

GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

1. Desde a edição da Lei n.º 7.492/86, o crime de gestão temerária (art. 4.º, parágrafo único) suscita inúmeras discussões e até hoje não se encontram bem definidos, tanto na doutrina, como nos tribunais, os limites de sua abrangência típica, tampouco o conteúdo e alcance da norma proibitiva nele inserida. A indeterminação típica, aliada à circunstância de tratar-se de crime de perigo, viola sobremaneira o princípio da reserva legal. Ademais, não é difícil constatar que uma tal indeterminação típica pode conduzir a inúmeros arbítrios, como, por exemplo, configurar-se o ilícito em razão de acontecimentos *posteriores* à ação ou por circunstâncias alheias à vontade do agente, lançando a reprovação penal não em razão do desvalor da ação, mas sim pelo resultado causado.

Indeterminação da Conduta Típica. Violação ao Princípio da Reserva Legal.

2. A indeterminação, somada à generalidade, da conduta típica do crime de gestão temerária viola frontalmente o princípio da legalidade, não obstante esteja de acordo com os propósitos legislativos da época da promulgação da lei. Com efeito, tem sido freqüente, em matéria de direito penal econômico, a utilização pelo Legislador de crimes de perigo abstrato, tipos abertos e indeterminados, normas penais em branco e “cláusulas gerais” cujo intuito é não só evitar lacunas, como também não limitar as linhas de orientação da política criminal numa matéria tão propícia à mutação. À época da edição da Lei n.º 7.492/86, JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JR. nos informava que o emprego de tipos delitivos de perigo abstrato constituía recomendação internacional, como a do XIII Congresso Internacional de Direito Penal (Cairo, 1984), no qual os especialistas concluíram que:

“o emprego de tipos delitivos de perigo abstrato é meio válido na luta contra a delinqüência econômica e empresarial, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha precisamente especificada e a

proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados.”¹

3. O emprego de crimes de perigo abstrato na tipificação de delitos econômicos foi de fato expediente comum entre vários legisladores modernos, que encontravam justificativa nas dificuldades de prova enfrentadas no peculiar segmento de atividades financeiras. Não obstante, tanto aqui, como no exterior, tal expediente sofreu duríssimas críticas. JOSÉ DE FARIA COSTA e MANUEL DA COSTA ANDRADE afirmam que

“é evidente que principalmente os crimes de perigo abstracto facilitam enormemente a superação das dificuldades de prova que a criminalidade económica acarreta, o que levou o legislador de muitos países (Alemanha Federal, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Grécia, Japão, Polónia, Suíça) a utilizarem esta forma de tipo legal do crime. No entanto, tal maneira de conceber as coisas foi fortemente criticada no relatório da Alemanha Federal, que, com intuito limitador, considera ser necessário, para que o tipo se realize, a produção de outras condições complementares, nomeadamente a manifestação do perigo conjugada com certos factos concretos (v.g., situação de crise nos crimes de falência).”²

4. Criticando o uso de modelos penais de perigo abstrato, CEZAR ROBERTO BITTENCOURT alerta para o conseqüente abandono da responsabilidade penal pessoal e subjetiva (e das demais “garantias dogmáticas”) no combate à “criminalidade moderna” (conceito no qual estaria inserida a chamada delinqüência econômica), que justificaria a necessidade de um *Direito Penal Funcional*, em oposição ao Direito Penal da culpabilidade. Em razão disso, o autor afirma que a política criminal do Direito Penal Funcional sustentaria uma mudança semântico-dogmática, substituindo “‘perigo’ em vez de dano; ‘risco’ em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico;

¹ “Ilícitos Penais Financeiros”, artigo publicado na Revista Forense, Vol. 296, p. 406.

² “Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Econômico”, texto incluído na obra *Temas de Direito Penal Econômico*, Roberto Podval (Org.), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 111.

