COAD - CENTRO DE ORIENTAÇÃO, ATUALIZAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PROFISSIONAL

ADVOCACIA DINÂMICA
Adv
NET

SELEÇÕES JURÍDICAS

JANEIRO 2000

CORREÇÃO JURISPRUDENCIAL DE LEIS INJUSTAS

ÁLVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA
Juiz de Direito – Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito
de Campos – Mestrando em Direito Civil – Universidade de Lisboa

A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA
Professor Titular de Direito Processual Civil da UFRGS – Desembargador do TJRS

A TEORIA DA EMPRESA COMO FENÔMENO DE UNIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE DIREITO PRIVADO E A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

Jorge Rubem Folena de Oliveira – Advogado e Mestrando em Direito
pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

JULGAMENTO COLEGIADO – MODIFICAÇÃO DE VOTO APÓS A PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO?

José Carlos Barbosa Moreira – Professor da Faculdade de Direito da UERJ –
Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

DA NOVA CONVENÇÃO SOBRE O TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE 29 DE MAIO DE 1999

José da Silva Pacheco

CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira – Advogado e Professor em Brasília/DF

RUI BARBOSA

Paulo Brossard – Jurista – Ministro aposentado do STF

DOIS TEMAS RELEVANTES DE FAMÍLIA: “INDENIZAÇÃO DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS” E “MEAÇÃO DE BENS”, EM FACE DO STF E DO STJ

Sergio Couto – Coordenador Científico das publicações jurídicas
ADV/COAD e “Nova Realidade do Direito de Família”

CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

LEONARDO HENRIQUE MUNDIM MORAES OLIVEIRA
Advogado e Professor em Brasília/DF

INTRODUÇÃO

Busca este trabalho situar uma dúvida jurídica que tem atormentado estudiosos do Direito Econômico, qual seja, a diferenciação entre os crimes de gestão fraudulenta (artigo 4º, *caput,* da Lei nº 7.492/86) e gestão temerária (artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86) em Instituição Financeira, sendo certo que a *quaestio*, lamentavelmente, decorre do excesso de simplicidade – que acabou por transmudar-se em incompletude – do artigo 4º da Lei nº 7.492/86, também conhecida como Lei dos Crimes do Colarinho Branco, *in verbis*:

"Art. 4º – Gerir fraudulentamente Instituição Financeira:

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

Parágrafo único – Se a gestão é temerária:

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

A Lei, como se observa, foi omissa na caracterização de cada conduta, apesar de significativa a diferença entre as penas abstratamente cominadas.

PRECEDENTE LEGISLATIVO

Os termos "gestão fraudulenta" e "gestão temerária" foram primeiramente utilizados pelo legislador pátrio no artigo 3º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51 (Crimes contra a Economia Popular), *in verbis*:

"Art. 3º – São também crimes desta natureza:

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 de 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 pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as a falências ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;"

Naquela oportunidade, nota-se, foram definidas as situações em que se caracterizaria a conduta típica, quais sejam, sempre que não se cumprissem cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados, ou sempre que a gestão anormal implicasse a falência ou insolvência da sociedade. O crime, pois, era tipicamente de dano concreto, não bastando para caracterizá-lo a mera conduta, se não geradora de efetivo prejuízo ou de efeitos palpáveis no mundo material.

Mas já então não houvera preocupação em distinguir conceitualmente as condutas: fosse a gestão fraudulenta ou temerária, a pena cominada era idêntica. E é essa a origem remota da atual *vexata quaestio*, na medida em que o legislador de 1986, malgrado intencionando a separação das hipóteses típicas – tanto que fixara penas diferidas –, preferiu não entrar na seara específica dos dois tipos de gestão virulenta, deixando para a doutrina um trabalho árduo e quase impossível, podendo-se contar nos dedos da mão o número de obras específicas existentes. Tal opção legislativa, provavelmente, surgiu da anormal pressa com que se elaborou e se editou aquela Lei, o que foi duramente criticado por Manoel Pedro PIMENTEL (1987, p. 11).

