

# ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O PRINCÍPIO DE LEGALIDADE E O CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA (art. 4, § único, Lei 7.492/86)<sup>1</sup>.

FERNANDA FREIXINHO<sup>2</sup>

SUMÁRIO: 1. À guisa de intróito – 2. O Direito Penal Econômico – 3. O Princípio de legalidade - 4. Do crime de gestão temerária - 5. Conclusões.

**Resumo:** O presente trabalho procura analisar o crime de gestão temerária à luz do princípio de legalidade. Para tanto define de maneira concisa o direito penal econômico e traça um breve histórico do princípio da legalidade. Ressalta o perigo ao cidadão constante nas normas genéricas e imprecisas e como o direito penal tem recorrido a tais expedientes com frequência cada vez maior. Por derradeiro, analisa a eventual compatibilidade da referida norma com o princípio em estudo.

**Palavras-chave:** Crimes do colarinho branco – Direito Penal Econômico - Princípio da legalidade – Gestão temerária – Inconstitucionalidade.

1

## À guisa de intróito

O mundo moderno há algum tempo tem trazido à baila outro tipo de problemática, muito mais complexa. Os outrora muito estudados delitos de furto, roubo, descaminho, dentre outros, hoje já não merecem a mesma atenção, muito embora continuem ocorrendo com muita frequência, frequência aliás cada vez maior.

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi apresentado no Instituto de Direito Penal Econômico Europeu como requisito para obtenção de título.

<sup>2</sup> É mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (RJ) e professora em cursos de Graduação e Pós-Graduação na Universidade Candido Mendes, Centro Universitário da Cidade e Gama Filho.

Contrapondo-se a isso, o mundo de grandes corporações tem demonstrado a prática de crimes muito mais sofisticados, uma vez que seus autores são pessoas dotadas de alto nível sócio-econômico-cultural. Nessa perspectiva, o legislador tenta acompanhar o desenvolvimento desses conflitos, mas no afã de resolver as problemáticas de maneira rápida, acaba por pecar ao não estabelecer de modo preciso os limites da conduta proibida, ao incriminar coisas permitidas na Constituição, e ao querer legitimar uma máxima punição sem o devido fundamento.

De acordo com o princípio da legalidade a lei deve ser clara e precisa, de modo que não reste dúvida quanto ao conteúdo da proibição. Evidentemente que o legislador deve deter os conhecimentos para dispor de maneira técnica sobre determinados temas. Muitas dessas questões são econômicas e, para isso o legislador deveria recorrer, sempre que necessário, a especialistas na área, sob pena de criminalizar banalidades corriqueiras e coisas inofensivas ao sistema nacional.

A maior contradição é que, a pretexto de proteger o sistema financeiro, o legislador acaba por fazer criminalizações estapafúrdias que violam por vezes até mesmo o bom senso.

À luz do princípio acima mencionado, legalidade não é só prever, é definir o conteúdo da conduta incriminada.

O objeto do presente trabalho é, após traçar breves linhas sobre o princípio da legalidade, comprovar que a lei de crimes contra o sistema financeiro nacional não define o que é gestão temerária, quando assim o deveria.

## **O Direito Penal Econômico**

Na valiosa lição do mestre **Manoel Pedro Pimentel** “torna-se mais fácil conceituar o direito penal econômico como o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 10.

Já **Miguel Bajo** e **Silvina Bacigalupo** definem em sentido estrito delito econômico como sendo “ a infração jurídico-penal que lesiona ou põe em perigo a ordem econômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país” e em sentido amplo “aquela infração que, afetando a um bem jurídico patrimonial individual, lesiona ou põe em perigo, em segundo lugar, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços<sup>4</sup>.

De acordo com **Aftalión**, o capitalismo do século XX foi superado, surgindo novas relações capital/trabalho, sendo certo que o nascimento das empresas, dos investidores anônimos, as novas posições do mercado financeiro, a complexa interação dos fatores do mercado econômico, dentre outros, tornou necessária a ajuda do estado com medidas de proteção, surgindo paulatinamente a intervenção estatal e o dirigismo econômico<sup>5</sup>.

No que diz respeito à criminalidade econômica, não pode ficar excluída a influência da planificação econômica em um sistema de livre mercado e é certo que a burocratização do sistema econômico estimula comportamentos delitivos<sup>6</sup>.

O impacto da crise nos últimos anos tem dado força aos argumentos favoráveis a criminalização nessa área. A crise tem refletido no ramo do direito penal que ora se trata de maneira análoga a reinvidicação de lei e ordem no direito penal em geral. Tal fato tem estimulado, de maneira muitas vezes afoita, a criminalização como forma de dar uma resposta aos problemas em matéria econômica<sup>7</sup>.

Segundo com o ilustre professor **Eduardo Correia**, não obstante inúmeros congressos, mesas redondas, conferências, artigos, dentre outros, sobre o tema, os

---

<sup>4</sup> BAJO, Miguel, BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., s. d, p. 14-15. Sobre os conceitos estrito e amplo do direito penal econômico ver também PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal Económico*. Parte general. Valência: Tirant lo blanch, 1998, p. 89-118.

<sup>5</sup> AFTALIÒN, Enrique *apud* PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Económico*, p. 8.

<sup>6</sup> DEL VALLE, Carlos Pérez. Introducción al Derecho Penal Económico. Dir. Enrique Bacigalupo. In: Curso de derecho penal económico. Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 21. Ademais é importante ressaltar a dispersão das normas penais econômicas que se encontram dispostas em leis especiais diversas. O autor argentino Juan María Rodríguez Estévez destaca o mesmo fenômeno na Argentina ver ESTÉVES, Juan María Rodríguez. *El derecho penal en la actividad económica*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2000, p. 73-74.

<sup>7</sup> COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 348-349.

problemas continuam em larga medida sem solução. O problema também é quanto a designação, tendo em vista que uns falam em direito penal econômico ou da economia, direito penal econômico (França), crimes contra a economia popular (Alemanha), na América do Norte sob a influência de Sutherland, criminalidade do colarinho branco, outros criminalidade ocupacional (Clinard e Quinney) e outros ainda criminalidade das corporações e, por derradeiro, direito penal dos negócios das empresas (parte da doutrina francesa)<sup>8</sup>.

A própria legitimidade, extensão e existência do direito penal econômico é posta em cheque e, destaque-se, o lançar mão da aparelhagem econômica para reprimir condutas chamadas antieconômicas constitui uma **HIPERCRIMINALIZAÇÃO CONTRÁRIA ÀS IDÉIAS QUE A POLÍTICA CRIMINAL MODERNA APONTA**. Os rumos seguidos acabam por implicar em cobertura para uma perigosa direção da vida econômica que contraria o livre exercício das atividades econômicas. O sinuoso caminho desconsidera o risco da atividade empresarial que muitas vezes implica na tomada de decisões equivocadas<sup>9</sup>.

De acordo com os eméritos professores **Jorge de Figueiredo Dias** e **Manuel da Costa Andrade** a edificação do socialismo é a história da luta contra o crime econômico<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> CORREIA, Eduardo. *Introdução ao Direito Penal Económico*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 295-296.

