UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E MEDICINA FORENSE

NICOLE TRAUZYNSKI

GESTÃO FRAUDULENTA E CONCURSO DE NORMAS NA LEI DOS CRIMES
CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

SÃO PAULO
18 de janeiro de 2014

NICOLE TRAUCZYNSKI

**GESTÃO FRAUDULENTA E CONCURSO DE NORMAS NA LEI DOS CRIMES
CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL**

Dissertação apresentada no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Helena Regina Lobo da Costa.

SÃO PAULO
18 de janeiro de 2014

RESUMO

O presente trabalho visa analisar as implicações e desafios impostos ao direito penal na tutela da criminalidade econômica atual, especialmente no que tange ao delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, previsto no *caput* do artigo 4º da Lei 7.492/86, delito mais severamente apenado na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Em razão de sua descrição absolutamente genérica e da gravidade da sanção cominada buscar-se-á interpretar suas elementares típicas de forma conectada aos motivos que ensejaram a sua edição, bem como relacionada ao bem jurídico tutelado pela norma, aplicando-se redutores teleológicos no desiderato de conferir ao tipo uma identidade própria, agregando coerência interna na própria lei e minimizando os recorrentes problemas quanto ao âmbito de incidência de seus dispositivos legais, por vezes dispostos em situação de conflito aparente de normas. Nesses termos, o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira será decomposto em todos os seus elementos típicos, objetivos e subjetivos, observando-se sua objetividade jurídica, objeto material, sujeitos ativos, passivos, concurso de pessoas, consumação e tentativa. Posteriormente, será adentrado à problemática do concurso aparente de normas entre o crime estudado – gestão fraudulenta de instituição financeira – e os demais tipos penais previstos na Lei 7.492/86, especialmente em relação aos tipos penais previstos nos artigos 5º, 6º, 9º, 10, 11, 16, 17, 21 e 22. A análise será feita com base nas relações lógico-conceituais entre os preceitos normativos, seguida de uma interpretação teleológica e valorativa, com base nos critérios de resolução de conflito aparente de normas propostos pela doutrina – especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade. Ao final, as conclusões encontradas serão confrontadas com o recorte jurisprudencial dos julgados atinentes à matéria, proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos últimos 10 anos (01/01/2003 a 31/12/2013).

Palavras-chave: Criminalidade econômica. Gestão fraudulenta de instituição financeira. Conflito aparente de normas na Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional.

ABSTRACT

This work intends to analyze the implications and challenges imposed on criminal law for the defense of current economic crimes, especially in regards to the crime of mismanagement of financial institutions provided for in the *main provision* of Article 4 of Law No. 7492/86, a crime punished by maximum sentence in the Law of Crimes against the National Financial System. As a result of its completely general description and the severity of the sanction imposed, the interpretation of its typical elements shall be made in connection with the motives which originated the enactment thereof, as well as relating to the legal interest protected by the rule, while applying teleological reducers for the purpose of conferring a proper identity to the definition of the crime, adding internal consistency to the law itself and minimizing recurring problems regarding the scope of incidence of the legal provisions thereof, at times applied in situations of apparent conflict of rules. This way, the crime of mismanagement of financial institutions will be decomposed into all its typical objective and subjective elements, addressing legal objectivity, material object, perpetrators, victims, co-perpetration, consummation and attempt. Next, it will address the issue of the apparent joinder of rules between the crime examined - mismanagement of financial institution - and other criminal offenses established by Law 7492/86, especially in relation to criminal offenses provided for in Articles 5, 6, 9, 10, 11, 16, 17, 21 and 22. The analysis will be based on logical-conceptual relations between the normative precepts, followed by a teleological and judgmental interpretation, based on the solution criteria of apparent conflict of rules proposed by the jurists - specialty, subsidiarity, merger and alternativity. Finally, the conclusions reached will be confronted with case law clippings of decisions regarding the matter granted by the Federal Regional Court of the third Region in the past 10 years (01/01/2003 to 12/31/2013).

Keywords: Economic Crime. Mismanagement of financial institution. Apparent conflict of rules in the Law of Crimes against National Financial System.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. EVOLUÇÃO DO ESTADO E BEM JURÍDICO PENAL	10
1.2 TUTELA DA ORDEM ECONÔMICA E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL	15
1.3.1 Escopo da Lei 7.492/86	23
2. O CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA	31
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	31
2.1 BEM JURÍDICO	33
2.2 SUJEITOS ATIVO, PASSIVO E CONCURSO DE PESSOAS	35
2.3 TIPO OBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA.....	39
2.5. TIPO SUBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA.....	50
2.6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	52
3. CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS.....	55
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	55
3.2 Das relações lógico-conceituais entre preceitos	62
3.3 Dos Princípios auxiliares para solução do conflito aparente de normas	66
4. DA ANÁLISE DOS POSSÍVEIS CONCURSOS APARENTES DE NORMAS ENTRE O DELITO DE GESTÃO FRAUDULENTA E OS DEMAIS TIPOS PENAIS DA LEI 7.492/86 À LUZ DA DOCTRINA ESTUDADA	75

4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	75
4.2 CONFLITO ENTRE O ART. 4º E 5º	77
4.3 CONFLITO ENTRE O ARTIGO 4º, 6º, 9º, 10 e 11 DA LEI 7.492/86	88
4.4 DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS ARTIGOS 4º E 16 DA LEI 7.492/86	93
4.5 CONFLITO ENTRE O ART. 4º E 17	95
4.6 CONFLITO ENTRE O ARTIGO 4º, 21 e 22	98
5. DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DA DOCTRINA ESTUDADA.....	105
5.1 RESULTADOS QUANTITATIVOS	105
5.2 RESULTADOS QUALITATIVOS.....	113
6. CONCLUSÃO.....	134
7. APENSO – FORMAÇÃO DO BANCO DE DADOS	139
7.1 SELEÇÃO DAS DECISÕES	139
7.2 CODIFICAÇÃO DAS DECISÕES	143
8. REFERÊNCIAS.....	146

INTRODUÇÃO

Com a maximização da economia, tanto financeiramente quanto tecnologicamente, e a sua elevação a proporções globais com a interpenetração dos mercados, as condutas delituosas perpetradas no âmbito econômico financeiro ganharam contornos de gravidade singular. Isso porque podem atingir a sociedade como um todo, repercutindo sobre uma pluralidade de vítimas e implicar danos, muitas vezes, irreparáveis.

Sobremodo, num contexto de crises econômicas que afligiram a economia global nos últimos anos, tem-se observado que uma economia sólida não é apenas aferida pela sua capacidade de gerar riqueza, senão também pela transparência e controlabilidade de seus fluxos econômicos, do que decorre a legitimidade do estado de atuar nessa esfera de direitos.

No entanto, há que se ter em vista o papel e o conceito de bem jurídico penal, que se qualifica com relação à mera ideia de bem jurídico tutelável, quando se analisa a ordem econômica.

Com efeito, muito embora o legislador constituinte haja outorgado ao legislador ordinário a tarefa de realizar a incriminação de condutas, não deixaram de existir restrições e/ou imposições ao poder de legislar, notadamente quanto aos tipos penais voltados à regulamentação e intervenção do domínio econômico.

A intervenção penal – por ser a forma mais gravosa de interferência, tanto no que diz respeito ao infrator quanto à sociedade – deve estar alerta para se ater a fatos que atinjam, efetivamente, de forma ofensiva os bens constitucionalmente assegurados. E mais, que possuam a necessária *carência* e *dignidade* de tutela penal¹, sem olvidar de critérios como adequação do meio, *ultima ratio*, fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade, eficiência, dentre outros.

A complexidade na descrição e comprovação dos crimes econômicos, muitas vezes, pela própria complexidade a eles inerente, não pode servir como justificativa a violar garantias fundamentais do cidadão.

¹ Pressupostos mencionados por Manuel da Costa Andrade na análise da legitimidade da incidência penal. ANDRADE, Manuel da Costa. A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2. Fasc. 2. abr./jun. 1992.

O que se verifica na prática, porém, é um período de profusão de leis elaboradas e aprovadas, muitas vezes, ao sabor político da situação. A intervenção criminal na sociedade tem acontecido de forma desorganizada, por intermédio de tipos genéricos, ou abertos demais, ou ainda, de forma fracionada, tipificando a mesma conduta em várias etapas, em manifesta ofensa ao princípio do *non bis in idem*, bem como à segurança jurídica que deve nortear o jurisdicionado. O Poder Legislativo Nacional tem seguido em sentido oposto ao indicado pela melhor doutrina e são vários os tipos que alargam a incidência do sistema penal a um inseguro âmbito pré-lesivo.

A falta de critério na técnica legislativa de criação de tipos penais acaba por gerar espaço para arbítrio do órgão acusatório e do julgador, prejuízo à defesa e complexas discussões quanto à aplicação e interpretação dos tipos penais. Nesse particular, inafastável a ponderação de KARL LARENZ sobre essa característica contemporânea:

Se hoje o pêndulo se inclina muito claramente para o lado da justiça do caso, isto também tem relação com a perda da autoridade do legislador actual, que só raras vezes se ocupa o tempo necessário e faz o esforço de tornar a examinar cuidadosamente as suas formulações, e não raro omite em absoluto uma regulação, quando esta pode e deve esperar-se dele. Ambos os fenómenos são graves em larga medida. O Estado de Direito não pode renunciar, sobretudo nas complexas relações de nosso tempo, nem às leis bem pensadas, nem a uma magistratura que tome a sério a sua vinculação à lei e ao Direito².

Por essa razão, não são poucos os desafios encontrados para conferir uma adequada produção de sentido à Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e, mais especificamente, ao delito de gestão fraudulenta, cujos limites objetivos e subjetivos, passados vinte e oito anos da edição da lei, ainda são imprecisos.

De fato, o tipo conciso, de apenas quatro palavras – gerir fraudulentamente instituição financeira –, instiga o tratamento dogmático com complexos problemas. A começar por sua objetividade jurídica, que, por sua generalidade, pode levar a um abstrato “centro de riscos” financeiros, passando por sua indefinição quanto aos sujeitos ativos e até mesmo quanto aos

² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Trad. J. Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983, p. 421.

critérios pelos quais se pode identificar uma instituição financeira propriamente dita. Além disso, passa por questões quanto à pluriofensividade e natureza da lesividade, alcançando, por fim, questões quanto à proporcionalidade da resposta penal à conduta eventualmente perpetrada no caso concreto.

Observa-se uma situação de casuísmo que beira a arbitrariedade e a ausência de critérios punitivos seguros e racionais despreza as mais básicas conquistas do Estado Moderno.

Além disso, o artigo 4º da Lei 7.492/86, em virtude de sua generalidade, acaba por ser aparentemente aplicável de maneira concomitante a outros delitos, tais como os artigos 5º, 6º, 7º, 9º, 10, 11, 16, 17, 21 e 22 – sem prejuízo de outros tipos penais –, tendo em vista que estes também se executam mediante atos fraudulentos, induzindo o intérprete a imaginar a possibilidade de um concurso formal ou material entre tais normas.

Contudo, tal solução não seria a mais adequada, pois a concorrência para os mesmos fatos de tipos penais distintos representaria uma inequívoca duplicidade punitiva, imputando-se ao aplicador do direito a difícil tarefa de enfrentar esses conflitos na análise dos casos concretos.

O presente trabalho pretende densificar o estudo nesse sentido, visando contribuir com a interpretação e aplicação da lei, com vistas à justa solução de casos concretos.

A metodologia utilizada no trabalho, inicialmente, será a mais tradicional em termos de abordagem de tipos penais, bem como nos textos que analisam crimes em espécie.

