



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

PARECER DA COMISSÃO PERMANENTE DE DIREITO PENAL

Indicação nº 019/2016

Relator: Claudio Bidino

Objeto: O presente parecer versa sobre o Projeto de Lei nº 262/2015, da autoria do Deputado Federal Rubens Bueno, por meio do qual se pretende conferir novas redações para os tipos penais de gestão fraudulenta e de gestão temerária, previstos respectivamente no *caput* e no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492/1986, também conhecida como Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

EMENTA:

PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS Nº 262/2015. PROPOSTA LEGISLATIVA QUE PRETENDE CONFERIR NOVAS REDAÇÕES AOS TIPOS PENAIIS DE GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA – ARTIGO 4º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 7.492/1986.

1. Pertinência e relevância do objeto da proposta legislativa reconhecidas ante a necessidade de sanar as deficiências nas redações desses tipos penais que vêm sendo assinaladas pela doutrina penal há mais de trinta anos.
2. Redação alternativa proposta para o tipo penal de gestão fraudulenta que, no entanto, não merece ser acolhida, porque não confere uma proteção satisfatória aos bens jurídicos vulnerados, acaba por levar à criminalização de comportamentos que não lhes são ofensivos e desperdiça uma oportunidade para dirimir uma significativa controvérsia doutrinária e jurisprudencial.
3. Redação alternativa proposta para o tipo penal de gestão temerária que também não deve ser adotada, porquanto se mostra acanhada para resolver os problemas dogmáticos existentes.
4. Parecer pela rejeição das modificações propostas.

1. RELATÓRIO

Trata-se de Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 262/2015, da autoria do ínclito DEPUTADO RUBENS RABELO, que tem por escopo conferir novas redações para os tipos penais de gestão fraudulenta e de gestão temerária, previstos respectivamente no *caput* e no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492/1986.

Atualmente, o artigo 4º da Lei nº 7.492/1986 conta com a seguinte redação:

“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”.

Almeja-se, assim, com o Projeto de Lei nº 262/2015, complementar as redações das normas incriminadoras contidas no *caput* e no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492/1986, para que elas passem a vigorar da seguinte forma:

"Art. 4º - Gerir fraudulentamente instituição financeira, utilizando-se de ardil para dissimular a natureza de um negócio ou operação financeira ou a situação contábil da instituição, com o fim de ludibriar autoridade monetária, autoridade fiscal, correntista, poupador ou investidor:

Pena:.....

Parágrafo único - Se a gestão é temerária, caracterizada pelo risco extremamente elevado e injustificado dos negócios e das operações financeiras:

Pena.....”.

Ao justificar a apresentação da proposta legislativa, o eminente DEPUTADO RUBENS BUENO pontuou que a sua importância residiria na impossibilidade de se encontrar um conceito de gestão fraudulenta e de gestão temerária na Lei nº 7.492/1986, o que acabaria “*fazendo com que o aplicador da lei sempre recorra à doutrina para dirimir suas dúvidas e eventuais conflitos interpretativos*”.

Em consulta ao site da Câmara dos Deputados, pode-se constatar que não houve qualquer movimentação no trâmite da proposta legislativa em tela desde o dia 12 de março de 2015, quando foi designado relator o douto DEPUTADO RODRIGO PACHECO.

É o relatório.

2. OPINIO JURIS

Desde a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação da Lei nº 7.492/1986, as redações dos tipos penais de gestão fraudulenta e de gestão temerária têm sido incessantemente criticadas por uma significativa parcela da doutrina.

Grosso modo, o que se questiona normalmente é o caráter vago e aberto desses tipos penais, que “*faz com que sejam subsumidas uma infinidade de práticas do mercado financeiro*”. Pondera-se, assim, não raras vezes, que melhor teria sido se o legislador brasileiro tivesse optado por “*uma descrição pormenorizada da conduta ofensiva ao mercado*”, tal como se verificaria em tipos penais similares presentes em ordenamentos jurídicos de outros países¹.

Não são poucos, inclusive, os doutrinadores que atacam a própria constitucionalidade desses preceitos penais, em especial, do que tipifica o crime de gestão temerária, por reputarem que se está diante de

¹ BREDA, Juliano, *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002. Pg. 94-95.

uma afronta direta ao princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que impõe que as normas incriminadoras sejam descritas pelo legislador de forma clara e precisa, sobretudo, para que os cidadãos saibam, com exatidão, quais comportamentos são penalmente proibidos.

