

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

GAUTHAMA CARLOS COLAGRANDE FORNACIARI DE PAULA

CRIMES FINANCEIROS E POLÍTICA CRIMINAL:

Estudo de acórdãos do TRF da 3ª Região sobre os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária no período de 2001 a 2010

São Paulo

2011

GAUTHAMA CARLOS COLAGRANDE FORNACIARI DE PAULA

CRIMES FINANCEIROS E POLÍTICA CRIMINAL:

Estudo de acórdãos do TRF da 3ª Região sobre os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária no período de 2001 a 2010

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito e Desenvolvimento

Linha de pesquisa: Instituições do Estado Democrático de Direito e desenvolvimento político e social

Orientador: Prof. Oscar Vilhena Vieira

Co-orientador: Prof. Theodomiro Dias Neto

São Paulo

2011

Paula, Gauthama Carlos Colagrande Fornaciari de.

Crimes Financeiros e Política Criminal: Estudo de acórdãos do TRF da 3ª Região sobre os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária no período de 2001 a 2010 / Gauthama Carlos Colagrande Fornaciari de Paula. – 2011.

258 f.

Orientação: Oscar Vilhena Vieira (orientador) e Theodomiro Dias Neto (co-orientador)

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV).

1. Instituições financeiras - Corrupção -- Brasil. 2. Crime do colarinho branco - Brasil. 3. Direito penal - Brasil. 4. Fraude -- Brasil. 5. Brasil. [Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986]. I. Vieira, Oscar Vilhena. II. Dias Neto, Theodomiro. III. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV). IV. Título.

CDU 343.53(81)

GAUTHAMA CARLOS COLAGRANDE FORNACIARI DE PAULA

CRIMES FINANCEIROS E POLÍTICA CRIMINAL:

Estudo de acórdãos do TRF da 3ª Região sobre os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária no período de 2001 a 2010

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito e Desenvolvimento

Linha de pesquisa: Instituições do Estado Democrático de Direito e desenvolvimento político e social

Data de Aprovação:

Banca Examinadora:

Prof. Oscar Vilhena Vieira (orientador)

Prof. Theodomiro Dias Neto (co-orientador)

Direito GV

Profa. Heloisa Estellita

Direito GV

Prof. Davi de Paiva Costa Tangerino

UFRJ

RESUMO

Este trabalho visa produzir conhecimento sobre como o Tribunal Regional Federal da 3ª Região tem decidido sobre dois dos principais crimes afetos à administração das instituições financeiras: gestão fraudulenta e gestão temerária. Trata-se de delitos criticados pela doutrina em razão das falhas de definição dos tipos, desde a edição da Lei 7.492, em 1986. Além disso, a sua previsão legislativa possui características que os aproximam do paradigma do direito penal do risco, ou seja: são crimes de perigo abstrato, que tutelam bem jurídico supra-individual, praticados por administradores detentores do dever de probidade na condução das instituições frente aos riscos inerentes à dinâmica do sistema financeiro. A adoção desse paradigma é controversa na doutrina penal por implicar a flexibilização de garantias do Estado Democrático de Direito sob a perspectiva do paradigma do direito penal tradicional. Diante disso, adota-se a metodologia de análise de conteúdo de decisões para se responder a dois problemas de pesquisa: (1) Quais os critérios adotados pelo Tribunal para a configuração dos crimes? (2) As decisões aproximam-se de algum paradigma de direito penal? As hipóteses objeto de teste são: (1) que o Tribunal considera principalmente a prática da conduta sem analisar a sua potencialidade lesiva sob uma perspectiva *ex ante*; e, (2) que esse discurso de imputação de responsabilidade aproxima as decisões do paradigma do direito penal do risco, considerados, em contexto, outros elementos presentes nas decisões. Na primeira parte, é feita uma introdução metodológica; na segunda, estabelece-se o referencial teórico; na terceira e na quarta, realizam-se as análises dos resultados quantitativos e qualitativos obtidos com a sua discussão; por fim, procede-se à conclusão, levantando-se novo problema a ser investigado.

Palavras-chave: crimes contra o sistema financeiro nacional; gestão fraudulenta; gestão temerária; análise de conteúdo; pesquisa empírica.

ABSTRACT

This work aims to produce knowledge about how the Brazilian Federal Court of the 3rd Region has been deciding about two of the main crimes related to the management of the financial institutions: fraudulent management and reckless management. Both crimes have been criticized by the doctrine, because of their failures of definition, since the edition of the federal law n. 7.492, in 1986. Furthermore, their legislative prevision has characteristics that comes close to the paradigm of the criminal law of risk, that is: crimes of abstract danger, that protect collective juridical good, committed by administrators who have the duty of trustworthiness in the management of the institutions, which are submitted to the inherent risks of the financial system. The adoption of this paradigm is contentious in the criminal law doctrine, because implies the flexibilization of the basic rights in a Rule of Law State under the perspective of the traditional criminal law paradigm. Thus, it is adopted the methodology of content analysis of judicial opinions to answer two problems of research: (1) which criteria are adopted by the Court for the characterization of the crimes? (2) Do the judicial opinions come close to one of the paradigms of criminal law? The hypotheses to be tested are: (1) that the Court considers mainly the practice of the conduct without analyzing its harmful potentiality under an *ex ante* perspective; and, (2) that this discourse of imputation of responsibility comes close to the paradigm of the criminal law of risk, considering, in context, other elements in the judicial opinions. In the first part, there is the methodological introduction; in the second, the theoretical framework; in the third and fourth, the analysis of the quantitative and qualitative results with their discussion; in the end, there is the conclusion, with a proposal of a new problem to be investigated.

Keywords: financial crimes; fraudulent management; reckless management; content analysis; empirical research.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores Oscar Vilhena Vieira e Theodomiro Dias Neto pela orientação acadêmica desta dissertação, acompanhando-me desde o primeiro semestre do curso até a defesa final, com suas críticas e sugestões. Ao professor Theo Dias, agradeço especialmente por sua disposição, estímulo e transmissão de sábios ensinamentos que muito contribuíram para o meu aperfeiçoamento como pessoa e para a minha formação jurídica. Ao professor Oscar Vilhena, agradeço especialmente pela oportunidade de participar de uma experiência acadêmica de alto nível e cumprimento-o por sua liderança na construção de um programa de mestrado que busca projetar-se internacionalmente. Sem a orientação e o apoio de ambos este trabalho jamais chegaria a termo. Obrigado mesmo.

Agradeço à professora Heloisa Estellita pelo valioso incentivo que me deu para a elaboração do projeto e por suas detalhadas críticas no exame de qualificação e na banca de defesa, que foram muito importantes para aperfeiçoar o trabalho; sou-lhe bastante grato por isso. À professora Marta Rodriguez de Assis Machado por suas apreciações metodológicas nas reuniões do Núcleo do Crime e da Pena, bem como no exame de qualificação, que foram bastante relevantes para o processo de pesquisa. Ao professor Davi de Paiva Costa Tangerino por ter aceitado fazer parte da banca de defesa e pelas cuidadosas observações sobre a doutrina utilizada neste trabalho. À professora Maíra Rocha Machado, por ter compartilhado sua experiência na elaboração de pesquisas feitas pelo Núcleo, imprescindível para a formação do banco de dados.

Agradeço a todos os colegas da 3ª e da 2ª Turma do mestrado, com quem tive a oportunidade de trocar ideias. Agradeço especialmente aos colegas Vítor Martins Dias e Alexandre Pacheco da Silva que assistiram à defesa, e ao colega Dalton Tria Cusciano, com quem almocei horas antes. Aos colegas Ana Carolina Rodrigues e André Rosilho pelos e-mails de boa sorte antes da defesa. Agradeço ainda à colega Carolina Cutrupi Ferreira, por suas considerações críticas ao longo do curso, bem como pelos artigos e seminários que pudemos realizar em conjunto. Tenho admiração por todos.

Agradeço aos professores José Reinaldo de Lima Lopes e Danilo Borges dos Santos de Araújo pelas instrutivas conversas informais. À advogada Cláudia Maria Soncini Bernasconi pelo apoio moral no dia da defesa. Ao doutorando em economia Felipe Serigati

pelas conversas sobre método científico. Ao mestre em direito internacional José Ignácio Coelho Mendes Neto pelas conversas sobre interdisciplinaridade na pesquisa jurídica. À Cristiane Samária Gomes, da secretaria de pós-graduação, por sua eficiência no atendimento aos mestrandos.

A todos os professores, pesquisadores, alunos e funcionários da Direito GV e da EAESP. À Fundação Getúlio Vargas pela concessão da Bolsa Mário Henrique Simonsen. Aos futuros leitores desta dissertação.

Aos amigos Carlos Eduardo Vergueiro e José Eduardo Sanzovo Filho, por sempre estarem ao meu lado. Ao meu irmão, ao meu pai e à minha mãe, por tudo.

Muito obrigado.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
1.1	Objetivo e Justificativas	12
1.2	Metodologia	17
1.2.1	Ressalva quanto ao Acesso aos Acórdãos	20
1.2.2	Formação do Banco de Dados	21
2	REFERENCIAL TEÓRICO	23
2.1	Paradigmas de Direito Penal	23
2.1.1	Direito Penal Tradicional	23
2.1.2	Direito Penal do Risco	26
2.1.3	Alternativas de Discurso	31
2.2	Controvérsia na Doutrina quanto à Legitimidade do Direito Penal do Risco	34
2.2.1	Críticas às Transformações	34
2.2.2	Defesa das Transformações	37
2.3	Elaboração da Lei 7.492/1986 e suas Falhas de Definição	40
2.4	Ponto de Vista para a Análise dos Crimes	46
3	ANÁLISE DOS RESULTADOS: GESTÃO FRAUDULENTA	48
3.1	Resultados Quantitativos	48
3.1.1	Período, Órgão Julgador, Apelante, Apelado, e Unanimidade das Decisões	48
3.1.2	Resultado Final das Decisões	52
3.1.3	Qualificação Jurídica na Denúncia	57
3.1.4	Materialidade, Autoria e Espécie de Instituição Financeira Envolvida	60
3.1.5	Citação de Doutrina e de Julgados	73
3.2	Resultados Qualitativos	77
3.2.1	Relação com a Esfera Administrativa	77

3.2.2	Ofensa ao Princípio da Legalidade	84
3.2.3	Requisitos para a Configuração da Conduta Típica	92
3.2.4	Bem Jurídico	116
3.2.5	Penas Aplicadas	126
3.3	Discussão dos Resultados	140
4	ANÁLISE DOS RESULTADOS: GESTÃO TEMERÁRIA	152
4.1	Resultados Quantitativos	152
4.1.1	Período, Órgão Julgador, Recorrente, Recorrido, e Unanimidade das Decisões	152
4.1.2	Resultado Final das Decisões	155
4.1.3	Qualificação Jurídica na Denúncia	158
4.1.4	Materialidade, Autoria e Espécie de Instituição Financeira Envolvida	159
4.1.5	Citação de Doutrina e de Julgados	164
4.2	Resultados Qualitativos	167
4.2.1	Relação com a Esfera Administrativa	167
4.2.2	Ofensa ao Princípio da Legalidade	170
4.2.3	Requisitos para a Configuração da Conduta Típica	177
4.2.4	Bem Jurídico	193
4.2.5	Penas Aplicadas	200
4.3	Discussão dos Resultados	204
5	CONCLUSÃO	215
6	APÊNDICE I – FORMAÇÃO DO BANCO DE DADOS	223
6.1	Seleção das Decisões	223
6.1.1	Período de Coleta	223
6.1.2	Gestão Fraudulenta	224
6.1.3	Gestão Temerária	227
6.1.4	Balanço	229
6.2	Codificação das Decisões	230

7	APÊNDICE II	236
7.1	Compilação de Dados: Gestão Fraudulenta	236
7.1.1	Fatos Considerados Típicos	236
7.1.2	Fatos Considerados Atípicos	243
7.1.3	Relação de Trechos: Crime de Perigo Abstrato Formal	245
8	REFERÊNCIAS	252

1 INTRODUÇÃO

1.1 Objetivo e Justificativas

O tema do presente trabalho é o dos crimes contra o sistema financeiro nacional da Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. A sua delimitação cinge-se aos fundamentos dos acórdãos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região relativos aos crimes financeiros de gestão fraudulenta (art. 4º, *caput*, Lei 7.492/1986)¹ e de gestão temerária (art. 4º, par. ún.)² no período de 2001 a 2010.

O estudo dos crimes selecionados se justifica, em primeiro lugar, pelas falhas de definição dos tipos, decorrentes de conturbado processo legislativo, que suscitou duras críticas doutrinárias, as quais serão expostas no capítulo 2. Em segundo lugar, os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária possuem a característica comum de serem dois dos principais delitos que afetam a administração das instituições financeiras, ao lado dos crimes de operação irregular de instituição financeira³ (art. 16 da Lei 7.492/1986) e empréstimo vedado⁴ (art. 17) e que têm como principais agentes seus administradores, gerentes, diretores e controladores. Os crimes de gestão fraudulenta, gestão temerária, operação irregular de instituição financeira e empréstimo vedado integrariam o que Eduardo Salomão Neto classificou como “direito penal bancário” (SALOMÃO NETO, 2007, pp. 477-492). As quatro figuras são as únicas a merecer análise aprofundada do autor, dada a sua importância para a

¹ “Art. 4º. Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.”

² “Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.”

³ “Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

⁴ “Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consangüíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

orientação da administração e gestão das instituições financeiras (SALOMÃO NETO, 2007, pp. 477-492)⁵. Vale destacar que o tratamento penal dessas condutas afeta, sobretudo, a administração dos bancos, que são as principais instituições financeiras do sistema nacional em volume de ativos e de movimentações de recursos (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 442).

Em pesquisa do Núcleo do Crime e da Pena da Direito GV coordenada pelas professoras Maíra Rocha Machado, Marta Saad Gimenes e Marta Rodriguez de Assis Machado intitulada “A Aplicação da Lei n. 7.492/86 nos Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça”, que abrangeu o período de 1989 a 2005, constatou-se que esses foram os crimes em que mais ocorreram decisões condenatórias ou de confirmação da condenação pelo Superior Tribunal de Justiça (MACHADO, GIMENES, MACHADO, 2010, p. 114)⁶. Na mencionada pesquisa, não há análise dos fundamentos dos acórdãos, mas houve a compilação de um banco de dados. Tais resultados indicam que existe farto material para a análise dos critérios de julgamento dos crimes selecionados.

Outro ponto relevante é o fato de os crimes serem de perigo abstrato, de tipo aberto, que tutelam bem jurídico supra-individual, visando a ação ou omissão de administradores, diretores, gerentes e controladores de instituição financeira, cuja atividade é fiscalizada administrativamente pelos órgãos supervisores do sistema financeiro nacional, características que os aproximam do paradigma do direito penal do risco⁷. Trata-se de orientação que

⁵ Observa-se que na referida obra de direito Bancário, Salomão Neto preferiu tratar do delito de evasão de divisas, que é crime que pode ser praticado por qualquer pessoa e que tem como principal bem jurídico a política cambial do Banco Central, em capítulo distinto, qual seja, o capítulo 7, no item relativo a Operações de Câmbio (SALOMÃO NETO, 2007, pp. 312-324), não obstante seja a evasão de divisas o crime financeiro mais frequente. Em razão da sua alta frequência, da complexidade das matérias envolvidas e da extensão das controvérsias, o crime tem merecido a atenção de estudos específicos a exemplo do realizado por Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens (SCHMIDT; FELDENS, 2006). Por não possuir a mesma característica comum dos tipos escolhidos e demandar uma pesquisa específica, o crime de evasão de divisas não será objeto da presente pesquisa.

⁶ Na mencionada pesquisa: “verificou-se que a maior parte dos casos analisados em que houve decisão condenatória ou manutenção da condenação pelo STJ trata dos crimes capitulados nos *art. 17, caput (Concessão de empréstimos vedados)*, *art. 4º, caput (Gestão fraudulenta)* e *parágrafo único (Gestão temerária)*, e *art. 16 (Exercício ilegal de instituição financeira)*” (MACHADO, GIMENES, MACHADO, 2010, p. 114).

⁷ Renato de Mello Jorge Silveira, em parte da sua obra destinada à relação entre direito penal econômico e sociedade de risco, destaca que: “A Lei 7.492/1986, ao definir os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, cuida de inúmeros artigos das mais diversas ordens, sendo que muitas são as figuras de perigo abstrato”, a demonstrar um dos reflexos na legislação penal voltada aos crimes econômicos relacionados ao paradigma do direito penal do risco (SILVEIRA, 2006, nota 29, p. 30). O mesmo autor ressalta a emergência de um direito penal bancário, conjunto a que pertenceriam os crimes da presente dissertação: “Em passo semelhante, caminha o que se desenha como direito penal bancário, o qual, procurando defender o mesmo objeto jurídico, traça novos contornos às práticas negociais intermediadas por instituições financeiras.” (SILVEIRA, 2006, p. 27). No mesmo sentido, o terceiro volume do Tratado de Direito Penal da Empresa de Paolo D’Agostino e outros, destinado aos crimes bancários (D’AGOSTINO; SALOMONE; SANTORIELLO, 2004).

influenciou diversos países diante dos novos riscos causados pelo desenvolvimento econômico, científico e tecnológico, intensificado na segunda metade do século XX. Todavia, há controvérsia na doutrina penal quanto à compatibilidade da política criminal do direito penal do risco com o Estado Democrático de Direito em contraposição ao paradigma do direito penal tradicional. A referida controvérsia interfere no modo de interpretar os crimes de perigo abstrato, abrindo-se alternativas ao discurso dos juristas. Esse cenário será examinado em maiores detalhes no capítulo do referencial teórico.

A intenção inicial do presente trabalho era tratar dos quatro crimes financeiros de gestão fraudulenta, gestão temerária, operação irregular de instituição financeira e empréstimo vedado, porém, dado o número significativo de acórdãos e de questões controversas específicas de tais crimes e a limitação de tempo para a realização da pesquisa, serão tratados apenas os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária.

O objetivo do presente trabalho é o de produzir conhecimento sobre como o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com jurisdição sobre o principal centro financeiro do país, tem decidido sobre dois dos principais crimes financeiros que afetam a administração das instituições financeiras, por meio da adoção da metodologia de análise de conteúdo de decisões. A partir dos resultados obtidos será possível refletir sobre o quanto as decisões se aproximam de determinado paradigma de direito penal e como o Tribunal lida com os problemas de definição dos tipos em razão de falhas da lei decorrentes de conturbado processo legislativo.

O trabalho é de singular interesse na medida em que pretende realizar um estudo empírico sobre os crimes financeiros selecionados. A maior parte da produção acadêmica existente trata o assunto do ponto de vista da análise do ordenamento jurídico (*law in the books*). Faltam, entretanto, estudos que considerem o direito em ação (*law in action*) produzido pelos Tribunais⁸. O trabalho empírico tem relevância para descrever como é o direito penal hoje no Brasil, ou seja, como o direito penal ocorre na prática, independentemente da previsão legal.

Acerca da necessidade de pesquisas jurídicas voltadas ao estudo sistemático das argumentações das decisões judiciais para descobrir o modo como é interpretado o direito pelos tribunais, cita-se a diretriz de Oscar Vilhena Vieira:

⁸ Sobre a distinção entre o “direito dos livros” e o “direito em ação”: MACAULAY; FRIEDMAN; MERTZ, 2007, pp. 1-18; YACOBUCI, 2009, pp. 213-225.

“A pesquisa em direito que nos parece necessária é aquela que busca descobrir a forma como as instituições responsáveis pela aplicação efetiva do direito têm realizado a sua tarefa. (...) Temos um forte enfoque de estudo no funcionamento real das instituições, *na aplicação concreta do direito*. Queremos refletir sobre essa institucionalidade, sobre o modo como o jogo institucional processa a interpretação da lei, e sobre quais são as consequências políticas ou jurídicas que decorrem disso. (...) A nossa chave de fechamento está muito mais no modo de encarar o método de pesquisa do que propriamente no eixo temático dos objetos.” (In: ANGARITA, 2010, pp. 382-383).

De se destacar que eventual substituição da Lei 7.492/1986 pode vir a ocorrer no bojo da reforma do sistema financeiro nacional cujo debate renovou-se após a Crise de 2008. Há consenso de que o art. 192 da Constituição Federal precisa ser regulamentado por leis modernas que substituam a Lei 4.595/1964 (lei geral do SFN), a Lei 6.024/1974 (liquidação extrajudicial de instituições financeiras) e, conseqüentemente, a própria Lei 7.492/1986, devido à *mudança de paradigmas do setor bancário na era da economia globalizada*: os bancos deixam de fazer empréstimos aguardando o vencimento e passam a originar créditos transformados em ativos, que são distribuídos a outros investidores e fundos (*transaction model*) (PEREIRA, 2009. PEREIRA; COSTA, 2009). Destarte, a pesquisa também tem o objetivo de produzir conhecimento sobre como os tribunais atuam com relação aos crimes selecionados para enriquecer o debate sobre eventual reforma da Lei 7.492/1986⁹.

Ressalte-se que o principal vínculo da presente dissertação com o tema geral do direito e desenvolvimento está no próprio emprego da metodologia de análise de conteúdo de decisões judiciais, que a vincula à tradição do realismo jurídico, e será explicitada no item 1.2 *infra*. Além disso, o trabalho serve para enriquecer a reflexão sobre o espaço a ser ocupado

⁹ Mencione-se que existem diversos projetos de lei no Congresso Nacional que versam especificamente sobre a Lei 7.492/1986, cuja análise detida dependeria de pesquisa específica que ultrapassa os limites do presente trabalho. Todavia, podem ser referidos os seguintes projetos em andamento na Câmara dos Deputados: PL-1290/2007, PL-6984/2006, PL-6979/2006, PL-6920/2002, PL-6919/2002, PL-6918/2002, PL-6917/2002, PL-870/1999, PL-4509/1994, PL-6979/2006, PL-6979/2006, PL-6917/2002, PL-6979/2006 (BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=7.492&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos. Acesso em 26.11.2011).

No Senado Federal, cite-se os seguintes: PLS 300/2011, PLS 290/2009, PLS 79/2005 e PLS 170/2004 (BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/consulta.asp?Tipo_Cons=8&orderby=6&hid_comissao=TOD+-+TODAS&hid_status=TOD+-+TODAS&str_tipo=&selAtivo=&selInativo=&radAtivo=S&txt_num=&txt_ano=&sel_tipo_norma=&txt_num_norma=&txt_ano_norma=&sel_tipo_autor=&txt_autor=&sel_partido=&sel_uf=&txt_relator=&ind_relator_atual=S&sel_comissao=&txt_assunto=7.492&tip_palavra_chave=T&rad_trmt=T&sel_situacao=&ind_status_atual=A&dat_situacao_de=&dat_situacao_ate=&txt_tramitacao=&dat_apresentacao_de=&dat_apresentacao_ate=. Acesso em 26.11.2011).

pelo direito penal na tutela do sistema financeiro, bem jurídico de natureza *supra-individual* (cf. capítulo 2 *infra*).

Por outro lado, não se pode ignorar a relevância da pesquisa sob o aspecto econômico do desenvolvimento, dada a própria natureza do sistema financeiro como mecanismo de coordenação entre poupança e investimento na economia de um país. Um sistema financeiro eficiente promove crescimento econômico. Dada a sua relevância e os riscos que lhe são inerentes, notadamente o chamado risco sistêmico¹⁰, é ele intensamente regulado pelo ordenamento jurídico nos âmbitos do direito bancário, do direito administrativo, do direito penal e de diretivas internacionais¹¹. A qualidade da regulação do sistema financeiro interfere no grau de incerteza do chamado *Risco Legal* a que estão sujeitas as instituições financeiras, e, por sua vez, interfere no custo do crédito para o consumidor. Segundo Roger McCormick, o Risco Legal subdivide-se em duas espécies: (a) *risco de transações* decorrente de dúvidas e obstáculos quanto à exposição da instituição financeira a futuras demandas judiciais ou sobre a impossibilidade de demandar o cumprimento de contratos e títulos; (b) *risco regulatório*, que expõe as instituições financeiras a restrições, sanções administrativas ou sanções penais por infração a um ordenamento complexo e que não é claro. Ambas as modalidades produzem incerteza quanto ao modo como determinada operação financeira será classificada, se legal ou ilegal (McCORMICK, 2006, p. 10). Dentre as fontes do Risco Legal encontram-se problemas dentro do ordenamento jurídico. (a) leis ruins (*bad law*); (b) hiperjuridificação decorrente de opções políticas das autoridades reguladoras (*over-regulation*); (c) leis incompreensíveis (*inaccessible law*); (d) imprevisibilidade das decisões judiciais (*unpredictable judicial reasoning*) (McCORMICK, 2006, pp. 140-144).

¹⁰ O risco de que a quebra de uma instituição financeira determine uma crise de confiança a gerar uma corrida bancária que provoque a quebra das demais (CORTEZ, 2002, pp. 311-333).

¹¹ PINHEIRO e SADDI (2005, p. 460) fornecem de forma resumida as seguintes justificativas para a regulação do sistema financeiro: “a) Do ponto de vista do consumidor (e cidadão), trata-se de protegê-lo do risco desmedido e, em especial, criar uma rede de segurança para os poupadores que recorrem às instituições financeiras. b) Do ponto de vista sistêmico, pretende-se garantir a eficiência, por meio da redução dos custos de informação, especialmente ao incrementar a transparência nas informações bancárias; promover políticas de investimento saudáveis de parte dos bancos; e impedir o contágio entre instituições com e sem problemas. c) Do ponto de vista concorrencial, garantir que não haverá competição predatória ou monopolística e que, na atividade bancária, os agentes serão tratados de forma igual.” Como se vê, a principal justificativa para a regulação do sistema financeiro pelo Estado reside no fato de que a relação entre instituições financeiras e os consumidores afetam praticamente toda a sociedade. O bem jurídico difuso a ser tutelado pelo direito é a *confiança* dos poupadores no sistema, especialmente nos bancos. Soma-se a isso a certeza jurídica na execução de débitos dos tomadores (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 458).

Portanto, a presente pesquisa relaciona-se com as discussões sobre o direito e desenvolvimento tanto sob a perspectiva da dimensão metodológico-jurídica quanto da dimensão econômica.

1.2 Metodologia

Como se pretende analisar acórdãos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, utiliza-se o método de análise de conteúdo das decisões. Segundo Roberto Freitas Filho, o objetivo geral do método é o de:

“1) organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto; 2) verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente e 3) produzir uma explicação de sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos” (FREITAS FILHO, 2009, p. 3).

O primeiro passo é uma pesquisa exploratória (FREITAS FILHO, 2009, p. 4) sobre os conceitos e controvérsias sobre o tema, e que consta do referencial teórico do capítulo 2.

O segundo passo é o recorte objetivo (FREITAS FILHO, 2009, p. 4) consistente na formulação do problema de pesquisa. O presente trabalho possui dois problemas a serem respondidos e que norteiam a investigação:

1.º Quais são os principais critérios considerados no julgamento do crime financeiro selecionado para a configuração da conduta típica a partir da fundamentação de acórdãos de apelação do Tribunal Regional da 3ª Região no período de 2001 a 2010?

2.º As decisões aproximam-se de algum paradigma de direito penal?

A *primeira* hipótese é a de que o Tribunal considera apenas a mera prática da conduta como suficiente para a configuração do crime de perigo abstrato, sem considerar o grau de perigo da conduta em relação ao bem jurídico protegido, sob uma perspectiva *ex ante*. Os demais critérios para a configuração dos crimes financeiros selecionados dependerá da pesquisa a ser feita nos acórdãos a serem analisados.

A *segunda* hipótese é a de que as decisões do Tribunal aproximam-se do paradigma do direito penal do risco.

Na resposta ao primeiro problema, o alvo central é o discurso judicial acerca da qualificação jurídica das condutas como crimes de lesão, de perigo concreto ou de perigo

abstrato, considerando se o Tribunal vale-se de critérios materiais ou formais para a imputação da responsabilidade do agente para condená-lo ou absolvê-lo. Este é o conteúdo (mensagem/fala) central da decisão a ser identificado. Na resposta ao segundo problema, será considerado o contexto (paradigma/língua) a que o conteúdo se aproxima.

A comparação contextual do conteúdo é uma das finalidades do método empregado, que busca a produção de inferências sobre elementos do processo de comunicação entre a descrição da mensagem e a interpretação do seu sentido de acordo com um paradigma¹². Essa abordagem é propícia a trabalhos jurídicos, na medida em que a ordem jurídica é composta de normas de conduta, normas de competência e de um *background* teleológico, consistente na política geral das regras jurídicas, nos postulados de justiça e na doutrina, que estão presentes na prática dos juristas, sobretudo no campo da argumentação¹³.

As bases teóricas sobre a controvérsia acerca da proibição, permissão ou obrigatoriedade de determinadas condutas à luz de diferentes paradigmas de direito penal, contendo as premissas necessárias que melhor apresentam e descrevem os problemas e as hipóteses da pesquisa constam do capítulo 2.

O terceiro passo do método de análise de conteúdo das decisões é o recorte institucional, consistente na escolha do órgão de decisão a ser pesquisado (FREITAS FILHO, 2009, p. 4).

Para os fins deste trabalho, foi escolhido o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, órgão do Poder Judiciário (art. 92, III, da Constituição Federal) com jurisdição sobre os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul (art. 27, § 6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; Resolução nº 01/1988 do Tribunal Federal de Recursos e Lei nº

¹² Sobre esse aspecto da análise de conteúdo, Maria Laura Franco afirma: “Produzir inferências é, pois, *la raison d’être* da análise de conteúdo. É ela que confere a esse procedimento relevância teórica, uma vez que implica, pelo menos, uma comparação, já que a informação puramente descritiva, sobre conteúdo é de pequeno valor. Um dado sobre o conteúdo de uma mensagem (escrita, falada e/ou figurativa) é sem sentido até que seja relacionado a outros dados. O vínculo entre eles é representado por alguma forma de teoria. Assim, toda a análise de conteúdo implica comparações; (...). Exemplificando: o investigador, ao ler e ouvir um discurso sobre o papel do educador, deve ser capaz de poder compatibilizar o conteúdo do discurso (lido ou ouvido) com alguma, ou algumas teorias explicativas. Assim, poderá descobrir se está lidando com abordagens do tipo ‘construtivistas’, ‘neoliberalistas’, ‘behavioristas’, ‘positivistas’, ‘estruturalistas’, ‘dialéticas’, ‘críticas’... e por aí a fora.” (FRANCO, 2005, p. 26).

¹³ Nesse sentido, Neil MacCormick e Ota Weinberger: “It is not only enacted norms of conduct and of competence which make up a legal order. The teleological background of the legal order also counts, as does the general policy of legal rules, or the institutionalised postulates of justice and doctrinal writings of jurists, in so far as they all belong to the ‘institutional morality’ which law embodies. As we have said already, however, these are not to be understood in a *jusnaturalistic* sense, but simply as elements of the practical processes and modes of reasoning proper to law. They are to that extent, *pace* Ronald Dworkin, a part of positive law.” (MACCORMICK; WEINBERGER, 1992, p. 19).

7.727/1989) e com competência para julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais (art. 108, II, da CF), dentre as quais se incluem as relativas aos crimes contra o sistema financeiro (art. 109, VI, da CF).

A escolha do TRF da 3ª Região se deve ao fato de sua jurisdição abranger o Estado de São Paulo, unidade da federação com o maior número de instituições financeiras do país: 733, de acordo com dados do Banco Central¹⁴. Segundo estes dados, a Região Nordeste soma 205 instituições, a Norte, 93, o Centro-Oeste, 159, o Sul, 579, e os demais Estados do Sudeste, 525¹⁵. De acordo com dados de 2009, o Estado abrigava 6.799 agências¹⁶. Ademais, o maior centro financeiro do Brasil é a cidade de São Paulo.

A escolha também se justifica pela pertinência temática (FREITAS FILHO, 2009, p. 6), porquanto se pretende analisar apelações criminais de sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas por juízes de primeira instância (art. 593, I, do Código de Processo Penal), tipo de recurso que permite amplo tratamento dos fatos e do direito debatido pelas partes. Exclui-se, assim, o remédio constitucional do *habeas corpus*, contra constrangimento ilegal à liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII, da CF), o qual, em tese, não permite ampla análise das provas e possui menor espectro de matérias de direito passíveis de arguição.

No tocante à relevância decisória (FREITAS FILHO, 2009, p. 7), a identificação do direito produzido pelo TRF da 3ª Região, diante das controvérsias doutrinárias, é de grande importância para a análise do seu impacto na dinâmica das atividades das instituições financeiras do principal centro financeiro do país.

Seguidas essas etapas, realizou-se a coleta, seleção e codificação das decisões. Os critérios de codificação foram organizados numa planilha, na qual foi feito o registro dos dados das apelações a ser objeto da análise de conteúdo.

¹⁴ BRASIL. Banco Central. Quadro quantitativo de instituições por tipo e região geográfica. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r201012/T1ES_Quadro%2003%20-%20Quantitativo%20de%20institu%C3%A7%C3%B5es%20por%20tipo%20UF%20e%20regi%C3%A3o%20geogr%C3%A1fica.pdf. Acesso em 14.03.2011.

¹⁵ BRASIL. Banco Central. Quadro quantitativo de instituições por tipo e região geográfica. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r201012/T1ES_Quadro%2003%20-%20Quantitativo%20de%20institu%C3%A7%C3%B5es%20por%20tipo%20UF%20e%20regi%C3%A3o%20geogr%C3%A1fica.pdf. Acesso em 14.03.2011.

¹⁶ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Instituições Financeiras 2009. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=sp&tema=instituicoesfinanceiras2009>. Acesso em 14.03.2011.

1.2.1 Ressalva quanto ao Acesso aos Acórdãos

Os acórdãos pesquisados foram os passíveis de obtenção pelo site do TRF da 3ª Região, devendo ser feita uma ressalva quanto às limitações de acesso ao universo de todos os acórdãos do Tribunal, que se constitui num limite objetivo aos resultados do presente trabalho.

No dia 20 de junho de 2011, foi realizada uma consulta pessoal à “Divisão de Editoração, Divulgação e Acórdãos” bem como à “Divisão de Jurisprudência e Pesquisa Temática” do Tribunal, para saber como os acórdãos eram disponibilizados no seu site. A primeira informação obtida é a de que é possível obter a íntegra de qualquer acórdão na seção de “Consulta Processual” do site, desde que se tenham os dados relativos às partes, ao advogado ou ao número do processo, e que não estejam sob segredo de justiça¹⁷. Isso significa que apenas os interessados diretos sobre determinado processo terão garantido o acesso aos acórdãos. A segunda informação obtida é a de que, na seção do site destinada à “Pesquisa Temática”¹⁸, a Divisão de Jurisprudência e Pesquisa Temática seleciona os acórdãos que terão palavras-chave cadastradas e incluídas no sistema de busca. Logo, apenas uma parte dos acórdãos do Tribunal relativos a determinado tema estão disponíveis para a consulta destinada ao público em geral.

A triagem dos acórdãos é realizada pelos funcionários da Divisão de acordo com os seguintes critérios: (a) novidade e; (b) ausência de posicionamento repetitivo nos últimos seis meses. Quando um acórdão é encaminhado à Divisão por um órgão do Tribunal, o funcionário verifica no sistema se o acórdão traz um posicionamento novo sobre determinado tema. Caso verifique a novidade, o acórdão é cadastrado. Não sendo o caso de novidade, o funcionário verifica, no sistema, se há muitas repetições relativas ao posicionamento do acórdão – não há um número preciso, ficando a critério do funcionário. Caso não haja muitas repetições, o acórdão é cadastrado. Do contrário, se o funcionário verifica que há muitas repetições, o acórdão não é cadastrado. Os acórdãos de posicionamento repetido que chegam à Divisão deixam de ser cadastrados pelo prazo de seis meses. Transcorrido o prazo, um acórdão com o posicionamento outrora repetido, volta a ser cadastrado, e, assim,

¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Consulta Processual. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26>. Acesso em 21.06.2011.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Pesquisa Temática de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>. Acesso em 21.06.2011.

sucessivamente. Segundo as Divisões, o objetivo da triagem é tornar acessíveis ao público os vários posicionamentos do Tribunal.

Logo, o presente trabalho tem como universo as decisões que a Divisão de Jurisprudência e Pesquisa Temática do TRF da 3ª Região resolveu publicar e os resultados obtidos deixarão de refletir com exatidão a forma como a Corte julga os crimes selecionados.

1.2.2 Formação do Banco de Dados

O universo da amostra selecionada corresponde ao conjunto de decisões do Tribunal Regional Federal da 3ª Região disponíveis no portal de “PESQUISA TEMÁTICA DE JURISPRUDÊNCIA” do site¹⁹ no período de 2001 a 2010 para os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária. Os acórdãos objeto de seleção são os de apelação criminal, que contêm a classificação “ACR – APELAÇÃO CRIMINAL”. Os critérios de seleção por data, matéria e fonte são objetivos de modo a evitar vieses na coleta de acórdãos (HALL; WRIGHT, 2008, p. 102). As escolhas pelas expressões de busca nas ementas <“GESTAO FRAUDULENTA”> e <GESTAO TEMERARIA> foram as que permitiram a coleta do maior número de acórdãos com o maior grau de precisão. Os critérios são replicáveis, permitindo que outros pesquisadores repitam os mesmos passos e obtenham as mesmas decisões. Isso atende ao principal critério da seleção sistemática de casos, que é, justamente, a replicabilidade²⁰ (HALL; WRIGHT, 2008, pp. 79-80). A replicabilidade é o que confere

¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Pesquisa Temática de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>. Acesso em 14.03.2011.

²⁰ “At the most basic level, empirically minded legal scholars can be more systematic in selecting cases for analysis. Interpretive legal scholars present the cases that interest them, often with no discussion at all about where they found the cases or why they selected them over other candidates for discussion. The reader depends on the author's judgment about which cases are worth reading, that is, which are the “leading cases” that best illustrate the legal issue in question. Content analysis, in sharp contrast, insists on replicability. Empirical legal scholars can achieve this first principle simply by specifying a reproducible selection of cases. This entails deciding which opinions might answer the research question, articulating the selection criteria, and then reading the opinions. (...) it is good research discipline to define a relevant selection of cases beforehand and to document how they were located, just as a careful historian might do, even if it is not necessary to include the documentation in every publication. Disciplined research is more likely to uncover all the relevant cases, and it guards against subliminal biases in selecting only cases that prove the author's point.” (HALL; WRIGHT, 2008, pp. 79-80).

objetividade científica ao trabalho de análise de conteúdo²¹ (HALL; WRIGHT, 2008, pp. 105-106).

Os acórdãos foram coligidos num banco de dados eletrônico separados em pastas destinadas a cada crime e com subpastas ordenadas por ano. As páginas “PESQUISAR” e “RESULTADOS” foram salvas com os dados inseridos no sistema e com as referências aos acórdãos que apareceram. Os acórdãos de cada ano foram arquivados nas respectivas pastas.

O detalhamento do processo de seleção dos acórdãos consta do Apêndice I do presente trabalho.

A coleta das decisões no site do TRF da 3ª Região (www.trf3.jus.br) e o arquivamento em pastas, para a formação do banco de dados, foram realizados entre os dias 14 e 22 de março de 2011. O banco teve de ser revisto no decorrer do processo de análise dos acórdãos e foi consolidado em 28 de junho de 2011.

Ao final, foram obtidos 33 (trinta e três) acórdãos sobre gestão fraudulenta, e 9 (nove) acórdãos sobre gestão temerária. Como existe 1 (um) acórdão repetido nas duas buscas, que será analisado mais de uma vez, ao final foram obtidos 41 (quarenta e um) acórdãos.

Tal número é compatível com pesquisas sobre análise de conteúdo nos Estados Unidos; dentre 134 projetos realizados entre 1956 e 2006, 26 projetos tinham menos de 100 decisões, o que corresponde a 19% do total (HALL; WRIGHT, 2008, p. 72 e p. 102).

A apresentação dos critérios de codificação para a análise das decisões, tabuladas em planilha específica, consta do Apêndice I e serão mencionados juntamente com a exposição dos resultados obtidos para cada crime. Trata-se de critérios igualmente replicáveis, de modo a conferir objetividade científica ao trabalho (HALL; WRIGHT, 2008, pp. 105-106) e que necessariamente tiveram de ser definidos previamente²² à análise dos acórdãos (HALL; WRIGHT, 2008, p. 109).

²¹ “An essential attribute of scientific objectivity is *replicability* – the ability, at least in theory, to test a research project by reproducing its findings using the same methods. Replicability is the overriding reason for using systematic content analysis. This is what confers scientific *status* on research findings.” (HALL; WRIGHT, 2008, pp. 105-106).

²² “When categories are finalized, good coding practice requires researchers to record their description of the working categories and their instructions for applying the categories. This is necessary not only if someone other than the researcher, such as student assistants, performs the coding; it is also necessary even if authors do their own coding because the scientific standard of replicability requires a written record of how categories were defined and applied.” (HALL; WRIGHT, 2008, p. 109).

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Apresentam-se neste capítulo as bases teóricas que fornecem a perspectiva para o tratamento dos problemas de pesquisa. Na primeira parte, são abordados os paradigmas do direito penal tradicional e do paradigma do direito penal do risco, que podem orientar o discurso judicial. Na segunda parte, apontam-se as controvérsias quanto à legitimidade das transformações do direito penal do risco. Em seguida, são tratadas as críticas da doutrina às falhas de definição dos principais crimes afetos à administração das instituições financeiras que decorreram da forma como foi elaborada a Lei 7.492/1986. Ao final, abre-se o ponto de vista para a análise empírica.

2.1 Paradigmas de Direito Penal

Na atualidade, pode-se afirmar a co-existência de dois paradigmas de direito penal: o direito penal tradicional e, fruto das transformações de categorias deste, o direito penal do risco. Tais paradigmas decorrem de estudos de teoria geral do direito penal, que busca destacar quais as principais características que os definem e os distinguem valendo-se de tipos ideais. Apesar da limitação desta técnica, para os fins do presente trabalho, ela é útil para destacar duas concepções de direito penal que influenciam de diferentes maneiras o discurso jurídico sobre a legalidade e ilegalidade de determinadas condutas, como será sintetizado no item 2.1.3 *infra*.

2.1.1 Direito Penal Tradicional

Chama-se de direito penal tradicional àquele cuja concepção científica é comum às diversas variantes encontradas na Europa Continental e na América Latina, decorrente do Iluminismo e elaborado cientificamente nas primeiras décadas do século XX (YACOBUCCI, 2005, p. 31). Seu desenvolvimento iniciou-se a partir do final do século XVIII, e ganhou corpo no século XIX, com a preocupação de proteger direitos subjetivos dos indivíduos e

impor limites ao poder punitivo do Estado, de modo a evitar as arbitrariedades do Antigo Regime (GOMES, 2005, p. 17). Assim, surgiram as duas principais finalidades do direito penal: (a) proteção de bens jurídicos e; (b) garantia da liberdade individual ante o *jus puniendi* estatal (GOMES, 2005, pp. 18-19). Tais finalidades são congruentes no contexto de um Estado Liberal, que tinha por missão garantir apenas e tão somente a certeza da aplicação do direito, ou seja, garantir as ‘regras do jogo’ (MACHADO, 2005, pp. 104-106).

Dessa forma, o direito penal só poderia incidir nos casos de condutas previamente definidas e determinadas em lei (princípio da legalidade) em que houvesse lesão ou perigo concreto de lesão a bens jurídicos fundamentais (princípio da ofensividade), devendo ser aplicado de forma equilibrada e proporcionada (princípio da proporcionalidade), quando não fosse possível recorrer a outros ramos do ordenamento (princípio da subsidiariedade) (GOMES, 2005, pp. 20-21). Segundo tais postulados, é possível identificar com clareza o autor do crime, sua conduta, o dano visível e a vítima (GOMES, 2005, p. 22).

Abstraindo-se as diferenças de escolas penais e variações de teorias do delito e da pena, o paradigma do direito penal tradicional, típico da modernidade, legitimou-se consoante as seguintes características destacadas por Guillermo Jorge Yacobucci (2005):

(a) *direito penal como ramo do direito público*. Sua legitimidade decorre da racionalidade legal da autoridade estatal detentora do monopólio do uso da força a ser obedecida por todos, em prol da proteção dos direitos subjetivos (YACOBUCCI, 2005, p. 32).

(b) *formalização do direito penal*. O direito penal está vinculado às formas definidas por lei, sendo aplicado por um poder burocrático impessoal característico do Estado moderno, de modo a evitar arbitrariedades pelo julgador (YACOBUCCI, 2005, pp. 32-33).

(c) *centralidade do bem jurídico*. O bem jurídico é o centro justificador da normatividade penal, de modo a limitar o poder legislativo. A criação de tipos penais só se justifica pela existência de um bem jurídico vinculado ao indivíduo que seja determinado, concreto, certo, visível e passível de verificação, como a vida, a integridade física e a propriedade (YACOBUCCI, 2005, p. 33 e 36).

(d) *princípio da legalidade dos crimes e das penas*. O princípio da legalidade incorpora os atributos da formalização e da centralidade do bem jurídico. Não há crime nem pena sem lei anterior que o defina. A lei penal deve ser escrita, não-retroativa, não passível de analogia e com descrição clara e certa da conduta proibida de modo a garantir segurança e previsibilidade à vida cotidiana dos indivíduos (YACOBUCCI, 2005, p. 34).

(e) *prevenção geral negativa como principal finalidade do direito penal*. Uma vez que a lei defina uma conduta como crime, que passa a ser de conhecimento potencial de todos, a ameaça da pena serve para dissuadir os indivíduos de praticar a conduta incriminada²³ (YACOBUCCI, 2005, p. 34).

(f) *discussão de outros fins da pena de forma empírica*. Dado que a prevenção geral negativa era a principal finalidade da pena, de modo a proteger bens jurídicos, as demais discussões sobre os critérios da prevenção geral ou especial, valorização de tratamento ou da simples retribuição, se davam de forma empírica, em razão das peculiaridades da conduta e da pessoa do agente, implicando na imposição de pena a agentes culpáveis e de medidas de segurança a agentes perigosos (YACOBUCCI, 2005, p. 35).

(g) *não preocupação com a vítima pelo direito penal*. A reparação de danos à vítima decorrentes do crime deve ser pleiteada na esfera cível. Cabe ao direito penal apenas restaurar a ordem normativa e a paz social afetada pela prática do delito (YACOBUCCI, 2005, p. 35).

(h) *obrigação de o indivíduo respeitar o contrato social*. O indivíduo deve obediência à lei penal de modo a preservar a sua própria tranquilidade. O agente que viola a lei descumpre as obrigações sociais e deve arcar com as consequências. Os indivíduos devem respeitar os bens dos outros (YACOBUCCI, 2005, p. 36).

(i) *tipificação, em regra, de condutas proibidas como crimes comissivos dolosos e de resultado*. A teoria do delito partiu do modelo de ação, nexos causal e resultado naturalístico doloso como regra para a incriminação de condutas. Com o tempo, foram se admitindo a omissão, descumprimento de um dever normativo que causou o resultado, e a modalidade culposa, com a violação de um dever de cuidado (YACOBUCCI, 2005, p. 37).

(j) *adequação da teoria do delito a critérios naturais ou empíricos*. Procurava-se construir o crime com base em critérios das ciências naturais, tomando-se por base processos causais, em vez de critérios valorativos ou normativos de imputação. A primeira teoria do crime da corrente causalista filiou-se a esse preceito (YACOBUCCI, 2005, p. 37).

(k) *reconhecimento de uma finalidade da conduta humana*. A ordem social possui seus fins e o indivíduo, dotado de livre-arbítrio pode decidir agir segundo as finalidades

²³ Guillermo Jorge Yacobucci ao destacar este tópico, ressalva que, na fase de execução da pena, esta se volta ao fim de prevenção especial (YACOBUCCI, 2005, p. 34). Todavia, o contraste com o paradigma do direito penal do risco reside no fato de que a ênfase na prevenção geral negativa cede espaço para a prevenção geral positiva, o que será visto no item 2.1.2 letra 'd' *infra*.

sociais ou não. Com base nisso, mas partindo de uma base ontológica, foi formulada a teoria finalista, pelo qual o indivíduo pode controlar os cursos causais da sua conduta antevendo as suas consequências (YACOBUCCI, 2005, pp. 37-38).

(l) *reconhecimento do princípio da culpabilidade*, consistente na vinculação entre a conduta e o indivíduo como condição para a imposição da pena. Por esse pressuposto, o indivíduo não pode ser responsabilizado por meros processos causais, danos ou riscos criados sem que tenha agido dolosa ou culposamente, recaindo-lhe um juízo de reprovação. Afasta-se, destarte, a responsabilidade objetiva (YACOBUCCI, 2005, p. 38).

(m) Por fim, tem-se a *adoção da dogmática penal positivista como modelo científico de construção do saber penal*. Seu objeto de estudo são o direito positivo (leis e códigos) a ser analisado pelo método dedutivo. Busca-se separar o jurídico do político, ou seja, ciência/dogmática penal de política criminal (YACOBUCCI, 2005, p. 39).

2.1.2 Direito Penal do Risco

As características anteriormente descritas do direito penal tradicional foram transformadas do ponto de vista político e científico (YACOBUCCI, 2010, pp. 39-40). Tais mudanças têm sido lidas como decorrência da segunda modernidade ou sociedade de risco, tanto no plano da política como no da ciência e tecnologia²⁴ (BECK, 2010). Assim como

²⁴ De acordo com a teoria sociológica de Ulrich Beck (2010), a sociedade industrial do século XIX transformou-se na segunda metade do século XX numa sociedade de risco. Na primeira modernidade, havia uma separação entre a sociedade e a natureza; na segunda modernidade, a sociedade industrial absorve a natureza. A socialização desta traz consigo novos riscos e incertezas: se antes os riscos derivavam de perigos e catástrofes naturais e atingiam grupos específicos, agora os riscos são globalizados, atingem a todas as pessoas, e derivam do próprio desenvolvimento da sociedade, da ciência-tecnologia e da economia (BECK, 2010, p. 9-10). Os novos riscos e incertezas afetaram todas as principais categorias sociais como classes, família nuclear, trabalho assalariado e demais formas de vida da sociedade industrial. Os avanços da própria modernidade provocaram a sua transformação (BECK, 2010, pp. 107 e ss.). Na sociedade de risco, a lógica da produção de riqueza é substituída pela lógica da produção de riscos. Além dos conflitos de distribuição de uma sociedade marcada pela escassez, somam-se os conflitos decorrentes da produção, definição e distribuição dos novos riscos (BECK, 2010, p. 23). Os novos riscos derivados das forças de produção, notadamente químicas e nucleares, ameaçam a civilização e modificam as noções que condicionavam a ação no mundo da primeira modernidade, como espaço-tempo, trabalho-ócio e Estado nacional com fronteiras delimitadas (BECK, 2010, p. 24). Os riscos da segunda modernidade caracterizam-se por sua invisibilidade, irreversibilidade, dependência interpretativa de suas causas pela ciência e por processos sociais de definição (BECK, 2010, p. 27), bem como por sua incalculabilidade (BECK, 2010, pp. 261-263). Dado o potencial catastrófico de seus efeitos colaterais, os novos riscos, quando discutidos na esfera pública, sob a necessidade de gerenciamento e prevenção, podem implicar numa reorganização do poder e da responsabilidade (BECK, 2010, pp. 27 e 28). Além disso, caracterizam-se pela dificuldade de encontrar causas que os determinem, dada a multiplicidade de fatores, tornando inadequado o princípio da causalidade para encontrar responsáveis (BECK, 2010, pp. 76 e 77).

ocorrido em outras esferas sociais e categorias, a sociedade de risco provocou mudanças nos conceitos e nas razões de ser do direito penal. Daí a utilização da expressão direito penal do risco, para designar essa nova concepção²⁵ (DIAS, 2001; PRITTWITZ, 2004; DIAS NETO, 2005). O direito penal tradicional seria o paradigma da sociedade industrial. O direito penal do risco é o paradigma surgido com a sociedade de risco.

As transformações identificadas e pontuadas por Yacobucci são as seguintes:

(a) *flexibilização das formas legais e do caráter público e cogente do direito penal*. Esse fenômeno ocorre com: maior papel da vítima dentro da resposta penal, que deixa de ser impositiva e adquire contornos dispositivos, permitindo que a reparação à vítima tenha consequências penais e processuais penais, ao lado das penas e das medidas de segurança. Essa possibilidade de consenso representa uma flexibilização das formas legais, relativizando o caráter formal do direito penal²⁶ (YACOBUCCI, 2005, pp. 40-41).

(b) *crise do conceito de bem jurídico*. O conceito de bem jurídico entra em crise a partir do fenômeno da expansão do direito penal. Surgem novos bens jurídicos, desprovidos de concretude e com caráter supra-individual abrangendo, por exemplo, programas de organização do Estado, ordem econômica, padrões de segurança, meio ambiente e saúde pública. Além disso, na dogmática penal, o bem jurídico perde a sua centralidade, cedendo espaço para a reafirmação da vigência das normas sociais, para garantir expectativas normativas (YACOBUCCI, 2005, p. 43). Neste ponto, cabe observar que a tutela de bens jurídicos supra-individuais se deu exatamente para fazer frente aos novos riscos tecnológicos da Sociedade de Risco, como observa Marta Rodriguez de Assis Machado (MACHADO, 2005, pp. 102-103). A concepção de um bem jurídico materializado e individual servia para delimitar a intervenção do direito penal, no contexto de um Estado Liberal, como dito

²⁵ Ao comentar tais transformações, Jorge de Figueiredo Dias utiliza a expressão direito penal do risco: “(...) Tudo isto estaria, no todo ou em partes, na palavra ou no espírito do atual requisitório a favor de um direito penal do risco.” (DIAS, 2001, p. 51). O mesmo consta do artigo ‘O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal’ de Cornelius Prittwitz (PRITTWITZ, 2004) e na obra de Theodomiro Dias Neto: “O sistema penal reivindica a extensão de suas competências regulatórias, movendo-se da função tradicional de proteção de bens jurídicos individuais para a proteção preventiva de bens jurídicos difusos (...). Subprodutos típicos do chamado ‘Direito Penal do risco’ são os delitos de perigo abstrato, que antecipam a esfera da punibilidade para momentos prévios à lesão, os tipos abertos e as normas penais em branco, recursos usados em matérias que envolvem intenso conflito de interesses e alto grau de complexidade técnica, como no Direito Penal ambiental, onde o legislador transfere ao Judiciário e à administração a responsabilidade pela definição do sentido e alcance da norma.” (DIAS NETO, 2005, pp. 96-97). As mudanças de paradigma do direito penal também foram tratadas por Klaus Günther (GÜNTHER, 2000, pp. 489-505).

²⁶ Exemplo disso é a possibilidade de conciliação e composição civil dos danos previstos da Lei dos Juizados Especiais Criminais para as infrações penais de pequeno potencial ofensivo.

(MACHADO, 2005, pp. 104-106). Todavia, a partir da segunda metade do século XX, num contexto do Estado de Bem Estar Social nos países desenvolvidos e de Estado Desenvolvimentista em alguns países emergentes, cujas características são a consecução de políticas econômico-sociais positivas, criou-se a noção de bem jurídico imaterial, ou seja, construído artificialmente pelo Estado, que passou a ter o papel de: garantir a segurança dos bens; administrar os riscos que os ameacem; e lidar com os respectivos conflitos. A esse processo de transformação conceitual é o que se chama de *desmaterialização* do bem jurídico²⁷ (MACHADO, 2005, pp. 106-112).

(c) *flexibilização do princípio da legalidade penal*. A tutela de bens jurídicos imateriais e supra-individuais, implica numa maior edição de normas penais em branco, cujo objeto sobre o qual recai a conduta nela indicada está localizado em outra norma que lhe complementa, em geral de caráter *extrapenal*, isto é, civil, administrativa, ambiental e outras, por razões de conveniência diante das transformações constantes da realidade, como, por exemplo, mudanças do desenvolvimento científico e das conjunturas econômicas. Não obstante tenha se entendido a compatibilidade da norma penal em branco com o princípio da legalidade, na prática, ela constitui-se num problema para a análise do dolo, da aplicação da lei penal mais benéfica, do erro de fato, do erro de proibição e de elementos da culpabilidade. O mesmo se dá com a questão da proibição de analogia, com a enumeração de elementos semelhantes dentro do tipo, e a profusão de *standards* e elementos normativos a serem completados pelo entendimento do juiz, relativizando-se a taxatividade/certeza ínsita ao princípio da legalidade (YACOBUCCI, 2005, p. 43). Esse movimento relaciona-se com o processo de ‘administrativização’ do direito penal. O direito penal passa a ser utilizado como instrumento de gerenciamento de risco para evitar práticas de condutas arriscadas, violadoras de determinado padrão de segurança (MACHADO, 2005, p. 170-173).

(d) *legislação penal deixa de ter finalidade primordial de prevenção geral negativa e passa a visar uma prevenção geral positiva ou integrativa*. Busca-se a reafirmação social e a fidelidade a normas e valores. Encara-se o indivíduo como cidadão, que segue as regras com base em boas razões para respeitá-las. A reação do sistema de justiça à ocorrência de um delito comunica aos cidadãos que o ordenamento jurídico tem normas vigentes e operativas. A prevenção geral positiva assim, segundo Yacobucci, “se instala no campo da comunicação e da significação social das condutas” (YACOBUCCI, 2005, pp. 43-44). Destarte, em razão

²⁷ Para uma visão dos debates sobre as transformações do conceito de bem jurídico: HEFENDEHL, 2007.

dessa transformação, os fins de retribuição e de prevenção especial atribuídos à pena perdem espaço. A pena dirige-se ao cidadão e não ao sujeito que cometeu o crime. Dessa forma, a pena possui, primordialmente, um sentido social, e não meramente individual. Logo, são possíveis novas formas de sanção como a reparação à vítima e/ou ao Estado, que comuniquem aos cidadãos a reafirmação das normas e valores violados pela prática do ilícito penal (YACOBUCCI, 2005, p. 44).

(e) *descodificação do direito penal*. Verifica-se a quebra do objetivo unificador de um direito penal harmônico e codificado diante da proliferação de leis especiais com institutos específicos dotados de racionalidades próprias (YACOBUCCI, 2005, p. 44).

(f) *delito de lesão deixa de ser a principal forma de tipificação, cedendo lugar aos tipos de perigo*. A técnica de incriminação de condutas como tipos de lesão deixa de ser a regra, tendo sido privilegiados os tipos de perigo abstrato, os quais prescindem de um resultado naturalístico²⁸. Tal movimento de antecipação da tutela penal tem sido justificado pela demanda de proteção dos novos bens jurídicos imateriais e supra-individuais, cujo potencial catastrófico de eventual lesão, no quadro da sociedade de risco, justifica que se torne crime a violação de um padrão de risco socialmente permitido. Nas palavras de Guillermo Yacobucci:

“Muitas dessas questões aparecem justificadas pelas mudanças ocorridas na estrutura social. Hoje se fala de uma sociedade de riscos em que se deve atender a situações especiais em áreas muito complexas do meio ambiente, das finanças, do mercado, etc. A partir desses critérios se sustenta que a legislação penal deve adiantar-se à lesão dos bens que pretende proteger. Isso significa que a técnica legislativa deve deixar de lado o modelo de delitos de lesão para adotar tipos penais de perigo (incluindo-se aí o perigo abstrato). As razões para esse adiantamento da tutela penal residiram em que uma lesão desses bens macrossociais seria de tamanha importância que a função do direito penal resultaria inútil (não se pode esperar a lesão; deve-se punir desde logo o mero perigo). Os tipos penais de perigo abstrato admitem um ‘adiantamento’ e a aplicação da sanção só com o comprovar-se que se superou o padrão de risco socialmente permitido” (YACOBUCCI, 2005, pp. 44-45).

Segundo Marta Machado, a antecipação da tutela penal por meio dos tipos de perigo abstrato opera-se pela conversão da própria segurança das pessoas à categoria de bem jurídico na sociedade de risco, bem como pela aplicação do *princípio da precaução*, consistente na adoção de medidas voltadas à prevenção dos novos riscos, mesmo diante da ausência de evidências sobre a potencialidade lesiva de certas práticas ou produtos. Com isso, facilita-se a

²⁸ Para uma discussão do debate sobre a adequação da técnica do crime de perigo abstrato para a tutela bens jurídicos supra-individuais confira-se: GRECO, 2011.

imputação de responsabilidade penal a pessoas físicas e jurídicas (MACHADO, 2005, pp. 128-137). Por sua vez, Pierpaolo Cruz Bottini diz que:

“A expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco. Pode-se afirmar que os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco” (BOTTINI, 2010, pp. 119-120).

(g) *a antecipação da tutela penal reflete-se também na adoção maior de tipos omissivos e culposos*. Nas duas técnicas subjaz a ideia de atribuição de deveres de proteção dos novos bens jurídicos a pessoas específicas, que passam a ser responsáveis pela segurança deles. O descumprimento do dever legal ou de cuidado implica, assim, na responsabilidade penal (YACOBUCCI, 2005, p. 46).

(h) *conceitos da teoria do delito gradualmente desvinculam-se de uma realidade natural ou ontológica, nos termos da nova legislação*. O crime de homicídio doloso deixa de ser o caso emblemático do direito penal, cedendo espaço para o descumprimento de deveres e obrigações. A lesão causada por processos naturais perde espaço para modificações cujas causas não se verificam de modo empírico. Os conceitos se normativizam e tornam-se dependentes de seus fins e funções próprios, e não de aspectos naturais. A liberdade, por exemplo, deixa de ser um conceito psicológico e torna-se base para um juízo de reprovação. Segundo Guillermo Yacobucci, com a teoria da imputação objetiva, a tarefa do juiz passa a ser a de “‘imputar’ consequências – ações ou resultados – não (tanto) em comprovar cursos causais. Além disso, mesmo admitindo que reste um âmbito para a causalidade, esta será tratada desde uma perspectiva estatística, valorativa, quer dizer, bastante normativizada” (YACOBUCCI, 2005, p. 46)²⁹.

(i) *desaparecimento da fronteira entre política criminal e dogmática penal no âmbito do saber penal*. Com isso, Guillermo Yacobucci afirma que: “o novo pensamento penal aparece então aberto a questões que não são neutras do ponto de vista valorativo ou mesmo em relação aos fins perseguidos. A discussão tem levado o saber penal a se deslocar para os saberes práticos”. E completa:

“Hodiernamente Jakobs tem dito que lamentavelmente o direito penal se parece a uma técnica e não a uma teoria humanística. Sua tese, embora sustentada com resignação, é de uma crua tecnocracia penal. A outra opção é de ordem prático-

²⁹ Sobre este ponto, Antonio Luis Chaves Camargo chamou a atenção acerca da carência, no Brasil, da construção de uma teoria do delito em consonância com o paradigma do direito penal do risco estabelecendo uma definição normativizada de delito e novas funções da pena, destacando que somente a aprovação de uma nova Parte Geral do Código estimularia “a reformulação dos estudos dogmáticos jurídico-penais e da política criminal, na ciência penal brasileira.” (CAMARGO, 2001, p. 14).

moral. Porém aqui se deve debater sobre critérios utilitários, personalistas etc., sobre os quais ainda não haja acordo. Nesta encruzilhada é que se encontra hoje o saber penal”. (YACOBUCCI, 2005, p. 48).

(j) *adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, como decorrência da necessidade de tutela do bem jurídico supra-individual (MACHADO, 2005, p. 145). A empresa consolidou-se como padrão de organização da sociedade de risco e, com o tempo, as empresas foram utilizadas para a prática de crimes e constituíram-se na principal ameaça aos bens jurídicos supra-individuais. Portanto, além da liberdade de atuar como sujeito de direitos, era necessário também que a pessoa jurídica respondesse penalmente pelos danos decorrentes dessa liberdade. (MACHADO, 2005, pp. 145-149).

2.1.3 Alternativas de Discurso

De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, saber direito significa elaborar de forma autônoma decisões jurídicas acerca da proibição, permissão ou obrigatoriedade de um fato ou conduta (LOPES, 2006, p. 42). O direito, assim como uma língua, é um sistema de regras que possibilita discursos e, também, a realização dos próprios discursos:

“(…) Creo que éste es un buen comienzo para entender el derecho, ya que – al igual que la lengua – el derecho es al mismo tiempo un sistema de reglas que permite discursos (el derecho como objeto de una teoría general o de una dogmática jurídica) y la realización de los discursos mismo (el derecho como aplicación de las reglas a los casos concretos, por decisión de los tribunales, dictámenes o respuestas frente a consultas, etcétera).” (LOPES, 2006, p. 47).

A tabela da próxima página sintetiza as diferenças entre os dois paradigmas mencionados. Trata-se de duas concepções de direito penal que podem produzir discursos distintos de imputação acerca da proibição, permissão ou obrigatoriedade de determinadas condutas. Ou seja, condutas que sejam consideradas crimes por um discurso próximo do paradigma do direito penal do risco, podem não o ser diante do paradigma do direito penal tradicional.

Tabela 1: Paradigmas de direito penal

DIREITO PENAL TRADICIONAL	DIREITO PENAL DO RISCO
<ul style="list-style-type: none"> - Caráter de direito público e cogente - Formalizado, codificado e ideal de sistematização e de harmonia - Princípio da legalidade e taxatividade - Fim da pena predominante de prevenção geral negativa para proteção de bens jurídicos além da retribuição e prevenção especial - Responsabilização de pessoas físicas - Princípios da ofensividade, proporcionalidade e culpabilidade - Fim primordial de preservação de Garantias individuais - Bem jurídico concreto e individual - Prevalência de incriminação de condutas por tipos de lesão - Imputação de responsabilidade com base em processos de causalidade - Teoria do Delito com base em conceitos ontológico-antropocêntricos 	<ul style="list-style-type: none"> - Partes de caráter dispositivo, consensual - Descodificação, profusão de leis especiais com racionalidades próprias - Flexibilização da legalidade e taxatividade, profusão de normas penais em branco, elementos normativos e <i>standards</i> - Fim da pena predominante de prevenção geral positiva para a reafirmação de normas e valores sociais, com função comunicativa - Responsabilização de pessoas físicas e jurídicas - Flexibilização dos princípios da ofensividade, proporcionalidade e culpabilidade - Fim primordial de Eficiência na prevenção de novos riscos - Bem jurídico imaterial e supra-individual - Prevalência de incriminação de condutas por tipos de perigo abstrato, omissivos e culposos (antecipação da tutela penal) - Imputação de responsabilidade com base em consequências (ações ou resultados) - Teoria do Delito com base em conceitos normativizados

Fonte: Elaboração própria a partir de YACOBUCCI, 2005 e MACHADO, 2005.

A possibilidade de discursos³⁰ diversos pode ocorrer na interpretação dos crimes de perigo abstrato³¹ na tutela dos bens jurídicos supra-individuais³². Exemplos expressivos dessas diferenças são duas posições descritas por Pierpaolo Cruz Bottini para justificar a

³⁰ Sobre a dimensão discursiva do direito, confira-se: FERRAZ JR., 1973.

³¹ Adota-se, no presente trabalho, a classificação geral dos crimes quanto à materialidade presente na obra de Bottini: “O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou perigo concreto. Desta forma, no homicídio, exemplo clássico de crime de lesão (...) o resultado de dano é parte integrante, expressamente indicado no tipo penal. O mesmo ocorre nos delitos de perigo concreto, como o delito de poluição (...) ou de incêndio (...), nos quais a situação concreta de exposição ou de ameaça de um bem jurídico faz parte da redação do tipo. Os crimes de perigo abstrato, por outro lado, prescindem da referência a fenômenos externos à atividade descrita como ilícita. Sob o aspecto formal, a mera prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal. É o que ocorre, por exemplo, no delito de porte irregular de arma de fogo (...), em alguns crimes contra o meio ambiente (...), no crime de tráfico de drogas (...), ou em algumas atividades descritas na Lei de Biossegurança (...). O núcleo do injusto penal é a conduta praticada: o desvalor reside na ação e não no resultado, dispensado para a configuração formal do ilícito.” (BOTTINI, 2010, pp. 113-115).

³² A elaboração de uma tipologia extensa dos crimes de perigo abstrato foge dos objetivos do presente trabalho. Para tanto, confira-se a discussão teórica em: BOTTINI, 2010, e GRECO, 2011.

configuração de crimes de perigo abstrato no caso de riscos imprevisíveis ou de difícil previsão:

(a) Aproximando-se da lógica do direito penal do risco, bastaria ao juiz verificar o enquadramento formal do fato ao tipo penal como suficiente para a condenação de alguém pelo crime de perigo abstrato, tendo por fundamento o princípio da precaução. Para essa concepção formalista:

“o injusto dos tipos de perigo abstrato decorre da mera infração do texto legal, sem nenhuma remissão a critérios materiais de aferição da tipicidade ou ao contexto concreto em que se deu a atividade. (...) A opção política do Poder Legislativo de utilizar o direito penal como instrumento de gestão de riscos nas hipóteses de precaução seria substrato suficiente para a legitimidade dos tipos em comento.” (BOTTINI, 2010, p. 260).

(b) Por outro lado, numa segunda concepção que procurasse harmonizar o princípio da precaução com os princípios da ofensividade e legalidade do direito penal tradicional, não bastaria a subsunção do fato ao tipo penal, devendo o juiz verificar se a conduta do agente é capaz de produzir danos potenciais previsíveis. Nesta proposta, que utiliza critério material de tipicidade, percebe-se a potencialidade lesiva do ato ou perigosidade:

“como atributo nuclear da ação penalmente relevante: logo, a conduta típica será exclusivamente aquela que oferece risco ao bem jurídico, sob uma perspectiva *ex ante*. (...) esta linha de pensamento situa o injusto dos delitos de perigo abstrato na capacidade do comportamento, ainda que potencial e não verificada em concreto, de causar danos: portanto, a aplicação legítima do direito penal sobre atos que extrapolem os limites de precaução exigirá uma construção mais sofisticada, na busca por outros elementos que permitam a utilização da pena.” (BOTTINI, 2010, p. 262).

Vê-se que as duas posições refletem discursos mais próximos de um paradigma ou de outro: uma posição formal, mais próxima do paradigma do direito penal do risco e outra, material, mais próxima do direito penal tradicional. Todavia, existe controvérsia na doutrina penal quanto à legitimidade da posição próxima ao direito penal do risco.

A divergência tem ampla repercussão no campo do direito penal econômico, que regula crimes ligados à atividade econômica e tutela bens jurídicos supra-individuais como o mercado financeiro, o meio ambiente, a ordem tributária ou a defesa do consumidor etc., área onde se manifesta “a expansão do direito penal” (SILVA SÁNCHEZ, 2002; SILVEIRA, 2006).

2.2 Controvérsia na Doutrina quanto à Legitimidade do Direito Penal do Risco

Há controvérsia na doutrina penal quanto à compatibilidade do direito penal do risco com os princípios do Estado Democrático de Direito. De um lado pode-se citar a Escola de Frankfurt, representada por autores como Winfried Hassemer e Cornelius Prittwitz que o rejeitam por considerá-lo ineficaz, violador de garantias fundamentais e da função exclusiva do direito penal de proteção a bens jurídicos materiais (HASSEMER, 1998. PRITTWITZ, 2004). De outro, há os que o defendem, como a Escola de Munique, de que é exemplo Bernd Schünemann, que deixa de lado o debate sobre o bem jurídico em favor do debate acerca da estrutura do delito, ressaltando a insuficiência do direito administrativo para coibir os novos riscos (SCHÜNEMANN, 2002; SCHÜNEMANN, 2005)³³.

2.2.1 Críticas às Transformações

Hassemer aponta quatro motivos para a inadequação do direito penal do risco, com base na experiência da tutela penal do meio ambiente na Alemanha. O primeiro reside na dependência do direito administrativo pelo direito penal, o qual deixa de aplicar-se autonomamente, em razão da acessoriedade administrativa. Por exemplo, a definição do fato lesivo ao meio ambiente fica nas mãos da Administração Pública e não do Judiciário, o qual não tem poderes de definir o ilícito com base exclusivamente na lei. Cabe à Administração, por exemplo, definir os limites admissíveis de poluição. Na prática, afirma o autor, “a matéria da ilicitude penal passa a ser objeto de negociação entre a Administração e o potencial infrator. Com isto, o direito penal perde a credibilidade para a generalidade dos cidadãos” (HASSEMER, 1998, pp. 31-32).

Em segundo, dado que dentre as sanções do direito penal inclui-se a pena privativa de liberdade, esta só é compatível com base na imputação de condutas individuais e não coletivas. É impossível para o Juiz determinar responsabilidades individuais no direito penal do ambiente. De fato, ocorre uma conjugação de vontades complexa, que envolve todo o

³³ O debate colocado nesse item, apesar de se mencionar autores da Alemanha, tem como fonte principal artigos publicados na Revista Brasileira de Ciências Criminais, que influenciam a doutrina nacional. Em razão de os textos desses autores dialogarem entre si, foram escolhidos como representativos para os fins do estabelecimento do referencial teórico desta dissertação.

conselho de Administração ou diretoria de uma empresa, bem como se torna difícil saber se o fato decorreu de uma ação ou omissão. Na prática, salienta o autor:

“pouquíssimos são os responsáveis dentro de um vasto grupo de pessoas com responsabilidades difusas. A tendência geral é para se acabar por selecionar apenas duas ou três delas, de forma quase aleatória, para as fazer pagar por todas. Com isto, ilude-se toda a tradição da dogmática da co-participação criminosa, baseada na delimitação rigorosa das contribuições individuais para a prática do ato ilícito” (HASSEMER, 1998, p. 32).

Em terceiro, não é possível atingir as finalidades da pena. Não se mostra necessária a reintegração social do agente, e tampouco se atinge a prevenção geral negativa em razão das ‘cifras negras’ de condutas que fogem à fiscalização, que chegou a mais de 95% na Alemanha, bem como pela ineficácia do direito penal em sancionar os verdadeiros responsáveis pela poluição do meio ambiente (HASSEMER, 1998, pp. 32-33).

Em quarto, o direito penal assume um caráter simbólico, por não ser apto à proteção efetiva dos bens jurídicos e servir de pretexto aos políticos para desobrigar o Estado de implementar uma política efetiva de proteção ao meio ambiente. Os políticos afirmam, de forma demagógica, que estão tomando providências por meio de punições gravosas a infratores, para dar satisfação à opinião pública, a qual se acalma com este pretexto sem perceber a sua inutilidade. Isso impede que a matéria seja melhor regulada por outros ramos do direito (HASSEMER, 1998, p. 33).

Prittwitz têm rejeitado o direito penal do risco em razão deste ter evoluído em direção ao direito penal do inimigo. Segundo o autor, o que está ocorrendo é a expansão do direito penal (do poder do Estado), em detrimento das liberdades civis, impulsionado pela mídia e pelo processo de globalização (PRITTWITZ, 2004, p. 32). O direito penal perde sua distinção da guerra, ignorando-se que não é uma panaceia para todos os problemas, cujo preço “é pago pelos cidadãos sujeitos ao direito penal; em alguns países (...) é pago por quase todos os cidadãos que entram no campo de visão dos expansionistas do direito penal; em outros países este preço é pago principalmente pelos pobres” (PRITTWITZ, 2004, p. 33). O direito penal do risco visa impedir as condutas arriscadas por meio da criminalização, porém sem resultados bem sucedidos comprovados. Muito pelo contrário:

“os problemas urgentes da sociedade moderna em rápida evolução (...) na verdade permanecem *sem solução* devido ao fato de terem sido transferidos de forma excessiva para a esfera do direito penal. Às vezes há até que se temer *efeitos colaterais* contraproducentes pela aplicação do direito penal. Ajustes posteriores distorcem continuamente o perfil do direito penal característico do Estado de Direito, devido ao fato de não se ver as causas estruturais dos problemas – ou talvez seja mais exato denominá-las sistêmicas – que tendem a levar ao fracasso do solucionador de problemas que é o direito penal” (PRITTWITZ, 2004, p. 41).

Prittwitz ressalta que o desenvolvimento do direito penal do risco, sofreu um desvio de rota e culminou no direito penal do inimigo. Os inimigos recebem o *status* de não-pessoas, portanto devem ter suas garantias legais e processuais restringidas, por atentarem contra o Estado de Direito. É feita uma distinção entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo, porém, a lógica deste contamina todo o direito penal. O autor surpreendeu-se com a abertura do debate público à discussão sobre a possibilidade do emprego de tortura em casos excepcionais, fato impensável há algumas décadas. E alerta:

“o direito penal que protege os direitos e bens do cidadão (...) foi desvirtuado para um direito penal do inimigo, processo iniciado pela orientação do risco e pressionado pelos problemas, não esquecendo sua aparente multiplicação pela mídia, que traz consigo uma multiplicação real da insegurança. (...) Enquanto durar esta evolução, enquanto o direito penal do risco apresentar a feia face do direito penal do inimigo, não pode haver dúvida de que o direito perde influência, e na mesma medida estão ameaçados os direitos e liberdades dos cidadãos. Há – e isto precisa ser salientado mais uma vez – dúvidas razoáveis de que um direito penal do inimigo deste tipo solucione os problemas realmente existentes.” (PRITTWITZ, 2004, p. 44).³⁴

Como se vê, Hassemer e Prittwitz afirmam a incompatibilidade do direito penal do risco com os postulados do Estado Democrático de Direito fundados em princípios e concepções decorrentes do direito penal tradicional. Dada essa incompatibilidade, mas reconhecendo a necessidade de atuação estatal para a prevenção dos riscos da segunda modernidade, Hassemer (1998, pp. 33-35) propõe a construção de um direito de intervenção. Ou seja, como há flexibilização daqueles princípios, deve-se sancionar as condutas perigosas abstratamente com penas pecuniárias ou restritivas de direitos, descartando-se a hipótese de imposição de pena privativa de liberdade (prisão).

Outro autor, Jesús-María Silva Sánchez (2002, pp. 136-147), propugna solução semelhante, mas admitindo um ‘direito penal de duas velocidades’. Para os crimes que seguem a lógica do direito penal tradicional (crimes de perigo concreto e de lesão) pode-se prever a pena de prisão com a observância de todos os princípios do direito penal tradicional. A rigidez das garantias é um contrapeso à gravidade da pena privativa de liberdade. Com relação aos crimes que seguem a lógica da antecipação da tutela penal do direito penal do risco (como os crimes de perigo abstrato), haveria flexibilização dos princípios e, portanto, só

³⁴ Sobre um direito que busca alcançar uma elite econômica o autor ressalta: “Não se poderá fazer o mesmo julgamento de um direito penal que deve principalmente acorrentar os poderosos da economia e da política. Afinal é parte essencial do Estado Democrático de Direito o fato de que o direito penal também deve e até mesmo tem a obrigação de atingir os poderosos, quando estes incorrerem nalgum ato passível de punição. Mesmo assim tenho frequentemente a impressão de que aqueles que por assim dizer querem ‘inverter’ o direito penal, querendo voltá-lo principalmente contra os poderosos, também mostram uma perigosa tendência ao direito penal do inimigo, tendo apenas trocado de inimigo.” (PRITTWITZ, 2004, p. 44).

poderiam estar previstas sanções diversas da pena de prisão. Se o contrapeso do rigor das garantias é retirado, para que haja equilíbrio, não se pode prever a pena de prisão. Eis a conclusão do autor:

“O espaço da expansão razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si sós, lesionam ou põem em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supra-individuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto. Nesse âmbito, ademais, a razoabilidade da expansão requereria plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia. Paralelamente a isso, pode-se admitir resignadamente a expansão – já produzida – do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais (e inclusive supra-individuais, desde que concebidos com um mínimo rigor). Mas a admissão da razoabilidade dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão. Na medida em que essa exigência não vem sendo respeitada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, até o momento, a expansão do Direito Penal carece, em minha opinião, da requerida razoabilidade político-jurídica.” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 147).

2.2.2 Defesa das Transformações

Para os defensores das mudanças trazidas pelo direito penal do risco, não há incompatibilidade do novo modelo com o Estado Democrático de Direito. Afirmam ser legítima a expansão do direito penal para a proteção de bens jurídicos supra-individuais e para controlar e prevenir os novos riscos, devendo o direito penal se valer de novos instrumentos diante desta missão.

Schünemann adverte que o direito penal não pode ignorar a proteção de valores fundamentais para a garantia das condições saudáveis de desenvolvimento de toda a sociedade. Ao tratar do caso específico do meio ambiente ressaltou que:

“Um limite concreto entre aproveitamento e conservação do meio ambiente só pode ser traçado em abstrato entre a população atual e as gerações futuras. De uma simples aplicação de todas as normas morais básicas (...), se depreende que todas as gerações devem poder dispor dos mesmos recursos naturais, de modo que toda exploração abusiva e irreversível constitui uma violação injustificada dos interesses das gerações futuras.” (SCHÜNEMANN, 2002, p. 207, TN.).

Dessa forma, o autor afirma que a humanidade não pode sobreviver sem um controle duplo dos novos riscos que seja feito pelo direito administrativo e pelo direito penal. No caso da proteção do meio ambiente, a ilicitude do consumo dos bens ecológicos nunca poderá ser definida de forma absoluta pela lei, de modo que depende da acessoriedade administrativa

para ter eficácia. Isso não exclui a consideração dos requisitos de validade do ato administrativo e dos limites da discricionariedade da Administração (SCHÜNEMANN, 2002, pp. 208-216). Schünemann contesta uma substituição do direito penal do meio ambiente pelo direito administrativo, porquanto “o direito penal representa o *máximo ético*, não se pode prescindir da força formadora dos costumes, conforme a antiga denominação, ou de seu efeito preventivo geral de integração, utilizando a terminologia atual.” (SCHÜNEMANN, 2002, pp. 222). E conclui:

“(...) a civilização moderna e, com isso, a humanidade, não poderá sobreviver sem um duplo controle do aproveitamento do meio ambiente. O primeiro nível de controle está constituído, desde logo, pela Administração, mas é indispensável que esteja seguido de um nível de controle adicional e eficiente, que só poderá ser assumido pelo direito penal. À velha pergunta acerca de quem vigia os vigias quisera respondê-la com as seguintes palavras: naturalmente, o direito penal. E para levar essa afirmação um pouco mais ao extremo: onde poderia ser mais necessário o direito penal do que na proteção do meio ambiente e, com isso, a proteção das condições para que todos os demais bens jurídicos possam sobreviver e prosperar?” (SCHÜNEMANN, 2002, p. 223, TN).