A fim de seguir linha de raciocínio lógico, o objeto de pesquisa será situado dentro de sua temporalidade. Será apresentando um breve relato histórico a evolução do Estado e a legitimidade da tutela penal do sistema financeiro, o contexto da criação da Lei 7.492/86 e a sua importância na sociedade atual, bem como a práxis relativa à definição pela doutrina dos bens jurídicos por ela tutelados.

Em virtude da complexidade e importância do tema, buscar-se-á uma abordagem na análise da tipicidade do crime de gestão fraudulenta, a conferir-lhe a necessária densidade normativa e segurança ao jurisdicionado, de modo que se concretize com fundamento em postulados dogmáticos mais sólidos, compatíveis com a operacionalização de um direito penal vinculado aos ditames do Estado Democrático de Direito.

Serão aplicados redutores teleológicos visando conferir ao tipo uma identidade própria, com vistas a agregar coerência interna na própria lei e solucionar os recorrentes problemas quanto ao âmbito de incidência de seus dispositivos legais dispostos, por vezes, em situação de conflito aparente de normas.

Uma vez estabelecido o contexto no qual se insere o tema, bem como as premissas envolvendo a compreensão normativa sobre o delito estudado, serão analisados os conceitos dogmáticos a respeito de resolução de concursos aparente de normas sobre os quais se fundamentarão as discussões envolvendo o delito previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86 e os demais tipos penais do mesmo diploma legal.

Pautando-se por guias doutrinários, a abordagem partirá da observância da relação lógico-conceituais entre os preceitos³ e de sua relação com os critérios da especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade.

Posteriormente, tendo em vista a natureza *sui generis* do delito em estudo, será dedicado um especial cuidado na análise do concurso aparente de normas entre ele e os demais tipos da Lei nº 7.492/86, especialmente em relação aos artigos 5º, 6º, 9º, 10, 11, 16, 17, 21 e 22.

Por fim, a partir do método de análise de conteúdo de decisões judiciais⁴, buscar-se-á verificar como o Tribunal Regional Federal da 3ª Região – órgão do Poder Judiciário com jurisdição sobre o principal centro financeiro do país –, tem abordado a matéria nos últimos 10 (dez) anos, no período de 01/01/2003 a 31/12/2013, a fim de verificar os critérios utilizados e eventual solução encontrada quando da imputação do delito de gestão fraudulenta em conjunto com demais tipos penais da Lei 7.492/86, confrontando-os com as premissas adotadas no presente estudo e os critérios anteriormente abordados.

Finalmente, serão apresentadas as conclusões do presente trabalho.

³ Conforme sistematização proposta por Ulrich Klug, na qual a análise do concurso de normas parte da observação das relações entre os conceitos sob quatro critérios: heterogeneidade, identidade, subordinação e interferência. In KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 62.

⁴ O detalhamento do processo de seleção de acórdãos para formação do banco de dados e métodos de análise consta no apenso do presente trabalho.

1. EVOLUÇÃO DO ESTADO E BEM JURÍDICO PENAL

Em uma pesquisa acerca da criminalidade econômica e dos vetores interpretativos que devem norteá-la, é indispensável que nos situemos a respeito da evolução histórica e das rupturas paradigmáticas que contextualizam o fenômeno estudado, especialmente sobre os reflexos do direito constitucional penal moderno na eleição e conformação dos bens jurídicos a serem objeto de tutela penal.

A evolução do direito durante o século XX trouxe sensíveis transformações. O Estado Liberal assumiu a feição de Estado Social e passou a se desincumbir de atividades qualificadas por uma função assistencial à sociedade. Houve o abandono de um modelo abstencionista, dando origem a um modelo marcado por prestações positivas derivadas de exigências impostas por novos marcos constitucionais⁵. Embora a gênese do Estado Social esteja situada na passagem do século XIX ao XX, é imprescindível referir o incremento qualitativo ocorrido a partir das Cartas Constitucionais do segundo pós-guerra, com o qual se ampliou significativamente a articulação com o princípio democrático⁶.

LUIZ LUISI menciona que as constituições modernas, ao incorporarem e conciliarem os princípios do Estado Liberal e do Estado Social, renovaram, de um lado, as garantias individuais, e de outro inseriram normas a tornarem concretas a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando valores de interesse geral como os pertinentes ao trabalho, à saúde, à assistência social, à atividade econômica, ao meio ambiente, à educação, à cultura, dentre outros⁷.

O constitucionalismo⁸ baseado em valores de democracia e direitos fundamentais assumiu, dessa forma, o novo aspecto de norma direta fundamental, que dirige os poderes

⁵ As constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919, denominada Constituição de Weimar, constituem os primeiros marcos desse modelo de Estado.

⁶ STRECK, Maria Luiza. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 20.

⁷ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 12.

⁸ Nesse sentido adota-se a concepção de constitucionalismo de Joaquim Gomes Canotilho, qual seja: “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina, 2003, p. 51.

públicos e condiciona os particulares de forma a assegurar a realização de valores constitucionais.

Rompeu-se, pois, com a concepção tradicional do perfil normativo negativo das funções do Estado, ou seja, dos direitos fundamentais encartados na constituição apenas como garantia dos cidadãos contra as arbitrariedades do Estado, para um perfil também normativo positivo, ou seja, a Lei fundamental como programa normativo do Estado e da sociedade. Nesses moldes, o Estado ganhou ares de efetivador e garantidor desses direitos⁹.

Em outros termos, no desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, abandonou-se o prisma eminentemente liberal e individualista, restrito à proteção do indivíduo em face do Estado, para uma concepção mais ampla, na qual também se incluíram, minimamente, questões de ordem social, econômica e cultural.

Nesse contexto, a Constituição Brasileira de 1988, ao proclamar a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, fundando seus pilares sob a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político, bem como sob os poderes do povo, a ser exercido diretamente ou por meio de representantes eleitos, elegeu esse pilares de acordo com a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, como “princípios constitucionais fundamentais” do ordenamento jurídico brasileiro¹⁰.

Decorre imediatamente desse caráter estruturante que todas as demais normas constitucionais e infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com esses princípios, de modo a buscar-se a harmonia do ordenamento jurídico brasileiro, atribuindo-lhes a necessária densidade normativa.

O direito penal não fica imune a esses novos parâmetros constitucionais. A interpretação do conteúdo e o alcance dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988 passam a servir de viga mestre de sustentação dos necessários avanços no regime de proteção do ser humano, necessariamente fundado na prevalência incondicional da dignidade da pessoa humana.

⁹ CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 166-168.

¹⁰ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 93.

As transformações históricas e axiológicas que culminaram na adoção do constitucionalismo dirigente acabaram por refletir na dogmática penal, impondo-se um redesenho dos bens jurídicos sob guarida da tutela penal, a fim de adequá-los à necessária dependência material constitucional.

Impôs-se, também na esfera penal, a superação da concepção de bem jurídico tradicionalmente de cariz liberal-individualista para uma acepção mais ampla, a fim de abranger, também, bens jurídicos de caráter supraindividual (ou coletivos).

Essa acepção é de suma relevância para o direito penal econômico, eis que os interesses protegidos nesse âmbito, ainda que interfiram em direitos individuais, em grande parte, apresentam-se em uma dimensão supraindividual.

Ressalta-se, desde logo, que o desenvolvimento histórico do bem jurídico, bem como o panorama doutrinário contemporâneo da discussão sobre o tema não será objeto de análise, tendo em vista extrapolarem os limites objetivos do presente trabalho, bem como já terem sido amplamente abordados em estudos específicos¹¹.

Por outro lado, em que pese não se alcance um conceito fechado para tal instituto na dogmática penal, parte-se do pressuposto, na linha do que sustenta HELENA REGINA LOBO DA COSTA, de que “o instituto do bem jurídico não pode ser abandonado, seja como critério de limitação material das incriminações, seja como norte teleológico na interpretação dos tipos penais”¹²

Assim, parte-se da aceitação da Constituição como critério material negativo à eleição do bem jurídico-penal e da observação de que a tutela de tais bens não pode vir dissociada dos demais pressupostos penais, devendo apenas ser considerada legítima se efetivamente for socialmente necessária¹³.

¹¹ HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007; PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2010. Tese (Livre-Docência). Faculdade de Direito, USP, São Paulo.

¹² COSTA, Helena Regina Lobo. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-Docência). Faculdade de Direito, USP, São Paulo. p. 87.

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 72.

Ou seja: “quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana”¹⁴.

Corroborando tal entendimento, ARNALDO MALHEIROS FILHO, com apoio no escólio de BRICOLA, sustenta que o ilícito penal somente pode se concretizar diante de uma ofesividade significativa de um bem constitucionalmente relevante, *in verbis*:

A sanção penal somente pode ser adotada diante da violação de um bem, o qual, caso não seja do mesmo grau em comparação ao valor (liberdade pessoal) sacrificado, deve ao menos ser dotado de relevância constitucional (...). Relevância constitucional de um bem não significa simplesmente ausência de caráter antiético do mesmo ante a constituição, mas a assunção do mesmo pelos valores explícita ou implicitamente garantidos pela Carta Constitucional¹⁵.

A intervenção penal – por se constituir na forma mais gravosa de interferência, tanto no que diz respeito ao infrator, como à sociedade – deve ater-se aos fatos que atinjam efetivamente de forma ofensiva os bens constitucionalmente assegurados, ou seja, deve ser aquela necessária e imprescindível para a afirmação do bem tutelado, a fim de garantir a paz e a justiça social, preservando-se direitos e garantias fundamentais.

Em outros termos, a determinação de bens jurídico-penais e sua eleição como dignos à intervenção penal devem ter por base critérios como os da adequação do meio, fragmentariedade, *ultima ratio*, subsidiariedade, proporcionalidade¹⁶ – desdobramentos do princípio constitucional da intervenção mínima e corolários do próprio Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a constituição deve servir como limite material negativo e não como norma propulsora da intervenção penal, sob a forma de determinação: “Nem todo bem, interesse ou valor estabelecido na constituição pode ser considerado um bem jurídico com dignidade penal. De outro lado, nem todo bem jurídico necessita de tutela penal, bastando

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 72.

¹⁵ MALHEIROS, Arnaldo Filho. *Direito Penal Econômico e Crimes de Mero Capricho*. In *Direito penal Econômico: Análise Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁶ COSTA, Helena Regina Lobo. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17.

muitas vezes a proteção por outros ramos do direito”¹⁷. ANA ELISA BECHARA bem sintetiza tal contexto:

Nessa perspectiva, o direito penal legitima-se democraticamente quando voltado à proteção da sociedade e, em última análise, dos interesses dos indivíduos que a compõe. Justifica-se, então, a intervenção penal apenas na medida da necessidade para o fim de evitar delitos, conforme o princípio da intervenção mínima (desdobrado nas vertentes subsidiária e fragmentária), como decorrência da dignidade humana e do direito à liberdade, expressos constitucionalmente. Do mesmo modo, apenas se verifica a necessidade da intervenção jurídico-penal num contexto democrático quando esta seja realmente útil para cumprir seu objetivo protetor, e não um efeito meramente simbólico¹⁸.

Para que se possa exercer a função crítica do instituto do bem jurídico, é essencial que seja usado como limite à incriminação e não como sua legitimação¹⁹. Significa dizer, como pondera HELENA REGINA LOBO DA COSTA, “que todo o tipo penal deve ter como substrato a lesão ou ameaça a um bem jurídico (além do atendimento aos demais princípios), mas nem todo bem jurídico deve ser tutelado pela via penal. Somente como critério negativo pode o bem jurídico prestar alguma contribuição crítica ao direito penal”²⁰.

Decorre de tal constatação, que o simples fato do “bem jurídico conceber ao tipo penal certo conteúdo material não significa que ele diferencie, ontologicamente, o ilícito penal de outros tipos de ilícitos”²¹. Bens jurídicos dignos de tutela jurídica podem ser tutelados por vias não penais. A intervenção jurídico-penal deve ser desenvolver de forma fragmentária, a

¹⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios político criminais da intervenção penal no âmbito econômico-financeiro: uma lógica equivocada. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 66.