Em particular, no que se refere especificamente ao tipo penal de gestão fraudulenta, assim já se manifestou o Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, DR. MIGUEL REALE JÚNIOR:

“A figura penal prevista no art. 4º, caput, da Lei nº 7.492/86 caracteriza-se pela generalidade e indeterminação ferindo a exigência fundamental de taxatividade da norma penal incriminadora, pois limita-se o tipo a enunciar: ‘gerir fraudulentamente instituição financeira’.

Esta indeterminação somada à generalidade conduz obrigatoriamente a dúvidas quanto ao campo do proibido e do permitido, de vez que apenas a criação judicial, na complementação do enunciado vazio, é que irá fixar efetivamente o comportamento que se enquadra como típico”².

Já no que tange ao tipo penal de gestão temerária, o Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, DR. GUILHERME DE SOUZA NUCCI, com acerto, aponta para a sua inconstitucionalidade tecendo o seguinte comentário sobre o parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492/1986: *“temerário significa arriscado, perigoso e imprudente. O termo é extremamente vago e aberto. Pensamos ofender o princípio da taxatividade e, por consequência, a legalidade. Exige o art. 5º, XXXIX, da Constituição, que ‘não há crime sem lei anterior que o defina...’ (grifamos). Ora, a doutrina é praticamente unânime ao apontar, como corolário dessa definição, seja ela bem feita, com detalhes suficientes*

² JÚNIOR, Miguel Reale, “O Crime de Gestão Fraudulenta” in *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2006. Pg. 49.

para ser bem compreendida por todos, vale dizer, os tipos penais incriminadores necessitam ser taxativos. Está bem longe de atingir esse objetivo o crime previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86. É inconstitucional, portanto”³.

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, seguindo a sua postura tradicionalmente comedida no controle de constitucionalidade de normas jurídicas incriminadoras, não tem vislumbrado qualquer vício de inconstitucionalidade no tipo penal de gestão temerária, e muito menos no de gestão fraudulenta, por considerar que *“a indeterminação do tipo penal previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 não se mostra em grau suficiente para configurar ofensa ao princípio constitucional da legalidade”⁴.*

No entanto, a relutância da Suprema Corte em declarar a inconstitucionalidade desses tipos penais, ao que parece, não pode ser encarada como um sinal de incentivo a que sejam mantidas incólumes as suas redações. Afinal, ao se posicionar dessa forma, a Corte Constitucional mais não fez do que deixar para o Poder Legislativo a árdua missão de promover os exames e os ajustes necessários nas referidas normas penais incriminadoras, a fim de tranquilizar o mar revolto de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, que, na prática, tem alargado as margens punitivas para muito além dos limites linguísticos e dogmáticos fixados pelos seus respectivos enunciados normativos.

³ NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – Vol. 2*, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012. Pgs. 638-639. No mesmo sentido: **(i)** PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes, “Considerações sobre o Crime de Gestão Temerária de Instituição Financeira” in SALOMÃO, Heloísa Estellita (Coord.), *Direito Penal Empresarial*, Editora Dialética, São Paulo, 2001. Pg. 51; **(ii)** PRADO, Luiz Régis, *Direito Penal Econômico*, 6ª edição, Editora Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014. Pg. 159; **(iii)** DELMANTO, Roberto, JUNIOR, Roberto Delmanto e DELMANTO, Fábio M. de Almeida, *Leis Penais Especiais Comentadas*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2014. Pgs. 36/37; **(iv)** TÓRTIMA, José Carlos, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, 2ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002. Pg. 31; **(v)** BITENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal Econômico*, Editora Saraiva, São Paulo, 2016. Pg. 267; **(vi)** FRAGOS, Rodrigo, “Gestão Temerária de Instituição Financeira” in www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/arquivo71.pdf. Pg. 01; dentre tantos outros juristas brasileiros de renome.

⁴ STF, ARE 953.446, 2ª T, Min. Rel. Dias Toffoli, j. 23.08.2018.

Diante desse contexto, não se pode deixar de reconhecer a pertinência e a relevância do objeto da proposta legislativa em apreço, principalmente, porque se procura, enfim, enfrentar o desafio de sanar as deficiências nas redações dos tipos penais de gestão fraudulenta e de gestão temerária que vêm sendo assinaladas pela doutrina e pela jurisprudência há mais de trinta anos.