'abstrato' em vez de concreto; 'tipo aberto' em vez de fechado; 'bem jurídico coletivo' em vez de individual etc."³ O uso de expedientes dessa natureza afeta diretamente a função de *garantia* do tipo penal em face do princípio da reserva legal, que é, segundo HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, postulado de natureza política, "*inscrito nas constituições de todos os regimes liberais*"⁴.

5. Merece atenção a advertência de FARIA COSTA-COSTA ANDRADE, para quem a utilização de cláusulas gerais na definição de norma incriminadora constitui "*técnica extraordinariamente perigosa no campo do direito penal já que este é, por excelência, o ramo do direito que afeta diretamente a liberdade das pessoas.*"⁵

6. Outra modalidade perigosa de restrição de garantias individuais é a técnica de construção de "delitos obstáculo", na denominação dada por JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JR.⁶ Tais delitos consistiriam em incriminar o legislador uma conduta preliminar, anterior ao resultado de dano que se quer evitar, na qual presume o perigo e estabelece o objeto da proibição. A justificativa estaria em que os crimes financeiros violariam bens jurídicos supra-individuais.

7. O objeto da proibição da gestão temerária não seria o resultado danoso, mas sim a *situação de risco* causada pela ação do administrador excessivamente arrojado que, por exemplo, opere em níveis elevadíssimos de alavancagem em mercado de derivativos. Nesta perspectiva, irrelevante seria indagar sobre o resultado (lucro ou prejuízo): o crime já estará consumado no momento da operação. Portanto, o legislador optou por tutelar o bem jurídico *ameaçado* de lesão pela conduta preliminar potencialmente gravosa, pouco importando, ao menos em tese, o efetivo resultado.

Tipo Objetivo

8. O preceito primário do tipo penal em apreço ("*se a gestão é temerária*") não contém elementos suficientes à delimitação da conduta punível. O tipo objetivo não descreve o comportamento proibido, deixando ao arbítrio judicial o que se deva compreender por "gestão temerária",

³ "Princípios Garantistas e a Delinquência do Colarinho Branco", artigo publicado na Revista Brasileira Ciências Criminais, n.º 11, jul-set de 1995, p. 123.

⁴ "Lições de Direito Penal", Parte Geral, 15ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994, p. 156.

⁵ Ob. cit., p. 110.

⁶ "Dos Crimes Contra a Ordem Econômica", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.50.

conceito normativo indeterminado. Portanto, há de se buscar, por pressuposto, duas definições antecedentes: a de “gestão” e a de “temerária”.

9. Em primeiro lugar, “gestão” significa *administração de negócios*, a qual se exerce através de inúmeros atos. De plano, é preciso distinguir gestão e ato. Gestão consiste numa série de atos continuados. Um único ato não pode constituir uma *gestão*. Logo, não há gestão temerária se o agente praticou um único ato arriscado ou mal sucedido.

10. De outro lado, não é de fácil definição o sentido jurídico-penal da expressão “temerária”, encontrando-se na doutrina e na jurisprudência conceitos bastante díspares. Não se confunde, todavia, com a culpa *stricto sensu* dos tipos culposos. O crime aqui só é punível dolosamente, comumente na forma de dolo eventual. Porém, no caso concreto, é comum confundir-se o conceito de “ação temerária” com o seu *resultado* prático. Em boas palavras: se der lucro, a ação foi normal; do contrário, foi temerária.

11. Isso está dito, com todas as letras, em diversas decisões judiciais. Até mesmo naquelas em que os acusados são absolvidos. Nesse sentido, v. acórdão do HC 96.03.077760-9, 2^a T., TRF/3^a, Juíza Sylvia Steiner, DJU 21.05.1997, do qual se extrai, por sua relevância, a seguinte passagem:

“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 investidores, a confiança do mercado e dos negócios e a harmonia do 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.”

12. Não é temerária a gestão que, por vários anos, e na maioria das vezes, obteve lucro. Ou seja, o administrador é absolvido não porque o juiz reconheceu que sua conduta não era, naquele caso, reveladora de uma gestão temerária, mas sim porque o resultado de sua gestão era positivo. Suas operações, geralmente, davam lucro...

