

**INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

CAROLINA KÜSTER REGINATO

**O DELITO DE GESTÃO TEMERÁRIA EM FACE DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL PENAL DA LEGALIDADE**

**CURITIBA
2008**

CAROLINA KÜSTER REGINATO

**O DELITO DE GESTÃO TEMERÁRIA EM FACE DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL PENAL DA LEGALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista no curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Criminologia do Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA
2008

RESUMO

O delito de gestão fraudulenta, tipificado no parágrafo único do artigo 4º, Lei 7.492/1986, é um tipo penal aberto que suscita dúvidas quanto ao seu conteúdo e à sua constitucionalidade, diante do princípio democrático da legalidade, trazendo assim dificuldades para a sua interpretação e eventual aplicação. Para o estudo do tema, é indispensável a análise do contexto da criação da Lei 7.492/1986 e da consagração do princípio da legalidade, bem como a intersecção entre ambos. O objetivo deste trabalho foi avaliar a validade constitucional do delito de gestão fraudulenta, numa perspectiva nacional. Foi realizada pesquisa analítica das obras mais significativas que versam sobre direito penal econômico, leis penais especiais, crimes do colarinho branco e crimes contra o sistema financeiro nacional. Também subsidiaram este trabalho textos de autores nacionais e estrangeiros que tratam dos princípios inerentes ao Direito Penal, dos tipos penais em branco e da criminalidade dos poderosos. O estudo dos crimes contra o sistema financeiro nacional demonstrou que a Lei 7.492/86 é permeada de tipos penais abertos, dentro eles o delito de gestão temerária, e que a definição do elemento normativo é tarefa difícil diante do grau de indefinição, da ausência de previsão de resultado e de modalidade culposa. Paralelamente, constatou-se que o grau elevado de indefinição do elemento normativo no delito de gestão temerária não corresponde às exigências do princípio da legalidade (lei prévia, certa, escrita e estrita). Ao final, chegou-se a conclusão definitiva acerca da sobrevivência do tipo penal em face da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Colarinho Branco. Sistema Financeiro Nacional. Lei 7.492/86. Gestão Temerária. Tipo Aberto. Indefinição. Princípio da Legalidade. Constituição.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	3
2.1 GÊNESE.....	3
2.2 DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO.....	5
2.3 FUNÇÕES.....	7
2.4 ANÁLISE DOS COROLÁRIOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	8
2.4.1 Proibição de Analogia (<i>Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta</i>).....	9
2.4.2 Proibição do direito consuetudinário para fundamentar e agravar a pena (<i>Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta</i>).....	10
2.4.3 Proibição de retroatividade (<i>Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia</i>).....	12
2.4.4 Proibição de leis penais e penas indeterminadas (<i>Nullum crimen, nulla poena sine lege certa</i>).....	14
3 TIPOS PENAIS ABERTOS	18
4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIMINALIDADE DO COLARINHO BRANCO	21
5 O CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA	25
5.1 CONTEXTO: LEI 7.492/86.....	25
5.2 CONCEITO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	29
5.3 DECOMPOSIÇÃO ANALÍTICA DO TIPO INCRIMINADOR PREVISTO PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 4º.....	30
6 NÃO-OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL (LEGALIDADE ESTRITA) POR PARTE DO LEGISLADOR	35
6.1 INDEFINIÇÃO DO ELEMENTO NORMATIVO.....	34
6.2 CRIME DOLOSO OU CULPOSO?.....	41
7 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

A partir das décadas de 60-70, o crescente estudo da criminalidade, suas origens e características, que posteriormente aperfeiçoou-se no que hoje conhecemos por criminologia crítica, fundada na mudança de paradigma trazida pela teoria do “*labelling approach*”, trouxe a lume o problema da falibilidade das estatísticas oficiais da criminalidade e da prática de condutas profundamente danosas à sociedade como um todo por parte das empresas, corporações e dos empresários e poderosos.

Os estudos de Edwin Sutherland sobre o procedimento de aprendizagem do crime (teoria da associação diferencial) e das subculturas criminais, não obstante sejam insuficientes para explicar a criminalidade a partir do ponto de vista externo e da rotulação pelas entidades reguladoras, por se fixarem na pessoa do autor do delito, chamaram a atenção para as fraudes de grandes proporções e que envolvem não apenas uma vítima individualmente identificável, mas a sociedade e a coletividade como uma massa prejudicada com determinadas condutas praticadas por dirigentes de empresas e detentores de cargos políticos.

Neste contexto, foi publicada no Brasil a Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, resultados de diversas propostas, emendas e adendos, tanto de políticos como de economistas, os quais muitas vezes não observaram as diretrizes jurídico-penais para a criação de tipos incriminadores.

Após a edição da lei, em 1988 foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil. Dentre as inúmeras diretivas da chamada ‘Constituição Cidadã’, consagra-se a especial proteção aos direitos e garantias fundamentais, definidos no artigo 5º e também de forma difusa no restante do texto constitucional.

O princípio da Legalidade, de inspiração tipicamente iluminista, teve garantido pela atual Carta da República seu status de garantia fundamental, sendo de observação obrigatória pelo Legislador, em especial na confecção das leis criminais.

Ao longo do presente trabalho, será estudado não só o princípio da Legalidade, mas a gênese da Lei 7.492/86, popularmente conhecida como a lei dos crimes de colarinho branco, e, em especial, o delito de gestão temerária, descrito no parágrafo único do artigo 4º da mencionada Lei.

A partir da análise aprofundada do tipo penal sob holofote, será então realizado cotejo entre os elementos que o compõe e o princípio penal da legalidade, sob todos os seus aspectos.

Acerca deste tema divergem as opiniões dos doutrinadores e dos aplicadores do direito, de forma muitas vezes diametralmente oposta, residindo aí a importância e atualidade do tema.

O trabalho será apresentado de acordo com um critério de especificidade crescente: inicialmente, será estudado o princípio da legalidade e suas implicações; após, as características dos tipos penais 'abertos'. Ultrapassada uma breve exposição da teoria dos crimes do colarinho branco, é realizado o estudo da lei 7.492/86 e do delito de gestão temerária propriamente dito.

Por fim, apesar das diversas interpretações e conclusões já publicadas sobre o tema, conclui-se de forma analítica pela situação do delito focado sob o ponto de vista constitucional.

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

2.1 GÊNESE

Alguns autores consideram o Direito Romano como o berço do princípio da legalidade, por conta da seguinte passagem do Digesto:

“Poena non irrogatur, nis i quae quaque lege vel que alio jure specialiter hie delicto imposita est”.

Outros¹ defendem a gênese do princípio no Direito Medieval, eis que haviam algumas regras que determinavam a restrição de liberdades e patrimônio somente após a análise por um colegiado e prévia investigação, muito embora o sistema da **cognitio extraordinaria**, herdado do direito romano e que permitia amplo arbítrio judicial, incluindo a analogia e os costumes, fosse o vigente naquele período.

O precedente mais seguro, reconhecido pelos doutrinadores de forma unânime, é a menção primitiva ao princípio da legalidade na **Magna Charta** inglesa, imposta ao rei João Sem Terra pelos barões ingleses em 1215.

O artigo 39 da referida Carta assim dispunha²:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma: e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do país.

¹ A exemplo de Frederico Marques *apud* Luisi (2003, p. 19).

² Segundo tradução de Greco (2005, p. 104).

Tal artigo assegurava, no entanto, somente a legalidade processual, mas não material, nada dispondo acerca do conteúdo.

Não obstante, é certo que o panorama que albergou o princípio da legalidade em sentido muito próximo ao consagrado pela sociedade ocidental moderna foi o Iluminismo, a partir do séc. XVIII, com fulcro na concepção de direito natural e contrato social (pessoa como sujeito de direitos e liberdades naturais de caráter inviolável, suprimíveis somente pelos seus deveres para com os seus pares, e não pela vontade arbitrária do Estado), em oposição ao regime monárquico absolutista. A construção do Estado a partir do contrato social transformo-o em garante dos direitos do homem: somente é ilícito aquilo que a lei dispõe como tal.

Pretendia-se assim conter o poder ilimitado do Estado e o arbítrio dos julgadores, vez que todos deveriam se sujeitar às disposições da Lei.

Instaurados os regimes democráticos, o princípio da legalidade ganhou status constitucional, constando também nos códigos criminais.

Os primeiros textos constitucionais que trouxeram em seu bojo o princípio da legalidade foram as constituições das colônias inglesas que se tornavam independentes, a exemplo da Filadélfia (1774), Virginia e Maryland (1776).

O princípio também veio estampado no Código Penal austríaco de José II (1787), na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), no Código Penal Francês de 1810 e no Código Penal bávaro de Feuerbach (1813)³.

Há alguns países que não trazem em suas legislações penais o princípio da legalidade, como a China, Albânia, Coréia do Norte, Dinamarca e Groenlândia.

No Brasil, o princípio da legalidade expressamente constou em todas as constituições e em todos os Códigos Penais, desde o código do Império de 1830 até o código de 1940, atualizado pelo Reforma da Parte Geral, em 1984.

³ Ludwig Anselm Von Feuerbach foi o responsável pela formulação latina do princípio – *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Hodiernamente, o princípio da legalidade foi elevado à categoria de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, eis que representa o liberalismo político e a divisão de poderes.

Os poderes executivo e judicial estariam submetidos às leis formais (conquista essa atribuída à burguesia européia em sua luta contra o absolutismo) e o poder legislativo, na condição de representação direta do povo, exime o poder judiciário de criar o direito, a fim de assegurar a liberdade individual em face das intervenções do Estado.