¹⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios político criminais da intervenção penal no âmbito econômico-financeiro: uma lógica equivocada. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 44-45.

¹⁹ COSTA, Helena Regina Lobo. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

²⁰ Nesse sentido leciona Helena Regina Lobo da Costa, vide: COSTA, Helena Regina Lobo. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

²¹ COSTA, Helena Regina Lobo. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

partir de critérios como adequação do meio, *ultima ratio*, subsidiariedade, proporcionalidade, eficiência, dentre outros²².

A grande questão que se coloca é o que deve ser entendido como bem jurídico econômico e quais deles devem ser declarados dignos e carentes da tutela penal²³, buscando-se harmonizar os princípios constitucionais penais, limitadores do *jus puniendi estatal*, com as exigências de proteção dos valores transindividuais.

Partindo das premissas acima expostas, vejamos seus reflexos sobre a tutela da esfera econômico-financeira.

1.2 TUTELA DA ORDEM ECONÔMICA E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O discurso da repressão criminal acompanhou o movimento constitucional e as transformações decorrentes do modelo de Estado adotado, contexto no qual o bem jurídico penal ampliou seu perfil tradicional de proteção de bens de caráter individual, para abarcar, também, bens de caráter transindividual (ou coletivos).

Essa forma de desenvolvimento social, na qual se inserem as condutas socialmente danosas na esfera econômico-financeira, passou ser tutelada e controlada pelo direito penal, buscando-se meios de também proteger bens jurídicos universais – aqueles que apresentam um potencial risco a uma pluralidade de vítimas.

A criminalidade econômica não é um fenômeno recente, tendo em vista estar atrelada à própria evolução da economia²⁴. Contudo, como a esfera econômico-financeira maximizou-se, adquirindo proporções globais com a interpenetração dos mercados, a globalização e as quedas de barreiras, as ações delituosas nesse âmbito ganharam contornos de gravidade

²² COSTA, Helena Regina Lobo. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

²³ Pressupostos mencionados por Manuel da Costa Andrade na análise da legitimidade da incidência penal. ANDRADE, Manuel da Costa. A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2. Fasc. 2. abr./jun. 1992.

²⁴ RIOS, Rodrigo Sanches. *Reflexões sobre o Delito Econômico e sua delimitação*. Revista dos Tribunais, maio de 2000. vol. 775, p. 432.

singular, já que com a velocidade das operações e as repercussões internacionais as lesões ao bem jurídico poderiam se mostrar irreparáveis²⁵.

Segundo MANUEL DA COSTA ANDRADE e FIGUEIREDO DIAS:

A criminalidade econômica, nas suas formas clássicas ou modernas, é um tema de marcada atualidade. Pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade econômica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Daí a invenção de formas eficazes de luta seja hoje preocupação das instâncias governativas, judiciais, policiais, etc. de todos os países²⁶.

Não obstante, a referência constitucional à incriminação de condutas censuráveis nessa esfera de direitos já encontrava respaldo no ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1934, mas ganhou especial relevância na atual ordem constitucional, justamente por seu caráter dirigente²⁷.

É o que se infere da redação do artigo 170 da Constituição de 1988, no qual se estabelecem os fundamentos da ordem econômica brasileira, pautada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, buscando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados diversos princípios, dentre os quais o da livre concorrência e o tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte; bem como do quanto disposto no parágrafo quarto do artigo 173, no qual se estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e ainda, à previsão do artigo 192, na qual se determina que

²⁵ Salienta Juliano Breda: “Nas últimas décadas, inegavelmente, o poderio econômico aumentou sensivelmente, tornando o Estado dependente de grandes grupos financeiros. Ao lado deste fenômeno, novas condutas danosas foram surgindo, colocando em risco todo o sistema econômico. A atuação do direito penal passou então a regulamentar esse subsistema” BREDAS, JULIANO. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 01.

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manoel Da Costa. “Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional”. In *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000. p. 64-65.

²⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios político criminais da intervenção penal no âmbito econômico-financeiro: uma lógica equivocada. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 50.

o Sistema Financeiro Nacional será estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade.

Em decorrência das necessidades vislumbradas, notadamente nos períodos pós-guerras e nas crises que lhe seguiram²⁸, bem como pela globalização, esmaecimento de fronteiras e gravidade das repercussões de eventuais práticas delitivas no âmbito econômico-financeiro, o direito penal econômico passou a tutelar valores essenciais à preservação da ordem econômica e à garantia de sua efetivação, buscando-se uma situação de equilíbrio, liberdade de iniciativa e competição.

Essa nova perspectiva de direito, para alguns, deu ensejo à ampliação do direito penal, por vezes chamada de expansão²⁹, modernização³⁰ ou administrativização³¹ da tutela penal, pretensamente ancorados na busca de maior eficácia diante da demanda social e valendo-se da constituição não só como limite, mas também como norma propulsora do direito penal³².

Contudo, como já antecipado, o reconhecimento de valores e interesses expressos na constituição não implica na obrigação da tutela penal, sendo o bem jurídico e o princípio da ofensividade os critérios mínimos de legitimidade dessa intervenção. Tal constatação não escapa à definição do âmbito de intervenção penal na esfera econômico-financeira.

ANA ELISA BECHARA pondera que “a necessária ofensividade a um bem jurídico condiciona, conforme já verificado, toda a justificação utilitária do direito penal como instrumento de tutela, constituindo seu principal limite externo”³³. Além disso, aduz que a partir do reconhecimento de que determinado interesse constitui um bem jurídico, é de se

²⁸ Sobre o legado do desenvolvimento histórico da legislação para a percepção atual pelo direito penal econômico, vide: COSTA, Helena Regina Lobo. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-Docência). Faculdade de Direito, USP, São Paulo. p. 21 e ss.

²⁹ Expressão de Jesús Maria Sanches. In *La expansion Del derecho penal*. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999. p. 21.

³⁰ Sobre o tema conf. Eduardo Correia. Notas Críticas à Penalização de Actividades Económicas. In *Direito Penal Económico*. Coimbra: CEJ, 1985, p. 11 e ss.

³¹ Expressão encontrada na obra de Miguel Reale Junior. In *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 21.

³² Adotando a concepção da constituição como fundamento normativo do direito penal (zonas de obrigatoria intervenção do legislador penal) é a doutrina de Antonio Carlos da Ponte. In DA PONTE, Antonio Carlos. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 147-151; e Luciano Feldens In FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

³³ BECHARA, Ana Elisa. Critérios político criminais da intervenção penal no âmbito econômico-financeiro: uma lógica equivocada. In *Direito Penal Económico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 57.

proceder, ainda, a um juízo valorativo sobre a justificação de sua tutela por meio do instrumento mais extremo, que é a pena³⁴.

Ou seja, não se trata de tutelar penalmente toda e qualquer conduta ligada ao direito econômico, mas aquelas que realmente sejam ofensivas ao bem jurídico tutelado, isto é, que sejam dotadas da necessária dignidade penal e carência da tutela penal³⁵, sem olvidar dos cânones do direito penal clássico, como os critérios da subsidiariedade, fragmentariedade, *ultima ratio*, dentre outros.

A legitimidade da intervenção penal nessa esfera, assim como no âmbito do direito penal clássico, demanda não só a demonstração do bem jurídico tutelado pela norma e seu respectivo referencial constitucional, mas também a verificação da necessidade da tutela penal desse interesse social de natureza econômica para sua efetiva proteção³⁶.

Não por outro motivo, NILO BATISTA salienta que “especial cuidado deve ter o legislador da intervenção econômica do Estado, evitando-se a tentação de socorre-se permanentemente do direito penal; essa tendência penalística inflacionária, como determinou BRICOLA, pode questionar o princípio da intervenção mínima”³⁷.

Sobremodo em um contexto de esmaecimento das fronteiras nacionais, ressurgimento dos controles estatais (crise nos EUA) e indevidas apostas do poder punitivo para satisfazer as pretensões de investidores e população é de se recordar que a tutela da seara econômico-financeira não pode descurar dos demais postulados do direito penal.

JULIANO BREDÁ alerta que “relegar a função do direito penal a um mero auxiliar ou um agente de reforço à disciplina de subsistemas jurídicos significa incompatibilizá-lo com a sua moderna concepção de protetor subsidiário de bens jurídicos fundamentais ao desenvolvimento da coletividade”³⁸.

³⁴ BECHARA, Ana Elisa. Critérios político criminais da intervenção penal no âmbito econômico-financeiro: uma lógica equivocada. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 57.

³⁵ Pressupostos mencionados por Manuel da Costa Andrade na análise da legitimidade da incidência penal. ANDRADE, Manuel da Costa. A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2. Fasc. 2. abr./jun. 1992.

³⁶ BECHARA, Ana Elisa. Critérios político criminais da intervenção penal no âmbito econômico-financeiro: uma lógica equivocada. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 57.

³⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 89-90.

³⁸ BREDÁ, JULIANO. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 51.

Sobre a caracterização dos bens jurídicos econômicos, MANUAL DA COSTA ANDRADE pondera que “para além de sua índole *supraindividual* – aspecto formal, comum a outros grupos de *bens jurídicos* como os relativos à saúde pública, ao ambiente, etc. os bens jurídicos tutelados pelo direito penal econômico caracterizam-se materialmente pela sua relevância direta para o sistema econômico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar³⁹.

Segundo aludido autor, essa qualificação é indispensável, pois possibilita a diferenciação entre duas ordens de valores ou interesses, a saber: de um lado as que relevam a vida comunitária como sistema econômico com seus conflitos reais; e de outro as que se exaurem no interior da própria administração, como interesse cognitivo específico, voltado a garantir certa transparência da vida econômica por intermédio dos deveres de comunicação, informação e registro, impostos aos operadores econômicos⁴⁰.

Aludida distinção, ainda que metodológica, serve para delimitar a tutela penal apenas quando da violação das primeiras, enquanto na outra, observa-se somente uma transgressão ou contraordenação⁴¹.

Não há dúvidas de que o mercado financeiro e a economia podem e, por vezes devem, ser objetos de disciplina jurídica, porém a regulamentação deve se voltar à tutela de valores fundamentais de cada um dos subsistemas que compõe a política econômica de governo adotada⁴², o que não implica, necessariamente, a intervenção jurídico-penal.

ANDREI ZENKNER SCHMIDT destaca que há que se ter em mente a clara distinção entre “a ordem econômica enquanto bem jurídico tutelável e a mesma ordem econômica como bem jurídico penalmente tutelável”⁴³.

³⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (dec.-lei n. 28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de Bem jurídico. In *DIREITO penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume I - problemas gerais*. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1. p. 402.

⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (dec.-lei n. 28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de Bem jurídico. In *DIREITO penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume I - problemas gerais*. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1. p. 402.

⁴¹ Idem.

⁴² BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 51.

⁴³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Delimitação do Direito Penal Econômico a Partir do Objeto do Ilícito. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

Desse modo, a criminalização de condutas que afetem o regular funcionamento da ordem econômica deve ser submetida a uma dupla relação de fragmentariedade, tendo em vista que a regra entre Estado e economia não é a intervenção, mas sim o oposto. Decorre de tal constatação que “nem toda relação econômica (desviada ou não) é passível de tutela jurídica; nem todo o desvio econômico passível de tutela jurídica comporta, só por essa razão, tutela penal”⁴⁴.

Em outros termos, se o Estado pode se municiar de instrumentos adequados para proteger a correta execução da política econômica adotada, tendo em vista que “os princípios reitores de um estado economicamente viável, além de abrangerem a geração de renda e a promoção da igualdade social, também estão direcionados à transparência dos seus fluxos econômicos”⁴⁵, isso não significa dizer que a legitimidade dessa tutela, *per si*, resulte na legitimidade da intervenção jurídico-penal.