DA IMPORTÂNCIA DA INTENÇÃO DO AGENTE NO MOMENTO DA PRÁTICA DA CONDUTA TÍPICA

Sabido que, dentre as maiores conquistas do direito penal brasileiro, está o princípio da subjetividade da conduta, do qual decorrem duas assertivas: a) ninguém pode ser condenado sem o prévio cometimento consciente de ato comissivo ou omissivo penalmente reprovável; e b) a responsabilidade deve ser individualizada e depurada para fins de comparação com o tipo penal.

Muito se discute acerca da natureza da responsabilidade penal adotada na Lei dos Crimes do Colarinho Branco – se subjetiva ou objetiva, ou seja, se dependente da apuração de dolo ou culpa, ou se satisfeita com a apuração do simples nexo de causalidade.

Entretanto, é opinião comum que o legislador penal pátrio, no tocante à apreciação da prática criminosa, acata e louva, por tradição, a teoria finalista sobre a conduta. Assevera Júlio Fabrini MIRABETE:

"... como todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Como ela é um fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade. Não se concebe vontade de nada ou para nada, e sim dirigida a um fim. A conduta realiza-se mediante a manifestação da vontade dirigida a um fim." (1998, pp. 98/99)

Ora, relativamente aos crimes previstos no artigo 4º da Lei do Colarinho Branco, não poderia ser diferente: também naqueles casos far-se-á mister, para a imputação de responsabilidade e mesmo para a caracterização do tipo, que a intenção do acusado seja devidamente verificada, dentro dos estreitos limites componentes do dolo direto ou do dolo eventual, sendo ainda certo que, intrinsecamente no Direito Penal Brasileiro, vige o princípio geral de que a modalidade culposa só é punível em havendo expressa previsão legal.

Saliente-se que, quando o artigo 25 da Lei nº 7.492/86 aponta responsabilidade penal sobre os administradores, controladores e gerentes da Instituição Financeira, naturalmente o faz sob mera intenção indicativa, sem o condão de afastar a necessária perquirição dos poderes estatutários do acusado para o conhecimento e a perpetração do ato criminoso – e ainda assim, frise-se, será condição imprescindível para o decreto condenatório a comprovação da efetiva autoria do crime financeiro.

Aliás, no tocante à responsabilidade penal objetiva, emitiu interessante opinião o respeitado doutrinador Damásio E. de JESUS, *in verbis*:

"Hoje, com a introdução do princípio do estado de inocência em nossa Const. Federal, segundo o qual 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória' (artigo 5º, LVII), essas disposições, na parte em que admitiam a responsabilidade penal objetiva, podem ser consideradas derrogadas, uma vez que ele é incompatível com a presunção de dolo ou culpa." (1995, p. 399)

GESTÃO FRAUDULENTA: ASPECTOS CONCEITUAIS E DISTINTIVOS

A gestão fraudulenta em Instituição Financeira pode ser tida como o recurso a qualquer tipo de ardil, sutileza ou astúcia hábil a dissimular o real objetivo de um ato ou negócio, com o que se busca ludibriar as autoridades monetárias ou mesmo aqueles que mantêm relação jurídica com o agente criminoso (correntistas, poupadores, investidores, etc.). Paschoal MANTECCA, comentando o já referido antecedente legislativo do artigo 4º da Lei nº 7.492/86, qual seja, o inciso IX do artigo 3º da Lei nº 1.521/51, afirma que a gestão fraudulenta "caracteriza-se pela ilicitude dos atos praticados pelos responsáveis pela gestão empresarial, exteriorizada por manobras ardilosas e pela prática consciente de fraudes." (1985, p. 41)

Observe-se, assim, que a gestão fraudulenta traz mais que um excesso de risco. O tipo exige um dolo específico, ou seja, uma vontade consciente do agente em praticar ato que dará aparência de legalidade a negócio ou situação jurídica que, em sua natureza, é ilegal. Aqui o conceito de fraude, pois, é mais abrangente que o do Código Civil Brasileiro, uma vez que ocorre na própria dissimulação de objetivos, no tangenciamento de normas e na deliberada ludibriação de outrem.