13. Quer dizer: não há precisão alguma quanto aos atos que configurariam gestão temerária. Alargando desse modo o tipo objetivo, o legislador criou um “*monstro ameaçador*”, como advertia MANOEL PEDRO PIMENTEL, contra qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cerceando sua ação e inibindo sua iniciativa, “*sem que existam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório.*”⁷.

14. A indeterminação em matéria penal econômica não é lamentável privilégio brasileiro. É, ao contrário, fenômeno mundial. Na Espanha, MIGUEL BAJO relaciona diversos casos em que a configuração penal encontra dificuldades de suma importância, entre os quais:

“g) *supuestos de malversación del patrimonio social, superando el riesgo permitido y con violación del deber de fidelidad;*

h) *y, en general, los excesos por encima de los límites concedidos por el poder o mandato y que, sin embargo obligan a la entidad. (...)*”⁸

15. Segundo PAULO JOSÉ DA COSTA JR.⁹, seria mister que o legislador indicasse, no texto normativo, quais os comportamentos humanos que caracterizam a gestão temerária. O anteprojeto de reforma do Código Penal, parte especial, em comissão presidida pelo Min. Evandro Lins e Silva, chegou a discriminar as operações que levariam a uma situação perigosa para a instituição financeira:

⁷ PIMENTEL, MANOEL PEDRO, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 52.

⁸ BAJO, MIGUEL e BACIGALUPO, SILVINA, in *Derecho Penal Económico*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.^a, p. 592.

⁹ COSTA JR., PAULO JOSÉ DA, *Crimes do Colarinho Branco*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. 79.

“art. 404. Expor instituição financeira ao perigo de liquidação forçada, mediante a prática de qualquer dos seguintes atos de gestão temerária:

I – realizar operação, ativa ou passiva, arriscada, de pura especulação ou de mero favor de que resulte perda elevada;

II – aprovar políticas ou operações, ativas ou passivas, que violem normas legais ou regulamentares sobre diversificação de riscos, limites operacionais e de imobilização;

III – contratar operações de crédito sem exigir as garantias prescritas em lei ou regulamento;

IV – realizar despesas gerais ou imobilizações excessivas em relação à escala e aos resultados operacionais de entidade financeira;

V – pagar juros notoriamente superiores aos legais ou empregar qualquer outro meio ruinoso, para obter recursos e retardar a decretação de liquidação forçada.”

16. Apesar do empenho da Comissão de reforma da parte especial, o anteprojeto não foi convertido em lei. Frustraram-se, portanto, as tentativas de discriminar as condutas configuradoras do crime de gestão temerária e assim adequar a norma ao princípio constitucional da legalidade. Espera-se que, num futuro próximo, este anteprojeto seja reavaliado, pois parece ser este o caminho para solucionar esta grave omissão de especificação de condutas existente no crime do art. 4, parágrafo, da Lei n.º 7.492/86.

Crime de Perigo Concreto ou de Perigo Abstrato?

17. Além da determinação quanto ao conteúdo do crime de gestão temerária, a doutrina se debruça na discussão sobre a natureza da infração penal. Indaga-se se o crime seria de perigo concreto ou de perigo abstrato.

18. É certo que o legislador optou por incriminar a conduta *potencialmente* lesiva ao bem jurídico, antecipando a tutela penal para o momento anterior à ocorrência do dano efetivo, tal como advertia o saudoso Prof. JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JR., em passagem já referida acima. A questão está em definir se o tipo exige a efetiva submissão do bem a uma situação de perigo, que deve correr risco real de lesão, ou se bastaria uma situação de perigo presumido.

19. MANOEL PEDRO PIMENTEL¹⁰ leciona que a gestão temerária é crime formal, bastando portanto o completo desenvolvimento da conduta típica. Na visão do autor, os resultados de dano ou de perigo concreto pertenceriam à idéia de crime exaurido, assim sendo posterior (e irrelevante) à consumação.