<sup>9</sup> CORREIA, Eduardo. *Introdução ao Direito Penal Económico*, p. 296-297. De acordo com Manoel Pedro Pimentel “ Os delitos económicos atentam contra a política do estado, no complexo das relações existentes no mundo dos negócios, através de atividades das pessoas físicas ou jurídicas que, direta ou indiretamente, intervêm nos fatos que objetivam a realização dessa política. Os crimes financeiros mais particularmente, são atentados contra os bens ou interesses ligados às finanças públicas, isto é, a aplicação das rendas públicas, sua distribuição interna e externa, a execução do orçamento e as suas implicações, bem como a utilização dos meios de troca. Finalmente, os delitos tributários, radicados na área do Direito Tributário, atentam contra a boa execução da política tributária do estado, aspecto ainda mais restrito das finanças públicas, objetivando a imposição e a arrecadação dos tributos que se convertem na parte mais importante da receita orçamentária” (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Introdução ao estudo do direito penal tributário*. In: REALE, Miguel (Dir). *Ciência Penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, n. 2, 1974, p. 56-57.

<sup>10</sup> Acrescentam que as primeiras leis da Revolução de 1917 se dirigiam aos contra-revolucionários e sabotadores, numa luta que se prolongaria contra a resistência dos *Kulaks* e a sabotagem nas unidades industriais. Concluem fazendo menção ao fato de que nas atribuições das polícias que visavam a defesa do regime tinha lugar de relevo **a luta contra a sabotagem econômica**. Ver DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manoel da Costa. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 320.

Não há como haver desenvolvimento da economia de mercado se os empresários estiverem contidos por amarras por demais apertadas, nem se estiverem agindo com pânico do MONSTRO DIREITO PENAL.

Nos últimos anos, no Brasil, temos observado um fenômeno de demonização da atividade econômica. Empresários muitas vezes são presos e processados por práticas totalmente aceitas no mercado (operações *day trade*, compra de ativos por parte de empresas do mesmo grupo, aplicações em fundos de alto risco, etc.) que são criminalmente interpretadas por profissionais do direito que não tem a menor idéia do que são operações financeiras e comerciais. Uma vez que a prisão ou processo desse empresário é exposta em cadeia nacional dificilmente ele volta ao mercado, mas como se não fosse esse fenômeno individual, todos os demais ficam aterrorizados e, a prosperar esse tipo de atitude, o mercado ficará cada vez menos criativo e retraído, o que repercute, por óbvio no próprio desenvolvimento do Brasil.

Com isso, não estamos pregando que sejam permitidas toda e quaisquer condutas na atividade empresarial e sim que sejam criminalizadas somente aquelas que excedem o limite da razoabilidade da atividade, mesmo assim, que a criminalização seja clara e precisa de modo que não haja controvérsia. Abaixo a generalização de crimes econômicos, as cláusulas gerais e a proliferação de previsão de condutas criminalizadas.

A subsidiariedade do direito penal econômico em relação a outras formas de repressão a violações do direito econômico tem sido totalmente desconsiderada.

O já citado **Manoel Pedro Pimentel** chama atenção para o fato da alegação de que esse ramo necessita de maior agilidade na defesa dos bens e interesses objetivados não pode justificar a quebra dos princípios gerais do direito penal, em especial o da Reserva Legal e da Responsabilidade Subjetiva<sup>11</sup>.

A expressão até hoje utilizada “colarinho branco” foi utilizada por **Sutherland**<sup>12</sup> na acepção dada no livro do outrora presidente da General Motors, Albert Sloan em conjunto com Boyden Sparkes, em relação aos altos executivos e homens de negócios, que eram por eles chamados “white collar man”. Daí passou a utilizar as

---

<sup>11</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*, p. 15.

<sup>12</sup> Sutherland (1883-1950) observou diretamente o crescimento da cidade de Chicago, caldeirão de experiências pelo rápido crescimento espacial e demográfico, tendo inclusive sido contemporâneo do famoso mafioso Al Capone. O último se notabilizou, dentre outras coisas, por ter transformado o hotel cinco estrelas Levingston em sede do seu quartel-general e acabou sendo preso por sonegação fiscal.

expressões “criminoso do colarinho branco” e “crimes de colarinho branco”, desde o ano de 1939, onde proferiu a palestra intitulada “O delinquente de colarinho branco”<sup>13</sup>.

**Sutherland** demonstrou que nem a pobreza, nem fatores biológicos<sup>14</sup> e sociais apareciam nesse tipo de conduta que era praticado por pessoas de respeitabilidade e de *status social* alto no curso de sua ocupação. Ele chamava atenção para o fato de a persecução ser complexa, dificultosa e de escasso êxito devido ao fato de que são vistas como condutas triviais<sup>15</sup>.

Todavia, há que se ter cuidado para não generalizar e não estereotipar aqueles que se encontram nessa posição. Temos que ter cuidado com os rótulos e não somente os rótulos colocados nos pobres que são vítimas permanentes do sistema, mas também o que atualmente se procura atribuir aos ricos que desenvolvem determinado tipo de atividades.

Em termos gerais, a população não reage automaticamente com estigma e distância social daqueles que cometem infrações econômicas, uma vez que, em geral, essas pessoas representam um modelo de sucesso e, por tal motivo, tenta-se recorrer ao direito penal econômico para emprestar carga ética a essas infrações, até porque ele vem acompanhado de uma série de emoções<sup>16</sup>.

O fato de eles terem uma resistência maior à estigmatização e de mais facilmente passarem pelo processo de *delabelling* (criminologia interacionista)<sup>17</sup>, não pode ser motivo para legitimar crimes e penas em descompasso com os ditames constitucionais.

---

<sup>13</sup> ALLER, Germán. White collar crime. Edwin H. Sutherland y el delito de cuello blanco. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, n. 6, feb. 2005, p. 17. É importante ressaltar que a sociologia já utilizava a expressão *white collar* (colarinho branco) para designar os trabalhadores não braçais em contraposição a *blue collar* que designava os trabalhadores de macacão. (TORON, Alberto Zacharias. Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos? *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RT, n. 28, out/dez de 1999, p. 75.

<sup>14</sup> O positivismo, dominante até então, buscava explicar o criminoso através de fatores biológicos. Ver Lombroso, Ferri, Garófalo e no Brasil Nina Rodrigues, dentre vários outros. Sutherland teve um importante papel ao quebrar determinados mitos, tais como de que a criminalidade se agrupava em determinados segmentos da sociedade, que o criminoso tinha traços biológicos identificáveis a olho nu, etc...

<sup>15</sup> ALLER, Germán. White collar crime. Edwin H. Sutherland y el delito de cuello blanco. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, n. 6, feb. 2005, p. 17-19.

<sup>16</sup> COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. *In: Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 348.

<sup>17</sup> COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico, p. 360.

Aliás o professor **Zaffaroni**, ao falar da co-culpabilidade (Mit-Schuld) alerta para o risco habilitar mais poder punitivo às classes hegemônicas podendo conduzir a um direito penal de classes.<sup>18</sup>

Destaque-se que **Zaccharias Toron** já alertou para a impressão de que se cultiva “uma ideologia de a hora e a vez da burguesia na polícia”. E o que outrora se combateu como opressão dirigida às classes menos favorecidas não pode agora vir legitimado e aplaudido como se fosse a democratização do direito penal que agora também atinge os ricos<sup>19</sup>.