Por isso que a gestão fraudulenta é sempre um crime que serve para ocultar outro crime, ou um ilícito administrativo. Ressalte-se que não se trata de crime-meio, não integra e nem é absorvido pelo crime final, como o seria, por exemplo, a lesão corporal causada à vítima de homicídio.

De fato, em várias ocasiões o crime de gestão fraudulenta serve à ocultação de um empréstimo vedado (artigo 17 da Lei nº 7.492/86). Exemplo disso ocorre quando a Instituição Financeira, mediante operações triangulares, e utilizando-se de interpostas pessoas físicas ou jurídicas ("laranjas"), culmina em transferir dinheiro para um administrador ou para uma outra empresa integrante do mesmo grupo econômico. Nesse caso, incide, quanto ao empréstimo ilegal em si, o referido artigo 17, mas, quanto ao conjunto dos atos dissimulatórios – ou seja, as operações triangulares e os artifícios contábeis de orquestração nos empréstimos aos "laranjas" – incide o *caput* do artigo 4º da Lei nº 7.492/86 – crime de gestão fraudulenta.

Vale ressaltar que, nos moldes atuais, o crime de gestão fraudulenta é de mera conduta, onde "a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente." (MIRABETE, 1998, p. 130)

Efetivamente, ao contrário do que dispunha o artigo 3º, IX, da Lei nº 1.521/51, exige-se aqui apenas a prática consciente da gestão ilícita, para o pronto enquadramento. O objetivo escuso que ensejaria os atos fraudulentos, repita-se, pode ou não vir a ser alcançado, sendo bastante o recurso ao manto de atos aparentemente normais, mas que na verdade encobrem, ardilosamente, a busca de um fim legalmente vedado.

GESTÃO TEMERÁRIA: ASPECTOS CONCEITUAIS E DISTINTIVOS

A gestão temerária, segundo Rodolfo Tigre MAIA, parte de um conceito "normativo-cultural", presente em outras disposições penais, como, por exemplo, o artigo 219 do Código Penal ("Raptar mulher honesta...") (1996, pp. 59/60). Encerra-se no tipo, pois, o que se pode chamar conceito subjetivo, que muito aproveita dos costumes e do senso comum da sociedade. Apesar da certa dose de subjetividade, o tipo previsto no parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 7.492/86 não fere o princípio da legalidade, conforme já decidiu a 2ª Turma do Eg. TRF 5ª Região, quando do julgamento do HC nº 500.038-CE (Rel. Juiz José Delgado, DOE 3-2-90).

Comentando o dispositivo análogo contido na Lei dos Crimes contra a Economia Popular (artigo 3º, inciso IX), assenta Paschoal MANTECCA que "a gestão temerária traduz-se pela impetuosidade com que são conduzidos os negócios, o que aumenta o risco de que as atividades empresariais terminem por causar prejuízos a terceiros, ou por malversar o dinheiro empregado na sociedade infratora." (1985, p. 41)

A princípio, consigne-se que o risco é algo absolutamente normal, e até necessário dentro de uma gestão ativa de Instituição Financeira. O jogo de mercado e a natureza dos produtos exigem desenvoltura e perspicácia, como numa aposta em que se pode, legitimamente, ganhar ou perder. O que deve ser observado, todavia, é que as Instituições Financeiras, em sua maioria, não trabalham com dinheiro próprio, mas com o dinheiro dos correntistas e investidores, entregues em fidúcia.