2.2 DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÕES

Uma ação só pode ser classificada como uma conduta delituosa se assim estiver prevista em **lei**, sendo vedada a criação de tipos penais por analogia ou pelos costumes.

A exigência da **lei** é uma verdadeira garantia, que visa não somente legitimar ações como tipos de crime, mas condicionar e vincular a aplicação de penas a um instrumento legislativo certo, prévio, escrito e definido, em detrimento do exercício generalizado e sem critérios do poder punitivo.

No modelo garantista de responsabilidade penal, preconizado por Ferrajoli (2006, p. 91), com o objetivo de delimitar o poder penal absoluto, são dez os axiomas que devem nortear o Direito Penal, de forma concatenada:

Nulla poena sine crimine
Nullum crimen sine lege
Nulla lex (poenale) sine necessitate
Nulla necessitas sine injuria
Nulla injuria sine actione
Nulla actio sine culpa
Nulla culpa sine iudicio
Nullum iudicio sine accusatione
Nulla acusatio sine probatione

Nulla probatio sine defensione

Tais brocardos traduzem os princípios elementares do Direito Penal: da retributividade, da legalidade, da necessidade, da lesividade, da materialidade, da culpabilidade, da jurisdicionalidade, acusatório, do ônus da prova e do contraditório, respectivamente.

Ainda segundo o magistrado italiano supra referido, dentre os dez axiomas garantistas, o que ocupa o lugar central é aquele que exige a lei como condição necessária à veiculação de delito e pena – seria o que o autor chama de **mera legalidade**.

Todas as demais garantias são condições da legalidade penal – **legalidade estrita**.

A mera legalidade de forma e de fonte é condição de existência e vigência da lei, enquanto que a taxatividade de seu conteúdo, decorrente dos demais axiomas, é condição da sua **legitimidade**.

O princípio da legalidade estrita dirige-se ao legislador, o qual deverá observar técnica específica para a qualificação penal. Logo, não é qualquer lei formalmente constituída, que pretenda tipificar condutas, que será efetivamente válida.

Para Greco⁴, os critérios da legalidade são formais e materiais, equivalentes à mera legalidade e estrita legalidade, na classificação de Ferrajoli⁵.

A legalidade formal (mera legalidade) implica na prescrição de delitos somente por meio de lei, observando-se os trâmites legais previstos na Constituição para a edição, publicação e vigência da lei ordinária, enquanto que a legalidade material (estrita legalidade) é aquela atinente ao conteúdo da norma, que deve estar em consonância com os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos. A legalidade estrita de Ferrajoli⁶,

⁴ *Op. cit.*, p. 107.

⁵ *Op. cit.*, p. 344-345.

⁶ *Ibid*

d'outro tanto, diz respeito à necessidade de descrição pormenorizada da conduta que se pretende taxar de criminosa, sem reenvio a paradigmas extralegais.

A lei a que se refere o art. 5º inciso XXXIX da Constituição Federal deve ser entendida como lei em sentido estrito (lei ordinária), cuja criação deve seguir o procedimento previsto no art. 47 da Constituição Federal de 1988 (votação na Câmara, no Senado – iniciativa, discussão, votação -, sanção presidencial, promulgação, publicação e vigência).

Leis complementares e medidas provisórias não podem criar tipos penais ou mesmo dispor sobre Direito Penal.

Obedecidos os critérios da legalidade formal e material, a norma poderá ser considerada vigente e válida, respectivamente. O controle da validade das normas deve ser feito pelo Poder Judiciário, eis que o trabalho do julgador não se resume à mera aplicação da lei tal como posta, de maneira acrítica e incondicionada, mas se estende também à sua avaliação de acordo com o Texto Maior.

Cabe aqui acrescentar também a divisão do postulado da Reserva Legal mencionada por Luisi (2003, p. 22):

Se a reserva legal for relativa, o legislador traça apenas regras gerais, o norte, deixando o detalhamento do tipo a cargo da administração; pela reserva absoluta, só se admite a disciplina da matéria criminal por lei, excluindo-se o regramento por qualquer outro modo que não a lei ordinária, ainda que refira-se a aspectos secundários ou de menor importância.

2.3 FUNÇÕES

Segundo Roxin (2003, p. 137) um Estado Democrático de Direito deve proteger o indivíduo **mediante** o Direito Penal e também **do** próprio Direito Penal, o que significa que não basta que o ordenamento jurídico disponha de métodos para prevenir o delito, mas deve

também vincular o aplicador da lei aos limites previamente estabelecidos, a fim de frear a intervenção judicial arbitrária e o descontrole do poder punitivo do ‘Estado-Leviatã’.

Tais limites encontram-se incrustados no corpo da Constituição do Estado, no caso daqueles países que adotam o modelo constitucional rígido, configurando um verdadeiro Estado Constitucional de Direito

A função da codificação das normas penais, sejam elas definidoras de tipos de crime (parte especial) ou de regras gerais aplicáveis em toda e qualquer situação (parte geral), além de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, tem como objetivo **proteger** o indivíduo das intromissões arbitrárias do poder estatal, impedindo que qualquer pessoa submetida à sua jurisdição sofra as conseqüências de um delito que não esteja **devidamente delineado em lei anterior** ao seu cometimento. É, portanto, uma garantia de **segurança jurídica** e da **liberdade individual**.

A liberdade individual, da mesma forma, é assegurada mediante o refreamento da arbitrariedade do Estado, representado pelo Poder Judiciário.

Por estas razões, não seria exagero afirmar que o princípio da Legalidade é o mais importante para o Direito Penal: não há que se falar em crime se não existe uma lei definindo-o como tal. Tudo aquilo que não estiver presente na ‘Magna Charta do delinqüente’⁷ é considerado lícito.

2.4 ANÁLISE DOS COROLÁRIOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da Legalidade é um postulado basilar ao Estado de Direito.

Nullum crimen, nulla poena sine lege. Ainda que determinadas condutas da vida cotidiana sejam moralmente ofensiva ou nocivas à sociedade e a bens juridicamente

⁷ Na infeliz expressão cunhada por Franz Von Liszt.

relevantes, somente poderão ser tratadas como ilícito penal se seus contornos e limites, bem como o respectivo castigo, estiverem previamente descritos em lei válida e eficaz.

No Brasil, por lei se entende a **lei ordinária**, de competência privativa (indelegável) da União, editada pelo Congresso Nacional de acordo com as diretrizes previstas na Constituição de 1988 (art. 22, inciso I). Não se admite, portanto, a criação de tipos penais incriminadores por meio de decretos-leis (não mais contemplados pela Constituição atual) e medidas provisórias, as quais são emanadas do Poder Executivo (art. 62, §1º, I, b, da CF/88 e Emenda Constitucional nº 32/01).

A doutrina especializada no tema dos princípios inerentes ao Direito Penal costuma subdividir o Princípio da Legalidade em quatro corolários (ou conseqüências/repercussões) que dele derivam: proibição da analogia; proibição da utilização do direito consuetudinário para criar crimes, fundamentar e agravar a pena; proibição da retroatividade da lei penal; proibição de leis penais e penas indeterminadas.

As duas primeiras conseqüências se dirigem ao juiz, que irá aplicar a lei no casos concreto, enquanto que as duas últimas têm como destinatário o legislador.

2.4.1 Proibição de Analogia (*Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)

Analogia significa trasladar uma regra jurídica aplicável a determinado caso a um outro não regulado por lei, com fundamento no critério da semelhança entre ambos.

Os iluministas, idealizadores do princípio em comento, não previram o problema da interpretação analógica, pois entendiam que não havia espaço para a interpretação da lei, mas apenas para a sua aplicação *ipsis litteris*, conforme proposição de Montesquieu ('os juízes são a boca que pronuncia as palavras da lei'). Ao juiz caberia apenas desenvolver o silogismo (o

fato criminoso é aquele que se subsume ao crime previsto em lei, exatamente como tal), como um aplicador mecânico das previsões legais.

Ocorre que todos os conceitos e medidas das penas previstos nos tipos criminais admitem, invariavelmente, diferentes significados que variam em menor ou maior grau, sendo impossível ignorar a variação natural de diferentes entendimentos acerca da mesma proposição.

A interpretação se faz, portanto, dentro dos marcos e limites previstos no próprio tipo, levando-se em conta o sentido literal das palavras, o contexto do legislador na época da edição da lei e a finalidade por ele pretendida (a interpretação deve ser restritiva e nunca extensiva, no caso de normas penais).

Já a interpretação analógica considera proposição que não se depreende da leitura do texto legal que está sendo analisado, mas sim de outro que envolve situação similar àquela.

A analogia é um método de aplicação do direito usual em outro ramos, proibida em direito penal, a fim de evitar prejuízo ao réu. Sequer é admitida para o fim de integrar normas penais em branco, que fazem remissão a outros textos legais.

A única exceção que se admite é a utilização da analogia para melhorar a situação do réu – analogia *in bonam partem*.

2.4.2 Proibição do direito consuetudinário para fundamentar e agravar a pena (*Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)

O direito fundado nos costumes, considerado como direito não-escrito, era adotado no direito romano e medieval.

Não se pode transformar em puníveis determinadas condutas ou aplicar penas fora das balizas legais somente com base na práxis judicial, sem que tais mudanças estejam previstas em lei formalmente constituída.

Não obstante, o professor Roxin⁸ admite que os pressupostos gerais da punibilidade que não se encontram previstos na parte geral do Código Penal alemão podem ser definidos de acordo com o direito consuetudinário, desde que não acarretem prejuízo ao autor do fato. Cita como exemplos as teorias sobre relação causal, delimitação entre atos preparatórios e tentativa, sobre delitos omissivos e autoria mediata, dentre outros.