Tais pressupostos mostram-se indispensáveis principalmente na esfera da repressão criminal, tendo em vista que ao incidir sobre a liberdade e a dignidade das pessoas, a atividade estatal só pode ser exercida com obediência aos parâmetros estabelecidos pelas garantias fundamentais do cidadão, corolárias do próprio Estado de Direito.

As dificuldades na descrição e comprovação dos crimes econômicos, muitas vezes pela própria complexidade a eles inerente, não pode servir como justificativa a violar tais garantias. A atuação do direito penal somente estará justificada e legitimada, seja no âmbito econômico ou em qualquer outra esfera de direitos, quando a proteção ordenada pela constituição não puder ser alcançada de outra forma: a tipificação penal, para ser válida, precisa, necessariamente, atender aos princípios da legalidade, fragmentariedade, subsidiariedade, imprescindibilidade, racionalidade e proporcionalidade.

Cumprе mencionar que aludidos princípios, bem como as garantias deles decorrentes, não se limitam ao processo de elaboração das leis, mas também à sua interpretação. Com efeito, entre diversas interpretações possíveis, o exegeta deve optar por excluir do âmbito de incidência da norma penal aquelas condutas que não apresentem real ofensividade sobre o

⁴⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Delimitação do Direito Penal Econômico a Partir do Objeto do Ilícito. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

⁴⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Delimitação do Direito Penal Econômico a Partir do Objeto do Ilícito. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

bem jurídico tutelado pelo preceito incriminador⁴⁶.

Nessa senda, observa-se que o bem jurídico penal desempenha dupla função: condiciona tanto a validade da norma penal quanto sua aplicação casuística, sendo que esta última ainda pressupõe a demonstração empírica de que o bem jurídico tutelado foi lesionado ou potencialmente colocado em perigo. Deslegitima-se, assim, a incriminação de atos de mera desobediência a funções, políticas de gestão, controle ou regulação do Estado sobre a ordem econômica, posto que destituídas de qualquer substancialidade⁴⁷.

Não obstante, tal perspectiva do bem jurídico penal deve estar atrelada ainda a referenciais individuais, à luz das especificidades do âmbito de atuação do direito penal econômico⁴⁸. É dizer, “o bem jurídico de cariz supraindividual não possui legitimidade *própria e autônoma*”, mas sim em função de interesses individuais relevantes neles diretamente representados, como por exemplo, o patrimônio⁴⁹.

São essas as premissas fundamentais à interpretação do tipo penal de gestão fraudulenta, objeto do presente trabalho, inserido na subpolítica monetária voltada à regulação da oferta de moeda e, conseqüentemente, de crédito, no âmbito do sistema financeiro nacional, especialmente afetado no caso de abusos e fraudes nas instituições financeiras que o constituem⁵⁰.

Sem descurar das inúmeras críticas no sentido de que mencionado tipo penal é aberto demais, o que poderia ser entendido como violação à garantia da taxatividade⁵¹ –

⁴⁶ MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp.37-58, 2012. p. 45.

⁴⁷ MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp.37-58, 2012. p. 45.

⁴⁸ COSTA, Helena Regina Lobo. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-Docência). Faculdade de Direito, USP, São Paulo. p. 87.

⁴⁹ Nesse sentido alerta Diogo Malan pautado na teoria personalista. MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp.37-58, 2012. p. 44.

⁵⁰ Sobre a caracterização de aludida subpolítica econômica, vide: SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Delimitação do Direito Penal Econômico a Partir do Objeto do Ilícito. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55.

⁵¹ “Princípio da taxatividade ou da determinação (*nullum crimen sine lege scripta*): diz respeito à técnica de elaboração de lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica. Tal assertiva constitui postulado indeclinável no Estado de Direito material – democrático e social (Cf. arts. 1º a 6º, CF). Procura-se o *arbitrium judicis* através da certeza da lei com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. (...) Como bem se esclarece, a exigência de

desdobramento do princípio da legalidade e da intervenção mínima – algo que a doutrina, em grande medida, já pontuou, parte-se dessa constatação como elemento motivador à busca da recuperação do tipo penal em estudo, reinserindo-o no contexto que determinou a edição da Lei 7.492/86 e interpretando-o de acordo com os limites impostos pelo bem jurídico penal a cuja proteção fora criado.

Tal abordagem parece oportuna na medida em que, como visto, o bem jurídico penal cumpre dupla função, tanto de legitimação da norma, como limite teleológico interpretativo do preceito incriminador. Junte-se a isso a constatação de que a Lei 7.492/86, em cujo diploma o tipo penal está encartado, é anterior à Constituição Federal ora em vigor, o que também impõe sua reinterpretação à luz das garantias fundamentais do cidadão, corolárias do próprio Estado de Democrático de Direito. E finalmente porque, a partir da teoria econômica e do conceito de instituição financeira adotado por mencionada lei, é possível vislumbrar que o sistema financeiro nacional não é um fim em si mesmo, mas um meio para realização de interesses individuais⁵².

Também não se ignoram os inúmeros projetos de lei relacionados ao tema⁵³. Contudo, como também partem de redações deficitárias que não auxiliam uma melhor compreensão do

determinação se refere não só a descrição de condutas delitivas, mas também a fixação dos marcos ou margens penais, que quando excessivamente amplos colidem com o princípio da legalidade”. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume I: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 114.

⁵² Nesse sentido são as ponderações de Diogo Malan ao abordar o bem jurídico tutelado pela lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional. MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp.37-58, 2012. p. 38.

⁵³ Existem diversos projetos de lei no Congresso Nacional que versam sobre o delito de gestão fraudulenta, cuja análise detida dependeria de pesquisa específica que ultrapassa os limites deste estudo. Todavia pode-se mencionar os seguintes projetos atualmente em andamento na Câmara dos Deputados: **Projeto de Lei 5139/13**, do Deputado Camilo Cola (PMDB-ES), que ainda aguarda parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), define os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira. Incurreria no primeiro delito quem “utiliza-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”. Já como temerária seria classificada a gestão caracterizada pelo risco extremamente elevado e injustificado dos negócios e das operações financeiras; **Projeto de Lei 6984/06**, do Deputado Demóstenes Torres, pronto para pauta, mas cujo parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) foi pela inconstitucionalidade e injuridicidade, altera a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, para agravar penas, proibir a fiança e o recurso em liberdade, exigir o cumprimento mínimo de metade da pena para obtenção de benefícios penais, além de especificar o tipo penal de gestão fraudulenta de instituições financeiras nos seguintes termos: Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira, dando causa à decretação da intervenção, liquidação extrajudicial ou da falência: Pena – reclusão de 6 (seis) a 15 (quinze) anos, e multa.

Disponível em:
http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=gest%C3%A3o+fraudulenta&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass3=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Nmero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&pesqAssunto=1&OrgaoOrigem=todos.

Acesso em 16-01-2014. No Senado Federal, o único projeto de Lei atinente à matéria (SF PL 170/2004), encontra-se na secretaria de arquivo. Disponível em:

tema, bem como diante de sua inaplicabilidade atual, opta-se por buscar uma abordagem do tipo penal densa o bastante para lhe conferir identidade própria, agregar coerência interna na própria lei e minimizar os recorrentes problemas quanto ao âmbito de incidência concomitante com os demais tipos penais previstos no mesmo diploma legal, dispostos, por vezes, em situação de conflito aparente de normas⁵⁴.

1.3.1 Escopo da Lei 7.492/86

A Lei 7.492/86 – Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – foi editada num contexto de crise e após um processo conturbado de elaboração legislativa. O clamor público existente à época, diante dos sucessivos escândalos financeiros e agudas crises econômicas e inflacionárias, fez com que o Estado adotasse medidas a assegurar a normalidade dos mercados e os interesses de investidores e depositantes, injetando volumosos recursos oriundos da arrecadação fiscal. Tal política deu ensejo à regulamentação prevista pelo Decreto Lei 1.342/74, alterando-se a Lei 5.143/66, cujo teor do artigo 12 passou a ter a seguinte redação:

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/consulta.asp?Tipo_Cons=8&orderby=6&hid_comissao=TOD++TODAS&hid_status=TOD++TODAS&str_tipo=&selAtivo=&selInativo=&radAtivo=S&txt_num=&txt_ano=&sel_tipo_norma=&txt_num_norma=&txt_ano_norma=&sel_assunto=&sel_natureza=&sel_tipo_autor=&txt_autor=&sel_partido=&sel_uf=&txt_relator=&ind_relator_atual=S&sel_comissao=&txt_assunto=gest%E3o+fraudulent+a&tip_palavra_chave=T&rad_trmt=T&sel_situacao=&ind_status_atual=A&dat_situacao_de=&dat_situacao_ate=&txt_tramitacao=&dat_apresentacao_de=&dat_apresentacao_ate=. Acesso em 16-01-2014.

Vale mencionar, por fim, o **Projeto de Novo Código Penal**, cujo relatório do Senador Pedro Taques, foi aprovado no último dia 17 de dezembro de 2013 na Comissão Especial do Senado e agora segue para o plenário do Senado e da Câmara. Disponível em: <http://www.pedrotaquesmt.com.br/uploads/downloads/Relatorio-Novo-Codigo-Penal-10-12-13.pdf>. Nesse projeto, o crime de gestão fraudulenta passaria a ter a seguinte redação: “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. §2º Se da conduta decorrer prejuízos para terceiros. Pena - prisão, de dois a seis anos. §3º Se da conduta decorrer intervenção, liquidação extrajudicial ou falência da instituição financeira. Pena - prisão, de três a sete anos. §4º Se a fraude, ainda que reiterada, exaurir-se na gestão, sem outra potencialidade lesiva, fica por esta absorvida”. Nesse particular, valem as críticas de Miguel Reale Junior em reportagem ao Jornal Gazeta do Povo: “a gestão fraudulenta está mal definida na Lei dos Crimes Financeiros, mas está pior definida no projeto [do novo Código Penal]. Diz que gestão fraudulenta é praticar ato fraudulento na gestão de instituição financeira. Ato fraudulento é qualquer ato, por exemplo, um diretor que dá fraudulentamente a presença para a secretária que está ausente. Ele fraudula sem que com isso tenha atingido o sistema financeiro”. O tipo penal tem de estar voltado para proteção do bem jurídico que é a instituição financeira”. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justicadireito/entrevistas/conteudo.phtml?id=12966-54>. Acesso em 16-01-2014.

⁵⁴ No mesmo sentido, busca a proposta apresentada por Luciano Feldens em: FELDENS, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82.

Art. 12. A receita líquida do imposto se destinará à formação de reservas monetárias, as quais serão aplicadas pelo Banco Central do Brasil na intervenção nos mercados de câmbio e de títulos, na assistência a instituições financeiras, particularmente ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, e em outros fins, conforme estabelecer o Conselho Monetário Nacional.

§ 1º Em casos excepcionais, visando a assegurar a normalidade dos mercados financeiro e de capitais ou a resguardar os legítimos interesses de depositantes, investidores e demais credores acionistas e sócios minoritários, poderá o Conselho Monetário Nacional autorizar o Banco Central do Brasil a aplicar recursos das reservas monetárias.

a) na recomposição do patrimônio de instituições financeiras e de sociedades integrantes do sistema de distribuição no mercado de capitais, referidas nos [incisos I, III e IV do artigo 5º da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965](#), com o saneamento de seus ativos e passivos;

b) no pagamento total ou parcial do passivo de qualquer das instituições ou sociedades referidas na alínea precedente, mediante as competentes cessões e transferências dos correspondentes créditos, direitos e ações, a serem efetivadas pelos respectivos titulares ao Banco Central do Brasil, caso decretada a intervenção na instituição ou sociedade ou a sua liquidação extrajudicial, nos termos da legislação vigente

§ 2º Na hipótese da alínea a do parágrafo anterior, poderá o Banco Central do Brasil deixar de decretar a intervenção na instituição ou sociedade, ou a sua liquidação extrajudicial, se entender que as providências a serem adotadas possam conduzir à completa normalização da situação da empresa⁵⁵.