O fato de a persecução, nesse tipo de crime, ser complexa não pode legitimar uma série de absurdos e a generalização da criminalização por supostos crimes de colarinho branco.

Tal generalização tem tido repercussão na esfera processual, uma vez que as denúncias ofertadas pelos membros do Ministério Público tem sido absolutamente sucintas e o fato é descrito de maneira altamente superficial. O crime é imputado de maneira vaga e imprecisa, mormente o crime sobre o qual iremos discorrer.

Os princípios processuais também são subvertidos, uma vez que acaba ocorrendo a completa inversão do ônus da prova, a defesa acaba por ter que provar que o imputado não cometeu o crime, o que constitui um grande despropósito.

De acordo com **Leonardo Augusto Marinho Marques** “como a exposição superficial do fato se repete nas alegações finais, o pedido de condenação acaba sendo sustentado com base em diversas presunções, que nunca são confirmadas em juízo, por culpa exclusiva da omissão do ministério público na produção da prova”<sup>20</sup>.

As máquinas de denunciar estão soltas e mecanicamente fazem o que foram programadas para fazer, sem questionar, sem maiores esclarecimentos e delongas, depois, se for o caso, o juiz não receberá a denúncia ou absolverá ao final e estaria supostamente resolvido o problema. Afinal, as autoridades públicas não respondem por denúncias ineptas, vagas, imprecisas e sem qualquer justa causa, como aliás será abordado adiante.

---

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. Trad. Daniel Raizman e Fernanda Freixinho. In: *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan, ano 9, n. 14, p. 36.

<sup>19</sup> TORON, Alberto Zacharias. Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RT, n. 28, out/dez de 1999, p. 74.

<sup>20</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Imputação genérica e renúncia à prova nos crimes tributários. *Revista dialética de direito tributário*. São Paulo, n. 129, junho, 2006, p. 90.

Causa estranheza que essas denúncias vagas e genéricas sejam recebidas por autoridades judiciárias, uma vez que não preenchem os requisitos legais do artigo 41<sup>21</sup> do Código de Processo Penal.

O juízo de admissibilidade da demanda também é burocrático e sem fundamentação, acabando por transformar uma decisão, que tem o cunho de submeter o cidadão às mazelas de um processo penal em um mero despacho e, portanto, sem qualquer fundamentação.

A emergência acima citada tem levado à busca de soluções alternativas, como as contra-ordenações em Portugal, o sistema de ilícito administrativo na Itália, dentre outros.

Fora isso não podemos deixar de considerar que o direito penal econômico é, por sua natureza, conjuntural e pontual. Assim é que a situação de conjuntura em que se desenvolvem os negócios pode propiciar o surgimento de novos delitos nessa área<sup>22</sup>.

### 3

## O Princípio de legalidade

O ilustre **Welzel** chama atenção para o fato de que o Princípio *Nulla poena (nullum crimen) sine lege* não é um princípio jurídico-romano. Foi alheio a época imperial romana e ao direito de justiniano, tendo sido igualmente desconhecido no antigo direito germânico, embora tenha aspirado a delitos precisos e claros. Somente na época da Ilustração, na luta contra as arbitrariedades judiciais e da autoridade se impôs o princípio *nulla poena sine lege*. Invocando-se a Magna Carta *libertatum* se proclamou na Constituição Norte-americana de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem de 1789<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Art. 41, CPP: “ A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

<sup>22</sup> CORREIA, Eduardo. Notas críticas a penalização de actividades económicas. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 367.

<sup>23</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Busto Ramírez e Sérgio Peres. Santiago: Jurídica de Chile, 1993, p. 23-24. Aliás, Von lizt chama a atenção para o fato de que no império romano, em contraposição ao direito vigente na época das *Quaestiones*, permitia ao juiz impusesse penas *ad exemplum legis*. Na idade média, o “inventor da sentença” hauria o preceito de suas convicções (LIZT, Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hígino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, p. 133).

Nas precisas palavras do ilustre professor **Nilo Batista** “ por um lado resposta pendular aos abusos do absolutismo e, por outro, afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal. Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo<sup>24</sup>.

De acordo com **Nelson Hungria**, a Magna Carta inglesa já trazia a idéia de legalidade, consagrando a vedação a analogia em *malam partem*<sup>25</sup>. Posteriormente John Locke desenvolveu a idéia de limitação dos poderes estatais que depois foi tão bem estudada por Montesquieu em seu *Espírito das Leis*<sup>26</sup>. É atribuído ao último o conceito de liberdade como fazer tudo o que as leis permitirem. Conforme Montesquieu, o juiz deve limitar-se a ler a lei e aplicar-lhe fielmente o texto e, a divisão de poderes, seria a garantia da liberdade individual<sup>27</sup>.

Tal princípio encontrou amparo na magnífica obra contratualista de **Beccaria** que dizia que só as leis poderiam fixar as penas de cada delito e que somente o legislador tinha o direito de fazer as leis penais. Segundo ele, os juízes não tinham o direito de interpretar as leis, pelo fato de não serem legisladores. Não haveria nada mais perigoso que consultar o espírito da lei, pois isso seria abandonar as leis à torrente das opiniões. Cada homem teria sua maneira própria de ver e o mesmo homem em diversas épocas veria diversamente os mesmos objetos. Tais inconvenientes deveriam obrigar o legislador a corrigir a lei equívoca, mas seguindo a letra da lei, não se temerá os raciocínios perniciosos, nem a licença de a tudo explicar de maneira arbitrária e às vezes venal<sup>28</sup>.

Na realidade, a primeira a preceituar que nenhum homem livre poderia ser punido sem lei, foi a Magna Carta Inglesa de 1215, mas coube à Revolução Francesa, com as pregações doutrinárias que a precederam a glória de ter efetivamente incorporado o

---

<sup>24</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1993, p. 65.

<sup>25</sup> “Nullum liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exelutur aut aliqui modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mitemus nisi per legalem iudicium parium suorum vel per lege terrae” HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 34

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'Esprit des Loies*. Liv. XI, cap. VI *Apud* HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 34.

<sup>28</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Prefácio de Evaristo de Moraes. Trad. Paulo Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 28-31.

referido princípio às cartas políticas e códigos de todo o mundo. Apareceu na declaração dos direitos do homem e do cidadão e veio a figurar no código Francês de 1791 e depois teve enorme irradiação<sup>29</sup>.

Nem mesmo o positivismo penal, o rechaçou, tendo em vista que Ferri assevera que a Escola Clássica, reagindo contra os abusos medievais, pelos quais os cidadãos podiam ser também condenados por ações não expressamente proibidas em lei, teve a missão histórica de reivindicar e assegurar as garantias dos cidadãos nas leis penais e processuais. Acrescenta que todo cidadão deve saber quais as ações proibidas e ter a faculdade de realizar todas aquelas que não são proibidas e nesse particular estaria a principal distinção entre direito e moral<sup>30</sup>.

De acordo com **Costa e Silva**, Ihering dizia que só em parte podia ser defendido o princípio da reserva legal e Beling teria ido ao extremo dizendo que este dogma não teria na realidade coisa alguma que o justificasse<sup>31</sup>.