A justificativa para tais espaços deixados em aberto pelo legislador para a valoração por parte da doutrina e jurisprudência é a vontade de não impedir ou bloquear a evolução do conhecimento acerca de determinados temas, que pode evoluir e modificar-se ao longo do tempo. Contudo, os entendimentos reiterados dos doutrinadores/jurisprudência não têm a força vinculante da lei escrita, podendo o magistrado, por exemplo, adotar teoria diversa daquelas que vem sendo reiteradamente utilizadas pela maioria dos julgadores.

Por outro lado, o direito anglo-americano, fundado na **common law**, admite os precedentes de **case law** como fonte do direito penal, com o mesmo status da codificação escrita.

Ressalte-se que, no Brasil, a recente emenda constitucional nº 45, de 08/12/2004 regulamentou o instituto da Súmula Vinculante, a ser editada pelo Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento sedimentado após prévia votação no próprio Supremo vincula os demais órgãos do Poder Judiciário (juízes, tribunais e Turmas do próprio STF) e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁸ *Op. cit.*, p. 159.

2.4.3 Proibição de retroatividade (*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)

Outro postulado que deriva da legalidade é a necessidade de **atualidade** da lei, o que quer dizer que ninguém pode ser punido por fato que, à época da ação ou omissão, não era previsto em lei como crime.

A lei penal somente tem o condão de atingir os fatos posteriores à sua vigência, não podendo incidir retroativamente para alcançar fatos pretéritos, os quais até então não eram considerados como criminosos.

Acerca do tema, Thomas HOBBS afirmava que o dano infligido por um fato cometido antes de existir uma lei que o proíba não é um fato punível, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão da lei⁹.

A necessidade de anterioridade da lei penal é tradicional nas constituições do Brasil, a partir da Carta Magna de 1934 até a atual de 1988.

Assim dispõe o art. 5º, inciso XL:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Entende-se que, ainda que haja trânsito em julgado de sentença condenatória, a lei penal poderá retroagir para beneficiar o réu, ao contrário do que dispõe a legislação italiana.

Com base neste corolário, são considerados ilegais os atos praticados pelos tribunais de Nuremberg e Tóquio, que condenaram às penas de prisão perpétua e morte líderes políticos das nações vencidas na 2ª Guerra Mundial com base em tratados internacionais posteriores, que tipificavam determinadas condutas como crimes de guerra.

⁹ FERRAJOLI, L. *Ibid*, p. 351.

Na Alemanha nazista, era comum a edição de leis posteriores aos acontecimentos para retroativamente atingi-los, e.g. Lei Van Der Lubbe de 1933, que fixou a pena de morte aos responsáveis pelo incêndio de Reichstag.

Nesta seara surge também a questão das leis excepcionais e temporárias.

Leis excepcionais são aquelas que tornam-se eficazes somente quando ocorrem situações especiais, nelas previstas. Ao término dessas situações, a lei excepcional perde a sua eficácia, mas não a sua vigência. A eficácia é restabelecida na ocorrência de nova situação especial. Um exemplo de lei excepcional são os dispositivos do Código Penal Militar que só se aplicam em caso de guerra.

Já as leis temporárias têm determinado prazo para a sua vigência, que não é restabelecida caso ocorram fatos semelhantes aos que motivavam a aplicação da lei temporária.

O Código Penal Brasileiro disciplina, em seu artigo 3º, que as leis excepcionais e temporárias se aplicam somente aos **fatos** ocorridos no interstício em que estiveram eficazes, não podendo retroagir para atingir situações anteriores ou posteriores, mas somente aquelas ocorridas em determinado intervalo de tempo.

A aplicação das leis excepcionais é, portanto, permitida mesmo após a perda de sua eficácia, para fatos praticados durante este período, eis que a lei continuará **vigente**.

Por sua vez, as leis temporárias **não** são aplicáveis posteriormente a fatos pretéritos, pois após o seu termo final, perdem não soma eficácia como também a vigência.

2.4.4 Proibição de leis penais e penas indeterminadas (*Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)

Assim escreveu o Marques de Beccaria ainda no século XVIII (BECCARIA, 1997, p. 35):

Se a interpretação das leis é um mal, claro que a obscuridade, que a interpretação necessariamente acarreta, é também um mal, e este mal será grandíssimo se as leis forem escritas em língua estranha ao povo, que o ponha na dependência de uns poucos, sem que possa julgar por si mesmo qual seria o êxito de sua liberdade, ou de seus membros, em língua que transformasse um livro, solene e público, em outro como que privado e de casa.

As leis penais devem ser redigidas de forma clara, certa e precisa, a fim de evitar interpretações ambíguas e vagas, que podem levar a entendimentos contrastantes sobre a mesma norma.

A redação de leis penais de forma vaga e generalizada é uma característica comum aos regimes totalitários, com a utilização de expressões como ‘comportamento danoso’, ‘ofensa à identidade nacional’, ‘ação ou omissão socialmente perigosa’.

Não obstante, a redação dos tipos penais admite, invariavelmente, o emprego de termos e expressões que guardam um certo grau de indeterminação, abrindo espaço a diversas interpretações.

O problema ocorre quando há necessidade de **complementação valorativa** dos conceitos, a qual será realizada pelo magistrado competente para julgar a causa criminal, havendo portanto espaço para a variabilidade subjetiva (LUISI, 2003, p. 24). Alguns conceitos que demandam a interpretação valorativa seriam, e.g. ‘bons costumes’, ‘mulher honesta’, ‘reprovabilidade’.

Desta forma, a competência para complementar e/ou valorar os termos imprecisos e pouco claros da lei seria transferida, pelo legislador, ao Poder Judiciário, representado por seus juízes e desembargadores.

E a integração das expressões nebulosas por parte dos tribunais não é suficiente para consolidar o seu significado; neste caso, estar-se-ia legitimando a aplicação do direito consuetudinário para a definição de tipos penais, o que é expressamente vedado também pelo princípio da legalidade, sob o enfoque do corolário já trabalhado no item 2.3.2 supra.

D'outro tanto, cumpre esclarecer que não é qualquer conceito que demande integração valorativa é que será considerado ilegal, mas **somente aqueles** que admitiriam a possibilidade de uma **redação mais precisa**, impondo limites à conduta descrita, e que mesmo assim foram redigidos de forma vaga

O preceito penal que não permite reconhecer quais são as exatas características da conduta punível ou qual é a pena e a medida da sua aplicação é **nulo**.

Digna de nota, porém não de aplicação, é a solução proposta por Schünemann (*apud* ROXIN, *op. cit.*, p. 172): dos elementos típicos que definem uma conduta punível, no mínimo 50% deles deve ser delimitado, sendo admissível um grau de indeterminação de até 49% dos elementos do tipo. Ora, tal 'algebrização' da descrição dos tipos penais não é aceitável, pois admite a manutenção de conceitos vagos e indeterminados no tipo penal. A solução matemática não resolve o problema da necessidade de valoração dos elementos de um tipo penal aberto em demasia.

Outros fundamentos do princípio da legalidade, ao lado do liberalismo e da divisão de poderes já mencionados anteriormente, são a intimidação de potenciais delinquentes (prevenção geral negativa), fundada na 'teoria da coação psicológica' desenvolvida por Feuerbach (*apud* ROXIN, *op. cit.*, p. 145), e o princípio da culpabilidade. Tal intimidação só poderia surtir os efeitos desejados se está prescrita na lei a conduta em sua forma mais exata e

clara possível, sem o que não haverá nenhum efeito intimidatório, vez que os indivíduos não tem conhecimento claro da conduta proibida. Da mesma forma, só se pode falar em culpabilidade se havia possibilidade de se conhecer qual é a ação proibida e quais seriam os comportamentos permitidos, antes do seu cometimento.

Merece transcrição a crítica de Roxin acerca das normas penais indeterminadas:

Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *jus puniendi* a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivogeneral, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad¹⁰.

Welzel e Schünemann (*apud* ROXIN, *op. cit.*, p. 170) convergem no entendimento de que o problema atinente à legalidade no Direito Penal não é a interpretação analógica, mas sim os conceitos indeterminados e imprecisos.

A única possibilidade de se chegar a uma definição dos elementos indeterminados próxima daquela imaginada pelo legislador é utilizando-se do fim de proteção que se almejava com a descrição da conduta típica, de modo a se concluir pela existência de um núcleo determinável. Se não é dedutível, de forma clara e precisa, qual a finalidade da norma e quais bem jurídicos exatamente se pretende proteger, não há como sequer admitir a sua existência no ordenamento, sendo, como já dita, nula, por admitir valorações que podem chegar ao infinito.

Para Ferrajoli¹¹, a definição estrita e clara do tipo penal deve permitir a formulação de juízos de falseabilidade e verificabilidade, ou seja, deve permitir, de plano, a categorização de determinada hipótese como verdadeira ou falsa, de acordo com a prescrição legal, e a sua aplicação em proposições verificáveis.

¹⁰ *Ibidem*, p. 169.

¹¹ *Ibidem*, p. 96 e 349.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a necessidade de definição também das penas a serem aplicadas aos tipos previstos, sendo vedada pelo princípio da legalidade estrita a previsão de penas genéricas, sem a determinação da classe (reclusão, detenção, multa) e dos marcos máximo e mínimo dentre os quais a reprimenda deverá se enquadrar.

A lei deve ser, portanto, **taxativa**.

3 TIPOS PENAIIS ABERTOS

Jescheck e Weigend (2002, p. 137) afirmam que, além do princípio da legalidade e seus desdobramentos, a técnica legislativa de redação tem papel fundamental para a eficácia da função garantista da lei penal.