A corroborar a necessidade de duplo controle, o autor enfatiza que nem sempre o direito penal do risco tem um caráter subsidiário em relação ao direito administrativo. Os controles administrativos podem falhar e este incidir independentemente daquele, como ocorreu nos casos dos prejuízos decorrentes das fraudes contábeis da *Enron* nos Estados Unidos e do prejuízo de 200 bilhões de euros aos investidores no caso do Novo Mercado alemão:

“Na Alemanha, o controle administrativo mais intenso ocorre no âmbito da superintendência de bancos bem como (e agora, não apenas na Alemanha, mas globalmente) sob a forma do exame obrigatório dos balanços de grandes empresas por auditores. O enorme trabalho de intervenção não conseguiu impedir que, nas últimas décadas, os bancos alemães tenham cometido violentos erros causadores de prejuízos que alcançam a casa dos bilhões, e no que se refere à instituição da auditoria e do controle da bolsa de valores, basta lembrar o escândalo da *Enron* nos Estados Unidos. Parece, assim, claro que um sistema de controle administrativo não pode substituir a utilização do direito penal, mas apenas complementá-la, e que por vezes se pode dispensar o controle administrativo mais facilmente do que o direito penal, o que é demonstrado pela regulamentação do mercado de capitais na Alemanha: enquanto o controle administrativo da admissão de novas sociedades de ações na bolsa de valores falhou por completo no exemplo do chamado *Neuer Markt* [Novo Mercado], não conseguindo impedir a gigantesca lesão de cerca de 200 bilhões de euros aos investidores, o livre mercado de capitais que existe ao lado da bolsa é regulado de modo exclusivo e em absoluto menos eficiente pelo direito penal. Conclui-se, assim, que não é sustentável a tese de que o emprego do direito penal é em princípio subsidiário e posterior ao controle por autoridades da administração.” (SCHÜNEMANN, 2005, p. 22).

O autor reconhece, entretanto, que deve ser feita uma qualificação melhor dos bens jurídicos supra-individuais e de novas formas de incriminação de acordo com a especificidade de cada setor de atividade (SCHÜNEMANN, 2005, pp. 20-32).

Classificações abrangentes e simplistas não são adequadas a uma harmonização do novo papel do direito penal com a fórmula da *ultima ratio*, sendo necessário o estabelecimento de grupos de casos, a partir de determinado bem jurídico, que leve em consideração “os caminhos que conduzem à sua lesão em determinado contexto histórico-social, bem como os recursos para a sua proteção” (SCHÜNEMANN, 2005, p. 23), ao lado da necessidade de restrição da liberdade de atuação adequada a justificar a intervenção do direito penal. Dentro desses limites estará restringida a discricionariedade do Poder Legislativo, passível de controle de constitucionalidade pelo Judiciário (SCHÜNEMANN, 2005, p. 23).

Quanto ao bem jurídico, Schünemann afirma que novas tipologias precisam ser feitas. Além da distinção entre bens individuais e coletivos, há de se considerar, dentre estes, bens com capacidade física de serem gastos, chamados de contingentes sociais ou estatais consumíveis, o que se aplica parcialmente ao meio ambiente, integrado por “incontável profusão de objetos fisicamente individualizáveis e de processos físico-químicos” (SCHÜNEMANN, 2005, p. 24), bem como de bens jurídicos institucionais de confiança, cujo objetivo é o de impedir a ocorrência de condutas, que embora individualmente sejam insignificantes, caso sejam generalizadas, podem afetar o funcionamento de determinados fenômenos de relevância social (SCHÜNEMANN, 2005, p. 25).

A vantagem das novas tipologias é a de permitir a construção de novas estruturas do tipo penal para além das categorias de lesão, perigo concreto e perigo abstrato. Esta última figura voltada a reprimir condutas de elevado potencial lesivo pode ser inútil em casos nos quais o agente tomou providências para evitar o perigo concreto de lesão. Daí a necessidade de se criar também figuras intermediárias, como o tipo de perigo abstrato-concreto, a exemplo do crime de colocar em circulação alimento impróprio ao consumo humano, que não pode abranger produtos que tenham sido produzidos com a violação de determinadas normas, mas não constituem perigo à saúde, além de evitar a incriminação de condutas não perigosas como a entrega do produto a um museu ou depósito de lixo (SCHÜNEMANN, 2005, p. 30). Outro exemplo é o de posta em circulação de prospectos de investimento financeiro vantajoso, contendo informações falsas e distribuídos à coletividade: “Assim como a posta em circulação de alimentos, a publicação do prospecto representa o ponto de dispersão coletivo (...) em que, na sociedade moderna, uma proteção eficaz de bens jurídicos deve intervir” (SCHÜNEMANN, 2005, p. 31). E completa:

“A expansão dos delitos de perigo abstrato significa, neste âmbito, uma necessária modernização do direito penal, de maneira que a crítica apodítica da Escola de

Frankfurt à concepção do crime de perigo abstrato nada mais faz do que levar à insensata exigência de que a necessária proteção de bens jurídicos seja efetivada com institutos jurídicos arcaicos.” (SCHÜNEMANN, 2005, p. 31).

Por fim, Schünemann ressalta que os tipos de perigo abstrato não podem ser estabelecidos de forma ilimitada pelo Legislativo, ao sabor das conveniências políticas e grupos de pressão (SCHÜNEMANN, 2005, p. 32). Ou seja, para Schünemann, há de se aperfeiçoar as categorias de bem jurídico e de tipos penais para um direito penal do risco compatível com o Estado Democrático de Direito e apto a lidar com os novos riscos da segunda modernidade.

2.3 Elaboração da Lei 7.492/1986 e suas Falhas de Definição

Além da controvérsia a respeito dos paradigmas de direito penal que influenciam a discussão dos crimes financeiros selecionados - que são de perigo abstrato e tutelam o bem jurídico supra-individual sistema financeiro nacional (art. 192 da Constituição Federal³⁵), visando a ação ou omissão dos administradores e gerentes de instituições financeiras -, é preciso tratar da elaboração da lei que provocou falhas na definição dos tipos apontadas pela doutrina.

Com efeito, a Lei 7.492/1986 sofreu um conturbado processo de elaboração legislativa que comprometeu a qualidade dos seus dispositivos. Três fatores contribuíram para isso (CASTILHO, 1998, pp. 126-133): (a) o clamor público diante de sucessivos escândalos financeiros no início da ‘década perdida’ de 1980, período de aguda crise econômica e inflacionária; (b) a profusão de anteprojetos e projetos de leis, sem sistematização técnica; (c) a pressa com que a lei foi apreciada e aprovada pela Câmara dos Deputados, depois de sofrer inúmeras modificações questionáveis pelo Senado³⁶, num período marcado pela transição do país ao regime democrático. Quanto aos escândalos, Ela Wiecko de Castilho destaca que no

³⁵“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

³⁶ Segundo Manoel Pedro Pimentel, o Projeto de Lei 273, de 25.3.1983 foi aprovado pela Câmara e depois foi remetido ao Senado; nesta Casa sofreu inúmeras alterações, tendo recebido substitutivo aprovado em 30.04.1983, o qual comprometeu a qualidade dos dispositivos; como a discussão profunda das alterações implicaria em maior tempo de análise, os deputados resolveram aprová-lo assim mesmo, tendo o Presidente da República vetado parte dos dispositivos mais polêmicos; assim, a Lei 7.492 foi sancionada no dia 16.06.1986, um mês e meio após de sua volta com o substitutivo do Senado (PIMENTEL, 1987, pp. 20-21).

período de 13.03.1974 a 31.12.1986, 316 instituições estavam sob o regime especial do Banco Central³⁷ (CASTILHO, 1998, p. 125). Havia um sentimento de impunidade, pois, alegava-se que pela falta de uma lei específica para os crimes financeiros, “os administradores não eram sancionados penalmente porque suas condutas não se enquadravam na definição de crimes ou a responsabilidade pessoal era de difícil comprovação, dissimulada em deliberações coletivas da empresa” (CASTILHO, 1998, p. 126).

O sentimento da época está presente na justificativa do Projeto de Lei 273 de 1983 do Deputado Nilson Gibson (PDS/PE), que originou a lei (*Diário do Congresso Nacional*, 25.3.1983, pp. 1018-1019): “O presente projeto representa velha aspiração das autoridades e do povo no sentido de reprimir com energia as constantes fraudes observadas no sistema financeiro nacional, especialmente no mercado de títulos e valores mobiliários.”³⁸

O projeto Gibson ignorou anteprojetos anteriores elaborados por comissões técnicas. Uma delas era composta por juristas, que propunham, em 1984, uma reforma da Parte Especial do Código Penal incluindo os crimes financeiros³⁹. Outra comissão, de 1985, propunha uma lei específica para a responsabilidade de agentes do sistema financeiro e era

³⁷ Tiveram grande repercussão na opinião pública os casos Halles, Áurea, Ipiranga, Lume, Tieppo, Delfin, Capemi, Coroa-Brastel, Haspa, Letra, Grupo Sulbrasileiro, Habitasul, Brasilinvest, Comind, Auxiliar e Maisonnave (CASTILHO, 1998, p. 126).

³⁸ E continua o Deputado Nilson Gibson: “Os cofres públicos, em função da preocupação governamental de preservar a confiança no sistema vêm sendo largamente onerados com verdadeiros escândalos financeiros sem que os respectivos culpados recebam punição adequada, se é que chegam a recebê-la. A grande dificuldade do enquadramento desses elementos inescrupulosos, que lidam, fraudulenta ou temerariamente, com valores do público, reside na inexistência de legislação penal específica para as irregularidades que surgiram com o advento de novas e múltiplas atividades no sistema financeiro, especialmente, após 1964. Em consequência chega-se ao absurdo de processar-se e condenar um mero ‘ladão de galinhas’, deixando sem punição pessoas que furtaram bilhões não apenas do ‘vizinho’, mas a nível nacional. É oportuno citar, pela proximidade dos acontecimentos, o caso ‘Tieppo’, amplamente divulgado na imprensa, onde se observa que, apesar do empenho das autoridades, a repressão às inúmeras irregularidades apuradas esbarra na ausência de instrumentos institucionais adequados. Daí submetermos à apreciação deste Congresso Nacional o presente projeto, onde, além de definir novos crimes resultantes das imposições circunstanciais, damos novo tratamento ao procedimento penal, tornando possível, na apuração dos crimes, a participação mais efetiva dos órgãos responsáveis pela gestão do sistema financeiro nacional, além de não permitir que nos crimes mais graves – pena de reclusão ou de detenção superior a dois anos – prevaleça o instituto da fiança e a apelação em liberdade exatamente para criminosos que mais possuem meios financeiros de se livrarem da prisão. No mais, a proposição segue a linha tradicional do Direito Penal vigente entre nós, não ensejando observações adicionais. Como a urgência e a gravidade do assunto são do conhecimento não apenas dos parlamentares mas do público em geral, julgamos desnecessárias maiores considerações sobre a necessidade de aprovação deste projeto, apenas registrando que muito nos honrará a habitual e oportuna crítica dos nobres pares, visando o seu aperfeiçoamento.” (*Diário do Congresso Nacional*, 25.3.1983, pp. 1018-1019).

³⁹ Os membros da comissão eram: Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Manoel Pedro Pimentel, Everardo da Cunha Luna, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e José Bonifácio Diniz de Andrada

composta por juristas e economistas⁴⁰. Ambos os anteprojetos foram deixados de lado. Além desses, havia um anteprojeto da Procuradoria da Fazenda Nacional, outro da OAB/RJ e diversos projetos de lei no Congresso Nacional (CASTILHO, 1998, pp. 128-129).

A pressa com que foi aprovada a chamada Lei dos “Crimes de Colarinho Branco” no período da redemocratização deveu-se a seu alto caráter simbólico na punição dos ricos e de necessidade de romper com as más relações entre o regime militar e os grupos financeiros⁴¹ (CASTILHO, 1998, p. 133). Na Câmara, o Projeto Gibson sofrera na Comissão de Fiscalização Financeira emenda substitutiva de Subprocuradores-Gerais da República⁴², a pedido do Procurador-Geral da República⁴³. O projeto com a emenda sofreu cinco alterações na Câmara dos Deputados e depois foi remetido ao Senado Federal. Nesta Casa, o projeto sofreu alterações em 20 artigos, e depois retornou à Câmara. Vislumbraram-se várias imperfeições na lei, que mereceria melhor discussão, mas optou-se por aprová-la assim mesmo. Eis a resignação registrada pelo Deputado Relator João Gilberto, afirmando que embora a lei precisasse ser aprovada, teria de ser corrigida por uma nova lei no curto prazo:

“Pela Constituição e os Regimentos, agora restam apenas duas alternativas para a Câmara: ou aceita a redação dada pelo Senado ou mantém a sua. Não mais pode introduzir modificação. Não pode rejeitar nenhum dispositivo ou acrescentar qualquer matéria nova. (...) O voto que oferecemos é, feitas estas ressalvas, pela acolhida do Substitutivo do Senado Federal. Deixamos registrado que o projeto sai imperfeito e reclamará a curto prazo nova legislação para revisar alguns de seus pontos.” (CASTILHO, 1998, pp. 132-133).

O projeto foi aprovado e encaminhado à Presidência da República para sanção. O Presidente vetou a lei em alguns pontos, por exemplo, suprimindo a previsão de modalidade culposa a todos os crimes e a possibilidade de decretação de prisão administrativa pelo

⁴⁰ Integravam a comissão: José Luiz Bulhões Pedreira, Alfredo Lamy Filho, Fábio Konder Comparato, Jorge Hilário Gouveia Vieira, César Vieira de Resende e Alberto Venâncio Filho.

⁴¹ “Para Fonteles, o apressamento para a votação da lei na Câmara veio no bojo do processo de redemocratização do país, com a eleição de Tancredo Neves, e com a necessidade política de explicitar a rejeição às práticas vigentes no regime militar.” (CASTILHO, 1998, p. 133). “A propósito o Deputado Oswaldo Lima Filho, como Relator da Comissão de Economia, Indústria e Comércio, em 7/5/86, escreveu: ‘É evidente, que o regime autoritário ao adotar o modelo dependente dos países centrais e ao criar os conglomerados financeiros e lhes conceder toda sorte de favores, permitiu os escândalos financeiros ainda hoje sem punição. Quando alguns desses conglomerados financeiros entraram em falência, o Presidente Ernesto Geisel baixou o Decreto-Lei n. 1.342, de 28/8/74, autorizando o Banco Central a pagar seus débitos com recursos da reserva monetária. Esta prática se estendeu por todo o Governo do Presidente João Figueiredo, beneficiando a dezenas de empresários falidos, que, pela indústria de liquidações da Lei n. 6.024, de 13/3/74, acumularam gigantescas fortunas.’” (CASTILHO, 1998, nota 17, pp. 133-134).

⁴² Álvaro Ribeiro Costa e Cláudio Fonteles.

⁴³ Sepúlveda Pertence.

Ministro da Fazenda. Na mensagem 252 de sanção do projeto, o próprio Presidente também assinalou a necessidade de aperfeiçoamento futuro da lei. Porém, nunca se concretizou:

“(…) o Presidente da República, sancionando embora a lei, deixou consignado na Mensagem 252, que: ‘As críticas ao resultado dos trabalhos da Comissão de Juristas, feitas por quantos desejaram trazer-lhe aperfeiçoamentos, estão em fase final de catalogação e avaliação, para eventual incorporação ao anteprojeto, o qual, tão logo esteja em condições de ser apreciado pelo Congresso Nacional, encaminharei como projeto de lei à apreciação de VV. Exas’. A Lei 7.492/1986 (...) é, portanto, uma lei que se resente de confessados defeitos, de imperfeições manifestas, não tendo sido escoimados os erros apontados pela crítica oferecida pelos juristas que, a respeito, enviaram colaborações ao Congresso Nacional.” (PIMENTEL, 1987, p. 24).

A Lei 7.492 foi sancionada em 16.6.1986 e publicada no Diário Oficial da União em 18.06.1986. A lei em comento previu penas elevadas para as infrações penais numa época em que o Código Penal só permitia substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito nas condenações de até um ano. As penas mínimas variam de 1 a 3 anos, e as máximas de 4 a 12 anos de reclusão. O legislador deliberadamente decidiu por tratamento mais severo à criminalidade econômica.

Tal processo legislativo conturbado gerou uma série de críticas ao resultado final da redação dos principais crimes afetos à administração das instituições financeiras, que suscitou protestos da doutrina.

Isso aconteceu, por exemplo, com o delito de operação irregular de instituição financeira⁴⁴, onde a expressão redundante “fazer operar” não esclarece se é exigida habitualidade ou não para a consumação do delito. Alguns entendem que sim, pois fazer operar seria diferente de realizar operação financeira (TÓRTIMA, 2002, pp. 104-105), enquanto que, para outros, a habitualidade é desnecessária, bastando a realização de ato privativo de instituição financeira – captação, intermediação ou aplicação de recursos de terceiros – sem autorização do órgão supervisor competente (PRADO, 2009, p. 201). Além disso, o tipo pode “ensejar a dúvida de que somente cometeria o crime quem fizesse operar, isto é, o mandante excluindo-se aquele que, diretamente e por sua própria conta, operasse a instituição financeira” (PIMENTEL, 1987, p. 122).

Igualmente criticado foi o crime de empréstimo vedado⁴⁵. O artigo restou mal redigido devido a inúmeras alterações sofridas ao longo do processo legislativo; no Senado, tentou-se

⁴⁴ “Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

⁴⁵ “Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos

conciliar/fundir todas elas (PIMENTEL, 1987, pp. 128-130). Sobre a defeituosa redação do dispositivo e a falta de clareza da lei, destaca-se a crítica⁴⁶ de Eduardo Salomão Neto:

“O dispositivo é extremamente mal redigido, vício, aliás, frequente na Lei dos Crimes do Colarinho Branco, e decorrente de um vício do legislador brasileiro: faz leis para criar fatos políticos ou ambiente de repressão a práticas muitas vezes já criminalizadas, ao invés de ter por objetivo o *estabelecimento de regras claras, objetivas e duradouras*. Decorre disso uma freqüente despreocupação com a precisão de objetivos e conceitos, que se reflete em redação mal cuidada. O artigo 17 da Lei dos Crimes do Colarinho Branco criminalizaria, se não fosse devidamente interpretado, todos os empréstimos tomados por controlador ou administrador de instituição financeira, independentemente de serem concedidos por aquela instituição específica de que se é controlador ou administrador, na medida em que não menciona o fato de que os recursos emprestados ou adiantados devem provir de instituição financeira com a qual exista tal ligação. Essa interpretação é absurda, e por isso é descartada.” (SALOMÃO NETO, 2007, p. 486).

No tocante à gestão fraudulenta⁴⁷ e temerária⁴⁸, objeto da presente dissertação, Manoel Pedro Pimentel disse que a lei, ao não prever o resultado lesivo falência ou insolvência de instituição financeira ou o prejuízo a interessados, deixou de fixar limites para a definição das condutas e, com isso, “ampliou-se o campo deixado à interpretação, o que traz certa insegurança, tendo em vista a necessidade de manter-se o respeito ao princípio da reserva legal.” (PIMENTEL, 1987, p. 49).

Especificamente sobre a gestão temerária, ao não prever expressamente a modalidade culposa para esse crime e não ressaltar que a gestão possa dar lucro à instituição financeira, Pimentel afirmou que:

“o legislador criou um monstro ameaçador, que poderá sobressaltar qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cerceando sua ação, inibindo sua iniciativa, porque poderá, em algum momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa, sem que existam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório. A falta de um elemento seguro na descrição do fato tipificado conduz ao risco de entregar a definição da tipicidade a um critério eminentemente subjetivo, reduzindo a garantia assegurada pelo princípio constitucional da reserva

respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

⁴⁶ Mencione-se também a crítica de Fábio Konder Comparato: “decididamente, a definição constante do art. 17 da Lei 7.492, de 16.06.1986, pela sua sofrível redação, continua a suscitar extravios interpretativos. Com efeito, o legislador violou regra elementar de boa técnica, consistente em não encambulhar várias figuras delitivas na mesma unidade normativa, encadeando orações em um período espichado, com uma multiplicidade de intercalações e retroreferências” (COMPARATO, 1998, p. 555).

⁴⁷ “Art. 4º. Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.”

⁴⁸ Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

legal, repetido no art. 1º do CP: ‘Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.’” (PIMENTEL, 1987, p. 52).

Assim, Pimentel entendeu que o legislador não poderia ter ignorado o Anteprojeto da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que não continha tais falhas. O seu art. 391 possuía a seguinte redação (PIMENTEL, 1987, pp. 47-48):

“Gerir, fraudulentamente instituição financeira ou entidade integrante do sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários, levando-os à insolvência ou à liquidação extrajudicial, ou temerariamente, assumindo o risco de fazê-lo.
Pena – reclusão de dois a sete anos e multa.”

Como se vê, a crítica aos crimes de gestão fraudulenta e temerária, selecionados para a análise empírica a ser realizada, dirige-se ao movimento de antecipação da tutela penal na tipificação das condutas.

Na sua redação anterior, prevista no art. 3º, IX, da Lei de Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/1951) os crimes de gestão fraudulenta e temerária eram crimes de lesão, ou seja, exigiam para a sua consumação a ocorrência de falência ou insolvência de instituição financeira ou o descumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados, prevendo a pena de detenção de 2 a 10 anos além de multa⁴⁹. A Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional revogou⁵⁰ tal dispositivo, e transformou as condutas típicas em crimes de perigo abstrato, ao deixar de exigir/prever qualquer resultado lesivo ou perigo concreto para a consumação das condutas no art. 4º, *caput* (“gerir fraudulentamente instituição financeira”, pena de reclusão de 3 a 12 anos e multa) e no art. 4º, parágrafo único (“se a gestão é temerária”, pena de reclusão de 2 a 8 anos e multa), tendo sido aumentadas as penas mínimas e máximas da gestão fraudulenta e reduzida em dois anos a pena máxima da gestão temerária.

Tal movimento facilitou a imputação de responsabilidade criminal dos administradores e diretores de instituições financeiras, ao não exigir expressamente a prova de nexos causal. Mencione-se que o foco da Lei 7.492/1986 é a responsabilização de ações ou

⁴⁹ “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; (...) Pena – detenção de 2 anos a 10 anos, e multa de vinte mil a cem mil cruzeiros.”. Vale frisar que a mesma redação típica estava prevista no Decreto-Lei 869/1938, que tratava dos crimes contra a economia popular, em seu art. 2º, IX, com diferença na cominação da pena de multa: “prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000\$000 a 50:000\$000”.

⁵⁰ “Revogam-se as disposições em contrário.” (art. 35 da Lei 7.492/1986).

omissões desse tipo de agente, além do controlador, interventor, liquidante e administrador judicial⁵¹. Assim, com a nova redação, cabe ao intérprete avaliar tipicamente as condutas por meio dos elementos normativos ou *standards* “fraude” e “temerária”, o que lhe confere amplo poder de definição sobre a configuração dos crimes. Além disso, verifica-se que o legislador optou por essa modalidade típica para a tutela do bem jurídico supra-individual sistema financeiro, que depende da confiança dos investidores e poupadores para o seu regular funcionamento, e, assim, prevenir crises sistêmicas no contexto de um mercado globalizado, além de visar à proteção do patrimônio das instituições e dos poupadores.

Logo, verifica-se que a doutrina aponta um déficit de qualidade na elaboração da Lei 7.492/1986 que não cumpriria requisitos intrínsecos à qualidade do ordenamento jurídico.

2.4 Ponto de Vista para a Análise dos Crimes

Considerado o quadro acima de diferença de paradigmas, controvérsias doutrinárias e de falhas de definição dos tipos decorrentes de conturbado processo legislativo, no próximo capítulo serão apresentados e discutidos os resultados da pesquisa empírica de modo a testar as hipóteses dos problemas levantados⁵², e também revelar outros aspectos importantes dos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária.

Serão analisados aspectos quantitativos nos julgamentos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região como: o período das decisões, os órgãos julgadores, os recorrentes e os recorridos, o resultado final das decisões, a unanimidade das decisões, a qualificação da imputação na denúncia, as provas de materialidade, a autoria, as espécies de instituição

⁵¹ “São penalmente responsáveis, nos termo desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes. § 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou síndico.” (art. 25 da Lei 7.492/1986).

⁵² 1.º Quais são os principais critérios considerados no julgamento do crime financeiro selecionado para a configuração da conduta típica a partir da fundamentação de acórdãos de apelação do Tribunal Regional da 3ª Região no período de 2001 a 2010?

2.º As decisões aproximam-se de algum paradigma de direito penal?

A *primeira* hipótese é a de que o Tribunal considera apenas a mera prática da conduta como suficiente para a configuração do crime de perigo abstrato, sem considerar o grau de perigo da conduta em relação ao bem jurídico protegido, sob uma perspectiva *ex ante*. Os demais critérios para a configuração dos crimes financeiros selecionados dependerá da pesquisa a ser feita nos acórdãos a serem analisados.

A *segunda* hipótese é a de que as decisões do Tribunal aproximam-se do paradigma do direito penal do risco.

financeira envolvidas e a remissão à doutrina e a julgados. Igualmente, serão analisados aspectos qualitativos como: a relação com a esfera administrativa, a ofensa ao princípio da legalidade, os requisitos para a configuração da conduta típica, o bem jurídico e as penas aplicadas.

Os elementos escolhidos para a análise dos crimes constam do item 6.2 *infra* do Apêndice I (codificação das decisões).

Os elementos serão identificados em cada um dos subitens principais selecionados para cada crime nos capítulos 3 e 4 *infra*. A discussão dos resultados com a identificação dos elementos e a sua inter-relação para a análise de conteúdo será objeto da discussão dos resultados constantes dos itens 3.3 e 4.3 *infra*.

3 ANÁLISE DOS RESULTADOS: GESTÃO FRAUDULENTA

3.1 Resultados Quantitativos

3.1.1 Período, Órgão Julgador, Apelante, Apelado, e Unanimidade das Decisões

Quadro 1: Ano da decisão

Ano	Frequência	Porcentagem
2001	2	6%
2002	4	12%
2003	0	0%
2004	1	3%
2005	4	12%
2006	1	3%
2007	4	12%
2008	5	16%
2009	6	18%
2010	6	18%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Os resultados obtidos demonstram que 67% das apelações sobre o crime de gestão fraudulenta foram julgadas na segunda metade do período analisado (2006-2010), enquanto que 33% o foram na primeira metade da década (2001-2005). Os números indicam que o TRF da 3ª Região passou a se defrontar com maior número de apelações sobre gestão fraudulenta nos últimos cinco anos, demonstrando a contemporaneidade dos entendimentos constantes dos acórdãos.

Quadro 2: Órgão julgador

Órgão	Frequência	Porcentagem
Primeira Turma	11	33%
Segunda Turma	13	39%
Quinta Turma	9	28%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Os resultados mostram que há uma distribuição equitativa dos julgamentos pelas três Turmas do Tribunal: a Primeira (33%), a Segunda (39%) e a Quinta (28%), com uma pequena vantagem para a Segunda. Assim, os resultados encontrados são representativos da diversidade de órgãos julgadores do TRF da 3ª Região, não obstante a triagem da Divisão de Jurisprudência e Pesquisa Temática do Tribunal mencionada no item 1.2.1. *supra*.

Quadro 3: Relator

Relator	Frequência	Porcentagem
Des. Fed. André Nabarrete	1	3%
Des. Fed. André Nekatschalow	1	3%
Des. Fed. Baptista Pereira	1	3%
Des. Fed. Cecilia Mello	3	9%
Des. Fed. Cotrim Guimarães	1	3%
Des. Fed. Henrique Herkenhoff	2	6%
Des. Fed. Johonsom di Salvo	4	12%
Des. Fed. Luiz Stefanini	4	12%
Des. Fed. Nelton dos Santos	1	3%
Des. Fed. Peixoto Jr.	2	6%
Des. Fed. Ramza Tartuce	3	9%
Des. Fed. Sylvia Steiner	1	3%
Des. Fed. Theotonio Costa	1	3%
Juiz Conv. Fausto De Sanctis	1	3%
Juiz Conv. Helio Nogueira	1	3%
Juiz Conv. João Consolim	1	3%
Juiz Conv. Márcio Mesquita	2	6%
Juiz Conv. Paulo Sarno	1	3%
Juíza Conv. Márcia de Oliveira	2	7%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Os resultados indicam que, ao longo do período analisado, houve grande número de Desembargadores Federais e de Juízes Convocados que tiveram a oportunidade de relatar apelações sobre o crime de gestão fraudulenta: foram dezenove no total – treze Desembargadores Federais e seis Juízes Convocados. Vale ressaltar que 67% dos julgadores tiveram oportunidade de relatar mais de uma apelação, enquanto que 33% relataram apenas uma. Assim, verifica-se que as apelações obtidas são representativas da pluralidade de julgadores das diferentes turmas, estando refletida nos votos a diversidade de experiências e formações que lhes caracterizam.

Quadro 4: Apelante

Apelante	Frequência	Porcentagem
Justiça Pública	8	24%
Réus	19	58%
Justiça Pública e Réus	6	18%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Quem mais apelou das decisões de Primeira Instância foram os réus (58%). Se for considerado que pelo menos um deles também apelou junto com a Justiça Pública, vê-se que os réus apelaram em 76% dos casos. A Justiça Pública sozinha apelou em 24% dos casos. Considerando os casos em que a Justiça Pública apelou juntamente com os réus, vê-se que a Justiça Pública apelou em 42% dos casos. Embora haja uma predominância do apelo dos réus, a participação da Justiça Pública é significativa, revelando que ambas as partes do processo demonstraram inconformismo em relação à decisão de Primeira Instância, questionando-a com a apresentação de razões perante o TRF da 3ª Região.

Quadro 5: Apelado

Apelado	Frequência	Porcentagem
Justiça Pública	19	58%
Réus	5	15%
Justiça Pública e Réus	9	27%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Quanto aos apelados, nota-se que, em 58% dos casos, a Justiça Pública figurou como apelada. Considerados os casos em que a Justiça Pública figura como apelado juntamente com os réus, o percentual sobe para 85%. Quanto aos réus, eles figuram sozinhos como apelados em 15% dos casos. Somando-se as situações em que os réus figuram como apelados juntamente com a Justiça Pública, o número sobe para 42%. Observa-se que a figura de apelado, o qual apresenta ao Tribunal contra-razões para a manutenção da decisão de Primeira Instância, coube predominantemente à Justiça Pública, não obstante os réus apresentarem participação significativa.

Quadro 6: Unanimidade das decisões

Unanimidade	Frequência	Porcentagem
Votação Unânime (VU)	32	97 %
Maioria de Votos (MV)	1	3 %
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Os números mostram que a unanimidade predominou nos julgamentos do delito de gestão fraudulenta em 97% das decisões. Em apenas 3% houve divergência entre julgadores. Verifica-se que, nas sessões de julgamento, é rara a divergência dentro das turmas, demonstrando união entre os julgadores para reforçar o entendimento adotado no julgamento final do caso concreto.

3.1.2 Resultado Final das Decisões

Quadro 7: Resultado da decisão quanto ao crime de gestão fraudulenta

Resultado	Frequência	Porcentagem
Condenação de todos os réus	19	58 %
Absolvição de todos os réus	5	15 %
Condenação de corréu e Absolvição de corréu	2	6 %
Condenação de corréu e Condenação de corréu por outro crime	2	6 %
Condenação de corréu e Prescrição de corréu maior de 70 anos condenado em Primeira Instância	2	6 %
Condenação de corréu, Absolvição de corréu e extinção da punibilidade pela Morte de corréu	1	3 %
Prescrição após condenação dos réus	1	3 %
Extinção do processo pela coisa julgada	1	3 %
Total	33	100 %

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

A condenação predominou no conjunto de apelações examinadas: em 58% dos casos, todos os réus foram condenados. Em 15%, houve absolvição de todos os réus. Em 6%, houve condenação de corréu e absolvição de corréu. Em 6%, houve condenação de corréu e condenação de corréu por outro crime. Em 6%, a condenação de corréu e a decretação da punibilidade pela prescrição de corréu maior de 70 anos condenado em Primeira Instância. Em 3%, a condenação de corréu, a absolvição de corréu e a decretação de extinção da punibilidade pela morte de corréu. Em 3%, foi decretada a extinção da punibilidade pela prescrição após a condenação dos réus. E, em 3%, houve extinção do processo pela ocorrência da coisa julgada. Os números mostram que, em 94% dos casos, há julgamento do mérito da apelação com condenação ou absolvição dos réus. Em 21%, aparecem resultados diversos para pelo menos um dos réus.

Quadro 8: Ocorrência de condenações de pelo menos um réu por gestão fraudulenta sobre o total de decisões

Resultado	Frequência	Porcentagem
Condenação	26	79%
Outras	7	21%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Se for considerada a ocorrência de condenação de pelo menos um réu por gestão fraudulenta no conjunto de apelações, verifica-se que isso ocorreu em 79% dos casos. Ou seja, em cerca de quatro quintos dos acórdãos, houve réu condenado pelo crime de gestão fraudulenta.

Quadro 9: Ocorrência de absolvições de pelo menos um réu por gestão fraudulenta sobre o total de decisões

Resultado	Frequência	Porcentagem
Absolvição	8	24%
Outras	25	76%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Por outro lado, se for considerada a absolvição de pelo menos um réu pelo crime, percebe-se que houve absolvições por gestão fraudulenta em 24% dos casos. Ou seja, em aproximadamente um quarto das decisões, pelo menos um réu foi absolvido pelo Tribunal.

Quadro 10: Evolução da decisão da Primeira Instância para o Tribunal

Resultado	Frequência	Porcentagem
Condenação de todos os réus → Condenação de todos os réus	15	46%
Absolvição de todos os réus → Absolvição de todos os réus	3	9%
Condenação de corréu e Absolvição de corréu → Condenação de corréu e Absolvição de corréu	2	6%
Absolvição de todos os réus → Condenação de todos os réus	2	6%
Absolvição de todos os réus → Condenação de corréu e Condenação de corréu por outro crime	1	3%
Absolvição de todos os corréus → Condenação de corréu, absolvição de corréu e extinção da punibilidade pela morte	1	3%
Absolvição do réu → Prescrição após condenação do réu pelo Tribunal	1	3%
Condenação de todos os réus → Absolvição de todos os réus	1	3%
Condenação de todos os réus → Condenação de corréu e Condenação de corréu por outro crime	1	3%
Condenação de corréu e Absolvição de corréu → Absolvição de todos os réus	1	3%
Condenação de corréu e Absolvição de corréu → Condenação de corréu e Prescrição de corréu maior de 70 anos condenado em Primeira Instância	2	6%
Condenação de corréu e absolvição de corréu → Extinção da punibilidade pela ocorrência da coisa julgada	1	3%
Condenação do réu por outro crime → Condenação do réu	2	6%
Total	33	100 %

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Os números indicam que, em 61% dos casos, o resultado da decisão de Primeira Instância foi igual ao da decisão do Tribunal. Desse total, em 46%, todos os réus foram

condenados pelo crime de gestão fraudulenta; em 9%, todos foram absolvidos; e, em 6%, houve condenação de corréu e absolvição de corréu.

Em 39% dos casos, o resultado da decisão do Tribunal foi diferente do resultado da decisão de Primeira Instância. Em 6%, réus que haviam sido absolvidos em Primeira Instância, restaram condenados pelo Tribunal. Em 3%, réus foram absolvidos em Primeira Instância, mas houve corréu condenado por gestão fraudulenta e corréu condenado por outro crime no Tribunal. Em 3%, réus tinham sido absolvidos em Primeira Instância, mas, no Tribunal, houve corréu condenado, corréu absolvido e corréu que teve a punibilidade extinta pela morte. Em 3%, réu, outrora absolvido em Primeira Instância, foi condenado pelo Tribunal, mas teve a punibilidade extinta em razão da prescrição devido à pena fixada em concreto. Em 3%, houve condenação dos réus em Primeira Instância, mas, no Tribunal, houve corréu condenado por gestão fraudulenta e corréu condenado por outro crime. Em 3%, houve condenação de corréu e absolvição de corréu em Primeira Instância enquanto, no Tribunal, houve absolvição de todos os réus. Em 6%, houve condenação de corréu e absolvição de corréu em Primeira Instância, enquanto, no Tribunal, houve condenação de corréu e extinção da punibilidade pela prescrição de corréu maior de 70 anos condenado em Primeira Instância. Em 3%, houve condenação de corréu e absolvição de corréu em Primeira Instância, enquanto, no Tribunal, houve extinção da punibilidade dos réus pela ocorrência da coisa julgada. Em 6%, houve réu condenado por outro crime em Primeira Instância, enquanto, no Tribunal, foi condenado por gestão fraudulenta.

Verifica-se, assim, que, em cerca de dois quintos dos casos (39%), o Tribunal modifica o resultado da decisão outrora tomada em Primeira Instância, na maior parte das vezes, para condenar (24%).

Os números obtidos neste item aproximam-se dos percentuais alcançados em pesquisa realizada pela Direito GV sobre a Lei 7.492/1986. Nas decisões que tratavam do mérito da ação penal, predominaram decisões condenatórias nos Tribunais Regionais Federais e de confirmação da condenação no Superior Tribunal de Justiça (MACHADO; GIMENES; MACHADO, 2010, pp. 110 e 137):

“Os casos que resultaram em condenação no STJ, independentemente das decisões anteriores, representam 94,4% do grupo de mérito, o correspondente a 13,2% de todas as decisões do STJ. (...) Como indicado anteriormente, 54,5% das decisões do Grupo Mérito proferidas pelos TRFs são condenações.” (MACHADO; GIMENES; MACHADO, 2010, pp. 110 e 137).

A predominância de decisões condenatórias sobre crimes financeiros também foi identificada em pesquisa realizada por Edson Soares Ferreira que abrangeu acórdãos dos cinco Tribunais Regionais Federais no período de 2006 a 2008 (FERREIRA, 2009). Do total de acórdãos sobre os mais variados tipos de recurso e ações originárias (64,2% deles apelações criminais), apurou-se que as decisões condenatórias predominaram:

“De per se, o quadro anterior revela predominância de decisões condenatórias (37,1% do total da amostra) em relação às decisões absolutórias (12,9% da amostra).” (FERREIRA, 2009, p. 62).

Ou seja, há percentual expressivo de condenações pelos TRFs sobre crimes financeiros no país. Dado que essas decisões são passíveis de recurso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, um objeto de pesquisa interessante seria o de indagar quantos condenados por crimes da Lei 7.492/1986 efetivamente cumprem a pena imposta, dado que um dos objetivos de sua elaboração foi enfrentar o déficit de eficácia nas condenações (item 2.3 *supra*). Seria necessário levantar o número de processos nas Varas de Execução Criminal e compará-lo com o número de condenações definitivas tanto de Primeira quanto de Segunda Instância.

3.1.3 Qualificação Jurídica na Denúncia

Quadro 11: Qualificação jurídica na denúncia⁵³

Qualificação	Frequência	Porcentagem
GF	6	19%
GF (cc art. 71 CP)	1	3%
GF e GT cc art. 70 CP	1	3%
GF, GT e EV cc art. 70 CP e GT	1	3%
GF, GT, EV, art. 5º e art. 10 LCF	1	3%
GF e OI	1	3%
GF, OI, art. 5º LCF e art. 288 CP	1	3%
GF, OI, art. 21 (cc 71 CP), e GF, OI, art. 11, art. 21 (cc 71 CP), art. 22 LCF, art. 1º, VI e VII, e § 4º Lei 9613/98, e art. 288 CP	1	3%
GF, OI, art. 11, art. 21 (cc 71 CP), art. 22 LCF, art. 1º, VI e VII, e § 4º Lei 9613/98, e art. 288 CP	1	3%
GF, OI e art. 5º LCF	1	3%
GF, OI e art. 5º LCF cc art. 69 CP	1	3%
GF e EV (cc art. 71) e cc art. 69 CP	1	3%
GF, EV, art. 20 e art. 19 LCF	1	3%
GF, EV, art. 5º, art. 6º, art. 7º, IV, art. 9º e art. 10 LCF, cc art. 71 CP e art. 288 CP cc art. 69	1	3%
GF e art. 5º LCF	2	6%
GF, art. 5º e art. 6º LCF	1	3%
GF, art. 5º e art. 6º LCF cc art. 69 CP	1	3%
GF e art. 6º LCF cc art. 69 CP	1	3%
GF e art. 6º cc art. 70 CP	1	3%
GF cc art. 71 CP cc art. 7º, II e III LCF, e art. 1º, I e II Lei 8.137/90 cc. art. 69 CP	1	3%
GF, art. 20 LCF e art. 297, §2º CP cc arts. 69 e 71 CP	1	3%
GF e art. 21 LCF	1	3%
GF e art. 21 LCF cc art. 71 CP	1	3%
GF e art. 288 CP	1	3%
GT e art. 10 LCF	1	3%
OI, art. 3º, art. 6º e art. 9º LCF, art. 171, § 2º, VI, e art. 307 CP	1	3%
EV	1	3%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

(Legenda: GF – gestão fraudulenta; GT – gestão temerária; OI – operação irregular de instituição financeira; EV – empréstimo vedado; LCF – Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.)

⁵³ Em alguns acórdãos não consta o tipo de concurso de crimes que estaria contido na denúncia, se material (art. 69 do CP), formal (art. 70) ou crime continuado (art. 71), de modo que não foi possível registrá-los nesses casos.

Quanto à qualificação jurídica contida na denúncia, verifica-se que em 69% dos casos havia o concurso de gestão fraudulenta com outros crimes. Em 22%, os réus foram denunciados somente por gestão fraudulenta. Em 9%, os réus foram denunciados por outros crimes.

Em 66% dos casos, o tipo de gestão fraudulenta surge em concurso com outros tipos da Lei 7.492/1986. Em 45%, havia referência a pelo menos um dos principais crimes afetos à administração das instituições financeiras: gestão temerária (art. 4º, par. ún.), operação irregular de instituição financeira (art. 16) e empréstimo vedado (art. 17). Considerados isoladamente: a gestão temerária aparece em 12% dos casos; a operação irregular de instituição financeira, em 21%; e o empréstimo vedado, em 18%.

O concurso da gestão fraudulenta também se deu com outros crimes da Lei 7.492/1986: em 27% dos casos, havia o crime de apropriação indébita ou desvio (art. 5º); em 15%, sonegação de informação ou prestação de informação falsa (art. 6º); em 6%, evasão de divisas (art. 22) relacionada à lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998); em 6%, emissão, oferta ou negociação irregular de título ou valor mobiliário (art. 7º); em 3%, falsidade em título ou valor mobiliário (art. 9º); em 6%, falsidade em demonstrativos contábeis (art. 10); em 6%, contabilidade paralela (art. 11); em 3%, obtenção fraudulenta de financiamento oficial (art. 19); em 6%, o desvio de aplicação de financiamento oficial (art. 20); e, em 12%, falsa identidade e falsa informação na operação de câmbio (art. 21).

Com relação a delitos do Código Penal: em 15% dos casos houve o concurso da gestão fraudulenta com o crime de quadrilha (art. 288); e, em 3%, com falsificação de documento público (art. 297). O concurso com o delito de sonegação fiscal (art. 1º da Lei 8.137/1990) aparece em 3% dos casos.

Nos casos em que a denúncia foi oferecida por outros crimes: em 3% houve o concurso de gestão temerária com falsidade em demonstrativos contábeis (art. 10); em 3% o concurso de operação irregular (art. 16) com divulgação de informação falsa ou prejudicialmente incompleta (art. 3º), sonegação de informação ou prestação de informação falsa (art. 6º), falsidade em título ou valor mobiliário (art. 9º), estelionato (art. 171, § 2º, VI, do CP) e falsa identidade (art. 307 do CP).

Assim, verifica-se que em aproximadamente dois terços dos casos eram imputados aos réus outros crimes em concurso com a gestão fraudulenta, sendo o maior número outras figuras da própria Lei 7.492/1986, além de um expressivo número de outros delitos que

envolvem fraude e falsidade, meios pelos quais a gestão poderia ser concretizada. Tal constatação mostra que o Ministério Público Federal, nesses casos, no momento de oferecer a denúncia, trata-os como crimes autônomos e afasta-se do entendimento de que essas outras figuras poderiam ser tidas como crime-meio para o crime-fim de gestão fraudulenta, e, portanto, restariam absorvidas por este pelo critério da consunção. Ademais, pode-se atribuir a coexistência de imputações da gestão fraudulenta com outros crimes na denúncia à própria abertura da redação do tipo do art. 4º (“gerir fraudulentamente instituição financeira”) quando cotejado com outras definições mais precisas dos demais delitos, bem como ao fato de os próprios critérios de resolução do conflito aparente de normas serem controvertidos no âmbito da teoria da lei penal, exigindo grande trabalho argumentativo que seria relegado a um segundo plano na elaboração das denúncias.

Neste ponto, observa-se que os problemas de definição do tipo destacados no item 2.3 *supra* refletiu-se na qualificação jurídica da denúncia dos casos obtidos. A imputação do art. 4º com outras figuras subsidiárias da lei indica que o MPF considera a prática de um único ato de gestão como suficiente para caracterizar o verbo gerir, afastando a necessidade da habitualidade para configuração do tipo, e classifica outros atos específicos com outras figuras autônomas da Lei 7.492/1986. Esse posicionamento aponta que o MPF, ao oferecer a denúncia nos casos obtidos, faz uma interpretação ampliativa da incidência do tipo, em vez de uma interpretação restritiva. De certa forma, a posição coaduna-se com a sua cultura institucional de utilizar argumentos que reforcem o pedido de condenação do réu pelos fatos imputados na peça acusatória. As questões das definições de gerir, exigência de habitualidade e do concurso de crimes serão tratadas nos itens 3.2.3 e 3.2.5 *infra*.

3.1.4 Materialidade, Autoria e Espécie de Instituição Financeira Envolvida

Quadro 12: Elementos de prova da materialidade

Meio de Prova	Frequência	Porcentagem
Documentos	5	15%
Documentos e Testemunhas	17	52%
Documentos e Interrogatório	1	3%
Documentos, Testemunhas e Delação Premiada	2	6%
Documentos, Testemunhas e Interrogatório	6	18%
Documentos, Testemunhas e Perícia	1	3%
Documentos e Perícia	1	3%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Com relação à prova da materialidade considerada na fundamentação do Tribunal na análise das apelações, verifica-se que em 52% dos casos o Tribunal considerou documentos e testemunhas. Decisões que enfatizaram apenas os documentos corresponderam a 15%. Decisões considerando a análise de documentos, de testemunhas e do interrogatório totalizaram 18%. Em 6%, foi enfatizada a apreciação de documentos, depoimento de testemunhas e delação premiada⁵⁴. Em 3%, foram considerados documentos e interrogatório; em 3%, documentos, testemunhas e perícia; e, em 3%, documentos e perícia.

Constata-se que a prova documental de documentos contábeis diversos é o principal elemento de prova apreciado pelo Tribunal nas apelações analisadas, ocorrendo em todos os casos. São exemplos de documentos: contratos diversos, registros de operações financeiras, balanços, recibos, títulos de crédito, livros contábeis, comprovantes de depósito, discos rígidos de computadores, atas de reuniões, dentre outros. Geralmente, os documentos constavam de expedientes de investigação do Banco Central, da Comissão de Valores Mobiliários, da Receita Federal ou da Polícia Federal, com relatórios destes, havendo, normalmente, remissão genérica a estes procedimentos na fundamentação dos acórdãos.

⁵⁴ Art. 25, § 2º, da Lei 7.492/1986, incluído pela Lei 9.080/1995: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”

Essa constatação vai ao encontro de posição doutrinária que aponta a prova documental como imprescindível para a comprovação do elemento típico fraude. Nesse sentido, Paulo José da Costa Jr., Maria Elizabeth Queijo e Charles Machado:

“Para que se apure a fraude, indispensável o exame acurado nos livros, balanços, registros, operações e serviços da empresa. Sem a constatação objetiva da fraude, não se configura o crime. Exige-se a comprovação da materialidade, através da prova documental.” (COSTA JR.; QUEIJO; e MACHADO, 2002, p. 78).

Digno de nota é o pequeno percentual de perícias consideradas na fundamentação do Tribunal, presente em apenas 6% dos casos⁵⁵. Pode-se creditar esse baixo percentual a posicionamento explícito do próprio TRF da 3ª Região nos seguintes acórdãos analisados, nos quais se manifestou pela desnecessidade da realização de prova pericial, invocando o livre convencimento do juiz e a tempestividade do pedido:

“A prova pericial não constitui providência obrigatória para a apuração do delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, se sua realização se mostra manifestamente irrelevante no esclarecimento dos fatos e na apuração da verdade real, especialmente se os supostos prejuízos incriminados podem ser constatados pelo simples cotejo entre os valores de compra dos títulos e seu subsequente valor de venda, sempre inferiores aos de compra, e que constaram dos boletos de liquidação das operações no SELIC.” (ACR 1999.03.99.088279-7, Primeira Turma, Des. Fed. Theotonio Costa, j. 24.04.2001, DJ 05.06.2001).

“A perícia, tendo-se em conta os elementos constantes dos autos, mostra-se despicienda. (...) Como adiante se verá, o conjunto probatório é suficiente ao esclarecimento dos fatos reportados na denúncia. Há confissão do acusado nos autos que inclusive foi objeto de pleito previsto no art. 25, parágrafo 2º, da Lei nº 7.492/86, sendo robusta a prova coletada no sentido da demonstração dos fatos elencados na inicial, razão pela qual nenhuma nulidade pode ser apontada nesse sentido, tampouco servir tal fato de suporte a alicerçar a materialidade delitiva.” (ACR 2005.03.99.024006-6, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 08.07.2008, DJ 22.07.2008).

“Rejeito a preliminar de nulidade da sentença, arguida pelos réus ao argumento de que ocorreu cerceamento de defesa com o indeferimento da realização de prova pericial grafotécnica, com o intuito de demonstrar que a assinatura de documentos partiu do punho do administrador contratado, de nome J.. (...) Os documentos com relação aos quais os réus pretendem a realização de perícia grafotécnica já se encontravam nos autos anteriormente à citação e à realização dos interrogatórios,

⁵⁵ Em um dos casos, a perícia apurou que um dos réus falsificou assinaturas de supostos tomadores de empréstimo (ACR 2003.03.99.006876-5, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 26.01.2009, DJ 26.01.2009). No outro caso, a perícia realizada constatou que a instituição agia em desacordo com normas do sistema financeiro: “Passo à análise do mérito apenas em relação ao crime subsistente, de gestão fraudulenta - artigo 4º da Lei nº 7.492/86. (...) A perícia técnica realizada pelo SECRIM (fls.), constatou, em apertada síntese, que a N. Consórcios S/C Ltda, gerida pelo réu, não obstante ser fiscalizada e autorizada pelo Banco Central, agia em desacordo com as normas do mercado financeiro, pois empregava o sistema de ‘caixa-único’. (...) Acrescente-se, neste ponto, que o laudo do SECRIM, como anteriormente colocado, foi elaborado por determinação do Juízo *a quo* (fls.), por peritos oficiais, tecnicamente capacitados para a tarefa e, ao contrário do que afirma a defesa, o Banco Central não periciou a N. Consórcios S/C Ltda, mas sim, instaurou procedimento fiscalizatório, que culminou com a liquidação extrajudicial, tamanha a quantidade de irregularidades apuradas. (...) Não resta dúvida, portanto, que P., na qualidade de administrador da N. Consórcios S/C Ltda, praticou o crime descrito no artigo 4º da Lei nº 7.492/86, sendo de rigor a manutenção da sua condenação.” (ACR 2007.03.99.011870-1, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 04.05.2010, DJ 20.05.2010).

nos quais ambos os réus já alegaram que a administração da empresa cabia ao gerente contratado, J.. Contudo, como afirmado, o requerimento de prova pericial somente veio a ser formulado na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal (em sua redação original, hoje equivalente ao artigo 402 do referido código, na redação da Lei nº 11.719/2008), que se presta para que as partes requeiram ‘as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução’. Ou seja, não é a fase adequada para o requerimento de diligências cuja necessidade ou conveniência já era clara ao momento oferecimento da defesa prévia. Não se deve deixar para a fase final uma diligência que poderia ter sido pleiteada durante a instrução, pois o art. 499 é claro, ao referir-se à complementação da prova resultante de ‘circunstâncias ou de fatos apurados na instrução’. Logo, requerimentos extemporâneos de prova podem ser indeferidos pelo magistrado, inclusive se for percebida a intenção de procrastinar o término do processo. Acresce-se que os réus teriam condições, independentemente da intervenção do Juízo, de produzir, por sua própria iniciativa, a prova requerida, se reputassem a mesma essencial. Por último, a prova pericial requerida pela defesa era desnecessária para a demonstração que a assinatura de documentos poderia ter partido do punho do administrador contratado. Não havia dúvidas sobre a presença de empregado contratado para praticar atos de gestão, daí porque prescindível a prova pretendida.” (ACR 2000.61.81.008320-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Márcio Mesquita, j. 13.10.2009, DJ 21.10.2009).

“P. aduz a nulidade do processo por violação ao devido processo legal e cerceamento de defesa, em razão do indeferimento de diligências requeridas na fase do art. 499 do Código de Processo Penal (...). Nesse sentido bem argumentou o Ministério Público Federal em contrarrazões: ‘Quanto a prova pericial, como bem ressaltado pelo Juízo sentenciante, determina o art. 499, à época: (...) Ora, E. Julgadores, o dispositivo é claro, não necessitando de interpretação com certa profundidade para descobrir-se seu real sentido (...). No presente caso, não há necessidade e/ou conveniência na realização de perícia grafotécnica. Não se trata de fase destinada à produção ampla de provas e, sim, à colheita de novos elementos complementares. Além disso, o próprio réu declarou serem falsas as assinaturas constantes nos documentos que só agora, intempestivamente, 29 (vinte e nove) meses depois, pretende submeter à perícia judicial. Perícia essa que sequer foi requerida no tríduo legal! Destarte, durante todo o processo observou-se a ampla defesa e contraditório do réu, sendo que em todos os momentos, enquadrados nos prazos legais, quedou-se inerte frente a questão. Ademais, o ato de indeferimento ou não de requerimento probatório é discricionário do Julgador que poderá indeferir, ante ao princípio da livre persuasão racional que baliza o processo penal, as provas de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. (...)’ Portanto, rejeito a preliminar.” (ACR 2008.03.99.051025-3, Quinta Turma, Des. Fed. André Nekatschalow, j. 01.06.2009, DJ 23.06.2009).

Nesses casos, os réus haviam sido condenados em Primeira Instância, e o Tribunal confirmou as condenações. Verifica-se que o Tribunal manifesta uma postura de, *a priori*, conferir pouca importância à prova pericial, invocando o princípio do livre convencimento do juiz e da tempestividade do pedido. Privilegia, portanto, a eficiência da persecução penal ao invés de oferecer maior garantia de defesa aos acusados, e flexibiliza a subsidiariedade do direito penal.

A posição mais garantista não defendida pelo Tribunal, decorreria de outra interpretação dada ao princípio do livre convencimento do juiz e da regra da tempestividade. Com efeito, a prova documental é o principal meio de prova para a comprovação da fraude.

Porém, se uma das partes coloca em dúvida a sua autenticidade, idoneidade ou significado econômico ou contábil, a principal prova sobre a fraude é posta em dúvida e apenas a submissão desta à perícia poderia solucioná-la. Neste ponto, o momento processual em que a prova é contestada seria irrelevante frente à busca da verdade dos fatos, que é matéria de ordem pública, e considerada a previsão do art. 235 do CPP, pela qual “a letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade”. O livre convencimento do juiz, nesta hipótese, não poderia ser invocado para impedir a realização de perícia oficial, imparcial, por pessoa com conhecimentos específicos em contabilidade ou em avaliação da autenticidade de assinaturas e escritos. O livre convencimento do juiz deveria ser utilizado na argumentação sobre a avaliação dos resultados do laudo pericial com razões para a sua aceitação ou descarte frente ao conjunto probatório. Sem a realização da perícia quando o documento é contestado por uma das partes – seja o Ministério Público Federal, seja o réu – a busca da verdade restaria prejudicada e a dúvida sobre a fraude macularia a decisão final do Tribunal.

Portanto, verifica-se, nesse particular, que o Tribunal optou por uma interpretação do direito processual que privilegiasse a eficiência na persecução penal, ao invés de oferecer maior amplitude de defesa aos réus.

Quadro 13: Autorialia

Qualidade do Réu	Frequência	Porcentagem
Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira	27	82%
Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira e auditor externo	1	3%
Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira e investidor de grande porte	1	3%
Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira e administrador e sócio de empresa não financeira	3	9%
Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira e procurador de empresa não financeira	1	3%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

No tocante à autoria, em 82% das apelações, verificou-se que os réus eram administradores, diretores ou gerentes de instituição financeira⁵⁶. Em 18%, figuraram também auditor externo (3%), investidores de grande porte (3%), sócios e administradores de empresas não financeiras (9%), e procurador de empresa não financeira (3%).

Os números indicam que, em todos os casos, aparece a figura do administrador, diretor ou gerente de instituição financeira. Nos 18% dos casos em que figuravam agentes com outro *status*, a coautoria se dava em conjunto com administradores, diretores ou gerentes de instituição financeira.

Em trecho da ACR 1999.03.99.039158-3 revela-se que os principais alvos da persecução penal são as ações e omissões de administradores de instituição financeira, não obstante ser admissível a participação de pessoa desprovida dessa condição:

“Grande parte dos ilícitos previstos na Lei 7.492/86 são delitos de gestão, em que a conduta punível versa ações ou omissões na administração da instituição financeira, de modo a integrar as figuras típicas a qualificação do sujeito ativo e a necessidade de explicitação do rol de agentes nesta condição. O disposto no artigo 25, caput e § 1º da Lei 7.492/86 é de conteúdo e alcance restritos à descrição dos elementos típicos que se confundem com a qualidade do sujeito ativo. A norma legal não veda o concurso de agentes na modalidade da participação e mesmo elementos de natureza gramatical vêm em reforço a esta exegese, em seu § 2º prescrevendo o artigo de lei sobre os benefícios da confissão espontânea com expressa menção à figura do partícipe.” (ACR 1999.03.99.039158-3, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 22.04.2002, DJ 30.04.2002)

As decisões obtidas aproximam-se do entendimento doutrinário pelo qual a gestão fraudulenta é crime próprio, praticado pelos sujeitos do art. 25 da Lei 7.492/1986⁵⁷, detentores do poder de gerir instituição financeira, não se podendo descartar a coautoria e a participação nos termos do art. 29 do CP⁵⁸. Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

⁵⁶ “Entende-se por controlador e administradores de instituição financeira os diretores (pessoas que administram ou gerenciam um estabelecimento mercantil ou empresarial) e os gerentes – pessoas autorizadas a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhes foram outorgados (art. 1.173, CC).” (PRADO, 2009, p. 161).

⁵⁷ “Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes. § 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou o síndico”. Como as definições das pessoas do *caput* constam da nota de rodapé anterior, restam as pessoas do § 1º: interventor é a pessoa nomeada para gerir a instituição financeira quando ela está sob processo de intervenção do Banco Central (art. 9º, Lei 6.024/1974); liquidante é o responsável pelo encerramento das atividades da instituição quando submetida ao regime liquidação extrajudicial pelo Banco Central, com amplos poderes de administração, substituindo administradores anteriores (art. 16 da Lei 6.024/1974); o termo síndico foi alterado pela atual lei falimentar sendo chamado de administrador judicial, que é o responsável pela condução do processo de falência ou recuperação judicial (art. 21 da Lei 11.101/2005).

⁵⁸ “Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”

“Trata-se, na realidade, de crime próprio, exigindo uma particular condição do sujeito ativo, qual seja, exercer uma das funções referidas no art. 25 e seus parágrafos. Nada impede a participação de terceiros, estranhos à administração de instituições financeiras, ancorados pela previsão legal do art. 29 do Código Penal.” (BITENCOURT, 2010, pp. 36-37).

Igualmente Luiz Regis Prado:

“Sujeito ativo do delito é somente a pessoa que pode gerir instituição financeira (delito especial próprio), e que se encontra especificada no art. 25 da Lei 7.492/1986 (...). Nada obsta, contudo, a participação de terceiros estranhos à instituição financeira na realização do delito.” (PRADO, 2009, p. 160).

Juliano Breda ressalta como alvo da Lei 7.492/1986 a conduta de agentes detentores, a princípio, do domínio do fato na gestão das instituições financeiras, e destaca o dever de transparência e seriedade no exercício de suas funções⁵⁹.

Discute-se, na doutrina, a possibilidade de gerente de agência bancária ser sujeito ativo do crime. Luiz Flávio Gomes, por exemplo, entende que não, pois o art. 25 da lei faria referência apenas a membros dos órgãos da administração superior, enquanto o gerente de agência bancária seria mero subordinado sem poder de comandar a instituição financeira e nunca poderia ser sujeito ativo do crime⁶⁰. Bitencourt, por sua vez, afirma que a regra é a não admissão da responsabilidade do gerente de agência, porém, em casos excepcionais em que fiquem comprovados que o gerente tinha poder de decisão e agiu de forma contrária às diretrizes da administração superior e às boas práticas bancárias, ele poderá ser responsabilizado⁶¹. No mesmo sentido da admissibilidade, José Paulo Baltazar Jr. diz que a

⁵⁹ “A gestão fraudulenta é eminentemente um delito próprio, exigindo-se o domínio do fato por, no mínimo, uma das pessoas elencadas no art. 25 da Lei 7.492/1986: (...) Este artigo, basicamente, estabelece os sujeitos ativos dos crimes descritos na Lei. Embora existam alguns tipos penais comuns, a regra dos crimes contra o sistema financeiro é a existência de delitos próprios, ou seja, crimes que exigem uma especial qualidade do agente. O artigo 25 nada mais faz do que elencar todas as pessoas detentoras, em tese, do ‘domínio do fato’ no sistema financeiro, por dirigirem, controlarem, gerirem ou administrarem instituições atuantes no mercado ou, ainda, estarem na posição de interventores, liquidantes e síndicos. É necessário frisar que determinados diretores de grandes bancos comerciais possuem uma função de extrema relevância na ordem econômica. Uma entidade como essa detém mais capital de investimento que muitas unidades federativas. Impõe-se, assim, ao administrador desses recursos deveres de transparência e seriedade na condução dos negócios da instituição”. (BREDA, 2002, p. 63).

⁶⁰ “(...) o gerente de uma agência bancária não possui o controle ou a administração da instituição financeira, limitando-se a exercer funções administrativas previamente designadas e delimitadas por seus superiores. Não exerce, em suma, funções de comando, senão de comandado; não pratica atos de controle da instituição, senão atos controlados por ela. Logo, jamais pode ser sujeito ativo (autor) do delito capitulado no art. 4º da Lei 7.492/1986.” (GOMES, 2000, p. 363).

⁶¹ “Quando, no entanto, se puder demonstrar que o gerente realmente detém poder decisório, independentemente das diretrizes determinadas pelo controle central da instituição financeira, e o fizer contrariando a boa prática bancária, ou o uso corriqueiro dessas instituições, e, principalmente, desobedecendo à orientação superior, autodeterminando-se, nessas hipóteses, criteriosamente examinadas, poder-se-á imputar-lhe a prática de gestão fraudulenta, atribuindo-se-lhe a responsabilidade por gerir inadequadamente, pelo menos parte, de instituição financeira, desde que calcada em sérias e robustas provas.” (BITENCOURT, 2010, p. 37).

conduta de um gerente de agência pode ser mais danosa que a do administrador superior, principalmente em cidades pequenas, onde os seus atos possuem maior repercussão de maneira a comprometer a credibilidade no sistema financeiro⁶².

O tema controverso foi tratado na ACR 2006.03.99.043971-9. O Tribunal condenou o gerente de uma agência bancária que concedia empréstimos para que outros corréus realizassem a plantação e venda de produtos agrícolas. Contudo, as lavouras não eram feitas e os empréstimos não eram pagos, sendo os recursos desviados para empresas nas quais o gerente ou seus parentes eram sócios. Os corréus foram condenados pelo crime de obtenção fraudulenta de financiamento (art. 19). Cita-se o seguinte trecho da decisão:

“(...) R. era figura fundamental nessa empreitada, pois detinha o poder de *deferir as operações simuladas*. H., que inicialmente se dizia vítima, ajudou a simular o empréstimo de uma lavoura que sabidamente não era sua, mas sim de R. e P.. Este último, por sua vez, ora funcionava como devedor pignoratício, ora como avalista de outro devedor, no caso, como avalista de H.. Os empréstimos não foram liquidados junto ao banco, tampouco as lavouras foram levadas a efeito. O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira ou a ela equiparada caracteriza-se pela prática de atos ilícitos por parte dos administradores, manifestada por manobras ardilosas e pela perpetração de fraudes. R., na qualidade de gerente geral de uma agência bancária, notadamente voltada para empreendimentos agrícolas, tinha total consciência de que jamais poderia conceder empréstimos a pessoas com as quais mantinha algum tipo de sociedade. Tal réu não era um iniciante da carreira bancária, ao contrário, era o gerente geral de uma agência do Banco (...), não sendo possível aceitar sua ‘ignorância’ quanto ao impedimento que lhe recaía sobre o financiamento a pessoas com as quais mantinha sociedade. As operações questionadas foram todas deferidas por R., na condição de gerente maior da agência contratante. Assim, os negócios fraudulentos nasceram *com ele e por causa dele*. A sociedade de fato mantida entre os réus foi exaustivamente confessada por todos os acusados e revelada por várias testemunhas (...)” (ACR 2006.03.99.043971-9, Primeira Turma, Des. Fed. Johanson de Salvo, j. 16.11.2010, DJ 26.11.2010).

Assim, nesse particular, verifica-se que a manifestação explícita do Tribunal aproximou-se da segunda posição, com uma interpretação mais ampla do art. 4º, *caput* combinado com o art. 25 da Lei 7.492/1986.

⁶² “A gestão fraudulenta ou temerária praticada pelo gerente de uma agência bancária pode ser mais danosa ao sistema financeiro que aquela praticada pelo administrador geral de uma corretora ou casa de câmbio. Ademais, não se pode negar que, especialmente em cidades menores, as práticas fraudulentas ou temerárias do gerente da agência local podem comprometer a credibilidade da comunidade na instituição ou no sistema financeiro como um todo.” (BALTAZAR JR., 2010, p. 333).

Quadro 14: Espécie da principal instituição financeira ou equiparada envolvida nos casos

Espécie de Instituição Financeira	Frequência	Porcentagem
Distribuidora	8	24%
Banco	3	9%
Banco e Corretora	2	6%
Banco estrangeiro	1	3%
Banco e Fundo de Previdência Privada	2	6%
Agência de Turismo Operadora de Câmbio	3	10%
Administradora de Consórcios	6	18%
Administradora de Consórcios sem autorização	4	12%
Cooperativa Agrícola	1	3%
Corretora	2	6%
Corretora sem autorização	1	3%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 30% dos casos a principal espécie de instituição envolvida foi a administradora de consórcios, sendo que, desse percentual, 12% não tinha autorização para funcionar. Em 24%, figurou a distribuidora de títulos e valores mobiliários. Os bancos estão envolvidos dentre as instituições financeiras em 24% dos casos: em 9%, figuram sozinhos; em 6%, figuram juntamente com corretora de títulos e valores mobiliários; em 6%, estão ao lado de fundos de previdência privada; e, em 3%, figura banco estrangeiro. As corretoras aparecem isoladamente em 9% dos casos, sendo que em 3%, a corretora não tinha autorização para funcionar. As agências de turismo operadoras de câmbio aparecem em 10% dos casos. A cooperativa de crédito surge em 3%.

Constata-se que a maioria das instituições presentes nos casos analisados são as integrantes do sistema financeiro nacional. Este se subdivide no primeiro nível pelos órgãos normativos, no segundo nível pelas entidades supervisoras e no terceiro e quarto níveis pelos operadores, de acordo com a classificação do Banco Central⁶³:

⁶³ BRASIL. Banco Central. 'Composição do SFN'. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?SFNCOMP>. Acesso em 14.03.2011.

- 1) CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL – CMN
 - a) BANCO CENTRAL DO BRASIL – BACEN
 - i) Instituições Financeiras Captadoras de Depósito à Vista
 - (1) Bancos Múltiplos com Carteira Comercial
 - (2) Bancos Comerciais
 - (3) Caixa Econômica Federal
 - (4) Cooperativas de Crédito
 - ii) Demais Instituições Financeiras
 - (1) Agências de Fomento
 - (2) Associações de Poupança e Empréstimo
 - (3) Bancos de Câmbio
 - (4) Bancos de Desenvolvimento
 - (5) Bancos de Investimento
 - (6) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)
 - (7) Companhias Hipotecárias
 - (8) Cooperativas Centrais de Crédito
 - (9) Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento
 - (10) Sociedades de Crédito Imobiliário
 - (11) Sociedades de Crédito ao Microempreendedor
 - iii) Bancos de Câmbio
 - iv) Outros Intermediários Financeiros e Administradores de Recursos de Terceiros
 - (1) Administradoras de Consórcio
 - (2) Sociedades de arrendamento mercantil
 - (3) Sociedades corretoras de câmbio
 - (4) Sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários
 - (5) Sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários
 - b) COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM
 - i) Bolsas de Mercadorias e Futuros
 - ii) Bolsas de Valores
- 2) CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS – CNSP
 - a) SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP
 - i) Resseguradores
 - ii) Sociedades Seguradoras
 - iii) Sociedades de Capitalização
 - iv) Entidades Abertas de Previdência Complementar
- 3) CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CNPC
 - a) SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - PREVIC
 - i) Entidades Fechadas de Previdência Complementar (fundos de pensão)

Nos casos analisados, constata-se que foram poucas as discussões acerca da definição de instituição financeira do art. 1º da Lei 7.492/1986 para fins de configuração do crime de gestão fraudulenta.

Dentre elas, destaca-se a ACR 2000.61.81.004391-0, única apelação em que o julgamento se deu por maioria de votos, na qual o ponto de divergência consistia na possibilidade de banco localizado no exterior ser abrangido pelo conceito do art. 1º. Os réus, que haviam sido condenados em Primeira Instância, foram absolvidos pelo Tribunal. A acusação era a de realização, pelos réus, de compra e venda simulada de dólares com a utilização de declarações falsas entre empresa brasileira e banco estrangeiro localizado no exterior. As empresas lucravam com a “arbitragem de mercado” e o dinheiro retornava para a conta da empresa como investimento estrangeiro fictício. A turma entendeu que banco localizado no exterior, por não estar regularmente constituído no país, não se enquadra na definição do art. 1º da lei, havendo em tese crime de operação irregular de instituição financeira:

“Emerge dos autos que C. Bank Ltd é uma instituição financeira constituída sob as leis de Nassau, Bahamas, com sede social e atividade em Bahamas e filial no Brasil, regida, portanto, pela lei de sua constituição e domicílio e regulamentada pelo Banco Central de Bahamas. Trata-se, assim, de instituição financeira estrangeira não constituída sob o regramento do sistema financeiro nacional, não possuindo, por isso, autorização para operar como banco no Brasil. À evidência, não pode ser considerada instituição financeira, mesmo que por equiparação, pois, o inciso I, do artigo 1º da Lei nº 7.492/86, também se refere às pessoas jurídicas constituídas ou habilitadas a atuar no Brasil. Diversa seria a hipótese se o C. Bank Ltd fosse instituição financeira regular, própria ou por equiparação. É que a conduta da empresa, estrangeira ou não, que exerce a atividade de captação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, sem autorização legal, configura o delito previsto no artigo 16 da Lei nº 7492/86. (...) Ora, se a gestão fraudulenta de uma instituição financeira pressupõe que esta faça parte daquelas autorizadas a atuarem como tal e, se a empresa em questão não pode ser considerada instituição financeira, conclui-se pela atipicidade das condutas imputadas, que não se amoldam ao tipo penal previsto no artigo 4º da Lei nº 7.492/86.” (ACR 2000.61.81.004391-0, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, Rel. p/ ac. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 23.06.2009, DJ 23.07.2009).

No voto vencido, o primeiro Relator manifestou entendimento diverso, entendendo que o crime havia sido praticado no território brasileiro, podendo os réus responder pelo crime do art. 4º, *caput*:

“Não há que se falar, ainda, que o C. Bank, por ser instituição financeira estrangeira, não se subsume ao Sistema Financeiro Nacional, uma vez que o crime foi praticado em território nacional sendo de rigor a aplicação da jurisdição brasileira, nos termos do artigo 5º, do Código Penal.” (ACR 2000.61.81.004391-0, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, Rel. p/ ac. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 23.06.2009, DJ 23.07.2009)

Na doutrina a questão é pouco explorada, afirmando Baltazar Jr., em prol da posição vencedora no acórdão, que instituição localizada no exterior não integra o sistema financeiro nacional, de modo a não afetar a objetividade jurídica do tipo⁶⁴. A favor do entendimento contrário, poderia ser invocada a regra, não mencionada no debate, de que agentes brasileiros podem ser coautores de gestão fraudulenta (arts. 29 e 30 do CP) praticada por diretores de banco localizado no exterior, a teor do art. 7º, II, 'b', do CP pelo qual: “ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (...) II – os crimes: (...) (b) praticados por brasileiro.”.

Nesse ponto, ao final, o Tribunal adotou uma definição mais restrita de instituição financeira e das regras de competência territorial.

Nos fundamentos do voto vencedor, percebe-se que além do argumento de o banco estar situado fora do território nacional, entendeu-se que instituição irregular, a qual funciona sem autorização, não se enquadra na definição típica do art. 4º, apenas na do art. 16. Quanto a essa matéria, o julgado diverge da maioria das outras apelações obtidas que trataram da matéria.

Na ACR 2000.03.99.068795-6, o Tribunal confirmou condenação de Primeira Instância de caso em que réus administradores de uma administradora de consórcio: fizeram operar filial e formaram grupos de consórcio sem autorização do Banco Central; não entregaram bens a consorciados; apropriaram-se indevidamente de bens pertencentes a grupos de consórcio; e fraudaram a contabilidade da instituição ao registrar pagamentos sem documentos que os dessem suporte, pela ausência de livros obrigatórios e deficiências de escrituração. Os réus restaram condenados como incurso nos arts. 4º, *caput*, 16 e 5º da Lei 7.492/1986 em continuidade delitiva:

“Cumpre destacar que a r. sentença atacada foi exaustiva em sua motivação. Foram suficientemente apreciadas todas as questões de fato e de direito apresentadas pela acusação e pela defesa, como se observa de fls.: ‘restou provado que havia uma ‘filial’ (...), que realizava operações de instituições financeiras, sem a autorização para tanto. Inclusive, foi nessa ‘filial’ que foram comercializadas cotas de consórcio dos grupos 110-113. (...)’. Em seguida, ali está dito: ‘Assiste razão ao digno Procurador da República, em suas alegações de fls., quando expõe que: ‘A contabilidade da empresa foi havida como absolutamente irregular pela comissão do Banco Central, uma vez que foi constatado a inexistência de documentação suporte à contabilização dos pagamentos, chegando os membros da comissão a afirmar que: ‘A contabilidade da Administradora não espelhou em nenhum momento abrangido pelos trabalhos a realidade dos fatos, quando não completamente ignorada no caso

⁶⁴ “Já se afirmou que o delito em questão somente pode ocorrer em instituições financeiras localizadas no Brasil, uma vez que aquelas localizadas no exterior não integram o sistema financeiro nacional, cujo regular funcionamento é o objeto de proteção da lei em comento (...).” (BALTAZAR JR, 2010, p. 335).

dos grupos formados sem autorização, em desacordo com a Portaria MF nº 191, de 27.10.89 e disposições posteriores, devendo ser desqualificada para todos os efeitos legais'. Adiante consignaram os Srs. Membros: 'Foi constatada a inexistência de documentos contábeis relativos aos grupos formados irregularmente e cujos recursos foram posteriormente desviados (...). Realmente, o liquidante verificou a ausência de livros obrigatórios e deficiências na escrituração das operações efetuadas, caracterizando a gestão fraudulenta (...)' (ACR 2000.03.99.068795-6, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 17.12.2002, DJ 18.02.2003).

O mesmo se deu na ACR 1999.03.99.082734-8, em que réus na mesma condição e sem autorização do BC, ofereciam a venda de veículos, mediante o pagamento de uma taxa de adesão e de parcelas do valor dos bens, porém não os entregavam, desviavam para si os valores arrecadados, lesando, ao final, cerca de duas mil pessoas⁶⁵. Digno de destaque é o fato de, em quatro apelações, o Tribunal ter decretado a extinção da punibilidade do crime do art. 16, em razão da prescrição da pena aplicada em concreto em Primeira Instância, nos termos do art. 110, § 1º, do CP, tendo, porém, condenado os réus pelo crime de gestão fraudulenta de instituição financeira irregular: em dois casos a instituição era a administradora de consórcios (ACR 95.03.008286-2, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr. j. 17.05.2005, DJ 05.08.2005; e ACR 2000.61.81.008320-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Márcio Mesquita, j. 13.10.2009, DJ 21.10.2009); em um caso, uma corretora irregular (ACR 1999.03.99.036879-2, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 13.10.2009, DJ 23.10.2009); e, em outro, agência de turismo operadora de câmbio (ACR 2005.03.99.024006-6, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 08.07.2008, DJ 22.07.2008)⁶⁶. Ou seja, em todos esses casos o Tribunal entendeu ser possível a condenação do réu pelos crimes de gestão fraudulenta e de operação irregular de instituição financeira.

Na ACR 1999.03.99.036879-2, o Relator explicitou o entendimento de que não é possível a consunção do art. 4º, *caput*, com o art. 16, e que se trata de figuras autônomas⁶⁷:

⁶⁵ “Segundo restou apurado nos autos, os réus causaram vultoso prejuízo a vários consumidores incautos, (...) teriam feito a empresa operar como instituição financeira, sem qualquer autorização do Banco Central do Brasil – BACEN. Operavam no mercado, captando recursos na linha de consórcio de veículos, divulgando em jornais programas de financiamento, com o ingresso de compradores mediante o pagamento de taxa de adesão, que variava entre 12% a 22% do preço de cada veículo. Prometiam a entrega do veículo em tempo breve, de acordo com o prazo do financiamento e as parcelas a serem pagas pelos compradores. Segundo se constatou, aproximadamente duas mil pessoas aderiram ao programa de financiamento por eles divulgado. Todavia, nenhum bem chegou a ser entregue aos compradores, tendo os réus se locupletado dos valores por eles pagos.” (ACR 1999.03.99.082734-8, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 04.06.2002, DJ 02.07.2002).

⁶⁶ Num caso envolvendo agência de turismo operadora de câmbio, verificou-se que havia autorização do Banco Central, sendo atípica a conduta do art. 16, mas restando típica de gestão fraudulenta pela qual o réu foi condenado (ACR 2008.03.99.006954-8, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 06.05.2008, DJ 25.08.2008).

⁶⁷ No caso concreto, réu, sem autorização do BC, fundou e presidiu um grupo de empresas com uma corretora de fachada, onde eram captados recursos de terceiros. Aos clientes era dito que o dinheiro seria investido em aplicações diversificadas, prometendo-se rendimentos acima do mercado. Falsos informativos sobre o

“De outra parte, de todo inviável o reconhecimento da existência de relação consuntiva entre os delitos dos artigos 4º, 5º e 16 da Lei nº 7.492/86. A Lei do Colarinho Branco, no seu artigo 5º, erigiu em tipo penal autônomo a apropriação de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem imóvel de que o administrador de instituição financeira tenha a posse, ou os desvie em proveito próprio, enquanto que o artigo 16 veiculou o crime de operar instituição financeira sem autorização. Ainda que não se descarte a possibilidade em tese da apropriação ou desvio decorrerem de atos de gestão, é inviável admitir-se que o crime de gestão fraudulenta, cuja pena é de 3 a 12 anos de reclusão, seja considerado crime meio ou etapa normal de execução do crime fim de apropriação/desvio, cuja pena é de 2 a 6 anos, ante a incongruência material de se admitir que o crime de maior gravidade e que mereceu maior repressão na lei seja desconsiderado pela realização de infração de menor grau ofensivo ao Sistema Financeiro Nacional. (...) Em sentido inverso, somente se afigura cabível falar-se em tese na absorção do crime de apropriação/desvio pelo delito de gestão fraudulenta de instituição financeira quando os atos de apropriação/desvio tenham repercussão limitada no contexto delituoso e sejam o fim único da gestão fraudatória e nela esgotem seu potencial ofensivo; caso contrário, restará configurado o concurso formal de crimes. (...) O mesmo se diga em relação ao artigo 16 em comento, em que a objetividade jurídica da norma foi coibir a operação irregular de instituição financeira e se consuma com o primeiro ato de operação, já que a regularidade ou não da instituição em nada interfere com o dolo genérico exigido na gestão fraudulenta. Com tais considerações, é de se concluir que a prescrição dos delitos dos artigos 5º e 16 da Lei nº 7.492/86 aqui reconhecida em nada prejudica a tipificação, via *emendatio libelli*, da descrição fática contida na denúncia no crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, por não se vislumbrar sobreposição ou *bis in idem* entre as elementares dos referidos delitos. Na pior das hipóteses, dever-se-ia dizer que tais crimes, hipoteticamente prescritos, é que seriam absorvidos pelo crime de gestão fraudulenta, questão que não merece maior debate, na medida em que, absorvidas ou não, essas condutas já não seriam isoladamente puníveis”. (ACR 1999.03.99.036879-2, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 13.10.2009, DJ 23.10.2009).

Baltazar Jr. entende que o crime de gestão fraudulenta pode ocorrer tanto em instituição regular, com autorização do Banco Central para o seu funcionamento, quanto na irregular, sem autorização, pois, do contrário, o agente desse último seria privilegiado caso praticasse atos fraudulentos, enganando terceiros, sem incorrer nas penas do crime de gestão fraudulenta⁶⁸. Breda, por sua vez, discorda, entendendo que, na operação irregular, o exercício das atividades próprias de instituição financeira (captação, intermediação e aplicação de recursos de terceiros) já estaria abrangido pelo tipo do art. 16, independentemente de serem fraudulentas ou não; o administrador de instituição financeira não autorizada violaria o art. 16,

rendimento das aplicações e de supostas perdas eram-lhes enviados regularmente. Todavia, os recursos eram desviados para contas pessoais e das empresas do grupo. Com a ocorrência de uma crise internacional, vários clientes quiseram sacar seu dinheiro e as fraudes foram descobertas.

⁶⁸ “Em minha posição o delito tanto poderá ocorrer em instituição financeira regular, autorizada, quanto naquela que funciona sem autorização (...), caso em que haverá concurso formal com o delito do art. 16. A interpretação contrária, ao argumento de que o art. 4º está dirigido somente a instituições regulares, acaba por deixar aquele que atua irregularmente em situação privilegiada (...)” (BALTAZAR JR., 2010, p. 335). Ao tratar especificamente do art. 16, o autor afirma a possibilidade do concurso deste crime com outros da Lei 7.492/1986: “No âmbito de uma instituição financeira que funciona sem autorização, podem ocorrer outros crimes financeiros, em concurso material, tais como: a) gestão fraudulenta (...); b) apropriação indébita (...); c) negociação de títulos sem autorização prévia (...); d) evasão de divisas (...); e) quadrilha (...)” (BALTAZAR JR., 2010, p. 372).

enquanto que o administrador de instituição autorizada, quando pratica atos fraudulentos, violaria o art. 4º, *caput*⁶⁹.