Não obstante essa intervenção setorizada, a sentida ineficiência das medidas administrativas da Lei 6.024/1974 e a incapacidade de subsunção das condutas daqueles gestores de instituições financeiras da época que malversavam o patrimônio investido de terceiros às normas previstas pela Lei 1.521/51, tendo em vista o surgimento das novas espécies de instituições, que não se encontravam no rol taxativo previsto por referida norma, incitaram a aprovação do PL 273/1982 que culminou na redação prevista na Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional⁵⁶.

⁵⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5143.htm. Acesso em 12-01-2014.

⁵⁶ FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 170-200, set./out. 2010. p. 176.

Segundo constata ELA WIECKO DE CASTILHO, havia um sentimento generalizado de impunidade, tendo em vista que “os administradores não eram sancionados penalmente porque suas condutas não se enquadravam na definição de crimes ou a responsabilidade pessoal era de difícil comprovação, dissimulada em deliberações coletivas da empresa”⁵⁷. Tal sensação acaba expressamente consignada na exposição de motivos de mencionado PL 273/1982:

O presente projeto representa a velha aspiração das autoridades e do povo no sentido de reprimir com energia as constantes fraudes observadas nos sistema financeiro nacional, especialmente no mercado de títulos e valores mobiliários.

Os cofres públicos, em função da preocupação governamental de preservar a confiança no sistema, vêm sendo largamente onerados com verdadeiros escândalos financeiros sem que os respectivos culpados recebam a punição adequada, se é que chegam a recebê-la.

A grande dificuldade do enquadramento desses elementos inescrupulosos, que lidam fraudulentamente ou temerariamente, com valores do público, reside na inexistência de legislação específica para as irregularidades que surgiram com o advento de novas e múltiplas atividades no sistema financeiro nacional, especialmente após 1964⁵⁸.

O projeto foi aprovado ignorando anteprojetos anteriores elaborados por comissões técnicas, o que acabou por prejudicar sobremaneira a qualidade de seus dispositivos. A pressa com que a lei foi aprovada visava o seu alto caráter simbólico na punição dos ricos e poderosos e a necessidade de se romper com as más relações entre o regime militar e os grupos financeiros nesse período de redemocratização⁵⁹.

De todo modo, a Lei foi proposta e aprovada no intuito de reforçar a tutela tendente a “assegurar a normalidade do sistema financeiro nacional, resguardando os interesses da

⁵⁷ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle Penal nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 126.

⁵⁸ FELDENS, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84.

⁵⁹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle Penal nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 133.

coletividade (depositantes e demais usuários)”⁶⁰, tendo em vista a marcada ineficiência regulatória em âmbito administrativo, que não obteve êxito em estancar os abusos e fraudes gerenciais, implicando a aplicação de vultuosos recursos na contenção dos efeitos negativos de aludidas manobras lançavam ao restante do sistema⁶¹.

A precária técnica legislativa, contudo, levou à estruturação de seus dispositivos pautados no desvalor do agente e não no desvalor da ação, criando-se a presunção de perigo ao sistema financeiro nacional, como se este último fosse o bem jurídico protegido⁶².

Não por outra razão, grande parte da doutrina comumente assinala que os bens jurídicos tutelados pela Lei 7.492/86 seriam “a boa execução da política de governo”⁶³; a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional e de suas instituições”⁶⁴, dentre outras expressões afins.

Assinalava JOÃO MARCELO DE ARAÚJO, referindo-se ao diploma em geral: “a despeito da lesão ao patrimônio individual que possam causar, a tônica da reprovação social está centrada na ameaça do dano que representam para o sistema financeiro, que se caracteriza como um interesse jurídico supraindividual”⁶⁵.

JOSÉ CARLOS TÓRTIMA, ao abordar o artigo 4º de mencionado diploma legal, principal delito e mais severamente apenado, destaca que o objeto de tutela é, em primeiro plano, a estabilidade e a higidez do Sistema Financeiro Nacional, indispensáveis à boa execução da política econômica de governo, concretamente avaliados. E, secundariamente, a proteção dos investidores e o próprio mercado financeiro, tanto do risco moral quanto sistêmico, decorrentes de gestões passíveis de ofender a confiabilidade e a higidez do Sistema Financeiro como um todo⁶⁶.

⁶⁰ FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 170-200, set./out. 2010. p. 177.

⁶¹ FELDENS, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84.

⁶² MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp. 37-58, 2012. p. 52.

⁶³ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86*, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 34, 44, 50.

⁶⁴ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 48.

⁶⁵ ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. *Dos Crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 145-146.

⁶⁶ TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 51.

CEZAR BITENCOURT, por seu turno, aduz que as instituições financeiras enquanto entidades individualmente relevantes no sistema financeiro, também são objeto de tutela penal, inclusive aquelas pertencentes à iniciativa privada. Nesse sentido, sustenta que a lei visa proteger a lisura, a correção e a honestidade das operações atribuídas e efetivadas pelas instituições financeiras e assemelhadas, posto que o bom funcionamento do sistema financeiro como um todo repousa na confiança que a coletividade lhes deposita. Assim sendo, concluem que “a credibilidade é um atributo que assegura o regular e exitoso funcionamento do sistema financeiro como um todo”⁶⁷.

DIOGO MALAN, com precisão dogmática, alerta para o fato de que todos esses conceitos partilham de duas características essenciais: “imprecisão teórico conceitual e tutela de políticas estatais ou funções da administração pública”. A consequência direta de tal constatação é o “esvaziamento do conteúdo material do conceito de bem jurídico penal e o subsequente recrudescimento do poder punitivo estatal”⁶⁸.

Com efeito, possibilita-se um juízo de subsunção puramente formal às normas, pela simples soma de suas elementares típicas, descontextualizado dos pressupostos que justificaram a intervenção penal no âmbito econômico financeiro e da verificação da real potencialidade lesiva sobre o bem jurídico tutelado por esse diploma legal.

Aludidas concepções descaracterizam completamente o instituto do bem jurídico-penal, lhe suprimindo toda carga de concretude e utilidade prática na legitimação e interpretação de preceitos incriminadores⁶⁹.

Não há dúvidas que os interesses da coletividade (depositantes e demais usuários do sistema financeiro nacional), sua destinatária por disposição constitucional, conforme artigo 192 desse diploma legal⁷⁰, como já antes mencionado, podem ser bens jurídicos, mas a sua eleição à categoria de bens jurídico-penais exige uma carga maior de precisão e conteúdo valorativo, a possibilitar o exercício das funções de aludido instituto.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 80.

⁶⁸ MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp. 37-58, 2012. p. 38..

⁶⁹ MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp. 37-58, 2012. p. 51.

⁷⁰ Art. 192 – “Art. 192 - O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõe, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

De fato, sustentar a tipificação de condutas no âmbito do sistema financeiro nacional visando promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, “contribui apenas para que toda e qualquer criminalização tenha aparente compatibilidade vertical com a Lei Maior”⁷¹, exigindo-se um maior aprofundamento dos valores a serem protegidos, sob pena de violação, como dito, das funções de garantia a serem desempenhadas pelo bem jurídico.

Nesse contexto, há que se diferenciar a *ratio legis* da tutela pretendida, do bem jurídico-penal pretensamente tutelado. Nesses termos, “a boa execução da política de governo”⁷²; “a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional e de suas instituições”⁷³, “a estabilidade e a higidez do Sistema Financeiro Nacional”⁷⁴, são a razão da tutela legal, mas não, necessariamente, o bem jurídico-penal por ela tutelado⁷⁵

O mercado financeiro e a economia podem ser objetos de disciplina jurídica, porém a regulamentação deve se voltar à tutela de valores fundamentais do subsistema que compõe essa subpolítica econômica sem olvidar de seu referencial individual quando da intervenção jurídico-penal.

Nessa senda, partindo do âmbito de incidência tutelado pela Lei 7.492/86 – instituições financeiras – importa verificar seu conteúdo conceitual e valorativo, bem como seus eventuais reflexos no bem jurídico a ser eleito digno de tutela penal.

Nesses termos, partindo da acepção teórico-conceitual disposta no artigo 1º de mencionada lei, verifica-se que instituição financeira, para fins jurídico-penais, é toda “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 de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”.

⁷¹ BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 50.

⁷² PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86*, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 34, 44, 50.

⁷³ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 48.

⁷⁴ TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 51.

⁷⁵ MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp. 37-58, 2012. p. 52.

Também são as instituições financeiras equiparadas “a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual”.

Decorre de tal constatação que o âmbito de incidência da norma está atrelado às atividades das instituições financeiras voltadas à gestão profissional, mediante oferta pública, de ativos financeiros de terceiros (propriedade alheia), do que é possível concluir que esses ativos consistam, efetivamente, no bem jurídico tutelado pela norma, como bem apontado por DIOGO MALAN⁷⁶.

Se se busca a tutela da seara econômico-financeira e dos riscos sistêmicos a ela inerentes, considerando que seu principal âmbito de atuação é a gestão de ativos de propriedade alheia, não há dúvidas que o referencial individual de tal tutela, não é outro senão o patrimônio público e privado investidos nessas instituições⁷⁷.

Como antes mencionado, o sistema financeiro nacional não é um fim em si mesmo, mas um meio para concretização de um fim individual relevante, ainda que em sua acepção coletiva (ou supraindividual).

A interpretação segundo o contexto de edição da Lei 7.492/86 também corrobora tal assertiva, eis que a preocupação estava voltada aos prejuízos decorrentes das fraudes perpetradas no âmbito econômico-financeiro, fazendo menção expressa a episódio específico⁷⁸, cujos danos patrimoniais foram consideráveis a diversos investidores. De tal constatação, é possível supor que a proteção desse patrimônio foi o intuito precípua do legislador.

Além disso, reinterpretando a lei conforme os postulados constitucionais de 1988 se verifica que tal acepção de bem jurídico encontra respaldo tanto no mandamento constitucional para que sejam responsabilizados individualmente os dirigentes da pessoa

⁷⁶ MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp. 37-58, 2012. p. 40.

⁷⁷ MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp. 37-58, 2012. p. 52.

⁷⁸ Segundo menciona Diogo Malan, trata-se do caso Tieppo: “fraude financeira de grandes proporções envolvendo operações no mercado paralelo de câmbio e com obrigações reajustáveis do tesouro nacional (ORTNs). Tal fraude supostamente causou prejuízo total de Cr\$ 1.5000.000,00 (um milhão e meio de cruzeiros) a cerca de 1.000 (mil) investidores àquela época. MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp. 37-58, 2012. p. 54.

jurídica pelos atos praticados contra a ordem econômico e financeira, consoante disposição contida no artigo 173, § 3º, da Constituição de 1988. Como também, na proteção conferida à propriedade privada, princípio reitor da ordem econômica jurídico constitucional, consoante artigo 170, II, do mesmo diploma legal.

Em síntese, parte-se do pressuposto que a Lei 7.492/86, na linha do entendimento expressado por DIOGO MALAN, visa, em última análise, tutelar o patrimônio público e privado investido nas instituições financeiras inseridas no âmbito econômico-financeiro.

Tal constatação tem singular importância na análise do delito de gestão fraudulenta, principal tipo penal e delito mais severamente apenado por mencionado diploma legal. Com efeito, tal reflexão hermenêutica delimita o legítimo exercício punitivo estatal àquelas condutas que realmente sejam ofensivas ao bem jurídico tutelado pela norma, fixando-o como norte interpretativo do dispositivo legal a seguir abordado.