A origem do princípio da legalidade remonta a inauguração do constitucionalismo, sendo certo que, na esfera do direito penal, foi cunhado por Feuerbach<sup>32</sup> (1775-1833) através de três máximas latinas, quais sejam *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*, *nullum crime sine poena legali*.

O Brasil, desde a Constituição de 1824<sup>33</sup>, com algumas alterações na redação tem adotado o referido princípio. Atualmente é consagrado no art. 5, XXXIX<sup>34</sup>, da Constituição, bem como no art. 1 do Código Penal<sup>35</sup>.

No Brasil, o ilustre jurista e filósofo imperial, **Tobias Barreto**, tido como o homem mais avançado de seu tempo<sup>36</sup>, surpreendentemente em sua obra *Menores e loucos*,

---

<sup>29</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Vol. I, tomo I. São Paulo: Max Limonad, s. d., p. 136.

<sup>30</sup> FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 142-143.

<sup>31</sup> COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930, p. 2.

<sup>32</sup> Paulo João Anselmo Feuerbach era pai do renomado filósofo Ludwig Feuerbach.

<sup>33</sup> Art. 179, II “ninguém será sentenciado senão por autoridade competente e em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita”

<sup>34</sup> “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

<sup>35</sup> “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Nos textos anteriores: Art. 1 do Código de 1830 “Não haverá crime ou delicto (palavras sinonimas neste Código) sem uma lei anterior que o qualifique. No Código de 1890, art. 1 “Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com as penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva, por analogia, ou paridade, não é admissível para qualificar crimes ou aplicar-lhes penas”.

posicionava-se a favor da aplicação da analogia no direito penal, criticando o aforismo de Feuerbach.

Considerava, ainda, que representaria um erro afirmar que o direito criminal só admite interpretação restritiva. Tal consistiria numa velha parêmia, um *anexim* decrépito. Discorda da alegação costumeira de que a interpretação ampliativa no direito criminal teria por conseqüência pôr em perigo a liberdade do cidadão, entregue à mercê do capricho do julgador, fundamentando-se em Rosshirt<sup>37</sup> ao dizer que a liberdade deve ser protegida por outro modo, que não o simples respeito à letra da lei, porquanto onde a integridade e independência dos juízes soberanos não é garantia de justiça, a lei transforma-se em um instrumento na mão dos sabidos<sup>38</sup>.

Julgamos a opinião de Tobias, nesse particular totalmente equivocada, pois permiti-la no direito penal, traz, como resultado, deixar o cidadão dependente do arbítrio do poder judiciário, que, como notório, por muitas vezes, comete os maiores desatinos. Pobre do cidadão relegado ao capricho de um juiz reacionário.

Mas, tendo em vista o dinamismo do conjunto de sua obra, em “Prolegômenos” afirma a vigência do princípio de legalidade, omitindo as considerações que fizera sobre a analogia nos trabalhos anteriores<sup>39</sup>. Da mesma forma, no seu *Comentário Teórico e Crítico ao Código Criminal Brasileiro*, onde defende a exigência de uma lei preexistente como condição formal do crime<sup>40</sup>.

De acordo com **Nelson Hungria**, citando Von Litz, os Códigos Penais modernos, embora paradoxalmente são a *Magna Charta Libertatum* dos delinqüentes, tendo em vista que o princípio central de quase todos eles é o da legalidade rígida, o que

---

<sup>36</sup> As considerações sobre o princípio da legalidade na obra de Tobias Barreto são fragmentos da dissertação de mestrado da autora do presente trabalho intitulada “O apelo de modernidade na obra de Criminologia e Direito Penal de Tobias Barreto”.

<sup>37</sup> Nasceu em 1793, em Bamberg; morreu em 1873, professor em Heidelberg.

<sup>38</sup> BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro: Record; Aracajú, SE: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, p. 42.

<sup>39</sup> Vide BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro: Record; Aracajú, SE: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, p. 99 e ss.

<sup>40</sup> BARRETO, Tobias. *Comentário Teórico e Crítico ao Código Criminal Brasileiro*. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: Record; Aracajú, SE: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, p. 166 e ss.

não é proibido é permitido<sup>41</sup>. Atualmente são considerados a Magna Carta do Cidadão, tendo em vista que levando-se em conta o princípio da presunção da inocência o juiz nunca tem diante de si um delinqüente, uma vez que ninguém pode ser assim considerado, enquanto não haja uma sentença condenatória transitada em julgado<sup>42</sup>.

O princípio da legalidade, antes de mais nada, é um princípio político-liberal, pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do estado. Tanto é assim que na Revolução francesa foi adotado de maneira explícita e foi repudiado na Rússia soviética e na Alemanha hitleriana. Inclusive o penalista russo Anossow procurava fundamentar a abolição do princípio aduzindo que o direito não teria a mobilidade da vida, mas que isso não seria razão para que fatos perigosos ficassem impunes por falta de um adequado artigo no Código Penal<sup>43</sup>.

Temos a sorte de que tais pensamentos não prosperaram.

Segundo **Nilo Batista** “o princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire a segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo o estado” que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni”<sup>44</sup>.

A lei penal se expressa através de palavras e, por óbvio, elas não podem ser totalmente precisas, mas nem por isso o princípio da legalidade deve ser posto de lado, ao contrário deve o legislador esgotar todos os recursos técnicos para dar a maior exatidão possível a sua obra. Não é suficiente que a criminalização primária seja formalizada em lei, mas sim que ela seja feita de maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, nos termos do princípio da máxima taxatividade legal. A arbitrariedade pode ser produzida na própria cominação legal. Quando o legislador remete a conceitos vagos ou valorativos de duvidosa precisão só existem duas opções: (i) declarar a inconstitucionalidade da lei ou (ii) aplicar o princípio da máxima taxatividade interpretativa<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> HUNGRIA, Nelson. Ob. cit., p. 14.

<sup>42</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 1999, p. 46.

<sup>43</sup> HUNGRIA, Nelson. Ob. cit., p. 14.

<sup>44</sup> BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 67.

<sup>45</sup> ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 206-207. Ver

De acordo com **Assis Toledo** “a existência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”<sup>46</sup>.

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade fica seriamente comprometida se as normas que definem crimes não dispuserem de “clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos e vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou ambíguos, é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso”<sup>47</sup>.

Inclusive a Constituição da República Federal da Alemanha, em seu artigo 103, dispõe sobre a proibição de o legislador valer-se de leis penais imprecisas, nas quais a descrição típica seja de tal forma indeterminada que possa dar margem à dúvidas intoleráveis sobre o que seja ou não proibido<sup>48</sup>.

**Enrique Cury** também destaca a violação ao princípio da legalidade concernente na formulação típica genérica. Segundo ele, para ludibriar o princípio da legalidade basta que o legislador formule as leis penais de maneira tão imprecisa, de modo que o cidadão, ainda que conheça o seu conteúdo, não saiba exatamente o que se está mandando ou proibindo. Nessa hipótese ainda que o *nulla poena sine lege praevia* permaneça aparentemente incólume não se presta às funções de garantia e advertência que lhe estão confiadas, não obstante o respeito com que observem os juízes a proibição de analogia. Por isso, conclui ser indispensável que a descrição tenha contornos definidos capazes de delimitar com a maior clareza possível os limites do proibido e o permitido (ou pelo menos penalmente indiferente)<sup>49</sup>.