Neste ponto, verifica-se que o Tribunal acolheu uma interpretação que amplia a incidência dos tipos do art. 4º, *caput* e do art. 16 na maioria dos casos que trataram da matéria.

3.1.5 Citação de Doutrina e de Julgados

Quadro 15: Citação de doutrina

Citação de Doutrina	Frequência	Porcentagem
Sim	17	52%
Não	16	48%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 52% das apelações os relatores incluíram doutrina específica sobre o crime de gestão fraudulenta ou de outras obras jurídicas para fundamentar a sua decisão quanto aos requisitos para a configuração do delito – definição de gestão e de fraude, necessidade ou não de habitualidade, natureza de crime de perigo ou não, finalidade da lei, bem jurídico etc. Isso indica que a produção dogmática tem certa influência na decisão do Tribunal, o qual se mostra aberto a dialogar ou adotar argumentações produzidas pelos doutrinadores. Desse modo, a evolução doutrinária sobre a interpretação dos crimes de gestão fraudulenta pode influenciar, de alguma forma a evolução do entendimento da Corte. Ou seja, o Tribunal não está alheio à produção teórica sobre o crime.

⁶⁹ “Questão polêmica é o eventual concurso da gestão fraudulenta com art. 16: operar instituição financeira sem autorização ou, se obtida, mediante fraude, ou seja, a possibilidade de se punir pela gestão fraudulenta as pessoas que administrem instituições financeiras por equiparação ou aquelas autorizadas a funcionar pela autoridade induzida em erro. O crime de gestão fraudulenta tem como destinatários apenas os dirigentes das instituições financeiras arroladas no *caput* e inciso I do art. 1º, quer-se dizer, aquelas legalmente autorizadas pelo BACEN e pela CVM a operar no mercado. Essa interpretação decorre, primeiramente, do simples fato de que o funcionamento das instituições por equiparação já é punível, independentemente de a gestão revelar-se fraudulenta ou austera. Caso o exercício seja fraudulento a única consequência será um agravamento da sanção penal, devido à maior reprovabilidade da conduta. Isso porque o bem jurídico já está penalmente protegido na tipificação do art. 16, não sendo coerente, como já se afirmou, a incidência de outra unidade normativa à mesma ofensa, uma vez que, para a lei, o que interessa, interpretando-se o art. 16, é o funcionamento sem autorização ou autorizado mediante fraude, não a essência dos atos da suposta instituição financeira. Essa conclusão é explicada pelo próprio fundamento da tipificação do art. 4º: a infração de um dever de austeridade dos administradores legalmente autorizados a atuar no mercado pelos órgãos públicos”. (BREDA, 2002, p. 130).

Quadro 16: Número de citações classificadas por autor

Obra	Frequência	Porcentagem
MAIA, R. T. Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. SP: Malheiros, 1996.	6	16%
GAMA, G. C. e GOMES, A. F. Temas de Direito Penal e Processo Penal. RJ: Renovar, 1999.	5	13%
PRADO, L. R.. Direito Penal Econômico. SP: RT, 2004.	4	10%
PIMENTEL, M. P.. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. SP: RT, 1987.	3	8%
TÓRTIMA, J. C.. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. RJ: Lumen Juris, 2000.	3	8%
NUCCI, G.. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. SP: RT, 2007	2	5%
NUCCI, G.. Código Penal Comentado. SP: RT, 2002.	1	3%
COSTA JR., P. J., QUEIJO, M. E. e MACHADO, C. M.. Crimes do Colarinho Branco. SP: Saraiva, 2002	2	5%
BREDA, J.. Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86. RJ: Renovar, 2002.	2	5%
STEINER, S.. 'O Princípio da Reserva Legal e o Crime de Tortura na Legislação Brasileira'. In: <i>RBCCRIM</i> , n. 13, 1996.	1	3%
OLIVEIRA, E.. Crimes contra a Economia Popular. RJ: Freitas Bastos, 1952.	1	3%
JESUS, D. E.. Direito Penal – Parte Geral. SP: Saraiva, 1985.	1	3%
HUNGRIA, N.. Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestação com Reserva de Domínio. RJ: Jacintho, 1939.	1	3%
LIMA, S. O e LIMA, C. T. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. SP: Atlas, 2003.	1	3%
FELDENS, L.. Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco. POA: do Advogado, 2002.	1	3%
BALTAZAR JR, J. P.. Crimes Federais. POA: do Advogado, 2007.	1	3%
DE PLÁCIDO E SILVA. <i>Vocabulário Jurídico</i> . RJ: Forense, 1998.	1	3%
DE SANCTIS, F. M.. Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional. Camp.: Millenium, 2003.	1	3%
Total	37	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Do total de trinta e sete citações, as obras mais mencionadas foram as de Rodolfo Tigre Maia (16%), Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Abel Fernandes Gomes (13%), Luiz Regis Prado (10%), Manoel Pedro Pimentel (8%), José Carlos Tórtima (8%) e Guilherme de Souza Nucci (8%). A obra coletiva de Paulo José da Costa Jr., Maria Elizabeth Queijo e Charles Machado e a obra de Juliano Breda tiveram 5% das citações cada. As obras de Sylvia Steiner, Elias de Oliveira, Damásio de Jesus, Nelson Hungria, Sebastião de Oliveira Lima e Carlos Tosta de Lima, Luciano Feldens, José Paulo Baltazar Jr., De Plácido e Silva e Fausto Martin De Sanctis obtiveram 3% das citações cada. A identificação destes autores indica a existência de uma doutrina brasileira sobre crimes financeiros, cujos argumentos poderiam ser alvo de pesquisa específica.

Verifica-se que todas as obras são de dogmática, ou seja, estão voltadas a oferecer ‘dogmas’, pontos de partida para a decisão jurídica, não havendo nenhuma obra exclusiva sobre teoria geral do direito penal, preocupada com definições gerais das categorias deste, ou de filosofia do direito, preocupada com os fundamentos do direito penal. Trata-se de algo previsível em decisões judiciais. Observa-se também que a maioria das obras destina-se exclusivamente ao tema dos crimes financeiros da Lei 7.492/1986.

Se forem consideradas como obras de maior influência aquelas com mais de 8% das citações, verifica-se que obras elaboradas por autores provenientes do Ministério Público (Maia e Prado – 26%) são as mais influentes. Em seguida figuram as de magistrados de primeira instância (Gama e Gomes, e Nucci – 21%) e, por último, advogados (Pimentel e Tórtima – 16%). Desse modo, estão refletidos de forma representativa, diferentes pontos de vista de profissionais do direito: membros do MP, em nome da defesa da sociedade, possuem a tendência de buscar interpretações que ampliem a incidência do tipo penal; advogados buscam interpretações que a restrinjam em prol da defesa dos réus; e juízes procuram ser imparciais, mas, normalmente, tendem a um dos extremos ao longo da carreira⁷⁰. Como se verá nos itens relativos aos critérios para a configuração dos crimes, percebe-se grande influência de Maia (1996) e de Gama e Gomes (1999), obras da segunda metade da década de 90 que tiveram repercussão no Tribunal ao longo dos anos 2000.

⁷⁰ Acerca dos diferentes pontos de vista para a interpretação do tipo, Felipe Amodeo observa: “Fato é que os estudiosos e os operadores práticos do assunto deixam suas marcas nítidas na abordagem do tema. Dependendo da origem e compromissos de cada um, venham da magistratura, de procuradorias de estados, autárquicas, magistério, procuradorias de justiça ou da advocacia, o que se recolhe são manifestações que buscam explicar o tema, sustentando o modernismo do tipo penal aberto, passando por posturas coerentes com decisões prolatadas, acusações sustentadas, em rememoração de pretérito a ser explicado ou vaticínio futuro sombrio; ou ainda, expressam compromissos de advogados com libertárias defesas, que combatem insistentemente a lei penal sem necessária taxatividade.” (AMODEO, 2001, pp. 83-84).

Quadro 17: Citação de julgados

Citação de Julgados	Frequência	Porcentagem
Sim	14	42%
Não	19	58%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 58% dos casos o TRF da 3ª Região não fez nenhuma referência a julgado de tribunal sobre o crime de gestão fraudulenta, ao passo que citou pelo menos um julgado em 42% dos casos. Isso demonstra que, na maior parte dos casos, o Tribunal decide de forma independente, sem preocupação em apoiar explicitamente seus argumentos em decisões anteriores dos tribunais.

Quadro 18: Número de citações de julgados por Tribunal

Tribunal	Frequência	Porcentagem
STF	5	11%
STJ	12	27%
TRF1	4	9%
TRF2	3	7%
TRF3	20	44%
TRF4	1	2%
TRF5	0	0%
Total	45	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Dentro do conjunto de 42% de acórdãos que fizeram referência a julgado, verificou-se maior número de citações de julgados do próprio TRF da 3ª Região, com 44% do total. Em seguida aparece o Superior Tribunal de Justiça (27%), o Supremo Tribunal Federal (11%), o TRF da 1ª Região (9%), o TRF da 2ª Região (7%) e o TRF da 4ª Região (2%). Nenhum julgado do TRF da 5ª Região foi citado. Ou seja, de acordo com as decisões obtidas, o Tribunal, quando busca certa consistência com julgados anteriores, cita em maior número julgados de sua própria produção, a demonstrar, também sob esta perspectiva, a sua independência decisória.

3.2 Resultados Qualitativos

3.2.1 Relação com a Esfera Administrativa

Quadro 19: Condenação na esfera administrativa em processo punitivo

Condenação	Frequência	Porcentagem
Sim	10	30%
Não	4	12%
Não e Não menciona	1	3%
Não Menciona	18	55%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 30% das apelações⁷¹ há menção expressa à condenação dos réus em processo administrativo punitivo de órgão supervisor do sistema financeiro nacional. Em 12% das decisões⁷² não houve condenação na esfera administrativa e, em 3% delas⁷³, menciona-se que pelo menos um dos réus não foi condenado na esfera administrativa, nada mencionando em relação aos demais. Em 55%, não há menção à condenação do réu em processo administrativo punitivo. O quadro indica que, na maior parte das vezes, o Tribunal não menciona qualquer processo administrativo punitivo na fundamentação do julgamento sobre gestão fraudulenta, a indicar a pouca relevância das conclusões da esfera administrativa na esfera judicial.

⁷¹ ACR 1999.03.99.088279-7, ACR 2003.03.99.025896-7, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 1999.61.81.002842-3, ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2000.61.81.005906-0, ACR 2002.03.99.043670-1, ACR 2008.03.99.051025-3 e ACR 2003.03.99.006876-5.

⁷² ACR 1999.03.99.030642-7, ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 1999.03.99.036879-2 e ACR 2006.03.99.043971-9.

⁷³ ACR 2006.03.99.008600-8.

Quadro 20: Condenação na esfera administrativa em processo punitivo e resultado final da decisão

Resultado final	Frequência	Porcentagem
Condenação	5	50%
Condenação de corréu e Prescrição após condenação de corréu maior de 70 anos	1	10%
Condenação de corréu e Condenação de corréu por outro crime	1	10%
Condenação de corréu e Absolvição de corréu	1	10%
Absolvição	2	20%
Total	10	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Do conjunto de decisões em que houve condenação na esfera administrativa por conduta relativa ao crime gestão de fraudulenta, constata-se que, em 80% dos casos, também houve condenação na esfera judicial pelos mesmos fatos. Todavia, em 20% dos casos em que havia condenação na esfera administrativa, os réus foram absolvidos na esfera judicial. Ou seja, não houve uma coincidência entre os resultados de condenação na esfera administrativa e no Tribunal, a demonstrar que o resultado da decisão administrativa não determina necessariamente o resultado final na esfera judicial.

Quadro 21: Ausência de condenação na esfera administrativa em processo punitivo e resultado final da decisão

Resultado final	Frequência	Porcentagem
Condenação	4	80%
Condenação de corréu e Prescrição após condenação de corréu maior de 70 anos	1	20%
Total	5	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Nas decisões em que não houve condenação na esfera administrativa, em todas houve condenação pelo Tribunal, sendo que em 20% houve reconhecimento da prescrição da condenação de réu maior de 70 anos. Observa-se, assim, uma discrepância entre as decisões administrativas e as do Tribunal.

Os números indicam que existe uma independência entre as esferas administrativa e judicial no julgamento do crime de gestão fraudulenta, pois, na maior parte das vezes o Tribunal sequer faz referência à decisão administrativa, e, quando o faz, não necessariamente acompanha a sua conclusão. A constatação reflete-se no posicionamento explícito do Tribunal pela tese da independência entre as esferas administrativa e judicial em algumas das apelações obtidas.

Isto ocorreu no julgamento da ACR 2001.03.99.057006-1. No caso, o réu, sócio administrador de Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, auferia lucros exorbitantes com a compra de letras do tesouro estadual, porém auferia sistemáticos prejuízos em operações com bônus do BC, ouro e outros ativos, desviando o lucro obtido inicialmente para outras pessoas físicas e jurídicas. O réu havia sido absolvido em primeira instância, pois o juiz federal entendera que o fato de o Conselho de Recursos do SFN ter alterado a pena de inabilitação para pena de multa importava no reconhecimento de insuficiência de provas para a condenação. O Tribunal, porém, reformou a sentença, aduzindo que o Conselho de Recursos analisara apenas parte dos fatos⁷⁴ e que as esferas administrativa e judicial são independentes a teor do art. 935 do Código Civil⁷⁵:

“De qualquer sorte, e mesmo que assim não se entenda, a esfera penal independe da esfera administrativa, nos termos do art. 935 do atual Código Civil, sendo certo que, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal ‘o Poder Judiciário não está vinculado às decisões da esfera administrativa’ (Agravo de Instrumento nº 444.297-

⁷⁴ Sobre circunstância de o Conselho de Recursos não ter analisado todos os fatos, o Tribunal manifestou-se da seguinte forma: “E, seguindo esta senda, deve ser repelida a tese encampada pela sentença objurgada no sentido de que se o próprio Conselho de Recursos do Sistema Financeiro, apreciando recurso do apelado, houve por bem convolar a pena de inabilitação temporária para o exercício do cargo de administração para pena pecuniária, então não haveria provas suficientes para caracterizar a gestão fraudulenta de instituição financeira (fls.). Embora tenha o Conselho de Recursos efetivamente convolado a pena aplicada ao apelado, como se observa do extrato da decisão de fls., compulsando o objeto do processo administrativo (...) conclui-se que este diz respeito apenas à parte do esquema engendrado pelo apelado, ou seja, a apuração deliberada de prejuízos expressivos em operações de compra e venda de títulos de renda fixa e em opções da Bolsa de Mercadorias e Futuros por parte da C. DTVM, não se debruçando o Conselho de Recursos na outra parte do esquema delituoso, ou seja, a obtenção de lucros vultosos na intermediação de financiamento da dívida pública do Rio Grande do Sul, que eram simultaneamente perdidos nas aludidas operações com ativos financeiros. Os fatos levados à apreciação do Conselho de Recursos, assim, não abarcaram todas as condutas descritas na denúncia e o julgamento levado a cabo pelo órgão considerou apenas parte das práticas delituosas, não lhe sendo possível observar o contexto maior em que as operações estavam inseridas, deixando-se de obter uma visão ampla da conduta do apelado na condução dos negócios da C. DTVM. O julgamento do recurso voluntário pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro, assim, não deve trazer qualquer repercussão para o desfecho da causa, não sensibilizando, nas condições expostas, o fato de que administrativamente transmutou-se a pena inicialmente aplicada ao recorrido para pena de multa”.

⁷⁵ “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo cível”.

2/RS – Min. Ellen Gracie - DJ de 30.03.04, p. 15). A valoração das provas pela Administração e as conclusões extraídas desta valoração não têm o condão de vincular as decisões do Poder Judiciário: pelo contrário, haverá repercussão inafastável no âmbito administrativo se a sentença criminal reconhecer a inexistência material do fato (art. 66 do Código de Processo Penal) ou reconhecer a existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (art. 65 do Código de Processo Penal). Em outro giro, e conforme bem assentou o Procurador Regional da República em seu parecer, não houve *in casu* a determinação de arquivamento do processo administrativo e sim a minimização da pena administrativa aplicada ao recorrido; além disso, a aplicação de pena de multa em última instância administrativa não impede que a conduta do apelado seja subsumida penalmente ao art. 4º, *caput* da Lei nº 7.492/86”. (ACR 2001.03.99.057006-1, Quinta Turma, Juiz Conv. Helio Nogueira, j. 16.07.2007, DJ 14.08.2007).

A tese da independência das esferas também foi afirmada no julgamento da ACR 1999.03.99.110790-6. No caso, os réus, diretores de distribuidora de títulos e valores mobiliários, foram acusados de, em conluio com outras distribuidoras e um banco, ter realizado uma única compra e venda de títulos em prejuízo da própria instituição financeira e em benefício de uma fundação. Em Primeira Instância, um dos réus havia sido absolvido e outro condenado, porém, o Tribunal absolveu ambos por não ter havido prova do conluio. Ao tratar das preliminares, o Tribunal rejeitou a arguição de nulidade do processo por cerceamento de defesa em razão do indeferimento de pedido de informações ao Banco Central sobre o resultado final do processo administrativo, afirmando a tese da independência entre as esferas administrativa e judicial:

“Por fim, não se mostra irregular o indeferimento de expedição de ofícios ao Banco Central para apuração do resultado do processo administrativo instaurado em face da ‘I.’. A uma, por não interferir no deslinde deste feito, dada a independência das esferas administrativa e penal. A duas, porque a própria parte poderia, e de fato o fez (fls.), trazer aos autos a documentação requerida por sua própria conta.” (ACR 1999.03.99.110790-6, Quinta Turma, Juiz Conv. Fausto De Sanctis, j. 03.09.2002, DJ 24.06.2003).

O mesmo ocorreu na ACR 2002.03.99.043670-1. Nela, réus, administradores de corretora de títulos e valores mobiliários controlada por um banco, inseriam dados falsos sobre compra e venda de ouro na contabilidade da instituição financeira, com registros de supostos prejuízos sistemáticos, de modo a ludibriar a fiscalização do Banco Central e da Receita Federal. Os réus foram condenados em sede administrativa, em Primeira Instância e no Tribunal. A defesa alegou que os fatos pelos quais os réus foram condenados no processo administrativo foram qualificados como inserção de dados falsos em documentos contábeis do art. 10 da Lei 7.492/1986 e não como gestão fraudulenta, devendo a sentença ser reformada. O Tribunal rejeitou a alegação aduzindo que a esfera judicial permite exame mais amplo dos fatos e que as conclusões da esfera administrativa não são vinculantes, dizendo estar consagrada a independência das esferas no direito brasileiro:

“A defesa sustenta que a irregularidade administrativa não poderia ser utilizada como fundamento para a condenação criminal, por gestão fraudulenta. Reconhece a existência de aplicação de penalidade administrativa, mas que o BACEN não afirmou a ocorrência de gestão fraudulenta. Se fosse o caso, a capitulação do suposto delito se enquadraria, especialmente, no tipo penal do art. 10 da Lei n. 7.492/86: ‘Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários’. No direito brasileiro, está sedimentado que as esferas administrativa e judicial são distintas e autônomas. Assim, o processo administrativo pode servir de instrumento para auxiliar a compreensão do processo criminal, não tendo, porém, a virtude de determinar que se observe a mesma conclusão daquele na esfera judicial. Isso porque o ângulo de visão do processo judicial tende a ser mais amplo, a fim de se buscar a verdade, por vezes, não revelada por completo no processo administrativo, mas que vem no interesse da sociedade. No caso dos autos, basta a leitura da denúncia ou da sentença para se saber que a conduta imputada aos réus não se restringe ao tipo do referido art. 10, também da lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional. Os fatos são mais amplos que a mera inserção ou omissão de elementos em demonstrativos contábeis, havendo a indicação de operações sistemáticas para uma aparente compensação entre lucros e perdas.” (ACR 2002.03.99.043670-1, Segunda Turma, Juiz Conv. João Consolim, j. 24.11.2009, DJ 10.12.2009)

Assim, adotada a tese da separação das instâncias para o caso da gestão fraudulenta, o reconhecimento da existência dos elementos normativos ‘gestão’, ‘fraude’ ou ‘instituição financeira’ não depende de decisão da esfera administrativa, segundo a posição manifestada pelo TRF da 3ª Região.

Tal posicionamento aproxima-se da constatação de pesquisa realizada pela Direito GV em relação ao STJ no período de 1989 a 2005 o qual propugnou a independência das instâncias administrativa e judicial no julgamento dos crimes da Lei 7.492/1986 (MACHADO; GIMENES; MACHADO, 2010, p. 121):

“Relação com a Esfera Administrativa. Em alguns acórdãos, a discussão central girou em torno da relação entre a esfera judicial e a administrativa, sendo que, em parte, a defesa alegou falta de justa causa para a ação penal por arquivamento do processo administrativo correspondente e, em parte, por ausência de decisão definitiva na esfera administrativa. Os pedidos foram rechaçados pelo STJ, ao argumento de que a sua jurisprudência ‘já se firmou no sentido da independência das instâncias administrativa e penal, em caso de crimes contra o Sistema Financeiro, não ficando o Poder Judiciário, ao analisar a admissibilidade da acusação, vinculado a qualquer entendimento consignado na esfera administrativa’. Destaca-se que esse entendimento prevaleceu mesmo na situação em que o processo administrativo havia sido arquivado ante o reconhecimento, pelo Banco Central do Brasil, de que os acusados agiram sem a intenção de mascarar suas operações (tendo sido acusados pelo delito tipificado no Art. 17 – Concessão de empréstimos vedados) e que, portanto, não agiram ilicitamente”.

Vê-se que o entendimento dado pelo TRF da 3ª Região afasta-se da evolução jurisprudencial ocorrida no campo dos crimes tributários, cujo ponto culminante foi o julgamento do HC 81.611/DF pelo STF (Tribunal Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13.05.2005). Entendeu-se pela falta de justa causa para a ação penal enquanto não encerrado o

procedimento administrativo, indispensável para a caracterização do tributo, elemento típico do delito de sonegação fiscal⁷⁶.

Ademais, em apelação obtida na qual houve o concurso do crime de gestão fraudulenta com o crime de sonegação fiscal, o Tribunal rechaçou a tese da separação das instâncias para este último de forma categórica. Isso se deu na ACR 2003.03.99.025896-7. Réus que haviam sido absolvidos em Primeira Instância restaram condenados pelo Tribunal. No caso concreto, os réus, diretores e gerente de distribuidora, firmaram contratos de partilha de riscos financeiros com empresas de fachada para fabricar prejuízos e esconder lucros de operações *day trade* com títulos públicos. Os prejuízos foram quarenta vezes superiores ao patrimônio da distribuidora. Os recursos foram desviados para contas de empresas de fachada e pessoas físicas. Um corréu era administrador de empresa de fachada e outro era contador; os dois foram condenados apenas por sonegação fiscal. Ao julgar a apelação, o Tribunal afirmou a separação das instâncias nos crimes tributários, pois nem o Judiciário, nem o Ministério Público estariam atrelados ao juízo da autoridade administrativa:

“É matéria jurisdicional dizer se se realizaram os elementos objetivos ou subjetivos do tipo penal. Em consequência, cabe reconhecer a quem compete exercer a jurisdição. O término do procedimento administrativo não representa condição de procedibilidade da ação penal, assim como decisão administrativa alguma vincula o Poder Judiciário, porque há independência das instâncias. A jurisdição paira sobre os atos administrativos; deles não depende para realizar-se, nem o juízo a eles se submete. Na verdade, no âmbito do sistema constitucional brasileiro, a ocorrência do crime de fraude tributária deve ser declarada, definitivamente, pelo Poder Judiciário. De outro lado, é atribuição do Ministério Público formar a *opinio delicti* para acusar publicamente. Nisso ele é independente e não está subordinado a qualquer instância administrativa dentro do Estado. Não é a autoridade fiscal que lhe ditará que fato é crime tributário ou quem é seu autor, para fins de oferecimento de denúncia. Quando muito, as decisões administrativas, de qualquer natureza, vinculam os órgãos e estruturas que as proferem. A Constituição Federal, no seu artigo 127, § 1º, apresenta como princípio institucional do Ministério Público a independência funcional, da qual se desdobra o entendimento de que seus membros não estão atrelados aos atos, decisões ou posicionamentos de quaisquer órgãos do Poder Executivo. Assim também se deduz do artigo 129, inciso I, da Lei Maior, que prevê ser privativo do *Parquet* promover a ação penal pública, elaborar seu juízo acusatório sobre fatos criminosos e seus agentes. Reitera-se que o Judiciário e a atividade ministerial não se subordinam ao esgotamento da instância administrativa. O processo penal tem natureza pública e seu sobrestamento não pode ser gratuito, fundado em interpretações elásticas das normas jurídicas. Ele é um pressuposto indeclinável da imposição de pena e não pode ficar à mercê de um fundamento

⁷⁶ Trecho da ementa: “1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8.137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo”. Posteriormente, em 2009, o STF editou a Súmula Vinculante 24, relacionada ao tema: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

menor.” (ACR 2003.03.99.025896-7, Quinta Turma, Des. Fed. André Nabarrete, j. 16.08.2004, DJ 27.08.2004).

O entendimento do Tribunal afasta-se de uma posição que considere, na avaliação da conduta à luz do direito penal, a conclusão acerca do caráter fraudulento de aspectos técnicos de operações financeiras complexas pelo órgão fiscalizador em sede administrativa, de modo a oferecer maior oportunidade de defesa ao réu e reforçar a subsidiariedade do direito penal. Numa outra vertente, não seguida pelo Tribunal, e que o aproximaria de uma interpretação mais ampliativa do tipo do art. 4º, seria a afirmação de dependência entre as esferas e a aceitação da ilicitude administrativa como suficiente para a ilicitude penal, apesar do oferecimento de maior garantia de defesa ao acusado. Todavia, como visto, a postura do Tribunal foi a de ignorar a instância administrativa, e, assim, conferir maior eficiência na persecução penal, ficando prejudicada a discussão aprofundada sobre a acessoriedade entre o ilícito penal e o administrativo.

A postura do Tribunal não surpreende porquanto o assunto foi pouco explorado pela produção doutrinária sobre a Lei 7.492/1986. Uma das exceções é o artigo de Luciano Feldens e de Andrei Zenkner Schmidt sobre o crime de evasão de divisas: para os autores, o reconhecimento do ilícito cambial é condição necessária, porém insuficiente para a afirmação da ocorrência do ilícito penal, isto é, a decisão administrativa há de ser considerada no julgamento do crime financeiro, existindo certo grau de dependência relativa entre as esferas⁷⁷. Ressalte-se que esse é um entendimento em recente construção teórica no campo do direito sancionador, campo voltado ao estudo dos problemas ligados à unidade da pretensão punitiva do Estado e de suas consequências⁷⁸.

⁷⁷ “Ao longo do texto vimos sustentando que a ilicitude administrativa (cambial) constitui-se como um elemento pressuposto, ainda que insuficiente, à configuração do ilícito penal cogitado (evasão de divisas). Mais precisamente, estamos a reafirmar que a prática do delito de evasão de divisas pressupõe a violação de uma norma cambial para que se possa ulteriormente formar o juízo de ilicitude penal. Um esclarecimento, entretanto, aqui é de se fazer. Conquanto a base material do delito de evasão de divisas esteja, via de regra, reconduzida a essa prévia violação de uma norma cambial, o reconhecimento sobre a ocorrência do ilícito cambial, pela autoridade administrativa, não é elemento ou condição necessária à afirmação do crime. A exemplo do que ocorre no campo da ilicitude, onde existe uma relação de justaposição entre o ilícito cambial e o ilícito penal, igualmente não se pode dizer existente uma reserva material de ‘jurisdição administrativa’ no que concerne à compreensão sobre a efetiva ocorrência, ou não, do ilícito cambial com potencial repercussão na esfera criminal. (...) Evidentemente, com tudo isso não se quer dizer que não possa o juiz, à vista das conclusões da autoridade administrativa (Banco Central), acatar a decisão assumida naquela esfera. Aliás, tenha-se como certo que em situações determinadas tornar-se-á extremamente difícil sustentar em sentido oposto ao que sufragado no âmbito do Banco Central, isso em face da tecnicidade que costumam assumir determinadas operações cambiais. Essa cautela haverá de nortear, portanto, a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário”. (FELDENS; SCHMIDT, 2007, pp. 232-233).

⁷⁸ Sobre a incipiência do campo, Fabio Medina Osório afirma: “Cabe salientar, para fins didáticos, que sanção administrativa, em nossa visão, é um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou

Portanto, o modo como o Tribunal afirma a tese da independência entre as esferas aproxima-o de uma posição que preza pela eficiência da persecução penal, em detrimento de se conferir maior garantia ao acusado na apuração da gestão fraudulenta.

3.2.2 Ofensa ao Princípio da Legalidade

Quadro 22: Ofensa ao princípio da legalidade

Ofensa à Legalidade	Frequência	Porcentagem
Sim	1	3%
Não	8	24%
Não Menciona	24	73%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 3% das decisões⁷⁹, o Tribunal entendeu que o tipo do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986, por ser aberto e não definir adequadamente a conduta, ofende o princípio da legalidade no aspecto da taxatividade. Em 24% das apelações⁸⁰ o Tribunal afirma que o tipo não ofende o princípio. Em 73%, não há menção expressa à compatibilidade do tipo com o princípio da legalidade. Ou seja, o Tribunal na maior parte dos casos, não discute a questão da constitucionalidade do tipo ante o princípio da legalidade⁸¹, e, quando o faz, predomina a rejeição de qualquer incompatibilidade. Apenas em um caso o Tribunal afirmou que o tipo é inconstitucional.

por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito da aplicação formal e material do Direito Administrativo. A sanção penal, por seu turno, agrega como elementos especializantes os seguintes: a consequência que lhe é exclusiva, da privação de liberdade; a processualidade exclusivamente jurisdicional; a deliberação legislativa democrática quanto ao caráter criminal do ilícito e todos os efeitos daí derivados. Ambas as sanções – penais e administrativas – interligam-se no universo ainda enigmático e pouco explorado do Direito Sancionador, o que remete o intérprete a discussões sobre a unidade da pretensão punitiva do Estado e seus desdobramentos.” (OSÓRIO, 2007, pp. 14-15).

⁷⁹ ACR 97.03.051199-6.

⁸⁰ ACR 1999.03.99.088279-7, ACR 1999.03.99.110790-6, ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2005.03.99.024006-6, ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2000.61.81.004391-0, ACR 2008.03.99.051025-3 e ACR 2006.03.99.008600-8.

⁸¹ “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal).

No acórdão da ACR 97.03.051199-6, o Tribunal entendeu que o tipo do art. 4º, *caput* é inconstitucional, por ferir o aspecto material do princípio da legalidade, devendo ser interpretado à luz do art. 3º, IX, da Lei de Crimes Contra a Economia Popular. Com efeito, o art. 3º, IX, possuía elementos que restringiam o tipo, consistente na configuração do crime apenas nas hipóteses em que a gestão causasse falência ou insolvência de instituição financeira ou prejuízo a investidores. O art. 4º ao descartar tais elementos da sua redação deixou a delimitação da conduta completamente ao arbítrio do juiz, isto é, a lei não definiu o crime ao não delimitar a conduta proibida. Para fundamentar a atipicidade e confirmar a sentença absolutória⁸² de Primeira Instância, o Tribunal valeu-se da seguinte fundamentação, observando-se que o crime em julgamento é o de gestão fraudulenta, mas, por erro de digitação do voto, consta menção ao crime de gestão temerária:

“O recurso não merece provimento. O réu foi denunciado pela prática de gestão fraudulenta de instituição financeira e de sonegação ou falsidade de informações referentes à situação financeira. (...) Em primeiro lugar, insisto em manifestar meu entendimento sobre a estrutura do tipo penal de gestão temerária (sic), já que a técnica legislativa deficiente o traduz como tipo completamente aberto, sem qualquer conduta que possa defini-lo em homenagem ao princípio da reserva legal. Em sua redação original, prevista no art. 3º, IX, da Lei 1.521/51 – Lei de Economia Popular -, embora deficiente, nela se incluíam as condutas puníveis, posto que determinava que os atos de gestão temerária (sic) seriam aqueles que pudessem levar as instituições ‘à falência ou à insolvência, ou não cumprindo quaisquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados’. Claro estava, portanto, que a gestão temerária (sic) se traduzia em atos que pusessem em risco a instituição financeira ou seus investidores. Com a redação atual, (...) afastaram-se as causas objetivas de punibilidade, deixando-se ao alvedrio do intérprete a delimitação das condutas puníveis, num sério risco de ofensa ao princípio da reserva legal. Em tese, poderíamos sustentar a inconstitucionalidade de tipo penal que não traz em si qualquer descrição de conduta, ferindo de morte o princípio da reserva legal. (...) Em nosso entender (...) o reconhecimento de conduta típica, penalmente relevante, não poderia ser fruto de criação doutrinária, nem do chamado ‘senso comum’. A moderna doutrina penal tem apontado suas lanças contra a proliferação dos chamados ‘tipos abertos’, ‘cláusulas gerais’, ‘tipos indeterminados’, já que a garantia da reserva legal é garantia do cidadão, que tem no princípio da estrita legalidade a segurança contra a discricionariedade do Estado julgador. (...) Portanto, em casos como o presente, quando se imputa ao acusado a prática de delito de ‘gestão temerária’ (sic), é necessário que existam elementos objetivos a conduzirem o intérprete a delimitar quais condutas descritivas do tipo penal, podendo, na esteira das lições acima transcritas, invocar-se a inconstitucionalidade da norma incriminadora, por ofensa ao conteúdo material do princípio da legalidade. (...) Eis

⁸² No caso concreto, o réu, na condição de gerente e sócio majoritário, pediu autorização do Banco Central para aumentar o capital social de duas instituições financeiras, uma sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários e uma sociedade de crédito e o teria feito com capital inexistente. Após conseguir a autorização do BC, o réu realizou empréstimo num banco e integralizou o capital da distribuidora. Depois, integralizou as cotas da sociedade de crédito com cinco cheques da distribuidora. Os cinco cheques foram usados para a compra de três pontos da distribuidora pela sociedade de crédito. O Ministério Público Federal alegou que tais pontos não existiam, pois haviam sido transferidos previamente ao BC pela distribuidora, por meio de carta-patente do BC para a constituição da própria distribuidora. O Tribunal entendeu que a conduta é atípica, afirmando que o capital não era fictício, e que, na verdade, existia, considerando que a carta-patente tinha valor econômico e pertencia à distribuidora.

portanto o impasse: ou se reconhece, de pronto, a inconstitucionalidade do dispositivo contido no art. 4º, parágrafo único (sic), da Lei 7.492/86, ou se ignora tal defeito, interpretando-o à luz do dispositivo análogo que o antecedeu, o art. 3º, IX, da Lei 1.521/51. E, da análise conjunta de ambos os dispositivos, vejo que os atos atribuídos ao acusado na denúncia são absolutamente atípicos.” (ACR 97.03.051199-6, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 14.08.2001, DJ 10.12.2001).

Entretanto, esse entendimento restou isolado. Em manifestações explícitas, o Tribunal afirmou que o tipo não fere o princípio da legalidade. Na ACR 1999.03.99.088279-7, disse que houve apenas transformação de um crime de resultado em crime de mera conduta, não havendo indefinição desta:

“O tipo penal do artigo 4º da Lei 7.492/86 não pode ser acoimado de inconstitucionalidade, sob o pretexto de veicular tipo penal sem a descrição taxativa do comportamento nela incriminado, em afronta ao princípio da reserva legal, tendo em vista que, com o advento da Lei do Colarinho Branco, a produção do resultado deixou de integrar a figura delitiva tanto da gestão fraudulenta como da temerária, ao contrário do que ocorria sob o pálio da Lei de Economia Popular, passando o tipo a descrever tão somente o comportamento do sujeito, de tal forma que não mais se pode falar de crime de resultado, mas em crime de mera conduta na hipótese” (ACR 1999.03.99.088279-7, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Theotonio Costa, j. 24.04.2001, DJ 05.06.2001).

Na ACR 2001.03.99.057006-1, o Tribunal asseverou que o elemento normativo ‘fraudulentamente’ é suficiente para delimitar a conduta típica, a exemplo do estelionato⁸³, o qual contém a cláusula “ou outro meio fraudulento”:

“Primeiramente, até por se constituir em questão básica para que se prossiga na análise do mérito da causa, deve ser rechaçada a tese defensiva – encampada pela sentença (fls.) – no sentido de que o tipo penal previsto no art. 4º, caput da Lei nº 7.492/86 afrontaria o princípio da legalidade e seria mesmo inconstitucional. A norma incriminadora estampada no art. 4º caput da Lei nº 7.492/86 não contém descrição típica vaga e a existência de elemento normativo no tipo (‘fraudulentamente’), passível de demarcação conceitual, não afronta o princípio da reserva legal. Sobreleva registrar a existência, em nosso ordenamento jurídico, de tipos abertos (como, por exemplo, os culposos) ou a existência de diversas normas penais contendo elementos normativos (como, por exemplo, aquelas contidas nos arts. 217 e 219, ambos do Código Penal e aquela do art. 171 caput, parte final, do mesmo diploma legal, que, semelhantemente ao art. 4º caput em foco, aduz a emprego de outro meio fraudulento), e nem por isso se cogita de violação ao princípio da legalidade e da inaplicabilidade das referidas normas incriminadoras.” (ACR 2001.03.99.057006-1, Quinta Turma, Juiz Conv. Helio Nogueira, j. 16.07.2007, DJ 14.08.2007).

Na ACR 2005.03.99.024006-6, afasta-se a ofensa à legalidade, pois os elementos do tipo seriam apreensíveis. ‘Gerir’ significa “administrar, dirigir, organizar, controlar, comandar”; ‘instituição financeira’ é norma penal em branco delimitada pelo art. 1º; ‘fraudulentamente’ é elemento normativo que significa empregar “fraude, dolo, artil ou

⁸³ “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.” (Art. 171, caput, do CP).

malícia, visando obter indevida vantagem, independentemente de ser para si ou para terceiro”; e dolo é a consciência e vontade da prática da conduta. Argumentou-se que, por se tratar de crime de perigo abstrato e de mera conduta, não é necessária a ocorrência de qualquer resultado para a sua consumação, e assim, o tipo não seria inconstitucional:

“Em relação a esse crime, o apelante alega atipicidade da conduta, até porque a norma é inconstitucional, ferindo o princípio da reserva legal, eis que o tipo não define quais condutas seriam abrangidas pela gestão fraudulenta, sendo também imprescindíveis a comprovação de lesão econômica ao Sistema Financeiro Nacional, o dolo específico e a descrição da fraude que se imputa ao réu. Ao editar a Lei 7.492/86, o legislador optou por conceituar a instituição financeira em seu art. 1º, prevendo no art. 4º a figura típica da forma de dirigi-la, evitando o extenso rol taxativo imprimido na antiga Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1.951 (Lei de Economia Popular), na qual foram enumeradas quais as instituições financeiras por ela abarcadas. E a razão da não indicação das instituições está na dinamicidade do sistema financeiro, a evitar desatualização ou inaplicabilidade da norma por falta de disposição expressa de determinada instituição financeira. Contudo, visou o legislador a tutela da higidez e estabilidade do sistema financeiro na gestão das instituições financeiras e das atividades delas decorrentes, com a consequente proteção do patrimônio da instituição e dos seus investidores (delito pluriofensivo). A conduta típica consiste em gerir (administrar, dirigir, organizar, controlar, comandar), tratando-se de norma penal em branco imprópria, tendo em vista a presença da expressão instituição financeira, cujo conceito se encontra no art. 1º da lei. O termo fraudulentamente é elemento normativo com referência específica à possível concorrência de uma causa de justificação. Isso significa dizer que, estando ausente esse elemento, a conduta torna-se não só atípica como permitida. Gestão fraudulenta significa gestão de instituição financeira com fraude, dolo, ardil ou malícia, visando obter indevida vantagem, independentemente de ser para si ou para terceiro, (...). O tipo subjetivo é composto pelo dolo direto ou eventual, isto é, pela consciência e vontade do agente de gerir fraudulentamente a instituição financeira. Ainda, (...) o delito se consuma com a gestão fraudulenta, independentemente do resultado, sendo delito de perigo abstrato e de mera atividade. (...) A conceitualização acima afasta as alegações defensivas no tocante ao caráter genérico do tipo, a exigência de dolo específico e de resultado lesivo.” (ACR 2005.03.99.024006-6, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 08.07.2008, DJ 22.07.2008).

Na ACR 1999.03.99.036879-2, o Tribunal reafirma os argumentos anteriores e acrescenta que o tipo necessariamente precisa ser aberto para abranger as diversas possibilidades de prática da conduta ante “a evolução das práticas financeiras e das novas modalidades de ilicitude surgidas”:

“A discussão acerca da constitucionalidade do artigo 4º da Lei 7.492/86, em razão da veiculação de tipo penal aberto, com a consequente afronta ao princípio da reserva legal, já se encontra superada nos Tribunais Pátrios, na medida em que a produção do resultado naturalístico deixou de integrar o preceito primário da norma sob exame, diferentemente do que ocorria no artigo 3º, IX, da Lei 1.521/51 (Lei de Economia Popular), que o descrevia como crime de resultado e exigia a produção do resultado naturalístico falência ou insolvência da instituição, como decorrência da gestão, ou o descumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. Assim, trata-se agora de crime de mera conduta, no qual basta a realização do comportamento típico para a incidência da norma. (...) Conclui-se que a *mens legis* na edição da norma incriminadora do tipo da gestão fraudulenta, ao excluir do seu preceito primário o resultado naturalístico como elementar do crime, foi a de instituir um tipo anormal, que exige a aferição de elemento normativo do tipo, admitindo o legislador a impossibilidade material de uma previsão apriorística de

todas as modalidades de conduta fraudulenta na gestão de instituição financeira, com o escopo de delegar ao Poder Judiciário a função integrativa da norma e assim criar um instrumento jurídico repressivo que se ajustasse continuamente aos fatos sociais, acompanhando a evolução das práticas financeiras e das novas modalidades de ilicitude surgidas. Desta forma, na exegese do tipo penal da gestão fraudulenta de instituição financeira, a compreensão da elementar 'fraude' deve se dar em concordância com seu uso sistemático, no sentido de logro ou artifício ou manobra ardilosa para iludir, em conexão de significado com a acepção em que o termo fraude é largamente empregado no Código Penal, seja na definição dos crimes contra o patrimônio, seja nos crimes contra a organização do trabalho, seja nos crimes contra os costumes, etc." (ACR 1999.03.99.036879-2, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 13.10.2009, DJ 23.10.2009).

Na ACR 2000.61.81.004391-0 e na ACR 2008.03.99.051025-3, a argumentação centra-se na necessidade de um tipo aberto capaz de dar conta das constantes mudanças do mercado financeiro:

"Não merece prosperar a alegação de inconstitucionalidade do artigo 4º, da Lei em comento, por não especificar o que é gestão fraudulenta. A dinamicidade do sistema financeiro e a diversidade de novas formas de gestão comercial possibilitam um número incontável de comportamentos capazes de configurar formas de gerir fraudulentamente uma instituição financeira, não sendo possível ao legislador o esgotamento de todas as formas de execução, sob pena de tornar a lei inaplicável. Ademais, o conceito de gestão fraudulenta vem previsto desde 1951, no artigo 3º, inciso IX, da Lei nº 1.521 (Crimes contra a Economia Popular)." (ACR 2000.61.81.004391-0, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães (vencido)/ Rel. p/ ac. Des. Fed. Cecilia Mello j. 23.06.2009, DJ 23.07.2009).

"O art. 4º da Lei n. 7.492/86 não padece de inconstitucionalidade, dado não violar os princípios da legalidade e da taxatividade inspirados nas garantias constitucionais do Direito Penal. Trata-se de dispositivo legal, o que atende o art. 5º, II, da Constituição da República, sendo certo que seu conteúdo normativo não é demasiadamente amplo a ponto de tornar indiscernível a conduta reputada ilícita. Não se pode exigir, do legislador, que enumere as modalidades pelas quais o agente pode perpetrar a gestão fraudulenta, que de todo modo prescinde de resultado naturalístico." (ACR 2008.03.99.051025-3, Quinta Turma, Des. Fed. André Nekatschalow, j. 01.06.2009, DJ 23.06.2009).

Na ACR 2006.03.99.008600-8, o Tribunal limita-se a invocar genericamente precedente de seu Órgão Especial⁸⁴ e de *Habeas Corpus* julgados no Supremo Tribunal Federal⁸⁵, para afastar a inconstitucionalidade:

⁸⁴ Na decisão do órgão especial mencionada, houve afastamento da inconstitucionalidade arguida em preliminar pela defesa dos réus em controle difuso de constitucionalidade nos seguintes termos: "Ainda, cabe analisar outra insurgência manifestada pela defesa, consistente na arguição de inconstitucionalidade dos tipos penais do artigo 4º, 'caput' e par. único, da Lei 7.492/86, ao aduzir que neles há ofensa ao princípio da reserva legal, visto descrever de modo vago e genérico as condutas penalmente puníveis de 'gestão fraudulenta e temerária', sem precisar efetivamente em que consistiriam, a determinar, por conseguinte, um grande elastério, o que seria incompatível com a segurança do sistema punitivo. Não está a merecer acolhida a arguição formulada, dado que as expressões utilizadas nos preceitos assinalados têm significados próprios na língua portuguesa, não se tratando de conceitos etéreos, que ensejem interpretação extensiva, tanto é assim que 'por gestão fraudulenta deve entender-se todo o ato de direção, administração ou gerência, voluntariamente consciente, que traduza manobras ilícitas, como emprego de fraudes, ardis e enganos' enquanto que 'gestão temerária significa a que é feita sem a prudência ordinária ou com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigosas ou inescrupulosamente arriscando o dinheiro alheio'. (Elias de Oliveira, in Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Manoel Pedro Pimentel, Ed. RT, p. 49).

“O artigo 4º da Lei nº 7.492/86 não é inconstitucional. Neste sentido já decidiu o Órgão Especial desta Corte, como, por exemplo, no julgamento da ação penal nº 2006.03.00.026541-0, em 19/12/2007, com relatoria da Des. Fed. Suzana Camargo. Ademais, esse tipo penal tem sido aplicado em múltiplos casos pelo STF sem qualquer consideração de inconstitucionalidade (STF: HC 91.266/ES - 2ª Turma, Min. Peluso; HC 85.796/PR - 2ª Turma, Min. Eros; HC 93.553/MG - Pleno, Min. Marco Aurélio)”. (ACR 2006.03.99.008600-8, Primeira Turma, Des. Fed. Johanson di Salvo, j. 18.05.2010, DJ 07.06.2010).

A interpretação dada pelo Tribunal na maior parte dos casos aproxima-se do entendimento doutrinário de autores que defendem a redação do art. 4º. Segundo Baltazar Jr., o tipo não é inconstitucional, pois o elemento normativo do tipo, embora exija esforço interpretativo diante da imprecisão própria da linguagem, pode ser definido, a exemplo das características dos crimes contra a honra⁸⁶. No mesmo sentido, Guilherme Calmon da Gama e Abel Fernandes Gomes argumentam que em razão da complexidade do bem jurídico tutelado, não é possível ao legislador prever todas as formas pelas quais o crime pode ser praticado num tipo fechado; destarte, para que a lei penal seja eficaz na prevenção e repressão dos crimes econômicos, justifica-se o emprego do tipo penal aberto⁸⁷.

Portanto, trata-se, a gestão fraudulenta, daquela conduta enganosa e geradora de danos, realizada na direção, na administração de instituição financeira, e que precisa ser coibida, tendo em vista afetar os interesses da coletividade dos investidores, sendo que, pela própria natureza e diversidade das operações que encerra, pode se revestir das mais diferentes formas e nuances, pelo que não seria possível ao legislador adotar um tipo penal onde estivessem elencados todos os possíveis atos evidenciadores dessa forma de gestão. Relativamente ao crime de gestão temerária, também não se constata violação ao princípio da reserva legal no dispositivo que tipifica tal conduta. É que, tomando-se em consideração que o bem juridicamente tutelado na norma, consubstanciado na garantia de indenidade econômico-financeira da instituição, em particular, e do próprio Sistema Financeiro Nacional em geral, bem como, indiretamente, o interesse público na preservação da poupança dos particulares, tem-se como perfeitamente compatível com o cânone constitucional. Ademais, cabe realçar que a expressão gestão temerária, ao lado de outros elementos culturais utilizados pelo legislador penal, é perfeitamente passível de delimitação conceitual concreta, ainda que de valoração mais permeável ao contexto histórico em que se dá sua leitura e reconhecimento (Cf. Rodolfo Tigre Maia, in *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 60). De sorte que, sob esse ângulo não há falar em eiva de inconstitucionalidade a inquinar os tipos penais, pois, apesar de não trazer a norma penal a lista dos atos tidos como fraudulentos ou temerários na gestão, na verdade indica com precisão tais conceitos, delimita seus espectros, a resultar reverenciado, por conseguinte, o princípio da reserva legal.” (APN 2006.03.00.026541-0 220, Órgão Especial, Des. Fed. Suzana Camargo, j. 11.12.2007, DJ 19.12.2007).

⁸⁵ Registre-se a ausência de qualquer súmula do STF, do STJ ou dos TRFs sobre os crimes de gestão fraudulenta ou temerária.

⁸⁶ “Discuti-se a constitucionalidade dos tipos do art. 4º da Lei 7.492/1986, ao argumento de que seriam excessivamente abertos. Em minha posição, não há inconstitucionalidade, uma vez que uma certa indeterminação é própria da linguagem, não havendo, no tipo em questão, ofensa ao princípio da legalidade estrita ou taxatividade. Trata-se de mero elemento normativo do tipo (...), que não constitui exclusividade do delito ora comentado. Com efeito, há outros tipos com elementos normativos, a demandar maior esforço interpretativo, como é o caso dos crimes contra a honra, ao mencionar *dignidade* e *decoro*, por exemplo.” (BALTAZAR JR., 2010, p. 332).

⁸⁷ “Sem dúvida alguma, os tipos penais analisados constituem tipos abertos, na medida em que é remetido ao juiz valorar o que seja fraudulentamente, no art. 4º, *caput*, da Lei n. 7.492/86; assim como caberá a ele determinar o que seja gestão *temerária*, contida no parágrafo único do mesmo artigo. (...) Zaffaroni e Pierangeli advertem que a confecção de tipos penais fechados ou legais é um ideal do qual o legislador deverá aproximar-se o quanto possível. Mas reconhecem que em determinadas ocasiões, por mais extremado que seja esse legislador, jamais

Por outro lado, a posição do Tribunal afasta-se dos autores que sustentam a inconstitucionalidade do tipo. Pimentel opinou no sentido de que o art. 4º da Lei 7.492/1986, ao não prever o resultado lesivo falência ou insolvência de instituição financeira ou o prejuízo a interessados, deixou de fixar limites para a definição da conduta de gestão fraudulenta e, com isso, “ampliou-se o campo deixado à interpretação, o que traz certa insegurança, tendo em vista a necessidade de manter-se o respeito ao princípio da reserva legal.” (PIMENTEL, 1987, p. 49). De acordo com o autor, o art. 3º, IX, da Lei 1.521/1951⁸⁸ tinha o defeito de prever um rol taxativo de instituições financeiras, que se tornou obsoleto com o tempo; tal foi resolvido com a transferência da definição para o art. 1º da Lei 7.492/1986. Todavia, a caracterização da gestão como fraudulenta estava restrita às hipóteses nas quais ocorresse o resultado lesivo, é dizer, só após a constatação do resultado lesivo, caberia apurar-se o caráter fraudulento da gestão. Destarte, para Pimentel, ao se retirar a previsão do resultado, ampliou-se a incidência do tipo a situações a serem aferidas de modo bastante subjetivo pelo juiz⁸⁹.

conseguirá prever todas as maneiras pelas quais a conduta incriminada poderá ser praticada, circunstâncias nas quais a elaboração de tipos abertos ou judiciais será constitucional. Parece ser esse o ponto de equilíbrio das duas posições doutrinárias: aferir, caso a caso, diante da complexidade do bem jurídico e suas formas de lesão, se o legislador, naquelas circunstâncias, poderia prever todas as variáveis da conduta. No caso ora em exame, não se pode olvidar, estamos diante de crimes contra o sistema financeiro nacional. (...) na verdade a Lei n. 7.492/86 prevê infrações que não se circunscrevem especificamente à área do sistema financeiro nacional, mas atentam contra bens ou interesses jurídicos de caráter transindividual insertos na órbita da ordem econômica, que, de qualquer modo, são ligados a uma esfera imensa de pessoas naturais, jurídicas (de direito público e privado) e à coletividade. A própria complexidade da prática dessas condutas, como já tão apregoado pela doutrina jurídico-penal e estudos criminológicos e sociológicos da impunidade dos denominados ‘crimes do colarinho branco’, é exatamente um dos pontos que, até hoje, constitui um dos mais graves embaraços à prevenção e repressão a esse tipo específico de criminalidade. Como exigir, então, do legislador, a precisão na sua definição e a estrita elaboração de tipos fechados nessa área? Parece-nos insustentável a posição que pugna pela inconstitucionalidade da criação dos tipos abertos, contidos no art. 4º, *caput* e parágrafo único da Lei n. 7.492/86, uma vez que, dentro daquele critério de análise recomendado por Zaffaroni e Pierangeli, as circunstâncias justificaram a opção pela elaboração dos tipos abertos.” (GAMA; GOMES, 1999, pp. 218-221).

⁸⁸ “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; (...) Pena – detenção de 2 anos a 10 anos, e multa de vinte mil a cem mil cruzeiros.”

⁸⁹ “O art. 4º da Lei 7.492/86, *sub examen*, mostra, com a sua redação, que o legislador optou por uma solução cirúrgica, eliminando todos os elementos circunstanciais existentes nos modelos mencionados, reduzindo drasticamente a extensão do tipo penal, quanto à redação, com o que aumentou o campo à interpretação. A gestão fraudulenta ou temerária que era o *nomen juris* da infração do Anteprojeto da Comissão de Reforma e na emenda do Ministério da Fazenda, passou a ser objeto de especulação na lei atual, agravada pela circunstância de não mais existirem as condições objetivas de punibilidade propostas pela Comissão de Reforma, traduzidas pelas expressões: ‘levando-as à insolvência ou à liquidação extrajudicial, ou temerariamente, assumindo o risco de fazê-lo’. Essas condições objetivas de punibilidade também estavam presentes no texto do art. 3º, IX, da Lei 1.521/51, reveladas pelos vocábulos ‘levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo aos interessados’. Fixavam-se, com essa redação, os parâmetros para definir a existência da gestão fraudulenta ou temerária. No art. 4º, que examinamos, tal não existe. O tipo conceitua a

O elevado grau de abrangência do tipo de gestão fraudulenta, pela inexigência do resultado lesivo para a sua consumação, também foi criticado por Raúl Cervini, com suporte em comentário de Sebastián Soler sobre o delito de quebra fraudulenta da lei penal uruguaia (CERVINI, 2004, p. 170). De acordo com Cervini, as diversas formas de ‘fraude’ são especificadas por delitos diversos da legislação penal; assim, a previsão de um delito genérico de ‘fraude’ pode ser interpretada fora do contexto da lei e incidir sobre todas as situações fraudulentas com uma pena grave e uniforme para as mais diferentes condutas. Dessa forma, a ‘fraude’ é um critério que deve ser utilizado para a classificação dos crimes e não pode, por si só, constituir num crime autônomo. Portanto, para Cervini, o art. 4º da Lei 7.492/1986, cujo único elemento normativo é a fraude, não define a conduta de forma precisa e viola o princípio da legalidade⁹⁰.

infração dizendo, apenas: ‘Gerir fraudulentamente instituição financeira’, completado, no parágrafo único: ‘se a gestão é temerária’. Ampliou-se o campo deixado à interpretação, o que traz certa insegurança, tendo em vista a necessidade de manter-se o respeito ao princípio da reserva legal. Como elemento de interpretação, contamos com o conceito de gestão fraudulenta ou temerária, firmado relativamente aos dispositivos do art. 3º, IX, da Lei 1.521/51. (...) A tarefa do intérprete relativamente à Lei de Economia Popular, é facilitada por que há referência às condições objetivas de punibilidade, que aludem à falência ou à insolvência, ou ao não cumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. Ocorrendo estas condições, cria-se a condição para o exame da gestão, aferindo-se, então, a ocorrência ou não do comportamento fraudulento, ou a existência de prejuízo pelo não cumprimento de qualquer das cláusulas contratuais. Agora, com a redação extremamente genérica do art. 4º e do seu parágrafo único em exame, torna-se demasiadamente subjetiva a pesquisa dos elementos do tipo.” (PIMENTEL, 1987, pp. 48-49).

⁹⁰ “El jurista argentino Sebastián Soler, comentando una disposición de la ley uruguaya de idéntica imprecisión, el art. 76 de la Ley 2.230, de 2 de junio de 1893 (que castiga la conducta de un director o administrador de sociedad anónima que cometiera fraude, simulación, violación de leyes o estatutos o de una ley de orden público), hacía las consideraciones que transcribimos en extenso por ser, a nuestro criterio, íntegramente trasladables al presente caso: ‘Desde luego, todas las figuras que hoy integran un Código Penal, en definitiva, son formas recortadas dentro del ámbito de las grandes fuentes del delito: la violencia, el fraude y la injuria; pero ciertamente que están por fortuna superados los tiempos en que el derecho penal albergaba en su seno a esos monstruos sueltos y no domesticados, a los cuales era posible apelar cuando no se encontraba delito alguno. Pues bien, en este caso, se ha venido a afirmar que además de la quiebra fraudulenta, cuando no hay sociedad liquidada, el art. 76 servirá también para castigar con la pena del quebrado fraudulento al que cometa fraude, simulación, infracción a estatutos o a una ley cualquiera de orden público. Como si el principio *nullum crimen sine lege* no hubiese sido proclamado para siempre, hasta en la Declaración Universal de Derechos; (...)’ Y un párrafo más adelante: ‘Henos aquí, con que en una República cuya constitución es absolutamente clara en la protección de las personas contra los actos de autoridad arbitraria, a esta altura de los tiempos, se ha venido a descubrir, dentro de una antigua ley de contenido y fin perfectamente claros, típicos e precisos, una frase genérica que arbitrariamente leída y separada de su contexto, de ahora en adelante, ochenta años después de sanción, podrá ser empleada para cubrir todos los intersticios dejados por las figuras de delito del código Penal, siempre incómodamente estrechas, como si el rigor y la estrictez de esas figuras no fuera garantía básica de las libertades ciudadanas. (...) El error básico en que la doctrina examinada incurre deriva solo hecho de leer ese texto con independencia de su contexto legal, pues a causa de ello resulta fatalmente que el art. 76 castigará el fraude, la simulación y la ilegalidad, con una pena uniforme y muy grave, sin necesidad de especificación, tipificación o definición alguna. Basta enunciar la tesis para advertir con alarma sus amenazantes proporciones. Desde luego, el concepto de fraude es un concepto muy genérico cuyos rasgos generales consisten en una intención de engañar o perjudicar (*consilium fraudis*) y un daño real o eventual (*eventos damni*). Es decir, el fraude, como la violencia, no es un crimen en sí; es un de los grande criterios que pueden servir para clasificar delitos.” (CERVINI, 2004, pp. 170-172). Depois de analisar igualmente o crime de gestão temerária, Cervini conclui que: “Se estima, como corolario de todo lo expuesto, que con un texto como El art. 4º de la Ley 7.492/86

Nesse ponto, verifica-se que o Tribunal aproximou-se de posição favorável à flexibilização da taxatividade ínsita ao princípio da legalidade de modo a conferir maior eficácia da aplicação da lei penal, em detrimento de uma interpretação tradicional, preocupada em limitar o poder punitivo do Estado para maior resguardo das garantias individuais.

3.2.3 Requisitos para a Configuração da Conduta Típica

Quadro 23: Entendimento do Tribunal quanto à tipicidade da conduta de réu acusado pelo crime de gestão fraudulenta

Tipicidade	Frequência	Porcentagem
Conduta é típica	28	85%
Conduta é atípica	2	6%
Conduta de uns é típica de outros é atípica	3	9%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Com relação à tipicidade da conduta, analisando-se o conjunto de decisões, incluindo as que tiveram decisão diversa da condenação ou absolvição, o Tribunal entendeu que a conduta de réu acusado por gestão fraudulenta era típica em 85% dos casos. Em 6% dos casos⁹¹ decidiu-se pela atipicidade da conduta. Em 9% dos casos⁹², a conduta de alguns réus foi considerada típica e a de outros atípica pela ausência de fraude de suas condutas. Em todos os casos houve apreciação da tipicidade da conduta.

A relação completa dos fatos considerados típicos pelo Tribunal consta do Apêndice II (item 7.1.1. *infra*). Pode-se destacar, porém, exemplos, envolvendo cada uma das espécies de instituição financeira envolvida, em apelações mais recentes:

a) Administradora de Consórcio em que os administradores mantiveram caixa único, sem divisão dos recursos de cada grupo de consórcio, não entregaram bem a consorciados, não mantiveram regularmente os livros razão e diário, inseriram dados falsos nos documentos contábeis da administradora e desviaram recursos para si e para outras

el magistrado brasileño no tiene una disposición legal que determine en modo suficientemente preciso el comportamiento que pretende incriminar.” (CERVINI, 2004, p. 177).

⁹¹ ACR 1999.03.99.110790-6 e ACR 2000.61.81.005906-0.

⁹² ACR 96.03.084814-0, ACR 2003.03.99.006876-5 e ACR 2007.03.99.011870-1.

empresas das quais eram sócios. Alguns réus foram absolvidos e condenados em Primeira Instância, e o mesmo se deu no Tribunal (ACR 2007.03.99.011870-1, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 04.05.2010, DJ 20.05.2010);

b) Distribuidora de títulos e valores mobiliários em que o diretor efetuava operações *day trade* com contratos na Bolsa de Mercadorias e Futuros auferindo prejuízos sistemáticos em benefício de empresa de *factoring* da qual também era diretor; o capital perdido era, posteriormente, transferido por outras empresas à distribuidora, de modo que os prejuízos eram simulados para a sonegação fiscal. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2007.03.99.007029-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Paulo Sarno, j. 14.10.2008, DJ 10.11.2008);

c) Banco em que diretores facilitaram a aprovação de uma série de operações financeiras vultosas em favor de determinada empresa sem exigir garantias de segurança e liquidez, escondendo tais operações dos comitês de análise técnica do banco: autorizaram a concessão de carta de fiança, *lease back* e *fixed rated notes* de forma irregular; aprovaram concessão de rolagem de carta de fiança sem que a mesma tivesse sido aprovada pelo comitê de crédito, bem como a troca de garantia hipotecária por alienação fiduciária de *fixed rated notes* sem autorização da Diretoria Plena do banco. Um dos diretores tinha ligação com a empresa e sua iniciativa poderia ter sido reprovada pelos demais diretores envolvidos, segundo o Tribunal. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2006.03.99.008600-8, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 18.05.2010, DJ 07.06.2010).

d) Agência de turismo operadora de câmbio na qual o administrador omitiu e prestou informações falsas ao Banco Central sobre o volume das operações e sobre a identidade de clientes; fez operações de câmbio, empréstimo e remessa de dinheiro ao exterior acima do limite operacional permitido, numa rede que permitia o anonimato de clientes; e facilitou a prática do delito de lavagem de dinheiro. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2005.03.99.024006-6, Primeira Turma Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 08.07.2008, DJ 22.07.2008).

e) Corretora de títulos e valores mobiliários, onde os diretores inseriam dados falsos sobre a compra e venda de ouro na contabilidade, registrando supostos prejuízos sistemáticos de modo a enganar a fiscalização do Banco Central e da Receita Federal; eram realizadas operações muito acima da capacidade patrimonial da instituição. Os réus foram

absolvidos em Primeira Instância e, no Tribunal, foi decretada a extinção da punibilidade pela prescrição em razão da pena imposta (ACR 2002.03.99.043670-1, Segunda Turma Juiz, Conv. João Consolim, j. 24.11.2009, DJ 10.12.2009).

f) Cooperativa agrícola onde os diretores desviaram recursos destinados ao custeio da lavoura dos cooperados para a quitação de débitos pré-existentes, por meio de documentos falsos relativos a subempréstimos de cooperados não realizados; contraíram empréstimo alegando que iriam financiar lavouras, mas utilizaram-no para pagamento de dívidas com outros bancos. Em Primeira Instância alguns réus foram absolvidos e outros condenados, e o mesmo se deu no Tribunal (ACR 2003.03.99.006876-5, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 26.01.2009, DJ 03.01.2009).

Dos fatos considerados atípicos pelo Tribunal (Apêndice II, item 7.1.2 *infra*), pode-se destacar um exemplo ocorrido em distribuidora, e outro ocorrido em corretora de títulos e valores mobiliários⁹³:

a) Numa distribuidora de títulos e valores mobiliários, os sócios administradores teriam comprado contratos do índice Bovespa na BMF para transferir recursos a empresas não financeiras causando prejuízo de 6% do patrimônio da distribuidora. As operações seriam irregulares e simuladas. As compras foram feitas com intermediação de corretora e beneficiaram cliente de outra corretora. O Tribunal entendeu que não restou comprovada a fraude e que as operações de compra e venda de contratos na BMF eram normais e estavam de acordo com o risco do negócio. Além disso, não há menção sobre o caráter criminoso da conduta dos corretores que realizaram as operações. Não se constatou também vantagem indevida às empresas não financeiras. Em Primeira Instância, os réus foram absolvidos e o mesmo ocorreu no Tribunal (ACR 1999.61.81.002842-3, Segunda Turma, Juíza Conv. Márcia de Oliveira, j. 27.11.2007, DJ 25.04.2008).

b) Numa corretora de títulos e valores mobiliários, os administradores foram os únicos a comprar determinada ação na bolsa de valores e, em seguida, vendê-las a determinada empresa por preço abaixo do mercado e do valor de compra, com o intuito de causar prejuízos à corretora. A operação ultrapassava o limite patrimonial da instituição. Além disso, os réus procederam a outras operações que davam prejuízo à corretora e lucros a

⁹³ A outra instituição financeira em que a conduta foi considerada atípica foi o banco estrangeiro, mencionado no item 3.1.4 *supra*.

outra empresa. O Tribunal entendeu que não ficou comprovada a fraude. Réus que haviam sido absolvidos em Primeira Instância e também o foram no Tribunal (ACR 2000.61.81.005906-0, Primeira Turma, Juiz Conv. Márcio Mesquita, j. 26.08.2008, DJ 17.09.2008).

Da leitura geral dos casos mencionados e da relação completa constante do Apêndice II *infra*, percebe-se que a conduta típica comum de gestão fraudulenta é a que envolve a prática de uma pluralidade de atos, encadeados num certo período de tempo, tais como a falsificação ou omissão de documentos e informações sobre operações, juntamente com a apropriação indevida de recursos, de modo a enganar investidores e órgãos de fiscalização. Condutas complexas, aparentemente suspeitas, nas quais não esteja presente ou haja dúvida sobre a fraude são consideradas atípicas.

Quadro 24: Exigência de habitualidade

Exigência	Frequência	Porcentagem
Sim	2	6%
Não	7	21%
Não menciona e havia pluralidade de atos	23	70%
Não menciona e havia único ato	1	3%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 6% das decisões⁹⁴ o Tribunal considerou necessário o requisito da habitualidade, isto é, a pluralidade de atos num certo lapso de tempo, para a configuração do crime de gestão fraudulenta. Em 21% das apelações⁹⁵ o Tribunal negou que a habitualidade fosse um critério necessário para a configuração do delito. Em 70%, o Tribunal não mencionou a discussão, porém tratava-se de condutas compostas por pluralidade de atos. Em 3% das decisões⁹⁶, não há menção ao requisito da habitualidade e a conduta compunha-se de um único ato.

⁹⁴ ACR 97.03.051199-6 e ACR 2008.03.99.051025-3.

⁹⁵ ACR 1999.03.99.110790-6, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2004.03.99.037967-2, ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2001.03.99.057024-3 e ACR 2003.03.99.006876-5.

⁹⁶ ACR 2000.61.19.018618-6.

Neste ponto, percebe-se que a maioria das manifestações explícitas do Tribunal aproxima-se das obras de doutrina mais citadas pelos Relatores vistas no item 3.1.5 *supra*, que são as de Maia e de Gama e Gomes, os quais sustentam que a prática de um único ato fraudulento pode configurar o delito. Para Maia: “Trata-se de crime habitual impróprio, ou acidentalmente habitual, em que uma única ação tem relevância para configurar o tipo, inobstante sua reiteração não configure pluralidade de crimes.” (MAIA, 1996, p. 58). Por sua vez, Gama e Gomes:

“Concordamos com Tigre Maia, quando afirma tratar-se de crime habitual impróprio ou acidentalmente habitual, pois a prática reiterada das condutas fraudulentas na gestão da instituição não configurará pluralidade de crimes, senão a própria gestão fraudulenta em si. Mas para a caracterização do crime, bastará a prática de um único ato fraudulento de gestão.” (GAMA; GOMES, 1999, p. 213).

O entendimento, tido como minoritário entre os doutrinadores, vem ganhando adeptos. Mais recentemente, Luciano Feldens e Thiago Zucchetti Carrion argumentam:

“Nesse particular, em que pesem respeitáveis posicionamentos em sentido contrário (v.g. Tórtima, Breda e Baltazar Junior e Mazloum), pensamos estar melhor colocada a questão nos termos em que defendidos por Tigre Maia, quando aponta que esses delitos seriam acidentalmente habituais, a permitirem que um ato isolado possa, em tese, configurar a infração, sem que sua recorrência implique uma pluralidade de delitos”. (FELDENS; CARRION, 2010, p. 190).

Para Feldens e Carrion, o ato fraudulento está incluído entre os demais atos lícitos de gestão praticados pelo administrador, podendo, isoladamente, possuir perigo concreto ou abstrato capaz de vulnerar o bem jurídico sistema financeiro: “Sob a perspectiva objetiva, há de se vincular o verbo nuclear ao universo de atos praticados pelos gestores enquanto tais; ou seja, atos de gerência ou direção tomados na própria instituição.” (FELDENS; CARRION, 2010, p. 189). Ao criticar a tese da gestão fraudulenta como pluralidade de atos fraudulentos em certo período, os autores afirmam que: “Essa interpretação afastaria dos domínios do tipo uma ação gerencial fraudulenta pelo exclusivo fato de sua unicidade, a despeito de haver-se atingido, a partir dela, o resultado típico (perigo), o que não parece razoável.” (FELDENS; CARRION, 2010, p. 189).

Igualmente contestando a necessidade de habitualidade em razão da potencialidade lesiva de um único ato de gestão, é a posição de Marcelo Almeida Ruivo⁹⁷.

⁹⁷ “O fato é que não se justifica conceber tal delito como habitual, uma vez que não há qualquer elemento especial que leve a se acreditar ser necessária a reiteração da conduta fraudulenta para a caracterização do crime, haja vista que, em termos materiais, não resta dúvida: uma única conduta de gestão pode ser simultaneamente ofensiva aos valores verdade e transparência e ao patrimônio, a ponto de, até mesmo, ameaçar sensivelmente a confiança no Sistema Financeiro Nacional.” (RUIVO, 2011, p. 149).

O Tribunal afastou-se de posicionamento majoritário na doutrina, segundo o qual o verbo ‘gerir’ e o advérbio ‘fraudulentamente’ implicam pluralidade de atos num lapso temporal. De acordo com Prado: “Acrescente-se que se trata de delito habitual, visto que a reiteração da prática delitiva é exigência do próprio tipo, estando a palavra *fraudulentamente* a indicar a repetição.” (PRADO, 2009, p. 163). De forma sintética, Gomes aduz:

“2.1. O vocábulo gestão contido no art. 4º da Lei 7.492/86 é entendido como sendo a ação daquele que administra, dirige, regula ou comanda a instituição financeira. 2.2. Daí decorre que ‘gerir’ encerra a prática de atos de comando, de administração ou direção de uma instituição financeira. Um só ato, como se vê, não configura a *gestão* exigida pelo tipo.” (GOMES, 2000, p. 358).

Baltazar Jr. defende o crime como habitual, caracterizado pela pluralidade de atos fraudulentos ao longo de um lapso de tempo, e sustenta que a prática de um único ato fraudulento configurará outros delitos autônomos da Lei 7.492/1986, como os de sonegação de informação ou prestação de informação falsa (art. 6º), falsidade em título (art. 9º), falsidade em demonstrativos contábeis (art. 10) ou contabilidade paralela (art. 11); a pluralidade desses delitos configurará o crime apenado mais gravemente de gestão fraudulenta, que os absorveria pela regra da consunção:

“(…) a utilização do verbo gerir dá a ideia de que o crime só incide se houver um conjunto de atos espaçados no tempo, cuidando-se de crime que requer a habitualidade da fraude para a sua configuração. Não restará tipificada a conduta com a prática de um só ato, ainda que fraudulento, e exponha a instituição financeira a perigo. Em caso de atos isolados, poderão ocorrer, conforme o caso, os delitos dos arts. 6º, 9º, 10 ou 11. Do contrário, havendo pluralidade de atos, tais crimes restarão absorvidos pela gestão fraudulenta, que é mais grave, consubstanciada a fraude nas próprias condutas descritas nos tipos derivados. Essa é justamente a razão de ser a gestão fraudulenta apenada mais gravemente que aqueles delitos, observado que, ao contrário do que se dava na formulação da Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/51, art. 3º, IX), o crime de gestão fraudulenta ou temerária não mais pressupõe a insolvência ou falência da companhia.” (BALTAZAR JR., 2010, p. 334).

A mesma posição é adotada por Bitencourt⁹⁸ e Ali Mazloum⁹⁹.

⁹⁸ “Gerir, na realidade, significando o exercício de atos de gestão, pressupõe uma determinada duração desse exercício, sua realização por um certo tempo, impossível de circunscrever-se em atos isolados (...). A tipificação do crime de gestão fraudulenta (e também temerária), com efeito, exige a prática reiterada dos atos caracterizadores da fraude ou da temeridade. Em outros termos, gestão fraudulenta e gestão temerária são classificados como crimes habituais impróprios. (...) Na realidade, quando o legislador desejou punir determinado ato fraudulento, isoladamente, independente do exercício da atividade de gestão, o fez de forma individual e de maneira expressa, como, por exemplo, nos arts. 6º (sonegar informação ou prestá-la falsamente), 7º (emissão irregular de títulos ou valores mobiliários), 9º (falsidade ideológica financeira) e 10 (falsidade de demonstrativos contábeis). Em todas essas infrações, o crime consuma-se com a prática de um único ato fraudulento, ao contrário da previsão do art. 4º que demanda um conjunto de atos fraudulentos que constituem a gestão irregular de uma instituição financeira (...).” (BITENCOURT, 2010, p. 40).

⁹⁹ “Considerando que gerir pressupõe certa habitualidade, permanência, a consumação do delito será revelada pelo conjunto de atos que dão concretude à atividade própria de gestão, e não mediante o pinçamento de uma única parte do todo. Tanto é assim que um único ato, embora penalmente irrelevante se considerado

Portanto, verifica-se que, em relação à habitualidade, o Tribunal manifestou-se majoritariamente por uma interpretação ampliativa do tipo do art. 4º, *caput*, ao considerá-la desnecessária.

Para situar o impacto da controvérsia doutrinária e desse posicionamento do Tribunal, convém confrontá-la com a ocorrência de apelações obtidas classificadas por quantidade de atos.

Quadro 25: Quantidade de atos

Quantidade de atos	Frequência	Porcentagem
Pluralidade de Atos	27	82%
Único ato	5	18%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 82% dos casos havia pluralidade de atos, e, em 18%, havia único ato¹⁰⁰. De acordo com os dados obtidos, verifica-se que os casos centrais e comuns de gestão fraudulenta são os que envolvem pluralidade de atos. Os casos envolvendo único ato seriam, dessa forma, periféricos e incomuns.

Confrontando a questão da quantidade de atos com o requisito da habitualidade dos crimes é possível, ainda, ver a extensão da importância da controvérsia doutrinária nas apelações analisadas.

Dentro do gênero de decisões com manifestação explícita do Tribunal considerando que a habitualidade não é requisito necessário para a tipicidade do crime de gestão fraudulenta

isoladamente, poderá configurar o crime *sub examine* caso imbricado e analisado no contexto da série de atos que compõem a atividade administrativa de uma instituição. De outra parte, uma simples operação financeira, fraudulenta ou temerária, poderá configurar crime autônomo e não o do art. 4º. Note-se que, quando quis o legislador punir determinado ato isolado, fraudulento ou temerário, destacado da atividade de gestão, fê-lo expressamente como indica o art. 6º da Lei de Regência, no qual a prestação de informação falsa a respeito de uma operação financeira, com o fim de manter em erro sócio ou investidor (fraude), constitui crime autônomo. Outro exemplo: a emissão de títulos, sem dúvida ato inerente ao poder de gestão de instituição financeira, será típica no caso de serem falsos os títulos emitidos (fraude), ou quando emitidos sem lastro ou garantia suficientes (temerário), conforme preceituam os incisos I e III do art. 7º da Lei. Derradeiro exemplo: fraudar a fiscalização mediante declaração falsa (art. 9º) constitui crime autônomo e não o de gestão fraudulenta. Em todos os casos supracitados observa-se que o momento consumativo dos crimes depende da prática de um único ato. Diante disso, pode-se concluir que o crime do art. 4º exige certa habitualidade e deve ser extraído do conjunto de atos que compõem a gestão de uma instituição financeira, considerada, necessariamente, dentro de período razoável de tempo.” (MAZLOUM, 2007, pp. 86-87).

¹⁰⁰ ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 2001.03.99.057024-3, ACR 2003.03.99.006876-5, ACR 1999.03.99.110790-6 e ACR 97.03.051199-6.

é possível diferenciar espécies de casos de acordo com a adequação entre o argumento da inexistência de habitualidade e a situação concreta.

A primeira espécie são as situações em que o Tribunal manifestou-se contra a habitualidade, porém, os casos concretos envolviam pluralidade de ações, de modo que o argumento não foi decisivo para o julgamento do recurso de apelação, restando os réus condenados:

“O artigo 4º da lei que cuida dos crimes contra o sistema financeiro define como delito a simples conduta de ‘gerir fraudulentamente instituição financeira’. (...). Resta então averiguar se o tipo incriminador pelo qual o réu foi condenado em primeira instância exige habitualidade. A norma volta-se para a segurança do sistema financeiro, de tal sorte que um só ato de gestão pode revelar-se temerário para fins de repressão penal. (...) Conquanto seja dispensável a reiteração de atos fraudulentos para configuração do artigo 4º da Lei 7.492/86, é importante frisarmos que tal situação na verdade ocorreu no caso concreto.” (ACR 2004.03.99.014442-5, Primeira Turma, Des. Fed. Johanson de Salvo, j. 07.08.2007, DJ 18.09.2007).

“No que tange ao delito de gestão fraudulenta, desnecessária a habitualidade para a configuração do delito, bastando um único ato para configurá-lo.” (ACR 2004.03.99.037967-2, Quinta Turma, Des. Fed. Baptista Pereira, j. 20.08.2007, DJ 11.09.2007)¹⁰¹.

“Sobreleva registrar que a prática de um único ato considerado fraudulento é suficiente para caracterizar o crime previsto no artigo 4º, caput, da Lei nº 7492/86. (...) No caso dos autos, porém, o réu praticou mais de uma conduta caracterizadora de gestão fraudulenta (...).” (ACR 2007.03.99.007029-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Paulo Sarno, j. 14.10.2008, DJ 10.11.2008).

Numa segunda espécie, destacam-se as situações de um só ato, nos quais a desnecessidade de habitualidade foi decisiva para a condenação de réus pelo Tribunal:

“A par de toda a discussão doutrinária, perfilho o entendimento de que a gestão fraudulenta, pode, mesmo que excepcionalmente, configurar-se sob o pilar de um único ato, desde que pragmática e globalmente considerado, sob a dependência, inclusive, do elemento anímico do agente, que visando uma série de atos, foi alcançado e descoberto em uma única ação.” (ACR 2001.03.99.032010-0, Segunda Turma, Des. Fed. Cecilia Mello, j. 13.09.2005, DJ 14.12.2005).

“Sobre a necessidade da reiterada prática das condutas fraudulentas para que se caracterize o delito em questão, comungo do entendimento de que há casos em que basta um único ato para configurá-lo, considerando-se a gravidade e autonomia da conduta. Caso contrário, como mencionado no acórdão constante da apelação ministerial, admitir-se-ia a absurda possibilidade de o administrador cometer um único ato fraudulento ou temerário durante sua gestão e levar a instituição financeira à inadimplência, sem que nenhuma responsabilidade penal pudesse advir por tal conduta.” (ACR 2001.03.99.057024-3, Segunda Turma, Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 01.04.2008, DJ 18.04.2008).

“Descabida, ainda, a tese defensiva no sentido de que, para a configuração do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, é necessária a habitualidade, ou ainda, que o crime seja praticado de forma continuada. Os nossos Tribunais têm decidido que é desnecessária a habitualidade da conduta para a configuração do delito de gestão fraudulenta, sendo que um só ato de gestão pode revelar-se prejudicial à credibilidade do sistema, para fins de repressão penal.” (ACR

¹⁰¹ Neste caso, a conduta do réu somou-se aos atos de gestão fraudulenta praticados por outros agentes.

2003.03.99.006876-5, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 26.01.2009, DJ 03.03.2009).

Numa terceira espécie, está a decisão que rejeitou a habitualidade, porém, o réu foi absolvido no Tribunal pela inexistência da prova da fraude:

“Dada a gravidade e autonomia das ações e omissões de per si, exige-se a simples prática de uma conduta potencialmente lesiva de administração para o enquadramento nos delitos de gestão. Entendimento contrário levaria à absurda admissão da possibilidade de o administrador cometer um único ato fraudulento ou temerário durante sua gestão e levar a instituição financeira à inadimplência, sem que nenhuma responsabilidade penal pudesse advir por tal conduta.” (ACR 1999.03.99.110790-6, Quinta Turma, Juiz Conv. Fausto De Sanctis, j. 03.09.2002, DJ 24.06.2003).

Por fim, numa quinta espécie, resta o caso em que o Tribunal não se manifestou sobre o requisito da habitualidade, mas havia prática de apenas uma conduta pelos réus, cujas condutas foram consideradas típicas:

“É dos autos que os denunciados (...) ao transferirem determinado bem por um preço muito acima do valor de mercado, ensejando dívida fictícia da empresa I. para com a empresa R., praticaram o crime de gestão fraudulenta.” (ACR 2000.61.19.018618-6, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 02.03.2010, DJ 11.03.2010).