Por conseguinte, a questão que se coloca no presente parecer não é tanto saber se os tipos penais de gestão fraudulenta e de gestão temerária merecem ser reformados, pois não se tem a menor dúvida de que sim. Com efeito, o que se deve indagar aqui é notadamente se as novas redações que estão sendo propostas no Projeto de Lei nº 262/2015 se apresentam ou não como uma alternativa juridicamente adequada e eficaz para a criminalização de condutas fraudulentas e temerárias praticadas na gestão de instituições financeiras.

Passa-se, então, à análise individualizada da redação proposta para cada um dos referidos tipos penais.

2.1. DO TIPO PENAL DE GESTÃO FRAUDULENTA

O Projeto de Lei nº 262/2015 pretende modificar a redação da norma incriminadora contida no *caput*, do artigo 4º, da Lei nº 7.492/1986, nos seguintes moldes:

| Redação Atual do <i>Caput</i>, do Artigo 4º, da Lei nº 7.492/86 | Redação Proposta no Projeto de Lei nº 262/2015 |
|--|--|
| <i>“Gerir fraudulentamente instituição financeira”.</i> | <i>“Gerir fraudulentamente instituição financeira, utilizando-se de ardil para dissimular a natureza de um negócio ou operação financeira ou a situação contábil da instituição, com o fim de ludibriar autoridade monetária, autoridade fiscal, correntista, poupador ou investidor”.</i> |

Tendo em vista que o comportamento descrito na atual redação do tipo penal de gestão fraudulenta contempla implicitamente a utilização de artil pelo agente criminoso, verifica-se que a efetiva alteração que está sendo proposta no PL 262/2015 consiste essencialmente em restringir o âmbito normativo com a inserção de dois elementos subjetivos especiais do injusto.

Destarte, nos termos da nova redação proposta, para fins de caracterização do crime de gestão fraudulenta, não basta que se esteja perante a prática de uma ação de “*gerir fraudulentamente instituição financeira*”. É preciso ainda que esse atuar artiloso seja voltado a **(i)** “*dissimular a natureza de um negócio ou operação financeira, ou a situação contábil da instituição*”, assim como também é preciso que essa empreitada seja dirigida a **(ii)** “*ludibriar autoridade monetária, autoridade fiscal, correntista, poupador ou investidor*”.

Ora, em que pese a premência de se proceder a uma reformulação do tipo penal de gestão fraudulenta, não parece aconselhável a adoção da nova redação apresentada pelo Projeto de Lei nº 262/2015.

E isto, desde logo, porque os dois elementos subjetivos especiais do injusto que se pretende introduzir, além de não conferirem uma proteção satisfatória aos bens jurídicos vulnerados com prática de condutas fraudulentas na gestão de instituições financeiras, acabam por levar à criminalização de comportamentos que não lhes são minimamente ofensivos.

Como se sabe, a criminalização de condutas fraudulentas – ou mesmo temerárias – praticadas na gestão de instituições financeiras visa à tutela de mais de um bem jurídico. Em primeiro plano, pode-se dizer que ela busca resguardar a credibilidade do sistema financeiro nacional, que é uma condição indispensável para o seu regular funcionamento. Parte-se, assim, da premissa de que não há que se falar em sistema financeiro nacional hígido sem que se assegure e – mais do que isso – se

estímulo a confiança dos investidores e demais operadores na integridade das instituições financeiras. Em segundo plano, a criminalização desses comportamentos almeja a proteção do patrimônio dos investidores e da sociedade como um todo.

À luz desses bens jurídicos, percebe-se então que não há razão alguma para se incluir no tipo penal de gestão fraudulenta um elemento subjetivo especial do injusto que restrinja a sua incidência apenas às condutas voltadas a “*dissimular a natureza de um negócio ou operação financeira, ou a situação contábil da instituição*”, deixando inexplicavelmente de fora do âmbito normativo uma série de outros comportamentos arditos igualmente ofensivos.

Entende-se, assim, que condutas arditas que não se destinam a dissimular a natureza propriamente dita de um negócio ou operação financeira, mas que se voltam, por exemplo, a falsear a verdade sobre alguns dos seus componentes, para que seja possível a sua realização à margem das normas regulamentares, devem ser abarcados pelo tipo penal de gestão fraudulenta justamente porque têm o potencial de afetar, em igual medida, a credibilidade do sistema financeiro nacional e, conseqüentemente, o patrimônio de terceiros.