20. Comentando as alterações sugeridas no esboço de 1994 da nova parte especial do Código Penal, JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JR.¹¹ apontou como uma das diretrizes fundamentais à construção dos novos tipos penais de crimes econômicos o estabelecimento de delitos de perigo concreto. A criação de crimes de perigo concreto é questão de segurança jurídica, assim como o não emprego de cláusulas gerais e uso de tipos indeterminados.

21. A favor do estabelecimento de delitos de perigo concreto, merece atenção o alerta de MIGUEL REALE JUNIOR¹²: “*é forçoso dar-se a moldura de delito de perigo concreto ao tipo indeterminado, visando a adequá-lo às exigências constitucionais*”.

22. REALE JUNIOR considera afronta à Constituição entender a gestão temerária como crime de perigo abstrato. Aliás, o autor tece críticas veementes a tal modelo de infração penal:

“Se ordinariamente a redação típica não pode e nem deve valer-se de cláusulas genéricas ou elementos normativos excessivamente abertos, particularmente

¹⁰ Ob. cit., p. 53.

¹¹ “Os Crimes contra o Sistema Financeiro no Esboço de Nova Parte Especial do Código Penal de 1994”, artigo publicado na Revista Brasileira de Ciência Criminais, n.º 11, jul-set/1995, p. 155.

¹² REALE JUNIOR, MIGUEL, *Problemas Penais Concretos*, São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 17.

no que diz respeito aos delitos de perigo abstrato, o grau de indeterminação será tão extremo que a tarefa valorativa do juiz estará desvinculada de qualquer margem de referência, bem assim aos membros da comunhão social não poderá haver referência do proibido e do permitido.”

23. Logo, sendo tipo penal indeterminado o da gestão temerária, é absolutamente fundamental colocar balizas de referência para o aplicador da lei, sob pena de transformar-se em arbítrio, entregue exclusivamente a livres convicções subjetivas, o poder discricionário do magistrado.

24. RODOLFO TIGRE MAIA e PAULO JOSÉ DA COSTA JR. são omissos a respeito de tratar-se a gestão temerária de crime de perigo concreto ou abstrato.

Risco Inerente ao Negócio

25. Representa o risco no mercado financeiro um de seus componentes fundamentais. Portanto, não se confunde a gestão temerária com o negócio arriscado, que é próprio da atividade do administrador de instituição financeira. Não é apenas a operação mal sucedida que constitui o crime. Como alerta FERNANDO FRAGOSO:

“O mercado financeiro é essencialmente envolto em operações de risco, sensível às oscilações de taxas de juros e de cotações dos títulos, onde o gestor dos negócios muitas vezes se vê na “ponta errada”, ou seja, comprando ou vendendo títulos no momento errado, resultando prejuízo que, à primeira vista, pode parecer resultado de operação temerária.”¹³

¹³ FRAGOSO, FERNANDO, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, in “Lições de Direito Penal”, Parte Especial, de Heleno Cláudio Fragoso, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988, p. 689.

26. Como vimos, a descrição legal do tipo de gestão temerária é absolutamente omissa no que diz respeito ao conteúdo da norma proibitiva, razão pela qual esta é integrada pela discricionariedade do juiz. E poucas são as balizas diretivas à disposição do intérprete da lei, o que enseja o arbítrio e fomenta o risco de erro judiciário. No caso de gestão *temerária* de instituições financeiras, tal omissão pode conduzir a uma perigosa afronta à doutrina do Direito Penal da ação. Isto porque, no mercado financeiro, o risco de uma determinada operação pode ser incrementado em razão de acontecimentos *posteriores* à conduta e *imprevisíveis* ao agente, possibilitando que o negócio celebrado em condições antes consideradas seguras seja reputado como ato de temeridade, passível de configurar o ilícito penal.