Num segundo gênero de situações enquadram-se os poucos casos nos quais as manifestações explícitas do Tribunal consideraram que a habitualidade é requisito necessário para a tipicidade do crime de gestão fraudulenta. Dentro deste gênero, é possível diferenciar espécies de casos de acordo com a adequação entre o argumento da inexigência de habitualidade e a situação concreta.

A primeira espécie é a decisão que entendeu pela necessidade de habitualidade para a configuração do delito e na qual havia um único ato, e, por isso, o réu foi absolvido:

“Ademais, o crime de gestão fraudulenta traduzir-se-ia pela utilização contínua e habitual de artifícios para por em erro outros administradores, na condução dos negócios, num universo de operações e não em casos isolados de gestão citados na denúncia.” (ACR 97.03.051199-6, Segunda Turma, Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 14.08.2001, DJ 10.12.2001)

A segunda espécie é a decisão que considerou a habitualidade para configuração típica, porém, o caso concreto envolvia pluralidade de atos e os réus foram condenados:

“A não-contabilização das operações e a extrapolação do limite imposto pelo Banco Central acabam por configurar, na espécie, o delito de gestão fraudulenta. A habitualidade resulta demonstrada em razão da série de contratos que foram celebrados no final de 1995 e início de 1996, os quais escaparam à fiscalização do Banco Central por não terem sido registrados no Sisbacen nem contabilizados adequadamente.” (ACR 2008.03.99.051025-3, Quinta Turma, Des. Fed. André Nekatschalow, j. 01.06.2009, DJ 23.06.2009).

Diante dessas constatações, verifica-se que, nem sempre o argumento da habitualidade aparece em situações envolvendo único ato e que, em apenas quatro casos observados a

posição sobre a exigência da habitualidade, o Tribunal poderia ter alterado a decisão final de mérito quanto à condenação ou absolvição do réu, o que corresponde a 12% do total de decisões obtidas¹⁰². Ou seja, a controvérsia doutrinária não teve relevância para o resultado final das decisões em 88% dos casos. Assim, também essa constatação indica a centralidade dos casos de reiteração de condutas num lapso de tempo. É dizer, embora a maior parte das manifestações explícitas do Tribunal seja pela inexigência da habitualidade para a configuração da gestão fraudulenta, interpretação que aumenta o campo de incidência do tipo em detrimento de interpretação mais restritiva que limite o poder de punir do Estado, na prática, ela teve pouca relevância no conjunto de casos analisados.

A princípio, se o Tribunal adota a posição mais ampla pela inexigência de habitualidade, era de se imaginar que sua frequência fosse maior, ou equivalente ao número de casos de pluralidade de atos, mas isso não se observou.

Quadro 26: Definição de gerir

Definição	Frequência	Porcentagem
Administrar, dirigir, comandar	5	18%
Ato de gestão	9	27%
Não define	18	55%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

No tocante à definição do termo ‘gerir’ do art. 4º, *caput*, o Tribunal entende, em 27% das decisões, que gerir significa praticar ato de gestão¹⁰³. Em 18%, gerir significa administrar, dirigir, comandar¹⁰⁴. Em 55%, o Tribunal não o define.

Sustentando ‘gerir’ como ato de gestão, o Tribunal manifesta-se da seguinte forma:

“Por gestão fraudulenta deve-se compreender *todo ato de administração no âmbito da empresa*, dentre os poderes conferidos, ainda que apenas de fato, que visa a percepção de vantagem indevida em prejuízo alheio, empregando o administrador artifícios que levam a erro os demais administradores.” (g.n.) (ACR

¹⁰² Nas ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 2001.03.99.057024-3, ACR 2003.03.99.006876-5, houve réu condenado e na ACR 97.03.051199-6 réu foi absolvido.

¹⁰³ ACR 1999.03.99.110790-6, ACR 1999.03.99.039158-3, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 95.03.008286-2, ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2003.03.99.006876-5 e ACR 2006.03.99.037298-4.

¹⁰⁴ ACR 2000.61.81.005906-0, ACR 2005.03.99.024006-6, ACR 2001.03.99.057024-3, ACR 2000.61.81.004391-0 e ACR 2008.03.99.051025-3.

1999.03.99.110790-6, Quinta Turma, Juiz Conv. Fausto De Sanctis, j. 03.09.2002 DJ 24.06.2003).

“A conduta punível consiste em ‘gerir fraudulentamente instituição financeira’. O elemento típico representado pelo vocábulo ‘fraudulentamente’ tem o significado *do agir ao modo de ser da fraude*, que, por sua vez, conceitua-se como o emprego de meios de induzimento em erro visando a obtenção de vantagens em consequência indevidas. Para que se configure a conduta fraudulenta é necessário o concurso de dois termos, dos meios e também do fim, dos processos tendentes à causação de engano e do propósito de obtenção de consequente vantagem em detrimento do patrimônio da instituição e interesses dos investidores.” (g.n.) (ACR 1999.03.99.039158-3, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 22.04.2002, DJ 30.04.2002).

“A par de toda a discussão doutrinária, perfilho o entendimento de que a gestão fraudulenta, pode, mesmo que excepcionalmente, configurar-se sob o pilar de um *único ato*, desde que pragmática e globalmente considerado, sob a dependência, inclusive, do elemento anímico do agente, que visando uma série de atos, foi alcançado e descoberto em uma única ação. Nessa mesma linha, e igualmente a título excepcional, considero factível a continuidade delitiva nesta espécie de delito, desde que a conduta esteja corroborada por um razoável espaço de tempo, conjugado aos demais elementos constantes no art. 71 do CP, somente auferíveis casuisticamente.” (g.n.) (ACR 2001.03.99.032010-0, Segunda Turma, Des. Fed. Cecilia Mello, j. 13.09.2005, DJ 14.12.2005).

“Inexiste no delito imputado fase executiva que propiciasse divisão de tarefas, na conduta punível avultando *um ato de gestão* e só podendo ser dessa natureza o concurso dos administradores. (...) Os crimes relacionados a atividades de pessoas jurídicas têm como antecedentes causais atos de gestão imputáveis aos administradores. Um ou outro gestor pode executar o ilícito, por exemplo representando a sociedade quando integra o tipo penal um negócio jurídico, ou transmitindo a subordinados uma deliberação da Administração e a eles delegando as pertinentes atribuições, no entanto, em qualquer hipótese, na origem do ilícito encontrando-se um ato de deliberação, para o qual, expressa ou tacitamente, presumivelmente concorrem todos os administradores. Não é por ser administrador de uma empresa envolvida em atividades ilícitas que alguém é acusado criminalmente, mas pela conduta punível, que é essencialmente uma ação ou omissão que se insere no exercício do poder de gestão.” (g.n.) (ACR 95.03.008286-2, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 17.05.2005, DJ 05.08.2005).

“A norma volta-se para a segurança do sistema financeiro, de tal sorte que *um só ato de gestão* pode revelar-se temerário para fins de repressão penal.” (g.n.) (ACR 2004.03.99.014442-5, Primeira Turma, Des. Fed. Johanson de Salvo, j. 07.08.2007, DJ 18.09.2007).

“Sobreleva registrar que a prática de *um único ato* considerado fraudulento é suficiente para caracterizar o crime previsto no artigo 4º.” (g.n.) (ACR 2007.03.99.007029-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Paulo Sarno, j. 14.10.2008, DJ 10.11.2008).

“No escólio de Manoel Pedro Pimentel (...), ao comentar sobre o dispositivo legal em apreço, ensina: ‘(...) Elias de Oliveira, o mais completo comentarista dessa lei, assentou: ‘Por gestão fraudulenta deve entender-se *tudo ato de direção, administração ou gerência*, voluntariamente consciente, que traduza manobras ilícitas, com emprego de fraudes, ardis e enganos. Ao passo que gestão temerária significa a que é feita sem a prudência ordinária ou com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigosas ou inescrupulosamente arriscando o dinheiro alheio’.” (g.n.) (ACR 1999.03.99.036879-2, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 13.10.2009, DJ 23.10.2009).

“Os nossos Tribunais tem decidido que é desnecessária a habitualidade da conduta para a configuração do delito de gestão fraudulenta, sendo que *um só ato de gestão*

pode revelar-se prejudicial à credibilidade do sistema, para fins de repressão penal.” (g.n.) (ACR 2003.03.99.006876-5, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 26.01.2009, DJ 03.03.2009).

“Gestão fraudulenta é todo ato de administração no âmbito da empresa, objetivando prejudicar alguém ou obter vantagem indevida em prejuízo alheio, ou enganar empregando o administrador manobras ilícitas, fraude ou artifícios.” (g.n.) (ACR 2006.03.99.037298-4, Segunda Turma, Des. Fed. Cecilia Mello, j. 11.05.2010, DJ 21.05.2010).

Defendendo ‘gerir’ como ‘administrar, dirigir, comandar’, foram encontradas as seguintes manifestações:

“Sobre o crime de gestão fraudulenta, anota Guilherme de Souza Nucci, (...): ‘37. Análise do núcleo do tipo: *gerir significa administrar, gerenciar, dirigir*. O objeto da gestão é a instituição financeira, tal como definido no art. 1º desta Lei. Logo, o tipo diz respeito à tomada de decisões administrativas na instituição financeira, conforme dispõem a lei e o seu estatuto. Deve ser haver fraude. Sobre esse elemento do tipo, consulta a nota própria abaixo (...)’ (g.n.) (ACR 2000.61.81.005906-0, Primeira Turma, Juiz Conv. Márcio Mesquita, j. 26.08.2008, DJ 17.09.2008).

“A conduta típica consiste em gerir (administrar, dirigir, organizar, controlar, comandar) (...)” (ACR 2005.03.99.024006-6, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 08.07.2008, DJ 22.07.2008).

“A conduta típica prevista no *caput* desse artigo é gerir, isto é, administrar, dirigir, comandar, etc.” (ACR 2001.03.99.057024-3, Segunda Turma, Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 01.04.2008, DJ 18.04.2008).

“A conduta típica prevista no *caput* do artigo 4º, da lei 7.492/86, é gerir, isto é, administrar, dirigir, comandar, etc.” (ACR 2000.61.81.004391-0, Segunda Turma, Des. Fed. Cotrim Guimarães (vencido) / Rel. p. ac. Des. Fed. Cecilia Mello j. 23.06.2009, DJ 23.07.2009).

“Nesse sentido, confira-se o parecer da Procuradoria Regional da República: ‘(...) Gerir significa administrar, exercer as atividades de mando, tomar decisões no âmbito da empresa, conforme os poderes atribuídos pela lei e pelo estatuto societário. (...)’ (ACR 2008.03.99.051025-3, Quinta Turma, Des. Fed. André Nekatschalow, j. 01.06.2009, DJ 23.06.2009)

Embora na argumentação do acórdão da ACR 1999.61.81.002842-3 não constasse nenhuma definição de gerir, a ementa de um julgado mencionado continha a definição de gestão como período do mandato do administrador, que se aproxima do conceito de administrar, dirigir, comandar:

“Cito jurisprudência a respeito: ‘(...) A palavra gestão indica o espaço de tempo em que a pessoa é administradora de uma pessoa jurídica, e não cada uma das operações que realiza. (...)’ (TRF3 HC 98.03.081133-9, rel. Oliveira Lima, DJU de 5.6.1999, p 689)”. (ACR 1999.61.81.002842-3, Segunda Turma, Juíza Conv. Márcia de Oliveira, j. 27.11.2007, DJ 25.04.2008).

A definição de gerir como administrar, dirigir, comandar sugere, num sentido amplo, a prática da conduta como conjunto de atos coordenados. A definição que a considera como único ato de gestão restringe a anterior, e amplia a incidência do tipo.

Pode-se atribuir a presença das duas definições à extensão semântica contida nas definições de ‘gerir’ e de ‘gestão’ presente nos dicionários técnicos de administração e direito, bem como nos dicionários de língua portuguesa.

Sobre a presença do seu conceito em dicionários de português, destaca-se o conceito de gerir como “ter gerência sobre; administrar, dirigir, reger, gerenciar” (FERREIRA, 2010, p. 1028)¹⁰⁵ e de gestão significando “ato de gerir; gerência, administração” (FERREIRA, 2010, p. 1029). Como uma das remissões é o verbo administrar, este num sentido geral é entendido como “gerir, governar, dirigir (...); atuar como administrador” (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 52). O termo administração, por sua vez, define-se como “ato, processo ou efeito de administrar” e, na linguagem técnica, “conjunto de normas e funções que disciplinam os elementos de produção, submetem a produtividade a um controle de qualidade, organizam a estrutura e o funcionamento de um estabelecimento”, bem como “a prática, a execução de tais normas e funções” (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 51).

Verifica-se nos dicionários da língua portuguesa uma aproximação semântica entre os significados ‘ato de gestão’ e ‘conjunto de atos’ ligados aos termos gerir e administrar.

No universo do direito, destaca-se a seguinte definição genérica de gestão:

“em sentido amplo significa a administração ou gerência de alguma coisa, que seja de outrem. Neste sentido, então, o vocábulo implica necessariamente na indicação de uma administração a bens ou interesses alheios, em virtude de mandato convencional, de mandato legal ou por mero ofício de gestor.” (SILVA, 2002, p. 383).

Na ciência da administração, o termo gestão é entendido como sinônimo de administração, a qual significa: “conjunto de esforços que tem por objetivo: (a) planejar; (b) organizar; (c) dirigir ou liderar; (d) coordenar; e (e) controlar as atividades de um grupo de indivíduos para atingir um resultado comum.” (LACOMBE, 2004, p. 8)¹⁰⁶. Sobre a aplicação do conceito para a área do sistema financeiro, é adotada a mesma definição geral dada em administração: “O ciclo administrativo em toda empresa consiste em várias etapas ou procedimentos como planejamento, organização e controle destinados a atingir um

¹⁰⁵ E ainda: gerir – “exercer gerência sobre; administrar, dirigir, gerenciar.” (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 967).

¹⁰⁶ No mesmo sentido: “Gestão ou Administração: o que vem a ser? (...) Administração é o processo de consecução dos objetivos organizacionais de uma maneira eficiente, eficaz e efetiva, por meio do planejamento, da organização, da liderança e do controle dos recursos organizacionais.” (CARAVANTES; PANNO; KLOECKNER, 2005, p. 385). “Management is the process that organizations use to reach their goals utilizing people and other resources.” (WANKEL, 2010, p. 1050).

determinado fim.” (REED; GILL, 1994, p. 90)¹⁰⁷. E, mais detalhadamente sobre a gestão financeira:

“Define-se o processo de gestão como o conjunto sequencial de atividades administrativas para a gestão dos objetivos de uma entidade. Uma entidade com fins lucrativos tem como objetivo financeiro a condução de seus negócios com rentabilidade suficiente para cobrir o custo de capital de seu financiamento. O processo de gestão compreende o ciclo planejamento, execução e controle, podendo o planejamento ser segmentado em planejamento de longo prazo ou estratégico, planejamento de médio prazo ou operacional (tático) ou planejamento de curto prazo (programação)”. (PADOVEZE, 2005, p. 99).

Todavia, no campo da ciência específica, o termo administração é controverso. Na obra *Controversies in Management* há capítulo destinado às suas definições com o título “O que é administração?” e o subtítulo “um termo em busca de significado”. As diferentes abordagens diferenciam-se na ênfase entre a escolha dos meios ou na ênfase da busca dos fins; especificamente nas atividades financeiras, o fim é a busca do uso ótimo do capital (THOMAS, 2003, pp. 23-45).

Nesse contexto, além da proximidade semântica entre ‘ato de gestão’ e ‘conjunto de atos’ relacionados ao verbo gerir, restam não resolvidas as dúvidas para saber se um ato de gestão fraudulento contamina o conjunto geral de atos para a busca do fim ou se deve ser considerado como uma exceção ao conjunto de atos e fins lícitos.

De alguma maneira, os diferentes sentidos de gerir presentes nos campos semânticos da língua, do direito e da administração refletem-se nas diferentes posições doutrinárias mencionadas sobre a habitualidade e nas diferentes ocorrências constatadas nas decisões do Tribunal, tendo este, na maioria das manifestações explícitas, adotado uma interpretação que amplia a abrangência do termo gerir a um espectro maior de condutas, em detrimento de uma interpretação restritiva.

¹⁰⁷ No mesmo sentido: Manage – “to direct or to be in charge of; *to manage a department; to manage a branch office*”; management - “*directing or running a business*” (COLLIN, 1996, p. 144).

Quadro 27: Critério de configuração do crime de perigo abstrato ou tratamento do tipo como crime de lesão ou de perigo concreto

Critério	Frequência	Porcentagem
Crime de perigo abstrato (formal)	26	79%
Crime de perigo abstrato (material)	4	11%
Crime de Perigo Concreto	2	6%
Crime de Lesão	1	3%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 79% das decisões¹⁰⁸, o Tribunal entendeu que o crime de gestão fraudulenta é de perigo abstrato, considerando desnecessária a análise da potencialidade lesiva da conduta dos réus sob uma perspectiva *ex ante* (vide definição no item 2.1.3 *supra*). Em 11% das decisões¹⁰⁹, o Tribunal considerou o crime de gestão fraudulenta como de perigo abstrato no qual pode ser aferida a potencialidade lesiva da conduta sob uma perspectiva *ex ante* em relação ao bem jurídico protegido sistema financeiro nacional. Em 6% das decisões¹¹⁰, o Tribunal afirmou ser o tipo de perigo concreto, em que é necessária a verificação do perigo concreto da lesão ao bem jurídico. Em 3% das decisões¹¹¹, o Tribunal considerou a gestão fraudulenta como crime de lesão, remetendo-se à definição do art. 3º, IX, da Lei de Crimes Contra a Economia Popular.

Sustentando que o tipo do art. 4º da Lei 7.492/1986 deve ser tratado como crime de lesão e ser interpretado à luz do art. 3º, IX, da Lei de Crimes Contra a Economia Popular, há o entendimento minoritário exposto na ACR 97.03.051199-6, ressaltando-se que o crime em

¹⁰⁸ ACR 1999.03.99.088279-7, ACR 1999.03.99.110790-6, ACR 2000.03.99.068795-6, ACR 1999.03.99.082734-8, ACR 2003.03.99.025896-7, ACR 95.03.008286-2, ACR 1999.03.99.014678-3, ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2004.03.99.037967-2, ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2000.61.81.005906-0, ACR 2008.03.99.006954-8, ACR 2005.03.99.024006-6, ACR 2001.03.99.057024-3, ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2002.03.99.043670-1, ACR 2000.61.81.008320-7, ACR 2008.03.99.051025-3, ACR 2003.03.99.006876-5, ACR 2006.03.99.043971-9, ACR 2006.03.99.008600-8, ACR 2007.03.99.011870-1, ACR 2006.03.99.037298-4, ACR 2000.61.19.018618-6 e ACR 2007.03.99.003663-0.

¹⁰⁹ ACR 1999.03.99.039158-3, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 1999.03.99.030642-7 e ACR 2000.61.81.004391-0.

¹¹⁰ ACR 96.03.084814-0 e ACR 1999.61.81.002842-3.

¹¹¹ ACR 97.03.051199-6.

juízo é o de gestão fraudulenta, mas por erro de digitação do voto consta menção ao crime de gestão temerária:

“O réu foi denunciado pela prática de gestão fraudulenta de instituição financeira e de sonegação ou falsidade de informações referentes à situação financeira. (...) Em primeiro lugar, insisto em manifestar meu entendimento sobre a estrutura do tipo penal de gestão temerária (sic), já que a técnica legislativa deficiente o traduz como tipo completamente aberto, sem qualquer conduta que possa defini-lo em homenagem ao princípio da reserva legal. Em sua redação original, prevista no art. 3º, IX, da Lei 1.521/51 – Lei de Economia Popular –, embora deficiente, nela se incluíam as condutas puníveis, posto que determinava que os atos de gestão temerária (sic) seriam aqueles que pudessem levar as instituições ‘à falência ou à insolvência, ou não cumprindo quaisquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados’. (...) Em tese, poderíamos sustentar a inconstitucionalidade de tipo penal que não traz em si qualquer descrição de conduta, ferindo de morte o princípio da reserva legal. (...) Eis portanto o impasse: ou se reconhece, de pronto, a inconstitucionalidade do dispositivo contido no art. 4º, parágrafo único (sic), da Lei 7.492/86, ou se ignora tal defeito, interpretando-o à luz do dispositivo análogo que o antecedeu, o art. 3º, IX, da Lei 1.521/51. E, da análise conjunta de ambos os dispositivos, vejo que os atos atribuídos ao acusado na denúncia são absolutamente atípicos.” (ACR 97.03.051199-6, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 14.08.2001, DJ 10.12.2001).

Exemplo de decisão minoritária qualificando juridicamente o tipo do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986 como crime de perigo concreto, tendo a conduta dos réus colocado em risco a solvência da instituição financeira, é a ACR 96.03.084814-0:

“Resta, portanto, analisar a única conduta faltante, ou seja, ainda não prescrita, a de gestão fraudulenta. Segundo a doutrina, trata-se de *crime de perigo concreto* e formal: basta agir, independentemente do resultado naturalístico. Entretanto, há que se verificar se os agentes agiram por meio de fraude, com a finalidade de obter vantagem para si, ou houve unicamente impetuosidade, imprudência, pois neste caso estar-se-ia falando do delito de gestão temerária e não fraudulenta. A documentação acostada demonstra que os recorridos (...), na qualidade de administradores (...), agiam de maneira ilícita. Afora a conduta criminosa já prescrita de apropriação de bens, os recorridos não aplicavam os recursos dos consorciados de forma adequada, deixando-os em caixa, não faziam a separação entre as contas da empresa e as contas dos consórcios, atrasavam a entrega de bens, *colocando em risco a solvência do consórcio*. Além disso, (...), há o depoimento do fiscal afirmando que a empresa mantinha caixa 2. O procurador do Banco Central informa que a manutenção da contabilidade única, sem separação entre a empresa e os grupos era intencional para dificultar a fiscalização.” (ACR 96.03.084814-0, Segunda Turma, Rel. Juíza Conv. Márcia de Oliveira, j. 13.12.2005, DJ 20.01.2006).

O mesmo raciocínio minoritário constou da ACR 1999.61.81.002842-3, na qual além de enfatizar a ausência da fraude, o Tribunal avaliou que o prejuízo causado pelos réus estava de acordo com o risco do negócio, ou seja, é considerada a prova de um perigo concreto de lesão para a configuração da gestão fraudulenta:

“Informe-se que apesar de o mercado de futuros da BM&F ser de alto risco, a C. DTVM não operava para terceiros, apenas na carteira própria, ou seja, por sua conta e risco. Percebe-se que as operações eram especulativas, pois o IBOVESPA é um índice financeiro e o tipo de negócio não é característico de hedge, ou seja, de operação que é realizada para garantir o preço de determinada mercadoria ou ativo. Nesse contexto, as chances de perda são tão altas quanto as de lucro, como

demonstra o ganho obtido pelos investidores que se encontravam na ponta contrária da distribuidora dos acusados. Ora, num mercado dessa natureza, quanto maior risco, maior é o lucro. Esses especuladores, assumem o risco de perder ou ganhar altas quantias sem que isso possa ser considerado crime. É o chamado risco do negócio. (...) Em suma, as operações realizadas pelos acusados e pela T. podem ou não ter alguma ligação. Reforço que a identidade de preços ou de ativos não demonstra a relação entre eles, sequer demonstra que os acusados são os vendedores e a T. os compradores do mesmo papel. Isso não restou demonstrado, apenas que os réus operaram no mesmo dia com o mesmo tipo de ativo em ‘pólos’ contrários (comprados e vendidos), mas não em ‘pontas’ opostas. Não há elo de ligação concreta entre a empresa dos acusado e a T., nem em relação às operações realizadas na bolsa nem no destino do dinheiro auferido pela T.. Conclui-se, portanto, que não há provas de que a intenção dos acusados era transferência simulada de ativos ou fabricação de prejuízos mediante operações fraudulentas. Aliás não se comprova qualquer tipo de fraude nas operações declinadas na denúncia. (...) Observo que as operações foram realizadas no final do mês de março e, portanto, deveriam estar contabilizadas naquele mês em balancete a ser apresentado no mês seguinte. Obter uma relação de ganhos ou perdas naquele mês, nos meses anteriores e seguinte não se pode sugerir que os réus tenham agido de forma temerária. Atuaram de forma arriscada? Sim, mas o risco do negócio do mercado de valores mobiliário é esse.” (ACR 1999.61.81.002842-3, Segunda Turma, Juíza Conv. Márcia de Oliveira, j. 27.11.2007, DJ 25.04.2008).

Exemplo de decisão minoritária entendendo se tratar de crime de perigo abstrato que admite análise da potencialidade lesiva da conduta numa perspectiva *ex ante* é a ACR 1999.03.99.030642-7:

“Convém salientar que, não obstante tratar-se de *delito de perigo abstrato*, não será qualquer conduta despropositada que implicará a incriminação de seu autor. Para a correta subsunção do fato à aludida norma é *indispensável que a conduta tenha efetiva potencialidade de perigo*, comprometendo a higidez econômica e financeira da instituição, bem assim a austeridade do mercado financeiro e de capitais e a confiança dos investidores no sistema financeiro nacional. No caso dos autos, não se cuida de mera infração administrativa. Tem-se o caráter verdadeiramente criminoso das práticas imputadas aos apelados, que, mediante as sucessivas fraudes, colocaram em risco os bens jurídicos tutelados pela norma penal.” (ACR 1999.03.99.030642-7, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, j. 31.05.2005, DJ 01.07.2005).

No mesmo sentido minoritário, citam-se decisões em que o Tribunal utiliza o critério material para a aferição da potencialidade lesiva da gestão fraudulenta numa perspectiva *ex ante*:

“A conduta punível consiste em ‘gerir fraudulentamente instituição financeira’. O elemento típico representado pelo vocábulo ‘fraudulentamente’ tem o significado do agir ao modo de ser da fraude, que, por sua vez, conceitua-se como o emprego de meios de induzimento em erro visando a obtenção de vantagens em consequência indevidas. Para que se configure a conduta fraudulenta é necessário o concurso de dois termos, dos meios e também do fim, dos processos tendentes à causação de engano e do propósito de obtenção de conseqüente vantagem em detrimento do patrimônio da instituição e interesses dos investidores. Aplicadas estas proposições ao caso dos autos, tem-se que o reconhecimento do delito de gestão fraudulenta imputado pressupõe a verificação do emprego de meios ilícitos com a finalidade de obtenção das vantagens não permitidas e *sua capacidade de causação de prejuízos aos investidores da instituição financeira*. (...) As ilicitudes praticadas eram ofensivas aos interesses dos participantes do Fundo, na medida em que redundavam na transferência de valores a uma entidade que, pelo elemento de promiscuidade da direção em comum, colocava os terceiros investidores sob o risco de todos os

prejuízos inerentes, ressalvado que a proibição se inspira na experiência do uso de semelhantes procedimentos como meio de obtenção de vantagens em transações prejudiciais aos terceiros investidores. (...) O elemento objetivo da fraude está no conjunto de medidas de dissimulação da condição dos acusados F. e A. como administradores do Banco G. que concomitantemente geriam o A.” (g.n.) (ACR 1999.03.99.039158-3, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 22.04.2002, DJ 30.04.2002).

“A gestão fraudulenta de instituição financeira, apresenta-se, primordialmente, como um delito de mera conduta (...) e de perigo na classificação doutrinária do tipo. Assim, para a sua consumação, é condição suficiente e necessária a realização da conduta, independente da concretização do resultado. Ademais, *trata-se de crime de perigo, no qual a potencialidade de dano ao objeto jurídico eleito é assaz à realização do injusto penal em comento.*” (g.n.) (ACR 2001.03.99.032010-0, Segunda Turma, Des. Fed. Cecilia Mello, j. 13.09.2005, DJ 14.12.2005).

“É incontroverso que a mera lesão patrimonial, quer à instituição financeira, quer aos investidores, não configura crime contra o sistema financeiro, o qual exige o abalo à credibilidade financeira nacional, produzindo, ao menos, a real ameaça da perda de investimentos e, com isso, da diminuição da produção da riqueza no País. Logo, não restou configurado crime contra o sistema financeiro nacional, *por não haver qualquer perigo* no que diz respeito ao atingimento desse bem jurídico tutelado.” (g.n.) (ACR 2000.61.81.004391-0, Segunda Turma, Des. Fed. Cotrim Guimarães (vencido) / Rel. p. ac. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 23.06.2009, DJ 23.07.2009).

Os demais casos, que contêm o entendimento majoritário do Tribunal, trataram a gestão fraudulenta como crime de perigo abstrato sem necessidade de aferição da potencialidade lesiva da conduta, bastando a sua mera prática. A relação completa dos trechos dos acórdãos consta do Apêndice II (item 7.2 *infra*).

Exemplo expressivo é a ACR 1999.03.99.036879-2:

“A discussão acerca da constitucionalidade do artigo 4º da Lei 7.492/86, em razão da veiculação de tipo penal aberto, com a conseqüente afronta ao princípio da reserva legal, já se encontra superada nos Tribunais Pátrios, na medida em que a produção do resultado naturalístico deixou de integrar o preceito primário da norma sob exame, diferentemente do que ocorria no artigo 3º, IX, da Lei 1.521/51 (Lei de Economia Popular), que o descrevia como crime de resultado e exigia a produção do resultado naturalístico falência ou insolvência da instituição, como decorrência da gestão, ou o descumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. Assim, *trata-se agora de crime de mera conduta, no qual basta a realização comportamento típico para a incidência da norma.* (...) Conclui-se que a *mens legis* na edição da norma incriminadora do tipo da gestão fraudulenta, ao excluir do seu preceito primário o resultado naturalístico como elementar do crime, foi a de instituir um tipo anormal, que exige a aferição de elemento normativo do tipo, admitindo o legislador a impossibilidade material de uma previsão apriorística de todas as modalidades de conduta fraudulenta na gestão de instituição financeira, com o escopo de delegar ao Poder Judiciário a função integrativa da norma e assim criar um instrumento jurídico repressivo que se ajustasse continuamente aos fatos sociais, acompanhando a evolução das práticas financeiras e das novas modalidades de ilicitude surgidas.” (g.n.) (ACR 1999.03.99.036879-2, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 13.10.2009, DJ 23.10.2009)

Igualmente digno de destaque é o entendimento da ACR 1999.03.99.088279-7, que considerou a gestão fraudulenta como de perigo abstrato sem necessidade de aferição da potencialidade lesiva; ressaltou-se a necessidade de novas figuras diante da evolução das

práticas econômicas para a prevenção de condutas em si mesmas prejudiciais ao sistema financeiro:

“(…) com o advento da Lei do Colarinho Branco, a produção do resultado deixou de integrar a figura delitiva tanto da gestão fraudulenta como da temerária, passando o tipo a descrever tão somente o comportamento do sujeito, de tal forma que não mais se pode falar em crime de resultado, mas em *crime de mera conduta* na hipótese. (...) Assim, com base nos elementos lógico, sistemático, histórico e extrapenal, conclui-se que a intenção do legislador, ao inovar primariamente o ordenamento, excluindo a necessidade do resultado naturalístico para a configuração do tipo de gestão fraudulenta e da temerária, *foi a de armar o aplicador do direito com um instrumento jurídico que se ajustasse continuamente aos fatos sociais, acompanhando a evolução das práticas comerciais e das novas modalidades de ilicitude surgidas, a exigir o constante aprimoramento jurisprudencial dos Tribunais com o fim de coibir novas práticas deletérias ao Sistema Financeiro*, calcado, essencialmente, na confiabilidade e na credibilidade de suas instituições.” (ACR 1999.03.99.088279-7, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Theotonio Costa, j. 24.04.2001, DJ 05.06.2001).

No mesmo sentido, tratando o crime como de perigo abstrato formal, são os entendimentos do TRF da 3ª Região:

“Pertinente, ainda, consignar que a gestão fraudulenta não exige qualquer fim especial de agir, consumando-se com a realização de ação típica, independentemente de qualquer resultado ou do efetivo prejuízo (...). (...) Por gestão fraudulenta deve-se compreender todo ato de administração no âmbito da empresa, dentre os poderes conferidos, ainda que apenas de fato, que visa a percepção de vantagem indevida em prejuízo alheio, empregando o administrador artifícios que levam a erro os demais administradores.”. (ACR 1999.03.99.110790-6, Quinta Turma, Juiz Conv. Fausto De Sanctis, j. 03.09.2002, DJ 24.06.2003).

“Para a configuração do delito é prescindível o risco, ainda que em tese, ao patrimônio de terceiros. Tampouco se exige a colocação da própria empresa em perigo, mas sim o risco à higidez do Sistema Financeiro Nacional o que se constata, *in casu*, com o fato de a empresa do réu S., utilizando-se da atividade de turismo como fachada, ‘administrar câmbio’ e realizar operações fictícias para captar moeda estrangeira, infringindo as especificações determinadas pelo governo.” (ACR 2004.03.99.014442-5, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 07.08.2007, DJ 18.09.2007).

“Por fim, o delito estampado no art. 4º, caput da Lei nº 7.492/86 não reclama, para sua configuração, a ocorrência de prejuízo para terceiros, caracterizando-se como delito formal e de perigo, não exigindo, para que se perfaça, nenhum complemento, sendo certo que a partir do advento da Lei nº 7.492/86 restou arredada a demanda de algum resultado fenomênico, ao revés do que ocorria com o diploma que antigamente regia o tipo penal (Lei nº 1.521/51, art. 3º, IX).” (ACR 2001.03.99.057006-1, Quinta Turma, Juiz Conv. Helio Nogueira, j. 16.07.2007, DJ 14.08.2007).

“A tese defensiva, no entanto, não prospera, tendo em vista que a obtenção de lucros não afasta a tipificação do delito de gestão fraudulenta, quando comprovada a existência de manobra voltada para a formação de constantes prejuízos financeiros, colocando em risco a higidez do sistema financeiro nacional, objeto jurídico tutelado pela Lei nº 7492/86.” (ACR 2007.03.99.007029-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Paulo Sarno, j. 14.10.2008, DJ 10.11.2008).

“Gestão fraudulenta significa gestão de instituição financeira com fraude, dolo, ardil ou malícia, visando obter indevida vantagem, independentemente de ser para si ou para terceiro, segundo preleciona Luiz Regis Prado (...). O tipo subjetivo é composto pelo dolo direto ou eventual, isto é, pela consciência e vontade do agente de gerir

fraudulentamente a instituição financeira. Ainda, consoante o mesmo autor, o delito se consuma com a gestão fraudulenta, independentemente do resultado, sendo delito de perigo abstrato e de mera atividade. Ensina José Carlos Tórtima que ‘sendo delitos de natureza formal, a gestão fraudulenta e temerária consumam-se independentemente de qualquer resultado externo à atividade do agente. Basta que este pratique a conduta de acordo com sua configuração típica o delito estará consumado’. E ainda quanto ao tipo subjetivo: ‘é o dolo direto na hipótese do caput do artigo (gestão fraudulenta), consistente na má-fé do administrador ao impulsionar os atos fraudulentos. Nenhum elemento subjetivo do tipo é requisitado pela conduta em apreço, prevalecendo, portanto, o chamado dolo genérico’(...).” (ACR 2005.03.99.024006-6, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 08.07.2008, DJ 22.07.2008).

“(...) o delito em apreço se consuma com a gestão, fraudulenta ou temerária, independentemente de qualquer resultado (delito de perigo abstrato e de mera atividade), sendo o tipo subjetivo composto pelo dolo, direto ou eventual, isto é, pela consciência e vontade do agente de gerir fraudulenta ou temerariamente instituição financeira.” (ACR 2001.03.99.057024-3, Segunda Turma, Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 01.04.2008, DJ 18.04.2008).

“Todavia, não era necessário que a conduta dos apelantes causasse prejuízos a terceiros, até porque o delito estampado no art. 4º, caput da Lei nº 7.492/86 não reclama, para a sua configuração, a ocorrência de qualquer prejuízo para terceiros, caracterizando-se como delito formal e de perigo, não exigindo, para que se perfaça, nenhum complemento, sendo certo que a partir do advento da Lei nº 7.492/86 restou arredada a necessidade de algum resultado fenomênico, ao revés do que ocorria com o diploma que antigamente regia o tipo penal (Lei nº 1.521/51, art. 3º, IX).” (ACR 2003.03.99.006876-5, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 26.01.2009, DJ 03.03.2009).

“(...) o conjunto probatório demonstra a materialidade e autoria delitiva. É dos autos que os denunciados V. e J., ao transferirem determinado bem por um preço muito acima do valor de mercado, ensejando dívida fictícia da empresa I. para com a empresa R., praticaram o crime de gestão fraudulenta. (...) Devidamente demonstrado o dolo do acusado em fraudar a empresa concessionária, consubstanciada a gestão fraudulenta descrita no artigo 4º, ‘caput’, da Lei nº 7.492/86 (...).” (ACR 2000.61.19.018618-6, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 02.03.2010, DJ 11.03.2010).

A posição majoritária do Tribunal aproxima-se da posição predominante na doutrina, segundo a qual o crime é de perigo abstrato formal, ou seja, basta para a sua consumação a mera conduta, sem necessidade de avaliação da sua potencialidade lesiva numa perspectiva *ex ante*. Nesse sentido, Prado:

“Gestão fraudulenta significa gestão de instituição financeira com fraude, dolo, ardis ou com malícia, visando a obter indevida vantagem, independentemente de ser para si ou para terceiro (...). (...) O delito em apreço se consuma com a gestão, fraudulenta ou temerária, independentemente de qualquer resultado (delito de perigo abstrato e de mera atividade).” (PRADO, 2009, pp. 162-164).

A mesma posição, em termos sucintos, é tomada por Tórtima¹¹², Mazloun¹¹³, Baltazar Jr.¹¹⁴, Pimentel¹¹⁵ e Maia¹¹⁶.

¹¹² “Sendo delitos de natureza formal, a gestão fraudulenta e a temerária consumam-se independentemente de qualquer resultado externo à atividade do agente. Basta que este pratique a conduta de acordo com sua configuração típica e o delito estará consumado.” (TÓRTIMA, 2002, p. 37).

Digna de destaque é a posição de Gama e Gomes ao afirmarem que a redação típica da gestão fraudulenta, ao não prever a necessidade de ocorrência de resultado naturalístico e tampouco o perigo concreto, seguiu o movimento de antecipação da tutela penal para a proteção do bem jurídico supra-individual sistema financeiro por meio da figura do crime de perigo abstrato que se configura com a simples comprovação da fraude:

“O legislador quis antecipar o resultado normativo do delito a ser punido, prevenindo até mesmo a ocorrência do mero perigo (...). Não reside nisso qualquer impropriedade, afinal, como ressalta Nuvolone, muitas vezes se torna prescindível que ocorra a *espoliação* do bem, importando tão somente o perigo ao qual este bem é submetido. Como delineia o autor, trata-se de uma linha de *tutela mais avançada*, pela qual o legislador tem por escopo não o dano ao bem jurídico, mas o mero perigo. Em virtude disso, estamos diante de *crime formal e de perigo*. Não chegaremos ao ponto de abordar a controvérsia existente na doutrina, a respeito do abandono da ideia dos crimes de perigo abstrato sob o argumento de que todo perigo pressupõe uma probabilidade de lesão, pois parece-nos que a sua existência é tão-somente uma questão de nomenclatura. Parece-nos, todavia, que esse art. 4º, *caput*, melhor se identifica com os crimes de perigo abstrato, já que a simples existência da fraude, face ao bem jurídico tutelado que contempla a própria credibilidade, licitude e lisura do sistema, já deixa entrever, e até presumir, o perigo objeto da proteção, não sendo necessário constatar aquela real probabilidade de dano inerente à categoria dos crimes de perigo concreto.” (GAMA; GOMES, 1999, pp. 212-213).

As demais decisões minoritárias do Tribunal aproximam-se de posições minoritárias na doutrina.

A primeira posição sustenta ser a gestão fraudulenta crime de perigo abstrato material, cuja consumação depende da avaliação normativa da potencialidade lesiva da conduta em relação ao sistema financeiro numa perspectiva *ex ante*. Tal postura compatibiliza-se com o

¹¹³ “Para o aperfeiçoamento do delito (gestão fraudulenta ou temerária) não se exige a ocorrência de dano, bastando o perigo. Trata-se de crime formal, cuja consumação ocorre com a materialização da ação típica”. (MAZLOUM, 2007, p. 86).

¹¹⁴ “O delito é formal e de perigo, sendo desnecessária a efetiva ocorrência de dano ou outro resultado material externo à conduta do agente para sua consumação. Tanto é assim que não mais figura no tipo a elementar que exigia falência ou insolvência, presente na Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/2951, art. 3º, IX).” (BALTAZAR JR., 2010, p. 338).

¹¹⁵ “A simples comprovação da conduta incriminada, constatada materialmente, ensejará o reconhecimento do crime consumado. Os resultados de dano ou de perigo concreto pertencem à ideia do crime exaurido e não do crime simplesmente consumado. À consumação bastará o completo desenvolvimento da conduta típica.” (PIMENTEL, 1987, p. 53).

¹¹⁶ Quanto à doutrina de Rodolfo Tigre Maia, a sua obra deve ter contido erro tipográfico ao tratar especificamente da classificação do delito de gestão fraudulenta. Como se trata de obra esgotada, não tendo sido editada edição posterior, não foi feita uma errata. Na obra menciona-se que se trata de crime de “perigo concreto” que “não exige nenhum resultado fenomênico” e que se consuma “com a simples realização da ação típica”. Tais predicados, todavia, são característicos do conceito do crime de perigo abstrato, pois no crime de perigo concreto há resultado fenomênico, ou seja, a ocorrência de perigo concreto aferível numa perspectiva *ex post*. Portanto, tudo indica que o autor quis dizer que o crime é de perigo abstrato, mas, por erro tipográfico, constou tratar-se de crime de perigo concreto. Eis o trecho: “Trata-se de crime de perigo concreto e formal, consuma-se com a simples realização da ação típica, independentemente de qualquer resultado fenomênico ou da causação de efetivo prejuízo às vítimas que, por sua vez, podem ser indeterminadas.” (MAIA, 1996, p. 58). A interpretação coaduna-se com o espírito da obra e das decisões do Tribunal que mencionam o autor.

princípio da ofensividade. De fato, para essa corrente, a existência dos tipos de perigo abstrato só se legitima diante do grau relevante de ofensa ao bem jurídico. Nesse sentido, Feldens e Carrion argumentam:

“Uma primeira consideração dogmática em torno aos tipos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira diz com sua alocação na categoria dos crimes de perigo abstrato. É o *risco* de dano ao sistema financeiro nacional o fundamento do delito, requisito necessário para que a conduta adquira contornos típicos. Bem entendido que isso não implica na transformação do delito à categoria de perigo concreto. Sob a égide do princípio da *ofensividade* – consoante delineado por D’Ávila – sequer os delitos de perigo abstrato podem subsistir sem ao menos uma possibilidade não insignificante de lesão ao bem jurídico. O resultado, em hipóteses tais, consiste na criação, avaliável *ex ante*, de uma *situação de instabilidade na esfera de manifestação do bem jurídico*, ou seja, um resultado eminentemente normativo, mas, nem por isso, menos representativo de uma *concreta situação de desvalor*. O ilícito típico de perigo abstrato se satisfaz, assim, com a interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, representando, a conduta, uma *significativa possibilidade de afetação*.” (FELDENS; CARRION, 2010, pp. 182-183).

Igualmente expressivos dessa posição são os entendimentos de Breda, segundo o qual a fraude deve ser apta a induzir os sujeitos passivos a uma falsa representação da realidade e, assim, potencialmente afetar o bem jurídico tutelado¹¹⁷, e de Ruivo, para quem a conduta deve

¹¹⁷ “Se o resultado não é exigido, o crime inclui-se naquela categoria de delitos de mera atividade, em que a proibição típica reside em executar-se uma determinada ação, independentemente da produção do resultado natural. Desta maneira, por consequência, o tipo em estudo pode também ser considerado como de perigo. Como a descrição típica não faz menção à ocorrência do perigo, o crime o presume quando a gestão for fraudulenta. A punibilidade, assim, acaba antecipada a esse estágio prévio. A fraude não necessita obrigatoriamente lesionar um interesse patrimonial. O perigo de dano deve, sim, existir, mas não precisamente a um bem jurídico de titularidade individual (investidor). Volta-se ao seguinte pressuposto: o tipo procura igualmente proteger a confiança do mercado financeiro nos atos de direção da instituição financeira. A lesão decorrente é na credibilidade sistêmica, produzida pela gestão fraudulenta nos organismos vitais ao desenvolvimento seguro e equilibrado da política econômica nacional. A violação, por exemplo, pode ocorrer na fiscalização do mercado e das instituições pelas autoridades, não apenas à poupança popular. A *consumação, então, ocorre na repetição das condutas fraudulentas potencialmente ofensivas ao bem jurídico tutelado*, comprovando-se ainda o dolo, direto ou eventual. A Lei 7.492/86, como já se afirmou, desprezou, para a configuração da gestão fraudulenta, a superveniência de qualquer resultado. Exige-se, entretanto, a indução ou manutenção em erro dos sujeitos passivos. Esse é um requisito básico para a configuração do delito em sua modalidade consumada. Quando as fraudes, por circunstâncias alheias ao agente, não provocarem na vítima a falsa representação da realidade, o crime simplesmente não se consuma. Frise-se que, nesse tema, em uma interpretação analógica com o delito de estelionato, anteriormente admitida, assim como a fraude, o *artifício ou o ardil devem ser relevantes, é necessário que tenham potencialidade para provocar ou manter em erro os sujeitos passivos*”. (BREDÁ, 2002, pp. 121-122). O mesmo autor afirma idêntico posicionamento em outra parte da obra: “O crime de gestão fraudulenta, tal como tipificado na Lei 7.492, deve ser considerado como de perigo abstrato, principalmente pela inexistência de descrição do perigo a ser criado. Isso não significa inexigir-se que a conduta seja apta a produzir o perigo ao sistema financeiro, à instituição ou ao investidor. A potencialidade do perigo deve ser comprovada, não a sua ocorrência concreta. O perigo exigido, portanto, é da credibilidade das operações financeiras, primeiramente, da instituição perante os investidores e o mercado e do mercado em relação aos investidores. A ação incriminada deve ser potencialmente capaz de criar nas instituições ou nos investidores uma desconfiança da austeridade, da segurança e da credibilidade do mercado financeiro e de capitais (...). Assim, excluem-se as fraudes irrelevantes ao mercado ou insignificantes. Essa potencialidade deve ser objetivamente comprovada. (...) Cabe acrescentar, ainda, que a relevância e a potencialidade do perigo ao bem jurídico devem ser aferidas no contexto das operações fraudulentas, ou seja, analisando-se a gestão de modo global, não se exigindo que cada ação isolada seja relevante ou perigosa.” (BREDÁ, 2002, pp. 58-60).

conter uma possibilidade relevante de lesão ao bem jurídico, agindo o agente com o dolo específico de obter vantagem para si ou para outrem¹¹⁸.

Outra posição minoritária tanto entre as decisões obtidas como entre os doutrinadores é a que sustenta ser a gestão fraudulenta crime de perigo concreto, cuja consumação depende da efetiva ocorrência de perigo ao sistema financeiro como um todo. Nesse sentido, Bitencourt:

“Consuma-se o crime de gestão fraudulenta desde que a fraude se produza na captação, aplicação, intermediação e administração de recursos financeiros, que é a atividade fim de Instituição financeira, ou ainda, na custódia, emissão, distribuição ou intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. (...) Trata-se de crime próprio (...), formal (que se consuma com a simples prática de atos fraudulentos na gestão da instituição financeira, independentemente de produção de qualquer resultado lesivo); de *perigo concreto* (*deve, comprovadamente, colocar em perigo efetivo o bem jurídico protegido, decorrente da gestão fraudulenta realizada*) (...).” (g.n.) (BITENCOURT, 2010, pp. 46-47).

Neste ponto, constata-se que a maioria das decisões do Tribunal trata a gestão fraudulenta como crime de perigo abstrato formal, de modo a ampliar seu campo de incidência ao invés de adotar uma interpretação restritiva do tipo.

Quadro 28: Critério de imputação de responsabilidade: material (causalidade) ou formal (simples ações ou resultados)

Critério	Frequência	Porcentagem
Formal	26	79%
Material	7	21%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 21% dos casos¹¹⁹ o Tribunal utilizou critérios materiais para a análise da imputação de responsabilidade pelo crime de gestão fraudulenta, o que encerra juízos de

¹¹⁸ “Nesse entender, para que a fraude denote relevância penal, deve provocar ofensa de dano/violação à verdade e a transparência e, ao menos, ofensa de perigo/violação ao patrimônio. (...) A ofensa de perigo/violação deve ser compreendida como portadora de desvalor de resultado característico do perigo abstrato, o qual tem como designação a interferência desvaliosa da conduta do agente na esfera de manifestação do patrimônio, apresentando acerto material por meio da categoria ‘possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico’. (...) A título de considerações de *lege ferenda* no sentido de melhorar a determinação da positividade jurídica das condutas que político-criminalmente se pretende evitar, sugere-se a redescrição legal do crime de gestão fraudulenta a fim de introduzir na redação do tipo uma elementar subjetiva especial. A intenção de beneficiamento próprio ou de terceiro por meio da gestão fraudulenta permite distinguir com nitidez, em termos subjetivos, a finalidade de realização da fraude pelos administradores e, logo, elidir a relevância penal de singelos casos de má gestão.” (RUIVO, 2011, pp. 180-181).

causalidade natural em relação à conduta e a exposição do bem jurídico a uma lesão ou perigo de lesão. Neste conjunto, estão as decisões que consideraram a gestão fraudulenta como crime de lesão, de perigo concreto ou de perigo abstrato material. Por outro lado, em 79% das decisões, o Tribunal considerou o critério formal de simples ação ou omissão dos réus como suficientes para a análise da imputação de responsabilidade pelo crime. Neste conjunto, estão as decisões que trataram a gestão fraudulenta como crime de perigo abstrato formal.

Como visto no item 2.1.1 letra 'j' e no item 2.1.2 letra 'h' *supra*, os diferentes paradigmas de direito penal diferenciam-se quanto à natureza dos conceitos das teorias do delito que lhes são compatíveis. No direito penal tradicional, os conceitos vinculam-se a uma realidade natural ou ontológica guiada pela ideia de causalidade naturalística para se responsabilizar o agente por sua conduta, ao passo que, no direito penal do risco, os conceitos desvinculam-se de tais caracteres e tornam-se instrumentalizados para fins e funções normativos próprios (YACOBUCCI, 2005, p. 46).

Dessa forma, percebe-se que o critério de imputação de responsabilidade formal presente na maior parte das decisões do Tribunal, aproxima-se de teorias do delito compatíveis com o direito penal do risco, as quais carecem de maior elaboração no Brasil (CAMARGO, 2001, p. 14). Logo, a *law in action* do Tribunal distancia-se da doutrina brasileira nesta questão e vem ao encontro de estudos que afirmam a necessidade de elaboração de novas teorias do delito que expliquem e sejam aptas a delimitar os deveres a que estão sujeitos os destinatários da norma penal¹²⁰ (MACHADO, 2011, p. 163-165).

¹¹⁹ ACR 97.03.051199-6, ACR 1999.03.99.039158-3, ACR 96.03.084814-0, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 1999.03.99.030642-7, ACR 1999.61.81.002842-3 e ACR 2000.61.81.004391-0.

¹²⁰ Neste sentido, ao tratar dos desafios contemporâneos da dogmática penal, Marta Machado observa: "O espaço que o direito penal vai ocupar na resolução dos problemas na sociedade ainda está em disputa, e essa disputa está agora na definição do conteúdo dos deveres que se dirigem aos cidadãos sob ameaça de sanção penal. Ela parece ter mudado de lugar: seu centro não está mais na definição do catálogo de bens que o direito penal pode ou não proteger. Não se trata mais de debater sobre a legitimidade ou não da imputação em razão do conteúdo de cada bem que se adiciona ou não à lista dos merecedores de proteção penal, uma vez que as decisões de imputação passam agora a se referir mais ao conteúdo de deveres violados do que à necessidade de materializar lesões. Em um cenário em que tais lesões são incertas ou indelimitadas, trabalhar com critérios baseados em deveres parece ser um caminho plausível para tornar mais transparente o procedimento de imputação utilizado pelo sistema penal. Uma maior previsibilidade na definição das condutas imputáveis pode auxiliar a limitar a insegurança de decisões tomadas em contextos em que as relações de causalidade são incertas. A questão crucial colocada hoje à dogmática penal tradicional diz respeito ao fato de que seu arcabouço conceitual não é capaz de descrever os processos de imputação que se dão em torno da definição de deveres. Por isso, também não consegue perceber que os limites da responsabilização do indivíduo estão sendo decididos cada vez mais nesse campo. Dessa forma, ao deixar de perceber onde estão os espaços de decisão e disputa, a dogmática penal vai perdendo relevância para orientar as decisões e as discussões públicas acerca dos critérios de imputação, bem como para apontar caminhos e estratégias de intervenção para a conformação de um sistema penal que não sobrecarregue os indivíduos e não imponha limitações excessivas a seu espaço de liberdade. Em suma, a estrutura dogmática cristalizada e dominante nos países ocidentais de raiz romano-germânica em suas sucessivas versões da teoria do

3.2.4 Bem Jurídico

Quadro 29: Menção expressa ao bem jurídico supra-individual (credibilidade, higidez do sistema financeiro)

Há menção expressa ao bem jurídico supra-individual?	Frequência	Porcentagem
Sim	25	76%
Não	8	24%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 76% das apelações¹²¹ o Tribunal menciona expressamente o bem jurídico supra-individual no julgado, ressaltando a necessidade de resguardo da credibilidade e higidez do sistema financeiro nacional. Em 24%, não há menção expressa à qualidade do bem jurídico tutelado.

Podem-se citar os seguintes exemplos de menção expressa:

“Em primeiro plano, o que salta aos olhos é que a credibilidade do sistema financeiro nacional, seu funcionamento hígido e o caráter coletivo da proteção jurídica da tutela penal, erige-se como a própria objetividade jurídica do delito em tela, donde se extrai pelo caráter principiológico inscrito no art. 192 da CF (...).” (ACR 2001.03.99.032010-0, Segunda Turma, Des. Fed. Cecília Mello, j. 13.09.2005, DJ 14.12.2005).

“Os nossos Tribunais tem decidido que é desnecessária a habitualidade da conduta para a configuração do delito de gestão fraudulenta, sendo que um só ato de gestão pode revelar-se prejudicial à *credibilidade do sistema*, para fins de repressão penal. Verifica-se que, no caso concreto, houve uma situação de risco à *higidez e lisura do Sistema Financeiro Nacional*, porque os apelantes, como administradores da C. desviaram os recursos (...) para a quitação de débitos pré-existentes”. (ACR 2003.03.99.006876-5, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 26.01.2009, DJ 03.03.2009).

“A tese defensiva, no entanto, não prospera, tendo em vista que a obtenção de lucros não afasta a tipificação do delito de gestão fraudulenta, quando comprovada a existência de manobra voltada para a formação de constantes prejuízos financeiros,

delito, pensada para funcionar no ‘paradigma do homicídio individual’, é agora submetida à pressão de dar conta de fenômenos tão diversos e complexos, que ela não consegue lidar com eles sem modificar o seu padrão de funcionamento. E, para dar conta disso, uma virada teórica profunda se mostra necessária.” (MACHADO, 2011, pp. 163-165).

¹²¹ ACR 1999.03.99.088279-7, ACR 1999.03.99.110790-6, ACR 2000.03.99.068795-6, ACR 1999.03.99.082734-8, ACR 1999.03.99.039158-3, ACR 2003.03.99.025896-7, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 95.03.008286-2, ACR 1999.03.99.030642-7, ACR 1999.03.99.014678-3, ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2008.03.99.006954-8, ACR 2005.03.99.024006-6, ACR 2001.03.99.057024-3, ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2002.03.99.043670-1, ACR 2000.61.81.004391-0, ACR 2008.03.99.051025-3, ACR 2003.03.99.006876-5, ACR 2006.03.99.008600-8, ACR 2007.03.99.011870-1, ACR 2006.03.99.037298-4 e ACR 2007.03.99.003663-0.

colocando em risco a higidez do sistema financeiro nacional, objeto jurídico tutelado pela Lei nº 7492.86.” (ACR 2007.03.99.007029-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Paulo Sarno, j. 14.10.2008, DJ 10.11.2008).

“Como vimos por ocasião da apreciação da prática delitiva descrita no art. 4º da lei, o objeto jurídico da figura ou bem juridicamente tutelado pela norma é, em primeiro lugar, a higidez do sistema financeiro nacional necessária à execução da política econômica do governo. Secundariamente, protegem-se os investidores e o próprio mercado financeiro de consequências de quebras de instituições causadas pela cupidez ou irresponsabilidade de seus gestores.” (ACR 2005.03.99.024006-6, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 08.07.2008, DJ 22.07.2008).

A manifestação explícita do Tribunal acerca do caráter supra-individual e imaterial do bem jurídico é reveladora da consciência de que a avaliação dos fatos imputados aos réus se dá nesse contexto, não havendo contestação quanto à necessidade e adequação da tutela penal de bens jurídicos supra-individuais, destacada no item 2.2.1 *supra*, o mesmo sendo observado entre os doutrinadores, que sempre o ressaltam essa sua característica definidora¹²².

Quadro 30: Insolvência de instituição financeira

Insolvência de Instituição Financeira	Frequência	Porcentagem
Sim	4	12%
Não	18	55%
Não Menciona	11	33%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 55% dos casos¹²³ não houve insolvência da instituição financeira em decorrência da conduta dos réus. Em 12% dos casos¹²⁴ houve instituição financeira levada a uma situação

¹²² Nesse sentido, cite-se Prado acerca do bem jurídico da Lei 7.492/1986: “Em termos gerais, o bem jurídico tutelado nesse diploma é fundamentalmente, o sistema financeiro nacional consistente no conjunto de instituições (monetárias, bancárias e sociedades por ações) e do mercado financeiro (de capitais e valores mobiliários). (...) Trata-se de bem jurídico de natureza macrossocial ou transindividual, de cunho institucional ou coletivo, salvo exceções.” (PRADO, 2009, p. 152). E, especificamente, sobre o art. 4º: “Tutela-se a higidez das instituições financeiras e das atividades daí decorrentes, com a consequente proteção do patrimônio da instituição financeira e dos investidores (delito pluriofensivo)”. (PRADO, 2009, p. 160). Igualmente Tórtima: “Mais uma vez figura em primeiro plano, como bem jurídico a ser tutelado pela norma, a estabilidade e a higidez do Sistema Financeiro Nacional, indispensável à eficiente execução da política econômica do governo. Secundariamente, protegem-se, através de severa ameaça penal, os investidores e o próprio mercado financeiro das funestas consequências de possíveis quebras de instituições, causadas pela cupidez ou irresponsabilidade de seus gestores.” (TÓRTIMA, 2002, p. 30). E, Baltazar Jr., para quem o bem jurídico tutelado é “o funcionamento do SFN (...), no particular aspecto da credibilidade pública.” (BALTAZAR JR., 2010, p. 331).

¹²³ ACR 97.03.051199-6, ACR 1999.03.99.088279-7, ACR 1999.03.99.110790-6, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 1999.03.99.030642-7, ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2000.61.81.005906-0, ACR 2005.03.99.024006-6, ACR 2000.61.81.004391-0, ACR 2003.03.99.006876-5, ACR 2006.03.99.043971-9, ACR 2006.03.99.008600-8, ACR 2006.03.99.037298-4, ACR 2000.61.19.018618-6 e ACR 2007.03.99.003663-0.

de insolvência. Em 33%, não há menção ao estado de solvência da instituição financeira diante da conduta dos réus.

Como exemplos de casos minoritários nos quais a instituição foi levada a uma situação de insolvência em razão da conduta dos réus, citem-se os seguintes:

“Nesse sentido, confira-se o parecer da Procuradoria Regional da República: ‘(...) Em suma, portanto, a fraude praticada na gestão da instituição financeira relaciona-se à extrapolação do limite operacional e à indevida contabilização de operações na modalidade CCR, não sendo meros atos operacionais, mas uma atuação global para além dos limites regulamentares, operações estas que, inclusive, foram suficientes para acarretar a falência da instituição financeira e significativos prejuízos ao BACEN, na ordem de US\$48.998.094,06, comprometendo o sistema financeiro nacional. (...)’.” (ACR 2008.03.99.051025-3, Quinta Turma, Des. Fed. André Nekatschalow, j. 01.06.2009, DJ 23.06.2009).

“Evidentemente os ruinosos resultados da administração dos recursos do A. pelo Banco G. não podem ser atribuídos à insolvência deste último, que foi criado exatamente quando desencadeada a trama fraudulenta através dos procedimentos de dissimulação da verdadeira condição dos acusados F. e A. e diante do quadro geral das ilicitudes outra não pode ser a conclusão que não a de motivação de ilícito locupletamento na gênese dos fatos delituosos, despido de interesse não sendo anotar que, ainda que tivessem os delitos sido praticados a fim de se evitar uma quebra iminente ou com o objetivo de se tirar as empresas do grupo de uma situação de insolvência já instalada, o que os autos absolutamente não permitem concluir, convém sempre ressaltar, isto não retiraria o caráter de ilicitude das condutas nem suprimiria a culpabilidade dos agentes, pois na suposta situação seria exigível o sacrifício dos interesses do Banco.” (ACR 1999.03.99.039158-3, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 22.04.2002, DJ 30.04.2002).

“Invocando uma ausência de liquidez decorrente da crise asiática, o acusado suspendeu os pagamentos de resgates, sob a alegação de que havia sofrido perdas significativas na Bolsa de Valores em razão da desvalorização das ações. Nesse momento ficou evidenciada a atitude dissimulatória e o emprego de manobras fraudatórias pelo acusado, visando a demover seus clientes do resgate das aplicações que mantinham em sua empresa. Tentando iludir os clientes de que a crise era passageira e em pouco tempo tudo voltaria ao normal, R. alternava nos argumentos para justificar a suspensão dos resgates. Os clientes que acorriam a seu escritório eram por ele atendidos e aconselhados e permanecerem com suas aplicações, alegando que a crise era momentânea e que em poucos meses tudo estaria resolvido. Aos que insistiam nos resgates, R. emitia cheques que foram todos devolvidos por falta de fundos, ou prometia o pagamento em títulos que nunca chegou a se concretizar. Quando não, R. dizia que os papéis estavam bloqueados na Bovespa por problemas ocorridos na corretora com a qual operava no mercado de capitais e que dependia do Banco Central para resgatá-los, ou ainda que estava em vias de obter um empréstimo no BNDES para sanear a empresa. (...) No entanto, concomitantemente ao envio das cartas otimistas aos clientes, o réu ingressava com pedido de autofalência da A. perante a Justiça Estadual, sendo que (...) o Juízo de Direito da 17ª Vara Cível da Capital decretou a quebra de todas as empresas pertencentes às Organizações A. (...). O Juízo Falimentar desconsiderou a personalidade jurídica da sociedade para o alcance dos bens pessoais do sócio gerente, estendendo os efeitos da quebra à pessoa dos sócios, seguindo-se com a arrecadação dos bens da falida de a lacração do estabelecimento.” (ACR 1999.03.99.036879-2, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 13.10.2009, DJ 23.10.2009).

¹²⁴ ACR 1999.03.99.039158-3, ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2008.03.99.051025-3 e ACR 2007.03.99.011870-1.

“A perícia técnica realizada pelo SECRIM (fls.), constatou, em apertada síntese, que a N., gerida pelo réu, não obstante ser fiscalizada e autorizada pelo Banco Central, agia em desacordo com as normas do mercado financeiro pois empregava o sistema de ‘caixa-único’. Ou seja, não individualizava o saldo de cada grupo de consórcio que administrava, causando distorções financeiras em época de inflação elevada, pois os empréstimos entre os grupos não eram remunerados, além de não haver cobrança de reajuste de caixa. Constatou, outrossim, que na data da liquidação extrajudicial a empresa mantinha um elevado passivo a descoberto, motivo pelo qual foi requerida sua falência pelo liquidante.” (ACR 2007.03.99.011870-1, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 04.05.2010, DJ 20.05.2010).

Verifica-se, dessa forma, que na maioria dos casos a instituição financeira não foi levada a uma situação de insolvência em razão da gestão fraudulenta, que se coaduna, aliás, com a maioria dos critérios de configuração típica observados, que não a consideram relevante (item 3.2.3 *supra*).

Quadro 31: Liquidação extrajudicial de instituição financeira pelo Banco Central ou decretação de falência

Prejuízo	Frequência	Porcentagem
Sim	11	33%
Não	13	40%
Não menciona	9	27%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 33% dos casos¹²⁵ o Tribunal afirma ter havido liquidação extrajudicial de instituição financeira pelo Banco Central ou decretação de falência relacionada à conduta dos réus. Em 40% dos casos¹²⁶ não houve liquidação ou decretação de falência de instituição. Em 27%, não há menção a esse assunto.

Neste ponto, é possível verificar que na maioria dos casos não houve liquidação extrajudicial ou decretação de falência relacionada à gestão ou o Tribunal não menciona a questão, de modo que as instituições financeiras, na maior parte dos casos, não tiveram suas atividades encerradas em decorrência da gestão fraudulenta.

¹²⁵ ACR 2000.03.99.068795-6, ACR 1999.03.99.039158-3, ACR 2003.03.99.025896-7, ACR 96.03.084814-0, ACR 1999.03.99.014678-3, ACR 2004.03.99.037967-2, ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2008.03.99.051025-3, ACR 2007.03.99.011870-1, ACR 2006.03.99.037298-4 e ACR 2007.03.99.003663-0.

¹²⁶ ACR 97.03.051199-6, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 1999.03.99.030642-7, ACR 1999.61.81.002842-3, ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2000.61.81.005906-0, ACR 2001.03.99.057024-3, ACR 2002.03.99.043670-1, ACR 2000.61.81.004391-0, ACR 2003.03.99.006876-5, ACR 2006.03.99.043971-9 e ACR 2006.03.99.008600-8.

Todavia, o percentual de um terço dos casos nos quais houve liquidações extrajudiciais ou decretação de falência é revelador do significativo potencial lesivo das condutas de gestão fraudulenta, que, nesses casos, levou à extinção de algumas instituições financeiras, independentemente da qualificação jurídica acerca do requisito formal ou material para a configuração do crime (item 3.2.3 *supra*).

Quadro 32: Afirmação ou negação de possível risco ou ocorrência de crise sistêmica

Crise Sistêmica	Frequência	Porcentagem
Sim	3	9%
Não	0	0%
Alusão de forma implícita da não ocorrência	2	6%
Não Menciona	28	85%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 85% dos casos não há menção expressa a risco ou efetiva ocorrência de crise sistêmica. Em 9% das decisões¹²⁷ o Tribunal afirma ter havido risco de crise sistêmica diante da conduta dos réus e, em 6% dos casos¹²⁸, o Tribunal nega essa possibilidade de forma implícita. Em nenhuma decisão o Tribunal afirma expressamente não ter ocorrido crise sistêmica.

Os casos minoritários nos quais o Tribunal afirmou explicitamente o risco de crise sistêmica são os seguintes:

“Todavia, atento-me, primeiramente, ao fato do vultoso prejuízo causado (fl., apenso), que ocasionou extrema instabilidade no mercado de capitais e de ações, não somente às instituições financeiras envolvidas. Em adição, considero especialmente relevantes as circunstâncias em que o delito fora perpetrado. Cuidava-se de corretora pertencente a uma entidade estatal (...), na qual os dirigentes exerciam cargos nomeados indiretamente pelo chefe de Governo Estadual, que recebeu imediatamente do povo a outorga para o comando da vida política e social do Estado. Sob esta linha de raciocínio, impende ponderar que quando da gestão fraudulenta de uma instituição financeira, de maneira reflexa, toda a sociedade é vulnerada com as complicações advindas com o abalo do sistema. No entanto, em se tratando de maneira particular de gestão fraudulenta de entidade estatal, considero tal circunstância ainda mais vulnerante, haja vista que seus diretores, gestores e demais funcionários são pagos com subsídio dos cofres públicos.” (ACR 2001.03.99.032010-0, Segunda Turma, Des. Fed. Cecilia Mello, j. 13.09.2005, DJ 14.12.2005).

¹²⁷ ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 2001.03.99.057024-3 e ACR 2002.03.99.043670-1.

¹²⁸ ACR 1999.03.99.110790-6 e ACR 2000.61.81.004391-0.

“A esse respeito, vale ressaltar o observado pelo ente acusador de que a operação de compra de ações de baixa liquidez e superfaturada, além de não atender às normas da Corretora, trazendo a esta risco de quebra e de desestruturação do próprio mercado financeiro, ocorreram em período altamente inflacionário, não identificando aquele resultado a eventual absorção dos índices de inflação então incidentes.” (ACR 2001.03.99.057024-3, Segunda Turma, Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 01.04.2008, DJ 18.04.2008).

“As provas colhidas não deixam dúvida acerca da gestão fraudulenta. O teor da documentação juntada foi confirmado pela prova testemunhal, valendo a transcrição do seguinte trecho da sentença (f.), em que a MM. Juíza retrata com precisão os fatos apurados: ‘1. o movimento financeiro gerado pelas operações era bastante grande em relação ao porte da corretora; 2. o conjunto delas, embora indicasse quantidade grande de movimentação de recursos, implicava, praticamente, num ‘empate’ das quantidades de dinheiro que entravam e saíam, permitindo visualizar o trânsito de recursos entre as empresas que estavam nas pontas das operações intermediadas pela corretora; 3. o banco (...), controlador da corretora, logo após os fatos, demitiu os réus, fechou a corretora e abriu outra; 4. a prova testemunhal demonstra que o ocorrido na S. só não causou prejuízo concreto ao sistema financeiro nacional porque os fatos foram abafados. De qualquer forma, restou evidenciado o perigo de dano apto a caracterizar o crime; (...)’” (ACR 2002.03.99.043670-1, Segunda Turma, Juiz Conv. João Consolim, j. 24.11.2009, DJ 10.12.2009).

Foram dois os casos minoritários nos quais a crise sistêmica foi negada de forma implícita. No primeiro caso, negou-se a necessidade de risco de crise sistêmica para a configuração do tipo, e, no segundo, negou-se a sua não ocorrência no caso concreto:

“Por fim, no que tange à alegada insignificância do prejuízo causado à I., há que se relembrar que este princípio somente possibilita a exclusão da esfera da tipicidade, condutas que, pela insuficiência de sua lesividade, não chegam a atingir o bem jurídico tutelado, resultando, por conseguinte, atípicas as condutas imputadas. Estabelece que para que uma conduta seja considerada típica não basta apenas a sua adequação formal aos elementos descritos abstratamente na norma, fazendo-se necessário que a lesividade da atuação seja de tal monta que haja substancial ofensa ao bem jurídico tutelado. Entretanto, este não é o caso do crime imputado aos acusados, já que o tipo previsto no artigo 4º, caput, da Lei nº 7.492/86 é de perigo abstrato, não exigindo que da conduta decorra prejuízo à instituição financeira, uma vez que o dano não constitui sua elementar. A despeito disso, como bem ponderou o Ministério Público Federal em suas contra-razões (fls.), diferentemente da tese sustentada pela defesa, o prejuízo não seria de R\$ 171,40 (fls.), mas sim, em torno de US\$ 28.000,00, dada a necessidade de adequação dos valores a uma moeda estável, sob pena de grave perda de seu valor de mercado, diante do quadro inflacionário vigente no país, à data dos fatos (...)” (ACR 1999.03.99.110790-6, Quinta Turma, Juiz Conv. Fausto De Sanctis, j. 03.09.2002, DJ 24.06.2003).

“É incontroverso que a mera lesão patrimonial, quer à instituição financeira, quer aos investidores, não configura crime contra o sistema financeiro, o qual exige o abalo à credibilidade financeira nacional, produzindo, ao menos, a real ameaça da perda de investimentos e, com isso, da diminuição da produção da riqueza no País. Logo, não restou configurado crime contra o sistema financeiro nacional, por não haver qualquer perigo no que diz respeito ao atingimento desse bem jurídico tutelado.” (ACR 2000.61.81.004391-0, Segunda Turma, Des. Fed. Cotrim Guimarães (vencido)/ Rel. p/ ac. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 23.06.2009, DJ 23.07.2009).

Vê-se que na maioria das apelações não há menção acerca de possível risco ou ocorrência de crise sistêmica provocada pela prática da gestão fraudulenta, e, nos poucos

casos em que a matéria é apreciada, não é feita uma análise mais detalhada sobre a matéria. Pode-se atribuir isso à predominância do entendimento de que o crime é de perigo abstrato formal, como visto no item 3.2.3 *supra*.

As manifestações do Tribunal afastam-se da doutrina que considera a análise detida sobre a crise sistêmica como imprescindível à análise dos crimes financeiros. Adel El Tasse entende que os crimes da Lei 7.492/1986 apenas se configuram se demonstrada uma lesão ou perigo concreto ao sistema financeiro como um todo, ou seja, se houver possível ou efetiva ocorrência de crise sistêmica com “real ameaça da perda de investimentos” e “diminuição da riqueza do país”, não sendo suficiente a mera lesão patrimonial de instituições ou investidores¹²⁹. Feldens e Carrion, por sua vez, entendem que a crise sistêmica é o horizonte de compreensão dos crimes de gestão fraudulenta e temerária, aduzindo que na análise da conduta típica é preciso considerar a relevância econômica da instituição, o seu grau de conectividade com o sistema e o potencial lesivo da fraude praticada¹³⁰. Ou seja, extrai-se desses entendimentos que o juiz possui um ônus argumentativo de analisar aspectos de uma possível crise sistêmica em relação aos crimes financeiros, o que não ocorreu na maioria das decisões do Tribunal.

Destarte, o Tribunal afasta-se de entendimentos doutrinários que consideram a análise aprofundada da possível ocorrência de crise sistêmica como imprescindível para a caracterização dos crimes financeiros em geral e dos crimes do art. 4º em particular, numa interpretação que amplia a incidência dos tipos.

¹²⁹ “O bem jurídico que dá margem a que se fale em tipificação, na forma da Lei 7.492/86, é o Sistema Financeiro Nacional e não o patrimônio da instituição ou de investidores que, é bem verdade, podem estes ser reflexamente atingidos, sem que, com isso, fale-se em delito contra o Sistema Financeiro Nacional, pois só o ataque ao bem jurídico efetivo de tutela é que preenche as exigências tipológicas. A análise, portanto, deve ser a do entendimento do sistema financeiro, na medida em que só a lesão a este ou risco efetivo de sua lesão caracteriza qualquer das hipóteses incriminadas pela Lei 7.492/86. (...) Assim, a tipificação de qualquer conduta que se afirme protetiva do Sistema Financeiro Nacional deve, necessariamente, observar que o agir do sujeito tenha ido além da mera lesão patrimonial, quer à instituição financeira, quer aos investidores, e tenha efetivamente colocado em ataque a credibilidade financeira nacional, produzindo, ao menos, a real ameaça da perda de investimentos e, com isso, da diminuição da produção da riqueza do país.” (TASSE, 2007, pp. 339-340).

¹³⁰ “Precisamente, em relação aos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, é a possibilidade concreta de geração do risco sistêmico o critério determinante à verificação de lesão ao bem jurídico e, por conseguinte, à constatação de um juízo positivo de tipicidade no âmbito do art. 4º da Lei 7.492/1986. Assim, e em resumo, podemos concluir que cada instituição financeira típica, regular (autorizada a operar) e investida de relevância econômico-financeira é um ambiente de manifestação do bem jurídico. Colocada a questão em termos tais, esclareça-se: o tipo não reclama uma lesão (ofensa) ao sistema financeiro nacional em sua inteireza estrutural; porém, tampouco se contenta com ilicitudes gerenciais praticada em instituições que, em face de sua baixa limitação operacional, ausência de conectividade ao sistema financeiro ou inexpressividade econômica, não teriam aptidão a gerar uma significativa possibilidade de afetação do bem jurídico.” (FELDENS; CARRION, 2010, p. 188).

Quadro 33: Menção de ocorrência de prejuízo efetivo para a instituição financeira, para particulares, para o Estado ou a exposição da instituição financeira a risco inaceitável

Prejuízo	Frequência	Porcentagem
Sim	27	82%
Não	6	18%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 82% dos casos¹³¹ o Tribunal menciona a ocorrência de prejuízo efetivo para a instituição financeira, para particulares, para o Estado ou a exposição da instituição financeira a risco inaceitável. Em 18%, o Tribunal não menciona a questão.

Ou seja, na maioria das apelações a ocorrência de prejuízo efetivo ao patrimônio da instituição, investidores ou Estado ou a exposição da instituição a risco inaceitável por meio de operações fraudulentas são indicativos de que houve certo grau de lesividade significativa decorrente da conduta dos réus no conjunto das situações fáticas discutidas nas apelações.

A ocorrência efetiva de algum prejuízo ou risco indicativo da lesividade da conduta foi apontado por Ruivo: “para que a fraude denote relevância penal, deve provocar ofensa de dano/violação à verdade e a transparência e, ao menos, ofensa de perigo/violação ao patrimônio.” (RUIVO, 2011, pp. 180-181).

Podem ser mencionados os seguintes exemplos:

“Confira-se a conclusão da representante do *parquet* federal, na peça inaugural: ‘É certo, enfim, que todos os ora denunciados, na condição de diretores do B, aos quais cumpria gerir os negócios da instituição, sem dolo ou malícia, e velar pela fiel aplicação dos recursos, agiram em concurso, segundo a competência que lhes era própria, de modo a facilitar o trânsito e o deferimento das operações, desprezando as mínimas garantias de segurança e liquidez ditadas pela boa técnica bancária e exigidas para tão vultosas operações, causando por obra desse concerto de atos açodados, levianos e temerários, consideráveis prejuízos à instituição ora sob regime de administração especial temerária, e, por consequência, ao Sistema Financeiro Nacional.’ (ACR 2006.03.99.008600-8, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 18.05.2010, DJ 07.06.2010).

“Em outro plano, afirma o acusado que as operações *day trade* efetuadas pelos diretores da A. não ocorreram cotidianamente e que a empresa não sofreu apenas prejuízos, mas também obteve lucros. Aduz, também, que a fiscalização procedida

¹³¹ ACR 1999.03.99.088279-7, ACR 1999.03.99.110790-6, ACR 2000.03.99.068795-6, ACR 1999.03.99.082734-8, ACR 1999.03.99.039158-3, ACR 2003.03.99.025896-7, ACR 96.03.084814-0, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 95.03.008286-2, ACR 1999.03.99.030642-7, ACR 1999.03.99.014678-3, ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2004.03.99.037967-2, ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2000.61.81.005906-0, ACR 2008.03.99.006954-8, ACR 2005.03.99.024006-6, ACR 2001.03.99.057024-3, ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2002.03.99.043670-1, ACR 2000.61.81.008320-7, ACR 2008.03.99.051025-3, ACR 2003.03.99.006876-5, ACR 2006.03.99.043971-9, ACR 2006.03.99.008600-8, ACR 2007.03.99.011870-1 e ACR 2007.03.99.003663-0.

pelo Banco Central do Brasil não apontou o montante do prejuízo ocasionado pela suposta redução da base tributária decorrente das operações lesivas. A tese defensiva, no entanto, não prospera, tendo em vista que a obtenção de lucros não afasta a tipificação do delito de gestão fraudulenta, quando comprovada a existência de manobra voltada para a formação de constantes prejuízos financeiros, colocando em risco a higidez do sistema financeiro nacional, objeto jurídico tutelado pela Lei nº 7492.86.” (ACR 2007.03.99.007029-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Paulo Sarno, j. 14.10.2008, DJ 10.11.2008).

“Segundo restou apurado nos autos, os réus causaram vultoso prejuízo a vários consumidores incautos, como sócios administradores da empresa V.. (...) Segundo se constatou, aproximadamente duas mil pessoas aderiram ao programa de financiamento por eles divulgado. Todavia, nenhum bem chegou a ser entregue aos compradores, tendo os réus se locupletado dos valores por eles pagos.” (ACR 1999.03.99.082734-8, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 04.06.2002, DJ 02.07.2002).

Como a maioria das decisões mencionou a ocorrência de algum prejuízo decorrente da conduta, e, igualmente, a maioria delas valeu-se de critérios formais de imputação de responsabilidade e considerou o crime como de perigo abstrato formal, torna-se necessário correlacionar os dados, no quadro abaixo.

Quadro 34: Menção de ocorrência de prejuízo efetivo para a instituição financeira, para particulares, para o Estado ou a exposição da instituição financeira a risco inaceitável e correlação com o critério de imputação de responsabilidade (formal ou material)

Correlação	Frequência	Porcentagem
Material e menção a prejuízo	4	12%
Material e ausência de menção a prejuízo	3	9%
Formal e menção a prejuízo	23	70%
Formal e ausência de menção a prejuízo	3	9%
Total	33	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Correlacionado a menção ao prejuízo com o critério de imputação de responsabilidade utilizado pelo Tribunal para avaliar a responsabilidade dos agentes, verifica-se que em 12% dos casos foi utilizado o critério material e mencionou-se a ocorrência de prejuízo¹³²; em 9%, utilizou-se o critério material sem menção ao prejuízo¹³³; em 70%, aplicou-se o critério

¹³² ACR 1999.03.99.039158-3, ACR 96.03.084814-0, ACR 2001.03.99.032010-0 e ACR 1999.03.99.030642-7.

¹³³ ACR 97.03.051199-6, ACR 1999.61.81.002842-3 e ACR 2000.61.81.004391-0.

formal, com menção ao prejuízo¹³⁴; e em, 9%, empregou-se o critério formal sem menção à ocorrência de prejuízo¹³⁵.

Observa-se que na maioria dos acórdãos, apesar de ter utilizado o critério formal de imputação de responsabilidade do agente, e considerar o crime de gestão fraudulenta como de perigo abstrato formal, o Tribunal fez menção expressa à ocorrência de prejuízo, revelando que na maioria das situações concretas houve certo grau de lesividade decorrente da conduta dos réus (perigo abstrato aferível *ex ante*, alguma lesão ou perigo concreto). Independentemente da discussão sobre os critérios formais ou materiais para a caracterização do crime, ou da consideração de eventual risco de crise sistêmica, percebe-se que a maioria das condutas não é completamente irrelevante do ponto de vista da lesividade. A correlação desses dois dados será feita juntamente com as penas efetivamente aplicadas nos casos de condenação no item 3.3 *infra*.

Para concluir a questão do bem jurídico, pode-se afirmar que, o Tribunal ressalta a tutela do bem jurídico supra-individual, e, apesar de mencionar a ocorrência de prejuízo e de potencialidade lesiva da conduta na maioria dos casos, não os considera na qualificação jurídica da conduta. Logo, o Tribunal enfatiza o aspecto imaterial do bem jurídico (credibilidade, confiança do SFN) e desconsidera certos aspectos de concretude relacionados ao bem jurídico (como o patrimônio da instituição e de investidores).