2. O CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Gerir fraudulentamente instituição financeira:

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

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A conduta delituosa prevista no artigo 4º da Lei 7.492/86 já estava contemplada na ainda vigente Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51), sendo esta a antecedente mais genuína do crime em questão.

O inciso IX do artigo 3º de aludida Lei dispõe que:

Gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização, sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e 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 pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras, cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados.

Referida norma, ainda que muito anterior à edição da Lei 7.492/86, apresenta duas grandes vantagens em sua estrutura típica, caracterizadas pela exigência de satisfação de duas elementares típicas, que funcionam como verdadeiras condicionantes, quais sejam: “levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”.

Ocorre que, como há muito asseverou MANOEL PEDRO PIMENTEL, o novo texto legal que culminou na redação prevista na Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional ignorou o anteprojeto da Comissão de Reforma da Parte Especial, e respectivas emendas,

preferindo uma redação concisa e sem elementares⁷⁹. Nesse passo, o tipo do art. 4º da Lei 7.492/86, justamente em face de sua abertura conceitual, passou a ser alvo de severas críticas, ainda mais porque, além de “genérico”, é o tipo legal que prevê a maior sanção dentre aquelas abstratamente cominadas na Lei 7.492/86.

Ao retirar tais elementos, o legislador criou um tipo genérico, exigindo-se unicamente o emprego de fraudes na administração da instituição, desconectadas de qualquer resultado, mas mantendo a grave sanção de 03 a 12 anos de reclusão.

Nesse contexto, o tipo conciso – gerir fraudulentamente instituição financeira –, instiga o tratamento dogmático com complexos problemas. A começar por sua objetividade jurídica, que, por sua generalidade, pode levar a um abstrato “centro de riscos” financeiros, passando pela indefinição quanto as suas elementares típicas. Não obstante, passa por questões quanto à pluriofensividade e natureza da lesividade, alcançando, por fim, questões quanto à proporcionalidade da resposta penal à conduta eventualmente perpetrada no caso concreto.

A ausência de consolidação dogmática sobre o tipo em estudo possibilita que sua aplicabilidade se dê, não raras vezes, mediante um juízo puramente formal, a partir de um descontextualizado juízo de subsunção à norma pela simples soma de suas elementares típicas (gerir + fraudulentamente + instituição financeira), passando ao largo dos pressupostos que justificaram a intervenção penal no âmbito econômico financeiro e da verificação da real potencialidade lesiva sobre o bem jurídico tutelado pela norma, o que claramente não se coaduna com os postulados dogmáticos mais sólidos do direito penal⁸⁰.

Além disso, o artigo 4º da Lei 7.492/86, em virtude de sua generalidade, acaba por ser aparentemente aplicável de maneira concomitante a outros delitos, tais como os artigos 5º, 6º, 7º, 9º, 10, 11, 16, 17, 21 e 22, tendo em vista que estes tipos penais também se executam mediante atos fraudulentos, induzindo o intérprete a imaginar a possibilidade de um concurso formal ou material entre tais normas.

⁷⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86*, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 47. No mesmo sentido BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDI, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 35-37.

⁸⁰ FELDENS, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

Contudo, a concorrência para os mesmos fatos de tipos penais distintos representaria uma inequívoca duplicidade punitiva, violando-se o postulado do *non bis in idem*, imputando-se ao aplicador do direito a difícil tarefa de enfrentar esses conflitos na análise dos casos concretos.

Nesse contexto, a análise do delito em questão, tendo em vista sua descrição absolutamente genérica e a gravidade da sanção cominada, não pode perder seu horizonte histórico, devendo ser feita uma interpretação repleta de cuidados e de aplicação absolutamente restrita.

2.1 BEM JURÍDICO

O bem jurídico do delito previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86, como visto no capítulo anterior (1.2.1) é o patrimônio público e privado investido nas instituições financeiras, objeto de tutela de natureza supraindividual.

É o risco de dano (perigo) significativo sobre esse patrimônio o fundamento do delito, requisito necessário para que adquira contornos típicos.

Buscam-se evitar as crises sistêmicas, inerentes à seara econômico-financeira. Isso porque, basta que uma única instituição financeira quebre para que, tal como efeito dominó, inúmeras outras sigam o mesmo caminho. Veja-se, por exemplo, que bancos emprestam mais dinheiro do que possuem em caixa (geram moeda escritural), de modo que uma crise de confiança acarreta graves danos ao sistema como um todo.

O controle do risco sistêmico é a maior preocupação dos reguladores dos sistemas financeiros e deve ser, também, como assevera LUCIANO FELDENS: “o horizonte compreensivo da intervenção jurídico-penal no setor”⁸¹, em especial como norte interpretativo dos elementos normativos do delito estudado.

Há, inclusive, interesse da própria comunidade em submeter os gestores de instituições financeiras a certo controle, de modo a garantir um mínimo de confiabilidade dos investidores, indispensável à própria sobrevivência do modelo econômico adotado.

⁸¹ FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 170-200, set./out. 2010. p. 180.

Os legisladores, de 1986, buscaram trazer, então, à seara financeira, o “risco penal”, no pressuposto de que, só com isso, aumentariam as cautelas dos operadores. Há uma crença (por vezes indevida) na subjetividade racional, como se a ameaça de pena fosse hábil a inibir os comportamentos indesejados.

Contudo, ainda que a tutela do Sistema Financeiro Nacional confira guarida a direitos da mais alta suposição, tanto para a sociedade como um todo – política econômica de governo –, como para uma massa de investidores individuais, que pautados no princípio da confiança conferem suas poupanças aos gestores dessas instituições, as funções do bem jurídico não podem ser olvidadas.

Desse modo, não será qualquer ato ilícito, praticado em qualquer instituição financeira que encontrará aptidão a ocasionar uma situação de risco hábil a colocar em cheque a normalidade do funcionamento do sistema financeiro nacional, com significativa ofensividade sobre o patrimônio público e privado investido nesse âmbito de atuação, trazendo, assim, eventual reação dos depositantes e investidores.

A norma justifica-se para garantir a segurança ou diminuição das possibilidades de incremento de risco, decorrentes de atos fraudulentos praticados por gestores que malversarem o dinheiro alheio e sejam potencialmente ofensivos sobre o patrimônio público e privado investidos nessas instituições, razão pela qual, conclui-se que embora o tipo não exija resultado, não significa que prescindia de características como real ofensividade (perigo) para ocasionar a intervenção, liquidação ou insolvência dessas instituições financeiras, ainda que essas não venham a ocorrer, bem assim de que mencionadas instituições, por sua relevância e conectividade com o sistema, se constituam como uma esfera de manifestação do bem jurídico para fins do artigo 4º da Lei 7.492/86.

Com efeito, a relevância econômico-financeira da instituição também se revela como um critério materialmente necessário à constatação de uma concreta situação de risco, apta a causar ofensa ao bem jurídico protegido no delito previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86⁸².

⁸² FELDENS, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94.

2.2 SUJEITOS ATIVO, PASSIVO E CONCURSO DE PESSOAS

Por definição legal, podem ser sujeitos ativos do crime de gestão fraudulenta os controladores e administradores das instituições financeiras, sendo considerados como tais, conforme inteligência do § 1º do artigo 25 da Lei 7.492/86, os diretores ou gerentes. São equiparados aos administradores, o interventor, o liquidante e o síndico, conforme previsão expressa do § 2º da mesma norma em referência.

Trata-se, pois, de crime próprio, no qual somente pessoas que possuam uma particular condição – poder de gestão – podem ser sujeitos ativos dos mesmos. Ou seja, no que se refere ao artigo 4º da Lei 7.492/86, exige-se a demonstração de que o agente, à época dos fatos, ocupava um *munus* específico. Vale dizer: que era gestor da instituição financeira (ou entidade equiparada), com poder administrativo, sendo essa uma condição que se caracteriza como elementar do tipo em discussão.

O poder de gestão deve ser entendido como aquele atribuído a quem possui “capacidade autônoma e independente de praticar os atos próprios de uma instituição financeira: captação, intermediação ou negociação de títulos ou valores mobiliários e os responsáveis pelos serviços financeiros”⁸³.

Em outros termos, somente deve ser considerado como potencial autor do delito aquele que detém de fato poder capaz de influir nas decisões fundamentais da instituição financeira. Ou seja, não é a mera posição hierárquica do agente, como por exemplo, o cargo de gerente, que determina a possibilidade de ser autor do crime, mas a condição fática para gerir e controlar a instituição.

Sobre a matéria é a lição de NILO BATISTA:

O gerente-administrador de que se trata, aqui, é o gerente-sócio ou sócio-gerente, este último também encontrável nas sociedades de responsabilidade limitada, não o gerente preposto que executa pautas administrativas sobre as quais nada decidiu.

(...)

⁸³ BREDA, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.792/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 67-68.

Ora, quem ousaria sustentar, após aprofundar seu exame, que o ‘gerente’ referido na lei é o gerente preposto que executa as linhas administrativas no restrito âmbito de uma filial, e não o gerente-administrador, sócio, ao qual eleição ou convenção outorga reais poderes para dirigir a empresa? Também da perspectiva formalista, emparelhar o gerente de uma agência bancária ao diretor do banco é apenas deixar-se trair pela polissemia da expressão, e, portanto, inadmissível⁸⁴.

Essa interpretação, conforme leciona JULIANO BREDÁ, “tem sua gênese na própria descrição que faz o artigo 4º da Lei, visto que o comando descreve a gestão fraudulenta na ‘instituição financeira’, e não em ‘operações financeiras’”⁸⁵. Esclarece que “não haveria dúvidas em incluí-los se o tipo penal fosse realizar operações financeiras das instituições”⁸⁶.

Por outro lado, quanto ao sujeito passivo verifica-se que são os investidores na sua acepção supraindividual e o próprio Sistema Financeiro Nacional. Trata-se de crime de múltipla subjetividade passiva⁸⁷, pois mesmo que não seja identificado um sujeito passivo específico, ainda assim, o Estado será considerado ofendido.

Quanto ao eventual concurso pessoas e participação, verifica-se que todos aqueles que possuem efetivamente poder de gestão e praticarem conjuntamente da empreitada criminosa, respondem em coautoria.

Quanto à possibilidade de participação de terceiros que não sejam controladores ou administradores de instituição financeira, JOSÉ CARLOS TÓRTIMA aduz que, nada impede a participação de terceiros, estranhos à instituição financeira, por meio de auxílio, instigação ou cumplicidade⁸⁸, desde que exista na relação criminosa referido agente dotado de poder de gestão, incidindo à espécie a regra prevista no artigo 30 do Código Penal⁸⁹:

⁸⁴ BATISTA, Nilo. O Conceito Jurídico-penal de Gerente na Lei nº 7.492, de 16/06/86. In *Fascículos de Ciências Penais*. Ano 3, vol. 3, n.1, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 33 e segs.

⁸⁵ BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.792/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 66.

⁸⁶ BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.792/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 66.

⁸⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86*, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 51.

⁸⁸ TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 59.

⁸⁹ Art. 30 Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

A participação pode ocorrer com agentes do mercado destituídos do poder de administração ou não sócios da instituição (investidores), mas que prestam colaboração para a consecução de fraudes, ou instigam aqueles dotados de poder de gestão a praticarem o crime em debate. São, por exemplo, os operadores de mesa na bolsa de valores⁹⁰.

Desde que preenchidos os requisitos previstos nos artigos 29 e 30 do Código Penal, a saber: a) demonstração do injusto principal; b) contribuição efetiva para o plano delituoso alheio; c) conhecimento do delito e vontade de colaborar (cúmplice) ou de o provocar (instigação) e d) a presença do agente dotado de poder de gestão (elementar do crime); seria perfeitamente possível a participação de terceiros no delito de gestão fraudulenta, tanto quanto ocorre no âmbito dos crimes próprios de servidores públicos, como por exemplo, na prática do crime de peculato⁹¹.