Seria o caso, por exemplo, de operações sucessivas de empréstimos realizadas no âmbito da gestão de uma instituição financeira mediante a inserção de informações ideologicamente falsas no cadastro da empresa beneficiária com a finalidade de escamotear um prejudicial histórico de inadimplência.

Sob outro prisma, no que diz respeito ao segundo elemento subjetivo especial do injusto previsto na nova redação proposta pelo PL 262/2015, parece não ter sido acertada a opção pela criminalização de atos fraudulentos praticados na gestão de instituições financeiras “*com o fim de ludibriar [...] autoridade fiscal*”.

Afinal, o tipo penal de gestão fraudulenta não tem como propósito tutelar a ordem tributária, a Fazenda Pública ou mesmo as

receitas estatais, mas, ao invés disso, repita-se, a credibilidade do sistema financeiro nacional e, com isso, o patrimônio dos investidores e da sociedade em geral.

Daí porque somente condutas ardilosas praticadas em detrimento desses últimos bens jurídico podem ser alcançadas pelo tipo penal de gestão fraudulenta. São esses os ensinamentos da doutrina mais abalizada, abaixo representada pela seguinte passagem da obra de MARCELO ALMEIDA RUIVO:

“A fraude, para efeitos penais, somente existirá quando a conduta for significativamente ofensiva ao bem jurídico de natureza penal. Fraude, portanto, é a conduta destinada a turvar a transparência da gestão da empresa de modo a encobrir a verdade e colocar em situação de significante perigo o patrimônio dos sócios, correntistas, investidores e usuários do sistema financeiro. Por outro lado, a mera constatação de um ilícito civil, tributário, administrativo e trabalhista, ainda que tenham como objeto de tutela algum dos bens jurídicos, não apresenta desvalor axiológico suficientemente expressivo para caracterização do crime de gestão fraudulenta. Se assim não fosse, ter-se-ia chegado ao ponto de entender como crime a prática de um ilícito, incapaz de ofensa aos bens jurídicos penais e que nem mesmo diga respeito a atividade financeira da empresa.

É o caso do diretor de uma instituição financeira que ciente do inafastável perigo de insolvência, caso viesse a ter que saldar, em período de expressivo empobrecimento de caixa, a totalidade dos débitos reclamados perante a justiça do trabalho, decide tomar uma manobra ardilosa. [...]

Outra hipótese que não caracteriza a gestão fraudulenta – e, logo assim, inexistente concurso formal com o crime tributário – é a ocorrência da fraude fiscal na qual o agente apresenta informações falsas à receita na forma do artigo 1º, I, da Lei 8.137/90. Isso se deve ao fato de que embora possa ser sustentado que o crime fiscal tutela a verdade e a transparência das informações prestadas perante a autoridade fazendária, não se trata da mesma verdade-transparência protegida na gestão-fraudulenta, uma vez que aquele apresenta como titular a coletividade e Estado-administração enquanto arrecadador, esta remete à coletividade difusa de usuários do sistema financeiro nacional. Além do mais, o patrimônio supraindividual difuso não

*pode ser confundido com a expectativa arrecadatória do Estado-Administração*⁵.

Como se não bastasse tudo isso, ou seja, como se não bastasse a nova redação do tipo penal de gestão fraudulenta proposta pelo PL 262/2015 abranger no seu âmbito normativo condutas que não representam um risco qualquer aos bens jurídicos então tutelados, ao mesmo tempo em que deixa de fora outros comportamentos que lhes são igualmente ofensivos, constata-se que ela peca também por desperdiçar uma valiosa oportunidade para dirimir uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial que ainda persiste acerca da adequação típica da prática de um único ato fraudulento, de forma pontual e isolada, durante a gestão de uma instituição financeira.

Insta reparar que a doutrina penal brasileira não chegou ainda a um consenso sobre a possibilidade de se enquadrar – ou não – no tipo penal de gestão fraudulenta um único ato de fraude praticado pontualmente no âmbito da administração de uma instituição financeira. Muito pelo contrário, enquanto uma parte destacada da doutrina penal considera que a prática de um único ato fraudulento se revela suficiente para a caracterização delitiva⁶, outra parte não menos influente reputa que esse crime somente estará configurado quando se estiver diante da prática reiterada e habitual de atos fraudulentos durante a gestão de uma instituição financeira. Cuidar-se-ia, então, para os que entendem dessa forma, de uma hipótese de crime habitual⁷.