¹³⁴ ACR 1999.03.99.088279-7, ACR 1999.03.99.110790-6, ACR 2000.03.99.068795-6, ACR 1999.03.99.082734-8, ACR 2003.03.99.025896-7, ACR 95.03.008286-2, ACR 1999.03.99.014678-3, ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2004.03.99.037967-2, ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2000.61.81.005906-0, ACR 2008.03.99.006954-8, ACR 2005.03.99.024006-6, ACR 2001.03.99.057024-3, ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2002.03.99.043670-1, ACR 2000.61.81.008320-7, ACR 2008.03.99.051025-3, ACR 2003.03.99.006876-5, ACR 2006.03.99.043971-9, ACR 2006.03.99.008600-8, ACR 2007.03.99.011870-1 e ACR 2007.03.99.003663-0.

¹³⁵ ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2006.03.99.037298-4 e ACR 2000.61.19.018618-6.

3.2.5 Penas Aplicadas

Quadro 35: Menção explícita de finalidade da pena em caso de condenação

Finalidades mencionadas no acórdão	Frequência	Porcentagem
Retribuição, Prevenção Especial Positiva, Prevenção Especial Negativa, Prevenção Geral Positiva, Prevenção Geral Negativa	5	19%
Prevenção Especial Negativa	1	4%
Prevenção Especial Negativa e Prevenção Especial Positiva	1	4%
Não Menciona	19	73%
Total	26	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 19% das apelações¹³⁶ em que o Tribunal condenou os réus, ao proceder à dosimetria da pena, invocaram-se expressamente as finalidades de retribuição e prevenção de forma ampla, abrangendo todas as finalidades da pena¹³⁷. Em 4% das condenações¹³⁸, o Tribunal menciona expressamente apenas o fim de prevenção especial negativa. Também em 4% das decisões¹³⁹, o Tribunal menciona expressamente os fins de prevenção especial positiva e de prevenção especial negativa. Em 73%, o Tribunal não faz menção expressa a nenhum fim da pena.

Observa-se um descompasso entre o fato de todas as decisões conterem análise da tipicidade da gestão fraudulenta, enquanto somente um quarto delas menciona expressamente a finalidade da pena aplicada. Ou seja, esse quadro reflete, em alguma medida, o desequilíbrio histórico entre a preponderância de obras doutrinárias que enfatizam a teoria do delito, e a escassez de obras que ressaltam a teoria da pena, induzindo os juristas a darem menos

¹³⁶ ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 2008.03.99.006954-8, ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2000.61.81.008320-7 e ACR 2007.03.99.003663-0.

¹³⁷ Por prevenção geral negativa entende-se a finalidade de intimidação e exemplaridade da pena para dissuadir a prática de novos crimes; prevenção geral positiva é a estabilização das normas sociais consistente no reforço comunicativo da norma penal na consciência coletiva de modo a gerar solidariedade social em decorrência da punição do réu; a prevenção especial negativa é o isolamento e/ou vigilância do réu pelo Estado de modo a impedir a sua reincidência; a prevenção especial positiva diz respeito à reintegração social do agente, preparando-o para a convivência pacífica em sociedade; a retribuição é a compensação equivalente pelo mal praticado pelo agente (cf. GÜNTHER, 2009(b), pp. 53-73; SHECAIRA; CORRÊA JR., 2002, pp. 124-140).

¹³⁸ ACR 1999.03.99.039158-3.

¹³⁹ ACR 2003.03.99.025896-7.

importância ao ônus argumentativo sobre a finalidade buscada pela aplicação da pena. O fenômeno foi constatado, dentre outros, por Alberto Silva Franco:

“Crime e pena, enquanto construções conceituais, não tiveram, durante largo tempo, tratamento equilibrado. Dava-se, sempre, um relevo especial à doutrina do crime e se colocava a pena, como uma de suas consequências jurídicas – por certo, a mais relevante –, numa posição acessória, puramente instrumental.” (FRANCO, 2002, p. 9).

Nos casos minoritários nos quais as finalidades da pena foram explicitadas, percebe-se a necessidade de o Tribunal justificar maior exacerbação da pena a ser imposta em razão da gravidade da conduta do agente. Trata-se de casos em que o prejuízo causado pelos réus foi significativo.

O caso minoritário que enfatizou a prevenção especial positiva, na necessidade de reeducação dos réus para que não cometessem mais crimes financeiros foi o seguinte:

“Nos termos do artigo 111 da LEP e artigo 33, § 2º, letra ‘a’, do Código Penal, os co-réus P., C. e C. deverão cumprir, inicialmente, a pena reclusiva no regime fechado. A soma de suas penas supera 08 (oito) anos. Ademais, as consequências dos crimes que praticaram são relevantes e recomendam a *reeducação rigorosa*, pois atuaram contra a arrecadação tributária, o Sistema Financeiro Nacional e as instituições financeiras envolvidas. A maneira de execução dos crimes e os prejuízos causados evidenciam que os acusados têm personalidade e cabedal de conhecimentos voltados ao cometimento de delitos financeiros e são insensíveis à fragilidade do mercado em que atuavam.” (g.n.) (ACR 2003.03.99.025896-7, Quinta Turma, Des. Fed. André Nabarrete, j. 16.08.2004, DJ 27.08.2004).

O acórdão minoritário que enfatizou a necessidade de prevenção especial negativa, com a imprescindibilidade do isolamento do réu para a proteção da sociedade foi o seguinte:

“O acusado F. deve iniciar o cumprimento da pena no regime fechado fixado na sentença, pela quantidade de pena, critério suficiente na questão, todavia convindo frisar que também os critérios do artigo 33, § 3º do Código Penal recomendam a adoção do regime inicial fechado, porquanto, *sobretudo pela determinação para o cometimento dos delitos e modos de execução expõe-se a personalidade de agente que revela capacidade para delinquir no ramo da criminalidade financeira, de modo ao regime mais brando não se mostrar adequado no aspecto da prevenção especial*, cabendo ressaltar que a falta, na sentença, de reconhecimento explícito da circunstância não impede esta apreciação, pois motivação não gera preclusão, de qualquer modo já pela quantidade da pena não se podendo cogitar de modificação do regime fixado na decisão recorrida.” (g.n.) (ACR 1999.03.99.039158-3, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 22.04.2002, DJ 30.04.2002).

Nos demais casos minoritários, todas as finalidades da pena foram invocadas explicitamente de forma genérica para justificar uma pena exacerbada:

“Por último, pondero, igualmente, que neste delito, de maneira particular, ao preceito secundário foi concedido um elastério tal que a pena inicia-se nos três anos atingindo 12 anos reclusão. Ora, resta evidente que intencionou o legislador pátrio conferir flexibilidade ao julgador, para que proceda escorreitamente ante às singularidades pragmáticas do caso em juízo, pautado sob o manto da legalidade e atendendo aos reclamos da tríade função da aplicação da pena: reprovação,

reeducação e prevenção.” (ACR 2001.03.99.032010-0, Segunda Turma, Des. Fed. Cecilia Mello, j. 13.09.2005, DJ 14.12.2005).

“Dou por ausentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade, sobretudo da análise dos elementos contidos no inc. III do referido artigo, de modo que a culpabilidade, os motivos e consequências do crime não indicam a suficiência da substituição e, a contraponto, assume relevância a eficácia da punição como medida necessária à prevenção e repressão de crime e adequada resposta penal à conduta perpetrada.” (g.n.) (ACR 2008.03.99.006954-8, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 06.05.2008, DJ 25.08.2008).

“Os apelantes insurgem-se contra a prestação pecuniária imposta em substituição à pena privativa de liberdade no valor de 50 (cinquenta) salários-mínimos, pleiteando sua fixação no mínimo legal. Sem razão os recorrentes. O montante fixado é compatível com a situação financeira dos apelantes, empresários bem sucedidos do ramo de consórcio de veículos; proprietários também de outras empresas ligadas à venda de automóveis; o consórcio alvo de gestão fraudulenta possuía à época dos fatos capital social superior a sete milhões de reais; e a conduta infracional gerou desvio da ordem de mais de cinco milhões de reais, entre os anos de 1995 e 1998. *Dessa forma, a quantia fixada atende ao princípio da individualização da pena, sendo adequada para a repressão e prevenção do delito discutido nos autos.* Igualmente, por equivalência ao acima exposto, incompatível se tona a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.” (ACR 2000.61.81.008320-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Márcio Mesquita, j. 13.10.2009, DJ 21.10.2009).

“Mister lembrar que *os crimes perpetrados devem ter justa prevenção e repressão dadas pela pena imposta*, de forma que a substituição operada na sentença, mostrando-se praticamente inócua, em face da gravidade dos fatos e da magnitude do prejuízo sofrido por diversas vítimas que aderiram aos consórcios, da ofensa à objetividade jurídica das normas garantidoras da higidez do sistema financeiro nacional, bem como à luz das circunstâncias objetivas em relação aos réus examinadas por força do art. 59 do Código Penal, impõem a não substituição da pena, conforme salientado pelo Ministério Público Federal.” (ACR 2007.03.99.003663-0, Quinta Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 11.01.2010, DJ 01.02.2010).

Destaca-se a fundamentação da ACR 1999.03.99.036879-2 na qual o réu foi condenado a 10 de anos de reclusão “para a adequada reprovação e prevenção” do crime de gestão fraudulenta, ocorrida em corretora de valores irregular, causando um prejuízo de R\$ 21 milhões a investidores que acreditavam na regularidade da instituição:

“Nos motivos, circunstâncias e consequências do crime, é evidente a alta lesividade da conduta do réu ao bem jurídico tutelado pela norma, fraudando não apenas os investidores, a quem causou prejuízo astronômico, mas o Sistema Financeiro Nacional como um todo. A conduta delituosa imputada ao acusado R. importou a prática reiterada de um complexo de atos tipificadores da gestão ilícita de instituição financeira, cuja magnitude e nocividade foram reveladores do grau elevadíssimo de sua culpabilidade. A conduta do acusado atingiu gravemente a objetividade jurídica tutelada no tipo penal da gestão fraudulenta, em razão do severo comprometimento da credibilidade e segurança do Sistema Financeiro Nacional, pois a aparência de regularidade do embuste por ele criado se deveu ao fato do réu sempre afirmar aos investidores a conformidade das suas atividades financeiras aos regulamentos expedidos pelos órgãos de fiscalização integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Ademais, a astúcia do réu foi comprovada pelo requinte e proficiência com que dissimulou a ilicitude de sua atividade financeira, para o que se utilizou da credibilidade e solidez de grandes empresas com ações negociadas na Bolsa de Valores para ludibriar seus investidores, fazendo-os acreditar que estavam,

indiretamente, investindo em tais empresas. As consequências danosas do delito à credibilidade e confiança do Sistema Financeiro e das instituições que o integram puderam ser percebidas na ampla repercussão do crime nos meios de comunicação, como dão conta os diversos recortes de jornais constantes dos autos, em razão da magnitude da fraude e do grande número de investidores lesados, a ponto de levar o Juízo Falimentar a requisitar reforço policial para garantir a segurança do Fórum João Mendes Júnior na data da audiência de oitiva do acusado, diante da comoção à ordem pública causada pelo crime. A magnitude da lesão é dimensionada não só pelas cifras milionárias dos investimentos captados de forma fraudulenta, levando os investidores à ruína patrimonial pela perda das economias muitas vezes angariadas ao longo de uma vida, mas também por impor-lhes abalos psicológicos graves, como o causado à investidora D., pessoa de idade avançada que tentou suicídio ao saber do golpe (fls.), como também à investidora que perdeu os recursos provenientes da indenização obtida judicialmente do Estado para o tratamento de infecção pelo vírus da Aids, contraída durante uma transfusão de sangue, cujo nome deixo de mencionar para preservar-lhe a intimidade (fls.). Segundo as declarações do próprio acusado, prestadas no Juízo Falimentar, o montante de recursos captados soma aproximadamente 21 (vinte e um) milhões de reais. A gravidade da conduta do acusado se denota ainda pelo fato de ter sido o mentor intelectual do esquema fraudulento de captação de investimentos, além de tê-lo estruturado em um empreendimento empresarial que operou arditamente ao longo de quatro anos, fazendo da atividade delituosa seu meio de vida, sempre ostentando soberba, riqueza e suntuosidade. A gestão fraudulenta perdurou por muito tempo, e dela o acusado se desincumbiu com desfaçatez e frieza incomuns. A ganância e a destreza empregadas na fraude evidenciaram ser o acusado portador de uma personalidade deletéria e vil, ao engendrar um sofisticado esquema de enriquecimento ilícito em detrimento da credibilidade pública do Sistema Financeiro Nacional, demonstrando insensibilidade humana e menosprezo pela ordem jurídica e pela Justiça. Assim, na primeira fase da fixação da pena, a primariedade e os bons antecedentes cedem passo diante da elevadíssima culpabilidade do agente, associado à gravidade e lesividade do delito e das circunstâncias consequências do crime, que impõem a fixação da reprimenda num patamar em muito acima do mínimo legal para a adequada reprovação e prevenção do crime, razão pela qual, fixo a pena-base do acusado R. em 10 (dez) anos de reclusão. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição da pena, torno definitiva a pena assim fixada.” (ACR 1999.03.99.036879-2, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 13.10.2009, DJ 23.10.2009).

Em nenhum dos casos surgiu o debate acerca da proporcionalidade das penas cominadas ao crime. Para Bitencourt¹⁴⁰ e Pimentel¹⁴¹, haveria violação do princípio da proporcionalidade na cominação de uma pena de 3 a 12 anos de reclusão para a gestão fraudulenta, distinta da pena da gestão temerária, de 2 a 8 anos, sem que o legislador justificasse tal diferença. No mesmo sentido, manifesta-se Tórtima, alegando que a pena

¹⁴⁰ “As sanções cominadas, cumulativamente, são a reclusão de três a doze anos, e a pena pecuniária na modalidade de multa. O absurdo que se reflete na desproporcionalidade da sanção cominada deixa muito clara a falta de critérios que orientam o legislador na valoração das condutas incriminadas, bem como na avaliação da importância do bem jurídico tutelado.” (BITENCOURT, 2010, p. 48).

¹⁴¹ “O critério punitivo do legislador é inteiramente aleatório. Não há qualquer justificativa para a cominação de penas mais ou menos severas. Basta verificar que a Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal, no Anteprojeto que elaborou, fixava a pena para este delito, quer se tratasse de gestão fraudulenta ou de gestão temerária, entre os limites de dois a sete de reclusão multa. A lei que examinamos, sem qualquer justificativa distinguiu a gestão fraudulenta da temerária, cominando à primeira a pena de reclusão de três a doze anos, e à segunda, reclusão de dois a oito anos, além da multa obrigatória nas duas hipóteses. Ficamos sem saber quais as razões que inspiraram o legislador para fazer essa opção.” (PIMENTEL, 1987, p. 54).

patrimonial seria mais eficaz para dissuadir a prática de crimes financeiros, privando o agente de fruir a vantagem pecuniária visada com a prática do ilícito¹⁴², e de Breda, o qual defende uma interpretação restritiva do art. 4º em razão da severidade da reprimenda¹⁴³.

Por outro lado, para Maia, ao tratar genericamente de todas as figuras da Lei 7.492/1986, não haveria desproporcionalidade porquanto a punição dos crimes praticados por administradores de instituições financeiras e de grandes corporações foi, historicamente, negligenciada pelo Estado, de modo que o grande potencial lesivo aos bens jurídicos supra-individuais justificaria maior endurecimento da lei penal¹⁴⁴.

A partir das apelações obtidas, vê-se que não há um posicionamento explícito sobre qual a finalidade da pena preponderante na punição de agente condenado pelo crime de gestão fraudulenta na medida em que o Tribunal não a menciona na maior parte dos casos e, quando o faz, menciona as finalidades de modo genérico apenas para justificar punições mais gravosas pelo crime.

O fato de o Tribunal não explicitar em detalhes os fins e a proporcionalidade da pena cominada ao delito, revela que o Tribunal pressupõe que a sua cominação legislativa seja adequada e, na prática, aproxima a o seu “direito em ação” do posicionamento doutrinário de Maia que propugna penas severas para os crimes financeiros.

¹⁴² “Nota 42: (...) Em se tratando de crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional, essa espécie de pena restritiva de direito é muito mais vantajosa do que a pena privativa de liberdade, por evitar a estigmatização social do apenado mas, de qualquer modo, impondo-lhe, com a perda patrimonial, ‘a sanção mais contundente que poderia atingir o criminoso do colarinho branco não violento’ (Luiz Flávio Gomes, ‘Penas e Medidas Alternativas à Prisão, p. 137)’”. (TÓRTIMA, 2002, p. 42).

¹⁴³ “A sanção penal, em um sentido genérico, é a consequência jurídica da prática do crime. Pode ser definida como a mais extrema reação prevista no ordenamento e aplicada pelo Estado contra a violação dos valores consagrados na comunidade. Segue, assim como a própria tipificação do delito, os princípios da legalidade, anterioridade e proporcionalidade. É inegável a preocupação preventiva com as fraudes no âmbito financeiro por parte do legislador, ao cominar pena extremamente grave para o crime do art. 4º da Lei 7.492. Com efeito, a sanção de 3 a 12 anos de reclusão, além da multa constitui-se na mais severa prevista no seio do direito penal econômico, fazendo com que o intérprete tenha de adotar uma postura mais restritiva quanto a este tipo penal.” (BREDÁ, 2002, p. 131).

¹⁴⁴ “(...) a criminalidade das grandes corporações industriais produz consequências sociais muito mais graves e lesivas aos bens jurídicos coletivos e permanece à margem do aparelho repressivo do Estado nas denominadas cifras negras da criminalidade. Aponta-se uma tendência de complacência dos julgadores para com os criminosos de colarinho branco, no que concerne à aplicação de penas privativas de liberdade, condescendência que não existe com os autores de crimes patrimoniais de pouca ou nenhuma relevância social. É tempo de mudar! Não há democracia com a impunidade dos poderosos.” (MAIA, 1996, pp. 12-13).

Quadro 36: Quantidade de pena aplicada nos casos de condenação

Quantidade da Pena pelo crime específico	Quantidade de Pena Final pelo concurso ou continuidade de crimes	Pena final aplicada: Privativa de Liberdade (PL) ou Restritiva de direito (RD)	Frequência	Porcentagem
1 ano, 10 meses e 15 dias	8 anos, 5 meses e 21 dias	PL	1	4%
3 anos	---	RD	8	29%
3 anos	6 anos e 6 meses	PL	1	4%
3 anos e 6 meses	12 anos e 7 meses	PL	1	4%
---	3 anos e 9 meses; e 3 anos e 6 meses	PL	1	4%
4 anos	---	RD	1	4%
4 anos; e 3 anos	---	RD	1	4%
4 anos e 2 meses	---	PL	1	4%
4 anos e 6 meses	---	PL	3	11%
5 anos	5 anos	PL	1	4%
5 anos	9 anos e 6 meses; 8 anos; 5 anos e 10 meses	PL	1	4%
---	5 anos e 3 meses; 4 anos; 3 anos e 6 meses	PL e RD	1	4%
6 anos; e 3 anos	---	PL e RD	1	4%
6 anos; e 4 anos	---	PL e RD	1	4%
---	6 anos e 8 meses	PL	1	4%
7 anos e 6 meses	15 anos	PL	1	4%
10 anos	---	PL	1	4%
Total			26	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 29% dos casos¹⁴⁵ em que houve condenação, os réus foram condenados somente por gestão fraudulenta com a aplicação da pena mínima cominada de 3 anos de reclusão em regime aberto, que foi substituída por penas restritivas de direito. Em 4% dos casos¹⁴⁶, há réu condenado a 4 anos de reclusão e réu que o foi por 3 anos de reclusão tendo suas penas substituídas por restritivas de direitos. Em 4% dos casos¹⁴⁷ há réu condenado a 6 anos e réu

¹⁴⁵ ACR 1999.03.99.088279-7, ACR 96.03.084814-0, ACR 95.03.008286-2, ACR 1999.03.99.014678-3, ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2000.61.81.008320-7, ACR 2006.03.99.043971-9 e ACR 2000.61.19.018618-6.

¹⁴⁶ ACR 2003.03.99.006876-5.

¹⁴⁷ ACR 1999.03.99.030642-7.

condenado a 3 anos, pelo mesmo crime. Em 11% dos casos¹⁴⁸ os réus foram condenados somente por gestão fraudulenta à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão em regime semi-aberto. Nos seguintes casos, houve condenação apenas por gestão fraudulenta com as seguintes quantidades: 4 anos¹⁴⁹ (4%); 4 anos e 2 meses¹⁵⁰ (4%); 6 anos e 4 anos¹⁵¹ (4%); e 10 anos¹⁵² (4%). Nos demais casos, houve concurso de crimes: 8 anos, 5 meses e 21 dias¹⁵³ (4%); 6 anos e 6 meses¹⁵⁴ (4%); 12 anos e 7 meses¹⁵⁵ (4%); 3 anos e 9 meses e 3 anos e 6 meses¹⁵⁶ (4%); 5 anos¹⁵⁷ (4%); 9 anos e 6 meses, 8 anos e 5 anos e 10 meses¹⁵⁸ (4%); 5 anos e 3 meses; 4 anos; 3 anos e 6 meses¹⁵⁹ (4%); 6 anos e 8 meses¹⁶⁰ (4%) e 15 anos¹⁶¹ (4%). De se destacar que a menor pena fixada pelo crime específico de gestão fraudulenta foi de 1 ano, 10 meses e 15 dias, caso¹⁶² em que se aplicou a redução de pena pela delação premiada¹⁶³, porém, como houve concurso de crimes, o réu foi condenado ao final à pena de 8 anos, 5 meses e 21 dias em regime fechado (4%).

Como se vê, as penas aplicadas pelo crime específico variaram de 1 ano, 10 meses e 15 dias a 10 anos de reclusão. Nos casos em que houve concurso de crimes, as penas variaram de 3 anos e 6 meses a 15 anos de reclusão. Considerados os limites da pena cominada ao tipo (de 3 a 12 anos), verifica-se que o Tribunal valeu-se da ampla margem conferida pelo preceito

¹⁴⁸ ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2008.03.99.051025-3 e ACR 2007.03.99.011870-1.

¹⁴⁹ ACR 2002.03.99.043670-1.

¹⁵⁰ ACR 2001.03.99.032010-0.

¹⁵¹ ACR 2006.03.99.008600-8.

¹⁵² ACR 1999.03.99.036879-2.

¹⁵³ ACR 2005.03.99.024006-6.

¹⁵⁴ ACR 1999.03.99.082734-8.

¹⁵⁵ ACR 2008.03.99.006954-8.

¹⁵⁶ ACR 2007.03.99.003663-0.

¹⁵⁷ ACR 2007.03.99.007029-7.

¹⁵⁸ ACR 1999.03.99.039158-3.

¹⁵⁹ ACR 2000.03.99.068795-6.

¹⁶⁰ ACR 2004.03.99.037967-2.

¹⁶¹ ACR 2003.03.99.025896-7.

¹⁶² ACR 2005.03.99.024006-6.

¹⁶³ Art. 25, § 2º, da Lei 7.492/1986, incluído pela Lei 9.080/1995: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”

secundário e da discricionariedade conferida ao juiz para a aplicação da pena nos termos dos arts. 59¹⁶⁴ e 68¹⁶⁵ do CP.

A ampla margem de discricionariedade foi ressaltada por Breda, que estabeleceu alguns parâmetros a serem considerados na sua fixação:

“É de se destacar, também, a ampla margem criada entre o mínimo e máximo cominados, fazendo com que o julgador possa atender aos ditames do art. 59 do CP, respondendo ao autor da gestão fraudulenta de modo necessário e suficiente à reprovação do delito. Nesse momento, devem ser relevados a natureza da instituição e o cargo exercido pelo administrador na estrutura da instituição financeira. A gestão fraudulenta na caixa econômica ou em Banco público de desenvolvimento é mais grave que em uma pequena distribuidora ou corretora.” (BREDA, 2002, p. 131).

Assim, na prática, não existe a imposição de uma quantidade de pena padrão pelo Tribunal à gestão fraudulenta. De certa forma, isso torna difícil prever a pena que um acusado por gestão fraudulenta terá, porquanto na maioria das condenações aplicaram-se diversas quantidades dentro do espectro.

¹⁶⁴ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

¹⁶⁵ “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.”

Quadro 37: Concurso de crimes nas condenações

ACR	Crimes	Concurso	Pena	Frequência	Porcentagem
2005.03.99.024006-6	GF, art. 22, LCF, art. 1º, VI e VII, Lei 9613/98	Concurso Material	8 anos, 5 meses e 21 dias	1	11%
2000.03.99.068795-6	GF, OI e art. 5º LCF	Crime Continuado	5 anos e 3 meses; 4 anos; 3 anos e 6 meses	1	11%
1999.03.99.082734-8	GF, OI e art. 5º LCF	Crime Continuado	6 anos e 6 meses	1	11%
1999.03.99.039158-3	GF, art. 5º, art. 7º, IV e art. 9º LCF; GF, art. 5º e art. 9º LCF; GF e art. 7º, IV, LCF	Crime Continuado	9 anos e 6 meses; 8 anos; 5 anos e 10 meses	1	11%
2003.03.99.025896-7	GF, art. 7º, II e III, LCF e art. 1º, I e II, Lei 8.137/90	Concurso Material	15 anos	1	11%
2004.03.99.037967-2	GF, art. 5º e art. 6º LCF	Concurso Formal	6 anos e 8 meses	1	11%
2008.03.99.006954-8	GF, art. 22 LCF e art. 1º, VI e VII, Lei 9613/98	Concurso Material	12 anos e 7 meses	1	11%
2007.03.99.003663-0	GF e art. 5º	Crime Continuado	3 anos e 9 meses; e 3 anos e 6 meses	1	11%
2007.03.99.007029-7	GF	Crime Continuado	5 anos	1	12%
	Total			9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Do total de condenações nas quais ocorreu concurso de crimes, verifica-se que em 22%, o concurso se deu juntamente com os delitos de evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Em 22%, houve concurso com os crimes de operação irregular de instituição financeira (art. 16 da Lei 7.492/1986) e apropriação indevida (art. 5º). Em 11%, houve concurso com os crimes do art. 7º (emissão irregular de títulos ou valores mobiliários) e/ou do art. 9º (falsidade ideológica de títulos ou valores mobiliários) da Lei 7.492/1986. Em 11%, houve concurso com crimes do art. 7º da Lei 7.492/1986 e com o art. 1º da Lei 8.137/1990 (sonegação fiscal). Em 11% houve o concurso com os crimes de apropriação indevida (art. 5º)

e do art. 6º (indução a erro) da Lei 7.492/1986. Em todos os casos mencionados, a gestão fraudulenta figurava como crime mais grave. Em 12% dos casos houve continuidade delitiva com o próprio tipo de gestão fraudulenta.

Observa-se que em todos os casos de concurso, houve combinação do art. 4º, *caput*, com pelo menos outro crime da Lei 7.492/1986.

Nota-se, assim, que a posição adotada pelo Tribunal nesses casos aproxima-se da doutrina de Maia, o qual admite o concurso da gestão fraudulenta com outros tipos penais que se configuram com a utilização de meio fraudulento ou mesmo com outras figuras da Lei 7.492/1986, em razão das diferenças entre os crimes no tocante à afetação dos bens jurídicos e em relação aos sujeitos passivos atingidos¹⁶⁶. Pimentel também opina no sentido da possibilidade de concurso de crimes que não restariam absorvidos pela gestão fraudulenta dada a autonomia de cada delito¹⁶⁷.

Por outro lado, Breda rejeita tais posições, aduzindo que a gestão fraudulenta absorve os tipos autônomos da Lei 7.492/1986, dado que o bem jurídico é o mesmo, bem como outros delitos que envolvam meios fraudulentos, os quais integrariam o tipo do art. 4º, *caput*; o autor destaca ainda a possibilidade de configuração apenas de outros tipos específicos, em continuidade delitiva, afastando a incidência do art. 4º¹⁶⁸.

¹⁶⁶ “Se o meio fraudulento utilizado no ato da gestão subsumir-se a outro tipo penal (v.g., estelionato, sonegação fiscal) haverá concurso ideal entre os crimes, não sendo de aplicar-se os princípios da consunção (absorção pelo crime-fim do crime-meio, usualmente utilizado em sua prática, e que teve seu potencial lesivo exaurido na realização daquele, v.g. estelionato e falso) ou da subsidiariedade (absorção pelo crime-fim do crime-meio, etapa indispensável à realização daquele, v.g. lesão corporal e homicídio), eis que distintas as objetividades jurídicas e os sujeitos passivos nos respectivos tipos. Já se decidiu que ‘sendo o agente diretor administrativo de instituição bancária, a simulação de empréstimos em benefício próprio e em nome de outras pessoas jurídicas, com o fim de iludir o fisco federal, configura o delito previsto no art. 4º, da Lei 7.492/1986’. Poderá, ainda, estar o ilícito presente em concurso com outros crimes contra o SFN, v.g., o do art. 20 (desvio de finalidade de financiamento público).” (MAIA, 1996, p. 57).

¹⁶⁷ “O crime em exame pode concorrer com outros, o que, aliás, frequentemente acontecerá. A gestão fraudulenta, por definição, traz consigo a ideia de fraude, e esta geralmente é praticada mediante falsidade ou falsificação, material ou ideológica, que tipificam os crimes de falso material ou de falso ideológico, previstos nos arts. 297, 298 e 299 do CP. Muitos outros crimes, como o de sonegação fiscal, previsto no art. 1º, da Lei 4.729, de 14.7.65, ou a supressão de documento, estatuído no art. 305 do CP, concorrerão com a gestão fraudulenta, e por serem delitos autônomos, não ficarão absorvidos por ela.” (PIMENTEL, 1987, p. 53).

¹⁶⁸ “Como alguns delitos da 7.492 são cometidos mediante o uso de expedientes fraudulentos, sempre o intérprete enfrentará situações de conflito aparente de normas. A gestão fraudulenta é, portanto, a prática reiterada de crimes contra o SFN, absorvendo os tipos autônomos em continuidade. A interpretação que se dá hoje é o concurso material ou formal da gestão com o tipo autônomo em continuidade, sendo que as ações são as mesmas. É esta a posição de Rodolfo Maia: (...)” (BREDA, 2002, pp. 124-125). A seguir, Breda critica a posição citada de Maia: “A argumentação é parcialmente correta, pois se refuta a aplicação dos princípios que solucionam o concurso aparente de normas sem explicar o fundamento. A objetividade jurídica é quase sempre a mesma nos delitos contra o sistema financeiro nacional. É certo o critério proposto no exemplo oferecido, concurso entre gestão fraudulenta e sonegação, porque resta evidentemente distinta a objetividade jurídica.

A questão do concurso do art. 4º, *caput*, com o art. 16 foi explorada no item 3.1.4 *supra*, onde foi destacada a posição de Baltazar Jr., defendendo a admissibilidade do concurso para não se privilegiar agentes de instituições irregulares, os quais ficariam livres da responsabilização por gestão fraudulenta (BALTAZAR JR., 2010, p. 372); e, em sentido contrário, a posição de Breda, segundo o qual, a prática de atos privativos de instituição financeira sem autorização configura apenas o tipo do art. 16, sendo que a eventual prática de atos fraudulentos implicaria num agravamento da conduta a ser considerado para fins de aumento da pena pelo juiz, o que afasta a incidência do art. 4º (BREDA, 2002, p. 130).

A questão do concurso do art. 4º com os crimes dos arts. 6º (informação falsa), 7º (emissão irregular de títulos) e 9º (falsidade ideológica financeira), figuras cujo tipo objetivo contém meio fraudulento, foi tratada no item 3.2.3 *supra*, sendo que os autores que consideram a habitualidade requisito típico são favoráveis à consunção dessas figuras pelo art. 4º (BALTAZAR JR., 2010, p. 334; MAZLOUM, 2007, pp. 86-87; BITENCOURT, 2010, p. 40), enquanto Maia opina contrariamente, seja pela desnecessidade de habitualidade, seja em razão da autonomia dos tipos (MAIA, 1996, pp. 57-58).

Sobre o concurso do art. 4º com o art. 5º, Baltazar Jr indica a existência de posições admitindo o concurso de crimes (concurso formal e material) ou a absorção de um pelo outro (art. 4º absorve o art. 5º por ser mais grave, ou o art. 5º absorve o art. 4º por ser o crime-fim), defendendo a hipótese do concurso formal, posto que a gestão fraudulenta não seria meio necessário para a apropriação indevida e vice-versa¹⁶⁹.

Quanto ao falso, é de se aplicar o critério consagrado pelo STJ na súmula 17. Não se poderá também aplicar em concurso o crime de estelionato, eis que o ardil e o induzimento em erro do sujeito passivo estão ínsitos no tipo do art. 4º. (...) No sentido de se afastar o concurso entre tipificações autônomas dos ardis e o delito de gestão fraudulenta é o importante acórdão do TRF da 4ª Região: ‘Correto o entendimento da magistrada de primeiro grau ao considerar o estelionato, a falsificação, a gestão temerária e a operação com títulos sem lastro subsumidos no delito de gestão fraudulenta, inexistindo, desta forma, concurso formal de crimes’. A interpretação que parece mais próxima de um caráter científico é a de que a gestão fraudulenta só se caracteriza se a conduta criminoso repetida não se amoldar a outro tipo penal combinado com o art. 71 do CP. Caso haja esta subsunção, desaparecerá a gestão fraudulenta, pois a tutela do bem jurídico já estará abrangida pela outra norma aplicada em continuidade delitiva.” (BREDA, 2002, pp. 124-127).

¹⁶⁹ “Quanto ao crime de apropriação indébita (Lei 7.492/86, art. 5º), há quatro posições, sendo a majoritária e mais acertada, no meu modo de ver, a primeira, como segue: a) como a gestão fraudulenta não constitui meio necessário para a apropriação indébita, podendo ocorrer apropriação indébita sem fraude e gestão fraudulenta sem apropriação indébita, a hipótese é de concurso formal (...), em especial se há prejuízo para vítimas distintas.; b) o delito de apropriação indébita é absorvido pelo de gestão fraudulenta (...), aplicando-se o princípio da especialidade, uma vez que o delito do art. 5º não requer fraude; c) há concurso material (...); d) o crime do art. 5º da Lei 7.492/86 absorve o crime do art. 4º, por aplicação do princípio da especialidade (...).” (BALTAZAR JR., 2010, p. 339).

Quanto ao concurso do art. 4º com o art. 22 (evasão de divisas), Baltazar Jr. defende a ocorrência de concurso formal posto que a pena do crime-meio (art. 4º) é maior que a do crime-fim¹⁷⁰ (art. 22), enquanto Breda sustenta que incide apenas o art. 22, com a pena agravada pela prática de operações fraudulentas¹⁷¹.

A possibilidade da prática de gestão fraudulenta em continuidade delitiva é contestada por Baltazar Jr, que considera o delito habitual¹⁷², o mesmo sendo defendido por Maia, ao tratar o delito como impropriamente habitual como visto no item 3.2.3. *supra* (MAIA, 1996, p. 58). A decisão do Tribunal que assim entendeu, portanto, toma posição mais ampliativa do que a encontrada na doutrina.

Ante a diversidade de posições encontradas na doutrina sobre a possibilidade de concurso da gestão fraudulenta com outros crimes da Lei 7.492/1986, verifica-se que o Tribunal adotou a posição afirmativa, que se coaduna, aliás, com a posição da inexigência de habitualidade para a prática do crime presente na maioria das decisões (item 3.2.3 *supra*), adotando, assim, uma postura que amplia a incidência dos tipos da lei de crimes financeiros.

Quadro 38: Espécies de concurso de crimes

Espécie	Frequência	Porcentagem
Concurso Material	3	33%
Concurso Formal	1	11%
Crime Continuado	5	55%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Quanto às espécies de concurso de crimes surgidas nos resultados relativos às condenações, observa-se que em 55% dos casos houve hipótese de crime continuado (art. 71,

¹⁷⁰ “No caso de gerentes de instituição financeira que facilitam ou autorizam a abertura de contas bancárias em nome de *laranjas* em um esquema criminoso que tem por finalidade remeter irregularmente, divisas para fora do Brasil, respondem os agentes pelos delitos de gestão fraudulenta e evasão de divisas, em concurso formal, não se podendo falar em consunção, uma vez que o crime-meio, que é a gestão fraudulenta tem pena maior que o crime-fim, a evasão de divisas.” (BALTAZAR JR., 2010, p. 340).

¹⁷¹ “O princípio da consunção serve para a solução de outras situações. Por exemplo, em uma instituição de câmbio, se diversas operações fraudulentas são realizadas com o fim de evadir divisas, deve-se aplicar somente o art. 22, excluindo-se o concurso com o art. 4º, pelo princípio da consunção.” (BREDA, 2002, p. 128).

¹⁷² “Crime continuado. Não é admissível, considerado que o delito exige, segundo orientação majoritária, pluralidade de atos (...).” (BALTAZAR JR., 2010, p. 340).

caput, do CP¹⁷³), em 33%, concurso material (art. 69, *caput*, do CP¹⁷⁴) e, em 11%, concurso formal (art. 70 do CP¹⁷⁵).

Nos casos de crime continuado e de concurso formal, houve concurso do art. 4º, *caput*, com tipos da própria Lei 7.492/1986, ou seja, nesses casos aplicou-se a exasperação do crime de gestão fraudulenta, mais grave, para aplicação final da pena (vide Quadro 37).

Nos casos em que se reconheceu o concurso material, que implica na somatória das penas de cada delito para a aplicação final da pena, verifica-se que isso ocorreu com crimes que tutelam bens jurídicos distintos, quais sejam, sonegação fiscal (ordem tributária¹⁷⁶) e lavagem de dinheiro (ordem socioeconômica¹⁷⁷) (vide Quadro 37).

Logo, verifica-se que, não obstante o Tribunal entenda pela possibilidade de concurso do art. 4º, *caput* com outros tipos da Lei 7.492/1986, as modalidades efetivamente reconhecidas nessa situação são as do concurso formal e do crime continuado, modalidades mais brandas de concurso de crimes, sendo que, em nenhuma dessas hipóteses a pena fixada ultrapassou a pena máxima de 12 anos. Isto é, nos casos obtidos, mesmo que se tivesse aplicado a regra da consunção, as penas fixadas evidentemente não superariam o limite de 12 anos e, provavelmente, estariam próximas das quantidades fixadas pelo concurso, dada a pluralidade de atos praticados pelo agente a ser considerada na dosimetria da pena. Assim, na prática, o resultado final das penas aplicadas caso o Tribunal adotasse a tese da impossibilidade de concurso, seriam muito semelhantes aos resultados constatados com a aplicação da regra de concurso de crimes.

¹⁷³ “Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

¹⁷⁴ “Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.”

¹⁷⁵ “Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. Par. ún.. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.”

¹⁷⁶ “O bem jurídico protegido é a integridade do erário (...) ou a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução dos seus fins.” (BALTAZAR JR., 2010, p. 432).

¹⁷⁷ “(...) o bem jurídico protegido – de caráter transindividual – vêm a ser a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico categorial), em especial a licitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro (estabilidade, regularidade e credibilidade do mercado econômico), que propicia a circulação e a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (bem jurídico em sentido técnico).” (PRADO, 2009, p. 355).

Nas apelações em que houve reconhecimento do concurso material, como dito, havia delitos tutelando bens jurídicos diversos, e em dois deles, as penas superaram o limite de 12 anos, sendo que, nesse caso, a alternativa de classificação jurídica demandaria um ônus argumentativo maior diante dos casos concretos (vide Quadro 37).

Quadro 39: Aplicação de Pena Privativa de Liberdade ou de Restritiva de direitos

Pena	Frequência	Porcentagem
Privativa de Liberdade	13	50%
Privativa de Liberdade e Restritiva de direitos	3	12%
Restritiva de direitos	10	38%
Total	26	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Considerado o total de condenações nas apelações, em 50% dos casos¹⁷⁸ houve aplicação de pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime semi-aberto ou fechado¹⁷⁹. Em 12% dos casos¹⁸⁰ há réu condenado à pena privativa de liberdade e réu que teve pena substituída para restritivas de direitos. Em 38% dos casos¹⁸¹ os réus foram condenados e tiveram as penas privativas substituídas para restritivas de direito¹⁸². Se forem consideradas as ocorrências de condenações e absolvições em todos os casos, verifica-se que em 62% dos casos houve condenação de réu à pena privativa de liberdade, e que, em 50%, houve substituição de pena de réu por restritivas de direito, sendo as mais comuns a prestação

¹⁷⁸ ACR 1999.03.99.082734-8, ACR 1999.03.99.039158-3, ACR 2003.03.99.025896-7, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2004.03.99.037967-2, ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2008.03.99.006954-8, ACR 2005.03.99.024006-6, ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2008.03.99.051025-3, ACR 2007.03.99.011870-1 e ACR 2007.03.99.003663-0.

¹⁷⁹ Art. 33, CP: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.”

¹⁸⁰ ACR 2000.03.99.068795-6, ACR 1999.03.99.030642-7 e ACR 2006.03.99.008600-8.

¹⁸¹ ACR 1999.03.99.088279-7, ACR 96.03.084814-0, ACR 95.03.008286-2, ACR 1999.03.99.014678-3, ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2002.03.99.043670-1, ACR 2000.61.81.008320-7, ACR 2003.03.99.006876-5, ACR 2006.03.99.043971-9 e ACR 2000.61.19.018618-6.

¹⁸² Art. 43, CP: “As penas restritivas de direitos são: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; III – (vetado); IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana.”

pecuniária e a prestação de serviços à comunidade. Em todos os casos, dada a previsão cumulativa, os réus também foram condenados à pena de multa¹⁸³.

Portanto, na maioria das condenações por gestão fraudulenta, houve predominância da aplicação da pena privativa de liberdade aos réus. Essa circunstância será analisada juntamente com outros aspectos no próximo item.

3.3 Discussão dos Resultados

Os resultados quantitativos revelaram a representatividade dos acórdãos coligidos no banco de dados que permite estabelecer inferências sobre como o TRF da 3ª Região julga o crime de gestão fraudulenta (item 3.1).

Com efeito, foram obtidas apelações em proporções equivalentes das três Turmas do Tribunal, relatadas por diversos desembargadores e juízes convocados, e julgadas de forma unânime em sua quase totalidade, no amplo período de 2001 a 2010 (item 3.1.1). Quem mais apelou foram os réus (item 3.1.1) e, na maioria dos casos, os réus foram condenados (item 3.1.2). Na maior parte dos casos, os réus tinham sido condenados em Primeira Instância, e, nos casos em que tinham sido absolvidos, predominou a reforma da decisão pelo Tribunal para condená-los (item 3.1.2). Verificou-se que, no início da persecução penal, no maior número dos casos, o Ministério Público Federal denunciara os réus por gestão fraudulenta em concurso com outros crimes da Lei 7.492/1986, demonstrando certo posicionamento pela interpretação ampliativa do art. 4º (item 3.1.3).

A principal prova de materialidade analisada foi a prova documental de documentos contábeis, sendo pouco expressiva a análise de prova pericial, o que demonstra posição favorável à eficiência da persecução penal em detrimento de uma posição garantista (item 3.1.4). Quanto à autoria, viu-se que os principais agentes são os administradores, gerentes e

¹⁸³ Art. 49, CP: “A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. §1º O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. § 2º O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.”

diretores, admitindo-se, em manifestação explícita, a interpretação ampliativa do art. 4º e do art. 25 para reconhecer a autoria de gerente de agência bancária (item 3.1.4). As espécies de instituição financeira envolvidas são todas as passíveis de fiscalização pelos órgãos supervisores do SFN, admitindo-se a incidência do art. 4º para instituições irregulares, revelando-se tendência à interpretação ampliativa dos arts. 4º e 16 (item 3.1.4).

Com relação à influência de doutrina, verificou-se que na maioria das apelações o Tribunal utilizou-a, sendo citadas em maior número obras de juízes federais e de procuradores da república (item 3.1.5). Quanto à referência a julgados, constatou-se que na maior parte das decisões não houve citação de julgado de tribunal e, nas que o fizeram, os mais mencionados foram julgados do próprio TRF da 3ª Região, que demonstrou, assim, certa independência decisória em relação a outras Cortes (item 3.1.5).

Da análise dos resultados quantitativos extrai-se que o Tribunal aplica o art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986 na maior parte das vezes para condenar os réus, e procura firmar uma posição própria sobre os aspectos do crime, tendendo para a interpretação ampliativa do tipo.

Quanto aos resultados qualitativos, a tendência para a interpretação ampliativa do tipo indicada anteriormente, concretiza-se na prática (item 3.2).

No tocante à relação com a esfera administrativa, verificou-se que na maioria dos casos, o Tribunal não menciona a eventual condenação de réu em processo administrativo punitivo. Nos casos em que o faz e houve a condenação pela administração pública, em um quinto, os réus foram absolvidos pelo Tribunal. Nos casos em que os réus não foram condenados na esfera administrativa, em todos o Tribunal os condenou. Ou seja, na maior parte das apelações o Tribunal não menciona o resultado de eventual procedimento administrativo, e nos casos em que o faz, não necessariamente segue o mesmo entendimento. Isso se deve à posição manifestada em alguns julgados pela tese da independência entre as esferas administrativa e judicial. Neste particular, verifica-se que o Tribunal está mais preocupado em dar eficiência à persecução penal em detrimento de oferecer maior oportunidade de defesa ao acusado por gestão fraudulenta e maior subsidiariedade à intervenção direito penal, ao considerar irrelevantes as conclusões dos órgãos supervisores do sistema financeiro acerca da configuração ou não do delito (item 3.2.1).

Sobre a ofensa ao princípio da legalidade, na maioria das decisões a questão não é mencionada, e, nas decisões que a mencionaram, a quase totalidade argumentou que o art. 4º,

caput, da Lei 7.492/1986 não fere o princípio, pois os seus elementos típicos abertos ‘fraude’, ‘gerir’, e ‘instituição financeira’ devem ser passíveis de determinação pelo julgador, não sendo possível prever antecipadamente as inúmeras possibilidades da prática delitiva. Assim, nesse aspecto, o Tribunal adota uma interpretação flexível do princípio da legalidade, afastando o rigor da concepção tradicional da ‘lei certa e estrita’ a fim de impedir o arbítrio (alta discricionariedade) do juiz (item 3.2.2).

Com relação aos critérios para a conduta típica, observa-se que em todos os casos o Tribunal analisou a tipicidade da conduta e, na maioria deles, considerou-a típica. O Tribunal utilizou, na maior parte das apelações, critérios que ampliam a incidência do tipo penal: afastou o requisito da habitualidade, entendendo que a prática de um único ato fraudulento pode configurar o delito; considerou a gestão fraudulenta como crime de perigo abstrato formal, sem necessidade da análise da potencialidade lesiva da conduta dos agentes sob uma perspectiva *ex ante*; utilizou critérios formais de imputação de responsabilidade aos agentes, centrados na simples prática da conduta proibida; e definiu ‘gerir’ como prática de ato de gestão inserido dentro do conjunto dos demais atos regulares praticados pelos administradores. Todos esses critérios confirmam a interpretação ampliativa dada pelo Tribunal ao art. 4º, *caput* (item 3.2.3).

No que diz respeito ao bem jurídico, na maioria das decisões o Tribunal menciona expressamente o bem jurídico supra-individual tutelado pelo art. 4º, *caput*, ressaltando a necessidade de resguardo da credibilidade e higidez do sistema financeiro. Na maior parte dos casos, a instituição financeira não foi levada a uma situação de insolvência em razão da conduta dos réus, sendo que, em um terço dos casos, a questão sequer é mencionada. Em um terço dos casos, porém, a instituição financeira foi liquidada extrajudicialmente ou foi decretada a sua falência. Na maioria dos casos não há menção expressa a risco ou ocorrência efetiva de crise sistêmica, e, nos poucos casos em que a matéria é apreciada, não é realizada uma análise aprofundada. Na maior parte das decisões, mencionou-se expressamente a ocorrência de prejuízo efetivo para a instituição financeira, para particulares, para o Estado ou a exposição da instituição financeira a risco inaceitável. Logo, do ponto de vista jurídico, o Tribunal reafirma a tutela do bem jurídico supra-individual e imaterial, e não se importa em tecer grandes considerações sobre o risco sistêmico ou eventual ocorrência de prejuízo à instituição financeira ou a investidores para a interpretação do art. 4º, *caput*, apesar da significativa proporção de ocorrência de liquidações extrajudiciais e de menção expressa à ocorrência de prejuízo decorrente da conduta (item 3.2.4).

Quanto às penas aplicadas nos casos de condenação, verificou-se, em primeiro lugar, que, na maioria dos casos, o Tribunal não menciona a finalidade da pena, e, nos poucos casos em que o faz, predomina a invocação genérica de todos os fins, estando ausente das decisões o debate acerca da proporcionalidade da elevada pena cominada à gestão fraudulenta, o que, de certa forma, aproxima o Tribunal do entendimento pela aplicação de penas severas aos crimes financeiros. A quantidade da pena efetivamente aplicada variou na maioria dos casos, refletindo a ampla margem conferida ao juiz para a sua dosimetria: as penas aplicadas pelo crime específico variaram de 1 ano, 10 meses e 15 dias¹⁸⁴ a 10 anos de reclusão. Nos casos em que houve concurso de crimes, as penas variaram de 3 anos e 6 meses a 15 anos de reclusão. Na maioria dos casos, os réus foram condenados à pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime inicial fechado ou semi-aberto (item 3.2.5).

Diante da síntese dos resultados obtidos, é possível responder ao primeiro problema de pesquisa da presente investigação: quais são os principais critérios considerados no julgamento do crime financeiro selecionado para a configuração da conduta típica a partir da fundamentação de acórdãos de apelação do Tribunal Regional da 3ª Região no período de 2001 a 2010?

A principal hipótese, que restou confirmada na maioria das decisões, era a de que o Tribunal consideraria apenas a mera prática da conduta como suficiente para a configuração do crime de perigo abstrato, sem considerar a potencialidade lesiva sob uma perspectiva *ex ante*. Os demais critérios, na maior parte dos casos seguiram uma tendência de interpretação ampliativa do tipo, compatível com o tratamento formal do crime. Com efeito, a independência decisória na argumentação judicial verificada reflete-se na forma como foi adotada a tese da independência das esferas, mais compatível com o valor eficiência da persecução penal, restringindo-se as oportunidades de defesa dos réus e flexibilizando a subsidiariedade do direito penal; a previsão de tipo penal aberto sem previsão de resultado foi considerada constitucional; afastou-se a habitualidade e considerou-se gerir como prática de ato de gestão de modo a ampliar a incidência do tipo às situações concretas; reafirmou-se a tutela do bem jurídico supra-individual em seu aspecto imaterial; e, na maioria dos casos, houve condenação de réu à pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime semi-aberto ou fechado, sem questionamento acerca da proporcionalidade da medida.

¹⁸⁴ Redução operada pela delação premiada.

Feitas essas considerações, pode-se responder ao segundo problema de pesquisa: as decisões aproximam-se de algum paradigma de direito penal?

A segunda hipótese, que também restou confirmada na maioria dos casos, é a de que as decisões do Tribunal aproximam-se do paradigma do direito penal do risco. De fato, o principal elemento a determinar a aproximação com o paradigma do direito penal do risco é o discurso de tratamento do tipo como crime de perigo abstrato formal, sem análise da potencialidade lesiva numa perspectiva *ex ante*, que implica a desconsideração por critérios materiais de imputação de responsabilidade. A combinação dessa mensagem, correlacionada com os demais critérios encontrados, corresponde a componentes do paradigma do direito penal do risco constantes da Tabela 1 do item 2.1.3 *supra*: aceitação do tipo penal aberto como decorrência da flexibilização do princípio da legalidade e taxatividade; flexibilização do princípio da proporcionalidade das penas; ênfase na eficiência do direito penal em detrimento das garantias do acusado para prevenção de novos riscos; ênfase na proteção de bens jurídicos supra-individuais e imateriais; aceitação da incriminação de condutas por tipos de perigo abstrato como decorrência da antecipação da tutela penal; e imputação de responsabilidade com base em consequências (simples ações), em detrimento de critérios materiais (causalidade).

Quais as consequências disso?

Para analisar as consequências da aproximação das decisões a determinado paradigma, é preciso refletir sobre o uso do discurso feito pelo Tribunal para a qualificação jurídica das condutas em relação às peculiaridades dos fatos concretos submetidos a julgamento.

A primeira ponderação a ser feita é a de que, embora o Tribunal tenha aplicado critérios que ampliam a incidência do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986, a maioria dos fatos concretos narrados nas apelações preenchia os critérios de uma interpretação mais restritiva do tipo, porquanto a conduta comum de gestão fraudulenta caracterizou-se pela prática de uma pluralidade de atos encadeados num certo período de tempo, incluindo a falsificação ou omissão de documentos e informações sobre operações, juntamente com a apropriação indevida de recursos, de modo a enganar investidores e órgãos de fiscalização. Ou seja, mesmo que se fizesse uma interpretação do princípio da legalidade e taxatividade mais

restritiva, próxima do direito penal tradicional, na maioria dos casos os fatos continuariam sendo típicos.

Em segundo lugar, na maioria das apelações houve a ocorrência de prejuízo efetivo ao patrimônio da instituição financeira, aos investidores, ao Estado ou a exposição da instituição a risco inaceitável por meio de operações fraudulentas, o que aponta certo grau significativo de lesividade decorrente da conduta dos réus. Outro indicador expressivo da lesividade das condutas é o fato de, em um terço dos casos, as instituições financeiras terem sido liquidadas extrajudicialmente ou terem tido sua falência decretada. Isto é, mesmo que se utilizassem critérios materiais de imputação de responsabilidade, com tratamento do tipo como de perigo abstrato material, perigo concreto ou de lesão, próximos do paradigma do direito penal tradicional, na maioria dos casos os fatos também continuariam sendo típicos.

A terceira ponderação a ser feita diz respeito à aplicação da pena privativa de liberdade nas decisões condenatórias. Para avaliar as implicações desse resultado, adota-se o critério indicado por Silva Sánchez, que possui uma posição intermediária, ao defender a coexistência dos dois paradigmas do direito penal como visto no item 2.2.1 *supra*. Segundo Silva Sánchez, o maior rigor nos critérios de configuração do crime próprios do direito penal tradicional era proporcional à gravidade da sanção consistente na pena privativa de liberdade do indivíduo; na medida em que esses critérios de configuração do delito são flexibilizados para a expansão do direito penal aos bens supra-individuais, nos moldes do paradigma do direito penal do risco, a mesma flexibilização deveria ocorrer no plano da sanção penal; destarte, sob a ótica da proporcionalidade, aos crimes que seguem a antecipação da tutela penal somente seria justificável a aplicação de penas restritivas de direito¹⁸⁵.

¹⁸⁵ “Com efeito, considero possível sustentar a ideia de que a *configuração dos diversos sistemas jurídicos de imputação do fato ao sujeito, assim como a das garantias gerais de cada sistema, têm uma clara dependência das suas consequências jurídicas, sua configuração e sua teleologia*. (...) Nessa linha, a minuciosidade própria da dogmática do delito, assim como a rigidez dos princípios de garantia tradicionalmente vigentes no Direito Penal, relacionar-se-iam com o fato de que suas consequências jurídicas foram tradicionalmente as penas de morte e corporais, e ainda hoje uma pena tão intimamente vinculada ao ser – e não ao estar ou ao ter – da pessoa como é a privativa de liberdade. (...) Com efeito, a diminuição de garantias e de ‘rigor’ dogmático poderia ser explicada (e inclusive legitimada) no Direito Penal contemporâneo se isso fosse o elemento correspondente a generalização de sanções pecuniárias ou privativas de direitos, ou – mais ainda – da ‘reparação penal’ (nos casos em que esta fosse concebível) em lugar das penas privativas de liberdade. (...) Definitivamente, portanto, a proposta contida nestas páginas parte da constatação de uma realidade a respeito da qual se considera impossível voltar atrás. Essa realidade é a expansão do Direito Penal e a coexistência, portanto, de ‘vários Direitos Penais distintos’, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções substancialmente diversas. A partir da referida constatação, postula-se uma opção alternativa. Considerando improvável (talvez impossível) um movimento de despenalização, propõe-se *que as sanções penais que imponham ali onde têm se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão*. Isso tem duas consequências. Por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade, como mal menor dadas as circunstâncias, para as infrações nas

Para verificar a tese de Silva Sánchez, procede-se à correlação entre a quantidade e o tipo de pena efetivamente aplicada nos casos de condenação (privativa de liberdade ou restritiva de direito), ao critério de imputação de responsabilidade de cada paradigma de direito penal (material-direito penal tradicional ou formal-direito penal do risco) e a referência expressa a prejuízo para a instituição financeira, particulares, Estado ou exposição da instituição a risco inaceitável, no quadro da página seguinte.

quais têm se flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente penas de prisão de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade.” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, pp. 137-139 e p. 143).

Quadro 40: Quantidade e tipo de pena aplicada nos casos de condenação, critério de imputação de responsabilidade de cada paradigma de direito penal e referência a prejuízo

	Quantidade da Pena pelo crime específico	Quantidade de Pena Final pelo concurso ou continuidade de crimes	Pena final aplicada: Privativa de Liberdade (PL) ou Restritiva de direito (RD)	Critério de imputação de responsabilidade de cada paradigma de direito penal, formal-DP do Risco (F-DPR) ou material-DP Tradicional (M-DPT)	Referência a Prejuízo para a instituição, particulares, Estado ou exposição a risco inaceitável: Sim (S) ou Não (N)	Frequência	Porcentagem
1	1 ano, 10 meses e 15 dias	8 anos, 5 meses e 21 dias	PL	F-DPR	S	1	4%
2	3 anos	---	RD	F-DPR	N	2	7%
3	3 anos	---	RD	F-DPR	S	5	18%
4	3 anos	---	RD	M-DPT	S	1	4%
5	3 anos	6 anos e 6 meses	PL	F-DPR	S	1	4%
6	3 anos e 6 meses	12 anos e 7 meses	PL	F-DPR	S	1	4%
7	---	3 anos e 9 meses; e 3 anos e 6 meses	PL	F-DPR	S	1	4%
8	4 anos	---	RD	F-DPR	S	1	4%
9	4 anos; e 3 anos	---	RD	F-DPR	S	1	4%
10	4 anos e 2 meses	---	PL	M-DPT	S	1	4%
11	4 anos e 6 meses	---	PL	F-DPR	S	3	11%
12	5 anos	---	PL	F-DPR	S	1	4%
13	5 anos	9 anos e 6 meses; 8 anos; 5 anos e 10 meses	PL	M-DPT	S	1	4%
14	---	5 anos e 3 meses; 4 anos; 3 anos e 6 meses	PL e RD	F-DPR	S	1	4%
15	6 anos; e 3 anos	---	PL e RD	M-DPT	S	1	4%
16	6 anos; e 4 anos	---	PL e RD	F-DPR	S	1	4%
17	---	6 anos e 8 meses	PL	F-DPR	S	1	4%
18	7 anos e 6 meses	15 anos	PL	F-DPR	S	1	4%
19	10 anos	---	PL	F-DPR	S	1	4%
	Total					26	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

O quadro reúne todas as apelações do TRF da 3ª Região em que houve condenações pelo crime de gestão fraudulenta¹⁸⁶.

As linhas 4, 10, 13 e 15 remetem a decisões que se aproximaram do paradigma do direito penal tradicional pela utilização de critérios materiais de imputação de responsabilidade, considerando o crime de perigo abstrato material, de perigo concreto ou de lesão. Em três delas houve condenações de réus à pena privativa de liberdade (linhas 10, 13 e 15) e, em duas delas, os réus foram condenados a penas restritivas de direito, após a substituição legal (linhas 4 e 15). Em todas há menção no acórdão de que a conduta dos réus causou algum prejuízo à instituição, a particulares, ao Estado ou risco inaceitável à instituição financeira (16% das condenações). Logo, em todos esses casos, o Tribunal considerou critérios mais rigorosos na aplicação da pena, e não há questionamento quanto à proporcionalidade sob a ótica de Silva Sánchez.

Das condenações que se aproximaram do paradigma do direito penal do risco, ao utilizarem critério formal de imputação de responsabilidade e considerarem o crime como de perigo abstrato formal, em duas delas (linha 2) não há menção à ocorrência de qualquer prejuízo (7%), tendo os réus sido condenados, entretanto, à pena restritiva de direitos, após a substituição legal. Em todas as demais houve menção à ocorrência de prejuízo ou exposição a risco inaceitável (77%). As decisões em que os réus foram condenados a penas restritivas de direitos, após a substituição legal, e há menção à ocorrência de algum prejuízo correspondem a 46% do total (linhas 1, 3, 5, 6, 8, 9, 14 e 16). Nas decisões nas quais os réus foram condenados à pena privativa de liberdade, houve menção expressa sobre o prejuízo ou a exposição a risco inaceitável derivado da conduta dos réus, o que corresponde a 37% das condenações (linhas 7, 11, 12, 14, 16, 17, 18 e 19). Logo, embora o Tribunal tenha utilizado critérios flexíveis para a caracterização do crime, as penas privativas de liberdade só foram aplicadas nos casos em que houve algum tipo de prejuízo ou risco inaceitável, de modo que, não é possível questionar a decisão final do Tribunal sob a ótica de Silva Sánchez, posto não

¹⁸⁶ As apelações que constam das respectivas linhas são: 1. ACR 2005.03.99.024006-6; 2. ACR 2004.03.99.014442-5 e ACR 2000.61.19.018618-6; 3. ACR 1999.03.99.088279-7, ACR 95.03.008286-2, ACR 1999.03.99.014678-3, ACR 2000.61.81.008320-7 e ACR 2006.03.99.043971-9; 4. ACR 96.03.084814-0; 5. ACR 1999.03.99.082734-8; 6. ACR 2008.03.99.006954-8; 7. ACR 2007.03.99.003663-0; 8. ACR 2002.03.99.043670-1; 9. ACR 2003.03.99.006876-5; 10. ACR 2001.03.99.032010-0; 11. ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2008.03.99.051025-3 e ACR 2007.03.99.011870-1; 12. ACR 2007.03.99.007029-7; 13. ACR 1999.03.99.039158-3; 14. ACR 2000.03.99.068795-6; 15. ACR 1999.03.99.030642-7; 16. ACR 2006.03.99.008600-8; 17. ACR 2004.03.99.037967-2; 18. ACR 2003.03.99.025896-7; 19. ACR 1999.03.99.036879-2.

ter sido aplicada a pena privativa de liberdade em razão de condutas desprovidas de certo grau de lesividade.

Portanto, verifica-se que, apesar de a maior parte das decisões do Tribunal se aproximar do paradigma do direito penal do risco, na prática não haveria diferença significativa caso fossem aplicados os critérios do direito penal tradicional, pois a maioria dos fatos concretos preenchia o requisito da habitualidade, possuía alguma potencialidade lesiva e não houve aplicação de pena privativa de liberdade sem que não houvesse menção expressa a certo prejuízo ou risco indicativo da lesividade da conduta.

Dessa forma, apesar dos problemas de definição da lei e da tendência à interpretação ampliativa do tipo, o problema acerca da incidência do art. 4º, *caput* a situações-limite que consistissem na prática de um ato fraudulento sem potencialidade lesiva que ensejasse uma pena privativa de liberdade não se verificou nas decisões obtidas, de modo que não se pode alegar uma evidente restrição indevida de direitos fundamentais no contexto das normas e valores de um Estado Democrático de Direito. Logo, as críticas feitas ao direito penal do risco, objeto das controvérsias doutrinárias quanto à sua legitimidade (item 2.2 *supra*) não guardam correspondência com o resultado final das decisões obtidas e os fatos concretos julgados pelo Tribunal, *no plano da prática*.

Todavia, as críticas remanescem *no plano do discurso*: era preciso adotar o discurso pela eficiência do direito penal do risco, se o discurso garantista do direito penal tradicional também era apto a obter resultados próximos sem que houvesse déficit de punições? Diante da constatação dos casos centrais de gestão fraudulenta, seria realmente impossível prever as formas como o crime possa ser praticado a justificar interpretações ampliativas do tipo aberto? A falta de detalhamento sobre a possível ocorrência de crise sistêmica como horizonte de compreensão do tipo, nos termos mencionados por corrente doutrinária (item 3.2.4 *supra*), não indica um déficit de legitimidade quanto ao grau de determinação do bem jurídico supra-individual que se quer proteger (item 2.2.2 *supra*), a justificar a necessidade de uma nova estrutura do delito e uma interpretação mais restritiva do tipo? É preciso ameaçar hipoteticamente os sujeitos de direito com uma pena privativa de liberdade pela prática de um único ato fraudulento, independentemente de sua potencialidade lesiva, pela mera violação do dever? O discurso do direito penal do risco é realmente efetivo para lidar com os novos riscos, não seria meramente simbólico e um obstáculo à busca de alternativas mais eficazes e menos

gravosas à autonomia individual como a construção de um novo direito administrativo sancionador? Eis as perguntas a serem dirigidas ao Tribunal, que, ao se aproximar do discurso do direito penal do risco, adquiriu o ônus argumentativo de respondê-las para refutar a crítica dos defensores do direito penal tradicional de que estaria flexibilizando desproporcionalmente a liberdade individual e o devido processo legal.

Outro ponto crítico diz respeito aos fins da pena. Na medida em que o Tribunal não os menciona explicitamente na maioria dos casos, e quando o faz, predomina a invocação genérica de todos os fins, constata-se um déficit de fundamentação, que impede o debate público democrático acerca da sua adequação, proporcionalidade e eficácia¹⁸⁷.

Com efeito, segundo os ditames do paradigma do direito penal do risco, a que a maior parte das decisões se aproxima, a pena tem a principal finalidade de prevenção geral positiva, ou seja, busca reafirmar a vigência comunicativa da norma em oposição à contranorma manifestada pelo agente do crime, de modo a reforçar os valores de coesão social (item 2.1.2 letra ‘d’ *supra*). O agente como cidadão tem o direito de debater a formulação das normas e, como sujeito de direito, o dever de respeitá-las. Caso as viole, será responsabilizado¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Segundo Camargo, a motivação detalhada da fixação pena é importante para demonstrar o vínculo entre a pena prevista em abstrato e os princípios que justificaram a sua aplicação ao caso concreto, e, portanto, não pode ser feita de forma genérica: “No prisma metodológico, a motivação na determinação da pena é o aspecto importante da concretização das penas, por estabelecer o vínculo entre a pena cominada e os princípios que determinaram sua fixação. (...) Acresça-se que a motivação, que não deve ser genérica, ou apenas referir-se aos fatores determinantes da quantidade da pena aplicada, visa que se esclareçam com exatidão as razões que confluíram pelo tipo de pena e pelo regime prisional. Quanto maior a gravidade da sanção, mais premente será a exigência da motivação, evitando-se, com isto, a inobservância dos princípios da proporcionalidade e necessidade que orientam a metodologia judicial no momento de fixação da pena.” (CAMARGO, 2001, p. 210); “Importante, ainda, na individualização da pena é a necessidade de motivação da decisão. Neste aspecto, não se admitem termos de ordem genérica, como muitas vezes constam das sentenças, como, por exemplo, ‘tendo-se em vista os elementos do artigo 59’, ‘com base no artigo 59’, etc. Esta motivação tem sentido, pois demonstra com clareza a relação entre os indicadores legais do artigo 59 e a conclusão pela existência dos fatos a serem incriminados, bem como a personalidade do réu e demais circunstâncias que foram levadas em conta naquele ato pelo juiz. Entendemos que é uma exigência constitucional inafastável, uma vez prevista expressamente no artigo 5º, XLVI.” (CAMARGO, 2001, p. 219). No mesmo sentido, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Jr.: “(...) merece ser feita a abordagem das razões políticas do dever de motivar. Firma-se a convicção de que o problema se põe, hoje, sobretudo, no plano dos princípios fundamentais de ordem política. ‘Nesse contexto, avulta a ideia de garantia como inspiração básica e fim precípua da imposição do dever de enunciar, publicamente, as razões justificativas da decisão proferida’. Para Couture, a motivação é da própria essência do sistema democrático, elemento intrínseco necessário ‘para a aproximação da Justiça aos cidadãos’. Reforçando tal entendimento merece citação de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci quando afirmam que: ‘Realmente, dada a dimensão de seu significado jurídico-político, afloram, em nossos dias, a necessidade de controle (extraprocessual) ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o *modus operandi* do juiz no tocante à administração da justiça. E isso significa, como adverte Taruffo, que ‘os destinatários da motivação não são somente as partes, os seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida em seu complexo, como opinião *quisque de populo*.’” (SHECAIRA; CORRÊA JR, 2002, p. 272).

¹⁸⁸ Nesse sentido, Klaus Günther afirma que os indivíduos numa democracia deliberativa podem influenciar a criação de leis penais, ainda que delas discordem, assumindo, dessa forma, a responsabilidade por sua responsabilização. A consequência principal disso é o fato de que a pena não tem nenhum significado além

Assim, caberia ao Tribunal o ônus argumentativo de apresentar razões em favor da reafirmação de valores sociais a ser comunicada por meio da pena privativa de liberdade e enfrentar o argumento contrário de que outras formas menos restritivas da autonomia individual (como a imposição somente da pena pecuniária e da pena de multa, que, aliás, é imposta cumulativamente em todos os casos) poderiam ser aptas a motivar o agente a reconhecer a validade da norma e guiar a sua conduta por meio dela¹⁸⁹.

Logo, sob esta perspectiva, na década analisada, verifica-se que o Tribunal não apresentou justificativas suficientes para a imposição da pena privativa de liberdade, diante da aproximação do seu discurso com o paradigma do direito penal do risco. A sociedade e os cidadãos teriam o direito de ser comunicados de maneira clara e explícita acerca das razões que justificam certas finalidades da pena aplicada na prática pelo Tribunal, para submeter tal entendimento ao crivo do debate público democrático, seja para defendê-lo, seja para contestá-lo, seja para refletir sobre os seus efeitos.

daquele comunicativo da sentença condenatória (há uma desvinculação entre atribuição de responsabilidade e a necessidade da imposição de um mal – pena). Destarte, abre-se espaço para formas de reação alternativas, como acordos entre acusado e vítima e indenização dos prejuízos, ao invés da pena privativa de liberdade. (GÜNTHER, 2009(a), pp. 17-24).

¹⁸⁹ Günther diz que a finalidade de prevenção geral positiva, que em última análise visa evitar uma frustração generalizada na sociedade na validade das normas, pode ser comunicada por outras maneiras menos gravosas à autonomia individual, como o é a pena privativa de liberdade (GÜNTHER, 2009(b), pp. 69-73).

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS: GESTÃO TEMERÁRIA

4.1 Resultados Quantitativos

4.1.1 Período, Órgão Julgador, Recorrente, Recorrido, e Unanimidade das Decisões

Quadro 41: Ano da decisão

Ano	Frequência	Porcentagem
2001	0	0%
2002	1	11%
2003	0	0%
2004	1	11%
2005	0	0%
2006	2	23%
2007	1	11%
2008	0	0%
2009	3	33%
2010	1	11%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Com relação ao ano da decisão, verifica-se que 78% das apelações foram julgadas na segunda metade do período analisado (2006 a 2010), indicando a contemporaneidade das decisões. Apenas 22% das apelações foram julgadas na primeira metade do período (2001 a 2005). Diante disso, os resultados obtidos refletem posições recentes do Tribunal.

Quadro 42: Órgão julgador

Órgão	Frequência	Porcentagem
Primeira Turma	2	22%
Segunda Turma	5	56%
Quinta Turma	2	22%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

No tocante ao órgão julgador, verifica-se que 56% das apelações obtidas foram julgadas pela Segunda Turma, enquanto que, 22%, foram julgadas pela Primeira Turma e 22%, pela Quinta Turma. Os números indicam que, apesar do percentual maior da Segunda Turma, foram obtidas decisões das três turmas criminais do Tribunal, de modo a refletir de maneira representativa a diversidade de órgãos julgadores nos julgamentos, não obstante a triagem da Divisão de Jurisprudência e Pesquisa Temática do Tribunal mencionada no item 1.2.1. *supra*.

Quadro 43: Relator

Relator	Frequência	Porcentagem
Des. Fed. André Nabarrete	1	11%
Des. Fed. Henrique Herkenhoff	1	11%
Des. Fed. Johonsom di Salvo	1	11%
Des. Fed. Peixoto Jr.	2	23%
Des. Fed. Ramza Tartuce	1	11%
Des. Fed. Sylvia Steiner	1	11%
Des. Fed. Vesna Kolmar	1	11%
Juíza Conv. Márcia de Oliveira	1	11%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Houve uma distribuição equitativa entre os relatores das Turmas na amostra das apelações obtidas, tendo oito deles julgado 11% das apelações, enquanto apenas um julgador, julgou 23% delas. Os números demonstram que a amostra obtida é representativa da diversidade de pontos de vista dos julgadores nas diferentes turmas.

Quadro 44: Apelante

Apelante	Frequência	Porcentagem
Justiça Pública	3	33%
Réus	4	44%
Justiça Pública e Réus	2	23%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Os réus, isoladamente, figuram como apelantes em 44% das apelações. Em 23%, os réus figuram como apelantes juntamente com a Justiça Pública. Em 33%, a Justiça Pública surge como única apelante. Tomando-se o conjunto das apelações, verifica-se que os réus predominam como apelantes em 67% dos casos, enquanto a Justiça Pública surge como apelante em 56%. Verifica-se que na maioria dos casos, tanto a defesa quanto a acusação mostraram discordância em relação à sentença de Primeira Instância.

Quadro 45: Apelado

Apelado	Frequência	Porcentagem
Justiça Pública	4	44%
Réus	3	33%
Justiça Pública e Réus	2	23%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

A Justiça Pública figura como apelado isolado em 44% das apelações. Em 33%, figuram apenas réus. Em 23%, figuram réus juntamente com a Justiça Pública. Considerando-se as proporções em conjunto, verifica-se que a Justiça Pública predomina entre os apelados em 56% dos casos, enquanto que os réus figuram como apelados em 46%.

Quadro 46: Unanimidade das decisões

Unanimidade	Frequência	Porcentagem
Votação Unânime (VU)	9	100%
Maioria de Votos (MV)	0	0%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Todas as apelações foram julgadas de forma unânime pelas turmas julgadoras, indicando a ausência de divergência nos julgamentos. Constata-se, assim, certa coesão entre os julgadores para reforçar a decisão final da Turma.

4.1.2 Resultado Final das Decisões

Quadro 47: Resultado da decisão quanto ao crime de gestão temerária

Resultado	Frequência	Porcentagem
Condenação de todos os réus	1	11%
Absolvição de todos os réus	3	34%
Condenação de corréu e Absolvição de corréu	4	44%
Prescrição após condenação de réu	1	11%
Total	9	100 %

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Nas apelações coligidas, em 44% dos casos houve condenação de corréu e absolvição de corréu. Em 34%, todos os réus foram absolvidos. Em 11%, todos foram condenados. Em outros 11%, o Tribunal, após condenar o réu, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva em razão da pena aplicada em concreto.

Quadro 48: Ocorrência de condenações de pelo menos um réu por gestão temerária sobre o total de decisões

Resultado	Frequência	Porcentagem
Condenação	5	56%
Outras	4	44%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 56% dos casos, houve a condenação de pelo menos um réu pelo crime de gestão temerária. Assim, na maioria das decisões houve decisão final condenatória para pelo menos um dos réus.

Quadro 49: Ocorrência de absolvições de pelo menos um réu por gestão temerária sobre o total de decisões

Resultado	Frequência	Porcentagem
Absolvição	7	78%
Outras	2	22%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 78% dos casos houve absolvição de pelo menos um réu. Ou seja, apesar das decisões finais condenatórias de pelo menos um dos réus verificadas anteriormente, na maioria das decisões, muitos dos corréus são absolvidos da imputação de gestão temerária.

Quadro 50: Evolução da decisão da Primeira Instância para o Tribunal

Resultado	Frequência	Porcentagem
Absolvição de todos os réus → Absolvição de todos os réus	2	23%
Condenação de corréu e Absolvição de corréu → Condenação de corréu e Absolvição de corréu	3	33%
Absolvição do réu → Prescrição após condenação	1	11%
Condenação de todos os corréus → Condenação de corréu e Absolvição de corréu	1	11%
Condenação de corréu e Absolvição de corréu → Absolvição de todos os corréus	1	11%
Condenação de corréu e Absolvição de corréu → Condenação de todos os réus	1	11%
Total	9	100 %

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Os dados apontam que, em 56% dos casos, não houve alteração do resultado da decisão de Primeira Instância. Desse percentual, em 23%, houve absolvição de todos os réus e em 33% houve condenação de corréu e absolvição de outro.

Em 44% dos casos o resultado da decisão do Tribunal foi diferente do resultado de Primeira Instância. Desse percentual: em 11%, a decisão absolutória de Primeira Instância foi reformada pelo Tribunal para condenar o réu pelo crime, mas diante da pena aplicada em concreto, reconheceu a extinção da punibilidade pela prescrição; em 11%, a decisão de Primeira Instância havia condenado todos os corréus, ao passo que o Tribunal reformou-a para condenar uns e absolver outros; em 11%, alguns corréus foram condenados e outros absolvidos em Primeira Instância, e, no Tribunal, todos foram absolvidos e; em 11%, alguns corréus tinham sido condenados e outros absolvidos e, no Tribunal, foram todos condenados. Ou seja, na maioria dos casos a decisão de Primeira Instância é mantida, e, nos casos em que a decisão foi reformada, predominou a absolvição.

Os números obtidos acerca do resultado final da decisão aproximam-se dos percentuais alcançados na mencionada pesquisa da Direito GV sobre a Lei 7.492/1986 (item 3.1.2 *supra*), segundo a qual, nas decisões que tratavam do mérito da ação penal, predominaram decisões condenatórias nos TRFs e de confirmação da condenação no STJ

(MACHADO; GIMENES; MACHADO, 2010, pp. 110 e 137). A predominância de decisões condenatórias sobre crimes financeiros também foi identificada na mencionada pesquisa de Edson Soares Ferreira (item 3.1.2 *supra*) que abrangeu acórdãos de todos os TRFs no período de 2006 a 2008; do total de acórdãos sobre os mais variados tipos de recurso e ações originárias, apurou-se que as decisões condenatórias predominaram (FERREIRA, 2009, p. 62).

Faz-se, nesse particular, a mesma observação do item 3.1.2 *supra*: diante da predominância de decisões condenatórias nos Tribunais pelos crimes financeiros, indica-se que a Lei 7.492/1986 tem atingido o seu objetivo de reduzir o déficit de eficácia nas condenações (item 2.3 *supra*). Todavia, para confirmá-la, seria necessária uma pesquisa nas Varas de Execução Criminal para saber quantas penas são efetivamente cumpridas (item 3.1.2 *supra*).

4.1.3 Qualificação Jurídica na Denúncia

Quadro 51: Qualificação jurídica na denúncia

Qualificação	Frequência	Porcentagem
GT	4	44%
GT cc art. 70 CP	1	11%
GT e GF	1	11%
GF	1	11%
GF e art. 10 LCF cc art. 70 CP	1	11%
EV	1	11%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

(Legenda: GF – gestão fraudulenta; GT – gestão temerária; EV – empréstimo vedado; LCF – Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional)

Em 44% dos casos, os réus foram denunciados apenas pelo crime de gestão temerária. Em 11%, os réus foram denunciados por gestão temerária em concurso formal de crimes. Em 11%, por gestão temerária e por gestão fraudulenta. Em 11%, por gestão fraudulenta. Em 11%, por gestão fraudulenta e falsidade em demonstrativos contábeis (art. 10 da Lei 7.492/1986) em concurso formal. Em 11%, por empréstimo vedado.

Nota-se que, apesar de predominarem denúncias mencionando o tipo específico (art. 4º, par. ún.), em cerca de um terço dos casos a peça acusatória qualificava a conduta como gestão fraudulenta, figura mais grave, ou empréstimo vedado, outro dos principais crimes afetos à administração das instituições financeiras. Esse fato pode ser atribuído ao maior grau de indeterminação do tipo de gestão temerária em relação a estes dois crimes, a ser explorada no item 4.2.3 *infra*. Ademais, indica-se aderência do MPF à tese da possibilidade do concurso dos crimes do art. 4º com outras figuras da Lei 7.492/1986 (item 3.2.5 *supra*), ou com outra conduta da mesma espécie. Logo, observa-se que o Ministério Público Federal tende a fazer uma interpretação ampliativa do tipo (mesma constatação do item 3.1.3 *supra*) ou a remeter-se a outras figuras típicas no momento de oferecer a denúncia, cabendo as mesmas observações sobre as diferenças de pontos de vista entre os profissionais do direito feitas no item 3.1.5 *supra*.

4.1.4 Materialidade, Autoria e Espécie de Instituição Financeira Envolvida

Quadro 52: Elementos de prova da materialidade

Meio de Prova	Frequência	Porcentagem
Documentos	5	55%
Documentos e Testemunhas	1	11%
Documentos e Interrogatório	1	11%
Documentos, Testemunhas e Interrogatório	2	23%
Perícia	0	0%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 55% dos casos, somente a análise de documentos foi considerada para a decisão do Tribunal. Em 23%, o Tribunal analisou documentos, o depoimento de testemunhas e o interrogatório de réu. Em 11%, documentos e o depoimento de testemunhas. Em 11%, documentos e o interrogatório dos réus. Em nenhuma das apelações houve análise ou menção à prova pericial.

Verifica-se que em todos os casos, a prova documental é o principal meio de prova da materialidade analisado pelo Tribunal para o crime de gestão temerária, não tendo sido

discutida nas apelações a necessidade de produção de prova pericial sobre o caráter ‘temerário’ das operações financeiras.

A prática do Tribunal afasta-se, assim, da posição de Bitencourt; o autor, ao tratar da gestão temerária, considera imprescindível a avaliação da gestão não apenas do ponto de vista jurídico como também do ponto de vista da técnica da administração; sustenta ser necessária, portanto, a realização de perícia oficial, de preferência realizada por uma junta composta por três especialistas em razão da complexidade da matéria¹⁹⁰.

Acrescentem-se, nesse particular, as observações feitas no item 3.1.4 *supra*, acerca da posição do Tribunal de *a priori* conferir pouco valor à prova pericial, mesmo diante de casos que envolvam conhecimentos específicos sobre contabilidade e gestão de risco e ativos em instituições financeiras.