Nesse plano, são as ponderações de JUAREZ CIRINO DOS SANTOS:

(...) Assim como o dolo do instigador, o dolo do cúmplice se caracteriza por um duplo objeto: o objeto imediato é a própria ação de ajuda ao autor; o objeto imediato é a realização do fato principal doloso pelo autor.

Nesse sentido, tem por objetivo a consumação do fato principal – não apenas a tentativa – e precisa ser concreto, referindo-se a autor determinado e fato determinado (exceto detalhes, também deixados por conta do autor). Igualmente, a punibilidade do cúmplice depende de fato principal consumado ou tentado (art. 31, CP), pressupõe correspondência entre o conteúdo do dolo do cúmplice e o fato principal consumado ou tentado do autor, e não abrange excessos qualitativos (fato

⁹⁰ BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.792/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 80.

⁹¹ Semelhante orientação pode ser verificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica do julgamento do Habeas Corpus sob nº 89.364, proferido sob relatoria do Ministro JOAQUIM BARBOSA, que considerou possível a aplicação do artigo 30 do Código Penal mesmo no âmbito dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, in verbis: (...) As condições de caráter pessoal, quando elementares do crime, comunicam-se aos co-autores e partícipes do crime. Artigo 30 do Código Penal. Precedentes. Irrelevância do fato de o paciente não ser gestor da instituição financeira envolvida. 3. O fato de a conduta do paciente ser, em tese, atípica – avaliação de empréstimo – é irrelevante para efeito de participação no crime (...) 4. Ordem denegada. (HC 89364, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 23.10.2007, DJe-070 DIVULG 17.04.2008 PUBLIC 18.04.2008)

principal diferente) ou quantitativos (fato principal mais grave) do autor, valendo-se também para o cúmplice a regra do artigo 29, §2º, CP⁹².

Cumpra ressaltar que tal posicionamento não é unânime e já houve posicionamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal em sentido diametralmente oposto. Com efeito, o Ministro MARCO AURÉLIO, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 9.553, não admitiu que a imputação pelo delito de gestão fraudulenta fosse direcionada ao agente que não fosse gestor de instituição financeira, ao argumento de que o crime seria de mão própria e a interpretação sistemática da Lei 7.492/86 afastaria a possibilidade de haver gestão fraudulenta por terceiro estranho à administração do estabelecimento bancário, senão vejamos:

HABEAS CORPUS – ADEQUAÇÃO. Surge a adequação do *Habeas Corpus* com a articulação de prática de ato ilegal e a existência de órgão capaz de afastá-lo. DENÚNCIA – PARÂMETROS. Descabe falar em insubsistência da denúncia quando, na peça, são narrados os fatos que, em tese, consubstanciam crime, ficando, assim, viabilizada a defesa. CRIME FINANCEIRO – GESTÃO FRAUDULENTA – LEI Nº 7.492/86 – RELAÇÃO PENAL SUBJETIVA – TERCEIRO ESTRANHO AO ESTABELECIMENTO BANCÁRIO. A interpretação sistemática da Lei nº 7.492/86 afasta a possibilidade de haver gestão fraudulenta por terceiro estranho à administração do estabelecimento bancário.

(HC 93553, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2009, DJe-167 DIVULG 03.09.2009 PUBLIC 04.09.2009 EMENT VOL-02372-02 PP-00422 LEXSTF v. 31, n. 369, 2009, p. 400-414)

Nesse sentido, MARIANA TRANCHESI ORTIZ leciona que a interpretação do quanto disposto em aludida norma deve ocorrer de forma “integrada com a disciplina das figuras que tipificam os delitos especiais, preservando-lhes a estrutura legal e a *ratio essendi* da limitação do âmbito da autoria a um grupo determinado de indivíduos”⁹³.

Partindo de suas considerações, a responsabilidade do terceiro, estranho à gestão da instituição financeira, somente poderia se dar na qualidade de partícipe e nos limites de sua

⁹² DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Lúmen Júris: ICPC. p. 375.

⁹³ ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de Agentes nos Delitos Especiais*. 1. Ed. São Paulo. IBCCRIM, 2011. p. 207.

atuação. Do contrário, admiti-lo como autor ou coautor, ainda que não reunisse as condições exigidas pelo tipo penal, levaria à violação do princípio da reserva legal e todo sentido da criação dessa espécie de norma⁹⁴.

Frente às citadas regras de extensão previstas nos artigos 29 e 30 do CP entende que caso haja concurso, os agentes que dispuserem de poder de gestão responderão como coautores. E os demais, que colaborarem de forma consciente e útil para o crime, responderão como partícipes.

Adota o entendimento de que mencionado artigo 30 impõe unidade em relação à imputação, ou seja, para assegurar que todos os intervenientes, na hipótese de um delito especial (como é o crime de gestão fraudulenta), respondam pela mesma figura típica; mas não implica, por outro lado, na comunicabilidade das circunstâncias em relação ao título de responsabilidade cada concorrente⁹⁵.

No mesmo sentido pondera NILO BATISTA, para quem o *extraneus* não pode ser autor de um delito especial, a comunicabilidade se opera num fluxo de autor para o partícipe, e não o contrário, razão pela qual, segundo ele “nos crimes especiais, autor idôneo é apenas aquele vinculado ao dever. Se o não qualificado *conhece* a idoneidade do autor, responderá: 1. Nos delitos especiais puros como partícipe, mesmo se interveio na execução do delito”⁹⁶.

2.3 TIPO OBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA

O delito do art. 4º, tendo em vista sua descrição absolutamente genérica e a gravidade da sanção cominada, deve ter aplicação absolutamente restrita nos casos em que a fraude na gestão dos administradores torna-se a regra, a prática rotineira, quotidiana.

O tipo penal é de estruturação *sui generis*, decorre de uma conduta complexa e contínua, formada pela pluralidade de atos, que se prolonga no tempo e é integrada por outras

⁹⁴ ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de Agentes nos Delitos Especiais*. 1. Ed. São Paulo. IBCCRIM, 2011. p. 207.

⁹⁵ ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de Agentes nos Delitos Especiais*. 1. Ed. São Paulo. IBCCRIM, 2011. p. 207.

⁹⁶ BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1979. p. 131.

ações. Essa característica do tipo em análise é partilhada por diversos autores tais como JULIANO BREDÁ, CEZAR BITENCOURT, LUIZ FLAVIO GOMES e LUIZ REGIS PRADO⁹⁷.

Não é crime habitual⁹⁸ ou habitual impróprio, como pensam alguns autores⁹⁹, nem permanente¹⁰⁰. Mas exige uma repetição da conduta proibida – *operação fraudulenta* – ao longo de razoável período de tempo, de forma constante, planejada e duradoura¹⁰¹.

Isso porque, há que se atribuir à expressão gestão o conteúdo semântico mais próximo daquele comumente empregado na linguagem coloquial, de maneira a atender a função de advertência do tipo penal, qual seja a separação entre condutas lícitas e ilícitas.

Nesse sentido, levando em conta o significado habitual do verbo “gerir”, JOSÉ CARLOS TÓRTIMA pondera que “gerir” não se consuma somente com um ato de gestão, razão pela qual, nesses termos, o tipo também não se aperfeiçoa:

Gerir, significando administrar, reger e governar, não se consuma com apenas um ato de gestão, gerência, de administração ou governo, exige, necessariamente, uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal. E para que se infira ser a gestão fraudulenta ou temerária, necessário se faz cotejar esses atos no bojo de uma administração, gerência ou regência¹⁰².

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 40-42; BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.123; GOMES, Luiz Flavio. *Notas Distintivas do Crime de Gestão Fraudulenta: art.4º da Lei 7.492*. Em: Roberto Podval (Org.) *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 358; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 164.

⁹⁸ “O que caracteriza o *crime habitual*, via de regra, é a prática reiterada de certos atos que, isoladamente, podem constituir um indiferente penal. Em outros termos, a repetição, isto é, a reiteração com *habitualidade* do mesmo ato, a pluralidade da mesma conduta é que permite a caracterização da figura típica. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41.

⁹⁹ Nesse sentido é o posicionamento de Antonio Carlos Rodrigues da Silva em *Crimes do Colarinho Branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 48; e Ricardo Henrique Araújo Pinheiro. Boletim IBCCRIM – Ano 19 – nº 228 – Novembro – 2011.

¹⁰⁰ Cite-se como exemplo, o sequestro, cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, se protraí no tempo. DOTTE, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 464.

¹⁰¹ BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.792/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁰² TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p. 52.

No mesmo sentido estão as ponderações de ROBERTO DELMANTO:

(...) O núcleo do tipo é gerir, que significa conduzir, administrar, comandar, cuidar de um negócio, dirigir. Impossível, assim, haver gestão de um ato só, já que o núcleo exige certa habitualidade, reiteração de atos de administração¹⁰³.

ANTONIO CARLOS RODRIGUES DA SILVA não discrepa desse entendimento e assevera:

O referido núcleo, gerir, é predicado verbal de natureza habitual, evidenciando condutas reiterativas no tempo e no espaço. Gerir, significando administrar, reger e governar não se consuma com apenas um ato de gestão, de gerência, de administração ou de governo, exige, necessariamente, uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal. E para que se infira ser a gestão fraudulenta ou temerária, necessário se faz cotejar esses atos no bojo de uma administração, gerência ou regência¹⁰⁴.

Assim, lembramos as palavras de Ali Mazloum, *verbis*: o verbo gerir dignifica administrar, reger, dirigir, gerenciar, comandar. Pelo sentido do núcleo verbal, entende-se haver certa habitualidade ou permanência na ação. (...) note-se que, quando quis o legislador punir determinado ato isolado, fraudulento ou temerário, destacado da atividade de gestão, fê-lo expressamente. É o exemplo do artigo 6º da Lei de Regência (...) ¹⁰⁵.

A lei não menciona o fato de se praticar atos de gestão fraudulenta, mas define o tipo penal como gerir fraudulentamente, indicando, sem qualquer tipo de dúvida, a pluralidade de atos.

É justamente o conjunto de atos, numerosos e praticados num determinado lapso temporal, que, analisados conjuntamente, ensejarão a conclusão de toda a gestão fraudulenta, unificando, pois, a prática de diversas condutas num único tipo. Nesse exato sentido, são as ponderações de JOSÉ CARLOS TÓRTIMA, para quem “a lei não diz, simplesmente, praticar ato

¹⁰³ DELMANTO, Roberto et alii. *Leis Penais Comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 142.

¹⁰⁴ SILVA, Antonio Carlos Rodrigues da. *Crimes do Colarinho Branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 48.

¹⁰⁵ DELMANTO, Roberto et alii. *Leis Penais Comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 142.

de gestão fraudulento (ou temerário), mas sim gerir fraudulentamente”, a indicar pluralidade de atos, pautando a conduta do agente em um determinado período de tempo¹⁰⁶.

Por outro lado, parte da doutrina, capitaneada especialmente por LUCIANO FELDENS RODOLFO TIGRE MAIA E MARCELO DE ALMEIDA RUIVO, entende que referida interpretação não seria razoável, visto que um único ato de gestão seria capaz de ofender o bem jurídico tutelado e, até mesmo, de forma mais gravosa que a repetição de atos de menor intensidade.

Para essa corrente, uma única ação do administrador, desde que envolva fraude (ou pelo elevado risco), poderia ser suficiente para prejudicar gravemente a saúde financeira da instituição, logo não se justifica a indispensável pluralidade de atos para a caracterização do tipo penal em testilha.

Segundo sustenta LUCIANO FELDENS, exigir a pluralidade de atos “afasta do domínio do tipo uma ação gerencial fraudulenta pelo exclusivo fato de sua unicidade, a despeito de haver atingido, a partir dela, o resultado típico (perigo),”¹⁰⁷ o que não seria adequado.

