certeza, de descrever taxativamente a conduta típica, mostra-se essencial fazer a ressalva de que esse mandamento não é absoluto, uma vez que o princípio da legalidade se contenta com a determinabilidade da conduta e com a demarcação de limites que impossibilitem uma interpretação arbitrária. Por isso que os tipos penais abertos não se presumem, de pronto, inconstitucionais, pois quando forem determináveis - isto é, possibilitarem aos destinatários (a partir de uma interpretação simples e inequívoca) vislumbrarem os limites da licitude, permitindo anteverem os comportamentos reprováveis - haverá consonância com a reserva legal.

O crime de gestão fraudulenta é um desses tipos abertos determináveis, visto que a cláusula geral valorativa “fraudulentamente”, que compõe o tipo objetivo, já possui um conceito difundido, encontrando guarida no senso comum. Ademais, tal termo é muito bem conhecido e utilizado, especialmente no âmbito jurídico, em que consta como elementar

normativa de outros delitos (cuja constitucionalidade, diga-se de passagem, não é questionada), como o estelionato (art. 171 do Código Penal) e a obtenção de financiamento mediante fraude (art. 19 da Lei n.º 7.492/86).

Cumpra anotar, ainda, que a fraude que se exige para a configuração do crime é aquela apta a enganar, não necessitando qualquer fim especial, visto que a lei não exige resultado naturalístico, nem que decorra alguma vantagem para o agente ou terceiro. A única exigência é que os atos fraudulentos se dêem no desenvolvimento das atividades de gestão relacionadas às finalidades da instituição financeira, sendo que fraudes perpetradas na gestão da área de recursos humanos, por exemplo, não serão hábeis a configurar o delito.

Outra questão praticamente pacífica é o entendimento de que o núcleo do tipo, o verbo “gerir”, subentende a idéia de continuidade, de repetição, de habitualidade, pressupondo a realização de inúmeros atos, de modo que a prática isolada de atos fraudulentos não teria o condão de caracterizar o delito.

Diferentemente do delito de gestão fraudulenta, a gestão temerária é um tipo penal aberto indeterminável, pois a literalidade da lei não permite depreender as condutas proibidas pela norma. Seu tipo objetivo é ambíguo, não conseguindo expressar o fim de proteção proposto pelo legislador, nem garantindo uma limitação ao arbítrio judicial, pois não demarca parâmetros objetivos à interpretação. A dualidade decorre da palavra “temerária”, termo plurissemântico no vernáculo, que causa incerteza e insegurança quanto aos comportamentos reprováveis, não possibilitando um entendimento sobre o que realmente deve ser evitado e o que está permitido.

O tipo está demasiadamente aberto, nem mesmo possibilitando uma interpretação restritiva, pois falta um ponto de apoio objetivo para embasar a exegese. A tipificação será feita de acordo com o livre arbítrio do julgador, de forma totalmente subjetiva, podendo incriminar, inclusive, práticas comuns do dia-a-dia das atividades financeiras.

Essa indefinição das condutas típicas é inadmissível no Direito Penal, sendo que o postulado da *lex certa* exige, no mínimo, a determinabilidade dos comportamentos vedados pela norma. A infração que não alcança essa precisão viola flagrantemente o mandamento de certeza da reserva legal e, por conseqüência, a Constituição Federal, descumprindo com suas funções preventiva, pedagógica e de garantia, proclamadas pelo princípio da legalidade.

Portanto, concluímos pela adequação constitucional do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira e pela inconstitucionalidade do crime de gestão temerária, por

incompatibilidade com o mandamento de certeza do princípio da legalidade e descumprimento do disposto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 1 – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; BREDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 07/10/2010.

_____. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em 09/10/2010.

_____. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em 09/10/2010.

_____. *Lei n.º 1.521 de 26 de dezembro de 1951*. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L1521.htm>>. Acesso em 11/10/2010.

_____. *Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986*. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7492.htm>>. Acesso em 09/10/2010.

_____. *Projeto de Lei n.º 273, de 24 de março de 1983*. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e contra a ordem econômico-financeira. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=25/3/1983&txpagina=1018&altura=700&largura=800>. Acesso em 09/10/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 585770/RS*. Relator Gilson Dipp. Julgado em 07/10/2004. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 13/10/2010.

_____. *Recurso Especial n.º 706.005/RS*. Relator Gilson Dipp. Julgado em 24/06/2005. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 13/10/2010.

_____. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 6369/SP*. Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, Julgado em 12/08/1997. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 16/11/2010.

_____. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 13944/SP*. Relator Gilson Dipp. Julgado em 25/03/2003. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10/11/2010.

_____. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 14236/CE*. Relator Paulo Gallotti. Julgado em 26/10/2004. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10/11/2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Criminal n.º 96.01.01.576-0*. Relator Tourinho Neto. Julgado em 06/03/1996. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em 10/11/2010.