Quadro 53: Autoria

Réu	Frequência	Porcentagem
Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira	7	78%
Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira de uns e de sócios-administradores de empresas não financeiras de outros	1	11%
Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira de uns e de funcionários de instituição financeira de outros	1	11%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Com relação à autoria, verifica-se que em 78% das apelações figuraram, isoladamente, como autores do crime de gestão temerária, administrador, diretor ou gerente de instituição

¹⁹⁰ “No entanto, o exame da gestão de instituição financeira não pode ser avaliado, no plano puramente jurídico, quer pelo julgador, quer por qualquer outro operador do direito, mas dependerá, fundamentalmente, do exame técnico de especialistas dessas atividades (operadores do mercado financeiro, da bolsa de valores, (ex)executivos de grandes instituições financeiras etc.). Com efeito, a nosso juízo, podem e devem ser nomeados especialistas, pelo juiz, com a missão de elaborarem um laudo pericial, com a finalidade de fornecer uma prova técnica valiosa ao julgador para formar a sua convicção. Contudo, pela complexidade do conjunto de medidas, atos ou decisões que a administração de uma instituição financeira oportuniza, sugerimos que o laudo pericial seja elaborado por uma espécie de junta ou comissão pericial, formada por três especialistas e não somente por um perito oficial ou duas pessoas com diploma, como normalmente recomenda o Código de Processo Penal brasileiro (art. 159 do CPP, com redação alterada de 2008).” (BITENCOURT, 2010, p. 65).

financeira. Em 11%, réus na condição de administradores, diretores ou gerentes figuravam juntamente com réus que eram sócios e administradores de empresa não-financeira. Em 11%, havia réus administradores, diretores ou gerentes atuando em concurso de pessoas juntamente com outros funcionários da instituição financeira.

Observa-se que o principal alvo da persecução penal nas apelações analisadas são administradores, diretores e gerentes de instituição financeira, que figuraram em todos os casos. Isso se coaduna com a regra do art. 25 da Lei 7.492/1986 (vide item 3.1.4 *supra*).

Todavia, as manifestações explícitas do Tribunal quanto à interpretação do art. 25 aproximam-se de uma corrente mais restritiva, não se admitindo a coautoria de gerente de agência ou de funcionários estranhos aos comitês de crédito e à administração superior da instituição financeira. As manifestações explícitas, assim, aproximam-se da doutrina de Gomes, mencionada no item 3.1.4 *supra* (GOMES, 2000, p. 363). As decisões que trataram da matéria, assim, afastam-se da posição ampliativa de Baltazar Jr., pelo qual a gestão temerária é “crime próprio, que somente pode ser praticado por uma das pessoas mencionadas no art. 25 (...). Inclui-se nesse conceito o gerente de agência (...)”. Dito isso, o autor remete à mesma posição defendida para o crime de gestão fraudulenta mencionada no item 3.1.4 *supra* (BALTAZAR JR., 2010, pp. 332-333 e 341).

Foi o que aconteceu na ACR 2005.03.99.026004-1, na qual o réu, gerente de agência bancária, autorizou diversas operações, que somadas atingiam alto valor, porém não havia a exigência de garantias ou qualquer outra formalidade. Os beneficiários eram corréus, sócios de uma empresa, cuja receita era insuficiente para o pagamento das dívidas. O Tribunal considerou a conduta atípica por entender que gerente de agência bancária, sendo empregado do banco, e não executivo da administração central da instituição, não está abrangido pelo conceito do art. 25 da Lei 7.492/1986 e sua conduta não é capaz de causar lesão à credibilidade do sistema financeiro como um todo. A decisão funda-se no entendimento doutrinário de Manoel Pedro Pimentel. Enquanto em Primeira Instância alguns corréus foram condenados e outros absolvidos, no Tribunal, todos foram absolvidos:

“O caso dos autos é de imputação de gestão temerária de instituição financeira feita a agente na condição de gerente geral de agência (...). As violações ao Sistema Financeiro Nacional praticadas na gestão de instituições financeiras são crimes próprios, só as pessoas incluídas no rol do artigo 25 da Lei 7.492/86 podendo figurar como autores e, cumprida essa condição, então possibilitando-se a participação de terceiros. O réu condenado era um gerente de agência, funcionário (...) com vínculo empregatício e nesta condição não praticou atos de gestão no sentido penal. Ilustra este entendimento comentários de Manoel Pedro Pimentel, ‘verbis’: ‘ 4. Nos termos do art. 25 da lei sob exame, podem ser sujeitos ativos das infrações nela descritas,

como sujeitos ativos próprios, ‘o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes’. Entendemos que o vocábulo gerente somente designa os agentes responsáveis pela condução da instituição financeira, na administração superior da empresa, e não os gerentes executivos, assalariados, que respondem por agências ou filiais, sem autonomia e poder de decisão nas questões relevantes da vida empresarial. É claro que esta ressalva cabe apenas em relação aos crimes que disserem respeito aos comportamentos especificados na lei, em que a cobrança de responsabilidade se faça relativamente às decisões de cúpula, uma vez que mesmo os gerentes de agências ou de filiais serão sujeitos ativos em outras infrações previstas nesta lei especial. A questão deverá ser examinada caso a caso, atentando-se para esta observação que acabamos de fazer.” (Comentários à Lei 7.492, de 16.06.86, p. 175. Edit. Revista dos Tribunais: 1987.) Faz parte da função e do cotidiano de um gerente de agência decidir sobre empréstimos mas isto não faz dele um dirigente da instituição financeira. A esfera pessoal de validade da norma punindo a autoria da gestão temerária restringe-se aos órgãos de direção da instituição financeira. Os atos de gestão sob a incidência da norma penal não se equiparam a decisões de gerentes executivos. Teoricamente podem estar ocasionando prejuízos à instituição financeira mas outro é o significado da lei penal que só considera lesivos ao Sistema Financeiro Nacional os atos praticados pelos órgãos de direção e administração. O delito imputado tem como conteúdo condutas praticadas na gestão das instituições financeiras e, destarte, é a instituição financeira como um todo que deve ser considerada. E para que um ato possa ser imputado à instituição financeira como um todo é preciso que seja praticado por quem detenha poderes gerais de mando. A concepção da definição legal do delito que é de gestão da instituição financeira já limita o conceito da qualificação pessoal exigida ao círculo de agentes com poderes gerais e superiores de decisão e reforça este entendimento a objetividade jurídica. Com efeito, os bens objeto da proteção penal estão na política econômica do governo e estabilidade e segurança do mercado, daí não se concebendo eventos de lesão a semelhantes interesses em condutas praticadas por funcionários que não integram a cúpula e que por si sós não podem causar prejuízos de modo a pôr a instituição financeira, que como tal só pode ser reconhecida no todo, em risco com correlatos resultados de abalos no SFN. Um gerente de agência não passa disto, gere a agência, não a instituição financeira. Esta é gerida por seus diretores, pelo escalão superior, por administradores com amplitude de poderes abrangentes da instituição financeira em toda a sua extensão. O Direito em geral e mais ainda o Direito Penal não se concebe sem definições de condutas que compõem o conteúdo das normas. E o princípio da legalidade aplica-se com mais vigor no Direito Penal, que não admite a integração por analogia. A interpretação da lei no prisma do bem jurídico protegido e também do conceito de gestão de instituição financeira na alvitrada subordinação à prática de atos qualificados pela competência ampla e geral do agente administrador a meu juízo impõe a exegese restritiva do vocábulo ‘gerente’. Condutas praticadas por gerente executivo de agência bancária ficaram de fora do âmbito de autoridade da lei. A norma penal não contempla atos de gerência de agência bancária e não pune os empregados exercentes dessas funções. Pode, a exemplo, ser o gerente responsabilizado penalmente por delito do artigo 19, alvitrando-se hipótese de cumplicidade com o beneficiário de financiamento obtido mediante fraude mas em tipos penais em cuja definição de algum modo entra o ente corporativo, a instituição financeira, não se possibilita a prática por agente nestas condições porque não representa e seus atos não são de gestão da instituição financeira. Concluo, destarte, pela atipicidade da conduta, aplicando-se ao caso o art. 386, III do CPP. Diante do exposto, dou provimento ao recurso para absolvição do réu apelante, com extensão ao acusado que não recorreu, nos termos do artigo 580 do CPP.” (ACR 2005.03.99.026004-1, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 16.05.2006, DJ 01.09.2006).

O mesmo se deu no julgamento da ACR 2005.03.99.001273-2. Os corréus, membros do departamento de operações de desenvolvimento de banco, em concurso com gerente e funcionário de agência bancária, induziram o comitê de crédito da instituição a aprovar

empréstimos e operações com juros abaixo do mercado, sem que a empresa beneficiada tivesse capacidade para a consecução do projeto a ser financiado. O Tribunal considerou a conduta atípica por entender que gerente de agência bancária, sendo empregado do banco, e não executivo da administração central da instituição, não está abrangido pelo art. 25 da Lei 7.492/1986 e sua conduta não é capaz de causar lesão ao sistema financeiro. Réus que haviam sido absolvidos em Primeira Instância, também o foram pelo Tribunal:

“A concepção da definição legal do delito que é de gestão da instituição financeira já limita o conceito da qualificação pessoal exigida ao círculo de agentes com poderes gerais e superiores de decisão e reforça este entendimento a objetividade jurídica. Com efeito, os bens objeto da proteção penal estão na política econômica do governo e estabilidade e segurança do mercado, parecendo difícil conceber eventos de lesão a semelhantes interesses em condutas praticadas por funcionários que não integram a cúpula e que por si sós não podem causar prejuízos de modo a pôr a instituição financeira, que como tal só pode ser reconhecida no todo, em riscos com correlatos resultados de abalos no SFN.” (ACR 2005.03.99.001273-2, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 16.05.2006, DJ 30.06.2006).

Portanto, nos casos de gestão temerária, as manifestações explícitas do Tribunal foram no sentido de uma interpretação restritiva da combinação do art. 4º, par. ún., com o art. 25 da Lei 7.492/1986.

Quadro 54: Espécie da principal instituição financeira ou equiparada envolvida nos casos

Espécie de Instituição Financeira	Frequência	Porcentagem
Banco	6	66%
Corretora	1	11%
Distribuidora	2	23%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 66% das apelações, o banco figura como a principal instituição financeira envolvida. Em 22%, surge a distribuidora. Em 11%, aparece a corretora.

Nesse particular, verifica-se que as instituições financeiras envolvidas nos casos obtidos são as integrantes do sistema financeiro nacional (cf. item 3.1.4 *supra*). Não houve discussão acerca da definição de instituição financeira do art. 1º da Lei 7.492/1986 para fins de configuração do crime de gestão temerária, bem como restou ausente a hipótese da prática do delito em instituição irregular.

4.1.5 Citação de Doutrina e de Julgados

Quadro 55: Citação de doutrina sobre o tipo

Citação de Doutrina	Frequência	Porcentagem
Sim	7	78%
Não	2	22%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 78% das apelações há citação de doutrina sobre o crime de gestão temerária. Isso significa que o Tribunal utiliza a doutrina para reforçar seus argumentos sobre aspectos do crime, isto é, não está alheio à produção doutrinária sobre a Lei 7.492/1986.

Quadro 56: Número de citações classificadas por autor

Obra	Frequência	Porcentagem
PIMENTEL, M. P.. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. SP: RT, 1987.	5	50%
OLIVEIRA, E.. Crimes contra a Economia Popular. RJ: Freitas Bastos, 1952.	3	30%
BALTAZAR JR, J. P.. Crimes Federais. POA: do Advogado, 2007.	1	10%
SANCTIS, F. M.. Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional. Camp.: Millenium, 2003.	1	10%
Total	10	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

O autor mais citado nas apelações é Manoel Pedro Pimentel, com 50% das citações. Com 30% das citações figura Elias de Oliveira. Em 10%, aparece José Paulo Baltazar Jr., e, em outros 10%, é citado Fausto De Sanctis. Nota-se maior citação de autores que desenvolveram sua doutrina à luz do dispositivo da Lei de Crimes contra a Economia Popular (Pimentel e Oliveira¹⁹¹), tendo sido Pimentel um dos primeiros críticos das mudanças trazidas

¹⁹¹ As definições tanto da gestão fraudulenta como da temerária de ambos os autores, podem ser extraídas da obra de Pimentel: “Elias de Oliveira, o mais completo comentarista dessa lei, assentou: ‘Por gestão fraudulenta deve entender-se todo ato de direção, administração ou gerência, voluntariamente consciente, que traduza manobras ilícitas, com emprego de fraudes, ardis e enganos. Ao passo que gestão temerária significa a que é feita sem a prudência ordinária ou com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como

pela Lei 7.492/1986, contestando a redação ampliativa do tipo como visto no item 2.3 *supra*. Isso tem reflexos na posição do Tribunal sobre o crime de gestão temerária a ser objeto de análise no item 3.2.3. *infra*. Cabem aqui as mesmas observações quanto aos diferentes pontos de vista dos operadores do direito mencionados no item 3.1.5 *supra*.

Quadro 57: Citação de julgados

Citação de Julgados	Frequência	Porcentagem
Sim	7	78%
Não	2	22%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 78% das decisões, há referência a julgado de Tribunal para justificar determinado posicionamento sobre o crime de gestão temerária. Ou seja, as Turmas buscam precedentes para justificar suas decisões.

Quadro 58: Número de citações de julgados por Tribunal

Tribunal	Frequência	Porcentagem
STF	0	0%
STJ	2	13%
TRF1	2	13%
TRF2	1	6%
TRF3	6	37%
TRF4	5	31%
TRF5	0	0%
Total	16	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Consideradas todas as citações de julgado, 37% delas correspondem a julgados do próprio Tribunal Regional Federal da 3ª Região; 31%, a julgados do TRF da 4ª Região; 13%,

improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigosas ou inescrupulosamente arriscando o dinheiro alheio.’ (PIMENTEL, 1987, p. 49); “Tipo objetivo: O crime consiste em gerir fraudulentamente, ou, então, gerir temerariamente. Gerir significa administrar, dirigir, regular, comandar. Condição para a existência do delito, como elemento normativo do tipo, é que a gestão seja fraudulenta ou temerária. Gestão fraudulenta é aquela em que há fraude, através do engano, manobra ardilosa ou engenhosa, maliciosa ou dolosa, com o fito de prejudicar alguém ou de obter indevida vantagem para o agente ou para outrem. Gestão temerária é caracterizada pela 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.” (PIMENTEL, 1987, p. 51).

julgados do Superior Tribunal de Justiça; 13%, do TRF da 1ª Região; e 6%, do TRF da 2ª Região. Não há referência a julgado do Supremo Tribunal Federal, nem do TRF da 5ª Região.

Do número total de citações, constata-se que os julgados mais citados foram do próprio TRF da 3ª Região, a indicar que o Tribunal confere relevo aos seus próprios precedentes. Todavia a maioria das citações é de outros TRFs ou do STJ, o que demonstra, no tocante à gestão temerária, maior influência das demais Cortes. Uma hipótese para isso é o fato de o crime de gestão temerária ser menos frequente que o crime de gestão fraudulenta o que enseja uma pesquisa de precedentes de outras Cortes na maior parte dos casos para justificar determinado posicionamento.

4.2 Resultados Qualitativos

4.2.1 Relação com a Esfera Administrativa

Quadro 59: Condenação na esfera administrativa em processo punitivo

Condenação	Frequência	Porcentagem
Sim	3	33%
Não	1	11%
Não Menciona	5	56%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 56% das apelações não há menção à eventual condenação na esfera administrativa em processo punitivo. Em 33% dos casos¹⁹² houve condenação de réu em processo administrativo punitivo. Em 11% dos casos¹⁹³ não houve condenação na esfera administrativa.

Verifica-se que, na maioria dos casos, a conclusão de eventual processo administrativo punitivo não é relevante para o julgamento do crime de gestão temerária, pois sequer é digno de referência.

¹⁹² ACR 2003.03.99.017693-8, ACR 1999.61.81.002842-3 e ACR 1999.61.81.001392-4.

¹⁹³ ACR 2005.03.99.026004-1.

Quadro 60: Condenação na esfera administrativa em processo punitivo e resultado final da decisão

Resultado final	Frequência	Porcentagem
Condenação de corréu e Absolvição de corréu	1	33%
Absolvição	1	33%
Absolvição de corréu e Prescrição após condenação de corréu maior de 70 anos	1	34%
Total	3	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Do conjunto de decisões nas quais houve condenação na esfera administrativa por conduta relativa à gestão temerária, verifica-se que o Tribunal não seguiu o entendimento em relação a pelo menos um dos réus em todos os casos. Os casos dizem respeito a administradores de corretora e distribuidoras. Logo, contata-se que o Tribunal não necessariamente segue as mesmas conclusões da autoridade administrativa.

Quadro 61: Ausência de condenação na esfera administrativa em processo punitivo e resultado final da decisão

Resultado final	Frequência	Porcentagem
Absolvição	1	100%
Total	1	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Na decisão em que não houve condenação na esfera administrativa, o réu restou absolvido pelo Tribunal. Nesse aspecto, pode-se afirmar certa congruência entre as esferas.

Todavia, considerada a análise conjunta deste dado com os do quadro 60, verifica-se que na maior parte dos casos em que há referência à decisão da esfera administrativa, esta não coincide com o resultado da decisão final do Tribunal.

Portanto, considerando que na maioria das decisões o Tribunal não menciona o resultado da decisão na esfera administrativa, e, quando o faz, na maior parte das vezes o resultado não é o mesmo, verifica-se, na prática, uma independência da esfera judicial em relação à esfera administrativa no julgamento do crime de gestão temerária.

Esse resultado pode ser explicado diante da posição explícita defendida na ACR 1999.61.81.001392-4 pela tese da independência das esferas administrativa e judicial, com fundamento no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). No caso concreto, o réu, diretor de corretora, fez a operação temerária de venda de lote de ouro a determinada empresa, sem lastro, infringindo regras do Banco Central. A operação visava a realização de prejuízo, de modo a compensar contas da corretora com determinada empresa. O Tribunal considerou a conduta típica, independentemente da verificação de prejuízo. Em Primeira Instância o réu fora absolvido, porém, o Tribunal o condenou. Diante da pena fixada em concreto, foi reconhecida a ocorrência da prescrição. No tocante à independência das esferas, eis a posição do Tribunal:

“E, embora a defesa sustente que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro, ao apreciar o recurso voluntário do recorrido, reconheceu que não restou demonstrada a sua responsabilidade, é bom que se diga que na verdade, não houve absolvição ou determinação de arquivamento do processo administrativo em relação ao apelado. O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro houve por bem convolar a pena de inabilitação temporária para o exercício de cargo de administração para a pena pecuniária, resultando, assim, na minimização da pena administrativa aplicada ao recorrido. E mais, a aplicação da pena de multa em última instância administrativa não impede que a conduta do apelado seja subsumida penalmente ao artigo 4º, § único da Lei 7.492/86, pois, não se pode olvidar que a seara penal independe da seara administrativa, não estando o Poder Judiciário vinculado às decisões tomadas na esfera administrativa - Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário – artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna.” (ACR 1999.61.81.001392-4, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 31.08.2009, DJ 15.09.2009).

O Tribunal afastou-se, assim, do entendimento doutrinário que defende certa correlação entre o ilícito administrativo e judicial em crime contra o SFN (FELDENS; SCHMIDT, 2007, pp. 232-233), bem como à evolução dada à interpretação aos crimes tributários no STF (cf. item 3.2.1 *supra*). Pode-se atribuir isso à própria incipiência do direito administrativo sancionador no Brasil (OSÓRIO, 2007, pp. 14-15).

Portanto, no que diz respeito à gestão temerária, predominou a interpretação que privilegia a independência das esferas administrativa e judicial, que se coaduna com uma prevalência da eficiência na persecução penal ao invés de se conferir maior oportunidade de defesa ao réu e maior subsidiariedade ao direito penal, pois o Tribunal considera irrelevantes as conclusões dos órgãos supervisores do sistema financeiro acerca da configuração ou não do delito. Neste particular, cabem os mesmos comentários acerca da relação entre as instâncias feitas no item 3.2.1 *supra*.

4.2.2 Ofensa ao Princípio da Legalidade

Quadro 62: Ofensa ao princípio da legalidade

Ofensa à Legalidade	Frequência	Porcentagem
Sim	0	0%
Não	5	56%
Não Menciona	4	44%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 56% das apelações¹⁹⁴, o Tribunal afirma expressamente que o tipo de gestão temerária do art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 não fere o princípio da legalidade. Em 44% dos casos, a questão da ofensa ao princípio da legalidade não é mencionada.

Ou seja, na maior parte das decisões o Tribunal entende que a previsão do elemento normativo ‘temerária’, embora seja aberto, é passível de determinação pelo juiz.

Na ACR 2000.03.99.010950-0, o Tribunal afirmou que, embora a redação do tipo seja deficiente, é possível fazer uma interpretação integrativa com outros diplomas, notadamente o art. 15 da Lei 6.024/1974¹⁹⁵, o qual contém rol de condutas de má administração de instituição financeira a ensejar liquidação extrajudicial, de modo a delimitar a conduta incriminada, sem ofensa ao princípio da legalidade:

¹⁹⁴ ACR 2000.03.99.010950-0, ACR 2003.03.99.017693-8, ACR 2000.61.81.003630-8, ACR 1999.61.81.001392-4 e ACR 2002.03.99.016400-2.

¹⁹⁵ Art. 15 da Lei 6.024/1974: “Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira: I - ex officio : a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência; b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais; c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários; d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores; II - a requerimento dos administradores da instituição - se o respectivo estatuto social lhes conferir esta competência - ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida. § 1º O Banco Central do Brasil decidirá sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões deste sobre os interesses dos mercados financeiro e de capitais, e, poderá, em lugar da liquidação, efetuar a intervenção, se julgar esta medida suficiente para a normalização dos negócios da instituição e preservação daqueles interesses. § 2º O ato do Banco Central do Brasil, que decretar a liquidação extrajudicial, indicará a data em que se tenha caracterizado o estado que a determinou, fixando o termo legal da liquidação que não poderá ser superior a 60 (sessenta) dias contados do primeiro protesto por falta de pagamento ou, na falta deste do ato que haja decretado a intervenção ou a liquidação.”

“Não têm sido poucos os doutrinadores a se debruçarem sobre o tipo penal em questão. No entanto, tal fato não tem impedido os Tribunais de, na sua função de aplicar da lei, interpretarem a norma de acordo não só com a *mens legis*, mas igualmente com a integração com outros tipos normativos, como já dito acima. Assim, tem-se, primeiramente, a disposição contida no art. 3º, IX, da Lei nº 1.521/51, que descreve o tipo penal de gestão temerária, e que poderia ser tido inclusive por não derogado, na medida em que o tipo penal novo não regulou a matéria de forma completamente diversa. Igualmente razoável o recurso à previsão trazida pela Lei nº 6.024/74, que dispõe sobre a intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e que traz, em seu artigo 15, um extenso rol de condutas que são tidas como de ‘má administração’, a autorizar a intervenção. (...) Não há pois como afirmar-se, quer em sede doutrinária, quer jurisprudencial, a inconstitucionalidade do tipo penal, por impossibilidade de se delimitar o elemento normativo do tipo penal ou por ferir-se o princípio da reserva legal. Como visto, o elemento normativo do tipo já vem, há muito, sendo delimitado. Igualmente não há, no caso dos autos, como reconhecer a atipicidade das condutas imputadas aos acusados, já que praticaram, de fato, atos que levaram à concessão do empréstimo ruinoso à empresa deficitária, agindo de forma imprudente, inescrupulosa, arriscada além do aceitável nas atividades peculiares – para repetir os termos do julgado retro colacionado.” (ACR 2000.03.99.010950-0, Segunda Turma, Des. Fed. Sylvia Steiner, j.28.05.2002, DJ 22.07.2002).

Na ACR 2003.03.99.017693-8, afastou-se a inconstitucionalidade sustentando-se que seria interminável uma busca de determinação de todos os tipos penais, cabendo ao intérprete estabelecer seu alcance e possibilidade de aplicação:

“A defesa, em sustentação oral, arguiu a inconstitucionalidade do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 7.492/86. Embora não o tenha feito em suas razões de apelação, como a matéria pode ser conhecida de ofício, enfrento-a para rejeitá-la. É dos fatos que os réus se defendem. Qualificá-los juridicamente compete ao Judiciário. A denúncia descreve as condutas. Reputá-las como gestão temerária ou não é função jurisdicional. Todos os conceitos jurídicos são passíveis de interpretação. As fronteiras de sua significação são mais ou menos instáveis. A evolução histórica da sociedade estabelece quais vocábulos causam mais ou menos perplexidade, dúvida ou certeza. O vivo, o morto, o amor, o concreto, o abstrato, o fraudulento, o temerário, etc. podem gozar de maior ou menor estabilidade. Caberá a quem os utiliza determinar-lhes o alcance, a aplicabilidade e as consequências. No caso de gestão temerária como ação criminosa sujeita a sanções, o Judiciário deve balizá-la à situação específica. Por isso, o que se afigura vago ao defensor, não o é para este julgador. À vista do que se expôs, o crime de gestão temerária não ofende o princípio da legalidade (artigo 5º, incisos II e XXXIX, da CF). O caráter aberto dos vocábulos e conceitos é da própria natureza da linguagem. Não há abusividade em tipificar como delito a conduta de gerir temerariamente instituição financeira. Seria tarefa sem fim delimitar conceitualmente qualquer elemento de tipos penais. Na verdade, alguns são dotados de maior ou menor sedimentação. A jurisprudência majoritária é no sentido de que o artigo 4º, § 1º (sic), da Lei nº 7.492/86 é constitucional: (...)” (ACR 2003.03.99.017693-8, Quinta Turma, Des. Fed. André Nabarrete, j. 20.09.2004, DJ 19.10.2004).

Na ACR 2000.61.81.003630-8, por sua vez, ressaltou-se a necessidade de tipo aberto a ser preenchido pela discricionariedade do juiz diante das frequentes transformações das práticas financeiras, de modo a abranger ilícitos futuros:

“A discussão acerca da constitucionalidade do artigo 4º, da Lei 7.492/86, em razão da veiculação de tipo penal aberto, com a conseqüente afronta ao princípio da reserva legal, já se encontra superada nos Tribunais Pátrios, na medida em que a produção do resultado naturalístico deixou de integrar o preceito primário da norma

sob exame, diferentemente do que ocorria no artigo 3º, IX, da Lei 1.521/51 (Lei de Economia Popular), que o descrevia como crime de resultado e exigia a falência ou insolvência da instituição, como decorrência da gestão, ou o descumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. Trata-se agora de crime de mera conduta, no qual basta a realização do comportamento típico para a incidência da norma. (...) Conclui-se que a *mens legis* na edição da norma incriminadora do tipo penal, ao excluir do seu preceito primário o resultado naturalístico como elementar do crime, foi a de instituir um tipo anormal, que exige a aferição de elemento normativo do tipo, admitindo o legislador a impossibilidade material de uma previsão apriorística de todas as modalidades de conduta fraudulenta ou temerária na gestão de instituição financeira, com o escopo de delegar ao Poder Judiciário a função integrativa da norma e assim criar um instrumento jurídico repressivo que se ajustasse continuamente aos fatos sociais, acompanhando a evolução das práticas financeiras e das novas modalidades de ilicitude surgidas. (...) Nesse passo, conclui-se que a conduta de assunção de riscos incompatíveis com a capacidade econômico-financeira do Banco P. não é apta a configurar o crime previsto no ‘caput’ do artigo 4º, já que não constituiu expediente fraudulento, elemento normativo do referido tipo penal, subsumindo-se, pois, ao crime de gestão temerária (...).” (ACR 2000.61.81.003630-8, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 04.08.2009, DJ 08.10.2009).

A impossibilidade de previsão das mais diferentes formas pelas quais a conduta poderá ser praticada e a normalidade da técnica legislativa dos tipos abertos ocorrida em outras figuras do Código Penal foram ressaltadas para justificar a constitucionalidade do elemento normativo ‘temerária’ na ACR 1999.61.81.001392-4:

“É de se consignar, por ser questão básica enfrentada pela doutrina e jurisprudência pátrias, que a Lei 7.492/86 tem sido duramente criticada em razão da técnica legislativa que a veiculou, seja pela falta de precisão de alguns dos seus termos, como também pela abertura de seus tipos penais, que muitas vezes, e em especial no que concerne ao tipo penal em discussão no caso concreto não definiu em seu caput e § único o que seja gestão fraudulenta e gestão temerária, o que levou parte da doutrina e da jurisprudência a considerá-lo inconstitucional por ofensa ao princípio da reserva legal e da taxatividade, por ser um tipo aberto. Deve ser rechaçada tal tese, que, inclusive, não foi encampada pela sentença, apesar de concluir pela absolvição do ora apelante (fls.). Tanto a gestão temerária como a fraudulenta, ambas podem assumir um número praticamente *infinitum* de comportamentos e a exigência de descrição de cada um deles em tipos penais fechados se tornaria tarefa árdua e quase impossível, deixando uma porta aberta para a impunidade em relação a tais crimes. A norma incriminadora estampada no artigo 4º caput e § único da Lei 7.492/86 não contém descrição típica vaga e a existência de elemento normativo no tipo (‘gerir fraudulentamente’ e ‘gestão temerária’) é passível de demarcação conceitual concreta, não afrontando o princípio da reserva legal. Sobreleva registrar a existência, em nosso ordenamento jurídico, de tipos abertos (como, por exemplo, os culposos) ou a existência de diversas normas penais contendo elementos normativos (como, por exemplo, as contidas nos artigos 217 e 219 do Código Penal e aquela do artigo 171 *caput*, parte final, do mesmo Diploma Legal, que, semelhantemente ao aludido artigo 4º caput, aduzem a emprego de outro meio fraudulento), e nem por isso se cogita de violação ao princípio da legalidade e se invoca a inaplicabilidade das referidas normas incriminadoras.” (ACR 1999.61.81.001392-4, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 31.08.2009, DJ 15.09.2009).

Por fim, na ACR 2002.03.99.016400-2, o Tribunal disse que é possível ao intérprete determinar a definição do delito, apesar de ser questionável a técnica empregada na elaboração da lei:

“Sem razão a defesa quando sustenta que o crime de gestão temerária viola o princípio da reserva legal, porquanto não define quais condutas criminosas delimitam o tipo penal. De acordo com a lição de José Paulo Baltazar Júnior, (...), temos que: ‘Embora contenha elemento normativo, a demandar maior esforço interpretativo, o tipo em questão é constitucional (...). Embora criticável a técnica seguida pelo legislador, há clareza na definição do delito, não dando margem a dúvidas, nem se constata abuso de conceitos gerais e vazios (...)’. (...) Ressalte-se que a gestão temerária exige a prática de ato que potencialmente coloca em risco a normalidade econômica da empresa, hipótese dos autos.” (ACR 2002.03.99.016400-2, Primeira Turma, Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 25.08.2009, DJ 03.09.2009).

Dessa forma, a posição do Tribunal aproximou-se de corrente doutrinária composta por autores que sustentam a constitucionalidade do art. 4º, par. ún.. Segundo, Baltazar Jr: “Embora contenha elemento normativo, a demandar maior esforço interpretativo, o tipo em questão é constitucional (...)” (BALTAZAR JR., 2010, p. 341). Fausto De Sanctis contesta a ausência de ofensa à taxatividade porquanto a presença de elementos normativos é comum em tipos do Código Penal, que nunca tiveram sua constitucionalidade contestada:

“O art. 4º e seu parágrafo único não definiram a gestão fraudulenta e a gestão temerária, levando parte da doutrina e da jurisprudência a tê-las por inconstitucionais por ofensa ao princípio da reserva legal. (...) Tais dispositivos não afrontam o preceito da reserva legal, apesar de reclamarem apreciação mais acurada da conduta, por conduzir a um juízo de valor e por levar à interpretação termo jurídico ou extrajurídico, característica dos tipos anormais. É de se observar que cabe proceder a juízo de valoração com especial cuidado, *ad exemplum*, no conceito de pequeno valor no furto (art. 155, § 2º, do Código Penal), de mulher inexperiente ou honesta nos crimes de sedução e rapto (arts. 217 e 219, ambos do Código Penal), e nem por isso se alega violação do princípio da legalidade, pois a suposta indeterminação de conceitos só existe na ausência de apreciação mais acurada. Nos crimes abertos, como acontece nos delitos culposos, em que o resultado é que leva à ilicitude, sem que exista um conceito de culpa em sentido estrito, limita-se a lei a prever as modalidades de culpa, e no estelionato (art. 171 do CP) categoricamente aduz o emprego de qualquer outro meio fraudulento, e também aqui não se cogita de qualquer infração à reserva legal.” (SANCTIS, 2003, pp. 66-68)

Maia afirma ser o tipo passível de delimitação, dado que o bem jurídico sistema financeiro tem a sua tutela legitimada em previsão da Constituição Federal, e que o elemento normativo deve ser valorado à luz do momento histórico da sua aplicação¹⁹⁶. Por sua vez, Gama e Gomes, como já mencionado no item 3.2.2. *supra*, aduzem que, em razão da complexidade do bem jurídico tutelado, não é possível ao legislador prever todas as formas pelas quais o crime poderá ser praticado num tipo fechado, de modo que, para que a lei penal

¹⁹⁶ “Aqui a conduta do administrador, para subsumir-se ao tipo deverá ser ‘temerária’. Trata-se de elemento normativo-cultural, que mitiga as funções de garantia e de intimidação, geral e especial, do tipo penal, eis que característica de tipos abertos, a saber, sujeitos à complementação exegética e valorativa do aplicador da lei. De qualquer modo, não se constata violação do princípio da reserva legal no dispositivo. A uma, porque sua objetividade jurídica, consubstanciada na garantia da indenidade econômico-financeira da instituição, em particular, e do próprio SFN, em geral, bem como indiretamente o interesse público na preservação da poupança dos particulares, é compatível com o cânone constitucional. A duas, porque ao lado de outros elementos culturais utilizados pelo legislador penal (v.g., ‘Raptar mulher honesta...’, art. 219 do CP), é perfeitamente passível de delimitação conceitual concreta, ainda que de valoração mais permeável ao contexto histórico em que se dá sua leitura e reconhecimento.” (MAIA, 1996, pp. 59-60).

seja eficaz na prevenção e repressão dos crimes econômicos, justifica-se o emprego do tipo penal aberto¹⁹⁷.

O entendimento do Tribunal distanciou-se da corrente doutrinária que argumenta pela demasiada abertura dada ao crime de gestão temerária, em violação do princípio da reserva legal. Segundo Prado, a Lei 7.492/1986, ao não prever a ocorrência de resultado lesivo aos interessados, deixou a definição inteiramente à discricionariedade subjetiva do juiz, infringindo, assim, o princípio da legalidade no aspecto da taxatividade:

“Critica-se a expressão temerária, utilizada pelo legislador, pois, como não houve nenhuma distinção no caso de a gestão temerária trazer prejuízos ou benefícios, entende-se que é bastante sua ocorrência para que o delito reste configurado. Ao contrário, a Lei 1.521/1951 (art. 3º, IX) foi mais precisa, tendo em vista que a gestão apenas poderia ser considerada temerária (ou fraudulenta), quando causasse prejuízo para os interessados. É claro que, agindo dessa forma, o legislador de 1986 desrespeitou o princípio da legalidade, no aspecto da taxatividade ou determinação, e deixou para o julgador a delimitação exata desse conceito, ou seja, é o critério subjetivo que deverá ser utilizado para precisá-lo.” (PRADO, 2009, p. 163).

A mesma argumentação foi sustentada por Pimentel, já mencionado no item 2.3 *supra*, ressaltando ser excessiva a possibilidade de o tipo abranger uma gestão demasiadamente arriscada que produza lucros à instituição financeira¹⁹⁸.

¹⁹⁷ “Sem dúvida alguma, os tipos penais analisados constituem tipos abertos, na medida em que é remetido ao juiz valorar o que seja fraudulentamente, no art. 4º, *caput*, da Lei n. 7.492/86; assim como caberá a ele determinar o que seja gestão *temerária*, contida no parágrafo único do mesmo artigo. (...) Zaffaroni e Pierangeli advertem que a confecção de tipos penais fechados ou legais é um ideal do qual o legislador deverá aproximar-se o quanto possível. Mas reconhecem que em determinadas ocasiões, por mais extremado que seja esse legislador, jamais conseguirá prever todas as maneiras pelas quais a conduta incriminada poderá ser praticada, circunstâncias nas quais a elaboração de tipos abertos ou judiciais será constitucional. Parece ser esse o ponto de equilíbrio das duas posições doutrinárias: aferir, caso a caso, diante da complexidade do bem jurídico e suas formas de lesão, se o legislador, naquelas circunstâncias, poderia prever todas as variáveis da conduta. No caso ora em exame, não se pode olvidar, estamos diante de crimes contra o sistema financeiro nacional. (...) na verdade a Lei n. 7.492/86 prevê infrações que não se circunscrevem especificamente à área do sistema financeiro nacional, mas atentam contra bens ou interesses jurídicos de caráter transindividual insertos na órbita da ordem econômica, que, de qualquer modo, são ligados a uma esfera imensa de pessoas naturais, jurídicas (de direito público e privado) e à coletividade. A própria complexidade da prática dessas condutas, como já tão apregoado pela doutrina jurídico-penal e estudos criminológicos e sociológicos da impunidade dos denominados ‘crimes do colarinho branco’, é exatamente um dos pontos que, até hoje, constitui um dos mais graves embaraços à prevenção e repressão a esse tipo específico de criminalidade. Como exigir, então, do legislador, a precisão na sua definição e a estrita elaboração de tipos fechados nessa área? Parece-nos insustentável a posição que pugna pela inconstitucionalidade da criação dos tipos abertos, contidos no art. 4º, *caput* e parágrafo único da Lei n. 7.492/86, uma vez que, dentro daquele critério de análise recomendado por Zaffaroni e Pierangeli, as circunstâncias justificaram a opção pela elaboração dos tipos abertos.” (GAMA; GOMES, 1999, pp. 218-221).

¹⁹⁸ “Gestão temerária é caracterizada pela 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. Aqui se impõe aquela observação já ensaiada linhas atrás. Pode uma gestão ser temerária e, no entanto, bem sucedida, trazendo vantagens para a empresa. A Lei de Economia Popular, já vimos, somente considerava crime a gestão temerária de que resultasse prejuízo para os interessados. A lei atual, não. Não distinguiu. De acordo com a redação do art. 4º, parágrafo único, basta que a gestão seja temerária, independentemente da existência de prejuízo ou mesmo de um dano potencial, o crime existirá. Ora, alargando desse modo a extensão do tipo objetivo, o legislador criou um monstro ameaçador, que poderá sobressaltar qualquer administrador ou

Flavio Antônio da Cruz argumentou pela inconstitucionalidade do crime de gestão temerária; segundo o autor, ao não prever a ocorrência de resultado lesivo, o legislador transferiu indevidamente ao juiz o poder de definir o caráter de crime da conduta; além disso, o termo ‘temerária’ não é passível de determinação pelo seu uso na linguagem ordinária, não sendo possível distinguir as condutas proibidas das permitidas; se temeridade significa “incúria, precipitação”, para Cruz, o tipo subjetivo compatível seria a culpa consciente, na qual o agente age de forma imprudente sem desejar o resultado lesivo; todavia a modalidade culposa não foi prevista, e torna-se impossível considerá-la como dolosa na medida em que o tipo não prevê o fim/resultado a que a intenção do agente estaria direcionada na prática da conduta, não sendo possível admitir uma intenção genérica de produção de riscos; portanto, para Cruz, o sujeito não tem como guiar o seu comportamento pela norma, pois não sabe se sua conduta é proibida ou não pelo tipo; tal situação produz incerteza e insegurança jurídica, pois a assunção de riscos é inerente à atividade do administrador de instituição financeira; logo, para Cruz, há violação da taxatividade¹⁹⁹.

controlador de instituição financeira, cerceando sua ação, inibindo sua iniciativa, porque poderá, em algum momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa, sem que existam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório. A falta de um elemento seguro na descrição do fato tipificado conduz ao risco de entregar a definição da tipicidade a um critério eminentemente subjetivo, reduzindo a garantia assegurada pelo princípio constitucional da reserva legal, repetido no art. 1º do CP: ‘Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.’” (PIMENTEL, 1987, pp. 51-52).

¹⁹⁹ “Não obstante a dignidade constitucional do bem jurídico tutelado – a higidez do SFN – é fato que o art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 não atende ao postulado da taxatividade imposto pela Constituição. (...) Abusando de tipos de perigo abstrato, a Lei de 1986 criminalizou a própria temeridade, sem condicionar a aplicação da sanção à prova da ocorrência do dano. Por conta disto, referido preceito é flagrantemente inconstitucional, pois não atende minimamente ao mandado de determinação (*nullum crimen sine lege certa*). Segundo Luiz Luisi, o mandado de determinação expressa a exigência de que as leis penais incriminadoras sejam claras, certas e precisas. O legislador não pode empregar, na criminalização, tipos penais ambíguos e equívocos, sob pena de transferir ao Judiciário a verdadeira rotulação da conduta, sem quaisquer parâmetros prévios. (...) A expressão gestão temerária não permite a obtenção, junto ao senso comum, de um conteúdo mínimo, delimitado, que permita apartar as condutas proibidas daquelas permitidas (função de apelo do tipo penal). A configuração do tipo fica totalmente na dependência da valoração dos órgãos de acusação e do juiz. Não raro, fatos semelhantes encontrarão qualificações distintas junto às autoridades, o que revela o elevado grau de contingência do dispositivo (art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986). Temeridade é incúria, precipitação. Quando muito, a figura daria azo à chamada culpa consciente: conduta de quem sabe que assume riscos indevidos, mas acredita imprudentemente na sua capacidade (ou de outrem) de evitar o resultado lesivo. Soa difícil sustentar a figura da vontade de agir temerariamente, como se fosse uma conduta dolosa, ao menos que se desconsidere o sentido vernacular da expressão temeridade. (...) A conduta dolosa exige a representação e a vontade, endereçada não apenas para a criação genérica de riscos (i.e., para o agir temerário), mas para fins previstos no tipo penal. E tais fins, resultados, não estão alocados no art. 4º. (...) O grande problema, portanto, no âmbito do chamado crime de gestão temerária é a sua amplitude. Tem aptidão para converter meros descuidos; ou mesmo riscos inerentes ao negócio (dado que o diretor de um banco vive de assumir riscos) em imputações penais. É como se o Sistema transferisse, em favor das autoridades judiciais, a valoração da conduta, sem permitir ao agente identificar – no próprio momento de sua realização – se tal ou qual comportamento seria vedado ou não. (...) Não se pode concordar, portanto, com o entendimento jurisprudencial que assenta a validade daquele dispositivo. (...) Basta atentar por sinal, para a tentativa de definição, formulada por Elias de Oliveira: ‘(...) gestão temerária significa a que é feita sem a prudência ordinária ou com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem

Cervini também considera o tipo do art. 4º, par. ún., excessivamente aberto, e que não contém um critério de distinção seguro entre a conduta temerária e a conduta de administração regular de instituição financeira; segundo o autor, o legislador deliberadamente serviu-se da amplitude do tipo para alcançar mais facilmente os infratores; o critério para a qualificação da temeridade ou da regularidade da gestão seria meramente quantitativo, cabendo ao juiz determinar o grau de risco proibido ou permitido a tornar a conduta como crime, o que deveria ser objeto de previsão legal expressa; assim, para Cervini, a lei transformou o juiz num usurpador involuntário da administração financeira; o problema poderia ser resolvido, caso houvesse previsão explícita da ocorrência de perigo concreto; todavia, a própria ausência deste demonstra a imprecisão da conduta a ser incriminada, de modo que, para Cervini, o tipo de gestão temerária não atende ao princípio da legalidade no aspecto da taxatividade²⁰⁰.

como improvável, assumindo riscos em transações perigosas ou inescrupulosas arriscando o dinheiro alheio.’ Nítida a contingência dessa definição: aquele que age com demasiada confiança, que assume riscos indevidos etc. Quando, porém, uma confiança será demasiada? Como delimitar, minimamente, o risco tolerado pelo sistema? Acaso a conduta – tida até então como arrojada e perigosa – resulte em lucros fabulosos para a instituição financeira, ainda assim haverá crime? Olhos postos apenas na tipificação da Lei 7.492/1986 (que não exige o resultado lesivo), a sanção deveria ser aplicada, punindo quem, temerariamente, acabara por realizar lucros em favor do Banco. Por aí se vê que o tipo penal, tal como redigido, não permite um grau mínimo de segurança jurídica. Considerando que o risco é inerente à atividade do gestor financeiro, somente restaria seguro aquele que – fechando a banca – decidisse não investir. Ter-se-ia, ao final das contas, a própria criminalização da atividade de captação de moeda e de investimento, porquanto – reitero – a assunção de riscos lhe é inerente.” (CRUZ, 2010, pp. 116-120).

²⁰⁰ “Tras el examen de la norma del art. 4º de la Ley 7.492/86, la conclusión es que no es posible lograr un criterio confiable que permita separar, con resguardo de garantías para la libertad, lo prudente de lo temerario en la gestión empresarial, donde el riesgo es una inherencia de todo gerenciamiento. El concepto de temeridad no es preciso ni determinable de acuerdo a parámetros mínimamente confiables y vinculados a la seguridad jurídica en un Estado de Derecho. Ello sucede porque, deliberadamente, y en función de una opción de tener la represión un alcance mayor del que legítimamente puede, se optó por una fórmula de suficiente indeterminación que, colocando a la ley más allá de sí misma (y, consecuentemente, del derecho), permitiera también acompañar ese paso más adelante del delincuente, para alcanzarlo con la pena. Esta finalidad se traduce en el haberse desestimado fórmulas concretas de tipificación del delito. A mayor abundamiento, el concepto de temeridad parece ser meramente cuantitativo, esto es, el de evaluar cuánto riesgo puede aceptarse para discriminar la conducción prudente, de la temeraria y de la fraudulenta. Y esto, precisamente, en una materia, como la empresarial financiera, donde el riesgo es una inherencia. 3. Parece obvio que la determinación se deja librada, como antes señalamos, a un criterio de estimación cuantitativa del riesgo, de parte del juzgador, que podría, inclusive, constituir al sistema penal en un usurpador involuntario e indeseado, de la gestión empresarial, toda vez que, en función de tales criterios cuantitativos inverificables, se entendiera que ésta afronta riesgos audaces, o que sobrepasa los límites de la prudencia; o que es hecha sin la prudencia ordinaria, con demasiada confianza en el éxito, u otras conjeturas más o menos indemostrables. 4. Estructurada, se reitera, como delito de resultado en la modalidad de peligro concreto, la gestión de toda empresa podría, entonces, ser examinada preventivamente, en vía judicial, con cualesquiera de los criterios doctrinarios esbozados en el párrafo precedente (que no hacen, a nuestro juicio, sino confirmar la imprecisión del concepto), a fin de establecerse si se está aceptando más riesgo del debido, si se ultrapasa los límites de la prudencia, si se tiene demasiada confianza en el éxito, si se traduce en impetuosidad en la conducción de los negocios, etc. Habría una suerte de inadmisibles calificación de grado del riesgo empresarial por parte del sistema penal. 5. El hecho de que ello no ocurra así, ni pueda, razonablemente ocurrir, parece ser la prueba concluyente de la ausencia de un criterio viable para distinguir aquello que el legislador, deliberadamente no quiso hacer por sí. 6 De modo que la norma

Portanto, na interpretação do art. 4º, par. ún., da Lei 7.492/1986, o Tribunal adotou posicionamento pela interpretação menos restrita do princípio da legalidade no aspecto da taxatividade, ao considerar que o tipo aberto contendo o elemento normativo ‘temerária’, de modo a abranger as várias formas de prática da conduta, é constitucional e necessário para a tutela do bem jurídico supra-individual.

4.2.3 Requisitos para a Configuração da Conduta Típica

Quadro 63: Entendimento do Tribunal quanto à tipicidade da conduta de réu acusado pelo crime específico

Tipicidade	Frequência	Porcentagem
Conduta é típica	2	23%
Conduta é atípica	3	33%
Conduta de uns é típica de outros é atípica	4	44%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

A questão da tipicidade da conduta foi analisada em todas as apelações. Em 44% das apelações²⁰¹, o Tribunal considerou que a conduta de alguns réus era típica enquanto a de outros era atípica. Em 23% dos casos²⁰², a conduta de todos os réus foi considerada típica. Em 33% dos casos²⁰³ o Tribunal considerou que a conduta de todos os réus era atípica.

Os casos em que o Tribunal reconheceu a tipicidade do crime de gestão temerária são os seguintes, classificados por espécie da principal instituição financeira envolvida:

incriminatoria demuestra su ineptitud instrumental en la propia fisiología del sistema en que, como tipificación preventiva, de delito de resultado de peligro, pretende insertarse: si los criterios gerenciales de enfrentamiento del riesgo fueran evidentes *ictu oculi*, parece evidente que serían aptos para impedir el daño a la economía. El dato de la realidad es el contrario y echa de verse que la gestión sólo se pretende temeraria cuando aparece el elemento escondido para todos, que la revela inequívocamente enderezada al engaño y al perjuicio. 7. Se estima, como corolario de todo lo expuesto, que con un texto como el art. 4º de la Ley 7.492/86 el magistrado brasileño no tiene una disposición legal que determine en modo suficientemente preciso el comportamiento que pretende incriminar.” (CERVINI, 2004, pp. 176-177).

²⁰¹ ACR 2000.03.99.010950-0, ACR 2003.03.99.017693-8, ACR 2000.61.81.003630-8 e ACR 2002.03.99.016400-2.

²⁰² ACR 1999.61.81.001392-4 e ACR 2002.03.99.035427-7.

²⁰³ ACR 2005.03.99.026004-1, ACR 2005.03.99.001273-2 e ACR 1999.61.81.002842-3.

A) Corretora em que:

a) O diretor efetuou operação temerária de venda de lote de ouro a determinada empresa, sem lastro, isto é, sem disponibilidade em estoque, infringindo regras do Banco Central. A operação destinava-se a gerar prejuízo de modo a compensar contas com determinada empresa. O réu que fora absolvido em Primeira Instância foi condenado pelo Tribunal, mas teve reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição em razão da pena fixada (ACR 1999.61.81.001392-4, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 31.08.2009 DJ 15.09.2009).

B) Distribuidora em que:

a) O gerente procedeu a operações *day trade* de compra e venda de opções de ouro de uma única empresa. As compras das opções da empresa eram feitas com o maior preço do mercado e eram vendidas pelo menor preço para a mesma empresa-parte, em benefício exclusivo desta. O prejuízo de apenas uma das operações correspondeu a 12% do patrimônio líquido e a 36% do saldo devedor da distribuidora. O réu condenado em Primeira Instância, também o foi pelo Tribunal. Um corréu, também diretor da instituição, que não participara das operações foi absolvido pelo Tribunal (ACR 2003.03.99.017693-8, Quinta Turma, Des. Fed. André Nabarrete, j. 20.09.2004, DJ 19.10.2004).

C) Banco em que:

a) Diretores aprovaram, em reunião do comitê de crédito, empréstimo vultoso à empresa que estava à beira da falência (com mais de vinte pedidos de falência e com diversas ações de cobrança), sem avaliação prévia de bens de difícil alienação dados em garantia. Havia parecer interno da comissão de risco do banco contrário à concessão de crédito dada a quantidade de dívidas e títulos protestados da empresa. Em outra reunião do comitê, os réus prorrogaram o prazo de pagamento. Alguns dos diretores foram condenados e outros absolvidos em Primeira Instância, e o mesmo se deu no Tribunal (ACR 2000.03.99.010950-0, Segunda Turma, Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 28.05.2002, DJ 22.07.2002).

b) O diretor financeiro e o presidente compraram títulos estaduais de banco e de fundo estadual superando o limite de concentração de risco autorizado pelo Banco Central para as operações. A instituição foi levada a uma situação de insolvência e sofreu liquidação extrajudicial do Banco Central. A instituição participava de esquema de compra e

venda de títulos públicos. Os corréus absolvidos não participavam da administração do banco. Tanto o diretor como o presidente foram condenados em Primeira Instância, e o mesmo se deu no Tribunal (ACR 2000.61.81.003630-8, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 04.08.2009, DJ 08.10.2009).

c) Diretores concederam empréstimos e realizaram operações com empresa comprovadamente inadimplente (com títulos protestados e cheques devolvidos), sem autorização do comitê de crédito e do departamento de crédito internacional, em violação das normas internas, o que causou prejuízo à instituição financeira. Em Primeira Instância alguns réus foram absolvidos e outros condenados. O mesmo se deu no Tribunal (ACR 2002.03.99.016400-2, Primeira Turma, Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 25.08.2009, DJ 03.09.2009).

d) Administradores deferiram ou contribuíram decisivamente para o deferimento de uma série de operações financeiras irregulares em favor de determinada empresa, causando prejuízo à instituição financeira. O Banco Central averiguou que a instituição concedeu em favor da empresa empréstimos de capital de giro e carta de fiança, posteriormente transformada em *fixed rate notes*, sendo que a situação financeira dessa empresa não recomendava a aprovação de tais operações. À época, a empresa possuía diversos desabonos na Central Nacional de Restrições, possuía dívidas com o BNDES e outro banco, e possuía baixo limite de crédito no próprio banco. Houve empréstimos concedidos sem garantias suficientes. As operações foram aprovadas pelo comitê de crédito e outros departamentos com base em parecer deficiente de um diretor que agia em conluio com a empresa beneficiária. Em Primeira Instância, alguns réus foram condenados e outros absolvidos, mas, no Tribunal, todos foram condenados (ACR 2002.03.99.035427-7, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 16.11.2010, DJ 26.11.2010).

As condutas consideradas atípicas foram as seguintes, classificadas por instituição financeira:

A) Distribuidora em que:

a) Sócios teriam comprado contratos do índice Bovespa na BMF para transferir recursos a empresas não financeiras causando prejuízo de 6% do patrimônio da instituição. As compras foram feitas com intermediação de corretora e beneficiaram cliente de outra corretora. Houve condenação à pena de inabilitação do exercício da profissão em procedimento administrativo do Banco Central, fundada em indícios de que os resultados da

instituição era repassado a empresa não financeira. O Tribunal entendeu, porém, que as compras e vendas de contratos na BMF eram normais e estavam de acordo com o risco do negócio, além disso, não se constatou também vantagem indevida às empresas não financeiras. Os réus haviam sido absolvidos em Primeira Instância, e também o foram pelo Tribunal (ACR 1999.61.81.002842-3, Segunda Turma, Juíza Conv. Márcia de Oliveira, j. 27.11.2007, DJ 25.04.2008).

B) Banco em que (ambas as apelações já foram mencionadas no item 4.1.4 *supra*):

a) Gerente de agência bancária autorizou diversas operações que somadas adquirem alto valor, sem garantias ou qualquer outra formalidade. Os beneficiários foram corréus, sócios de uma empresa, cuja receita era insuficiente para o pagamento das dívidas. O Tribunal considerou conduta atípica por entender que gerente de agência bancária, sendo empregado do banco, e não executivo da administração central da instituição, não está abrangido pelo art. 25 da Lei 7.492/1986 e sua conduta não é capaz de causar lesão à credibilidade do SFN como um todo. Alguns réus haviam sido condenados e outros absolvidos em Primeira Instância, e, no Tribunal, foram todos absolvidos (ACR 2005.03.99.026004-1, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 16.05.2006, DJ 01.09.2006).

b) Diretores do departamento de operações de desenvolvimento juntamente com gerente e funcionário de agência bancária, induziram o comitê de crédito da instituição a aprovar empréstimos e operações desfavoráveis em benefício de determinada empresa. Eram cobrados juros abaixo do mercado e a empresa não tinha capacidade para realizar o projeto a ser financiado. O Tribunal considerou a conduta atípica por entender que gerente de agência bancária, sendo empregado do banco, não está abrangido pelo art. 25 (ACR 2005.03.99.001273-2, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 16.05.2006, DJ 30.06.2006).

Da leitura geral dos casos mencionados, percebe-se que a conduta típica comum de gestão temerária é a que envolve a prática de uma pluralidade de atos, consistente na realização de operações sem a observância de cautelas, e que causam prejuízo à instituição financeira. Operações de acordo com o risco do negócio ou realizadas por funcionários da instituição foram consideradas atípicas.

Quadro 64: Exigência de habitualidade

Exigência	Frequência	Porcentagem
Sim	2	22%
Não	2	22%
Pluralidade de Atos	5	56%
Único ato	0	0%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 22% dos casos²⁰⁴, o Tribunal considera que a habitualidade é requisito para a configuração do crime de gestão temerária. Em 22% dos casos²⁰⁵, o Tribunal afirmou que a habitualidade não é um requisito necessário para a configuração do crime. Em 56%, a discussão não é mencionada, porém havia pluralidade de atos.

Verifica-se uma divisão entre as posições explícitas acerca do requisito da habitualidade para a configuração do crime, sendo que, na maior parte dos casos, havia pluralidade de atos.

Na ACR 2002.03.99.016400-2, afirmou-se a habitualidade como requisito típico, de modo a afastar hipótese de concurso de crimes:

“Todavia, neste aspecto tem razão a defesa quando pleiteia a exclusão da referida causa de aumento. Como cedo, a habitualidade é necessária para a configuração do crime de gestão temerária. Deste modo, na hipótese dos autos, não há que se falar em concursos de crimes, tendo em vista que apenas um delito restou consumado.” (ACR 2002.03.99.016400-2, Primeira Turma, Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 25.08.2009, DJ 03.09.2009).

Na ACR 2000.03.99.010950-0, sustentou-se o preenchimento do requisito da habitualidade pela prática de sucessivos atos e omissões dolosas:

“Não há também falar-se em inexistência de delito, pelo fato de tratar-se de operação única. O pressuposto da ‘habitualidade’ a que se referem muitos dos julgados em relação à matéria não tem o alcance que lhe pretende emprestar a combativa defesa dos acusados. Trata-se aqui, com efeito, da concessão de um empréstimo. No entanto, como ficou acima demonstrado, houve uma sucessão de atos e omissões dolosas, por si mesmos temerários e imprudentes, na medida em que todo o trâmite do pedido de empréstimo, de aceitação das garantias, de liberação das verbas, de aprovação da prorrogação do prazo para pagamento (ainda antes da avaliação das garantias) e, ainda, o deferimento de novo empréstimo à devedora (que por sorte dos contribuintes não chegou a se concretizar), que desobedeceram a qualquer regra mais comezinha de prudência e de cautela. Logo, não se trata de um ato único, solitário, que traduza uma operação comum que, por força de circunstâncias alheias ou de outras excepcionais, tenha sido desastrosa ou trazido

²⁰⁴ ACR 2000.03.99.010950-0 e ACR 2002.03.99.016400-2.

²⁰⁵ ACR 2003.03.99.017693-8 e ACR 1999.61.81.001392-4.

prejuízo decorrente do risco inerente a qualquer atividade financeira. Não lhes socorrem assim, de forma alguma, os precedentes jurisprudenciais colacionados.” (ACR 2000.03.99.010950-0, Segunda Turma, Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 28.05.2002, DJ 22.07.2002).

Em sentido contrário, na ACR 2003.03.99.017693-8 e na ACR 1999.61.81.001392-4 entendeu-se que a prática de um único ato temerário é suficiente para a configuração do crime:

“Ademais, cada ato de gestão pode configurar-se como temerário para fins penais. Não se trata de considerar um dado período de administração ou do próprio mandato estatutário. O resultado positivo de um semestre não descaracteriza um ou vários atos de gestão temerária.” (ACR 2003.03.99.017693-8, Quinta Turma, Des. Fed. André Nabarrete, j. 20.09.2004, DJ 19.10.2004).

“Descabida, ainda, a tese da defesa no sentido de que, para a configuração do crime de gestão temerária de instituição financeira é necessário haver habitualidade na conduta, sendo que a própria acusação reconheceu que a operação tida como criminosa foi uma única venda de lingotes de ouro, não havendo reiteração da conduta delituosa. Ao contrário do que restou sustentado pela defesa e acolhido pelo Magistrado ‘a quo’, os nossos Tribunais vem decidindo no sentido de que é desnecessária a habitualidade na conduta para a configuração do delito de gestão fraudulenta ou temerária, tanto que um só ato de gestão pode revelar-se fraudulento ou temerário para fins de repressão penal.” (ACR 1999.61.81.001392-4, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 31.08.2009, DJ 15.09.2009).

Verifica-se uma divisão das posições explícitas do Tribunal quanto à exigência de habitualidade para o delito de gestão temerária. Essa oposição encontra-se refletida entre os doutrinadores, valendo as mesmas considerações feitas em relação à doutrina sobre a gestão fraudulenta do item 3.2.3 *supra*.

Contra a exigência da habitualidade, pode ser destacada, novamente, a posição de Feldens e Carrion, pela qual a prática de um ato isolado basta à configuração do tipo:

“Nesse particular, em que pesem respeitáveis posicionamentos em sentido contrário (v.g. Tórtima, Breda e Baltazar Junior e Mazloum), pensamos estar melhor colocada a questão nos termos em que defendidos por Tigre Maia, quando aponta que esses delitos seriam acidentalmente habituais, a permitirem que um ato isolado possa, em tese, configurar a infração, sem que sua recorrência implique uma pluralidade de delitos”. (FELDENS; CARRION, 2010, p. 190).

Para Feldens e Carrion, o ato temerário está incluído entre os demais atos lícitos de gestão praticados pelo administrador, podendo, isoladamente, possuir perigo concreto ou abstrato capaz de vulnerar o bem jurídico sistema financeiro: “Sob a perspectiva objetiva, há de se vincular o verbo nuclear ao universo de atos praticados pelos gestores enquanto tais; ou seja, atos de gerência ou direção tomados na própria instituição.” (FELDENS; CARRION, 2010, p. 189). No mesmo sentido é a doutrina de Gama e Gomes²⁰⁶.

²⁰⁶ Ao tratarem especificamente da gestão temerária, os autores reiteraram a validade da argumentação realizada sobre a gestão fraudulenta: “Quanto ao significado de gerir, deve-se considerar a definição anteriormente exposta

Defendendo a habitualidade, além das posições mencionadas no item 3.2.3 *supra*, pode ser destacada, especificamente sobre a gestão temerária a posição de Bitencourt, para quem a prática de um ato isolado não é suficiente para a caracterização do crime:

“O crime de gestão temerária de instituição financeira é, indiscutivelmente, crime habitual (impróprio), razão pela qual, repetindo, a prática de apenas um ou outro ato de gestão, isolada ou esporadicamente, não é jurídico-penalmente relevante a ponto de tipificar a conduta descrita no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 7.492/86.” (BITENCOURT, 2010, p. 64).

O mesmo entendimento é sustentado por Tórtima, ao afirmar que gestão, entendida como administrar, gerir, comandar, implica a prática de uma pluralidade de atos em determinado lapso temporal²⁰⁷.

Verifica-se que, no conjunto das decisões obtidas, as manifestações explícitas favoráveis e contrárias ao requisito da habitualidade no crime de gestão temerária se igualaram em termos quantitativos e que, na maioria dos casos, a questão não foi mencionada.

Quadro 65: Quantidade de atos

Quantidade de atos	Frequência	Porcentagem
Pluralidade de Atos	8	88%
Único ato	1	11%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Levando-se em consideração apenas a quantidade de atos, observa-se que apenas em 11% das decisões²⁰⁸ a conduta típica envolvia a prática de um único ato e nela o Tribunal entendeu pela desnecessidade de habitualidade.

assim como os conceitos referentes a sujeito ativo, sujeito passivo, bem jurídico e habitualidade.” (GAMA; GOMES, 1999, p. 214).

²⁰⁷ “A nosso sentir, a caracterização dos crimes em análise, está a exigir a reiteração, pelo agente, dos atos fraudulentos ou temerários. Antônio Carlos Rodrigues da Silva vislumbrou-lhes mesmo uma natureza habitual, sustentando: ‘O referido núcleo, gerir, é predicado verbal de natureza habitual, evidenciando condutas reiterativas, repetidas no tempo e no espaço. Gerir, significando administrar, reger e governar não se consuma com apenas um ato de gestão, gerência, de administração ou de governo, exige, necessariamente, uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal. E para que se infira ser a gestão fraudulenta ou temerária, necessário se faz cotejar esses atos no bojo de uma administração, gerência ou regência.’ Com efeito, a lei não diz, simplesmente, praticar *ato* de gestão fraudulento (ou temerário), mas sim *gerir fraudulentamente...*, a indicar pluralidade de atos, pautando a conduta do agente em um determinado período de tempo.” (TÓRTIMA, 2002, pp. 31-32).

²⁰⁸ ACR 1999.61.81.001392-4.

Trata-se do caso mencionado *supra* em que diretor de corretora efetuou operação de venda sem lastro de lote de ouro à determinada empresa, para compensar contas com esta. O réu fora absolvido em Primeira Instância, tendo o juiz entendido pela atipicidade da conduta pela falta da habitualidade. Não obstante tenha sido condenado pelo Tribunal, em razão da pena imposta, houve extinção da punibilidade pela prescrição (ACR 1999.61.81.001392-4, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 31.08.2009, DJ 15.09.2009).

Como se vê, a divergência sobre a habitualidade teve pouca repercussão nas apelações obtidas, em razão da predominância de condutas marcadas pela pluralidade de atos.

Quadro 66: Definição de gestão

Definição	Frequência	Porcentagem
Administrar, dirigir, comandar	4	44%
Ato de gestão	2	23%
Não define	3	33%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Quanto à definição de gestão, em 44% dos casos²⁰⁹, definiu-se como administrar, dirigir e comandar, ou outra indicação de pluralidade de atos. Em 23 % dos casos²¹⁰, gestão foi definida como prática de ato de gestão. Em 33%, o termo não foi definido.

As definições minoritárias que fizeram uma interpretação ampliativa de modo a abarcar um maior número de condutas, definindo gestão como “ato de gestão” são as seguintes:

“Ademais, cada ato de gestão pode configurar-se como temerário para fins penais. Não se trata de considerar um dado período de administração ou do próprio mandato estatutário.” (ACR 2003.03.99.017693-8, Quinta Turma, Des. Fed. André Nabarrete, j. 20.09.2004, DJ 19.10.2004).

“Ao contrário do que restou sustentado pela defesa e acolhido pelo Magistrado ‘a quo’, os nossos Tribunais vem decidindo no sentido de que é desnecessária a habitualidade na conduta para a configuração do delito de gestão fraudulenta ou temerária, tanto que um só ato de gestão pode revelar-se fraudulento ou temerário para fins de repressão penal.” (ACR 1999.61.81.001392-4, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 31.08.2009, DJ 15.09.2009).

²⁰⁹ ACR 2000.03.99.010950-0, ACR 2005.03.99.026004-1, ACR 2005.03.99.001273-2 e ACR 2000.61.81.003630-8.

²¹⁰ ACR 2003.03.99.017693-8 e ACR 1999.61.81.001392-4.

O entendimento majoritário nas decisões obtidas foi a da interpretação restritiva do termo gestão, entendendo-a como administrar, gerir, comandar ou outro predicado indicativo de pluralidade de atos:

“Logo, patente a prática, por ambos os Apelantes, de uma sucessão de atos de gestão temerária, ou seja, ‘a que é feita sem a prudência ordinária, com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigosas ou inescrupulosamente arriscando o dinheiro alheio’, como bem alinhavado por Elias de Oliveira na sua obra ‘Crimes contra a economia popular’ (Freitas Bastos, pg. 154).” (ACR 2000.03.99.010950-0, Segunda Turma, Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 28.05.2002, DJ 22.07.2002).

“A interpretação da lei no prisma do bem jurídico protegido e também do conceito de gestão de instituição financeira na alvitrada subordinação à prática de atos qualificados pela competência ampla e geral do agente administrador a meu juízo impõe a exegese restritiva do vocábulo ‘gerente’.” (ACR 2005.03.99.026004-1, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 16.05.2006, DJ 01.09.2006).

“A conduta de gestão sob a incidência da norma penal não se equipara a atos praticados por funcionários do escalão inferior nos procedimentos de concessão de empréstimos. Teoricamente podem estar ocasionando prejuízos à instituição financeira mas outro é o significado da lei penal que só considera lesivos ao Sistema Financeiro Nacional os atos praticados pelos órgãos de direção e administração.” (ACR 2005.03.99.001273-2, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 16.05.2006, DJ 30.06.2006).

“Conforme Manoel Pedro Pimentel, (in ‘Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492, de 16.06.86’, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1987, p. 49), gerir significa administrar, dirigir, regular, comandar, invocando a definição de Elias de Oliveira, segundo o qual ‘Por gestão fraudulenta deve entender-se todo ato de direção, administração ou gerência, voluntariamente consciente, que traduza manobras ilícitas, com emprego de fraudes, ardis e enganos. Ao passo que gestão temerária significa a que é feita sem a prudência ordinária ou com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigosas ou inescrupulosamente arriscando dinheiro alheio’. Para o autor, ‘gestão temerária é caracterizada pela 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.’” (ACR 2000.61.81.003630-8, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 04.08.2009, DJ 08.10.2009).

A existência dessa diferença de posicionamento pode ser atribuída à proximidade semântica entre os termos “ato de gestão” e “conjunto de atos” relacionados ao verbo gerir nos campos da língua portuguesa (p. ex., HOUAISS; VILLAR, 2009, pp. 51-52), do direito (SILVA, 2002, p. 383) e da ciência da administração (p. ex., LACOMBE, 2004, p. 8), sendo o próprio termo ‘administração’ objeto de controvérsia no ramo específico (THOMAS, 2003, pp. 23-45). Remete-se, assim, às mesmas considerações acerca da definição do termo constante do item 3.2.3 *supra*.

A predominância da interpretação restritiva de gestão aproxima as decisões da doutrina mais citada (item 4.1.5 *supra*) de Pimentel, para quem: “Gerir significa administrar, dirigir, regular, comandar.” (PIMENTEL, 1987, p. 51).

Portanto, no tocante à definição de gestão, predominaram interpretações mais restritivas do tipo do art. 4º, par. ún., pelo Tribunal, considerando-o como administrar, dirigir, comandar.

Quadro 67: Critério de configuração do crime de perigo abstrato ou tratamento do tipo como crime de lesão ou de perigo concreto

Critério	Frequência	Porcentagem
Crime de perigo abstrato (formal)	2	22%
Crime de perigo abstrato (material)	5	56%
Crime de Perigo Concreto	2	22%
Crime de Lesão	0	0%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 56% das apelações²¹¹, o Tribunal tratou o tipo de gestão temerária como crime de perigo abstrato, aferindo a potencialidade lesiva da conduta sob uma perspectiva *ex ante*. Em 22% dos casos²¹², o Tribunal tratou o crime como sendo de perigo concreto, avaliando a potencialidade lesiva da conduta sob uma perspectiva *ex post*. Em 22% dos casos²¹³, o Tribunal considerou o crime de gestão temerária como crime de perigo abstrato, desconsiderando a necessidade de avaliação da potencialidade lesiva da conduta para a sua configuração (vide definição no item 2.1.3 *supra*).

Nas decisões minoritárias, ACR 2000.61.81.003630-8 e ACR 1999.61.81.001392-4, o Tribunal tratou a gestão temerária como de perigo abstrato formal, afirmando a desnecessidade de verificação de qualquer espécie de resultado ou perigo decorrente da conduta para a sua consumação, uma vez que a sua finalidade é a tutela eficiente da credibilidade do sistema financeiro:

“A discussão acerca da constitucionalidade do artigo 4º, da Lei 7.492/86, em razão da veiculação de tipo penal aberto, com a conseqüente afronta ao princípio da reserva legal, já se encontra superada nos Tribunais Pátrios, na medida em que a produção do resultado naturalístico deixou de integrar o preceito primário da norma sob exame, diferentemente do que ocorria no artigo 3º, IX, da Lei 1.521.51 (Lei de

²¹¹ ACR 2000.03.99.010950-0, ACR 2003.03.99.017693-8, ACR 2005.03.99.026004-1, ACR 2005.03.99.001273-2 e ACR 2002.03.99.016400-2.

²¹² ACR 1999.61.81.002842-3 e ACR 2002.03.99.035427-7.

²¹³ ACR 2000.61.81.003630-8 e ACR 1999.61.81.001392-4.

Economia Popular), que o descrevia como crime de resultado e exigia a falência ou insolvência da instituição, como decorrência da gestão, ou o descumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. *Trata-se agora de crime de mera conduta, no qual basta a realização do comportamento típico para a incidência da norma.* (...) Conclui-se que a *mens legis* na edição da norma incriminadora do tipo penal, ao excluir do seu preceito primário o resultado naturalístico como elementar do crime, foi a de instituir um tipo anormal, que exige a aferição de elemento normativo do tipo, admitindo o legislador a impossibilidade material de uma previsão apriorística de todas as modalidades de conduta fraudulenta ou temerária na gestão de instituição financeira, com o escopo de delegar ao Poder Judiciário a função integrativa da norma e assim criar um instrumento jurídico repressivo que se ajustasse continuamente aos fatos sociais, acompanhando a evolução das práticas financeiras e das novas modalidades de ilicitude surgidas.” (g.n.) (ACR 2000.61.81.003630-8, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 04.08.2009, DJ 08.10.2009).

“A defesa sustenta, em suas contra-razões de apelação (fls.), que o réu realizou uma única e isolada operação, que foi considerada pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional como mera ‘irregularidade’, e que nenhum ato temerário foi por ele praticado, não tendo havido prejuízos ou riscos para quem quer que seja, mormente para a instituição. É bom que se diga que, na verdade, a norma incriminadora tem como escopo proteger o Sistema Financeiro Nacional, a política econômica do país, exigindo de seus operadores lisura e regularidade em suas atuações, até porque a credibilidade do modelo econômico adotado pelo governo é que vai atrair o capital dos investidores nacionais e estrangeiros, e tal desiderato só pode ser alcançado se as instituições financeiras agirem dentro da lei. Assim, o que a norma visa garantir é a confiança, a credibilidade do mercado financeiro nacional, fator essencial para o bom desempenho da economia do país. Enfim, o que está na mira do legislador é a credibilidade do sistema econômico vigente no país e não o prejuízo patrimonial, potencial ou efetivo, causado pela conduta delituosa. *Por esse motivo, a doutrina tem conceituado tal crime como de mera conduta, a dispensar a produção de qualquer resultado lesivo no campo material.*” (g.n.) (ACR 1999.61.81.001392-4, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 31.08.2009, DJ 15.09.2009).

As decisões majoritárias trataram a gestão temerária como crime de perigo abstrato material, avaliando o perigo da conduta sob uma perspectiva *ex ante*. Com efeito, na ACR 2000.03.99.010950-0, o Tribunal considerou que os atos praticados pelos agentes levaram à realização de operação de empréstimo “arriscada além do aceitável” na atividade financeira:

“Por razões de coerência, transcrevo aqui trechos do Voto proferido no julgamento do Habeas Corpus referido pelo ilustrado órgão ministerial, e que, a meu ver, efetivamente aplica-se aos acusados (...): ‘(...) Salta aos olhos que a temeridade consistiu na concessão de empréstimo, contra todos os pareceres técnicos, à empresa em sérias dificuldades financeiras. (...)’ (...) Igualmente não há, no caso dos autos, como reconhecer a atipicidade das condutas imputadas aos acusados, já que praticaram, de fato, atos que levaram à concessão do empréstimo ruinoso à empresa deficitária, agindo de forma imprudente, inescrupulosa, arriscada além do aceitável nas atividades peculiares – para repetir os termos do julgado retro colacionado.” (ACR 2000.03.99.010950-0, Segunda Turma, Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 28.05.2002, DJ 22.07.2002).

Na ACR 2003.03.99.017693-8, o Tribunal afastou a necessidade de ocorrência de dano ou perigo concreto para a consumação do crime, porém considerou potencialmente

lesiva a “inobservância de preceitos costumeiros de boa realização dos negócios”, citando decisão de Primeira Instância que destacou a “colocação em risco da instituição”, decorrente de ações praticadas “de modo contrário à boa técnica bancária e sem a diligência devida na administração dos negócios”:

“O crime de gestão temerária é formal e, portanto, não depende para configurar-se de dano ou perigo concreto, mas apenas o potencial. Assim, caem por terra objeções relativas a quem suportou o prejuízo ou se ele foi superado por lucros no período. (...) Sobre serem temerárias as operações, salientou o MM Juízo *a quo, verbis*: “No caso dos autos, verifico que os acusados efetivamente agiram sem a prudência exigida pela lei, colocando em risco a instituição, quando praticaram as operações *day-trade* (...), no mercado de operações com ouro (...). Com efeito, nas três ocasiões – sendo duas delas consecutivas e a terceira ocorrida pouco mais de um mês depois – a P.DTVM, por determinação dos réus, adquiriu opções da G. por preços próximos ao máximo e realizou a respectiva venda também à G. por preços próximos ao mínimo, resultando um considerável prejuízo, o que demonstra terem agido de modo contrário à boa técnica bancária e sem a diligência devida na administração dos negócios’. Entendo que as condutas do co-réu W. se enquadram, dadas as características das operações sob sua responsabilidade, no conceito de gestão temerária. (...) O risco próprio às operações no mercado financeiro e de capitais não se confunde com inobservância dos agentes operadores, com roleta russa ou obstinada inobservância de preceitos costumeiros de boa realização de negócios”. (ACR 2003.03.99.017693-8, Quinta Turma, Des. Fed. André Nabarrete, j. 20.09.2004, DJ 19.10.2004).

Por sua vez, na ACR 2005.03.99.026004-1 e na ACR 2005.03.99.001273-2, o Tribunal considerou que atos de funcionários de instituição financeira não possuem potencialidade lesiva para a configuração do crime de gestão temerária:

“A concepção da definição legal do delito que é de gestão da instituição financeira já limita o conceito da qualificação pessoal exigida ao círculo de agentes com poderes gerais e superiores de decisão e reforça este entendimento a objetividade jurídica. Com efeito, os bens objeto da proteção penal estão na política econômica do governo e estabilidade e segurança do mercado, daí não se concebendo eventos de lesão a semelhantes interesses em condutas praticadas por funcionários que não integram a cúpula e que por si sós não podem causar prejuízos de modo a pôr a instituição financeira, que como tal só pode ser reconhecida no todo, em risco com correlatos resultados de abalos no SFN.” (ACR 2005.03.99.026004-1, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 16.05.2006, DJ 01.09.2006).

“A concepção da definição legal do delito que é de gestão da instituição financeira já limita o conceito da qualificação pessoal exigida ao círculo de agentes com poderes gerais e superiores de decisão e reforça este entendimento a objetividade jurídica. Com efeito, os bens objeto da proteção penal estão na política econômica do governo e estabilidade e segurança do mercado, parecendo difícil conceber eventos de lesão a semelhantes interesses em condutas praticadas por funcionários que não integram a cúpula e que por si sós não podem causar prejuízos de modo a pôr a instituição financeira, que como tal só pode ser reconhecida no todo, em riscos com correlatos resultados de abalos no SFN.” (ACR 2005.03.99.001273-2, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 16.05.2006, DJ 30.06.2006).

Por fim, na ACR 2002.03.99.016400-2, considerou-se que conduta temerária é a que “potencialmente coloca em risco a normalidade econômica da empresa”:

“Sem razão a defesa quando sustenta que o crime de gestão temerária viola o princípio da reserva legal, porquanto não define quais condutas criminosas

delimitam o tipo penal. De acordo com a lição de José Paulo Baltazar Júnior, (...), temos que: ‘Embora contenha elemento normativo, a demandar maior esforço interpretativo, o tipo em questão é constitucional (...)’. (...) Ressalte-se que a gestão temerária exige a prática de ato que potencialmente coloca em risco a normalidade econômica da empresa, hipótese dos autos.” (ACR 2002.03.99.016400-2, Primeira Turma, Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 25.08.2009, DJ 03.09.2009).

Numa terceira posição minoritária, o Tribunal valeu-se da avaliação da potencialidade lesiva numa perspectiva *ex post*, caracterizadora do crime de perigo concreto, para avaliar a tipicidade da conduta. Na ACR 2002.03.99.035427-7, foi dito explicitamente que a conduta dos réus provocou “riscos para o patrimônio da entidade financeira a que deveriam servir e também para os correntistas e investidores”, e que a gestão temerária é caracterizada pela “situação de risco causada pela ação do administrador”, sendo “incriminada aquela gestão intencional que faz surgir perigo para a instituição financeira e seus investidores, causando desassossego e perplexidade no sistema financeiro”:

“Claro está que todos os réus deste processo caracterizaram pelo comportamento temerário criminalizado na Lei nº 7.492/86, pois tanto os gerentes quanto os membros do colegiado procederam de maneira arrojada, fora dos parâmetros habituais do mercado financeiro, *provocando riscos para o patrimônio da entidade financeira a que deveriam servir e também para os correntistas e investidores*. No âmbito dos crimes contra o sistema financeiro a gestão temerária envolve, daquelas figuras elencadas no artigo 25 da Lei nº 7.492/86, um comportamento dolosamente perigoso, arrojado, audacioso, atrevido, precipitado, sem fundamento nas regras do mercado financeiro, e isso pode ser visto com clareza na maneira como foram tratadas as ‘benesses’ concedidas à empresa T., sem qualquer preocupação com as consequências danosas para o B.. (...) Convém pontuar que no § único do artigo 4º da Lei do Colarinho Branco o objeto da proibição legal *é a situação de risco causada pela ação do administrador*, restando ao Judiciário o arbítrio para definir a compreensão da gestão temerária, o que conduz a um juízo valorativo sobre a conduta esperada do bom administrador, que nada tem a ver com a gestão abusiva, inescrupulosa, arriscada mesmo para os padrões de ‘risco’ do mercado financeiro; no fundo, *é incriminada aquela gestão intencional que faz surgir perigo para a instituição financeira e seus investidores, causando desassossego e perplexidade no sistema financeiro*. São sempre citadas na doutrina nacional - e foi objeto também do anteprojeto de reforma do Código Penal presidido pelo saudoso ministro Evandro Lins e Silva - como exemplos de gestão temerária a contratação de operações sem a presença de garantias capazes de resguardar a instituição financeira, a realização de operações financeiras ‘de mero favor’ e a aprovação de operações ativas ou passivas que ultrapassem os riscos aceitáveis no âmbito do sistema financeiro. Como se vê, as condutas tanto dos dois gerentes quanto dos membros do Comitê de Crédito que ora se vêem processar, amoldam-se perfeitamente no âmbito do juízo normativo permitido pelo § único do artigo 4º da Lei do Colarinho Branco.” (ACR 2002.03.99.035427-7, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 16.11.2010 DJ 26.11.2010).

Igualmente na ACR 1999.61.81.002842-3, houve avaliação de possível ocorrência de perigo concreto derivado da conduta dos réus, na medida em que reconheceu que apesar de arriscada, a conduta dos réus estava de acordo com “o risco do negócio do mercado de valores mobiliário”:

“(…) resta a analisar se o prejuízo sofrido pelos acusados foi decorrente de gestão temerária, descrita no artigo 4º, parágrafo único da Lei n.º 7.492/86. Observo que as operações foram realizadas no final do mês de março e, portanto, deveriam estar contabilizadas naquele mês em balancete a ser apresentado no mês seguinte. Obter uma relação de ganhos ou perdas naquele mês, nos meses anteriores e seguinte não se pode sugerir que os réus tenham agido de forma temerária. Atuaram de forma arriscada? Sim, mas o risco do negócio do mercado de valores mobiliário é esse.” (ACR 1999.61.81.002842-3, Segunda Turma, Juíza Conv. Márcia de Oliveira, j. 27.11.2007, DJ 25.04.2008).