---

também ZAFFARONI, E. Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 95- 108.

<sup>46</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29.

<sup>47</sup> BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 78. Batista assevera ainda que legislações penais voltadas à repressão de dissidentes políticos escolhiam o caminho de violação ao princípio da legalidade para legitimar as perseguições e que, no Brasil, as leis de segurança nacional tinham vários tipos penais violadores e isso não era por acaso.

<sup>48</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Crime de gestão temerária. In: *Problemas penais concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 14.

<sup>49</sup> CURY, Enrique. *La ley penal em blanco apud* REALE JÚNIOR, Miguel. *Problemas penais concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 14-15.

Na época do império brasileiro, ao discorrer sobre o princípio da legalidade, já bradava em alto e bom som o ilustre Jurista **Braz Henrique Florentino de Souza** “longe pois de nós as leis de duas caras”<sup>50</sup>.

De acordo com **Ferrajoli**, a função garantista do princípio da legalidade estrita reside no fato de os delitos serem previamente e de maneira taxativa determinados pela lei. Segundo ele, as doutrinas substancialistas, que proliferaram com a reação anti-ilustrada do século XIX inspiraram, no melhor dos casos, modelos de legalidade atenuada, caracterizados por figuras delitivas elásticas e indeterminadas, por espaços de fato, quando não de direito, abertos a analogia *in malam partem*<sup>51</sup>.

Já advertia **Welzel** que era bastante difícil saber quando a punibilidade estava legalmente determinada e o verdadeiro perigo que ameaçava o princípio não vinha a partir da analogia e sim de leis penais indeterminadas. A descrição típica tem que ser tão clara e determinada que o juízo de antijuridicidade do legislador seja assinalado imediatamente através dela. Características normativas do tipo demasiado gerais anulam essa função do tipo. O princípio da determinabilidade legal da punibilidade sofre uma considerável restrição nos tipos abertos<sup>52</sup>.

Desde 1982, em Colóquio da AIDP organizado pela República Federal da Alemanha, sobre a problemática dos crimes contra a economia, em uma perspectiva exclusivamente dogmático-jurídica, ficou dentre as resoluções do colóquio que “o direito penal económico deve, na medida do possível, evitar as cláusulas gerais. Sempre que se utilizem cláusulas gerais deve, pelo menos a conduta proibida, ser rigorosamente descrita”<sup>53</sup>.

De acordo com **Enrique Bacigalupo**, a exigência de lei certa também tem sido apreciada pelos tribunais constitucionais. O tema segundo ele é muito complicado, pois se pensa que a legislação moderna se caracteriza por uma fuga do legislador em cláusulas gerais ou de resignação, tanto do legislador, quanto da ciência e da prática no que

---

<sup>50</sup> SOUZA, Braz Florentino Henriques. *Lições de direito criminal*. Recife: Livraria Económica e José Nogueira de Souza, 1872, p. 4.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madri: Trotta, 1995, p. 376.

<sup>52</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. por Juan Busto Ramírez e Sérgio Peres. Santiago: Jurídica de Chile, 1993, p. 27-28.

<sup>53</sup> COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico, p. 363.

se refere às dificuldades que eclodem da realização desse aspecto do princípio da legalidade. Segundo ele, uma prova disso seria a jurisprudência alemã, tendo em vista que o Tribunal Constitucional Federal Alemão não teria declarado nenhum dispositivo penal como insuficientemente determinado e preciso, nos termos das exigências do princípio da legalidade, tampouco teria a jurisprudência espanhola<sup>54</sup>.

O Tribunal Constitucional Espanhol, em termos teóricos já firmou o seguinte entendimento: “O princípio da legalidade impõe ao julgador o dever de conformar os preceitos legais que condicionam a aplicação de sanções, sobre tudo quanto se trata de sanções criminais, de tal maneira que dele se desprenda com a máxima claridade possível qual é a conduta proibida e a ação ordenada” e em outro julgado que o princípio da legalidade supõe “a programação de seus comportamentos sem temor a interferências imprevisíveis do ordenamento sancionador do Estado<sup>55</sup>. Todavia, o próprio **Bacigalupo** reconhece que nos casos concretos essas premissas tiveram reduzida influência sobre os julgados.

Uma vez ultrapassada a “fase de opção” do legislador acerca da criminalização ou não de determinados fatos, vem a “fase de definição” do que pretende regular. Definir é realizar um processo de classificação, efetuando um processo teórico visando a estruturar coisas, objetos ou dados levando em conta certas prioridades comuns. Muitas vezes, as características de um rótulo já estão valoradas pela cultura geral, como é o caso de mulher, sepultura, morte, cadáver. Nesse caso, o legislador ao valer-se de tais termos não se preocupa em elucidar o seu conteúdo, uma vez que ele preexiste na linguagem popular. Contudo, muitas vezes, o termo não se encontra pré-classificado<sup>56</sup>.

Feitas essas considerações, no próximo item analisaremos as violações ao princípio constantes no artigo em estudo.

---

<sup>54</sup> BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 63.

<sup>55</sup> STC 159/86, fundamento jurídico 4 e STC 133/87 in BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 63 e 64.

<sup>56</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico Aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 146-152.

### Do crime de gestão temerária

A lei 7.492/86, no seu artigo 4, assim dispõe:

Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena – Reclusão de 3 a 12 anos e multa.

Parágrafo único. **Se a gestão é temerária:**

Pena – Reclusão de 2 a 8 anos e multa.

A lei de economia popular (1.521/51) já tratava dos crimes de gestão fraudulenta e temerária, embora sem fazer distinção, nem com relação às penas, entre as duas modalidades de gestão.

A conduta descrita no *caput* do art. 4 é a de gestão fraudulenta. Gerir é administrar, dirigir, reger, comandar. A gestão para ser considerada fraudulenta deve ser cercada por condutas desleais, ardilosas, com o fito, via de regra, de obter vantagem indevida para si ou para outrem.

Todavia, o objeto do presente trabalho é a gestão temerária que segundo **José Carlos Tórtima**, é a atuação potencialmente ruínosa dos gestores da instituição financeira, com a plena assunção dos riscos de tal maneira de agir (dolo eventual)<sup>57</sup>.

Assim, mister se faz esclarecer que a lei 7492/86, no seu artigo 1, define instituição financeira, *in verbis*:

“Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (vetado) de terceiros, em moeda nacional ou

---

<sup>57</sup> TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 34.

estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”<sup>58</sup>.

O mestre **Manoel Pedro Pimentel** conceitua a gestão temerária como sendo aquela que caracteriza-se pela abusiva conduta, que ultrapasse os limites da prudência, arriscando-se o agente além do permitido, mesmo a uma pessoa arrojada<sup>59</sup>.

O bem jurídico afetado ou exposto a perigo é a estabilidade e solidez do sistema financeiro nacional, bem como o patrimônio dos investidores e o próprio mercado financeiro.

Ocorre que a forma singularmente vaga e abrangente adotada pelo legislador, em especial, no parágrafo único propicia grande insegurança jurídica na aplicação de tais normas<sup>60</sup>.