⁵ RUIVO, Marcelo de Almeida, *Criminalidade Financeira – Contribuição à Compreensão da Gestão Fraudulenta*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, Pgs. 153/154.

⁶ Vide: **(i)** RUIVO, Marcelo Almeida, *Criminalidade Financeira – Contribuição à Compreensão da Gestão Fraudulenta*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011. Pgs. 149 e 150; **(ii)** DE SANCTIS, Fausto Martin, *Delinquência Econômica e Financeira*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015. Pgs. 56/57; **(iii)** NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – Vol. 2*, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012. Pg. 640.

⁷ Nesse sentido: **(i)** BITENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal Econômico*, Editora Saraiva, São Paulo, 2016. Pg. 253; **(ii)** PRADO, Luiz Regis, *Direito Penal Econômico*, 6ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014. Pg. 159; **(iii)** TÓRTIMA, José Carlos, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, 2ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002. Pgs. 31/32; **(iv)** DELMANTO, Roberto et al, *Leis Penais Especiais Comentadas*, 2 Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2015. Pgs. 33/34; **(v)** PAULSEN, Leandro, *Crimes*

No âmbito jurisprudencial, muito embora seja possível encontrar julgados em sentido oposto⁸, tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal Federal parecem admitir atualmente a possibilidade de configuração do crime de gestão fraudulenta a partir da prática de um individual ato fraudulento no curso da gestão de uma instituição financeira. Isto porque perspectivam o crime de gestão fraudulenta como uma hipótese de “*crime habitual impróprio, em que uma só ação tem relevância para configurar o tipo, ainda que sua reiteração não configure pluralidade de crimes*”⁹.

Ao que parece, entretanto, não se mostra acertada a orientação que tem prevalecido na jurisprudência pátria.

Nesse passo, deve-se concordar com a corrente doutrinária que sustenta que um único ato de fraude jamais poderia caracterizar o crime de gestão fraudulenta, seja porque o verbo “*gerir*” não se resume à prática de um ato individual de gestão, mas pressupõe certa habitualidade, isto é, o exercício de uma atividade caracterizada por sucessivos atos de gestão durante um determinado espaço de tempo¹⁰, seja porque o advérbio “*fraudulentamente*”, previsto não por acaso no tipo penal, traduz uma ideia de repetição¹¹.

A corroborar esse entendimento, impende observar que a própria Lei nº 7.492/1986 tratou de criminalizar expressamente atos singulares de fraude praticados no âmbito da gestão de instituições financeiras sempre que julgou conveniente fazer isso. Assim, por exemplo, no seu artigo 10º, restou criminalizado o seguinte ato fraudulento de gestão: “*Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento*

Federais, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2018. Pg. 298; (vi) MAZLOUM, Ali, *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, Editora Célebre, São Paulo, 2007. Pg 84.

⁸ Vide: TRF-2, ACR 0000767-68.2006.4.02.5001, 2ª T. Esp., Des. Rel. Simone Shreiber, j. 12.04.2016; TRF-4, ACR 2002.04.01.007233-8, 8ª T, Des. Rel. Elcio Pinheiro de Castro, j. 06.12.06; TRF-3, HC 1999.03.00.034746-7, 1ª T, Des. Rel. Roberto Haddad, j. 30.11.1999.

⁹ STJ, AgRg no AREsp nº 608.646/ES, 6ª T, Min. Rel. Sebastião Reis Júnior, j. 20.10.15. No mesmo sentido: STF, HC 89.364/PR, 2ª T, Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. 23.10.07; STJ, HC 284.546/SP, 5ª T, Min. Rel. Jorge Mussi, j. 01.03.16.

¹⁰ BITENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal Econômico*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2016. Pg. 253.

¹¹ PRADO, Luiz Regis, *Direito Penal Econômico*, 6ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014. Pg. 159.

exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores imobiliários". Já no seu artigo 7º, inciso I, criminalizou-se a não menos grave ação fraudatória de gestão de *"emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários [...] falsos ou falsificados"*. Por fim, ainda a título de exemplo, no seu artigo 6º, cuidou-se de criminalizar o seguinte comportamento fraudulento: *"Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente"*.