Verifica-se que a maioria das apelações afastou-se do entendimento majoritário entre os doutrinadores, que defendem ser o tipo do art. 4º, par. ún., crime de perigo abstrato formal, sem argumentar pela necessidade de avaliação da potencialidade lesiva da conduta.

Nesse sentido, remete-se às citações já mencionadas no item 3.2.3 *supra* em relação ao crime de gestão fraudulenta. Pode-se repetir, a título de exemplo, a opinião de Tórtima: “Sendo delitos de natureza formal, a gestão fraudulenta e a temerária consumam-se independentemente de qualquer resultado externo à atividade do agente. Basta que este pratique a conduta de acordo com sua configuração típica e o delito estará consumado.” (TÓRTIMA, 2002, p. 37). Igualmente, Prado: “O delito em apreço se consuma com a gestão, fraudulenta ou temerária, independentemente de qualquer resultado (delito de perigo abstrato e de mera atividade).” (PRADO, 2009, p. 164). (cf. trechos mencionados no item 3.2.3 *supra*: MAZLOUM, 2007, p. 86; BALTAZAR JR., 2010, p. 338; PIMENTEL, 1987, p. 53; e, com a ressalva presente em nota específica, MAIA, 1996, p. 58).

A maioria das decisões aproximou-se da posição de Feldens e Carrion, autores que sustentam ser a gestão temerária crime de perigo abstrato material, cuja consumação depende da avaliação normativa da potencialidade lesiva da conduta em relação ao sistema financeiro numa perspectiva *ex ante*, em consonância com o princípio da ofensividade. Apesar de já mencionados no item 3.2.3 *supra*, cabe mais uma vez citar o seu raciocínio, que restou presente na maior parte das decisões sobre o art. 4º, par. ún.:

“Uma primeira consideração dogmática em torno aos tipos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira diz com sua alocação na categoria dos crimes de perigo abstrato. É o *risco* de dano ao sistema financeiro nacional o fundamento do delito, requisito necessário para que a conduta adquira contornos típicos. Bem entendido que isso não implica na transformação do delito à categoria de perigo concreto. Sob a égide do princípio da *ofensividade* – consoante delineado por D’Ávila – sequer os delitos de perigo abstrato podem subsistir sem ao menos uma possibilidade não insignificante de lesão ao bem jurídico. O resultado, em hipóteses tais, consiste na criação, avaliável *ex ante*, de uma *situação de instabilidade na esfera de manifestação do bem jurídico*, ou seja, um resultado eminentemente normativo, *mas, nem por isso, menos representativo de uma concreta situação de desvalor*. O ilícito típico de perigo abstrato se satisfaz, assim, com a interferência na

esfera de manifestação do bem jurídico, representando, a conduta, uma *significativa possibilidade de afetação*.” (FELDENS; CARRION, 2010, pp. 182-183).

Parcela minoritária das decisões aproximou-se de uma terceira corrente doutrinária que sustenta ser a gestão temerária crime de perigo concreto. De fato, Gama e Gomes argumentam que a Lei 7.492/1986 no art. 4º criou dois tipos autônomos: se há fraude na conduta, trata-se de gestão fraudulenta; ausente esta e presente uma conduta causadora de risco real inaceitável, haverá gestão temerária. Esta, segundo os autores, é crime de perigo concreto, no qual se revela indispensável verificar a “real impetuosidade de dano advindo da condução impetuosa da instituição”:

“Com o advento da Lei nº 7.492/86, a *gestão temerária* passou a fazer parte do parágrafo único do art. 4º, constituindo, sob nossa ótica, um tipo penal autônomo. (...) A temeridade da gestão não é elemento accidental do crime de gestão fraudulenta, e sim um novo elemento normativo. descritivo. Afinal, um exclui o outro, pois se a gestão é fraudulenta não há que se falar em temeridade, ao passo que se não há fraude, mas mera impetuosidade ou risco excessivo, passa a existir um tipo próprio a reprimi-lo. (...) Trata-se igualmente de crime formal, nesse caso de *perigo concreto*, pois diante da admissibilidade de um certo grau de ousadia na gestão de negócios nos quais um risco razoável é necessário, torna-se imprescindível a verificação daquela real probabilidade de dano advindo da condução impetuosa da instituição. *Temerária* é, porém, a gestão realizada com excessiva impetuosidade, prodigalidade, arrojo e precipitação, também indica imprudência, má aplicação e desperdício de recursos, risco excessivo e desrespeito às normas de segurança dos negócios objeto da instituição.” (GAMA; GOMES, 1999, pp. 213-215).

No mesmo sentido posiciona-se Bitencourt, argumentando que, em razão do grau elevado de indeterminação do tipo aberto, para restringi-la em respeito ao princípio da reserva legal, cabe ao juiz, relutante em aceitar a tese da inconstitucionalidade, avaliar, pelo menos, a ocorrência de perigo concreto derivado da conduta²¹⁴. Assim, para Bitencourt, a gestão temerária deve prejudicar a capacidade da instituição financeira de honrar os seus

²¹⁴ “A gestão temerária é classificada como crime de perigo e não de dano; no entanto, se a amplitude semântica do art. 4º da Lei nº 7.492/86 encontra resistência em setores do judiciário para reconhecer sua inconstitucionalidade por malferir o princípio da taxatividade, submete-se, pelo menos, à exigência de um perigo concreto para a tipificação da conduta. Elucidativa nesse sentido, a lição de Miguel Reale Junior, que pontifica: ‘Se ordinariamente a redação típica não pode e nem deve valer-se de cláusulas genéricas ou elementos normativos excessivamente abertos, particularmente no que diz respeito aos delitos de perigo abstrato, o grau de indeterminação será tão extremo que a tarefa valorativa do juiz restará desvinculada de qualquer margem de referência, bem assim aos membros da comunidade social não poderá haver referência do proibido e do permitido. A tarefa urgente é a de conciliar essa forma de construção típica com o mínimo de determinação requerido pelo princípio da legalidade, isto é, compreender-se os tipos genéricos e vazios segundo a exigência da reserva legal, realizando-se uma interpretação segundo a Constituição, como ensinam Canotilho e Jorge Miranda (...). Por estas razões, verifica-se a impossibilidade total de considerar o crime de gestão temerária crime de perigo abstrato ou presumido, como até mesmo forma de limitar a interpretação das normas, pois seriam inconstitucionais o art. 4º e seu parágrafo único da Lei nº 7.492/86 se compreendido o tipo como de perigo abstrato ou presumido. Como de perigo concreto, estabelecem-se balizas, que conciliam a descrição genérica e indeterminada com os princípios constitucionais de legalidade e taxatividade. Neste sentido, a ação arriscada só é temerária perante a lei penal se cria um efetivo perigo à incolumidade da instituição financeira, à sua sanidade e higidez econômica, fazendo surgir uma situação perigosa à própria entidade e ao próprio sistema financeiro.’” (BITENCOURT, 2010, pp. 65-66).

compromissos, de modo a causar perigo concreto de dano ao bem jurídico tutelado sistema financeiro²¹⁵.

Portanto, verifica-se que a maioria das decisões do Tribunal trata a gestão temerária como crime de perigo abstrato material, de modo a restringir o seu campo de incidência²¹⁶.

Quadro 68: Critério de imputação de responsabilidade: material (causalidade) ou formal (simples ações ou resultados)

Critério	Frequência	Porcentagem
Formal	2	22%
Material	7	78%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 78% das apelações²¹⁷, o Tribunal utilizou critérios materiais para a análise da imputação de responsabilidade pelo crime de gestão temerária, o que encerra juízos de causalidade natural em relação à conduta e à exposição do bem jurídico a uma lesão ou perigo de lesão. Neste conjunto, estão as decisões que consideraram a gestão temerária como crime de perigo concreto ou de perigo abstrato material. Por outro lado, em 22% das apelações²¹⁸, o Tribunal considerou o critério formal de simples ação dos réus como suficiente para a análise da imputação de responsabilidade pelo crime. Neste conjunto, estão as decisões que trataram a gestão temerária como crime de perigo abstrato formal.

Como visto no item 2.1.1 letra ‘j’ e no item 2.1.2 letra ‘l’ *supra*, os diferentes paradigmas de direito penal diferenciam-se quanto à natureza dos conceitos das teorias do

²¹⁵ “Consuma-se o crime de gestão temerária com a prática reiterada de operações ou atividades ousadas, arriscadas, que coloquem em risco a instituição financeira. A despeito de tratar-se de crime formal, não sendo exigido resultado para que o crime se configure, faz-se necessário, para caracterizar a gestão temerária, que os atos gestores minem ou eliminem a capacidade financeira de honrar os compromissos da referida instituição. (...) Trata-se de crime próprio (...), formal (que se consuma com a simples prática de atos temerários na gestão de instituição financeira, independentemente de produção de qualquer resultado lesivo); de *perigo concreto* (*deve, comprovadamente, colocar em perigo efetivo o bem jurídico protegido, decorrente da gestão temerária realizada*) (...)”. (g.n.) (BITENCOURT, 2010, p. 74).

²¹⁶ Tendo sido Pimentel o autor mais citado (item 4.1.5 *supra*), é possível conjecturar que os julgadores tenham considerado a sua advertência de que o tipo de gestão temerária é um “monstro ameaçador” (itens 2.3 e 4.2.2 *supra*) e utilizado o critério material para restringir seu alcance na maior parte dos casos. Todavia, isto é apenas uma conjectura.

²¹⁷ ACR 2000.03.99.010950-0, ACR 2003.03.99.017693-8, ACR 2005.03.99.026004-1, ACR 2005.03.99.001273-2, ACR 2002.03.99.016400-2, ACR 1999.61.81.002842-3 e ACR 2002.03.99.035427-7.

²¹⁸ ACR 2000.61.81.003630-8 e ACR 1999.61.81.001392-4.

delito que lhes são compatíveis. No direito penal tradicional, os conceitos vinculam-se a uma realidade natural ou ontológica guiada pela ideia de causalidade naturalística para se responsabilizar o agente por sua conduta, ao passo que, no direito penal do risco, os conceitos desvinculam-se de tais caracteres e tornam-se instrumentalizados para fins e funções normativos próprios (YACOBUCCI, 2005, p. 46).

Dessa forma, percebe-se que o critério de imputação de responsabilidade material presente na maior parte das decisões do Tribunal, aproxima-se de teorias do delito compatíveis com o direito penal do tradicional, amplamente difundida entre os penalistas brasileiros (p.ex., PRADO, 2007).

4.2.4 Bem Jurídico

Quadro 69: Menção expressa ao bem jurídico supra-individual (credibilidade, higidez do sistema financeiro nacional)

Há menção expressa ao bem jurídico supra-individual?	Frequência	Porcentagem
Sim	7	78%
Não	2	22%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 78% dos casos²¹⁹ o Tribunal menciona expressamente a credibilidade e higidez do sistema financeiro nacional como bem jurídico supra-individual tutelado pela gestão temerária. Em 22% dos casos²²⁰, o Tribunal não faz menção ao bem jurídico.

Podem ser citados os seguintes exemplos de menção explícita:

“O tipo penal tem por objetivo combater atos com perigo ou dano potencial, porque não basta assegurar o sucesso da empresa, mas a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional e dos investidores.” (ACR 2003.03.99.017693-8, Quinta Turma, Des. Fed. André Nabarrete, j. 20.09.2004, DJ 19.10.2004).

“De fato, as instituições financeiras estavam autorizadas por lei a efetuar operações compromissadas com os títulos emitidos pelos estados ou municípios. Porém, como se vê, os apelantes realizaram tais operações em volume muito acima de sua capacidade financeira de liquidá-las regularmente e com a extrapolação dos limites

²¹⁹ ACR 2000.03.99.010950-0, ACR 2003.03.99.017693-8, ACR 2005.03.99.026004-1, ACR 2005.03.99.001273-2, ACR 2000.61.81.003630-8, ACR 1999.61.81.001392-4 e ACR 2002.03.99.035427-7.

²²⁰ ACR 1999.61.81.002842-3 e ACR 2002.03.99.016400-2.

de concentração de riscos, colocando em perigo anormal os ativos de propriedade da instituição financeira e de seus clientes, revelando-se altamente atentatória ao bem jurídico protegido pela norma, qual seja, a estabilidade, credibilidade e segurança do Sistema Financeiro como um todo.” (ACR 2000.61.81.003630-8, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 04.08.2009, DJ 08.10.2009).

“Convém pontuar que no § único do artigo 4º da Lei do Colarinho Branco o objeto da proibição legal é a situação de risco causada pela ação do administrador, restando ao Judiciário o arbítrio para definir a compreensão da gestão temerária, o que conduz a um juízo valorativo sobre a conduta esperada do bom administrador, que nada tem a ver com a gestão abusiva, inescrupulosa, arriscada mesmo para os padrões de "risco" do mercado financeiro; no fundo, é incriminada aquela gestão intencional que faz surgir perigo para a instituição financeira e seus investidores, causando desassossego e perplexidade no sistema financeiro.” (ACR 2002.03.99.035427-7, Primeira Turma, Des. Fed. Johanson de Salvo, j. 16.11.2010, DJ 26.11.2010).

A manifestação explícita do Tribunal acerca do caráter supra-individual do bem jurídico é reveladora da consciência de que a avaliação dos fatos imputados aos réus se dá nesse contexto, não havendo contestação quanto à necessidade e adequação da tutela penal de bens jurídicos supra-individuais destacada no item 2.2.1 *supra*, o mesmo sendo observado entre os doutrinadores (p. ex. PRADO, 2009, pp. 152 e 160; e TÓRTIMA, 2002, p. 30, mencionados no item 3.2.4 *supra*).

Quadro 70: Insolvência de instituição financeira

Insolvência de Instituição Financeira	Frequência	Porcentagem
Sim	1	11%
Não	7	78%
Não Menciona	1	11%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 78% das apelações²²¹ verifica-se que a instituição financeira não foi levada a uma situação de insolvência decorrente da prática do crime de gestão temerária. Em 11% dos casos²²² a instituição financeira foi levada a uma situação de insolvência em decorrência da conduta. Em 11% dos casos²²³, não há menção à situação de solvência da instituição financeira.

²²¹ ACR 2000.03.99.010950-0, ACR 2003.03.99.017693-8, ACR 2005.03.99.026004-1, ACR 2005.03.99.001273-2, ACR 1999.61.81.001392-4, ACR 2002.03.99.016400-2 e ACR 2002.03.99.035427-7.

²²² ACR 2000.61.81.003630-8.

²²³ ACR 1999.61.81.002842-3.

O caso minoritário no qual a instituição foi levada a uma situação de insolvência, foi o seguinte:

“O conjunto probatório arrecadado é unívoco e robusto no sentido de comprovar que o Banco (...), gerido pelos apelantes, realizou operações em muito superiores à sua capacidade econômico-financeira, e extrapolou os limites razoáveis de concentração de riscos, sofrendo, inclusive, déficit financeiro que o impediu de honrar seus compromissos, ocasionando a decretação da sua liquidação extrajudicial que, no caso, configura tão-somente consequência do crime de gestão temerária.” (ACR 2000.61.81.003630-8, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 04.08.2009, DJ 08.10.2009).

Logo, constata-se, que na maioria dos casos a instituição financeira não foi levada a uma situação de insolvência em razão da gestão temerária. Isso demonstra que, apesar da potencialidade lesiva apreciada (item 4.2.3 *supra*), a maioria das condutas não comprometeu o estado de solvência da instituição.

Quadro 71: Liquidação extrajudicial de instituição financeira pelo Banco Central ou decretação de falência

Prejuízo	Frequência	Porcentagem
Sim	1	11%
Não	8	89%
Não menciona	0	0%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 89% dos casos não houve liquidação extrajudicial de instituição financeira pelo Banco Central. Em apenas 11% dos casos²²⁴ houve liquidação extrajudicial da instituição financeira em razão da prática de gestão temerária, que foi a apelação mencionada no quadro anterior.

Portanto, constata-se que na maior parte dos casos não houve liquidação extrajudicial ou decretação de falência, ou seja, a maioria das instituições financeiras não teve suas atividades encerradas em decorrência da conduta dos réus.

²²⁴ ACR 2000.61.81.003630-8.

Quadro 72: Afirmação ou negação de possível risco ou ocorrência de crise sistêmica

Crise Sistêmica	Frequência	Porcentagem
Sim	1	11%
Não	0	0%
Alusão de forma implícita da não ocorrência	0	0%
Não Menciona	8	89%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 89% das apelações não se menciona se houve ou não possível risco ou ocorrência efetiva de crise sistêmica em razão do crime de gestão temerária. Em 11% dos casos²²⁵, afirma-se o possível risco de crise sistêmica em decorrência da conduta.

Na decisão minoritária em que a matéria foi apreciada, o Tribunal ressaltou o possível risco de ocorrência de crise sistêmica. No caso concreto, o diretor financeiro e o presidente da instituição compraram títulos estaduais de banco e de fundo estadual superando o limite de concentração de risco autorizado pelo Banco Central. Os réus participavam de esquema ilícito de compra e venda de títulos públicos:

“No caso dos autos, desde a data da compra até a suspensão da negociação dos títulos pela CPI, o volume global de operações compromissadas realizadas pelo Banco P., que girava em torno de R\$ 97.000.000,00 (...), além de ter ficado muito próximo do limite estabelecido pelo Banco Central do Brasil, já superava em muito a sua capacidade econômico-financeira, o que igualmente demonstra a ausência de cautela negocial exigível do administrador de instituição financeira. Em 24.10.96, data da compra dos títulos (...), o patrimônio líquido do Banco P. girava em torno de R\$ 10.000.000,00 (...) - fl.. Com a compra dos títulos pelo valor total de R\$ 90.089.621,89 (...), a única forma de o Banco P. evitar a sua iliquidez era efetuar operações diárias de venda com compromisso de recompra no dia seguinte, financiadas por outra instituição financeira, que, no caso, foi o Banco do Estado (...) até 22.11.96 e o Fundo de Liquidez do Estado (...) a partir desta data. Assim procedendo, os apelantes vincularam o Banco P. a estes financiadores e às taxas de financiamento por estes impostos e, como consequência, colocaram a instituição em risco de prejuízo tal que a levaria à bancarrota. Ainda que não houvesse prejuízo, bastaria que se a contra-parte nos contratos compromissados não os quisesse ou não os pudesse continuar celebrando para provocar completa ausência de liquidez para honrar os saques e compromissos diários de seus clientes. Tal ocorrência, já por si gravemente lesiva ao Sistema Financeiro Nacional, tenderia a provocar uma ‘corrida’ de correntistas e outros credores e, consequentemente, lançaria por terra a instituição e, junto dela, a credibilidade do sistema como um todo. E isto, de fato, ocorreu. (...) De fato, as instituições financeiras estavam autorizadas por lei a efetuar operações compromissadas com os títulos emitidos pelos estados ou municípios. Porém, como se vê, os apelantes realizaram tais operações em volume muito acima de sua capacidade financeira de liquidá-las regularmente e com a extrapolação dos limites de concentração de riscos, colocando em perigo anormal os ativos de propriedade da instituição financeira e de seus clientes, revelando-se altamente

²²⁵ ACR 2000.61.81.003630-8.

atentatória ao bem jurídico protegido pela norma, qual seja, a estabilidade, credibilidade e segurança do Sistema Financeiro como um todo. E, frise-se, isso ocorreu desde a data da compra dos títulos (...) pelo Banco P.. A suspensão da negociação dos títulos pela CPI em 26.02.97 não configurou, portanto, causa superveniente que, por si só, produziu o resultado. Desta forma, patente nos autos a administração perigosa empreendida pelos apelantes, no Banco P., caracterizada pela atuação negocial imprudente, nociva aos interesses da instituição, avessa à cautela mínima exigível dos gestores de instituições financeiras. Assim agindo, conduziram a instituição de forma temerária, gerando situação concreta de abalo e instabilidade financeira, bem como grave risco de inadimplência da instituição e o real comprometimento da continuidade de suas atividades, o que, de fato, ocorreu.” (ACR 2000.61.81.003630-8, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 04.08.2009, DJ 08.10.2009).

Com exceção do caso acima, vê-se que na maioria das apelações não há menção acerca de possível risco ou ocorrência de crise sistêmica provocada pela prática da gestão temerária, apesar de o Tribunal avaliar a potencialidade lesiva da conduta na maior parte dos casos como visto no item 4.2.3 *supra*.

As manifestações do Tribunal afastam-se da doutrina que considera a análise detida sobre a crise sistêmica como imprescindível à análise dos crimes financeiros. Como mencionado no item 3.2.4 *supra*, Tasse entende que os crimes da Lei 7.492/1986 apenas se configuram se demonstrada uma lesão ou perigo concreto ao sistema financeiro como um todo, ou seja, se houver possível ou efetiva ocorrência de crise sistêmica com “real ameaça da perda de investimentos” e “diminuição da riqueza do país”, não sendo suficiente a mera lesão patrimonial de instituições ou investidores (TASSE, 2007, pp. 339-340). Feldens e Carrion, por sua vez, entendem que a crise sistêmica é o horizonte de compreensão dos crimes de gestão fraudulenta e temerária, aduzindo que na análise da conduta típica é preciso considerar a relevância econômica da instituição, o seu grau de conectividade com o sistema e o potencial lesivo da fraude praticada (FELDENS; CARRION, 2010, p. 188). Ou seja, extrai-se desses entendimentos que o juiz possui um ônus argumentativo de analisar aspectos de uma possível crise sistêmica em relação aos crimes financeiros, o que não ocorreu na maioria das decisões do Tribunal.

Portanto, nos acórdãos sobre gestão temerária, o Tribunal afasta-se da doutrina que considera a análise aprofundada da possível ocorrência de crise sistêmica como imprescindível para a caracterização dos crimes financeiros em geral e dos crimes do art. 4º em particular.

Quadro 73: Menção de ocorrência de prejuízo efetivo para a instituição financeira, para particulares, para o Estado ou a exposição da instituição financeira a risco inaceitável

Prejuízo	Frequência	Porcentagem
Sim	9	100%
Não	0	0%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em todas as apelações²²⁶ o Tribunal menciona expressamente a ocorrência de prejuízo efetivo para a instituição financeira, para particulares, para o Estado ou a exposição da instituição financeira a risco inaceitável.

Verifica-se que, nas decisões sobre a gestão temerária houve menção à ocorrência de algum prejuízo ou risco causado pela conduta dos réus a indicar certo grau de lesividade significativa decorrente da conduta dos réus no conjunto das situações fáticas discutidas nas apelações. A ocorrência efetiva de algum prejuízo ou risco indicativo da lesividade da conduta é um critério destacado por parte da doutrina, como apontado no item 3.2.4 *supra* (RUIVO, 2011, pp. 180-181), sendo a mesma colocação válida para o crime do art. 4º, par. ún., da Lei 7.492/1986.

Podem ser mencionados os seguintes exemplos de decisões que explicitam a ocorrência de prejuízo ou risco derivado da conduta:

“Comprovado assim que os acusados, agindo com o dolo inerente à conduta – a ciência de ser a operação afoita, temerária, arriscada, imprudente, inviável – puseram em risco a saúde financeira da instituição, e causaram efetivo prejuízo que, na data da auditoria, já alcançava a significativa cifra de um milhão e quinhentos e noventa mil e trezentos e cinquenta e quatro dólares (fl.).” (ACR 2000.03.99.010950-0, Segunda Turma, Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 28.05.2002, DJ 22.07.2002).

“É incontroverso que a P. DTVM experimentou elevados prejuízos (...) ao realizar operações *day-trade* no mercado de opções com ouro, em benefício de terceiros e em detrimento da instituição, conforme documentação de fls.” (ACR 2003.03.99.017693-8, Quinta Turma, Des. Fed. André Nabarrete, j. 20.09.2004, DJ 19.10.2004).

“Narra a denúncia (...) que A., A., A., E., F., F., G., H., J., J., J., J., L., M., N., S., S., V. e V., na qualidade de administradores do Banco (...), deferiram ou contribuíram decisivamente para o deferimento de uma série de operações financeiras irregulares em favor da empresa T., causando prejuízo à instituição financeira, que (...) perfazia o montante de US\$ 16.900.000,00 (fls.).” (ACR 2002.03.99.035427-7, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 16.11.2010, DJ 26.11.2010).

²²⁶ ACR 2000.03.99.010950-0, ACR 2003.03.99.017693-8, ACR 2005.03.99.026004-1, ACR 2005.03.99.001273-2, ACR 1999.61.81.002842-3, ACR 2000.61.81.003630-8, ACR 1999.61.81.001392-4, ACR 2002.03.99.016400-2 e ACR 2002.03.99.035427-7.

Como as decisões afirmaram a ocorrência de algum prejuízo decorrente da conduta, será correlacionado esse dado juntamente com o critério de imputação de responsabilidade utilizado no quadro abaixo.

Quadro 74: Menção de ocorrência de prejuízo efetivo para a instituição financeira, para particulares, para o Estado ou a exposição da instituição financeira a risco inaceitável e correlação com o critério de imputação de responsabilidade (formal ou material)

Correlação	Frequência	Porcentagem
Material e menção a prejuízo	7	78%
Formal e menção a prejuízo	2	22%
Total	9	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Correlacionado a menção ao prejuízo com o critério de imputação de responsabilidade utilizado pelo Tribunal para avaliar a responsabilidade dos agentes, verifica-se que em 78% dos casos²²⁷ foi utilizado o critério material e mencionou-se a ocorrência de prejuízo, e que, em 22% dos casos²²⁸, aplicou-se o critério formal, com menção ao prejuízo.

Observa-se que, mesmo nos casos em que o Tribunal valeu-se de critérios formais de imputação de responsabilidade, as condutas avaliadas não eram completamente irrelevantes do ponto de vista da lesividade. A correlação desses dois dados será feita juntamente com as penas efetivamente aplicadas nos casos de condenação no item 4.3 *infra*.

Para concluir a questão do bem jurídico, pode-se constatar que, apesar de o Tribunal ter ressaltado a tutela do bem jurídico supra-individual, menciona a ocorrência de prejuízo e de potencialidade lesiva da conduta em todos os casos, e os considera na qualificação jurídica da conduta, na maior parte dos casos. Logo, o Tribunal considera certos aspectos de concretude relacionados ao bem jurídico (como o patrimônio da instituição e de investidores) e não apenas o aspecto imaterial (credibilidade, confiança do SFN).

²²⁷ ACR 2000.03.99.010950-0, ACR 2003.03.99.017693-8, ACR 2005.03.99.026004-1, ACR 2005.03.99.001273-2, ACR 1999.61.81.002842-3, ACR 2002.03.99.016400-2 e ACR 2002.03.99.035427-7.

²²⁸ ACR 2000.61.81.003630-8 e ACR 1999.61.81.001392-4.

4.2.5 Penas Aplicadas

Quadro 75: Menção de finalidade da pena em caso de condenação

Finalidade	Frequência	Porcentagem
Retribuição, Prevenção Especial Positiva, Prevenção Especial Negativa, Prevenção Geral Positiva, Prevenção Geral Negativa	1	20%
Retribuição	1	20%
Não Menciona	3	60%
Total	5	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 60% das apelações²²⁹ em que houve condenação, o Tribunal não menciona nenhuma finalidade da pena. Em 20% dos casos²³⁰, menciona todas as finalidades de forma genérica. Em 20% dos casos²³¹, menciona apenas a retribuição.

Constata-se um descompasso entre o fato de todas as decisões conterem análise da tipicidade da gestão temerária, enquanto apenas a minoria delas menciona expressamente a finalidade da pena aplicada. Ou seja, esse quadro reflete, em alguma medida, o desequilíbrio histórico entre a preponderância de obras doutrinárias que enfatizam a teoria do delito, e a escassez de obras que ressaltam a teoria da pena, induzindo os juristas a darem menos importância ao ônus argumentativo sobre a finalidade buscada pela aplicação da pena, como observado no item 3.2.5 *supra* (FRANCO, 2002, p. 9).

No caso minoritário, no qual o Tribunal mencionou a aplicação da pena para o fim da “justa retribuição”, o fez para fixar a pena-base acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

“Assim, em relação ao acusado J., a justa retribuição por sua participação na conduta delituosa pode ser fixada pouco acima do patamar mínimo previsto na lei incriminadora. Quanto aos demais, a pena base deve afastar-se do mínimo legal, para dar a medida da justa retribuição, ainda que não constem contra os acusados antecedentes desabonadores.” (ACR 2000.03.99.010950-0, Segunda Turma, Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 28.05.2002, DJ 22.07.2002).

²²⁹ ACR 2003.03.99.017693-8, ACR 2002.03.99.016400-2 e ACR 2002.03.99.035427-7.

²³⁰ ACR 2000.61.81.003630-8.

²³¹ ACR 2000.03.99.010950-0.

No caso minoritário em que o Tribunal invocou a finalidade de “repressão e prevenção” do delito, utilizou a mesma fundamentação para cada um dos réus condenados, igualmente para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal e estabelecer o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena de reclusão:

“Embora primário e de bons antecedentes, a culpabilidade do réu é acentuada, merecendo maior reprovação social. A sua conduta revelou-se de elevada nocividade, pois altamente atentatória à estabilidade, credibilidade e segurança do Sistema Financeiro Nacional e à higidez e fé-pública das instituições financeiras, em atitude de total menosprezo ao bem jurídico protegido pela norma. Ademais, a atuação negocial imprudente do réu, com quebra de seus deveres éticos e profissionais perante a instituição, foi pautada na ambição desmedida por obtenção de lucro extremamente elevado que o ciclo de operações realizadas com os títulos poderia gerar, caracterizando a ganância motivo abominável. Desta forma, *a pena-base mínima é insuficiente para a repressão e prevenção do delito*, razão pela qual deve ser fixada em 03 (três) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, tornadas definitivas, ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou de diminuição da pena. Considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser fixado o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, do Código Penal. (...) Deixo de substituir as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, vez que, conforme fundamentação acima, ausente o requisito subjetivo previsto no inciso III do artigo 44 do Código Penal.” (ACR 2000.61.81.003630-8, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 04.08.2009, DJ 08.10.2009).

Em nenhum dos casos surgiu o debate sobre a proporcionalidade das penas cominadas à gestão temerária. Bitencourt ao tratar da pena de 2 a 8 anos de reclusão e multa, cominada ao delito, critica a desproporcionalidade das penas cominadas na Lei 7.492/1986, em razão da “falta de critérios que orientam o legislador na valoração das condutas incriminadas, bem como na avaliação da importância do bem jurídico tutelado” (BITENCOURT, 2010, pp. 48 e 75). Cabem neste particular as mesmas críticas da doutrina ao dispositivo, referidas no item 3.2.5, seja pela aleatoriedade do “critério punitivo do legislador (...) para a cominação de penas mais ou menos severas” (PIMENTEL, 1987, p. 54), seja pela maior contundência da pena pecuniária aos agentes que praticam crimes econômicos, no lugar das penas de prisão (TÓRTIMA, 2002, p. 42). Em sentido contrário, também mencionada no item 3.2.5 *supra*, remeta-se à posição de Maia, defensor de penas severas à prática de condutas de grande potencial ofensivo ao bem jurídico supra-individual, cuja punição foi historicamente negligenciada pelo Estado (MAIA, 1996, pp. 12-13).

A partir das decisões obtidas, vê-se que não há um posicionamento explícito sobre qual a finalidade da pena preponderante na punição de agente condenado pelo crime de gestão temerária na medida em que o Tribunal não a menciona na maior parte das condenações e, quando o faz, menciona as finalidades de modo genérico ou apenas a retribuição para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

O fato de o Tribunal não explicitar em detalhes os fins e a proporcionalidade da pena cominada ao delito, revela que o Tribunal pressupõe que a sua cominação legislativa seja adequada e, na prática, aproxima a o seu “direito em ação” do posicionamento doutrinário de Maia que propugna penas severas para os crimes financeiros.

Quadro 76: Quantidade de pena aplicada nos casos de condenação por gestão temerária

Quantidade da Pena pelo crime específico	Quantidade de Pena Final pelo concurso ou continuidade de crimes	Pena final aplicada: Privativa de Liberdade (PL) ou Restritiva de direito (RD)	Frequência	Porcentagem
2 anos e 6 meses	---	RD	1	20%
3 anos	---	PL	1	20%
3 anos; 4 anos	---	RD	1	20%
4 anos; 3 anos; 2 anos e 6 meses	---	RD	1	20%
6 anos; 4 anos; 2 anos e 6 meses	---	PL e RD	1	20%
Total			5	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Em 20% das condenações, a quantidade da pena aplicada foi de 2 anos e 6 meses de reclusão²³². Em 20%, 3 anos²³³. Em 20%, 3 anos e 4 anos²³⁴. Em 20%, 4 anos, 3 anos e 2 anos e 6 meses²³⁵. E, em 20%, 6 anos, 4 anos e 2 anos e 6 meses²³⁶.

Observa-se que as penas impostas por gestão temerária variaram de 2 anos e 6 meses a 6 anos de reclusão. Não houve condenação da gestão temerária em concurso com outros crimes. Considerados os limites da pena cominada ao tipo (de 2 a 8 anos), constata-se que o Tribunal valeu-se da ampla margem conferida pelo preceito secundário e da discricionariedade conferida ao juiz para a aplicação da pena nos termos dos arts. 59 e 68 do CP. Em nenhum caso foi imposta a pena máxima e, igualmente, em nenhum caso foi imposta a pena mínima.

²³² ACR 2003.03.99.017693-8.

²³³ ACR 2000.61.81.003630-8.

²³⁴ ACR 2002.03.99.035427-7.

²³⁵ ACR 2000.03.99.010950-0.

²³⁶ ACR 2002.03.99.016400-2.

O fato de não haver a imposição da pena mínima em nenhum caso pode indicar que o Tribunal não a considera proporcional à gravidade da conduta descrita no preceito primário, como consignado na apelação que invocou genericamente todos os fins da pena e, por isso, fixou a pena-base no mesmo patamar da gestão fraudulenta:

“(...) a pena-base mínima é insuficiente para a repressão e prevenção do delito, razão pela qual deve ser fixada em 03 (três) anos de reclusão (...)” (ACR 2000.61.81.003630-8, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 04.08.2009, DJ 08.10.2009).

Portanto, na prática, não existe a imposição de uma quantidade de pena padrão à gestão temerária. De certa forma, isso torna difícil prever a pena que um acusado por gestão temerária terá, porquanto na maioria das condenações aplicaram-se diversas quantidades dentro do espectro.

Quadro 77: Aplicação de Pena Privativa de Liberdade ou de Restritiva de direitos

Pena	Frequência	Porcentagem
Privativa de Liberdade	1	20%
Privativa de Liberdade e Restritiva de Direitos	1	20%
Restritiva de Direitos	4	60%
Total	5	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

Considerado o total de condenações nas apelações, em 20% dos casos²³⁷, houve aplicação de pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime semi-aberto (art. 33 do CP). Em 20% dos casos²³⁸, houve réu condenado à pena privativa de liberdade e réu que teve a pena substituída para restritivas de direitos. Em 60% dos casos²³⁹, os réus tiveram suas penas substituídas por penas restritivas de direito. Se forem consideradas as ocorrências de condenações e absolvições em todos os casos, verifica-se que em 40% houve condenação de réu à pena privativa de liberdade e que em 80%, os réus tiveram a pena privativa substituída por penas restritivas de direito, sendo as mais comuns a prestação pecuniária e a prestação de serviços à comunidade (art. 43 do CP). Em todos os casos, dada a previsão cumulativa, os réus também foram condenados à pena de multa (art. 49 do CP).

²³⁷ ACR 2000.61.81.003630-8.

²³⁸ ACR 2002.03.99.016400-2.

²³⁹ ACR 2000.03.99.010950-0, ACR 2003.03.99.017693-8 e ACR 2002.03.99.035427-7.

Portanto, na maioria das condenações por gestão temerária, houve predominância da substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos aos réus. Contudo, destaca-se, em percentual expressivo, a condenação de réus ao cumprimento efetivo de penas privativas de liberdade. Essa circunstância será analisada juntamente com outros aspectos no próximo item.

4.3 Discussão dos Resultados

Os resultados quantitativos revelaram a representatividade dos acórdãos coligidos no banco de dados que permite estabelecer inferências sobre como o TRF da 3ª Região julga o crime de gestão temerária (item 4.1).

Com efeito, foram obtidas apelações em proporções significativas das três Turmas do Tribunal, relatadas por diversos julgadores, e julgadas de forma unânime em sua totalidade, no amplo período de 2001 a 2010 (item 4.1.1). Quem mais apelou foram os réus (item 4.1.1) e, na maioria dos casos, pelo menos um corréu foi condenado pelo crime de gestão temerária (item 4.1.2), sendo, entretanto, significativo o percentual de absolvições de corréus na maior parte dos casos (item 4.1.2). Na maioria das apelações, a decisão do Tribunal foi a mesma da decisão de Primeira Instância, e, nos casos em que houve reforma, na maioria destes, o Tribunal alterou o entendimento para absolver corréus (item 4.1.2). Verificou-se que, no início da persecução penal, no maior número dos casos, o Ministério Público Federal denunciara os réus apenas por gestão temerária. Entretanto, em um terço deles, o MPF qualificou o crime como gestão fraudulenta ou empréstimo vedado, demonstrando o grau maior de indeterminação do tipo do art. 4º, par. ún., em relação a outras das principais figuras afetas à administração das instituições financeiras. Em cerca de um quinto dos casos, o MPF manifestou certo posicionamento pela interpretação ampliativa do art. 4º, ao admitir o concurso com outras figuras da Lei 7.492/1986 (item 4.1.3).

A principal prova de materialidade analisada foi a prova documental de documentos contábeis, sendo inexistente a análise de prova pericial, o que demonstra posição favorável à eficiência da persecução penal em detrimento de uma posição garantista (item 4.1.4). Os

principais alvos da persecução penal são os administradores de instituição financeira, tendo sido enfatizada a impossibilidade de prática da gestão temerária por simples funcionários da instituição. Neste particular, manifestam-se aspectos da interpretação restritiva do art. 4º, par. ún. e do art. 25 (item 4.1.4). As instituições financeiras envolvidas são todas as passíveis de fiscalização pelos órgãos supervisores do SFN (item 4.1.4).

Com relação à influência de doutrina, verificou-se que na maioria dos casos o Tribunal utilizou-a, sendo citadas em maior número obras de pioneiro crítico da lei e de comentarista da Lei de Crimes contra a Economia Popular, cujos pontos de vista tendem à crítica da interpretação ampliativa do tipo (item 4.1.5). Quanto à referência a julgados, constatou-se que na maior parte das decisões houve citação de julgado de tribunal, sendo os mais mencionados julgados de outras Cortes, demonstrando que o Tribunal revelou-se mais aberto a influências externas (item 3.1.5).

Da análise dos resultados quantitativos extrai-se que o Tribunal aplica o art. 4º, par. ún., da Lei 7.492/1986, na maioria dos casos para condenar pelo menos um dos réus. Mostra-se permeável à doutrina e ao entendimento de outras Cortes, e tende a realizar, em alguns aspectos, uma interpretação restritiva do tipo.

Quanto aos resultados qualitativos, a tendência para a interpretação restritiva do tipo indicada anteriormente, predominou na prática (item 4.2).

No tocante à relação com a esfera administrativa, verificou-se que, na maioria dos casos, o Tribunal não menciona a eventual condenação de réu em processo administrativo punitivo. Nos casos em que o faz e houve a condenação pela administração pública, em todos o Tribunal modificou o entendimento para absolver pelo menos um dos corréus. No caso em que os réus não foram condenados na esfera administrativa, o Tribunal os absolveu. Logo, na maior parte das apelações o Tribunal não menciona o resultado de eventual procedimento administrativo, e nos casos em que o faz, não necessariamente segue o mesmo entendimento, a indicar certa independência entre as esferas administrativa e judicial. Tal posição, aliás, foi explicitada numa das apelações. Neste particular, verifica-se que o modo como o Tribunal se manifesta no tocante à relação com a esfera administrativa, está mais próxima de uma preocupação com a eficiência na persecução penal em detrimento de se conferir maior oportunidade de defesa ao acusado por gestão temerária e maior subsidiariedade ao direito

penal, na medida em que considera irrelevantes as conclusões dos órgãos supervisores do sistema financeiro acerca da configuração ou não do delito (item 4.2.1).

Sobre a ofensa ao princípio da legalidade, na maioria das apelações, o Tribunal afirma expressamente que o tipo de gestão temerária do art. 4º, par. ún., da Lei 7.492/1986 não fere o princípio no aspecto da taxatividade. Ou seja, na maior parte das decisões, o Tribunal entende que a previsão do elemento normativo ‘temerária’, embora seja aberto, é passível de determinação pelo juiz. A posição é justificada pela normalidade de previsão de tipos abertos no Código Penal, que não tiveram sua constitucionalidade contestada, e pela impossibilidade de o legislador prever todas as formas pelas quais o delito possa ser praticado. Portanto, na interpretação do art. 4º, par. ún., o Tribunal adotou posicionamento pela interpretação menos restrita do princípio da legalidade no aspecto da taxatividade (item 4.2.2).

Com relação aos critérios para a conduta típica, verifica-se que em todos os casos o Tribunal analisou a tipicidade da conduta e, na maioria deles, considerou típica a conduta de pelo menos um dos réus. O Tribunal utilizou, na maior parte das apelações, critérios que restringem a incidência do tipo penal: a questão da habitualidade ficou dividida nas manifestações explícitas, havendo posições que a defendem e outras que a rejeitam, sendo que na maioria dos casos havia pluralidade de condutas; considerou a gestão temerária como crime de perigo abstrato material, analisando a potencialidade lesiva da conduta dos agentes sob uma perspectiva *ex ante*; utilizou critérios materiais de imputação de responsabilidade, ao valer-se de raciocínio que considera certa causalidade naturalística da conduta em relação ao bem jurídico; e definiu ‘gestão’ como administrar, gerir, comandar, indicativa da pluralidade de atos. Todos esses critérios confirmam a interpretação restritiva dada pelo Tribunal ao art. 4º, par. ún. (item 4.2.3).

No que diz respeito ao bem jurídico, na maioria das decisões o Tribunal menciona expressamente o bem jurídico supra-individual tutelado pelo art. 4º, par. ún., ressaltando a necessidade de preservar a credibilidade e higidez do sistema financeiro. Na maior parte dos casos, a instituição financeira não foi levada a uma situação de insolvência em razão da conduta dos réus. Em apenas um caso, a instituição financeira foi liquidada extrajudicialmente, o que demonstra que, na maior parte das vezes, a conduta de gestão temerária não ensejou o encerramento compulsório das atividades das instituições. Na maioria dos casos não há menção expressa a risco ou ocorrência efetiva de crise sistêmica. Em todas as decisões mencionou-se expressamente a ocorrência de prejuízo efetivo para a instituição

financeira, para particulares, para o Estado ou a exposição da instituição financeira a risco inaceitável. Logo, do ponto de vista jurídico, o Tribunal reafirma a tutela do bem jurídico supra-individual e não se importa em tecer grandes considerações sobre o risco sistêmico; todavia, procede à apreciação da ocorrência de prejuízo ou perigo à instituição financeira ou a investidores para a interpretação do art. 4º, par. ún., como medida relevante de ofensa ao bem jurídico, o que, de certo modo, significa uma interpretação restritiva do conceito de bem jurídico supra-individual, ao levar em conta aspectos de sua concretude (como o patrimônio da instituição e de investidores) e não apenas o aspecto imaterial (credibilidade, confiança do SFN) (item 4.2.4).

Quanto às penas aplicadas nos casos de condenação, verificou-se que, na maioria dos casos, o Tribunal não menciona a finalidade da pena, e, nos casos em que o faz, invoca genericamente todos os fins ou alude à retribuição, estando ausente o debate acerca da proporcionalidade da elevada pena cominada à gestão temerária, o que, de certa forma, aproxima-o do entendimento pela aplicação de penas severas aos crimes financeiros. A quantidade da pena efetivamente aplicada variou na maioria dos casos, refletindo a ampla margem conferida ao juiz para a sua dosimetria: as penas aplicadas pelo crime específico variaram de 2 anos e 6 meses a 6 anos de reclusão. Em nenhum caso foi aplicada a pena mínima. Na maioria dos casos, os réus foram condenados, após a substituição legal, à pena restritiva de direitos, porém, houve condenação de réus à pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime inicial semi-aberto (item 4.2.5).

Diante da síntese dos resultados obtidos, é possível responder ao primeiro problema de pesquisa da presente investigação: quais são os principais critérios considerados no julgamento do crime financeiro selecionado para a configuração da conduta típica a partir da fundamentação de acórdãos de apelação do Tribunal Regional da 3ª Região no período de 2001 a 2010?

A principal hipótese, que restou refutada na maioria das decisões, era a de que o Tribunal consideraria apenas a mera prática da conduta como suficiente para a configuração do crime de perigo abstrato, sem considerar a potencialidade lesiva sob uma perspectiva *ex ante*. Como se viu, na maioria das decisões, o Tribunal tratou a gestão temerária como crime de perigo abstrato material, avaliando a potencialidade lesiva da conduta numa perspectiva *ex ante*, e, em alguns casos, tratou-o também como crime de perigo concreto. Outros critérios

que caracterizaram uma interpretação restritiva do tipo: foi o fato de o requisito da habitualidade não ter sido rechaçado na maior parte das decisões; de o Tribunal considerar 'gestão' predominantemente como administrar, dirigir, comandar; de, na apreciação do bem jurídico supra-individual, considerar a ocorrência de certo prejuízo ou risco para caracterização da sua ofensa, dando relevância a aspectos de sua concretude; e de aplicar a pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade na maior parte dos casos, apesar de fixar a pena privativa de liberdade a alguns, sem questionamento da proporcionalidade da elevada sanção cominada ao crime. Restam assim minoritários, e de menor repercussão no conjunto das decisões, o fato de o Tribunal ter dado mais relevância à eficiência da persecução penal em detrimento das garantias dos réus na forma como sustentou a tese da independência entre as esferas administrativa e judicial, e de ter considerado constitucional a previsão de tipo penal aberto, em uma interpretação mais flexível do princípio da legalidade.

Feitas essas considerações, pode-se responder ao segundo problema de pesquisa: as decisões aproximam-se de algum paradigma de direito penal?

A segunda hipótese, que também restou refutada na maioria dos casos, era a de que as decisões do Tribunal estariam próximas do paradigma do direito penal do risco, quando, na verdade, aproximaram-se do paradigma do direito penal tradicional. De fato, o principal elemento a determinar a aproximação com o paradigma do direito penal tradicional é o discurso de tratamento do tipo como crime de perigo abstrato material, com análise da potencialidade lesiva numa perspectiva *ex ante*, que implica a consideração de critérios materiais de imputação de responsabilidade, sendo que, em alguns casos, o Tribunal tratou o crime como de perigo concreto. A combinação dessa mensagem, correlacionada com a maioria dos demais critérios encontrados, corresponde a componentes do paradigma do direito penal tradicional constantes da Tabela 1 do item 2.1.3 *supra*: apesar da aceitação do tipo penal aberto como decorrência da flexibilização do princípio da legalidade e taxatividade e de enfatizar a eficiência da persecução penal em detrimento das garantias do réu no tocante à relação com a esfera administrativa, na maioria dos casos foi aplicada, após a substituição, a pena restritiva de direitos; no tratamento do bem jurídico supra-individual foram destacados aspectos da sua concretude, e não seu lado meramente imaterial; os critérios de configuração

do tipo seguiram interpretação mais restritiva; e predominaram critérios materiais de imputação de responsabilidade fundados em juízos de causalidade.

Quais as consequências disso?

Para analisar as consequências da aproximação das decisões a determinado paradigma, é preciso refletir sobre o uso do discurso feito pelo Tribunal para a qualificação jurídica das condutas em relação às peculiaridades dos fatos concretos submetidos a julgamento.

Em primeiro lugar, observa-se uma congruência entre a aplicação de critérios que restringiam a incidência do art. 4º, par. ún., e a maioria dos fatos concretos narrados nas apelações. De fato, a conduta comum de gestão temerária caracterizou-se pela prática de uma pluralidade de atos, consistente na realização de operações sem a observância de cautelas, que causaram alguma forma de prejuízo ou risco inaceitável à instituição financeira. Operações de acordo com o risco do negócio ou realizadas por funcionários da instituição foram consideradas atípicas. Ou seja, caso tivesse sido utilizado o discurso do direito penal do risco, este teria uma incidência ampla demais.

Em segundo lugar, a congruência entre o discurso do direito penal tradicional e a realidade fática revela-se no fato de que em todas as apelações mencionou-se expressamente a ocorrência de prejuízo efetivo ao patrimônio da instituição financeira, aos investidores, ao Estado ou a exposição da instituição a risco inaceitável por meio de operações temerárias, o que aponta o grau significativo de lesividade decorrente da conduta dos réus. Igualmente sob esta perspectiva, o discurso do direito penal do risco seria amplo demais diante dos fatos encontrados.

Quanto à congruência entre o discurso de imputação de responsabilidade e a aplicação das penas restritivas de direito e privativas de liberdade, pode-se submeter as apelações obtidas ao teste de Silva Sánchez utilizado no item 3.3 *supra*, por ser um autor que, como dito, possui uma posição intermediária ao defender a coexistência dos dois paradigmas de direito penal (item 2.2.1 *supra*). Como já afirmado, Silva Sánchez afirma que nos crimes cuja previsão legal aproxima-se do modelo de “expansão do direito penal”, cabe ao juiz atentar para a proporcionalidade entre os critérios de imputação de responsabilidade e o rigor da pena a ser aplicada, devendo afastar a aplicação da pena privativa de liberdade (SILVA SÁNCHEZ, 2002, pp. 137-139 e p. 143). Para tanto, procede-se à correlação entre a quantidade e o tipo de pena efetivamente aplicada nos casos de condenação (privativa de

liberdade ou restritiva de direito), ao critério de imputação de responsabilidade de cada paradigma de direito penal (material-direito penal tradicional ou formal-direito penal do risco) e a referência expressa a prejuízo para a instituição financeira, particulares, Estado ou exposição da instituição a risco inaceitável, no quadro a seguir:

Quadro 78: Quantidade e tipo de pena aplicada nos casos de condenação, critério de imputação de responsabilidade de cada paradigma de direito penal e referência a prejuízo

	Quantidade da Pena pelo crime específico	Quantidade de Pena Final pelo concurso ou continuidade de crimes	Pena final aplicada: Privativa de Liberdade (PL) ou Restritiva de direito (RD)	Critério de imputação de responsabilidade de cada paradigma de direito penal, formal-DP do Risco (F-DPR) ou material-DP Tradicional (M-DPT)	Referência a Prejuízo para a instituição, particulares, Estado ou exposição a risco inaceitável: Sim (S) ou Não (N)	Frequência	Porcentagem
1	2 anos e 6 meses	---	RD	M-DPT	S	1	20%
2	3 anos	---	PL	F-DPR	S	1	20%
3	3 anos; 4 anos	---	RD	M-DPT	S	1	20%
4	4 anos; 3 anos; 2 anos e 6 meses	---	RD	M-DPT	S	1	20%
5	6 anos; 4 anos; 2 anos e 6 meses	---	PL e RD	M-DPT	S	1	20%
	Total					5	100%

Fonte: Banco de dados com apelações do TRF da 3ª Região

O quadro reúne todas as apelações do TRF da 3ª Região em que houve condenações pelo crime de gestão temerária²⁴⁰.

As linhas 1, 3, 4 e 5 remetem a decisões que se aproximaram do paradigma do direito penal tradicional pela utilização de critérios materiais de imputação de responsabilidade. Em uma delas houve condenação de réu à pena privativa de liberdade (linha 5) e, em três delas, os réus foram condenados a penas restritivas de direito (linhas 1, 3 e 4). Em todas há menção no acórdão de que a conduta dos réus causou algum prejuízo à instituição, a particulares, ao Estado ou risco inaceitável à instituição financeira (80% das condenações). Logo, em todos

²⁴⁰ As apelações que constam das respectivas linhas são: 1. ACR 2003.03.99.017693-8; 2. ACR 2000.61.81.003630-8; 3. ACR 2002.03.99.035427-7; 4. ACR 2000.03.99.010950-0 e 5. ACR 2002.03.99.016400-2.

esses casos o Tribunal considerou critérios mais rigorosos na aplicação da pena, e não há questionamento quanto à proporcionalidade sob a ótica de Silva Sánchez.

Na condenação que se aproximou do paradigma do direito penal do risco, ao utilizar critério formal de imputação de responsabilidade, considerando o crime como de perigo abstrato formal, os réus foram condenados à pena privativa de liberdade, porém houve menção expressa sobre o prejuízo ou a exposição a risco inaceitável derivado da conduta de gestão temerária, o que corresponde a 20% das condenações (linha 2). Logo, embora o Tribunal tenha utilizado critério flexível para a caracterização do crime, a pena privativa de liberdade foi aplicada em caso no qual houve algum tipo de prejuízo ou risco inaceitável, de modo que não é possível questionar a decisão final do Tribunal sob a ótica de Silva Sánchez, pois a pena privativa de liberdade não foi aplicada em razão de conduta desprovida de certo grau de lesividade.

Portanto, verifica-se que na maior parte das condenações o Tribunal seguiu critérios do direito penal tradicional tendo substituído a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, e, em apenas um caso, aplicou a pena privativa de liberdade. Em um caso, o Tribunal seguiu critérios do direito penal do risco, aplicou a pena privativa de liberdade, porém havia menção de prejuízo decorrente da conduta e o resultado não teria sido diferente caso fossem utilizados critérios do direito penal tradicional.

Destarte, apesar dos problemas de definição da lei, o problema acerca da incidência do art. 4º, par. ún. a situações-limite que consistissem na prática de um ato temerário sem potencialidade lesiva que ensejasse uma pena privativa de liberdade não se verificou nas decisões obtidas, de modo que não se pode alegar uma evidente restrição indevida de direitos fundamentais no contexto das normas e valores de um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, as críticas feitas ao direito penal do risco, objeto das controvérsias doutrinárias quanto à sua legitimidade (item 2.2 *supra*) não guardam correspondência com o resultado final das decisões obtidas e os fatos concretos julgados pelo Tribunal, *no plano da prática*.

Entretanto, *no plano do discurso*, é possível tecer algumas críticas: por que foi adotado o discurso próximo do direito penal tradicional para a gestão temerária enquanto foi adotado o discurso próximo ao direito penal do risco para a gestão fraudulenta, ou seja, o Tribunal não estaria sendo incoerente no tratamento de figuras previstas no mesmo artigo e relacionadas diretamente à administração das instituições financeiras? A adoção de critérios materiais de imputação de responsabilidade é compatível com a tutela de bem jurídico supra-individual em

razão da dificuldade de se prever os cursos causais de ações indevidas dos administradores de instituições e cuja generalização seria altamente lesiva em si mesma ao sistema financeiro como um todo? Tais critérios não seriam rígidos demais e implicariam demandas probatórias excessivas de modo a, diante da evolução da tecnologia e das inovações financeiras, tornar a lei ineficaz e gerar um quadro de “irresponsabilidade organizada” (Beck), e, assim, não seria melhor punir a mera violação do dever de probidade dos agentes do mercado financeiro de modo a evitar um déficit de punições futuras? Adotados os parâmetros do discurso do direito penal tradicional, não caberia ao Tribunal, pelo menos, afirmar claramente que o papel do direito penal seria o de apenas tratar de condutas efetivamente lesivas ou concretamente perigosas ao SFN e liderar o debate acerca do aprimoramento de alternativas jurídicas para a preservação de bens supra-individuais como a construção de um novo direito administrativo sancionador? Eis as perguntas a serem dirigidas ao Tribunal, que, ao se aproximar do discurso do direito penal tradicional, adquiriu o ônus argumentativo de respondê-las para refutar a crítica dos defensores do direito penal do risco de que estaria utilizando critérios garantistas demais em lugar de responder com eficiência condutas que ameaçam a credibilidade do sistema financeiro.

Outro ponto crítico diz respeito aos fins da pena. Na medida em que o Tribunal não os menciona explicitamente na maioria dos casos, e quando o faz, há invocação genérica de todos os fins ou alusão à retribuição, constata-se um déficit de fundamentação, que impede o debate público democrático acerca da sua adequação, proporcionalidade e eficácia, sobretudo considerando que o Tribunal aplicou a pena privativa de liberdade em alguns casos²⁴¹.

Com efeito, segundo os ditames do paradigma do direito penal tradicional, a que a maior parte das decisões se aproxima, a pena tem a principal finalidade de prevenção geral negativa, ou seja, busca intimidar sujeitos da coletividade para que não pratiquem o crime, e assim, proteger o bem jurídico (item 2.1.1. letra ‘e’ *supra*). Dessa forma, caberia ao Tribunal o ônus argumentativo de apresentar razões em favor da prevenção geral negativa e enfrentar os argumentos contrários como o da eficácia não comprovada de tal fim e o fato de que estaria

²⁴¹ Como já mencionado no item 3.3 *supra*, para Camargo, a motivação detalhada da fixação pena é importante para demonstrar o vínculo entre a pena prevista em abstrato e os princípios que justificaram a sua aplicação ao caso concreto, e, portanto, não pode ser feita de forma genérica (CAMARGO, 2001, pp. 210 e 219). No mesmo sentido: SHECAIRA; CORRÊA JR, 2002, p. 272.

utilizando a punição de um sujeito como meio para o fim de atingir outros sujeitos, ou seja, a pena não se voltaria ao agente e sua conduta, mas sim a terceiros, tornando-se injusta²⁴².

Ademais, considerando que os cidadãos numa democracia deliberativa são responsáveis por sua responsabilização, de modo que a principal finalidade da pena seria comunicativa, nos casos em que se aplicou a pena privativa de liberdade, o Tribunal teria o ônus de dizer por que outras formas menos restritivas da autonomia individual (como a imposição somente da pena pecuniária e da pena de multa, que, aliás, é imposta cumulativamente em todos os casos) não seriam aptas à adequada punição do agente, como já referido no item 3.3 *supra*²⁴³.

Logo, sob esta perspectiva, na década analisada, verifica-se que o Tribunal não apresentou justificativas suficientes para a imposição das penas, tendo em alguns casos imposto a pena privativa de liberdade, diante da aproximação do seu discurso com o paradigma do direito penal tradicional. Cabe aqui a mesma observação feita no item 3.3 *supra* de que a sociedade e os cidadãos teriam o direito de serem comunicados de maneira explícita

²⁴² Esses dois aspectos foram ressaltados por Günther ao criticar a prevenção geral negativa: “Prevenção geral negativa. A ameaça e a pena devem atuar sobre a coletividade de modo que autores de ilícitos penais em potencial abandonem seus planos – de preferência em razão do medo e do horror provocados pela ameaça da pena e pela experiência da sua execução. Contra essa teoria sempre existiram razões normativas: a punição do delinquentes é apenas um meio para provocar algo em terceiros, o que significa, no entanto, que se instrumentaliza o apenado para alcançar fins que nada têm a ver com ele ou sua conduta. A conduta penal oferece apenas o ensejo para estabelecer um exemplo para os demais. A decisão sobre se e como punir depende então somente dos efeitos que se quer causar em terceiros. A quantidade e a severidade da pena determinam-se pela intensidade da demanda por prevenção. É por essa razão que hoje se pune a fuga após acidentes de trânsito de modo menos tolerante do que o furto em lojas, mesmo que nos casos concretos o valor do prejuízo seja o mesmo. Nesta linha, todos os delitos para os quais há uma grande demanda por prevenção (como os delitos de trânsito, que ocorrem de forma massiva) deveriam ser punidos de maneira mais rigorosa do que os delitos graves, que são muito mais raros. Além disso, importariam menos o tipo e grau de culpa do autor do ilícito e mais a conduta violadora da norma como acontecimento externo, assim como o dano por ela causado. Se ilícitos culposos ocorrem com maior frequência e provocam danos maiores do que os ilícitos dolosos, então estes deveriam ser punidos de forma mais branda do que aqueles. No entanto, à medida que penas preventivas se afastam da conduta do autor do ilícito, para criar apenas efeitos intimidatórios, elas se tornam injustas em relação a ele. (...) Além disso, frequentemente levantam-se dúvidas sobre a possibilidade de se provar empiricamente a alegada relação de meio e fim entre o comportamento lícito e pena intimidatória. Até o momento não existe certeza de que a pena tenha realmente um efeito intimidatório (...). (...) A comparação entre os Estados norteamericanos com e sem pena de morte não permite reconhecer que penas mais severas tenham um maior efeito intimidatório. (...) Desse modo, os poucos resultados empíricos relativos à prevenção geral negativa comprovam mais um efeito intimidatório do controle policial do que da própria ameaça da pena ou da execução exemplar de penas individuais (...)” (GÜNTHER, 2009(b), pp. 61-63). O caráter transitório da intimidação para os sujeitos do mercado financeiro de modo a torná-la ineficaz foi destacada em estudo de Tamar Frankel, que afirmou ser mais importante melhorar a qualidade da fiscalização pelos órgãos supervisores no momento em que se reflete acerca dos custos e benefícios de reformas regulatórias após a Crise de 2008: “Prosecutions, to the extent that they lead to significant punishments, such as long prison terms for high-ranking executives, might have a deterrent effect; but not for long. The regulators change, the executives change and the environment – economic, financial and political – changes to make memories hazy and distant. Deterrence, without a continuing signal of threat, fades.” (FRANKEL, 2010, p. 232).

²⁴³ Nesse sentido: GÜNTHER, 2009(a), pp. 17-24.

sobre as razões que justificam certas finalidades da pena aplicada na prática pelo Tribunal, para submeter tal entendimento ao crivo do debate público democrático.

5 CONCLUSÃO

Ao final da aplicação do método de análise de conteúdo, com a ressalva quanto ao acesso aos acórdãos (item 1.2.1. *supra*), foi possível identificar, na amostra obtida, a forma pela qual o TRF da 3ª Região decidiu sobre os crimes financeiros selecionados, no período de 2001 a 2010, de modo a encontrar respostas aos problemas de pesquisa e a confrontá-las com as hipóteses levantadas²⁴⁴. Foi atingido, portanto, o objetivo de identificar o grau de aproximação das decisões a determinado paradigma de direito penal e o modo como o Tribunal, no seu ‘direito em ação’, enfrenta os problemas de definição dos tipos.

No tocante à *gestão fraudulenta*, verificou-se que o principal critério considerado é a mera prática da conduta como condição suficiente para a caracterização do crime de perigo abstrato, descartando-se a análise da sua potencialidade lesiva sob uma perspectiva *ex ante*. A hipótese levantada ao primeiro problema de pesquisa foi, assim, confirmada na maior parte dos casos.

Os demais critérios, na maioria dos casos, igualmente seguiram uma tendência de interpretação ampliativa do tipo, compatível com o tratamento formal do crime. De fato: foi adotada a tese da independência das esferas, mais compatível com o valor eficiência da persecução penal, restringindo-se as oportunidades de defesa dos réus e a subsidiariedade do direito penal; não houve reconhecimento de ofensa ao princípio da legalidade quanto ao estabelecimento de tipo penal aberto sem previsão de resultado; afastou-se o reconhecimento do requisito da habitualidade para a consumação do crime, bem como se considerou ‘gerir’ como a prática de ato de gestão de modo a ampliar a incidência do tipo às situações concretas;

²⁴⁴ 1.º Quais são os principais critérios considerados no julgamento do crime financeiro selecionado para a configuração da conduta típica a partir da fundamentação de acórdãos de apelação do Tribunal Regional da 3ª Região no período de 2001 a 2010?

2.º As decisões aproximam-se de algum paradigma de direito penal?

A *primeira* hipótese era a de que o Tribunal consideraria apenas a mera prática da conduta como suficiente para a configuração do crime de perigo abstrato, sem considerar o grau de perigo da conduta em relação ao bem jurídico protegido, sob uma perspectiva *ex ante*. Os demais critérios para a configuração dos crimes financeiros decorreriam de outros dados extraídos dos acórdãos analisados.

A *segunda* hipótese era a de que as decisões do Tribunal aproximar-se-iam do paradigma do direito penal do risco.

reafirmou-se a tutela do bem jurídico supra-individual em seu aspecto imaterial; e, na maioria dos casos, houve condenação de réu à pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime semi-aberto ou fechado, sem questionamento acerca da proporcionalidade da medida.

Quanto ao segundo problema de pesquisa, relativo à aproximação das decisões a determinado paradigma de direito penal, verificou-se que a maioria das decisões sobre gestão fraudulenta aproximou-se do paradigma do direito penal do risco. A hipótese levantada restou, portanto, confirmada.

Com efeito, o principal elemento determinante da aproximação com o paradigma do direito penal do risco é o discurso de tratamento do tipo como crime de perigo abstrato formal, sem análise da potencialidade lesiva da conduta numa perspectiva *ex ante*, que implica a desconsideração por critérios materiais de imputação de responsabilidade. A combinação dessa mensagem, correlacionada com os demais critérios encontrados, corresponde a componentes do paradigma do direito penal do risco: aceitação do tipo penal aberto como decorrência da flexibilização do princípio da legalidade e taxatividade; flexibilização do princípio da proporcionalidade das penas; ênfase na eficiência do direito penal em detrimento das garantias do acusado para prevenção de novos riscos; proeminência na proteção de bens jurídicos supra-individuais e imateriais; aceitação da incriminação de condutas por tipos de perigo abstrato como decorrência da antecipação da tutela penal; e imputação de responsabilidade com base em consequências (simples ações), em detrimento de critérios materiais (causalidade).

Quanto às consequências desse direito em ação, verificou-se que, embora o Tribunal tenha aplicado critérios que ampliam a incidência do art. 4º, *caput*, a maioria dos fatos concretos narrados nas apelações preenchia os critérios de uma interpretação mais restritiva do tipo, porquanto a conduta comum de gestão fraudulenta caracterizou-se pela prática de uma pluralidade de atos encadeados num certo período de tempo, incluindo a falsificação ou omissão de documentos e informações sobre operações, juntamente com a apropriação indevida de recursos, de modo a enganar investidores e órgãos de fiscalização. Isto é, ainda que se fizesse uma interpretação do princípio da legalidade mais restritiva, próxima do direito penal tradicional, na maioria dos casos os fatos continuariam sendo típicos.

Além disso, observou-se que, na maioria dos casos houve a ocorrência de prejuízo efetivo ao patrimônio da instituição financeira, aos investidores, ao Estado ou a exposição da instituição a risco inaceitável por meio de operações fraudulentas, o que aponta certo grau

significativo de lesividade decorrente da conduta dos agentes. Outro indicador expressivo da lesividade das condutas é o fato de, em um terço dos casos, as instituições financeiras terem sido liquidadas extrajudicialmente ou terem tido sua falência decretada. Isto é, mesmo que se utilizassem critérios materiais de imputação de responsabilidade, com tratamento do tipo como de perigo abstrato material, perigo concreto ou de lesão, próximos do paradigma do direito penal tradicional, na maioria dos casos os fatos também continuariam sendo típicos.

Com relação à aplicação da pena nas decisões condenatórias, verificou-se que, nas decisões que se aproximaram do paradigma do direito penal tradicional, tendo havido imposição de penas privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos, constatou-se que em todas houve menção de que a conduta causou algum prejuízo à instituição, a particulares, ao Estado ou risco inaceitável. Portanto, em todos esses casos o Tribunal considerou critérios mais rigorosos na aplicação da pena, e não há questionamento quanto à proporcionalidade, de acordo com o critério de avaliação adotado. No que diz respeito às condenações que se aproximaram do paradigma do direito penal do risco, nas que não mencionaram a ocorrência de algum risco ou prejuízo, foram aplicadas penas restritivas de direitos. Por sua vez, nas demais decisões em que se impôs pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos houve menção expressa a prejuízo ou risco indicativo da lesividade da conduta. Portanto, embora o Tribunal tenha utilizado critérios flexíveis para a caracterização do crime, as penas privativas de liberdade só foram aplicadas nos casos em que houve algum tipo de prejuízo ou risco inaceitável, de modo que não é possível questionar a decisão final do Tribunal sob a ótica do critério de avaliação adotado.

Logo, verificou-se que, apesar de a maior parte das decisões sobre gestão fraudulenta se aproximar do paradigma do direito penal do risco, na prática não haveria diferença significativa caso fossem aplicados os critérios do direito penal tradicional, pois a maioria dos fatos concretos preenchia o requisito da habitualidade, possuía alguma potencialidade lesiva e não houve aplicação de pena privativa de liberdade sem que não houvesse menção expressa a certo prejuízo ou risco indicativo da lesividade da conduta. Dessa forma, as críticas feitas ao direito penal do risco, objeto das controvérsias doutrinárias quanto à sua legitimidade não guardam correspondência com o resultado final das decisões obtidas e os fatos concretos julgados pelo Tribunal *no plano da prática*.

Todavia, *no plano do discurso*, uma vez constatada a aproximação das decisões ao paradigma do direito penal do risco, cumpriria ao Tribunal argumentar a favor dessa opção

político-criminal, respondendo a argumentos contrários, embasados no paradigma do direito penal tradicional: o discurso garantista não seria mais adequado às situações concretas apresentadas, sem que houvesse déficit de punições? Se a gestão fraudulenta se caracterizou predominantemente por uma pluralidade de atos, justifica-se a interpretação ampliadora do tipo? Diante da possibilidade doutrinária de compreensão do tipo à luz do risco de crise sistêmica como ameaça ao bem jurídico, por que razões o Tribunal a descartou? É proporcional adotar um discurso que não descarta a imposição de pena privativa de liberdade pela prática de um único ato sem qualquer avaliação de sua potencialidade lesiva? Por que o direito penal do risco seria realmente eficiente como resposta às ameaças a bens supra-individuais, em lugar de se debater a construção de um direito administrativo sancionador, menos danoso à autonomia individual e ao devido processo legal?

Por fim, destaque-se a ausência de explicitação dos fins da pena na maioria das condenações, que impede o debate público democrático sobre a sua adequação, proporcionalidade e eficácia. Uma vez adotado o discurso do direito penal do risco, cuja principal finalidade atribuída à pena é a de prevenção geral positiva, viu-se que o Tribunal não cumpriu o seu ônus argumentativo de apresentar razões em favor da reafirmação de valores sociais a ser comunicada por meio da pena privativa de liberdade e enfrentar o argumento contrário de que outras formas menos restritivas da autonomia individual poderiam ser aptas a motivar o agente a reconhecer a validade da norma e guiar a sua conduta por meio dela. O debate público, portanto, restou prejudicado.

No tocante à *gestão temerária*, verificou-se que o principal critério considerado no julgamento do crime para a configuração da conduta típica é a avaliação da potencialidade lesiva da conduta sob uma perspectiva *ex ante*, tendo, em alguns casos, sido considerado o perigo concreto dela decorrente. A hipótese levantada ao primeiro problema de pesquisa foi, assim, refutada na maior parte dos casos.

A maioria dos demais critérios igualmente seguiu uma tendência de interpretação restritiva do tipo, compatível com o tratamento material do crime: o requisito da habitualidade não foi abordado na maior parte das decisões, tendo se igualado as manifestações favoráveis e contrárias; considerou-se ‘gestão’ predominantemente como administrar, dirigir, comandar; na apreciação do bem jurídico supra-individual, houve avaliação de aspectos ligados à sua concretude e não meramente imateriais; aplicou-se, após a substituição legal, a pena restritiva

de direitos na maior parte dos casos, apesar de fixação da pena privativa de liberdade em casos minoritários, sem se questionar a proporcionalidade da medida. Restaram minoritários e de menor repercussão no conjunto de decisões a defesa da tese da independência entre as esferas judicial e administrativa e o entendimento de adequação do tipo ao princípio da legalidade.

Quanto ao segundo problema de pesquisa, verificou-se que a maioria das decisões sobre gestão temerária aproximou-se do paradigma do direito penal tradicional. A hipótese levantada restou, portanto, refutada.

Com efeito, o principal elemento determinante da aproximação com o paradigma do direito penal tradicional é o discurso de tratamento do tipo como crime de perigo abstrato material, com análise da potencialidade lesiva da conduta numa perspectiva *ex ante*, e, em alguns casos, avaliou-se o perigo concreto derivado da conduta, o que implica a consideração por critérios materiais de imputação de responsabilidade. A combinação dessa mensagem, correlacionada com a maioria dos demais critérios encontrados, corresponde a componentes do paradigma do direito penal tradicional: apesar da aceitação do tipo penal aberto como decorrência da flexibilização do princípio legalidade e de enfatizar a eficiência da persecução penal pela adoção da tese de independência entre as esferas, na maioria dos casos foi aplicada, após a substituição legal, a pena restritiva de direitos; no tratamento do bem jurídico supra-individual foram destacados aspectos da sua concretude; os critérios de configuração do tipo seguiram interpretação mais restritiva; e predominaram critérios materiais de imputação de responsabilidade fundados em juízos de causalidade.

Quanto às consequências desse direito em ação, verificou-se uma congruência entre a aplicação de critérios que restringiam a incidência do art. 4º, par. ún., e a maioria dos fatos concretos narrados nas apelações. De fato, a conduta comum de gestão temerária caracterizou-se pela prática de uma pluralidade de atos, consistente na realização de operações sem a observância de cautelas, que causaram alguma forma de prejuízo ou risco inaceitável à instituição financeira. Operações de acordo com o risco do negócio ou realizadas por funcionários da instituição foram consideradas atípicas. Ou seja, caso tivesse sido utilizado o discurso do direito penal do risco, este teria uma incidência ampla demais, em relação aos casos centrais de gestão temerária da amostra obtida.

Além disso, a congruência entre o discurso do direito penal tradicional e a realidade fática revela-se no fato de, em todos os casos, ter sido mencionada expressamente a

ocorrência de prejuízo efetivo ao patrimônio da instituição financeira, aos investidores, ao Estado ou a exposição da instituição a risco inaceitável por meio de operações temerárias, o que aponta o grau significativo de lesividade decorrente da conduta dos réus. Igualmente sob esta perspectiva, o discurso do direito penal do risco seria amplo demais diante dos fatos encontrados.

Com relação à aplicação da pena nas decisões condenatórias, verificou-se que nas decisões que se aproximaram do paradigma do direito penal tradicional, houve condenação de réus tanto à pena restritiva de direito, após a substituição legal, como à privativa de liberdade. Em todas há menção de ocorrência de algum prejuízo ou risco derivado da conduta. Assim, em todos esses casos consideraram-se critérios mais rigorosos na aplicação da pena, e não há questionamento quanto à proporcionalidade sob a ótica do critério adotado. Na condenação que se aproximou do paradigma do direito penal do risco, os réus foram condenados à pena privativa de liberdade, porém houve menção expressa sobre o prejuízo ou a exposição a risco inaceitável derivado da conduta. Portanto, embora o Tribunal tenha utilizado critério flexível para a caracterização do crime, a pena privativa de liberdade foi aplicada em caso no qual houve algum tipo de prejuízo ou risco inaceitável, de modo que não é possível questionar a decisão sob a ótica do critério adotado, pois a pena privativa de liberdade não foi aplicada em razão de conduta desprovida de certo grau de lesividade.

Portanto, verifica-se que na maior parte das condenações o Tribunal seguiu critérios do direito penal tradicional tendo aplicado a pena restritiva de direitos após a substituição legal, e, em apenas um caso, aplicou a pena privativa de liberdade. Em um caso, o Tribunal seguiu critérios do direito penal do risco, aplicou a pena privativa de liberdade, porém havia menção de prejuízo decorrente da conduta e o resultado não teria sido diferente caso fossem utilizados critérios do direito penal tradicional. Destarte, as críticas feitas ao direito penal do risco, objeto das controvérsias doutrinárias quanto à sua legitimidade não guardam correspondência com o resultado final das decisões obtidas e os fatos concretos julgados pelo Tribunal, *no plano da prática*.

Contudo, *no plano do discurso*, uma vez constatada a aproximação das apelações ao paradigma do direito penal tradicional, caberia ao Tribunal argumentar a favor dessa opção político-criminal, respondendo a argumentos contrários, fundados no paradigma do direito penal do risco: por que se adotou o discurso próximo do direito penal tradicional para a gestão temerária enquanto adotou-se o discurso próximo ao direito penal do risco para a gestão

fraudulenta, é dizer, não há incoerência no tratamento de crimes do mesmo artigo de lei? A adoção de critérios materiais de imputação de responsabilidade é compatível com a tutela de bem jurídico supra-individual? Tais critérios não seriam rígidos demais e tornariam a lei ineficaz diante do avanço da tecnologia e das inovações no mercado financeiro, gerando déficit de punições? Adotado o discurso do direito penal tradicional, cujo papel volta-se a tratar de condutas lesivas ou concretamente perigosas a bens jurídicos, não caberia ao TRF da 3ª Região liderar o debate sobre alternativas mais eficientes e menos gravosas à autonomia individual como a construção de um direito administrativo sancionador?

Por último, ressalte-se a ausência de explicitação dos fins da pena na maioria das condenações, que impede o debate público democrático sobre a sua adequação, proporcionalidade e eficácia. Uma vez adotado o discurso do direito penal tradicional, cuja principal finalidade atribuída à pena é a de prevenção geral negativa, observou-se que o Tribunal não cumpriu o seu ônus argumentativo de apresentar razões em favor da intimidação dirigida à coletividade por meio da sanção penal, e, assim, refutar os argumentos contrários de que tal fim não teve sua eficácia comprovada e o fato de que estaria utilizando a punição do sujeito como meio para o fim de atingir outros sujeitos, isto é, sem que a pena esteja voltada ao sujeito e sua conduta, mas sim a terceiros, tornando-se injusta. Ademais, restaria ainda o ônus argumentativo de enfrentar o argumento de que outras formas menos restritivas da autonomia individual poderiam ser mais adequadas, no caso em que se aplicou a pena privativa de liberdade. Impediu-se, assim, que a finalidade da pena aplicada seja passível de debate na esfera pública.

Diante do exposto, pode-se constatar uma consistência do entendimento do Tribunal em relação a cada crime considerado isoladamente. Na década analisada, a gestão fraudulenta teve interpretação mais próxima do direito penal do risco, enquanto a gestão temerária teve interpretação mais próxima do direito penal tradicional.

Todavia, um ponto merece ser destacado: apesar da consistência em relação aos precedentes de cada crime ao longo do período analisado, a falta de unidade do discurso sobre qual a política criminal mais adequada aos crimes afetos à administração das instituições financeiras pode ser um fator de insegurança jurídica. Ou seja, a falta de unidade de discurso indica que o Tribunal não tem uma política criminal uniforme para os crimes contra o sistema financeiro, a ser objeto de reflexão de novos estudos.

Ressalte-se que o problema surgido da falta de unidade de discurso manifesta-se na interpretação de tipos previstos no mesmo artigo de lei, interpretando-se o *caput* de forma distinta da interpretação do parágrafo único. Se isso ocorreu entre dois dispositivos siameses, provavelmente deve ocorrer com outros tipos presentes nos demais vinte e um artigos da lei.

Entre os crimes selecionados, a falta de coerência foi evidente: num caso o Tribunal considera legítima a tutela do bem jurídico imaterial, e, no outro, avalia aspectos da sua concretude em relação à instituição e aos investidores, assim, indaga-se: não deveria ser adotado um único critério para os dois? Em ambos avalia-se que a lei é clara, não fere a legalidade, mas num caso utilizam-se critérios ampliativos dos elementos típicos, enquanto, em outro, critérios restritivos: não deveria ser adotado o mesmo critério para os dois? Em ambos, o Tribunal não enfrenta o argumento da proporcionalidade da pena, sendo que o discurso adotado para um caso implica numa finalidade preponderante para a sanção penal distinta da finalidade principal do outro discurso adotado no outro caso: não deveria o Tribunal explicitar a mesma finalidade preponderante nos dois casos para desfazer a contradição e permitir o debate público?

Verifica-se, assim, uma duplicidade de discursos na intervenção penal na administração de instituições financeiras, digna de reflexão e aprofundamento pelos estudiosos do tema, tendo em vista a possível insegurança jurídica dela decorrente. Tal diferença, ademais, torna-se um problema relevante para motivar pesquisas empíricas sobre outras figuras da Lei 7.492/1986, a fim de se identificar o quanto são aplicados diferentes discursos nos demais crimes que tutelam o sistema financeiro nacional.

6 APÊNDICE I – FORMAÇÃO DO BANCO DE DADOS

6.1 Seleção das Decisões

O universo da amostra selecionada corresponde ao conjunto de decisões do Tribunal Regional Federal da 3ª Região disponíveis no portal de “PESQUISA TEMÁTICA DE JURISPRUDÊNCIA” do site do tribunal²⁴⁵ no período de 2001 a 2010 para os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária. Os acórdãos objeto de seleção são os de apelação criminal, que contêm a classificação “ACR – APELAÇÃO CRIMINAL”. Os critérios de seleção por data, matéria e fonte são objetivos de modo a evitar vieses na coleta de acórdãos (HALL; WRIGHT, 2008, p. 102). A escolha pelas expressões de busca por ementas foram os que permitiram a coleta do maior número de acórdãos com o maior grau de precisão. Os critérios são replicáveis, permitindo que outros pesquisadores repitam os mesmos passos e obtenham as mesmas decisões. Isso atende ao principal critério da seleção sistemática de casos, que é, justamente, a replicabilidade (HALL; WRIGHT, 2008, pp. 79-80). A replicabilidade é o que confere objetividade científica ao trabalho de análise de conteúdo (HALL; WRIGHT, 2008, pp. 105-106).

Os acórdãos foram coligidos num banco de dados eletrônico separados em pastas destinadas a cada crime e com subpastas ordenadas por ano. Foram salvas as páginas “PESQUISAR” e “RESULTADOS” com os dados inseridos no sistema e as referências aos acórdãos que apareceram. Os acórdãos de cada ano foram arquivados nas respectivas pastas.

6.1.1 Período de Coleta

A coleta das decisões no site do TRF da 3ª Região (www.trf3.jus.br) e o arquivamento em pastas, para a formação do banco de dados, foram realizados entre os dias 14 e 22 de

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Pesquisa Temática de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>. Acesso em 14.03.2011.

março de 2011. O banco teve de ser revisto no decorrer do processo de análise dos acórdãos e foi consolidado em 28 de julho de 2011.