27. Está consagrado entre nós entendimento no sentido de que a reprovação penal assenta sobre o desvalor da ação, e não do resultado, que lhe é exterior e integra o tipo. A ação, segundo HELENO CLÁUDIO FRAGOSO¹⁴, compreende a representação ou antecipação mental do resultado a ser alcançado. Ou seja, o resultado configurador do crime de gestão temerária, além de acobertado pelo dolo, deve ser necessariamente avaliado à luz das circunstâncias e do momento em que foi praticada a ação. Só há gestão temerária possível na conduta do agente que, *a priori*, ultrapassa excessivamente os riscos de mercado.

28. Aliás, o risco no mercado financeiro brasileiro não é de fácil constatação. Nossa economia sofre constantes interferências governamentais, através por exemplo do controle de taxas de juros exercido pelo COPOM ou da ação direta do Banco Central do Brasil nos mercados de bolsa e de dólar. Nesse cenário, nem sempre são previsíveis as estimativas de lucro ou de prejuízo, como adverte FRAGOSO:

“No mercado financeiro brasileiro, em que a Autoridade Monetária muda com freqüência a regra do jogo, lucro ou prejuízo em operações são resultados simplesmente imprevisíveis.”¹⁵

¹⁴ “Lições de Direito Penal”, Parte Geral, 15^a ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994, p. 149.

¹⁵ FRAGOSO, FERNANDO, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, in “Lições de Direito Penal”, Parte Especial, de Heleno Cláudio Fragoso, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988, p. 689.

Idem.

29. Conclui-se que não há crime algum se o risco (antes tolerável) sofreu incremento posterior e imprevisível, mesmo que a operação leve à ocorrência de prejuízo altíssimo.

Conclusão

30. O crime de gestão temerária de instituição financeira carece de limites normativos bem definidos, importando em violação direta ao princípio da reserva legal. Tal indeterminação propicia inúmeros arbítrios e pode, inclusive, resultar em juízo de reprovação do agente em razão de acontecimentos *posteriores e imprevisíveis* ao tempo da prática da ação.

31. Em razão disso, merece acolhida o entendimento de que o crime exige para sua consumação a ocorrência de efetivo perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, risco real de dano contra o Sistema Financeiro Nacional, e não mera presunção, a fim de que ao agente possam ser asseguradas garantias mínimas em face do arbítrio judicial.

BIBLIOGRAFIA:

ARAÚJO JR., JOÃO MARCELLO DE, “Os Crimes contra o Sistema Financeiro no Esboço de Nova Parte Especial do Código Penal de 1994”, artigo publicado na Revista Brasileira de Ciência Criminais, n.º 11, jul-set/1995;

_____, _____, “Ilícitos Penais Financeiros”, art. publicado na Revista Forense, Vol. 296;

_____, _____, “Dos Crimes Contra a Ordem Econômica”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995;

BAJO, MIGUEL e BACIGALUPO, SILVINA, *Derecho Penal Económico*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.ª, p. 592.

BITENCOURT, CEZAR ROBERTO, “Princípios Garantistas e a Delinquência do Colarinho Branco”, artigo publicado na Revista Brasileira Ciências Criminais, n.º 11, jul-set de 1995.

COSTA, JOSÉ DE FARIA e ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Econômico”, texto incluído na obra *Temas de Direito Penal Economico*, Roberto Podval (Org.), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

COSTA JR., PAULO JOSÉ DA, *Crimes do Colarinho Branco*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

FRAGOSO, FERNANDO, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, in “Lições de Direito Penal”, Parte Especial, de Heleno Cláudio Fragoso, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988;

_____, HELENO CLÁUDIO, “Lições de Direito Penal”, Parte Geral, 15ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994, p. 149.

MAIA, RODOLFO TIGRE, *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

PIMENTEL, MANOEL PEDRO, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

REALE JUNIOR, MIGUEL, *Problemas Penais Concretos*, São Paulo: Malheiros Editores, 1997.