Tal tipo penal é extremamente aberto de modo que não fica bem delineado o conteúdo da conduta proibida. Não pode o legislador deixar a critério do juiz a definição do que é ou não gestão temerária. Temerária é um elemento normativo do tipo e tais elementos enfraquecem a certeza do tipo penal.

A indeterminação, somada à generalidade, conduz obrigatoriamente a dúvidas quanto ao conteúdo do proibido e do permitido, fazendo com que a criação judicial, na complementação do enunciado vazio, é que fixe efetivamente o que é atípico e o que é típico<sup>61</sup>. Ora isso é conferir ao juiz poderes legislativos.

Uma lei indeterminada permite a um juiz coerente, em dadas situações, a maior proximidade possível dos valores de justiça enumerados em nosso ordenamento constitucional, mas a um juiz incoerente um afastamento brutal<sup>62</sup>.

O dispositivo em estudo é inconstitucional, sendo certo que o conceito de temerária é indeterminado e indeterminável.

---

<sup>58</sup> De acordo com o parágrafo único do artigo acima mencionado “equipara-se à instituição financeira: I. a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou de recursos de terceiros; II. A pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual”

<sup>59</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional. Comentários a lei 7.492/86*. São Paulo: RT, 1987, p. 51.

<sup>60</sup> TORTIMA, José Carlos. *Ob. cit.*, p. 30.

<sup>61</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Ob. cit.*, p. 15.

<sup>62</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Ob. cit.*, p. 146-152.

A elementar temerária pode ser utilizada de maneira a permitir o império do arbítrio em decisões judiciais, tamanha a sua imprecisão.

De acordo com **Roberto Podval** não há na legislação penal qualquer referência ao que venha a ser uma gestão temerária, tratando-se de uma figura tipicamente aberta e absolutamente indefinida em afronta ao princípio da reserva legal. A flexibilização de princípios constitucionais não deve ser aceita, mesmo tendo como fundamento motivos justificáveis, sob pena de grande insegurança social<sup>63</sup>.

Mas essa discussão já veio à tona antes, como muito bem destacado, pelo professor **Cezar Roberto Bitencourt** e, na ocasião, o Ministério Público, através de sua associação nacional, entendeu que a expressão **temerariamente** não tinha sentido determinado. A única diferença era que o *parquet* assim se manifestou quando ele poderia ser sujeito ativo da conduta, tendo em vista que a discussão foi por conta da MP 2.088-35, conhecida como lei da mordaza. Essa MP acrescentava o inciso VIII<sup>64</sup> ao artigo 11 da lei 8.429/92. Nessa situação manifestou-se o órgão de que suas funções poderiam ser postas em risco, dada a ambigüidade de “temerariamente”<sup>65</sup>.

Em síntese, quando o temerariamente pode colocar em risco uma instituição como o Ministério Público é impreciso, mas não o é para o reles mortal ao qual pode ser imputado o crime de gestão temerária, o que viola também outro princípio, o da isonomia.

Como mais uma vez assevera **Cezar Roberto Bitencourt** inclusive os dois anteprojetos de Reforma da parte especial do Código<sup>66</sup> modificam o crime de gestão

---

<sup>63</sup> PODVAL, Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional. In: Leis penais e sua interpretação jurisprudencial. Vol., São Paulo: RT, 2002, p. 828.

<sup>64</sup> “Instaurar temerariamente inquérito policial ou procedimento administrativo ou propor ação civil, criminal ou de improbidade imputando a outrem fato de que o sabe inocente”.

<sup>65</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, SCHMIDT, Andrei Zenkner. Ob. cit., p. 152.

<sup>66</sup> Art. 390 “ Gerir fraudulentamente instituição financeira ou entidade integrante do sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários, levando-as à insolvência ou à liquidação extrajudicial, ou temerariamente, assumindo tal risco”. O texto mencionado foi publicado através da Portaria MJ n. 790 de 27.10.87. Já o outro anteprojeto, a cargo do ministro Evandro Lins e Silva previa a conduta de maneira muito bem delimitada art. 404 “Expor instituição financeira ao perigo de liquidação forçada, mediante a prática de qualquer dos seguintes atos de gestão **temerária**: I. realizar operação ativa ou passiva, arriscada, de pura especulação ou de mero favor de que resulte perda elevada; II. aprovar políticas ou operações, ativas ou passivas, que violem normas legais ou regulamentares sobre diversificação de riscos, limites operacionais e de imobilização: III. contratar operação de crédito sem exigir as garantias prescritas em lei ou regulamento; IV. realizar despesas gerais ou imobilizações excessivas em relação à escala e aos resultados operacionais de entidade financeira: V pagar juros notoriamente superiores aos legais ou empregar qualquer meio ruinoso, para obter recursos e retardar a decretação da liquidação forçada”.

temerária e especificam taxativamente as condutas abrangidas pelo tipo, o que só comprova a necessidade de mudança do texto<sup>67</sup>.

Segundo **Miguel Reale Júnior** “todos esses modos de construção do modelo jurídico-penal constituem meios de violação do caráter garantidor-político do tipo penal, pondo-se além da natural indeterminação das expressões linguísticas, para cair na mais plena vacuidade<sup>68</sup>.

Ocorre que a gestão pode ser supostamente temerária, mas trazer lucros para a instituição e nesse caso como ficaria a atuação do direito penal? A questão já foi enfrentada por **Manoel Pedro Pimentel**, segundo o qual a gestão pode ser temerária, mas bem sucedida, trazendo vantagens para a empresa. A lei de economia popular somente considerava crime a gestão temerária se trouxesse prejuízo aos interessados. A lei atual não fez distinção<sup>69</sup>.

A lei de economia popular (lei 1521/51) em seu art. 3, IX, exigia que as instituições fossem levadas à falência ou à insolvência, mas a lei atual suprimiu do tipo tal exigência, dando mais incerteza a figura típica. Segundo **Antonio Rodrigues Silva** “deixou de traçar os contornos necessários ao delineamento da figura típica, ferindo flagrantemente a regra da taxatividade, verdadeira expressão do *nullum crimen sine praevia lege*”<sup>70</sup>.

Nesse ponto fazemos coro com o mestre **Manoel Pedro Pimentel** “alargando desse modo a extensão do tipo objetivo, o legislador criou um monstro ameaçador, que poderá sobressaltar qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cerceando sua ação, inibindo sua iniciativa, porque poderá, em algum momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa, sem que hajam **parâmetros objetivos** para limitar o critério acusatório<sup>71</sup>.

Ainda nesse sentido **Paulo José da Costa Júnior** “ a lei não define o que é gestão temerária. O tipo é por demais aberto. Não apresenta ele a descrição da conduta incriminada. Seria mister que o legislador indicasse, no texto normativo, quais os comportamentos humanos que caracterizam a gestão temerária. Não constando tal

---

<sup>67</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, SCHMIDT, Andrei Zenkner. Ob. cit., p. 156.

<sup>68</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Ob. cit, p. 16.

<sup>69</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, p. 53.

<sup>70</sup> SILVA, Antônio Rodrigues da. *Crimes do colarinho branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 41.

<sup>71</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, p. 52.

descrição, viola-se o princípio da taxatividade do tipo penal, pondo em risco a segurança do direito”<sup>72</sup>.