6.1.2 Gestão Fraudulenta

Para a seleção dos acórdãos de gestão fraudulenta, foi seguido o seguinte procedimento:

Para o ano de 2001, nos campos destinados para a “PESQUISA EM ACÓRDÃOS”, no campo “CLASSE” selecionou-se “ACR-APELAÇÃO CRIMINAL”; no campo “EMENTA” foi digitada a expressão entre aspas <“GESTAO FRAUDULENTA”>; no campo “PERÍODO DE DECISÃO”, foi selecionada como data inicial “01 Janeiro 2001” e como data final “31 Dezembro 2001”. Os demais campos foram deixados em branco. Clicou-se o ícone “PESQUISAR”. Na tela “RESULTADOS” surgiram 2 referências com o respectivo número do processo: ACR 97.03.051199-6 e ACR 1999.03.99.088279-7. Para obter a íntegra de cada um dos acórdãos, clicou-se o respectivo ícone “DOCUMENTO”. Surgiu a tela “DOCUMENTOS”. Clicou-se em “CONSULTA INTEIRO TEOR”. Uma nova janela se abriu com o título “PESQUISA DE ACÓRDÃOS” e um subtítulo “RESULTADO DA PESQUISA”; abaixo deste, apareceu a data do acórdão. Clicou-se em cima da data e surgiu o arquivo do acórdão. Assim, após conferi-los, verificando que diziam respeito ao crime de gestão fraudulenta, foi obtida a íntegra de 2 acórdãos: ACR 97.03.051199-6 e ACR 1999.03.99.088279-7.

Para o ano de 2002, seguiu-se o mesmo procedimento, alterando-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2002” e data final “31 Dezembro 2002”. Após conferi-los, foram obtidos 4 acórdãos: ACR 1999.03.99.110790-6, ACR 2000.03.99.068795-6, ACR 1999.03.99.082734-8 e ACR 1999.03.99.039158-3.

Para o ano de 2003, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2003” e data final “31 Dezembro 2003”. Na tela “RESULTADOS”, apareceu a seguinte frase: “Nenhum documento localizado”. Assim, nenhum acórdão foi obtido para esse ano.

Para o ano de 2004, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2004” e data final “31 Dezembro 2004”. Na tela “RESULTADOS” surgiram 5

referências: ACR 2001.03.99.025621-4, ACR 2003.03.99.017693-8 e três referências à ACR 2003.03.99.025896-7, duas delas relativas a embargos de declaração rejeitados e não à apelação criminal. Trata-se de falha de inserção de dados no sistema de busca registrar embargos de declaração na classe “ACR-APELAÇÃO CRIMINAL”, pois existe classificação própria de “EDAC – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL”. Da análise do acórdão da ACR 2001.03.99.025621-4, verificou-se que se tratava de apelação relativa ao crime do art. 6º da Lei 7.492/1986, e o acórdão foi descartado. Com relação à ACR 2003.03.99.017693-8, verificou-se que tratava apenas do delito de gestão temerária, e que atendeu ao critério de busca da pesquisa específica para esse delito descrita *infra*. Assim, foi obtido 1 acórdão: ACR 2003.03.99.025896-7.

Para o ano de 2005, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2005” e data final “31 Dezembro 2005”. Na tela “RESULTADOS”, apareceram cinco referências: ACR 96.03.084814-0, ACR 2002.03.99.025514-7, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 95.03.008286-2 e ACR 1999.03.99.030642-7. A ACR 2002.03.99.025514-7 dizia respeito a embargos de declaração rejeitados, e, por isso, o acórdão foi descartado. Assim, foram obtidos 4 acórdãos: ACR 96.03.084814-0, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 95.03.008286-2 e ACR 1999.03.99.030642-7.

Para o ano de 2006, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2006” e data final “31 Dezembro 2006”. Na tela “RESULTADOS” surgiram 2 referências: ACR 1999.03.99.014678-3 e ACR 2000.03.99.043382-0. Não foi possível obter o acórdão da ACR 2000.03.99.043382-0, pois o processo estava sob sigilo. Assim, foi obtido 1 acórdão: ACR 1999.03.99.014678-3.

Para o ano de 2007, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2007” e data final “31 Dezembro 2007”. Na tela “RESULTADOS” surgiram 8 referências: ACR 1999.61.81.002842-3, duas para a ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2005.03.99.024006-6, duas para a ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2004.03.99.037967-2 e ACR 2006.03.99.009113-2. Das referências que apresentaram duplicidade, as duas eram de embargos de declaração rejeitados, e, assim, os acórdãos foram descartados. Com relação à ACR 2001.03.99.057006-1, verificou-se que foi anulada e julgada de novo em 2008, de modo que o acórdão foi descartado. No tocante à ACR 2006.03.99.009113-2, verificou-se que tratava apenas dos crimes dos arts. 5º e 16, e o acórdão foi descartado. Assim, foram obtidos 4

acórdãos: ACR 1999.61.81.002842-3, ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2005.03.99.024006-6 e ACR 2004.03.99.037967-2.

Para o ano de 2008, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2008” e data final “31 Dezembro 2008”. Na tela “RESULTADOS” surgiram 6 referências: ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2000.61.81.005906-0, duas para a ACR 2008.03.99.006954-8, ACR 2005.03.99.024006-6 e ACR 2001.03.99.057024-3. Da referência que apresentou duplicidade (ACR 2008.03.99.006954-8), uma delas era de embargos de declaração rejeitados, e o acórdão foi descartado. Assim, foram obtidos 5 acórdãos: ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2000.61.81.005906-0, ACR 2008.03.99.006954-8, ACR 2005.03.99.024006-6 e ACR 2001.03.99.057024-3.

Para o ano de 2009, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2009” e data final “31 Dezembro 2009”. Na tela “RESULTADOS” surgiram 12 referências: ACR 2002.61.81.004527-6, duas para a ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2002.03.99.043670-1, ACR 2006.03.99.018265-4, duas para ACR 2000.61.81.008320-7, ACR 1999.61.81.001392-4, ACR 2000.61.81.003630-8, ACR 2000.61.81.004391-0, ACR 2008.03.99.051025-3 e ACR 2003.03.99.006876-5. As referências em duplicidade referiam-se a embargos de declaração, o primeiro improvido (ACR 1999.03.99.036879-2), e o segundo (ACR 2000.61.81.008320-7) parcialmente provido para suprir omissão, de modo que os acórdãos foram descartados. Com relação à ACR 2002.61.81.004527-6, verificou-se que se tratava de apelação relativa à incidente de exceção de coisa julgada, que foge ao objeto de estudo, e o acórdão foi descartado. O arquivo da ACR 2006.03.99.018265-4 só continha a ementa do acórdão e também foi descartado. A ACR 1999.61.81.001392-4 e a ACR 2000.61.81.003630-8 diziam respeito apenas ao crime de gestão temerária, e atenderam ao critério de busca a esse crime específico *infra*. Assim, foram obtidos 6 acórdãos: ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2002.03.99.043670-1, ACR 2000.61.81.008320-7, ACR 2000.61.81.004391-0, ACR 2008.03.99.051025-3 e ACR 2003.03.99.006876-5.

Para o ano de 2010, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2010” e data final “31 Dezembro 2009”. Na tela “RESULTADOS” surgiram 7 referências: ACR 2002.03.99.035427-7, ACR 2006.03.99.043971-9, ACR 2006.03.99.008600-8, ACR 2007.03.99.011870-1, ACR 2006.03.99.037298-4, ACR 2000.61.19.018618-6 e ACR 2007.03.99.003663-0. Verificou-se que a ACR 2002.03.99.035427-7 tratava apenas do delito de gestão temerária, e atendeu ao critério de

busca para esse crime específico *infra*. Assim, foram obtidos 6 acórdãos: ACR 2006.03.99.043971-9, ACR 2006.03.99.008600-8, ACR 2007.03.99.011870-1, ACR 2006.03.99.037298-4, ACR 2000.61.19.018618-6 e ACR 2007.03.99.003663-0.

Ao final, foram obtidos 33 (trinta e três) acórdãos sobre o crime de gestão fraudulenta.

6.1.3 Gestão Temerária

Para a seleção dos acórdãos de gestão temerária, adotou-se o seguinte procedimento:

Para o ano de 2001, nos campos destinados para a “PESQUISA EM ACÓRDÃOS”, no campo “CLASSE” selecionou-se “ACR-APELAÇÃO CRIMINAL”; no campo “EMENTA” digitou-se sem aspas a expressão “GESTAO TEMERARIA”; no campo “PERÍODO DE DECISÃO” selecionou-se como data inicial “01 Janeiro 2001” e como data final “31 Dezembro 2001”. Os demais campos foram deixados em branco. Clicou-se no ícone “PESQUISAR”. Na tela “RESULTADOS” surgiu uma referência com o respectivo número do processo: ACR 1999.03.99.088279-7. Para obter a íntegra do acórdão, clicou-se no respectivo ícone “DOCUMENTO”. Surgiu a tela “DOCUMENTOS”. Clicou-se em “CONSULTA INTEIRO TEOR”. Uma nova janela se abriu com o título “PESQUISA DE ACÓRDÃOS” e um subtítulo “RESULTADO DA PESQUISA”. Abaixo deste, apareceu a data do acórdão. Cliquei em cima da data e surgiu o arquivo do acórdão. Após conferência, verificou-se que tratava apenas do crime de gestão fraudulenta, de modo que o acórdão foi descartado. Assim, não foi possível obter nenhum acórdão para esse ano.

Para o ano de 2002, seguiu-se o mesmo procedimento modificando-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2002” e data final “31 Dezembro 2002”. Na tela “RESULTADOS” surgiram 3 referências: ACR 1999.03.99.110790-6, ACR 98.03.049853-3 e ACR 2000.03.99.010950-0. Todavia, após a leitura dos acórdãos, verificou-se que a ACR 1999.03.99.110790-6 tratava apenas do crime de gestão fraudulenta e a ACR 98.03.049853-3 tratava do crime de empréstimo vedado, de modo que os acórdãos foram descartados. Assim, foi obtido 1 acórdão: ACR 2000.03.99.010950-0.

Para o ano de 2003, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro de 2003” e data final “31 Dezembro 2003”. Na tela “RESULTADOS”, apareceu uma referência: ACR 2002.03.99.011140-0. Todavia da análise do acórdão verificou-se que se

tratava do crime de apropriação indébita previdenciária, de modo que o acórdão foi descartado. Assim, não foi obtido nenhum acórdão para esse ano.

Para o ano de 2004, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro de 2004” e data final “31 Dezembro 2004”. Na tela “RESULTADOS”, apareceram duas referências para a ACR 2003.03.99.017693-8. Uma delas referia-se a embargos de declaração rejeitados. Trata-se de falha de inserção de dados no sistema de busca uma vez que existe classe específica “EDAC – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL”, de modo que se descartou esse acórdão. Assim, foi obtido 1 acórdão: ACR 2003.03.99.017693-8.

Para o ano de 2005, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro de 2005” e data final “31 Dezembro 2005”. Na tela “RESULTADOS”, apareceram três referências: duas referências para a ACR 2002.03.99.025514-7 e ACR 2001.03.99.032010-0. Com relação às referências à ACR 2002.03.99.025514-7 uma dizia respeito a embargos de declaração rejeitados, e, desse modo, o acórdão foi descartado; com relação à segunda referência, o acórdão não estava disponível no site. No que diz respeito à ACR 2001.03.99.032010-0, verificou-se que tratava apenas do crime de gestão fraudulenta, de modo que o acórdão foi descartado. Assim, não foi possível obter nenhum acórdão para esse ano.

Para o ano de 2006, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro de 2006” e data final “31 Dezembro 2006”. Na tela “RESULTADOS”, apareceram duas referências: ACR 2005.03.99.026004-1 e ACR 2005.03.99.001273-2. Após análise, verificou-se que tratavam do crime de gestão temerária. Assim, foram obtidos 2 acórdãos: ACR 2005.03.99.026004-1 e ACR 2005.03.99.001273-2.

Para o ano de 2007, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2007” e data final “31 Dezembro 2007”. Na tela “RESULTADOS” surgiu uma referência: ACR 1999.61.81.002842-3. Após conferência, verificou-se que tratava do crime de gestão temerária. Assim, foi obtido 1 acórdão: ACR 1999.61.81.002842-3.

Para o ano de 2008, alterou-se o período da decisão com data inicial “01 Janeiro 2008” e data final “31 Dezembro 2008”. Na tela “RESULTADOS” apareceram duas referências: ACR 2000.61.81.005906-0 e ACR 2000.61.81.007998-8. A ACR 2000.61.81.005906-0 dizia respeito apenas ao crime de gestão fraudulenta e o acórdão foi descartado. A ACR

2000.61.81.007998-8 tratava do crime de apropriação indébita previdenciária e o acórdão também foi descartado. Assim, não foi possível obter nenhum acórdão para esse ano.

Para o ano de 2009, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2009” e data final “31 Dezembro 2009”. Na tela “RESULTADOS” apareceram seis referências: duas para a ACR 2000.61.81.003630-8, ACR 1999.61.81.001392-4, ACR 2002.03.99.016400-2, ACR 2002.61.25.004015-1 e ACR 2004.61.10.008825-4. Uma das referências da ACR 2000.61.81.003630-8 tratava de embargos de declaração rejeitados e o acórdão foi descartado. A ACR 2002.61.25.004015-1 tratava do crime de apropriação indébita previdenciária e o acórdão foi descartado. A ACR 2004.61.10.008825-4 igualmente tratava do crime de apropriação indébita previdenciária e o acórdão foi descartado. Assim, foram obtidos 3 acórdãos: ACR 2000.61.81.003630-8, ACR 1999.61.81.001392-4 e ACR 2002.03.99.016400-2.

Para o ano de 2010, alterou-se o “PERÍODO DE DECISÃO” com data inicial “01 Janeiro 2010” e data final “31 Dezembro 2010”. Na tela “RESULTADOS” surgiram cinco referências: ACR 2008.61.81.005669-0, ACR 2002.03.99.035427-7, ACR 2005.03.00.082006-0, ACR 2006.03.99.008600-8 e ACR 2006.03.99.037298-4. O acórdão da ACR 2008.61.81.005669-0 não estava completo, constando apenas o relatório e a correção da dosimetria da pena, faltando a parte relativa ao voto com a fundamentação da decisão, de modo que o acórdão teve de ser descartado. Com relação à ACR 2005.03.00.082006-0, não foi possível obter o acórdão, pois o processo estava sob sigilo. A ACR 2006.03.99.008600-8 dizia respeito ao crime de gestão fraudulenta e o acórdão foi descartado. A ACR 2006.03.99.037298-4 também dizia respeito ao crime de gestão fraudulenta e o acórdão também foi descartado. Assim, foi obtido 1 acórdão: ACR 2002.03.99.035427-7.

Ao final, foram obtidos 9 (nove) acórdãos sobre o crime de gestão temerária.

6.1.4 Balanço

Ao final, foram obtidos 33 (trinta e três) acórdãos sobre gestão fraudulenta, e 9 (nove) acórdãos sobre gestão temerária. Como existe 1 (um) acórdão repetido nas duas buscas, que será analisado mais de uma vez, ao final foram obtidos 41 (quarenta e um) acórdãos.

Tal número é compatível com pesquisas sobre análise de conteúdo nos Estados Unidos; dentre 134 projetos realizados entre 1956 e 2006, 26 projetos tinham menos de 100 decisões, o que corresponde a 19% do total (HALL; WRIGHT, 2008, p. 72 e p. 102).

6.2 Codificação das Decisões

Nesta parte, são apresentados os critérios de codificação para a análise das decisões. Trata-se de critérios replicáveis, de modo a conferir objetividade científica ao trabalho (HALL; WRIGHT, 2008, pp. 105-106) e que necessariamente precisam ter as suas definição e aplicação explicitadas previamente à análise das decisões²⁴⁶ (HALL; WRIGHT, 2008, p. 109).

Abaixo, são apresentadas as categorias de codificação dos crimes, que constam do cabeçalho de planilha elaborada para a organização dos dados.

- 1) **Número da Apelação Criminal** – foi escolhido o número do processo que consta do site do Tribunal, pois é o principal dado para a obtenção do acórdão.
- 2) **Data da Decisão** – data em que o acórdão foi proferido pelo Tribunal. Esse foi o critério cronológico utilizado na busca das decisões.
- 3) **Data da Publicação no Diário Oficial** – data em que a decisão oficialmente adquiriu publicidade.
- 4) **Órgão Julgador** – refere-se à Turma ou outro órgão fracionário do Tribunal.
- 5) **Relator** – o nome do Desembargador Federal ou do Juiz Convocado responsável pela relatoria do acórdão. Cabe ao relator proferir o voto inicial para o procedimento de deliberação, que se dá, em geral, com ampla argumentação sobre questões de fato e de direito a serem consideradas pelos demais membros do órgão julgador na decisão final a ser tomada pelo Tribunal.
- 6) **Apelante** – parte que recorreu da sentença de primeiro grau de jurisdição, interpondo o recurso de apelação e apresentando razões que justificassem a sua revisão pelo Tribunal.

²⁴⁶ “When categories are finalized, good coding practice requires researchers to record their description of the working categories and their instructions for applying the categories. This is necessary not only if someone other than the researcher, such as student assistants, performs the coding; it is also necessary even if authors do their own coding because the scientific standard of replicability requires a written record of how categories were defined and applied.” (HALL; WRIGHT, 2008, p. 109).

- 7) **Apelado** – parte recorrida, que têm o direito de apresentar contra-razões para a manutenção do entendimento da decisão de Primeira Instância perante o Tribunal.
- 8) **Unanimidade da Decisão: votação unânime (VU) ou maioria de votos (MV)** – visa registrar alguma discordância exposta em voto vencido no julgamento do acórdão.
- 9) **Resultado da Decisão quanto ao tipo: Condenação (C), Absolvição (A), extinção da punibilidade pela Prescrição (P), extinção da punibilidade pela morte do agente (M), condenação por outro crime (CO)** – visa registrar o resultado final da decisão tomada pelo Tribunal no julgamento sobre o crime financeiro selecionado. Por condenação entende-se que o Tribunal considerou que o réu praticou o crime e sancionou-o com a pena; por absolvição, que o Tribunal considerou o réu inocente da prática do crime por uma das razões do art. 386, I a VII, do CPP; por prescrição entende-se a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo, dentro dos critérios dos arts. 109 a 118 do CP; a extinção da punibilidade pela morte é a prevista no art. 107, I, do CP; a condenação por outro crime visa registrar se réu denunciado ou condenado pelo crime financeiro selecionado foi condenado por crime diverso pelo Tribunal na hipótese de *emendatio libelli* do art. 383 do CPP.
- 10) **Evolução da Decisão da Primeira Instância para o Tribunal** – visa registrar a manutenção ou mudança da decisão tomada pelo Tribunal em relação à ao resultado da decisão tomada pela Primeira Instância. Será considerada a correlação dos termos expostas no número anterior.
- 11) **Síntese da Descrição da Conduta Imputada** – registro dos fatos que têm a sua qualificação jurídico-penal discutida pelas partes.
- 12) **Espécie da principal instituição financeira ou equiparada envolvida nos casos** – indicação do tipo de instituição financeira ou pessoa equiparada à instituição financeira nos moldes do art. 1º da Lei 7.492/1986.
- 13) **Qualificação Jurídica na Denúncia** – registro dos dispositivos legais invocados para a qualificação dos fatos imputados.
- 14) **Entendimento do Tribunal quanto à tipicidade da conduta: a conduta é típica (T) ou é atípica (A)** – refere-se à qualificação da conduta como típica ou não pelo Tribunal, a partir da consideração da tipicidade como elemento do crime, que pode ser entendida de forma ampla como adequação da conduta ao tipo penal.

- 15) Elementos de Prova da Materialidade: testemunhas (T), documentos (D), perícia (P) ou interrogatório (I)** – indicação dos meios de prova considerados pelo Tribunal para a ocorrência ou não do crime (CPP, arts. 177 a 249 do CPP). Testemunha é a pessoa física chamada a juízo para esclarecer a verdade dos fatos (CPP, arts. 202 e ss.); documentos são quaisquer escritos, instrumentos ou papéis de caráter público ou particular (art. 202 do CPP); perícia é o exame realizado por especialista em determinado campo do saber (arts. 158 e ss. do CPP); o interrogatório é a oitiva do réu em juízo, oportunidade em que lhe é facultado dar a sua versão dos fatos e exercer seu direito de autodefesa (arts. 185 e ss. do CPP).
- 16) Autoria** – indicação do *status* do réu que responde ao processo tendo em vista a previsão do art. 25 da Lei 7.492/1986.
- 17) Há citação de doutrina? Sim (S) – quais?, ou Não (N)** – indicação das obras de doutrina de direito penal produzidas por juristas e que são utilizadas pelo Tribunal para fundamentar sua posição quanto aos requisitos para a configuração do crime analisado.
- 18) Há citação de julgados? Sim (S) – quais?, ou Não (N)** – indicação de julgados de tribunais utilizados para fundamentar o posicionamento do acórdão em relação aos requisitos para a configuração do crime analisado.
- 19) Houve condenação na esfera administrativa, em processo administrativo punitivo, pela mesma conduta? Sim (S), Não (N) ou Não Menciona (NM)** – indicação de ter havido condenação pela mesma conduta em processo administrativo punitivo do Banco Central, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados ou da Superintendência Nacional de Previdência Complementar, entidades de supervisão do sistema financeiro nacional, de modo a aferir possível dependência entre as esferas administrativa e judicial.
- 20) Tribunal analisa se o tipo fere princípio da legalidade? Sim, o tipo fere o princípio (S), ou Não, e o tipo não fere o princípio (N), ou Não Menciona a questão (NM)** - neste caso, será considerada a menção expressa à discussão da compatibilidade do tipo com o princípio da legalidade no texto do acórdão, diante da diferença quanto à interpretação desse princípio à luz dos paradigmas do direito penal tradicional e do direito penal do risco presentes no capítulo relativo ao referencial teórico.
- 21) Requisito de configuração do crime de perigo abstrato: formal (F) ou material (M)** – será considerado o fato de o Tribunal ter considerado o crime financeiro como crime de

perigo abstrato e, se para a sua tipificação, é considerada a potencialidade lesiva da conduta sob a perspectiva *ex ante*. O requisito será formal (F) caso o Tribunal não o considere e será material (M) caso o considere. O critério material é indicador expressivo da aproximação da decisão ao paradigma do direito penal tradicional, enquanto o critério formal é expressivo indicador de aproximação da decisão ao paradigma do direito penal do risco.

- 22) Tribunal tratou o crime selecionado como crime de lesão (L) ou de perigo concreto (PC)?** – eventualmente, o Tribunal pode considerar o crime como de lesão, que exige a ocorrência do resultado naturalístico lesão ao bem jurídico para a consumação do crime, ou de perigo concreto, que exige a exposição do bem jurídico a uma zona de perigo que potencialmente pode lesioná-lo. Neste ponto, é considerada a relevância dada pelo Tribunal à efetiva ou potencial ocorrência de prejuízo à instituição, a particulares ou ao sistema financeiro como um todo para a configuração do crime. O tratamento do crime segundo tais categorias é um indicador expressivo da aproximação da decisão ao paradigma do direito penal tradicional.
- 23) Há exigência de habitualidade para a configuração típica? Sim (S), não (N), não menciona, mas há pluralidade de atos (P) ou não menciona e há apenas um ato isolado (U)** – considera-se por habitualidade a necessidade de um conjunto de atos e não apenas da prática de um ato isolado para a configuração do tipo. Neste item, caso não haja menção à questão, será registrado se houve pluralidade de atos ou apenas um ato isolado.
- 24) Os fatos analisados envolvem pluralidade de atos (P) ou ato único (U)** – visa registrar a quantidade de atos nos fatos narrados na apelação.
- 25) Tribunal define gerir como administrar, dirigir, comandar (ADC), ato de gestão (AG) ou não define (ND)?** – visa registrar o conceito de ‘gerir’ e de ‘gestão’ adotado na análise do crime.
- 26) A imputação de responsabilidade é feita com base em critério de causalidade (M) ou com base em ações ou resultados (F)** – a categoria visa registrar qual o critério de imputação de responsabilidade é utilizado pelo Tribunal. Um critério material é expressivo indicador de aproximação da decisão ao direito penal tradicional, enquanto o critério formal, ao direito penal do risco.

- 27) Há menção expressa à proteção do bem jurídico supra-individual (higidez, credibilidade do SFN)? Sim (S) ou Não (N)** – visa registrar a consciência manifestada pelo Tribunal quanto ao caráter supra-individual do bem jurídico tutelado pelos tipos selecionados.
- 28) Alguma instituição financeira foi levada a uma situação de insolvência? Sim (S), Não (N) ou Não Menciona (NM)** – visa registrar se a conduta causou ou contribuiu para que a instituição financeira fosse levada a uma situação de insolvência, ou seja, ficasse desprovida de recursos para cumprir suas obrigações.
- 29) Afirma ou nega ter havido ocorrência efetiva ou potencial de crise sistêmica? Afirma (S), nega (N) ou Não Menciona (NM)** – visa registrar se os fatos provocaram uma corrida bancária ou se a iminente probabilidade justificou uma intervenção pelo Banco Central ou outra forma de socorro.
- 30) Há menção à ocorrência de prejuízo efetivo para a instituição financeira, para particulares, para o Estado ou exposição da instituição financeira a risco inaceitável? Sim (S) ou Não (N)** – visa registrar se na apelação consta que o Tribunal menciona ter havido prejuízo à instituição financeira ou a particulares ou que a instituição financeira foi exposta a risco inaceitável em decorrência dos fatos.
- 31) Houve liquidação de instituição pelo BC? Sim (S) ou N (Não), Não Menciona (NM)** – visa registrar se a instituição financeira sofreu liquidação pelo Banco Central em decorrência dos crimes selecionados.
- 32) No caso de condenação, há menção expressa à finalidade da imposição da pena? Sim, prevenção geral negativa (PG-N), prevenção geral positiva (PG-P), prevenção especial positiva (PE-P), prevenção especial negativa (PE-N), retribuição (R) ou Não Menciona (NM)** - visa registrar quais fins da pena constam do acórdão no caso de condenação. Por prevenção geral negativa entende-se a finalidade de intimidação e exemplaridade da pena para dissuadir a prática de novos crimes; prevenção geral positiva é a estabilização das normas sociais consistente no reforço comunicativo da norma penal na consciência coletiva de modo a gerar solidariedade social em decorrência da punição do réu; a prevenção especial negativa é o isolamento e/ou vigilância do réu pelo Estado de modo a impedir a sua reincidência; a prevenção especial positiva diz respeito à reintegração social do agente, preparando-o para a convivência pacífica em sociedade; a retribuição é a compensação equivalente pelo mal praticado pelo agente.

- 33) Quantidade da pena aplicada pelo crime específico** – visa registrar a quantidade de anos de reclusão, de dias-multa e/ou de anos de pena restritiva de direito imposta em caso de condenação.
- 34) Há condenação por outros crimes? Quais?** – visa registrar o eventual concurso entre os crimes selecionados e outras figuras delitivas.
- 35) Em caso de condenação: qual a pena aplicada ao final, contando eventualmente com o concurso de crimes: privativa de liberdade (PL) ou restritiva de direitos (RD)?** – visa registrar qual espécie de pena tem sido imposta na prática pelo Tribunal nos processos que envolvem o crime selecionado.
- 36) Decisão aproxima-se mais de qual paradigma de direito penal: direito penal tradicional (DPT) ou direito penal do risco (DPR)?** – consideradas as respostas aos itens anteriores, será indicado o paradigma de direito penal a que a decisão mais se aproxima, para que seja possível discutir os resultados obtidos, diante das especificidades do método de análise de conteúdo, como visto no item 1.2 *supra*.

7 APÊNDICE II

7.1 Compilação de Dados: Gestão Fraudulenta

7.1.1 Fatos Considerados Típicos

Nos acórdãos sobre gestão fraudulenta, os fatos considerados típicos pelo Tribunal são os seguintes, classificados por tipo da principal instituição financeira envolvida:

A) Administradoras de Consórcio em que:

a) Os administradores, juntamente com mais cinco pessoas, fizeram operar filial sem autorização do Banco Central, não entregaram bens a consorciados, apropriaram-se indevidamente de bens pertencentes a três grupos de consórcio e fraudaram a contabilidade da instituição: ao registrar pagamentos sem documentos que os dessem suporte, pela ausência de livros obrigatórios e deficiências de escrituração efetuada. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2000.03.99.068795-6, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 17.12.2002, DJ 18.02.2003);

b) Os administradores, sem autorização do Banco Central, ofereciam a venda de veículos, mediante o pagamento de uma taxa de adesão e de parcelas do valor do bem, porém não entregavam o veículo, desviando para si os valores arrecadados. Cerca de duas mil pessoas foram lesadas. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 1999.03.99.082734-8, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 04.06.2002, DJ 02.07.2002);

c) Os administradores de administradora de consórcio irregular utilizaram recursos captados dos consorciados para outras finalidades ao: desviar o dinheiro do fundo dos consorciados para o caixa da administradora; não realizar depósitos obrigatórios em bancos e não reverter ao fundo de reserva dos consorciados os ganhos obtidos com aplicações no mercado de capitais; e ao suspender o pagamento de cotas de consórcio adquiridas. Os réus

foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 95.03.008286-2, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 17.05.2005, DJ 05.08.2005);

d) Os administradores não aplicavam os recursos dos consorciados de forma adequada, não separavam as contas da empresa e as contas dos consórcios, atrasavam a entrega de bens, mantinham caixa dois e contabilidade única para a empresa e os grupos de consórcio para dificultar a fiscalização. Em Primeira Instância os réus foram absolvidos, e, no Tribunal, uns foram condenados, outros, absolvidos e outro faleceu (ACR 96.03.084814-0, Segunda Turma, Juíza Conv. Márcia de Oliveira, j. 13.12.2005, DJ 20.01.2006);

e) Os sócios gerentes desviavam recursos dos grupos de consórcio, utilizando documentos sem assinatura de consorciados - contratos, declarações, recibos, e fichas cadastrais - para simular pedidos de entrega em dinheiro de supostos consorciados contemplados. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 1999.03.99.014678-3, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 12.12.2006, DJ 09.01.2007);

f) Os administradores desviavam recursos de grupos de consorciados para empresas de venda de veículos dos quais eram sócios, simulando supostos adiantamentos a fornecedores e falsas contemplações de consorciados. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2000.61.81.008320-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Márcio Mesquita j. 13.10.2009, DJ 21.10.2009);

g) Os administradores: omitiram dados exigidos pela legislação em demonstrativos contábeis; efetuaram pagamentos indevidos à sociedade por eles controlada; e apropriaram-se de valores pertencentes a grupos de consórcios. Em Primeira Instância, alguns corréus foram condenados e outros absolvidos e, no Tribunal, houve extinção do processo pelo reconhecimento da coisa julgada de decisão ocorrida na Justiça Estadual sobre os mesmos fatos (ACR 2006.03.99.037298-4, Segunda Turma, Des. Fed. Cecilia Mello j. 11.05.2010, DJ 21.05.2010);

h) Os administradores deferiram empréstimo rotativo a empresa controlada e pagaram o empréstimo concedido a esta com imóvel de valor inferior à dívida. Em Primeira Instância alguns réus haviam sido condenados e outros, absolvidos, e, no Tribunal, alguns foram condenados e outros, maiores de 70 anos, tiveram extinta a punibilidade pela prescrição em razão da pena fixada na sentença condenatória de Primeira Instância (ACR 2000.61.19.018618-6, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 02.03.2010, DJ 11.03.2010);

i) Os administradores: desviaram e se apropriaram de valores dos quais tinham posse; movimentaram recursos paralelamente à contabilidade, mediante uso de notas fiscais inidôneas; realizaram saques a maior a título de taxa de administração; transferiam valores das contas dos grupos de consorciados para contas pessoais e de empresa coligada. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2007.03.99.003663-0, Quinta Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 11.01.2010, DJ 01.02.2010).

j) Os administradores mantiveram caixa único, sem divisão dos recursos de cada grupo de consórcio, não entregaram bens a consorciados, não mantiveram regularmente os livros razão e diário, inseriram dados falsos nos documentos contábeis da administradora e desviaram recursos para si e para outras empresas das quais eram sócios. Alguns réus foram absolvidos e condenados em Primeira Instância, e o mesmo se deu no Tribunal (ACR 2007.03.99.011870-1, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 04.05.2010, DJ 20.05.2010).

B) Distribuidoras de títulos e valores mobiliários, nas quais:

a) Os administradores praticavam operações que causavam prejuízos à distribuidora que administravam em benefício de uma outra distribuidora, num esquema que envolvia diversas instituições do sistema de distribuição. Algumas das operações foram encobertas por fraudes contábeis: eram registradas operações que davam lucro como despesas com pagamento de comissões. Outras operações eram praticadas em prejuízo da instituição tais como a intermediação de compra e venda de títulos sem obtenção de lucro e a compra e venda de títulos públicos sem possuir recursos para fazê-lo, ultrapassando o limite de dez vezes o capital operacional para operações *day trade*, o que indicava operação casada com outras instituições para manipular o valor dos títulos no mercado e gerar lucros extraordinários a uma delas. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 1999.03.99.088279-7, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Theotonio Costa, j. 24.04.2001, DJ 05.06.2001);

b) Os diretores da distribuidora firmaram contratos de partilha de riscos financeiros com empresas de fachada para fabricar prejuízos e esconder lucros de operações *day trade* com títulos públicos; o prejuízo era quarenta vezes superior ao patrimônio da instituição financeira; os recursos foram desviados para contas de empresas de fachada e de pessoas físicas. As condutas dos diretores inseriam-se em grande esquema montado na emissão irregular de títulos da dívida pública, sonegação fiscal e lavagem de dinheiro. Nas

operações *day trade* eram negociados títulos públicos sem lastro e sem registro no Banco Central; no esquema havia administrador de empresa de fachada e um contador que responderam apenas pelo crime de sonegação fiscal. Réus tinham sido absolvidos em Primeira Instância, e foram condenados no Tribunal (ACR 2003.03.99.025896-7, Quinta Turma, Des. Fed. André Nabarrete, j. 16.08.2004, DJ 27.08.2004);

c) O administrador da distribuidora fazia operações de *swap* e de compra e venda de opções com outras quatro empresas não financeiras administradas por outros corréus em prejuízo da distribuidora, mas em benefício das outras empresas. As operações maquiavam lucros de operações *day trade* da distribuidora e permitia que esta sonegasse tributos. O administrador da distribuidora pagava aos outros corréus para a prática das operações, e o dinheiro desviado ficava em contas de outras empresas às quais o administrador tinha acesso. O réu fora absolvido em Primeira Instância e restou condenado no Tribunal (ACR 1999.03.99.030642-7, Segunda Turma, Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 31.05.2005, DJ 01.07.2005);

d) O sócio administrador auferia lucros exorbitantes com compra de letras do tesouro estadual, porém auferia sistemáticos prejuízos com operações com bônus do Banco Central, ouro e outras operações, desviando o lucro obtido inicialmente para outras pessoas físicas e jurídicas. Réus tinham sido absolvidos em Primeira Instância, e foram condenados no Tribunal (ACR 2001.03.99.057006-1, Quinta Turma, Juiz Conv. Helio Nogueira, j. 16.07.2007, DJ 14.08.2007);

e) O diretor da distribuidora efetuava operações *day trade* com contratos na Bolsa de Mercadorias e Futuros auferindo prejuízos sistemáticos em benefício de empresa de *factoring* da qual também era diretor; o capital perdido era, posteriormente, transferido por outras empresas à distribuidora, de modo que os prejuízos eram simulados para a sonegação fiscal. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2007.03.99.007029-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Paulo Sarno, j. 14.10.2008, DJ 10.11.2008).

C) Bancos isolados ou em conjunto com outras instituições, nas quais:

a) Dois réus eram diretores de fundo de pensão e de empresa que controlava banco e dissimularam essa situação de modo a enganar diretores do fundo e a fiscalização do Banco Central. Em desacordo com estatuto do fundo, aplicaram dinheiro deste em carteira de títulos e valores mobiliários do banco. Juntamente com mais três diretores do banco e um

auditor externo, os réus maquiaram balanços do banco, desviando indevidamente recursos do fundo para aplicações inexistentes e outras operações. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 1999.03.99.039158-3, Segunda Turma Des. Fed. Peixoto Jr., j. 22.04.2002, DJ 30.04.2002);

b) O proprietário de uma construtora representou um banco na compra de um terreno que posteriormente lhe foi vendido para a construção de um empreendimento imobiliário que seria financiado por um fundo do próprio banco vinculado ao empreendimento. O lucro com a venda das casas seria revertido ao fundo. Todavia, não havia autorização da Comissão de Valores Mobiliários para a criação do fundo e seu capital era composto de recursos provenientes de fundo de previdência privada. A transferência de recursos foi feita por diretores do fundo de previdência que também eram diretores do banco criador do fundo do empreendimento. A transferência infringia o estatuto do fundo de previdência. Recursos do fundo de previdência foram desviados, mas registrados como investidos em aplicação de outro banco. Tal aplicação não existia, e restou configurada a fraude e posterior apropriação dos recursos pelos diretores do banco e pelo proprietário da construtora. O réu havia sido condenado em Primeira Instância como incurso no art. 5º da Lei 7.492/1986, mas restou condenado por gestão fraudulenta no Tribunal (ACR 2004.03.99.037967-2, Quinta Turma, Des. Fed. Baptista Pereira, j. 20.08.2007, DJ 11.09.2007);

c) Dois réus eram grandes investidores individuais, três deles eram diretores de uma corretora e dois eram diretores de corretora ligada a um banco. A primeira corretora comprou para os dois grandes investidores ações de grande empresa cujas ações eram de baixo valor e baixa liquidez. Os diretores da primeira corretora, agindo em conluio, fizeram a venda das ações da corretora ligada ao banco por preço muito acima do mercado, em prejuízo desta. A operação foi realizada sem aprovação de comitê específico do banco e contra normas do Conselho Fiscal do banco que não recomendava compra de ações de baixa liquidez para compor a carteira da corretora, que vinha se reestruturando de prejuízos anteriores. Em Primeira Instância alguns réus foram condenados e outros absolvidos e, no Tribunal, foram todos condenados, sendo que dois dos réus tiveram decretada a extinção da punibilidade pela prescrição em razão da pena imposta em Primeira Instância (ACR 2001.03.99.032010-0, Segunda Turma, Des. Fed. Cecilia Mello, j. 13.09.2005, DJ 14.12.2005);

d) O gerente de administração de recursos de uma corretora ligada a um banco ordenou a duas outras corretoras a compra de elevado lote de ações de baixa liquidez e

superfaturadas, sem autorização do comitê técnico de banco; a operação foi combinada previamente com as outras corretoras de modo a burlar a fiscalização do banco; a negociação pôs em risco o patrimônio do banco. O réu havia sido absolvido em Primeira Instância, e, no Tribunal, após ser condenado, foi reconhecida a extinção da punibilidade em razão da quantidade da pena imposta (ACR 2001.03.99.057024-3, Segunda Turma, Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 01.04.2008, DJ 18.04.2008);

e) O presidente do banco realizava operações com CCR - Convênio de Pagamentos de Créditos Recíprocos concedendo crédito para empresas importadoras de produtos dentro de normas da Associação Latino Americana de Integração – ALADI; ocorre que muitas dessas operações eram ocultas, estavam fora da contabilidade oficial do banco, sendo parte significativa dos recursos destinados a operações irregulares com outras empresas e desviados; as operações ocultas excediam o limite patrimonial do banco para realizar transações; em certo momento, o banco não tinha reservas para cobrir certa obrigação e o Banco Central descobriu a fraude; o Banco Central teve de pagar compromissos do banco com empresas estrangeiras. O réu foi condenado em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2008.03.99.051025-3, Quinta Turma, Des. Fed. André Nekatschalow, j. 01.06.2009, DJ 23.06.2009);

f) O gerente de agência bancária concedia empréstimos agrícolas para agricultores, porém, estes, em conluio com o gerente, empregavam o dinheiro para outros fins; os recursos eram desviados para empresas em que o gerente ou seus parentes eram sócios; as lavouras não eram feitas e os empréstimos não foram pagos. Todos os corréus tinham sido condenados por gestão fraudulenta em Primeira Instância, e, no Tribunal apenas o gerente foi condenado por esse crime, e os demais foram condenados como incurso no art. 19 da Lei 7.492/1986 (ACR 2006.03.99.043971-9, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 16.11.2010, DJ 26.11.2010);

g) Os diretores de banco facilitaram a aprovação de uma série de operações financeiras vultosas em favor de determinada empresa sem exigir garantias de segurança e liquidez, escondendo tais operações dos comitês de análise técnica do banco: autorizaram a concessão de carta de fiança, *lease back* e *fixed rated notes* de forma irregular; aprovaram concessão de rolagem de carta de fiança sem que tivesse sido aprovada pelo comitê de crédito, bem como a troca de garantia hipotecária por alienação fiduciária de *fixed rated notes* sem autorização da Diretoria Plena do banco. Um dos diretores tinha ligação com a empresa e sua iniciativa poderia ter sido reprovada pelos demais diretores envolvidos. Os réus foram

condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2006.03.99.008600-8, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 18.05.2010, DJ 07.06.2010).

D) Agência de turismo operadora de câmbio, em que:

a) O sócio administrador de agência de turismo autorizada a operar no mercado de câmbio realizou operações de câmbio, utilizando-se de boletos de venda ideologicamente falsos, preenchidos com dados de pessoas que não solicitaram tais operações. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2004.03.99.014442-5, Primeira Turma, Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 07.08.2007, DJ 18.09.2007);

b) Os administradores de filiais de agências de turismo e câmbio omitiram e falsificaram informações prestadas ao Banco Central sobre o volume das operações e a identidade dos clientes; além disso, faziam depósitos, empréstimos, e remetiam dinheiro para o exterior de clientes anônimos. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2008.03.99.006954-8, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 06.05.2008, DJ 25.08.2008);

c) O administrador e proprietário de empresa de câmbio e turismo omitiu e prestou informações falsas ao Banco Central sobre o volume das operações e a identidade de clientes; fez operações de câmbio, empréstimo e remessa de dinheiro ao exterior, acima do limite operacional permitido, numa rede que permitia o anonimato de clientes e facilitou a prática do delito de lavagem de dinheiro. A empresa administrada pela réu possuía filiais vários Estados da federação; policiais participavam do esquema fazendo segurança no transporte de valores. Os réus foram condenados em Primeira Instância e no Tribunal (ACR 2005.03.99.024006-6, Primeira Turma Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 08.07.2008, DJ 22.07.2008).

E) Corretora de títulos e valores mobiliários, onde:

a) Os diretores inseriam dados falsos sobre a compra e venda de ouro na contabilidade da corretora, registrando supostos prejuízos sistemáticos de modo a enganar a fiscalização do Banco Central e da Receita Federal; eram realizadas operações muito acima da capacidade patrimonial da corretora. Os réus foram absolvidos em Primeira Instância e, no Tribunal, foi decretada a extinção da punibilidade pela prescrição em razão da pena imposta (ACR 2002.03.99.043670-1, Segunda Turma Juiz, Conv. João Consolim, j. 24.11.2009, DJ 10.12.2009).

b) O réu, sem autorização do Banco Central, fundou um grupo de empresas para captar recursos de terceiros, dizendo que investiria na bolsa, prometendo rendimentos acima do mercado, atendendo-os numa corretora de fachada. Enviava informativos falsos sobre rendimento das aplicações e de supostas perdas. Todavia os recursos eram depositados em contas pessoais e das empresas do grupo. Com a ocorrência de uma crise financeira internacional, várias pessoas quiseram sacar seu dinheiro, o réu recusou-se a pagar, dando cheques sem fundos e as fraudes foram descobertas. Réu foi condenado em Primeira Instância pela prática de outros crimes, mas restou condenado por gestão fraudulenta no Tribunal (ACR 1999.03.99.036879-2, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 13.10.2009, DJ 23.10.2009).

F) E por fim, a cooperativa agrícola em que:

a) Os diretores desviaram recursos destinados ao custeio da lavoura dos cooperados para a quitação de débitos pré-existentes, por meio de documentos falsos relativos a subempréstimos de cooperados não realizados; contraíram empréstimo alegando que iriam financiar lavouras, mas utilizaram-no para pagamento de dívidas com outros bancos. Em Primeira Instância alguns réus foram absolvidos e outros condenados. O mesmo se deu no Tribunal (ACR 2003.03.99.006876-5, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 26.01.2009, DJ 03.01.2009).

7.1.2 Fatos Considerados Atípicos

Os fatos considerados atípicos pelo Tribunal foram os seguintes, classificados por tipo de instituição financeira envolvida:

A) Distribuidora de títulos e valores mobiliários:

c) O sócio-gerente pediu autorização do Banco Central para aumentar o capital social de duas instituições financeiras, uma distribuidora e uma sociedade de crédito, e o teria feito com capital inexistente. Após conseguir a autorização do Banco Central, réu realizou empréstimo num banco e integralizou o capital da distribuidora. Depois, integralizou as cotas da sociedade de crédito com cinco cheques da distribuidora. Os cinco cheques foram usados

para a compra de três pontos de distribuidora pela sociedade de crédito. A acusação alegou que tais pontos não existiam, pois haviam sido transferidos ao Banco Central pela distribuidora, por meio de carta-patente do Banco Central para a constituição de distribuidora. Segundo o Tribunal, o aumento de capital das instituições não se deu com capital inexistente, pois a carta-patente pertencente à distribuidora possui valor econômico. Réu fora absolvido em Primeira Instância e também pelo Tribunal (ACR 97.03.051199-6, Segunda Turma, Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 14.08.2001, DJ 10.12.2001).

d) Os diretores da distribuidora, em conluio com outros diretores de distribuidoras e banco, realizaram uma única compra e venda de títulos em prejuízo da própria distribuidora e em benefício de uma fundação. Tratava-se de operação *day trade* feita em valor trinta e cinco vezes superior ao patrimônio líquido da instituição, a indicar operação casada. Parte do prejuízo foi reembolsada, mas o seu registro na contabilidade da instituição implicava em dívida tributária menor. O Tribunal entendeu que a conduta não restou configurada pela ausência da prova do conluio. Um dos réus fora condenado em Primeira Instância e o outro absolvido, porém o Tribunal absolveu ambos (ACR 1999.03.99.110790-6, Quinta Turma, Juiz Conv. Fausto De Sanctis, j. 03.09.2002, DJ 24.06.2003).

e) Sócios administradores teriam comprado contratos do índice Bovespa na BMF para transferir recursos a empresas não financeiras causando prejuízo de 6% do patrimônio da distribuidora. As operações seriam irregulares e simuladas. Compras foram feitas com intermediação de corretora e beneficiaram cliente de outra corretora. Tribunal entendeu que não restou comprovada a fraude e que as compras e vendas de contratos na BMF eram normais e estava de acordo com o risco do negócio. Além disso, não há menção sobre o caráter criminoso da conduta dos corretores que realizaram as operações. Não se constatou também vantagem indevida às empresas não financeiras. Em Primeira Instância os réus foram absolvidos e o mesmo ocorreu no Tribunal (ACR 1999.61.81.002842-3, Segunda Turma, Juíza Conv. Márcia de Oliveira, j. 27.11.2007, DJ 25.04.2008).

B) Corretora de títulos e valores mobiliários na qual:

a) Administradores foram os únicos a comprar determinada ação na bolsa e, em seguida, vendê-las a determinada empresa por preço abaixo do mercado e do valor de compra com o intuito de causar prejuízos à corretora. A operação ultrapassava o limite patrimonial da instituição. Além disso, os réus procederam a outras operações que davam prejuízo à corretora e lucros a outra empresa. O Tribunal entendeu que não ficou comprovada a fraude. Réus que

havia sido absolvidos em Primeira Instância, também o foram no Tribunal (ACR 2000.61.81.005906-0, Primeira Turma, Juiz Conv. Márcio Mesquita, j. 26.08.2008, DJ 17.09.2008).

C) Por fim, o caso envolvendo banco estrangeiro:

a) Administradores de determinada empresa, fizeram diversas operações de compra e venda de dólares, simuladas como investimentos brasileiros no exterior. O dinheiro ia para banco do exterior e depois voltava para as contas da empresa no Brasil, como se fossem investimentos. Tratava-se, na verdade, de falsos investimentos eis que a empresa lucrava com a ‘arbitragem de mercado’, o que foi objeto de investigação pelo Banco Central. O Tribunal entendeu que banco estrangeiro sem estar constituído regularmente no país não pode ser considerado instituição financeira por escapar da supervisão do Banco Central. Réus que haviam sido condenados em Primeira Instância foram absolvidos no Tribunal (ACR 2000.61.81.004391-0, Segunda Turma, Des. Fed. Cotrim Guimarães (vencido), Rel. p.. ac. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 23.06.2009, DJ 23.07.2009).

7.1.3 Relação de Trechos: Crime de Perigo Abstrato Formal

Os trechos dos acórdãos que consideraram a gestão fraudulenta como crime de perigo abstrato formal são os seguintes:

“A discussão acerca da constitucionalidade do artigo 4º da Lei 7.492/86, em razão da veiculação de tipo penal aberto, com a conseqüente afronta ao princípio da reserva legal, já se encontra superada nos Tribunais Pátrios, na medida em que a produção do resultado naturalístico deixou de integrar o preceito primário da norma sob exame, diferentemente do que ocorria no artigo 3º, IX, da Lei 1.521.51 (Lei de Economia Popular), que o descrevia como crime de resultado e exigia a produção do resultado naturalístico falência ou insolvência da instituição, como decorrência da gestão, ou o descumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. Assim, trata-se agora de crime de mera conduta, no qual basta a realização comportamento típico para a incidência da norma. (...) Conclui-se que a *mens legis* na edição da norma incriminadora do tipo da gestão fraudulenta, ao excluir do seu preceito primário o resultado naturalístico como elementar do crime, foi a de instituir um tipo anormal, que exige a aferição de elemento normativo do tipo, admitindo o legislador a impossibilidade material de uma previsão apriorística de todas as modalidades de conduta fraudulenta na gestão de instituição financeira, com o escopo de delegar ao Poder Judiciário a função integrativa da norma e assim criar um instrumento jurídico repressivo que se ajustasse continuamente aos fatos sociais, acompanhando a evolução das práticas financeiras e das novas modalidades de ilicitude surgidas.” (g.n.) (ACR 1999.03.99.036879-2, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 13.10.2009, DJ 23.10.2009).

“(…) com o advento da Lei do Colarinho Branco, a produção do resultado deixou de integrar a figura delitiva tanto da gestão fraudulenta como da temerária, passando o tipo a descrever tão somente o comportamento do sujeito, de tal forma que não mais se pode falar em crime de resultado, mas em *crime de mera conduta* na hipótese. (...) Assim, com base nos elementos lógico, sistemático, histórico e extrapenal, conclui-se que a intenção do legislador, ao inovar primariamente o ordenamento, excluindo a necessidade do resultado naturalístico para a configuração do tipo de gestão fraudulenta e da temerária, *foi a de armar o aplicador do direito com um instrumento jurídico que se ajustasse continuamente aos fatos sociais, acompanhando a evolução das práticas comerciais e das novas modalidades de ilicitude surgidas, a exigir o constante aprimoramento jurisprudencial dos Tribunais com o fim de coibir novas práticas deletérias ao Sistema Financeiro*, calcado, essencialmente, na confiabilidade e na credibilidade de suas instituições.” (ACR 1999.03.99.088279-7, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Theotonio Costa, j. 24.04.2001, DJ 05.06.2001).

“Pertinente, ainda, consignar que a gestão fraudulenta não exige qualquer fim especial de agir, consumando-se com a realização de ação típica, independentemente de qualquer resultado ou do efetivo prejuízo (...). (...) Por gestão fraudulenta deve-se compreender todo ato de administração no âmbito da empresa, dentre os poderes conferidos, ainda que apenas de fato, que visa a percepção de vantagem indevida em prejuízo alheio, empregando o administrador artifícios que levam a erro os demais administradores.”. (ACR 1999.03.99.110790-6, Quinta Turma, Juiz Conv. Fausto De Sanctis, j. 03.09.2002, DJ 24.06.2003).

“Cumpre destacar que a r. sentença atacada foi exaustiva em sua motivação (...): ‘(...) ‘Adiante consignaram os Srs. Membros: ‘(...) Realmente, o liquidante verificou a ausência de livros obrigatórios e deficiências na escrituração das operações efetuadas, caracterizando a gestão fraudulenta (...)’ (ACR 2000.03.99.068795-6 17.12.2002 18.02.2003 Quinta Turma Des. Fed. Ramza Tartuce)

“Por outro lado, também restaram demonstradas as infrações previstas nos artigos 4o. e 5o daquela lei. Conforme bem explanou o MM. Juiz ‘a quo’: ‘(...) Ora, o descumprimento de compromissos assumidos e de cláusulas contratuais por parte dos acusados, gerando prejuízo econômico para os clientes, de forma contínua e reiterada e ao longo de vários meses, denota a má fé dos réus na condução dos negócios da empresa, que era gerida de maneira ardilosa, visando, desde o início, iludir os crédulos interessados em aderir ao plano de ‘venda programada’, frustrando, assim, a expectativa de vários clientes, que entregaram suas economias ao estabelecimento dos increpados, confiando que logo recebiam seus veículos. A prova testemunhal (...) e a farta prova documental apontam neste sentido e revelam, ainda, mais um artil lançado pelos acusados para a consecução de seus escusos objetivos: (...). (...) a conclusão inarredável a que se chega é que os acusados, na qualidade de administradores da empresa, desviaram o numerário captado dos clientes, deixando de destiná-los ao financiamento de bens especificados nos diversos contratos de adesão, e apropriaram-se dos valores recebidos, abalando, desta forma, a confiança que deve permear as atividades financeiras e lesionando o patrimônio dos clientes, subsumindo estas condutas no tipo legal estampado no art. 5º da Lei 7492.86’ (fls.). Assim sendo, concluída a instrução criminal, imperioso concluir que a condenação desses acusados se impunha, nos termos da sentença (...)’ (ACR 1999.03.99.082734-8, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 04.06.2002, DJ 02.07.2002).

“A Sra. Procuradora da República, em seu parecer, enfatizou a natureza criminosa das operações, *verbis*: ‘(...) A gestão fraudulenta repousa no artil que revestiam as negociações levadas a cabo pelos apelados, conscientes da inexistência de ativos vinculados a taxas pré-fixadas ou passivos atrelados à variação cambial, que ensejasse a contratação das referidas operações swap, forjadas para propiciar a evasão dos lucros obtidos pela S. em operações anteriores de *day trade* (lucros esses também obtidos ilegalmente, com a conivência de outras instituições, que se prestavam a pagar maior preço pelos títulos), em favor de instituições não

financeiras, empresas declaradas fiscalmente inaptas pela Receita Federal.’ (fls.) (...) A gestão fraudulenta (art. 4º, Lei nº 7.492/86), como já se disse anteriormente, é crime formal, independe do resultado. (...) Pelo que se depreende dos Apensos (...), as operações de swap cobrem período anterior e posterior à Resolução CMN nº 2042 (...) e a Circular BCB nº 2402 (...). De qualquer modo, as características fraudulentas delas foram amplamente evidenciadas pelo Banco Central do Brasil. Muitas delas foram feitas em empresas de fachada ou não financeiras ou sem capacidade financeira, o que infirma as re-ratificações de acordos.” (ACR 2003.03.99.025896-7, Quinta Turma, Des. Fed. André Nabarrete, j. 16.08.2004, DJ 27.08.2004).

“São de caráter documental as provas produzidas e por natureza não comportam reprodução propriamente dita em juízo, por outro lado também dispensando elementos de corroboração que, todavia, vieram com a prova testemunhal. Devidamente provados restaram os expedientes ilícitos descritos no referido tópico da denúncia e não há dúvida do caráter de manobras objetivando o auferimento de ilícitas vantagens em prejuízo dos consorciados, destarte caracterizando-se o delito imputado. (ACR 95.03.008286-2, Segunda Turma, Des. Fed. Peixoto Jr., j. 17.05.2005, DJ 05.08.2005).

“Outrossim, correta a condenação dos réus como incursos nas penas do artigo 4º, ‘caput’, da Lei nº 7.492/86, porquanto como bem ponderado pela MM. juíza ‘a quo’ às fls. ‘fraude houve: contemplação simulada, manobra arditosa (documentos absolutamente irregulares, contratos de adesão e opção sem assinaturas), com o propósito evidente de obter vantagem, o qual, levado às consequências, sem acatamento de providências, culminou com a decretação da liquidação extrajudicial’”. (ACR 1999.03.99.014678-3, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 12.12.2006, DJ 09.01.2007).

“Para a configuração do delito é prescindível o risco, ainda que em tese, ao patrimônio de terceiros. Tampouco se exige a colocação da própria empresa em perigo, mas sim o risco à higidez do Sistema Financeiro Nacional o que se constata, *in casu*, com o fato de a empresa do réu S., utilizando-se da atividade de turismo como fachada, ‘administrar câmbio’ e realizar operações fictícias para captar moeda estrangeira, infringindo as especificações determinadas pelo governo.” (ACR 2004.03.99.014442-5, Primeira Turma, Des. Fed. Johanson de Salvo, j. 07.08.2007, DJ 18.09.2007).

“Por fim, o delito estampado no art. 4º, caput da Lei nº 7.492/86 não reclama, para sua configuração, a ocorrência de prejuízo para terceiros, caracterizando-se como delito formal e de perigo, não exigindo, para que se perfaça, nenhum complemento, sendo certo que a partir do advento da Lei nº 7.492/86 restou arredada a demanda de algum resultado fenomênico, ao revés do que ocorria com o diploma que antigamente regia o tipo penal (Lei nº 1.521.51, art. 3º, IX).” (ACR 2001.03.99.057006-1, Quinta Turma, Juiz Conv. Helio Nogueira, j. 16.07.2007, DJ 14.08.2007).

“No que tange ao delito de gestão fraudulenta, desnecessária a habitualidade para a configuração do delito, bastando um único ato para configurá-lo. Tal é o entendimento doutrinário e jurisprudencial que colaciono abaixo: ‘Penal. Recurso especial. Crime contra o sistema financeiro. Gestão fraudulenta de instituição financeira. Inocorrência de violação dos arts. 381, III e 619 do CPP. Crime de perigo formal que independe da ocorrência de prejuízo as vítimas. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Desnecessária a habitualidade para a configuração do delito previsto no art. 4º da Lei 7.492/86. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Precedentes. Recurso não conhecido. (STJ, REsp 637742.PR, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 28.09.2005, DJ 07.11.2005, p. 344) (destaquei)’ (...). (ACR 2004.03.99.037967-2, Quinta Turma, Des. Fed. Baptista Pereira, j. 20.08.2007, DJ 11.09.2007).

“A tese defensiva, no entanto, não prospera, tendo em vista que a obtenção de lucros não afasta a tipificação do delito de gestão fraudulenta, quando comprovada a existência de manobra voltada para a formação de constantes prejuízos financeiros, colocando em risco a higidez do sistema financeiro nacional, objeto jurídico tutelado

pela Lei nº 7492.86.” (ACR 2007.03.99.007029-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Paulo Sarno, j. 14.10.2008, DJ 10.11.2008).

“Anota De Plácido e Silva (...) que por fraude ‘entende-se geralmente como o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever. Sobre o crime de gestão fraudulenta, anota Guilherme de Souza Nucci (...): ‘37. Análise do núcleo do tipo: gerir significa administrar, gerenciar, dirigir. O objeto da gestão é a instituição financeira, tal como definido no art. 1º desta Lei. Logo, o tipo diz respeito à tomada de decisões administrativas na instituição financeira, conforme dispõem a lei e o seu estatuto. Deve ser haver fraude. Sobre esse elemento do tipo, consulta a nota própria abaixo... 40. Elemento normativo do tipo: fraude quer dizer meio enganoso, ação de má-fé com o fito de ludibriar, enfim, é gênero do artifício (esperteza), do ardil (armadilha, cilada), do abuso de confiança e outras atitudes de igual perfil. Cuida-se de elemento aberto do tipo penal, valendo-se da interpretação, sob o prisma cultural e também jurídico.’ (...) Como se vê, não há, na denúncia, descrição de qual seria o meio fraudulento empregado pelos réus na gestão da instituição financeira da qual eram administradores. Ao contrário, a denúncia aponta a realização de operações de compra e venda de ações e opções com prejuízo, indicando os valores e quantitativos registrados pela Corretora administrada pelos réus. Não aponta a denúncia que tenha havido simulação do negócio, que tenha havido escrituração por valores inferiores ou superiores aos efetivamente praticados, nem qualquer outro tipo de engodo, artifício ou ardil.” (ACR 2000.61.81.005906-0, Primeira Turma, Juiz Conv. Márcio Mesquita, j. 26.08.2008, DJ 17.09.2008).

“A denúncia aponta que: U. incorreu: - No art. 4º, ‘caput’, da Lei nº 7.492/86, ao gerir fraudulentamente instituição financeira por equiparação (...), qual seja a P. Turismo e Câmbio Ltda., omitindo informações e prestando informações falsas ao Banco Central quanto ao volume das operações e às identidades de seus correntistas; (...) A., J., S., A., M., V. incorreram: (...) No art 4º, ‘caput’, da Lei nº 7.492/86, ao gerirem instituição financeira por equiparação (...) qual seja, a B. Turismo e Cambio Ltda., omitindo informações e prestando informações falsas ao Banco Central quanto ao volume das operações e às identidades de seus correntistas; (...). (...) Conforme consignado na sentença (...) ‘Neste contexto, imperioso afirmar que A. e os demais acusados, responsáveis pela B., participaram ao longo dos anos de 1996 a 2003, como forma de ocupação profissional, de intrincadas operações financeiras que lhes propiciaram a irregular remessa de divisas ao exterior, bem como ao auferimento de lucros vultosos, em detrimento do Sistema Financeiro Nacional. Sem a colaboração de cada um dos nominados acima, jamais a organização criminosa atuaria por tantos anos e na proporção que se dava (...)’”. (ACR 2008.03.99.006954-8, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 06.05.2008, DJ 25.08.2008).

“Gestão fraudulenta significa gestão de instituição financeira com fraude, dolo, ardil ou malícia, visando obter indevida vantagem, independentemente de ser para si ou para terceiro, segundo preleciona Luiz Regis Prado (...). O tipo subjetivo é composto pelo dolo direto ou eventual, isto é, pela consciência e vontade do agente de gerir fraudulentamente a instituição financeira. Ainda, consoante o mesmo autor, o delito se consuma com a gestão fraudulenta, independentemente do resultado, sendo delito de perigo abstrato e de mera atividade. Ensina José Carlos Tórtima que ‘sendo delitos de natureza formal, a gestão fraudulenta e temerária consumam-se independentemente de qualquer resultado externo à atividade do agente. Basta que este pratique a conduta de acordo com sua configuração típica o delito estará consumado’. E ainda quanto ao tipo subjetivo: ‘é o dolo direto na hipótese do caput do artigo (gestão fraudulenta), consistente na má-fé do administrador ao impulsionar os atos fraudulentos. Nenhum elemento subjetivo do tipo é requisitado pela conduta em apreço, prevalecendo, portanto, o chamado dolo genérico’ (...).” (ACR 2005.03.99.024006-6, Primeira Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 08.07.2008, DJ 22.07.2008).

“(...) o delito em apreço se consuma com a gestão, fraudulenta ou temerária, independentemente de qualquer resultado (delito de perigo abstrato e de mera atividade), sendo o tipo subjetivo composto pelo dolo, direto ou eventual, isto é, pela

consciência e vontade do agente de gerir fraudulenta ou temerariamente instituição financeira.”(ACR 2001.03.99.057024-3, Segunda Turma, Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 01.04.2008, DJ 18.04.2008).

“Com efeito, o elemento de fraude na gestão da empresa S. Corretora de Títulos e Valores encontra-se presente nas provas colhidas nestes autos. Os fatos não são negados pelos réus, que apenas procuraram justificar as condutas perpetradas ao longo da presente demanda. A prática do delito restou comprovada pelos contratos firmados pelos apelantes e pela escrituração incorreta na contabilidade, conforme a análise dos relatórios elaborados pelo Banco Central do Brasil, órgão executivo central do Sistema Financeiro Brasileiro, que procedeu à devida fiscalização na empresa S., a fim de zelar pela regularidade do mercado financeiro. Verificou-se que as operações irregulares indicadas na denúncia e consideradas na sentença eram reiteradas, com o propósito claro de burlar as normas de fiscalização. Essas operações não necessitavam, à época dos fatos, de registros em órgãos oficiais. Assim, o que se extrai dos autos é que contratos simulavam determinada situação, permitindo a escrituração dessas operações de forma a ocultar os valores envolvidos por meio de diversas operações casadas, conforme descrito na denúncia.” (ACR 2002.03.99.043670-1, Segunda Turma, Juiz Conv. João Consolim, j. 24.11.2009, DJ 10.12.2009).

“ (...) a materialidade do delito de gestão fraudulenta encontra suporte no conjunto probatório. (...) De acordo com a denúncia, R. e M. praticaram os seguintes atos caracterizadores de gestão fraudulenta: a) (...) desvio de recursos de grupos de consórcios a título de suposto adiantamento a fornecedores (...). b) Registro indevido, na mencionada 'Demonstração dos Recursos de Consórcio Consolidada' (...) de cheques emitidos por empresa ligada (...) recebidos como garantia de retorno de adiantamentos não vinculados a contemplações (...); c) (...) desviou recursos de grupos de consórcios (...) por meio de saques de conta vinculada dos grupos, contabilizados como pagamento de créditos referentes a 103 cotas em nome da consorciada fictícia E. (...). d) desviou recursos de grupos de consórcios em benefício das empresas ligadas (...) através da venda de veículos recebidos como lances de consorciados sem a devida entrada de recursos (...). e) desvio de recursos de grupo de consórcios em benefício da administradora, (...) através de saques a título de taxa de administração sobre o valor dos cheques pré-datados de lances parcelados, sem o respaldo regulamentar (...). f) utilização de recursos de grupo de consórcio com saldo positivo para pagamento de contemplação do grupo de consórcio (...) com entrega programada de sete bens por mês, sendo um por sorteio e seis por lance, demonstrando empréstimos entre grupos (...). Os documentos apresentados e o parecer elaborado pelo Banco Central do Brasil possuem força probatória a corroborar a denúncia porque, tratando-se de atos ilícitos que se revestem, em sua generalidade, de desvios de dinheiro de consorciados, a demonstração se dá, genuinamente, pela prova documental e análise contábil, como as anexadas aos autos (...).” (ACR 2000.61.81.008320-7, Primeira Turma, Juiz Conv. Márcio Mesquita, j. 13.10.2009, DJ 21.10.2009).

“O apelante alega a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei n. 7.492/86, por violação ao princípio da taxatividade. Trata-se de dispositivo legal, o que atende o art. 5º, II, da Constituição da República, sendo certo que seu conteúdo normativo não é demasiadamente amplo a ponto de tornar indiscernível a conduta reputada ilícita. No caso sub judice a não-contabilização das operações, a realização dos chamados “contratos de gaveta” e a extrapolação do limite imposto pelo Banco Central, configuram o delito de gestão fraudulenta. Portanto, não resta dúvida que o acusado praticara crime contra o Sistema Financeiro Nacional, ao gerir de modo fraudulento instituição financeira, nos termos preceituados pelo art. 4º da Lei n. 7.492/86.” (ACR 2008.03.99.051025-3, Quinta Turma, Des. Fed. André Nekatschalow, j. 01.06.2009, DJ 23.06.2009).

“Todavia, não era necessário que a conduta dos apelantes causasse prejuízos a terceiros, até porque o delito estampado no art. 4º, caput da Lei nº 7.492/86 não reclama, para a sua configuração, a ocorrência de qualquer prejuízo para terceiros, caracterizando-se como delito formal e de perigo, não exigindo, para que se perfaça,

nenhum complemento, sendo certo que a partir do advento da Lei nº 7.492/86 restou arredada a necessidade de algum resultado fenomênico, ao revés do que ocorria com o diploma que antigamente regia o tipo penal (Lei nº 1.521.51, art. 3º, IX).” (ACR 2003.03.99.006876-5, Quinta Turma, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 26.01.2009, DJ 03.03.2009).

“O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira ou a ela equiparada caracteriza-se pela prática de atos ilícitos por parte dos administradores, manifestada por manobras ardilosas e pela perpetração de fraudes. (...) Ora, in casu a fraude é patente. R., na qualidade de gerente geral de uma agência bancária, notadamente voltada para empreendimentos agrícolas, tinha total consciência de que jamais poderia conceder empréstimos a pessoas com as quais mantinha algum tipo de sociedade. Tal réu não era um iniciante da carreira bancária, ao contrário, era o gerente geral de uma agência do Banco (...), não sendo possível aceitar sua ‘ignorância’ quanto ao impedimento que lhe recaía sobre o financiamento a pessoas com as quais mantinha sociedade. As operações questionadas foram todas deferidas por R., na condição de gerente maior da agência contratante. Assim, os negócios fraudulentos nasceram com ele e por causa dele.” (ACR 2006.03.99.043971-9, Primeira Turma, Des. Fed. Johanson de Salvo, j. 16.11.2010, DJ 26.11.2010).

“(…) todos os corréus, na qualidade de integrantes do Comitê de Crédito do B., liberaram vultosos recursos a uma empresa privada, sem questionar as irregularidades apontadas e contrariando as normas de funcionamento da instituição, donde se extrai que no mínimo assumiram o risco de suas condutas, agindo com dolo. Cabia-lhes proceder com o rigor que seus elevados cargos no referido comitê lhes impunham, liberando recursos da (...) instituição financeira (...) com seriedade, o que efetivamente não fizeram, dolosamente maculando as finanças do B. em benefício de outrem. Diante deste quadro, afasto as alegações das defesas acerca do mérito do édito condenatório, que mantenho integralmente por estar suficientemente comprovado que os réus, sem exceção, praticaram o crime de gestão fraudulenta ao aprovarem as operações de fiança, ‘lease-back’ e ‘fixed rate notes’ em favor da P. S.A.” (ACR 2006.03.99.008600-8, Primeira Turma, Des. Fed. Johanson de Salvo, j. 18.05.2010, DJ 07.06.2010).

“Passo à análise do mérito apenas em relação ao crime subsistente, de gestão fraudulenta - artigo 4º da Lei nº 7.492/86. (...) A perícia técnica realizada pelo SECRIM (fls.), constatou, em apertada síntese, que a N. Consórcios S.C Ltda, gerida pelo réu, não obstante ser fiscalizada e autorizada pelo Banco Central, agia em desacordo com as normas do mercado financeiro, pois empregava o sistema de ‘caixa-único’. (...) Acrescente-se, neste ponto, que o laudo do SECRIM, como anteriormente colocado, foi elaborado por determinação do Juízo *a quo* (fls.), por peritos oficiais, tecnicamente capacitados para a tarefa e, ao contrário do que afirma a defesa, o Banco Central não periciou a N. Consórcios S.C Ltda, mas sim, instaurou procedimento fiscalizatório, que culminou com a liquidação extrajudicial, tamanha a quantidade de irregularidades apuradas. (...) Não resta dúvida, portanto, que P., na qualidade de administrador da N. Consórcios S.C Ltda, praticou o crime descrito no artigo 4º da Lei nº 7.492/86, sendo de rigor a manutenção da sua condenação.” (ACR 2007.03.99.011870-1, Primeira Turma, Des. Fed. Johanson de Salvo, j. 04.05.2010, DJ 20.05.2010).

“Gestão fraudulenta é todo ato de administração no âmbito da empresa, objetivando prejudicar alguém ou obter vantagem indevida em prejuízo alheio, ou enganar empregando o administrador manobras ilícitas, fraude ou artifícios. Já a gestão temerária significa a que é feita sem a prudência ordinária, de forma impetuosa, de maneira arriscada, afoita, feita de forma insensata. Sem temeridade, não há o crime de gestão temerária. (...) Observo, contudo, que os fatos narrados na denúncia não descrevem os elementos normativos do delito de gestão temerária. Cingem-se, na verdade, à descrição do crime de gestão fraudulenta atribuída aos réus, pelo qual eles foram absolvidos, tanto na Justiça Estadual como na Justiça Federal, ainda que nesta última já em *bis in idem*.” (ACR 2006.03.99.037298-4, Segunda Turma, Des. Fed. Cecilia Mello, j. 11.05.2010, DJ 21.05.2010).

“(...) o conjunto probatório demonstra a materialidade e autoria delitiva. É dos autos que os denunciados V. e J., ao transferirem determinado bem por um preço muito acima do valor de mercado, ensejando dívida fictícia da empresa I. para com a empresa R., praticaram o crime de gestão fraudulenta. (...) Devidamente demonstrado o dolo do acusado em fraudar a empresa concessionária, consubstanciada a gestão fraudulenta descrita no artigo 4º, ‘caput’, da Lei nº 7.492/86 (...)” (ACR 2000.61.19.018618-6, Segunda Turma, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 02.03.2010, DJ 11.03.2010).

“Conforme preleciona Luiz Regis Prado, em relação ao art. 4º, o crime se consuma com a gestão, fraudulenta ou temerária, independentemente de qualquer resultado (delito de perigo abstrato e de mera atividade) (...). Ensina José Carlos Tórtima que ‘sendo delitos de natureza formal, a gestão fraudulenta e temerária consumam-se independentemente de qualquer resultado externo à atividade do agente. Basta que este pratique a conduta de acordo com sua configuração típica o delito estará consumado’”. (ACR 2007.03.99.003663-0, Quinta Turma, Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 11.01.2010, DJ 01.02.2010).

8 REFERÊNCIAS

AMODEO, Felipe. 'Gestão Fraudulenta – Crime contra o Sistema Financeiro Nacional (Art. 4º da Lei 7.492/86)'. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita (coord.). **Direito Penal Empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

ANGARITA, Antonio (coord.); AMBROSINI, Diego Rafael; SALINAS, Natasha S. Caccia. **Direito GV: Construção de Um Sonho: Inovação, Métodos, Pesquisa, Docência**. São Paulo: FGV, 2010.

BALTAZAR JR., José Paulo. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. **Banco Central**. 'Quadro Quantitativo de Instituições por Tipo e Região Geográfica'. Disponível em:

http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r201012/T1ES_Quadro%2003%20-%20Quantitativo%20de%20institui%C3%A7%C3%B5es%20por%20tipo%20UF%20e%20regi%C3%A3o%20geogr%C3%A1fica.pdf Acesso em 14.03.2011.

BRASIL. **Banco Central**. 'Composição do SFN'. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?SFNCOMP> Acesso em 14.03.2011.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=7.492&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos .Acesso em 26.11.2011).

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE**. 'Instituições Financeiras 2009'. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=sp&tema=instituicoesfinanceiras2009> Acesso em 14.03.2011.

BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em:

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/consulta.asp?Tipo_Cons=8&orderby=6&hid_comissao=TOD+-+TODAS&hid_status=TOD+-+TODAS&str_tipo=&selAtivo=&selInativo=&radAtivo=S&txt_num=&txt_ano=&sel_tipo_norma=&txt_num_norma=&txt_ano_norma=&sel_tipo_autor=&txt_autor=&sel_partido=&sel_uf=&txt_relator=&ind_relator_atual=S&sel_comissao=&txt_assunto=7.492&tip_palavra_chave=T&rad_trmt=T&sel_situacao=&ind_status_atual=A&dat_situacao_de=&dat_situacao_ate=&txt_tramitacao=&dat_apresentacao_de=&dat_apresentacao_ate=. Acesso em 26.11.2011.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. ‘Pesquisa Temática de Jurisprudência’. Disponível em:

<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>
Acesso em 21.06.2011.

BREDA, Juliano. **Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. ‘Primeira Parte – Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional’. In: BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal**. Tese de Titularidade apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001.

CARAVANTES, Geraldo; PANNO, Cláudia; KLOECKNER, Mônica. **Administração: Teoria e Processo**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O Controle Penal nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CERVINI, Raúl. ‘El Principio de Legalidad y la Imprescindible Determinación Suficiente de la Conducta Incriminada en los Crímenes contra el Sistema Financiero (art. 4º de la Ley 7.492/86)’. In: **Revista Brasileira de Ciência Criminais**, n. 48, pp. 164-178, mai./jun./2004.

COLLIN, P. H.. **Dictionary of Banking and Finance**. Middlesex: Collin, 1996.

CORTEZ, Tiago Machado. ‘O Conceito de Risco Sistêmico e suas Implicações para a Defesa da Concorrência no Mercado Bancário’. In: CAMPILONGO, Celso; ROCHA, Jean Paul

Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. 'Crime contra a Ordem Econômica. Interpretação do art. 17 da Lei 7.492/86'. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 749, mar./1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; e MACHADO, Charles Marcildes. **Crimes do Colarinho Branco**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRUZ, Flavio Antonio da. 'Gestão Temerária, Evasão de Divisas e Aporias'. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 86, pp. 99-147, 2010.

D'AGOSTINO, Paolo; SALOMONE, Riccardo; SANTORIELLO, Ciro. **Trattato di Diritto Penale dell'Impresa, v. 3: I Reati Bancari**. Padova: Cedam, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. 'O direito penal entre a 'Sociedade Industrial' e a 'Sociedade do Risco'. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 33, pp. 39-65, jan.-mar./2001.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança Urbana: O Modelo da Nova Prevenção**. São Paulo: RT, 2005.

FELDENS, Luciano; CARRION, Thiago Zucchetti. 'A Estrutura Material dos Delitos de Gestão Fraudulenta e Temerária de Instituição Financeira'. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 86, pp. 171-200, 2010.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. 'A Associação entre o Ilícito Administrativo e o Ilícito Penal no Exemplo do Crime de Evasão de Divisas'. In: OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). **Direito Sancionador: Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973.

FERREIRA, Aurélio B.. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Edson Soares. **A Fundamentação de Decisões nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Um aprofundamento sobre o Crime de Gestão Temerária à Luz de Elementos da Teoria do Risco**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2009.

FRANCO, Alberto Silva. 'Prefácio'. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. **Teoria da Pena**. São Paulo: RT, 2002.

- FRANCO, Maria Laura P. B.. **Análise do Conteúdo**. Brasília: Liber Livro, 2005.
- FRANKEL, Tamar. 'Regulating the financial markets by examinations'. In: MITCHELL, Lawrence E.; WILMARTH JR., Arthur E.. **The Panic of 2008: Causes, Consequences and Implications for Reform**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2010
- FREITAS FILHO, Roberto. **Metodologia de Análise de Decisões**. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2009.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. **Temas de Direito Penal e Processo Penal: em Especial na Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GIBSON, Nilson. 'Justificativa do Projeto de Lei 273/1983'. In: **Diário do Congresso Nacional**, pp. 1018-1019, 25.3.1983.
- GOMES, Luiz Flávio. 'Notas Distintivas do Crime de Gestão Fraudulenta: art. 4º da Lei 7.492/86 (a questão das 'contas fantasmas')'. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. 'Direito Penal Tradicional *versus* 'Moderno' Direito Penal'. In: GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: RT, 2005.
- GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GÜNTHER, Klaus. 'De la Vulneración de un Derecho a la Infracción de un Deber. 'Un Cambio de Paradigma en el Derecho Penal?''. In: CASABONA, Carlos María Romeo. **La Insostenible Situación del Derecho Penal**. Granada: Comares, 2000.
- GÜNTHER, Klaus. 'Responsabilização na Sociedade Civil'. In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito: Textos de Klaus Günther**. São Paulo: Saraiva, 2009(a).
- GÜNTHER, Klaus. 'Crítica da Pena I'. In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito: Textos de Klaus Günther**. São Paulo: Saraiva, 2009(b).
- HALL, Mark A.; WRIGHT, Ronald F.. 'Systematic Content Analysis of Judicial Opinions'. In: **California Law Review**, vol. 96, pp. 63-122, 2008.

HASSEMER, Winfried. 'A Preservação do Ambiente através do Direito Penal'. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 22, pp. 27-35, abr.-jun./1998.

HEFENDEHL, Roland. 'De Largo Aliento: El Concepto de Bien Jurídico: o qué Ha Sucedido desde la Aparición del Volumen Colectivo sobre la Teoría del Bien Jurídico.' In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La Teoria del Bien Jurídico: Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmatico?**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro S.. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LACOMBE, Francisco. **Dicionário de Administração**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. 'Regla y Compás, o Metodología para un Trabajo Jurídico Sensato'. In: COURTIS, Christian. **Observar la Ley: Ensayos sobre Metodología de la Investigación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2006.

MACAULAY, Stewart; FRIEDMAN, Lawrence M.; MERTZ, Elizabeth (ed.). **Law in Action: a Socio-Legal Reader**. New York: Foundation, 2007.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1992.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal: Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. 'Dogmática Penal'. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Fragmentos para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). 'A Aplicação da Lei n. 7.492/86 nos Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça'. In: **Caderno Direito GV 33**, v. 7, n.1, jan./2010.

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

MAZLOUM, Ali. **Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Célebre, 2007.

McCORMICK, Roger. **Legal Risk in the Financial Markets**. Oxford: Oxford University, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. ‘Devido Processo Administrativo Sancionador no Sistema Financeiro Nacional’. In: OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). **Direito Sancionador: Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PADOVEZE, Clóvis L.. **Introdução à Administração Financeira**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

PEREIRA, Leandro Silveira. ‘A Reforma do Sistema Financeiro em Debate’. In: **Revista Getúlio**, n. 17, set.-out./2009.

PEREIRA, Leandro Silveira; COSTA, Carlos. ‘Debate: a Regulamentação Eficiente faz a Diferença’. In: **Revista Getúlio**, n. 17, set.-out./2009.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: RT, 1987.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. ‘O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal’. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 47, pp. 31-45, mar.-abr./2004.

REED, Edward W.; GILL, Edward K.. **Bancos Comerciais e Múltiplos**. São Paulo: Makron Books, 1994.

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

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O Crime de Evasão de Divisas: A Tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHÜNNEMANN, Bernd. ‘Sobre la Dogmática e la Política Criminal del Derecho Penal del Medio Ambiente’. In: SCHÜNNEMANN, Bernd. **Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

- SCHÜNNEMANN, Bernd. 'O Direito Penal é a *Ultima Ratio* de Proteção de Bens Jurídicos! – Sobre os Limites Invioláveis do Direito Penal em um Estado de direito Liberal'. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 53, pp. 09-37, mar.-abr./2005.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. **Teoria da Pena**. São Paulo: RT, 2002.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2002.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: RT, 2006.
- TASSE, Adel El. 'Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: o Bem Jurídico Específico Necessário para a Incidência da Lei 7.492/86 à Determinada Conduta'. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: RT, 2007.
- THOMAS, Alan Berkeley. **Controversies in Management**. London: Routledge, 2003.
- TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: uma Contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- WANKEL, Charles (ed.). **Encyclopedia of Business in Today's World**. Los Angeles: Sage Publications, 2009.
- YACOBUCCI, Guillermo Jorge. 'A Crise do Direito Penal Tradicional'. In: GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: RT, 2005.
- YACOBUCCI, Guillermo. 'Dogmática Penal y Argumentación Judicial'. In: ALBRECHT, Hans-Jörg et. al.. **Criminalidad, Evolución del Derecho Penal y Crítica al Derecho Penal en la Actualidad**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.