_____. *Apelação Criminal n.º 95.01.33.704-9*.
Relator Tourinho Neto. Julgado em 03/12/1996. Disponível em
<<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em 10/11/2010.

_____. *Apelação Criminal n.º*
1997.01.00.027998-8. Relatora Ivani Silva da Luz. Julgado em 08/10/2002. Disponível em
<<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em 10/11/2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Criminal n.º*
2000.02.01.047862-7. Relator Paulo Barata. Julgado em 04/06/2002. Disponível em
<<http://www.trf2.jus.br/Paginas/paginainicial.aspx>>. Acesso em 11/11/2010.

_____. *Apelação Criminal n.º*
1999.02.01.032212-0. Relator Rogério Carvalho. Julgado em 26/06/2002. Disponível em
<<http://www.trf2.jus.br/Paginas/paginainicial.aspx>>. Acesso em 16/11/2010.

_____. *Habeas Corpus n.º 2000.02.01.071136-*
0. Relatora Maria Helena Cisne. Julgado em 03/04/2001. Disponível em
<<http://www.trf2.jus.br/Paginas/paginainicial.aspx>>. Acesso em 12/11/2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação Criminal n.º 97.03.051199-6*.
Relatora Sylvia Steiner. Julgado em 14/08/2001. Disponível em <<http://www.trf3.jus.br/>>.
Acesso em 09/11/2010.

_____. *Apelação Criminal n.º*
2008.03.99.051025-3. Relator André Nekatschlow. Julgado em 08/06/2009. Disponível em
<<http://www.trf3.jus.br/>>. Acesso em 12/11/2010.

_____. *Habeas Corpus n.º 96.03.077760-9*.
Relatora Sylvia Steiner. Julgado em 22/04/1997. Disponível em <<http://www.trf3.jus.br/>>.
Acesso em 12/10/2010.

_____. *Habeas Corpus n.º 96.03.077760-9*.
Relatora Sylvia Steiner. Julgado em 25/04/1997. Disponível em <<http://www.trf3.jus.br/>>.
Acesso em 15/11/2010.

_____. *Habeas Corpus n.º 97.03.061736-0*.
Relator Ali Mazloum. Julgado em 02/12/1997. Disponível em <<http://www.trf3.jus.br/>>.

Acesso em 12/11/2010.

_____. *Habeas Corpus n.º 98.03.081133-9*.
Relator Oliveira Lima. Julgado em 04/05/1999. Disponível em <<http://www.trf3.jus.br/>>.
Acesso em 12/10/2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal n.º 2001.04.01.071730-8*. Relator Élcio Pinheiro de Castro. Julgado em 27/08/2003. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em 09/11/2010.

_____. *Habeas Corpus n.º 2003.04.01.028039-0*.
Relator Luiz Fernando Wowk Penteado. Julgado em 20/08/2003. Disponível em
<<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em 11/11/2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Habeas Corpus n.º 2002.05.00.022123-4*.
Relator Luiz Alberto Gurgel de Faria. Julgado em 01/10/2002. Disponível em
<<http://www.trf5.jus.br/>>. Acesso em 10/11/2010.

BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996.

CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro: Aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (lei n. 7.492, de 16/06/86)*. Tese de Doutorado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1996.

DE SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/helena_artigos.asp>. Acesso em 21/10/2010.

FRAGOSO, Rodrigo. *Gestão temerária de instituição financeira*. Disponível em <<http://www.fragoso.com.br/artigos.asp>>. Acesso em 21/10/2010.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros: 1998.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

HOUAISS. *Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa*. Versão 2.0a. São Paulo: Objetiva, 2007.

JALIL, Maurício Schaun. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal Parte Geral – 1º Volume*. São Paulo: Saraiva, 1999.

LUFT, Celso Pedro. *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Scipione, 1988.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. *Processo Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Princípios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de Código Penal Español de 1994*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.º 11, p. 7-20, jul./set. 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Luciano Augusto de Freitas. *A tutela penal do Sistema Financeiro Nacional e controle difuso de constitucionalidade dos crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária*. Dissertação de Mestrado. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2009.

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

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. *Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira*. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Brasília, n.º 11 (2), p. 27-32, abr./jun. 1999.

PAULA, Áureo Natal de. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais*. Curitiba: Juruá, 2009.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

RODRIGUES, Rafael Alencar. *A inconstitucionalidade do art. 4º, caput, e § único da Lei 7.492/86*. Monografia para aquisição do grau de Especialista em Direito Penal. Curitiba: Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, 2008.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: Estado e normatização*

da Economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade*. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 34, n.º 91, p. 47-74, maio/ago. 2001.

_____. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

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

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.