Para os mencionados autores, seria um erro imaginar que a redação casuística e pormenorizada do tipo penal seria capaz de vincular totalmente o juiz, garantindo a aplicação fechada da lei. *“Y ello porque porque uma redacción legal casuística que intente incorporar em detalle todos los presupuestos posibles de la punibilidad, debe permanecer necesariamente incompleta.”*¹²

É certo que, em razão da natural imprecisão da linguagem, é impossível de descrever toda a gama de condutas que ofendem bens jurídicos nas suas minúcias, sendo usualmente necessária a interpretação dos elementos do tipo.

Não obstante, a definição dos tipos penais deve ser a mais **clara, textual e literal possível**, de modo a **evitar** o emprego de analogia, integração subjetiva pelo operador do direito e fatídicas interpretações abusivas e ilimitadas, que venham a deturpar por completo o tipo e a sua função de proteção a bem jurídico relevante.

A doutrina nacional batizou de tipos penais abertos aqueles que contém elementos de definição variável ou que demandam a integração do texto a partir de outra lei ou ato normativo.

A formulação de tipos penais indeterminados é defendida em prol da sua abrangência, por albergar um grande elenco de condutas, evitando que aquelas que não tenham sido previstas em tipo autônomo possam ser punidas, garantindo-se assim uma Justiça mais

¹² *Op. cit.*, p. 137, grifo nosso.

atuante e onipresente, que não dependa da mera vontade do legislador de decidir proteger determinado bem jurídico.

Ocorre que tais bens jurídicos e os valores guardados pela democracia de Direito devem ser especificados taxativamente através de leis precisas, exatas, que permitam identificá-los.

Num sistema normativo garantista, baseado sobretudo na legalidade formal e estrita, não se pode admitir a utilização, pelo legislador, de cláusulas gerais indeterminadas.

A própria terminologia ‘tipo penal aberto’ já é *contra legem*, pois um tipo penal, a teor do que dispõe o artigo 1º do Diploma Penal pátrio, deve ser maximamente preciso, deve auto-completar-se ao categorizar determinada conduta como sendo criminosa, a fim de, como já dito em capítulos anteriores, garantir a segurança jurídica da aplicação da lei penal como última alternativa. Seria, na realidade, melhor classificado como se fosse um ‘não-tipo’, por não descrever a conduta incriminada.

Segundo Welzel (2004, p. 65), o tipo penal pode trazer conceitos extralegais, a serem buscados em outros ramos do direito ou nos próprio costumes, no entanto, a delimitação do tipo deve estar nele clara e expressa.

Contudo, o autor não pretendeu subentender por ‘noções extralegais’ conceitos tidos como ‘cláusulas gerais’.

Alguns tipos, por demasiadamente abertos (vagas remissões ou termos imprecisos ou técnicos) podem dar azo a uma infinidade de interpretações, desde as mais ambíguas até as mais antidemocráticas.

Sem embargo, Jescheck e Weigend¹³ dizem que os elementos normativos do tipo, entendidos como conceitos jurídicos indeterminados, são

¹³ *Op. cit.*, p. 139.

(...) casos fronterizos de reserva de ley em los que el legislador se remite a critérios imprecisos y extrajurídicos, la exigência de vinculación del Juez a la ley sólo puede ser salvaguardada si la valoración puede ser realizada de conformidad com los conceptos axiológicos de la colectividad (...) y si el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados, como ocurre com el § 240 II, pueden ser concretados por médio de la interpretación.

Ocorre que, como já visto anteriormente, a analogia e o direito consuetudinário, necessários à interpretação dos elementos valorativos são proibidos, sob o prisma da Legalidade.

A maioria dos doutrinadores brasileiros não vê empecilho à criminalização imprecisa, integrável de condutas, inspirados não em argumentos de técnica legislativa, mas em critérios de política criminal, inerentes à necessidade de leis amplas, capazes de albergar o maior número de hipóteses, na ilusão de que com uma maior criminalização de condutas haja um decréscimo na taxa de criminalidade.

Efetivamente, assiste razão ao argumento de que condutas definidas muito pormenorizadamente estão sujeitas à rápida desatualização e fadadas a cair em desuso, mormente no que toca aos delitos financeiros, eis que o sistema financeiro nacional e a própria economia estão sempre se desenvolvendo e procurando acompanhar os avanços tecnológicos e organizacionais, sendo certo de que um tipo muito específico poderia ter a sua aplicabilidade comprometida, tornando-se obsoleto.

Porém, isso não justifica a redação com alta carga de indefinição de determinados tipos penais **que poderiam ser melhor especificados**, o que também acaba por impedir a sua aferição correta no caso concreto. É necessário que o legislador estabeleça parâmetros nos quais deve se enquadrar a conduta que se pretende punir. Do contrário, haverá grande insegurança jurídica não só na aplicação da lei penal, mas também no exercício da atividade bancária e daquelas equiparadas, assim definidas no art. 1º da lei 7.492/86.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIMINALIDADE DO COLARINHO BRANCO

A expressão “crime do colarinho branco” foi cunhada por Edwin H. Sutherland¹⁴, a partir de estudo empírico consistente na análise da ocorrência de práticas danosas no mundo dos negócios, nos ambientes empresarial e comercial. É, na realidade, um braço da teoria das subculturas criminais.

Tais crimes seriam aqueles praticados por homens de negócios, dirigentes de empresas, por profissionais ou por políticos, que, ao alcançarem o conhecimento público, não causam significativa reação social – são os delitos econômicos, ambientais, atentatórios contra os direitos do consumidor, político-administrativos, que atingem interesses difusos e coletivos e individualmente não-definíveis.

As teorias existentes até então somente explicavam a criminalidade das categorias sociais pertencentes aos extratos inferiores (pobres, negros, excluídos, psicopatas), sendo inaplicáveis nos casos de delitos cometidos por brancos, bem posicionados socialmente, detentores de condição econômica razoável.

Castilho (1998, p. 63) qualifica as teorias de Sutherland como classistas.

Segundo a Teoria das Associações Diferenciais, extraída por Sutherland das suas pesquisas de campo, o comportamento criminoso era aprendido pelo indivíduo, com base na sua interação com o comportamento de outros indivíduos ou grupos de seu meio.

O fato de que uma pessoa torne-se ou não criminoso é determinado, em larga medida, pelo grau relativo de frequência e de intensidade de suas relações com os dois tipos de comportamento [comportamento criminoso e comportamento

¹⁴ A expressão “white collar crime” surgiu pela primeira vez em discurso proferido pelo sociólogo Edwin Sutherland perante a Sociedade Americana de Sociologia, em 1939.

conforme a lei]. Isto pode ser chamado de processo de associação diferencial. (*apud* BARATTA, 2002, p. 72)

A criminalidade seria então produto da aprendizagem, transmitida através da cultura e da comunicação, durante o processo de interação com outros indivíduos.

Com esta teoria, Sutherland determinou um elemento comum a todas as formas de crime, em todos os estratos sociais, e criticou as teorias que se baseavam nas condições econômicas e classe social do criminoso, por se fundarem nas estatísticas oficiais, ignorando por completo a existência de uma “cifra negra” da criminalidade¹⁵.

As teorias que se apóiam nas estatísticas oficiais são distorcidas, por apresentarem uma falsa distribuição da criminalidade entre os níveis sociais (alto nível de criminalidade das classes baixas e baixo nível naquelas mais favorecidas), orientando seletivamente a ação dos órgãos de controle do crime por não trazerem à baila a oculta “cifra dourada” da delinquência (VERSELE *apud* DUARTE, 2003, p. 11).

Assim, resta demonstrado que a prática de crimes não é comum somente a determinados grupos ou “subculturas”, mas à grande maioria das pessoas inseridas no contexto social.

O grande diferencial nos *kavaliersdelikt* é associado às próprias condições do agente: o prestígio social, a ausência de impacto significativo na opinião pública e conseqüente ausência de estigmatização, a imunidade do autor, o julgamento pro tribunais especiais, o foro privilegiado, a possibilidade de recorrer a bons profissionais para o exercício da defesa num processo judicial, condições de vida e educação semelhantes às do legislador e dos aplicadores da lei.

¹⁵ A chamada cifra negra da criminalidade é a porcentagem de ações criminosas que não são levadas ao conhecimento das autoridades competentes ou, se o são, não são devidamente investigadas ou processadas. É a porção de crimes que efetivamente ocorrem mas não compõe o número das estatísticas oficiais.

Também não são crimes aferíveis de plano, é necessário conhecimento especializado sobre as práticas de mercado, os mecanismos de fraude, a atividade bancária, as leis específicas sobre meio ambiente, direitos do consumidor, direito empresarial, dentre outros ramos que exigem certo grau de estudo e aprofundamento.

Acrescente-se a dificuldade decorrente de se descrever legalmente tais condutas, de provar a materialidade e mormente a autoria e tipicidade dos delitos, da cumplicidade com autoridades, da pressão exercida sobre os denunciante, das utilização da tecnologias para se burlar a lei e de estratagemas inteligentes, bem como da interconexão entre poder econômico e poder político.

A teoria se Sutherland foi alvo de inúmeras críticas, não podendo ser considerada pura e simplesmente do modo como foi concebida. Seu trabalho foi de extrema importância para a mudança de foco do estudo sobre os crimes cometidos pelas classes desfavorecidas. No entanto, Sutherland acabou incluindo na categoria de “criminosos do colarinho branco” não só os grandes empresários e homens de negócios, mas também aqueles pertencentes à classe média, donos de modestos empreendimentos, simples bancários subordinados, vendedores, etc.

Já para Cirino dos Santos (*apud* DUARTE, 2003, p. 26)¹⁶, a referida teoria pressupõe o homem como um recipiente vazio de conteúdo e restringe os meios de aprendizado à comunicação lingüística, sem considerar as circunstâncias exteriores das relações materiais de produção econômica e os sistemas político e jurídico que as reproduzem.