Note-se, inclusive, que, se o crime de gestão fraudulenta se caracterizasse com a prática de uma única ação fraudulenta, tal como sustentado por parte da doutrina e da jurisprudência, se estaria legitimando situações de flagrante injustiça. Enquanto, por um lado, um administrador que viesse a inserir elementos falsos nos demonstrativos contábeis de uma empresa praticaria um grave ato fraudulento de gestão e responderia penalmente pelo crime previsto no artigo 10º da Lei nº 7.492/86, com pena de reclusão que varia de 1 (um) a 5 (cinco) anos; por outro lado, um administrador que viesse a praticar um qualquer outro ato fraudatório de gestão, ainda que não tão grave, desde que não tipificado em outro artigo da Lei nº 7.492/86, responderia penalmente pelo crime de gestão fraudulenta, cuja pena cominada orbita entre elevados 3 (três) e 12 (doze) anos de reclusão. Não há, com a devida vênia, a mínima lógica ou razoabilidade nisso.

Frente a esse cenário, conclui-se que, tal como se apresenta, não merece ser aprovada a nova redação que está sendo proposta no PL nº 262/2015 ao tipo penal de gestão fraudulenta.

Em atenção aos argumentos até aqui expostos, acredita-se que uma reforma dogmaticamente apropriada do tipo penal de gestão fraudulenta poderia ser intentada tomando-se como base os preceitos primários formulados no artigo 354 do Projeto de Lei do Senado nº 236/12 (Anteprojeto de Código Penal), que levam em consideração para

fins de tipificação e de cominação da pena não apenas os concretos efeitos das fraudes perpetradas durante a gestão de uma instituição financeira, como também o fato de ter sido verificada a prática de um único e pontual ato fraudulento ou então a prática habitual e sucessiva de atos fraudulentos no seio da administração. *In verbis*:

“Fraude na gestão

Art. 354. Praticar ato fraudulento na gestão de instituição financeira:

Pena – prisão, de um a quatro anos.

Gestão fraudulenta

§ 1º Se a conduta for habitual:

Pena – prisão, de um a cinco anos.

Fraude com prejuízo

§ 2º Se da conduta decorrer prejuízos para terceiros:

Pena – prisão, de dois a seis anos.

Fraude geradora de intervenção, liquidação ou falência

§ 3º Se da conduta decorrer intervenção, liquidação extrajudicial ou falência da instituição financeira.

Pena – prisão, de três a sete anos”.

2.2. DO TIPO PENAL DE GESTÃO TEMERÁRIA

Com relação ao tipo penal de gestão temerária, o Projeto de Lei nº 262/2015 procura alterar a redação da norma incriminadora insculpida no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492/1986, nos termos a seguir delineados:

| Redação Atual do Parágrafo Único, do Artigo 4º, da Lei nº 7.492/86 | Redação Proposta no Projeto de Lei nº 262/2015 |
|---|---|
| <i>“Se a gestão é temerária”.</i> | <i>“Se a gestão é temerária, caracterizada pelo risco extremamente elevado e injustificado dos negócios e das operações financeiras”.</i> |

Conforme se depreende do quadro comparativo acima, a modificação que se pretende realizar no tipo penal cinge-se à inserção de um pequeno texto ao término da redação atualmente em vigor a fim de esclarecer que gestão temerária deve ser compreendida como aquela *“caracterizada pelo risco extremamente elevado e injustificado dos negócios e das operações financeiras”*.

Não obstante as louváveis intenções que impulsionam o Projeto de Lei nº 262/2015, verifica-se que as mudanças que estão sendo nele propostas são deveras acanhadas para solucionarem os problemas dogmáticos que circundam esse tipo penal.

Desde logo, tem-se por certo que qualquer reformulação que se proponha fazer no tipo penal de gestão temerária deve se iniciar procurando desvinculá-lo do artigo 4º da Lei nº 7.492/1986, isto é, do tipo penal de gestão fraudulenta, pois é evidente que se está diante de um tipo penal autônomo – e não, por exemplo, de um tipo penal privilegiado ou qualificado, que compartilha com um determinado tipo penal básico as suas circunstâncias elementares. É o que foi muito bem assinalado por GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA e ABEL GOMES FERNANDES em artigo acadêmico sobre o tema:

“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, tipo penal autônomo.