Gerir constitui uma prática reiterada, pois o legislador não fala em praticar ato de gestão temerária e sim gerir, o que indica a pluralidade de atos pautando a conduta do agente em dado período de tempo<sup>73</sup>.

O caminho a ser percorrido é tortuoso, uma vez que o mercado financeiro é incerto e devem ser consideradas uma série de variáveis. Muitas vezes, os operadores das agências limitam-se a analisar as operações *a posteriori* depois que elas dão errado, mas devem ser considerados os elementos que o agente dispunha ao efetuar o ato ou transação, não se pode exigir que ele aja como verdadeiro vidente. O risco é inerente ao mercado e tal fator não pode ser desconsiderado.

**Calamandrei** já chamava a atenção para o fato de que as sentenças judiciais não precisavam ser amostras de rebrilhante cultura de vitrina, mas que dentro das possibilidades humanas deviam ser justas<sup>74</sup>. Como ser proferida uma decisão justa com um texto legal tão impreciso?

O tipo em estudo é doloso (eventual) e não culposo<sup>75</sup>. Embora temerário seja arriscado, perigoso, imprudente, o crime é doloso, tendo em conta que vigora no direito

---

<sup>72</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Ob. cit, p. 79.

<sup>73</sup> TORTIMA, José Carlos. Ob. cit, p. 32.

<sup>74</sup> CALAMANDREI, Pietro. Elogio dos juízes *apud* HUNGRIA, Nelson. Ob. cit, p. 66.

<sup>75</sup> Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça nos autos do RHC 7982 /RJ e no seu pedido de extensão:

“PEDIDO DE EXTENSÃO EM RHC - CO-RÉU QUE SE ENCONTRA NA MESMA SITUAÇÃO FÁTICA - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – GESTÃO TEMERÁRIA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - DOLO - ATIPICIDADE DOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA - INÉPCIA.

- **Se os fatos narrados na denúncia descrevem negligência, imprudência e imperícia, e o tipo penal da gestão temerária refere-se a crime comissivo doloso**, não prevendo a forma culposa, inexistente crime a priori, sendo inepta a exordial acusatória.

- **A expressão temerária significa que a ação criminalmente relevante deve implicar necessariamente num liame subjetivo entre a conduta do paciente e o resultado danoso** – o que não restou demonstrado in casu.

- Pedido de extensão deferido para determinar-se o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia”.

(1998/0073564-0 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 13/06/2000 Data da Publicação/Fonte DJ 09.09.2002 p. 233). No mesmo sentido:

RHC - PENAL - SISTEMA FINANCEIRO - LEI 7.492, DE 16.07.1986 – GESTÃO TEMERÁRIA - A GESTÃO TEMERÁRIA (CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL) **PRESSUPÕE DOLO EVENTUAL**. O AGENTE TEM PREVISÃO DO RESULTADO, TODAVIA, SEM O DESEJAR, A ELE É INDIFERENTE, ARROSTANDO, SEM A CAUTELA DEVIDA, A OCORRÊNCIA DO EVENTO. (RHC 6368 / SP; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 1997/0021628-4 Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084) Órgão Julgador SEXTA TURMA Data do Julgamento 12/08/1997 Data da Publicação/Fonte DJ 22.09.1997 p. 46559). Ressalte-se que as decisões em questão encontram-se no site do STJ, bem como citadas em TORTIMA, José Carlos. Ob. cit., p. 40-41.

brasileiro a regra da excepcionalidade do crime culposos e, por tal, motivo, no caso de crime culposos, a previsão deve ser expressa.

De acordo com **Miguel Reale Júnior** é prioritário que se deduzam o dolo do agente, que se comporte de maneira a atingir consciente e voluntariamente alto grau de risco, inadmissível para o funcionamento da instituição e do sistema<sup>76</sup>.

Segundo boa parte da doutrina, formal, ou seja, se consuma independentemente de qualquer resultado.

Não se admite a tentativa, uma vez que se trata de delito habitual.

Trata-se de crime próprio, tendo em vista que somente pode ser praticado pelos gestores da instituição constantes do artigo 25<sup>77</sup> da lei.

Tem especial interesse a discussão sobre ser crime de perigo ou de dano e sendo a primeira hipótese se é de perigo abstrato ou concreto.

Nos crimes de perigo abstrato, conforme **Reale**, há a presunção *juris et de jure* da situação de perigo. Essa presunção seria feita a partir da constatação da existência de condutas particulares, que pela experiência e lógica denotariam uma clara situação de perigo<sup>78</sup>. No nosso entender não há que se falar em crime de perigo abstrato, mas o estreito objeto do presente trabalho não permite maiores considerações sobre o tema.

Todavia, é importante destacar que vários países tem recorrido a criminalização de situações de perigo abstrato como medida de afastar as dificuldades na colheita da prova, o que é inaceitável.

Para tal é necessário fazermos algumas considerações acerca do Princípio de Lesividade, segundo o qual é necessário que haja um bem jurídico lesionado.

Em nosso entender, ainda que se considere ser o crime de perigo parece estapafúrdio a sua consideração como sendo de perigo abstrato, pois no mínimo há que ser demonstrado o efetivo perigo ao bem jurídico tutelado. Ademais seria ainda totalmente

---

<sup>76</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Ob. cit, p. 25.

<sup>77</sup> “São penalmente responsáveis nos termos da 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”.

<sup>78</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Ob. cit, p. 18.

violador do princípio da proporcionalidade a punição com a pena de reclusão a crimes de perigo abstrato, como advertia o saudoso professor **Eduardo Correia**<sup>79</sup>.

Os ilustres professores **Zaffaroni** e **Nilo Batista** chamam a atenção para o fato de que a legislação contemporânea tende a minimizar o bem jurídico, com a proliferação de tipos de perigo abstrato e, além disso, na sociedade de risco tipificado atos de tentativa e preparatórios. O bem jurídico acaba por ser deteriorado em sua objetividade, o que se agrava a um extremo tão grande a ponto de ser suprimida a vítima através dos supostos interesses difusos e delitos de perigo comum<sup>80</sup>.

No crime em análise, o perigo deve ser demonstrado, devendo ser concreto<sup>81</sup> e não abstrato. De acordo com **Ferrajoli**, o perigo deve ser verificável ou avaliável empiricamente partindo das características de cada comportamento proibido concreto e não considerando em abstrato somente o conteúdo da proibição<sup>82</sup>.

Nesse particular estamos com **Roberto Podval** para quem o crime em questão é **de dano** e não de perigo concreto, como defende a unanimidade, tendo em vista que para que haja intervenção na instituição financeira é necessário que a entidade tenha sofrido prejuízo, nos termos do artigo 2, I, lei 6.024/74. A intervenção somente será possível se a gestão do administrador acarretar prejuízo efetivo aos credores. Se o resultado da gestão for lucrativo, ainda que tenha agido o gestor de “forma temerária” a intervenção não será decretada.<sup>83</sup>

Como é possível que para a administração a conduta seja indiferente e no direito penal seja criminalizada? Se o direito penal é ou devia ser a *ultima ratio*, como pode uma conduta ser tolerada em um ramo do direito e criminalizada no direito penal?<sup>84</sup> O contrário seria possível.