A preocupação com a repressão dos crimes do colarinho branco representa, de certa forma, um avanço em termos de criminologia, por colocar em foco a chamada ‘macrocriminalidade’, aquela praticada por pessoas de nível social diferente da “clientela” comum do Direito Penal (pobres e marginalizados sociais). O estudo iniciado por Sutherland

¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime (um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência)**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 39.

foi retomado, ampliado e revisitado, estendendo-se à categoria de *white collar crimes* também os *occupational crimes* e os *blue collar crimes* (crimes cometidos no âmbito da profissão do agente, seja ela qual for).

O Direito Penal não foi criado para combater essa delinquência não convencional, mas sim para conter e punir os crimes convencionais, comumente praticados por pessoas de baixa renda, desprestigiadas socialmente.

Assim, no afã de criminalizar e punir as condutas que atingem bens jurídicos difusos, dentre os quais se enquadra o Sistema Financeiro Nacional, o legislador acaba deixando de observar as regras inerentes à técnica legislativa penal, atropelando princípios basilares, focando-se apenas na importância do bem jurídico a ser protegido e na condição social do autor, o que contribui para a indefinição e impunidade desta espécie de delito.

Não se discute a legitimidade da tipificação dessas condutas, que visa proteger bens jurídicos de suma importância a toda a comunidade, mas sim a falta de técnica legislativa, que se reflete nos diplomas legais por meio do uso excessivo de tipos penais em branco e da já superada responsabilidade objetiva.

Desta forma, o sistema criminal continua estruturalmente seletivo, acentuando as diferenças socioeconômicas entre as classes e a impunidade dos crimes peculiares àquelas mais abastadas, detentoras dos poderes político e econômico.

5 O CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA

5.1 CONTEXTO: LEI 7.492/86

Na década de 70, o país viu-se diante de sucessivas quebras e negócios mal sucedidos de grandes proporções, envolvendo fraudes. Não havia, contudo, qualquer sanção penal para condutas desta espécie, potencial e materialmente danosas não só aos investidores, mas à sociedade como um todo.

Começam a surgir então discussões sobre a necessidade de criminalização de condutas danosas que afetam bens difusos e coletivos.

Pertinente a observação de Castilho (1998, p. 286-287) segundo a qual a resistência à criminalização primária dos crimes contra a ordem econômica/sistema financeiro (produção de leis formais que tipifiquem condutas, taxando-as de criminosas) se justifica na medida em que o poder político é sustentado pelos agentes financeiros, detentores do poder econômico.

Como aos políticos brasileiros não era uma questão primordial de interesse a confecção de uma lei que pudesse representar uma ameaça ao próprio poder político e a sua perpetuação, somente após vários anos foi editada a Lei nº 7.492, em 16 de junho de 1986, uma verdadeira colcha de retalhos, permeada por emendas, imprecisões, lacunas e dificuldades de interpretação.

A codificação dos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômica e tributária foi originalmente sugerida pelos juristas que elaboraram o anteprojeto da reforma da parte especial do Código Penal, a fim de evitar a tipificação de tais delitos por meios de leis esparsas, o que poderia gerar incongruências, desproporcionalidade e, sobretudo, insegurança jurídica.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional elaborou proposta de emendas, a qual foi acolhida apenas parcialmente

Não obstante, o texto elaborado pela Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal foi engavetado, assim como o posterior Anteprojeto também encomendado pelo Governo.

O projeto de Lei que converteu-se na atual lei 7.492/86 foi proposto na Câmara dos Deputados, em 1983, pelo Deputado Nilson Gibson, e emendado pelo Senador José Lins. Esta emenda proposta pelo Senado foi aprovada por ambas as câmaras legislativas e sancionada pelo Presidente da República.

Não seria de todo incorreto dizer-se que a Lei foi elaborada sem a observância aos cânones que regem o Direito Penal, o que se demonstra, por exemplo, com os vetos presidenciais ao Projeto.

Os artigos vetados dispunham sobre a possibilidade de prisão preventiva exclusivamente em razão do clamor público, sobre prisão administrativa e sobre a modalidade culposa dos delitos previstos na Lei, o que revela a ausência de técnica legislativa em matéria de Direito Penal. No entanto, ainda subsistiram dispositivos assaz defeituosos, imbuídos de erros e imperfeições jurídicas, incompatíveis com os princípios que regem a criação e aplicação do Direito Penal já estudados em capítulo anterior (adoção de conceitos indefinidos, como gestão temerária - art. 4º parágrafo único - e magnitude da lesão causada – art. 30 -, e impróprios, como ‘sem autorização legal’ no tipo do art. 22, quando no caso não se exige autorização legal, mas apenas conduta em conformidade com a lei extrapenal).

O então Deputado João Gilberto, relator do projeto de lei, deixou registrado que “o projeto sai imperfeito e reclamará a curto prazo nova legislação para revisar alguns de seus pontos” (*apud* CASTILHO, 1998, p. 133).

Na mensagem 252, que veiculou os vetos a alguns artigos da Lei, o próprio Presidente da República fez constar que as críticas e observações feitas à Lei 7.492 estavam em fase de catalogação e que em breve seriam compiladas em Projeto de Lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional. Tal projeto nunca foi elaborado.

As incongruências, digressões e lacunas contidas no texto legislativo mais tarde vieram a gerar discussão na doutrina e jurisprudência, e a verdadeira causa desta falta de técnica legislativa foi a influência e adoção dos conceitos e propostas realizadas por economistas, que não dominam os princípios e regras inerentes ao Direito Penal.

Nas palavras de Pimentel (1987, p. 11),

Essa escalada dos economistas às fontes do Direito escrito, do ponto de vista técnico-jurídico, foi como uma incursão de macacos em casa de louças. As regras e os rigores que presidiam a elaboração dos textos legais foram substituídos pela improvisação e afoiteza com que os economistas se puseram a legislar.

Cabe ainda acrescentar que não houve observância de critérios de proporcionalidade na fixação das penas para cada um dos tipos penais, nem entre os marcos máximos e mínimos abstratamente cominados, o que revela a manifesta insuficiência da Lei para a realização dos objetivos declarados do próprio Direito Penal (prevenção geral e especial) e confirma a ausência de eficácia das penas privativas de liberdade.

E isto porque as pessoas que realizam as condutas previstas nos tipos, em sua grande maioria, pertencem às classes sociais média/alta, não possuem antecedentes ou qualquer outra característica que os desabone e, fatidicamente, se condenados, receberão pena privativa de liberdade próxima do mínimo. Substituída, as penas restritivas de direito são facilmente adimplidas por estas pessoas, o que pode ser considerado como um incentivo à prática de novas condutas ao invés de um sinal de alerta não só para o próprio acusado, mas também para a sociedade.

Praticamente falando, um indivíduo que se encaixe nos parâmetros do art. 25 da Lei, utilizando-se de estratagemas ardilosos para ‘sangrar’ determinada instituição financeira, causando-lhe prejuízos incomensuráveis, poderá vir a responder pelo crime de gestão temerária, ser condenada pela pena mínima de três anos, a qual, substituída, pode resultar na fixação de duas penas restritivas de direitos, conforme previsão do art. 44 do Código Penal, privilégio este dificilmente alcançável pela grande massa que comete crimes de natureza patrimonial, ainda que o prejuízo seja mínimo, sendo certo que o seu destino será o já falido sistema carcerário brasileiro.

Castilho¹⁷ cita como exemplo os resultados apontados pelo Censo Penitenciário de 1994, segundo os quais não havia registro de qualquer pessoa cumprindo pena de prisão por delitos contra o Sistema Financeiro Nacional.

Ao prefaciá-la obra de Tórtima (2002, p. xi), Juarez Tavares afirma que o nosso sistema penal da forma como se apresenta rotulador, repressivo e irracional, não é efetivo para a proteção da base econômico financeira do Estado.

A desproporcionalidade e a ausência de eficácia de tal Lei para a proteção dos bens juridicamente visados (idoneidade do sistema financeiro, recursos dos terceiros poupadores e investidores) autorizam a concluir não só pela imperfeição técnica do Diploma Legal (se é que se pode chamar tamanha falta de parâmetros e objetivos de ‘diploma’) como pelos efeitos obsoletos que irão surtir na sociedade e no espírito do acusado.

Esta redação defeituosa dos dispositivos já havia sido reconhecida pelo relator do projeto de lei, Dep. João Gilberto, e pelo Presidente quando sancionou a Lei, conforme consta da Mensagem 252/86 que veiculou os vetos ao Projeto de Lei. Admitiu-se que a Lei já era objeto de inúmeras críticas e que posteriormente poderia ser aperfeiçoada. Ou seja, a Lei aprovada foi manifestamente declarada como imperfeita *ab ovo*.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 228.

E segundo opinião de Tórtima¹⁸, o mais grave equívoco veiculado pela Lei 7.492/86 é a redação do parágrafo único do art. 4º.

5.2 CONCEITO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

O artigo 1º da Lei 7.492/86 define instituição financeira **para os fins de aplicação da própria Lei.**

Instituição financeira, portanto, é aquela que se encaixa nos seguintes parâmetros fornecidos pela Lei:

- a) pessoa jurídica, de direito público ou privado;
- b) que tenha como atividade (principal ou acessória, cumulativamente ou não) a captação, intermediação ou aplicação de recursos de terceiros (vale dizer, não-próprios, devido ao veto presidencial à porção do texto que se referia aos recursos próprios da instituição) e/ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários

O parágrafo único do art. 1º define figuras não consideradas como instituições financeiras, mas a ela equiparadas devido à natureza de suas atividades. As figuras equiparadas são:

- a) pessoa jurídica que capte ou administre seguro, câmbio, consórcio, capitalização, poupança ou recursos de terceiros;
- b) pessoa física que exerça qualquer das atividades previstas no *caput* e no item I do parágrafo único, ainda que de forma esporádica.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 31.