Daí a pertinência e a justificação do tipo penal em tela. A Instituição Financeira, uma intermediária, necessita estar submetida a certos limites de atuação na gestão do patrimônio alheio. O risco, assim, é válido e plenamente aceitável enquanto subscrito à normalidade de um investimento ou de um produto mercadoló-

gico, devendo-se considerar a exigência do nível de cautela não sob a ótica do homem comum (*homo medium*), mas sim sob a ótica do próprio mercado financeiro.

Essa a razão das Resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) e das Circulares do Banco Central do Brasil que estabelecem princípios e limites ao empenho de pecúnia, como a seletividade de investimentos, a diversificação dos riscos, a multiplicidade de clientes e a obrigatoriedade de respeito a garantias e requisitos básicos nas operações de abertura de crédito pré-aprovado e nos financiamentos. Referidos postulados zelam por um fator de cautela imposto após estudos abstratos acerca do nível mínimo de segurança, necessário, em tese, à perenidade e à credibilidade das Instituições Financeiras nacionais e, conseqüentemente, de todo o Sistema Financeiro Nacional.

Isso significa que não se pode punir por gestão temerária, por exemplo, os administradores de um banco que sofrera perdas irreversíveis por causa de um investimento de alto risco, desde que a intenção fosse apenas angariar lucros na operação, e não tripudiar com o dinheiro alheio. A situação se inverte, todavia, caso fique comprovada a inobservância aos requisitos básicos supra-referidos, hipótese na qual se aceitara, implícita e temerariamente, que o fracasso da empreitada levasse à dangerosa situação de insolvência.

Finalmente, o crime de gestão temerária, nos moldes atuais, também é de mera conduta, podendo ou não vir a se concretizar o efetivo prejuízo, bastando, para o enquadramento penal, a efetiva manutenção da Instituição Financeira em "corda circense", o que sobremaneira repugna à relevantíssima solidez sistêmica. Importante destacar que, na gestão temerária, o agente não tenciona ocultar ou alcançar tangencialmente um negócio ilícito – apenas atua com notável exagero e inaceitável impetuosidade em situações que seriam inicialmente corriqueiras (aplicações, abatimento de dívidas, resgate de investimentos, etc.).

Como exemplos práticos comuns de gestão temerária, tem-se a realização de empréstimos sem as garantias de praxe do mercado, o perdão extremoso e inusitado de encargos de empréstimos, o financiamento de campanha política com recursos da Instituição Financeira, e até mesmo o trato contumaz com empresas sem qualquer confiança no mercado, o que reafirma a diferenciação básica entre a gestão fraudulenta e a gestão temerária: naquela se pratica atos ardilosos e bem orquestrados para a efetivação oculta de negócio naturalmente ilegal, enquanto que nesta se submete a riscos excessivos e irresponsáveis o patrimônio dos correntistas, poupadores e investidores, que outrora confiaram nos freios de ousadia da Instituição Financeira.

CONCLUSÃO

Os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em Instituição Financeira encerram conceitos efetivamente distintos, fulcrados principalmente no *animus* do agente – a busca de encobrir ou alcançar negócio ilícito, para o primeiro tipo penal, e a situação de aventurança com o dinheiro dos correntistas, poupadores e investidores, para o segundo.

Latu sensu, a questão da reprovabilidade da gestão virulenta em Instituições Financeiras é sustentada na contrariedade direta às proibições ou limitações fixadas em Leis, Resoluções do Conselho Monetário Nacional e Circulares do Banco Central do Brasil, especialmente em face da credibilidade de que o mercado financeiro necessita para cumprir o seu papel no incremento e no aprimoramento da sociedade de produção e consumo, o que, em última análise, é essencial para a concretização do sonho de desenvolvimento industrial e tecnológico de um País.

BIBLIOGRAFIA

JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal* – Parte Geral, 19ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

MANTECCA, Paschoal, *Crimes Contra a Economia Popular e Sua Repressão,* São Paulo: Saraiva, 1985.

MIRABETE, Júlio Fabrini, *Manual de Direito Penal* – Parte Geral, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

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