Ademais, é possível aplicar-se igualmente o princípio da insignificância ou bagatela em matéria de crimes econômicos, pois mesmo que a conduta seja criminosa, se a

---

<sup>79</sup> CORREIA, Eduardo. *Notas críticas a penalização de actividades económicas*. In: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 373.

<sup>80</sup> ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 228-229.

<sup>81</sup> Nesse sentido: TÓRTIMA, José Carlos. Ob. cit., p. 39. Contra: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 231.

<sup>82</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madri: Trotta, 1995, p. 472.

<sup>83</sup> PODVAL, Roberto. Ob. cit, p. 829.

<sup>84</sup> Idem.

lesão ou perigo **concreto** não tem potencial suficiente para justificar a intervenção punitiva estatal, então falta tipicidade a conduta, além de não interessar em termos político-criminais. O direito penal não deve se ocupar de bagatelas e sim de expressivas lesões aos bens jurídicos tutelados.

O princípio da insignificância já vigorava no direito romano, onde o pretor não se ocupava de causas sem importância, obedecendo a máxima de *minimis non curat praetor*<sup>85</sup>.

Ele atua como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, deixando à mostra a natureza subsidiária do direito penal, exigindo intervenção mínima do estado<sup>86</sup>.

De acordo com **Alice Bianchini** “ Dois são os sentidos que se pode atribuir ao princípio da insignificância, os quais surgem em momentos distintos: a primeira acepção tem lugar no interior do próprio sistema penal e realiza-se quando se exclui do sistema tudo o que se tenha perdido, em termos de relevância social. A segunda enfoca também a questão concernente à relevância social, porém seu âmbito de abrangência é anterior a elaboração da lei, impedindo que sejam criminalizadas condutas de acanhada repercussão social”<sup>87</sup>.

Não há nenhum óbice, ao contrário, para que o princípio da bagatela seja aplicado nas infrações econômicas. Evidentemente que as chamadas causas implícitas de exclusão da ilicitude igualmente são aplicadas, por exemplo, o risco permitido e a adequação social<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> ACKEL FILHO, Diomar *apud* STOCO, Rui. Princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.375.

<sup>86</sup> STOCO, Rui. Ob. cit, p. 375.

<sup>87</sup> BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. Série As Ciências Criminais no Século XXI. São Paulo: RT, 2002, vol. 7, p. 56.

<sup>88</sup> COSTA, José de Faria. O Direito Penal Económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 420-421. A discussão sobre o enquadramento dogmático da adequação social é antiga e extensa, motivo pelo qual não será objeto do presente trabalho, que considera que poderá ter influência na tipicidade ou antijuridicidade, conforme a situação concreta ou o autor seguido.

## Conclusões

Face ao exposto, no que se refere à redação e aplicação do parágrafo único do artigo 4 da lei 7.492/86 concluímos o seguinte:

A circunstância elementar do tipo “temerária” tem um conteúdo indeterminado, razão pela qual sua interpretação pode levar a propostas que impliquem uma redução ou ampliação do âmbito do proibido.

Dessa forma, o cidadão não pode estabelecer com clareza o que pode ser feito dentro do marco legal da licitude, ficando à mercê do juiz, que acaba fazendo as vezes de legislador ao estabelecer com sua interpretação as margens da proibição legal.

Assim, a conduta descrita no tipo penal, por sua elasticidade violenta o princípio da máxima taxatividade legal e interpretativa, como derivado do princípio geral da legalidade, que exige, em matéria penal, que as proibições sejam realizadas com enunciados claros e precisos.

A impossibilidade no plano hermenêutico de dar precisão ao que se deve entender por “temerária” impõe a declaração de inconstitucionalidade do enunciado legal em estudo.

Por outro lado, em conformidade com o princípio da lesividade o tipo penal deve prever a produção de um resultado lesivo, tendo em vista que o incremento do risco pode concretizar-se em resultados patrimoniais positivos que tornam desnecessária a punição. Assim, sendo a eventual gestão ruínosa, além de ser bem delimitada deve gerar prejuízo, para que possa ser criminalizada, por tratar-se, no nosso entendimento, de crime de dano e não de perigo.

O direito penal, deve ser utilizado de forma racional e obedecendo sempre os princípios da lesividade, legalidade, intervenção mínima, dentre vários outros. Não é por acaso que vários países estão buscando alternativas não estritamente penais para os conflitos econômicos.

## **Bibliografia**

- ALLER, Germán. White collar crime. Edwin H. Sutherland y el delito de cuello blanco. *In: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, n. 6, feb. 2005, p. 12-35.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 1999.
- BAJO, Miguel, BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., s. d.
- BARRETO, Tobias. Comentário Teórico e Crítico ao Código Criminal Brasileiro. *In: BARRETO, Tobias. Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: Record; Aracajú, SE: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, p. 166-215.
- BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. *In: BARRETO, Tobias. Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro: Record; Aracajú, SE: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, p. 41-98.
- BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal. *In: BARRETO, Tobias. Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro: Record; Aracajú, SE: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, p. 99- 165.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1993.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Prefácio de Evaristo de Moraes. Trad. Paulo Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.
- BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. *Série As Ciências Criminais no Século XXI*. vol. 7. São Paulo: RT, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico Aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Económico. *In: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 293-318.
- CORREIA, Eduardo. Notas críticas a penalização de actividades económicas. *In: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 365-374.

COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. *In: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 347-364.

COSTA, José de Faria. O Direito Penal Económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. *In: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 413-429.

DEL VALLE, Carlos Pérez. Introducción al Derecho penal económico. *In: Curso de derecho penal económico*. Dir. Enrique Bacigalupo. Barcelona: Marcial Pons, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manoel da Costa. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*. *In: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 325-346.

ESTÉVES, Juan Maria Rodriguez. *El derecho penal en la actividad económica*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madri: Trotta, 1995.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Campinas: Bookseller, 1999.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Vol. I, tomo I. São Paulo: Max Limonad, s. d.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LIZT, Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. Por José Higinio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Imputação genérica e renúncia à prova nos crimes tributários. *In: Revista dialética de direito tributário*. São Paulo, n.129, junho, 2006, p. 90-97.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'Esprit des Lois*. Liv. XI, cap. VI *Apud* HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal Económico*. Parte general. Valência: Tirant lo blanch, 1998.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional. Comentários a lei 7.492/86*. São Paulo: RT, 1987.

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

PIMENTEL, Manoel Pedro. Introdução ao estudo do direito penal tributário. In: REALE, Miguel (Dir.). *Ciência penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, n.2, 1974, p. 37-59.

PODVAL, Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional. In: *Leis penais e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. 1, São Paulo: RT, 2002, p. 819-903.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. Crime de gestão temerária. In: *Problemas penais concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 13-25.

SILVA, Antônio Rodrigues da. *Crimes do colarinho branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUZA, Braz Florentino Henriques. *Lições de direito criminal*. Recife: Livraria Económica e José Nogueira de Souza, 1872.

STOCO, Rui. Princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 370-376.

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

TORON, Alberto Zacharias. Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RT, n. 28, out/dez de 1999, p. 73-84.

TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. por Juan Busto Ramírez e Sérgio Peres. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

ZAFFARONI, E. Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidade por vulnerabilidade*. Trad. Daniel Raizman e Fernanda Freixinho. In: *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan, ano 9, n. 14, p. 31-48.