Tais operações, se realizadas com recursos financeiros próprios, não podem ser compreendidas no âmbito de proteção da Lei, vez que não geram prejuízos à coletividade ou ao sistema financeiro, mas somente ao próprio aplicador. Tanto é assim que o artigo 1º foi parcialmente vetado no que toca à menção de recursos próprios.

Para os fins da Lei 7.492/86, portanto, só poderão ser consideradas instituições financeiras as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam as atividades taxativamente descritas no artigo 1º, sendo vedada a extensão da interpretação de acordo com leis posteriores que não se refiram expressamente ao sistema financeiro nacional, como por exemplo a Lei Complementar 105/2001, que em seu art. 1º, §1º, definiu um rol de instituições **para os fins de aplicação desta Lei.**

Em virtude desta taxatividade, o Estado **não pode ser considerado como instituição financeira**, ainda que exerça as atividades descritas no art. 1º (ex. colocação no mercado de títulos da dívida pública).

5.3 DECOMPOSIÇÃO ANALÍTICA DO TIPO INCRIMINADOR PREVISTO PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 4º

A tipificação da conduta da ‘gestão temerária’ não é novidade no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

A antiga Lei de Economia Popular (Lei 1.521/1951), posteriormente revogada pela Lei 7.492/86, já previa como condutas penalmente puníveis a gestão temerária e fraudulenta, nos termos em que se verá mais adiante.

Antes de analisar os elementos do tipo legal, cumpre definir qual é o **bem jurídico penalmente relevante** a ser protegido.

Para a maioria dos autores, a norma penal em exame busca proteger, num primeiro plano, o sistema financeiro nacional como um todo, entendido como o mercado financeiro e o mercado de capitais, bem como ‘a boa condução da política financeira do Estado’¹⁹, na condição de bem supra individual; num plano secundário, a proteção estaria direcionada ao patrimônio dos investidores e poupadores e segurança dos negócios realizados com instituições financeiras credenciadas pelo Poder Público para atuar no mercado. O tipo é, portanto, pluriofensivo, tendo como objeto jurídico, portanto, a escorreita execução da política econômico-financeira do Governo e o patrimônio e confiabilidade dos investidores e poupadores.

Considerando o sistema financeiro nacional como bem, serviço e interesse da União Federal, a própria lei previu que a competência para o julgamento não só da gestão temerária mas de todos os outros delitos tipificados seria da Justiça Federal.

Assim dispõe o art. 4º da Lei 7.492/86:

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. (grifo nosso).

O núcleo do tipo é gerir. Gerir significa conduzir, administrar, dirigir, comandar. A atividade de gestão pressupõe, por sua própria natureza, uma sucessão de atos concatenados, exigindo habitualidade da conduta. Traduz-se por atos de administração reiterados no tempo e espaço, e não apenas por uma operação financeira isoladamente considerada.

A palavra ‘gestão’ pressupõe a reiteração de atos, num determinado espaço de tempo. Assim, é certo que apenas um ato não pode configurar uma gestão. Deve haver habitualidade e reiteração de condutas, uma sucessão de atos ao longo de determinado período, dentro das

¹⁹ DELMANTO, 2006, p. 128.

instituição financeira. A prática de um ato só pelo gestor pode representar delitos autônomos, mas nunca uma gestão. Discorda-se, portanto, da posição adotada por Tigre Maia (1999, p. 58) e secundada por Sanctis (2003, p. 69), segundo a qual basta um ato classificado como temerário para a configuração do crime.

Havendo constatação de um ato só, pode-se ter certeza de que o tipo penal não é aquele previsto no parágrafo único do artigo em comento, podendo outrossim subsumir-se a outro tipo previsto no Código Penal (171 - estelionato, 298 - falsificação, etc.).

O conceito de instituição financeira a ser gerida é aquele já estudado no subitem 3.2 supra, sendo despicienda a sua mera repetição.

O segundo e último elemento do crime do parágrafo único do art. 4º é a palavra **temerária**. Trata-se de elemento normativo do tipo, que demanda **interpretação e definição**.

Assim, cuida-se de **tipo penal aberto**, poroso, passível dos mais diversos significados.

É pacífico na doutrina e jurisprudência nacionais o conceito de gestão temerária: “abusiva conduta, que ultrapassa os limites da prudência, arriscando-se o agente além do permitido mesmo a um indivíduo arrojado. É o comportamento afoito, arriscado, atrevido”²⁰; efetivação de transações perigosas, sem a prudência normal inerente ao cargo, com demasiada confiança no sucesso final da operação, arriscando o dinheiro de terceiros de maneira não-usual, além dos limites aceitáveis; o risco desmedido na realização de operações bancárias, que venha a representar verdadeira aventura com os recursos do terceiros (investidores e poupadores).

O tipo em questão **não exige qualquer resultado** para a sua conformação, sendo portando classificado como **crime formal, de perigo**, ao contrário do precedente art. 3º, IX, da Lei 1.521/51 – Lei de Economia Popular, que originariamente previu a criminalização das condutas de gestão temerária e fraudulenta em seu art. 3º, inciso IX:

²⁰ PIMENTEL, op. cit., p. 51.

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 (grifou-se).

Para a referida Lei, a gestão temerária ou fraudulenta, para configurar crime, devia ser a causa direta da falência/insolvência da instituição financeira ou do descumprimento de cláusulas contratuais, gerando prejuízo.

Os Anteprojetos que antecederam o Projeto definitivo da Lei 7.492 também previam o resultado lesivo como condição objetiva de punibilidade para a conformação do tipo penal da gestão fraudulenta/temerária, tendo sido removido **intencionalmente** pelo legislador no texto que posteriormente foi aprovado.

De qualquer sorte, os dispositivos da Lei 7.492/86 acabaram por revogar a Lei de Economia Popular, impedindo-a de servir como parâmetro para a interpretação daqueles.

Por não haver previsão de resultado lesivo, afirma-se que se está diante de crime de perigo.

Breda (2002, p. 58), muito embora em análise do tipo de gestão fraudulenta, ministra que este seria crime de perigo **abstrato**, frente à inexistência de descrição do perigo a ser criado. Ora, assim como no *caput*, no parágrafo único do art. 4º não há descrição do perigo a ser criado (resultado lesivo); logo, a gestão temerária pode ser considerada também como crime de perigo abstrato.

O tipo subjetivo é o dolo, sem qualquer outro elemento subjetivo especial. Na terminologia tradicional, seria o malfadado ‘dolo genérico’.

Há autores que admitem o dolo eventual²¹, sob a justificativa de que o sujeito ativo assume o risco de produzir o resultado. Tal posicionamento, com a devida vênia, não pode ser aceito, vez que o tipo em questão não exige qualquer resultado para sua conformação, conforme já dito anteriormente.

O crime é próprio, realizável somente pelos gestores de instituição financeiras, assim definidos no artigo 25 da Lei (controlador, administrador, diretor, gerentes, interventor, liquidante ou síndico). Admitida também a participação de terceiros, por meio do auxílio, cumplicidade e instigação.

Os sujeitos passivos são o Estado, o mercado de capitais, os poupadores e investidores.

⁹ DELMANTO, *ibid*, p. 145 e TÓRTIMA, *ibid*, p. 39.

6 NÃO-OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL (LEGALIDADE ESTRITA) POR PARTE DO LEGISLADOR

6.1 INDEFINIÇÃO DO ELEMENTO NORMATIVO

O elemento normativo previsto no *caput* ('fraudulentamente'), ainda que igualmente genérico, pressupõe o engodo, a manobra enganosa, o ardid, a malícia, da mesma forma como no delito de estelionato (CP, art. 171), sendo portanto familiar ao Direito Penal o conceito de 'fraude'. Constatado estratagema direcionado à indução em erro ou engano de terceiras pessoas, no contexto de gestão de instituição financeira, e havendo concreto perigo de dano, é facilmente detectável a tipicidade objetiva da conduta.

O entendimento do que se entende por fraude ou fraudulento(a) é pacífico, não levantando questionamentos relevantes. Desta forma, ainda que o tipo do *caput* possa abarcar uma infinidade de ações, é exigência obrigatória que esteja presente na conduta o engano, o ardid, o estratagema fraudulento, apto a caracterizar uma verdadeira fraude, capaz de enganar terceiros, e, eventualmente, a gerar um dano aos bens jurídicos protegidos pela norma penal. A intenção do agente deve ser a de distorcer o entendimento ou percepção de outrem, visando a obtenção de vantagem indevida para si ou para terceira pessoa.

A balisa legislativa, neste caso, é suficiente, ainda que singela, atendendo minimamente aos reclamos da legalidade, por não haver dúvidas sobre o que viria a ser 'fraude', diante da existência de diversos outros tipos previstos na parte especial do Código Penal Brasileiro que contém o mesmo elemento (estelionato, fraude processual, etc.).

Por outro lado, o delito do parágrafo único do artigo 4º traz em seu bojo pura e simplesmente um elemento normativo: temerária.

Mas qual seria o significado da palavra 'temerária'?

Na realidade, não há um significado, mas vários, e tão diversos quanto o espírito humano pode imaginar. A título de exemplo, cita Tórtima²² que poderiam ser considerados atos de gestão temerária: deixar de alertar investidores quanto aos riscos de suas carteiras; autorizar empréstimos sem as garantias necessárias; o empenho de recursos em despesas não relacionadas à atividade bancária; a violação de normas regulamentares, dentre outros exemplos já referidos no capítulo anterior.