Com efeito, quando o legislador isolou no parágrafo único do art. 4º, conduta incriminada através do seguinte dispositivo: ‘Se a gestão é temerária – reclusão de dois a oito anos e multa’, foi além de inserir meros elementos acidentais que seriam circunstâncias do tipo básico, de modo a criar um tipo privilegiado.

Na verdade, alterou a estrutura daquele que seria o tipo básico do caput do art. 4º, no qual a fraude é uma elementar do tipo, ao passo que no parágrafo único não se exige ou prevê a fraude, mas pune a prática de uma nova conduta típica, aquela que consiste na gestão temerária da instituição. Um tipo agora menos grave que o primeiro.

A temeridade da gestão não é um elemento accidental do crime de gestão fraudulento, 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”¹².

Na realidade, afigurar-se-ia necessário não apenas o pronto desligamento do tipo penal de gestão temerária do artigo 4º da Lei nº 7.492/86, mas também a sua imediata reestruturação interna. Isto porque não parece haver motivo algum que justifique a invulgar opção legislativa por estruturar esse tipo penal sem a narrativa de uma conduta qualquer, simplesmente impondo a alguém uma pena no caso de a gestão de uma instituição financeira puder ser qualificada como temerária. Convém, portanto, seguir o padrão dos demais tipos penais autônomos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, que, como se sabe, são erigidos com a descrição de um comportamento e com a estipulação de uma sanção, a ser infligida em quem vier a cometê-lo.

O Projeto de Lei nº 262/2015, para além de não propor a realização desses necessários ajustes estruturais internos e externos no tipo penal de gestão temerária, peca também, sob a ótica do subscritor do presente parecer, porque pretende fazer alterações no seu conteúdo normativo que não ostentam a menor relevância prática. Afinal, é senso comum na doutrina e na jurisprudência que a gestão temerária se caracteriza “*pelos riscos extremamente elevado e injustificado dos negócios e das operações financeiras*”.

A rigor, as modificações legislativas então propostas são incapazes de delimitar a extensão do tipo objetivo de gestão temerária, permitindo, deste modo, que ele continue se assemelhando, tal como restou argutamente observado há mais de três décadas por MANOEL PEDRO PIMENTEL, a um “*monstro ameaçador, que poderá sobressaltar*

¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira e GOMES, Abel Fernandes, *Temas de Direito Penal e Processo Penal*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999. Pgs. 213/214.

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”¹³.

Fica evidenciado, assim, que o PL 262/2015 não se propõe a realizar reformas efetivas no tipo penal de gestão temerária, o que, no entanto, poderia ter sido feito, por exemplo, com a enumeração taxativa de condutas concretas de gestão temerária que se enquadram nesse tipo penal, com a previsão de um resultado de dano ou de perigo concreto para fins de configuração típica, ou mesmo com a supressão do vocábulo “temerária”, que tem gerado incontornáveis confusões doutrinárias e jurisprudenciais, dentre outras razões, porque um dos seus significados está atrelado à imprudência, que é uma das características inerentes aos crimes culposos – e não aos dolosos.

Ao que parece, um caminho mais seguro para uma reformulação adequada do tipo penal de gestão temerária pode ser seguido tomando-se como referência o esboço do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal presidido pelo nosso mestre EVANDRO LINS E SILVA, que conferiu a seguinte redação a esse delito:

“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 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;

¹³ PIMENTEL, Manoel Pedro, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987. Pg. 52.

V – pagar juros notoriamente superiores aos legais ou empregar qualquer meio ruinoso, para obter recursos e retardar a decretação da liquidação forçada”¹⁴.

Em suma, conclui-se então que também não merece ser aprovada a redação que está sendo proposta no PL 262/2015 ao tipo penal de gestão temerária.

3. CONCLUSÃO

Ao fio de todo o exposto, ao mesmo tempo em que se reitera a necessidade de se promover o quanto antes uma reforma nos tipos penais de gestão fraudulenta e de gestão temerária, reputa-se que não devem ser acolhidas as alterações propostas pelo Projeto de Lei nº 262/2015 ante as inconsistências apontadas.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 2018.

CLAUDIO BIDINO

OAB 145.100

¹⁴SILVA, Evandro Lins e (Coord.), *Esboço do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal*, 1994 *apud* BITENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal Econômico*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2016. Pg. 269.