Ora, difícil é a tarefa de vislumbrar qual seria o elemento comum a estes tipos de condutas concretas, a fim de se extrair uma definição do que seria temerário, sem considerar o resultado causado, na forma como previsto pelo parágrafo único do artigo 4º.

Não há uma definição clara do que seria “risco desmedido”, “rico permitido”, “prudência normal”, “conduta arrojada” e, sobretudo, “aventura com o patrimônio de terceiros”. Não há referência sequer à necessidade de observância a, por exemplo, regulamentos e circulares do Banco Central do Brasil ou mesmo normativos internos da própria instituição.

A definição de risco é apreendida por cada membro da comunidade de forma diversa.

Há, portanto, dúvida razoável acerca das condutas que se amoldam ou não ao tipo.

Por outro lado, autores como Tigre Maia²³ e a maioria esmagadora da jurisprudência registrada acerca do tema buscam interpretações a fim de ‘salvar’ o crime de gestão temerária, sob o prisma do bem penalmente relevante e da possibilidade de definição certa do vocábulo ‘temerária’.

Uma das justificativas ‘salvacionistas’ é a alegada garantia da idoneidade econômico-financeira das instituições, a confiança popular no sistema financeiro, interesse público na preservação da poupança – todos eles bens jurídicos protegidos a nível constitucional, que não poderiam permanecer alheios à proteção última do Direito Penal.

²² *Ibid*, p. 34.

²³ *Ibid*, p. 60.

Aquele autor ainda define a palavra temerária como sendo “‘elemento normativo-cultural’, assim como o elemento contido no malfadado e ultrapassado tipo penal de ‘raptor de **mulher honesta**’ ”²⁴.

Mas, se cada um de nós está inserido num mundo cultural diverso, estes elementos normativos – temerária, mulher honesta - devem ser interpretados à luz de qual cultura? Cultura cristã-ocidental, cultura carcerária, cultura democrática, cultura materialista, cultura da malandragem? O autor não consegue definir qual é o universo cultural que poderia suprir a lacuna. Obviamente, será o critério cultural do julgador do qual se exige a integração subjetiva da norma.

Já para o juiz federal Baltazar Junior (2006, p. 282), a temeriedade da gestão se infere quando for ultrapassado o ‘risco permitido’ na condução da atividade financeira, ou seja, quando violados os atos normativos do BACEN e CMN.

Impossível seria acatar tal posicionamento, uma vez que o tipo do art. 4º, parágrafo único, não faz menção expressa à necessidade de se ir buscar o conceito de temerário em leis infraconstitucionais ou normativos pertinentes, editados pelo BACEN ou outros órgãos de controle da atividade financeira, bem como não exige qualquer comportamento contrário à lei.

O posicionamento adotado pelos autores supra referidos não é o mais acertado.

Na realidade, a definição de ‘temerária’ fica a cargo subjetivo e exclusivo do promotor que irá averiguar o caráter criminoso da conduta e do magistrado que irá apreciá-la, o qual atribuirá tal ou qual significado ao tipo aberto em testilha em conformidade com a sua cultura, sua representação de moral, seu entendimento peculiar, sua orientação político-criminal. Sem nenhum parâmetro previsto pela lei criminal, a seu bel-prazer.

A sua delimitação é, portanto, puramente **subjetiva**, sujeita ao mais amplo arbítrio, aos moldes das normas penais editadas durante a Era Vargas e a Alemanha nazista.

²⁴ *Ibid*, p. 60.

Há quem defenda que ato temerário, no âmbito de uma instituição financeira, seria aquele realizado sem a prudência comum ao administrador/gestor, assumindo riscos de grande magnitude, com demasiada confiança no sucesso da operação/empreitada, colocando em grave risco o patrimônio de terceiros.

Ocorre que a atividade das instituições financeiras, tal como descritas no artigo 1º da Lei 7.492/86, é, por sua própria natureza, sujeita e ao mesmo tempo dependente dos riscos inerentes ao mercado financeiro, de capitais, de balcão, que por sua vez estão sujeitos à definição de taxas e fatores aleatórios. Baltazar Junior²⁵ também admite que “um certo grau de risco é característico do mercado financeiro”.

Ousa-se aqui dizer que há uma interconexão direta entre o lucro e o risco.

Não há, portanto, como se imaginar a atividade bancária e das demais instituições equiparadas sem a assunção de determinados riscos por seus administradores e gestores, sob pena da inviabilidade da obtenção de lucro e oferecimento de vantagens aos poupadores e aplicadores.

Impossível definir uma medida para o ‘risco aceitável’ (permitido) e o ‘risco não aceitável’ (não permitido) nas operações geridas por um administrador, pura e simplesmente, sem que a lei tenha expressamente previsto e delimitado com clareza em que consistiriam estes riscos ou, pelo menos, quais eventos (resultados) deveriam ser gerados a partir do comportamento arriscado.

Como saber que atividade arriscada é socialmente tolerável e qual não é?

A própria economia capitalista de mercado, baseada na acumulação de riquezas, protegida, ainda que indiretamente, pelo sistema penal (criminalização primária e secundária), tem como característica o risco em suas atividades, as quais necessitam de um certo grau de

²⁵ *Op. cit.*, p. 282.

liberdade, a fim de desenvolver empreendimentos cada vez mais rentáveis e lucrativos, visando a rápida acumulação de capital.

Contudo, mesmo nessa ‘corrida do ouro’ que é a economia de mercado, há que se observar determinadas regras, a fim de se evitar prejuízos a terceiros e a deslealdade nos empreendimentos, bem como a saudável regulação do mercado. Não se pode negar a importância da tipificação dos delitos que ofendem a ordem econômica e os interesses coletivos e difusos que estão por trás dela. A sociedade democrática anseia pelo combate a esse tipo de crime pelas vias do Direito Penal, não obstante seja suficiente à efetiva proteção do bem jurídico a punição somente no âmbito administrativo.

Esta proteção, atribuída ao Direito Penal *in casu*, não poder ser cega, a ponto de ignorar por completo os cânones que guiam referido ramo do direito, na forma de princípios de observância obrigatória, como os princípios da reserva legal e da culpabilidade.

Voltando à conduta da gestão temerária, destaca-se que sequer foi previsto um resultado lesivo, que poderia balisar a conduta, como por exemplo ‘causar prejuízos a terceiro’, como já constava na já citada Lei de Economia Popular (1.521/51) em seu art. 3º, IX, revogada pela Lei 7.492.

Basta o risco, ainda que permitido, independente do resultado, o que significa dizer que mesmo que o gestor financeira aja em desacordo com as normativas da própria instituição ou do BACEN, por exemplo, concedendo empréstimos sem garantias suficientes, e os empréstimos venham a ser pagos com os correspondentes juros e correção, trazendo lucro à instituição, haverá o crime, estando ele sujeito a pena privativa de liberdade que poderá variar de 2 a 8 anos.

Verifica-se aí um paradoxo com a Lei 6.024/74, segundo a qual uma instituição financeira só poderá sofrer intervenção extrajudicial caso a gestão tenha gerado prejuízo. Caso o resultado final não tenha sido negativo, não se justifica a medida gravosa da intervenção.

Assim, uma conduta tida como indiferente para a Administração Pública (assunção de altos riscos, porém com resultado positivo ou nulo) é tipificada como crime sob o prisma do direito penal, que deveria ser aplicado somente como *ultima ratio*, de forma subsidiária aos outros ramos do direito.

Talvez a previsão de um resultado na descrição do tipo da gestão temerária, como por exemplo ‘provocando prejuízo para a instituição ou a terceiros’ permitisse a verificação do grau do risco das operações a serem evitadas conforme tipificação penal.

Tavares²⁶ (citado por DUARTE, 2003, p. 67) entende que o texto legal deve indicar expressamente quais são as hipóteses que geram uma situação adversa à instituição financeira, com base na experiência no mercado financeiro, definindo assim de modo fechado o que efetivamente pode ser considerado como gestão temerária.

Podval (2000, p. 829) afirma que o artigo 4º da Lei 7.492/86 deve ser interpretado à luz do que previa o art. 2º da Lei 6.024/74, admitindo-se como ‘má administração’ somente aquela que gerar prejuízos à instituição. O delito seria necessariamente um crime de dano e não de perigo. Somente com a atribuição de um resultado à conduta a norma incriminadora poderia ser ‘salva’.

No entanto, uma vez que a norma não previu expressamente o resultado, a interpretação extensiva não seria admitida, por força do próprio princípio da legalidade.

Parece apropriada e conveniente a conclusão do pioneiro Pimentel²⁷ acerca da definição do que viria a ser a gestão temerária, merecendo destaque em suas próprias palavras:

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

²⁶ TAVARES, Juarez. Conferência pronunciada no Simpósio de Direito Mobiliário em 16.03.1988.

²⁷ *Op. cit.*, p. 52.

poderá, a qualquer momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa. sem que existam parâmetros subjetivos para limitar o critério acusatório (...).

6.2 CRIME DOLOSO OU CULPOSO?

O delito de gestão temerária somente pode ser concebido, para aqueles que defendem a sua plena aplicabilidade, na forma dolosa, sendo necessária a intenção do agente, ainda que sem uma finalidade específica, de gerir a instituição financeira de forma excessivamente arriscada.

O problema reside no fato de que há quem entenda que ‘temerária’ signifique imprudente, estando, portanto, suprida a lacuna normativa do tipo – “temerária” - e consagrada a sua forma culposa. Ocorre que a imprudência é uma das modalidades de culpa, e a incúria pressupõe um **resultado lesivo**, consoante dispõe o art. 18 do Código Penal.

Por outro lado, causa estranheza a realização dolosa de uma conduta temerária.

Ora, tamanho paradoxo não tem precedentes na legislação penal.

A um, porque a modalidade culposa deve ser expressamente prevista pelos diplomas legais, a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 18 do Código Penal. No caso da Lei 7.492/86, o artigo 24, que previa a modalidade culposa para os delitos previstos na Lei 7.492 foi vetado pelo então Presidente da República.

A dois, porque um comportamento que ultrapasse os limites do risco permitido, sem que o agente tenha se conformado e aceitado a produção do resultado jamais poderá ser considerado como doloso, ainda que de forma eventual. E para que um delito possa se configurar na forma culposa, é necessária a produção de um resultado, o que, como já mencionado anteriormente, não ocorre no tipo da gestão temerária, tal como prevista pela atual Lei 7.492/86.

Acrescente-se ainda que, na gestão negocial de instituições financeiras, é muito difícil identificar qual seria o risco admissível, natural à atividade, e aquele que está no limite da prudência e aceitabilidade.

De conclusão, não sendo expressamente prevista a forma culposa do delito de gestão temerária e não havendo previsão de resultado lesivo, a interpretação do elemento normativo como sinônimo de imprudência ou imperícia deve ser excluída de plano, muito embora a análise do tipo faça saltar aos olhos a figura dantesca da imprudência consciente sem previsão de resultado.

7 CONCLUSÃO

Num sistema constitucional rígido, a Constituição é a fonte de validade de todas as demais normas, as quais não podem contrariar os seus preceitos, sob pena de declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada da norma do ordenamento jurídico.

Assim, numa concepção garantista, os direitos e garantias fundamentais não podem ser atacados ou suprimidos por normas infraconstitucionais, ainda que alegada a necessidade da ‘defesa social’ ou do ‘bem comum’.

Dentre as garantias fundamentais dispostas no art. 5º da Constituição da República de 1988, destacamos aquela prevista no inciso nº XXXIX:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Se a Constituição de um país prevê expressamente o princípio da Legalidade, que de conseqüência implica na reserva legal ou ‘legalidade estrita’, na divisão feita por Ferrajoli²⁸, a criação de tipos penais com disposições indeterminadas, integráveis mediante juízos de valor autônomos, deve ser causa da declaração de sua inconstitucionalidade e conseqüente anulação.

Isso porque é direito do cidadão ter **prévio conhecimento** das condutas que não devem ser realizadas, sob pena de punição de seu autor, e aquelas que são permitidas, tidas como lícitas e atípicas.

Nas leis fragmentárias, apartadas do corpo do código penal mas que igualmente definem figuras delituosas, é comum a não observância da legalidade estrita.

²⁸ *Op. cit.*, p. 346 e 348.

O artigo 4º da Lei 7.492/86, ao tipificar como crime 'gestão temerária', deixou o campo de definição do que seria **temerária** a cargo da interpretação pessoal de cada um, ferindo assim a segurança jurídica inerente aos tipos penais, oriunda do princípio constitucional da reserva legal.

Não há previsão expressa de resultado lesivo ou de ofensa ao bem juridicamente tutelado.

O conteúdo normativo do tipo fica então a cargo exclusivo do juiz, que definirá livremente o que, a seu ver, seria temerário. Logo, somente no momento da sentença o juiz definirá o alcance do tipo. Ora, estar-se-ia diante de aplicação retroativa da lei penal, pois a definição do tipo ocorreu em momento posterior à realização da ação.

Sob este ponto de vista, igualmente o delito de gestão temerária fere de morte a legalidade constitucional, por conta da retroatividade *in malam partem*.

O critério para a definição da tipicidade do delito seria, portanto, inexistente, vez que meramente subjetivo.

Por outro lado, a utilização de conceitos criados de forma não-homogênea e sem coesão pela doutrina e jurisprudência como integrantes do tipo não pode ser concebida diante da proibição da utilização do direito costumeiro para criar tipos penais, decorrente do princípio da legalidade constitucionalmente firmado.

Os propósitos do legislador não podem ser questionados, por serem visivelmente legítimos, vez que pretendem a proteção de bens jurídicos difusos, que são afetos não só à sociedade como um todo mas também ao próprio Estado e suas instituições.

O problema reside na forma como as condutas consideradas lesivas foram inseridas no diploma penal da Lei 7.492/86: tipos demasiadamente abertos, indefinidos, sem previsão de modalidade culposa, cuja definição fica a cargo exclusivo do aplicador do direito, de acordo com o seu entendimento, suas emoções e paixões, e por que não dizer o seu humor.

O próprio relator do projeto que resultou na Lei 7.492 admitiu a inafastável necessidade de complementação posterior da Lei, consoante já mencionado no item 5.1 deste trabalho.

Ainda que a punição por meio do tipo indefinido seja clamada pela sociedade e necessária aos interesses da segurança pública e da própria Justiça, não há como se admitir a legitimação do arbítrio judicial somente com fundamento na indiscutível legitimidade dos bens jurídicos que se busca proteger. E este é o exato caso do parágrafo único do art. 4º da referida Lei: muito embora seja premente a necessidade de se coibir determinadas práticas que possam oferecer demasiado risco aos investidores, poupadores e à própria instituição bancária, não há como se admitir que referida proteção seja veiculada por meio de tipo totalmente vazio, sem limitação das condutas que a ele poderiam se amoldar, deixando a cargo do Poder Judiciário função que compete exclusivamente ao Poder Legislativo.

A segurança jurídica que decorre da restrita tipificação penal e, de conseqüência, o estado democrático de direito, estariam fatalmente ameaçados pela difusão de tipos incriminadores vagamente descritos ou contendo elementos que comportam uma infinidade de interpretações e juízos.

Ainda que se admita a legalidade dos tipos penais em branco, não se pode chegar à mesma conclusão com relação ao delito de gestão temerária, eis que, como já dito no corpo deste trabalho, havia possibilidade de maior delimitação da conduta: poderia o legislador ter incluído uma finalidade, como por exemplo ‘gerando prejuízo à Instituição ou aos seus clientes’, ou mesmo trazido no bojo do próprio tipo o que pretendeu dizer com a expressão temerária, e.g. ‘práticas alheias e até contrárias àquelas instituídas formalmente pelo BACEN/pela própria instituição por meio de portarias/circulares’ .

Há um paradoxo entre a necessidade de punição de tais condutas altamente lesivas e observância do princípio da legalidade.

Assim, muito embora os objetivos sejam indiscutivelmente legítimos, não justificam o estado de insegurança jurídica gerado pelo mencionado grau de indefinição e falta de parâmetros, o que fere de morte o princípio da reserva legal e, conseqüentemente, a própria Constituição Federal de 1988.

Qualquer interpretação diversa seria uma tentativa de desviar da garantia constitucional, portanto não recepcionável pelo ordenamento jurídico.

Este é o custo da manutenção de um Estado Democrático de Direito: a legalidade e a culpabilidade devem servir de limites constitucionais à arbitrariedade do legislador na redação das normas penais e do juiz na aplicação da lei ao caso concreto. Do contrário, estaríamos migrando de um Estado de Direito para um Estado de conveniência, autoritário, ditatorial, do direito penal máximo e antiguarantista, que faz valer suas normas ainda que estejam em desacordo com as garantias fundamentais estipuladas pela própria Carta Maior.

Não basta para uma Lei ser formalmente constituída, pelo Parlamento eleito consoante as diretrizes da nossa Constituição Democrática; ela deve ser também legítima, ou seja, deve estar de acordo com os princípios fundamentais garantidos nessa mesma Constituição.

É o que ocorre com o artigo 4º parágrafo único da Lei 7.492/86: muito embora o tipo tenha sido concebido no bojo de uma lei formalmente constituída e válida, a sua aplicação encontra-se comprometida por força do princípio constitucional e democrático da reserva legal.

Por ser assaz indefinido, dando azo às mais diversas e absurdas interpretações, como já visto nos capítulos anteriores, não pode ser tido como legítimo e a sua aplicação encontra-se, portanto, prejudicada diante da sua incontestável inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado Federal, 1986.
- BREDA, Juliano. **Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da lei 7.492/86**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492, de 16 de junho de 1986)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA, Fabio M. de. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma abordagem interdisciplinar (crimes de colarinho branco)**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: Parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. 5. ed. Granada ES: Comares, 2002.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MAZLOUM, Ali. **Crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

NATAL DE PAULA, Áureo. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e o mercado de capitais: Comentários à Lei 7.492/86 e aos artigos incluídos pela Lei 10.303/01 à Lei 6.385/76**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: Comentários à Lei 7.492, de 16.06.86**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PODVAL, Roberto. Crimes contra o sistema financeiro. In: _____. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general – Tomo I**. Traduzido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003

RUBINGTON, Earl; WEINBERG, Martin S. **The study of social problems: seven perspectives**. 6. ed. New York: Oxford, 2003.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. São Paulo: Atlas, 2005.

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

SILVA, Paulo César da. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: aspectos penais e processuais penais da Lei 7.492/86**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TIGRE MAIA, Rodolfo. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: Anotações à Lei Federal n. 7.492/86**. São Paulo: Malheiros, 1999.

TÓRTIMA, Luiz Carlos. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos**. Curitiba: UFPR, 2007. 2 v: Teses, dissertações, monografias e outros trabalhos acadêmicos.

_____. _____. 3 v: Citações e notas de rodapé.

_____. _____. 4 v: Referências.

_____. _____. 9 v: Redação e editoração.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Traduzido por Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.