Para mencionado autor, a questão parece melhor colocada nos termos defendidos por RODOLFO TIGRE MAIA, para quem referido delito seria acidentalmente habitual, a permitir que um ato isolado possa, em tese, caracterizar a infração penal, sem implicar que de sua recorrência decorra uma pluralidade de delitos¹⁰⁸.

O mesmo entendimento é expresso por MARCELO ALMEIDA RUIVO, segundo o qual: “o ato de gestão, em face da capacidade ofensiva da conduta, para a justiça penal, pode e deve ser entendido isoladamente”, sem que, para tanto, implique-se pluralidade de crimes quando os atos fizerem parte de uma cadeia ou exercício habitual, nem punições excessivas e desmesuradas por atos isolados sem a correspondente ofensa ao bem jurídico em análise¹⁰⁹.

¹⁰⁶ TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 52.

¹⁰⁷ FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 170-200, set./out. 2010. p. 189.

¹⁰⁸ FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 170-200, set./out. 2010. p. 189.

¹⁰⁹ “O eventual temor da ocorrência de punições, desmesuradas e injustas, a partir da prática de uma única e exclusiva conduta isolada, sem qualquer significado ofensivo em relação ao bem jurídico-penal tutelado, não se justifica à medida que não se está a desconsiderar o tipo penal e o Princípio da Legalidade. Muito pelo contrário. Reforça o potencial de garantia do tipo penal quando o ilícito é convocado e se afirma que o elemento normativo ‘gerir’ somente apresentará relevância penal quando significativamente ofensivo ao bem jurídico. Também deve ser dito que o reconhecimento da tipicidade da realização de um único fato ofensivo não implica necessariamente na pluralidade de crimes quando os atos fizerem parte de uma cadeia ou de uma manifestação de exercício profissional habitual, conforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores”. *Criminalidade*

Não obstante a divergência doutrinária, jurisprudencial¹¹⁰ e a insegurança jurídica que assola o jurisdicionado, a par do que estabelece o tipo penal previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86 em seu preceito primário – o verbo “gerir” – qualificado por um advérbio “gerir de certo modo”, não parece afirmar que um único ato isolado possa caracterizar atos de gestão.

Entender de forma diversa, sob alegado “elevado risco” de um único poder afetar o bem jurídico tutelado, parece aumentar o âmbito de aplicação da norma em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade e da reserva legal.

Isso porque afasta-se o núcleo do tipo de seu significado semântico mais compreensível e corriqueiro que determina: a “gerência, de administração ou de governo, exige, necessariamente uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal”¹¹¹.

Além disso, é de se observar que quando o legislador almejou punir determinado ato fraudulento, isoladamente, destacado da atividade de gestão, o fez expressamente e de forma individual, como se verifica, por exemplo, nas disposições previstas nos artigos 6º (sonegar informação ou prestá-la falsamente), 9º (falsidade ideológica financeira), 10º (falsidade de demonstrativos contábeis), todos da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional¹¹².

Financeira: Contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2011. p. 150.

¹¹⁰ Na linha expressada por Luciano Feldens, Tigre Maia e Marcelo de Almeida Ruivo segue o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa da Suprema Corte: (...) É possível que um único ato tenha relevância para consubstanciar o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, embora sua reiteração não configure pluralidade de delitos. Crime acidentalmente habitual. (HC 89364, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 23.10.2007, DJe-070 17.04.2008). Por outro lado, sobre a necessidade da prática de diversos atos, conforme defendem José Carlos Tórtima, Cezar Bitencourt e Juliano Breda, entre outros, já se manifestou a Ministra Ellen Gracie do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus sob nº 95.515: “a gestão fraudulenta se configura pela ação do agente de praticar atos de direção, administração ou gerência, mediante o emprego de ardis e artifícios, com o intuito de obter vantagem indevida”. (HC 95515, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 30.09.2008, DJe-202 23.10.2008). Do mesmo entendimento partilha a Ministra Maria Thereza de Assis Moura da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, consoante se verifica da análise do seguinte precedente: “(...) Além disso, exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com dolo, visando à obtenção de vantagem indevida em prejuízo da pessoa jurídica. 3. A descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão fraudulenta, como ocorre na espécie, onde o ora paciente está imbricado como mero partícipe, estranho aos quadros da instituição financeira, por ter efetivado uma operação na bolsa de valores, em mesa de corretora. (...) (HC 101381/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27.09.2011, DJe 13.10.2011)

¹¹¹ SILVA, Antonio Carlos Rodrigues da. *Crimes do Colarinho Branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 48.

¹¹² DELMANTO, Roberto et alii. *Leis Penais Comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 142.

A corroborar tal entendimento, assevera CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

É possível que alguns dos meios empregados pelo agente na gestão fraudulenta possam, isoladamente considerados, caracterizar figuras delitivas autônomas, distintas e independentes, como a falsidade da demonstração contábil, podendo logicamente um absorver o outro. Havendo fraude de natureza penal, por exemplo, penalmente relevante, não existindo reiteração ou habitualidade na realização de tal fraude, ou, em outros termos, evidenciando-se tratar-se de ato isolado e esporádico na administração da instituição financeira, incidirá em uma infração simples, individual e isolada, contida em outro artigo deste mesmo diploma legal ou no bojo do Código Penal, e não na previsão contida no artigo 4º da Lei 7.492/86, ante a ausência de reiteração da conduta¹¹³.

Portanto, a análise a ser realizada para verificar a ocorrência do delito estudado deve levar em conta todo o período exercido na administração da instituição e o contexto em que os atos ocorreram. Em linhas gerais, as condutas praticadas devem ter o condão de caracterizar a fraude como princípio reitor da administração realizada na instituição financeira.

Outra condição para a existência do delito, como elemento normativo do tipo, é que a administração seja fraudulenta, ou seja, pressupõe a existência da fraude, caracterizada pelo logro, engodo, ardil ou ação dissimulada.

Em outros termos, para gerir fraudulentamente é necessário ludibriar, enganar, levar a erro, mediante ardil, operando por meio de artifícios engendrados para encobrir a fraude¹¹⁴.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT ao comentar referido elemento normativo aduz que: *artifício* seria “toda simulação ou dissimulação idônea para induzir uma pessoa em erro, levando-a à percepção de uma *falsa aparência de realidade*”; *ardil*, por sua vez, seria a trama, o estrategema, a astúcia; e *qualquer outro meio fraudulento* seria “uma fórmula genérica para admitir qualquer espécie de fraude que possa enganar a vítima, que são meramente exemplificativos da *fraude penal*, tratando-se de crime de forma livre”.

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDI, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 42.

¹¹⁴ TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 55.

Conduta fraudulenta, portanto, deve ser entendida como qualquer ação ou omissão humana hábil a enganar, a ludibriar terceiro, levando-o a uma situação de erro, falsa representação da realidade ou ignorância desta quer por intermédio do uso de ardil, quer mediante artifício, por meio de simples mentira ou ainda por intermédio de omissão da verdade, objetivando, comumente, a consecução de determinada vantagem.

Será incumbência do Ministério Público “identificar a espécie ou modalidade de fraude perpetrada, descrevendo, inclusive, em que esta consiste”. É dizer, a imputação, no caso concreto, deverá descrever os fatos correspondentes aos elementos normativos dos tipos indicados, em todos os seus aspectos, não se permitindo assim uma exposição sucinta e implícita, justificada pela natureza dos crimes supostamente praticados:

Enfim, é fundamental que se descreva na denúncia em que consiste a *fraude*, quais são os atos *in concreto* que caracterizam aquilo que se denomina *fraude*, não apenas de uma ou outra operação ou de um ou outro ato, mas também deve demonstrar que a fraude, em qualquer das suas modalidades, seja reiterada com habitualidade, e que se tratam realmente de atos típicos de gestão e não apenas de outras atividades meramente administrativas, secundárias ou acessórias irrelevantes para a administração da instituição financeira¹¹⁵.

Para MANOEL PEDRO PIMENTEL, além da fraude – manifestada por meio do engano, manobra ardilosa ou engenhosa, maliciosa ou dolosa –, exige-se, ainda, o fito de obter indevida vantagem para o agente ou para outrem¹¹⁶.

Diante da abertura conceitual e da gravidade da sanção cominada do tipo do artigo 4º da Lei 7.492/86, a leitura de seus elementos normativos deve ser realizada de forma absolutamente restritiva. Do que decorre a constatação de que não é qualquer fraude praticada no âmbito de uma instituição financeira que será objeto da tutela penal do artigo 4º da Lei 7.492/86.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDI, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 43.

¹¹⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86*, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 51.

Ainda que a fraude seja elemento do tipo penal, nela não se esgota e exige o resultado por ela intermediado, consistente na real aptidão de ofender o bem jurídico tutelado pela norma. Nesse sentido pondera 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 significativo 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 alguns dos bens jurídicos, não apresenta desvalor axiológico suficientemente expressivo para a 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 jurídico-penais e que nem mesmo diga respeito à atividade financeira da empresa¹¹⁷.

O tipo penal do crime de gestão fraudulenta, portanto, não sanciona a *fraude pela fraude*, ainda que sua redação seja bem econômica. A fraude que deverá estar presente para fins de agregar tipicidade ao artigo 4º da Lei 7.492/86 é aquela caracterizada como tal dentro do ambiente compreensivo do delito, é dizer, aquela que for apta a afetar o bem jurídico-penal objeto de tutela, capaz de gerar uma significativa ofensividade sobre o patrimônio público e privado investidos nas instituições.

Finalmente, a expressão instituição financeira, prevista na redação do caput do artigo 4º da Lei 7.492/86, que também é elemento normativo do tipo e encontra-se definida tanto no artigo 17 da Lei 4.595/64¹¹⁸, quanto no artigo 1º da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional¹¹⁹.

¹¹⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira*: Contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2011. p. 150.

¹¹⁸ Art. 17 Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

¹¹⁹ Art. 1º 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

O conceito dado pelo artigo 17 da Lei 4.595 é excessivamente amplo e, se interpretado literalmente, faria com que poucas atividades escapassem da reserva aberta em favor das chamadas instituições financeiras, haja vista que são poucas as atividades em âmbito financeiro que não envolvem coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros.

Praticamente todas as empresas aplicam no mercado financeiro os recursos obtidos no exercício de determinada atividade, emprestando-os como forma de manter o valor e obter rentabilidade sobre seu capital de giro. Ao realizarem tal ato, pela interpretação estrita do artigo 17 da Lei 4.595/64, estariam intermediando e aplicando recursos, acessoriamente à sua atividade principal, e deveriam ser consideradas instituições financeiras. O mesmo ocorreria sempre que uma empresa captasse empréstimo ou recursos junto ao público investidor por meio da emissão de ações ou debêntures¹²⁰.

Por outro lado, segundo mostra o senso comum, algumas das empresas que efetivamente empreendem – como atividade principal – a coleta, intermediação ou aplicação de recursos, não implica com que isso as equipare, necessariamente, às instituições financeiras propriamente ditas¹²¹.

De tais considerações, é forçoso concluir, conforme alerta EDUARDO SALOMÃO NETO, que “a interpretação literal do artigo 17 da Lei 4.595/64 levaria a conclusões absurdas, como a de considerar como privativas de instituições financeiras atividades desempenhadas por boa parte das empresas nacionais, senão por todas elas”¹²².

O artigo 1º, do mesmo modo, estabelece que instituição financeira, para efeito da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, é considerada como 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 de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Outrossim, equipara à instituição

aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

¹²⁰ SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 15.

¹²¹ SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 15.

¹²² SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 15.

financeira: a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; e a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas anteriormente, ainda que de forma eventual.

Observa-se, pois, que a conceituação trazida por ambas as leis é imprecisa e ampla, sendo alvo de severas críticas pela doutrina mais abalizada.

NELSON EIZIRIK aduz que “as instituições financeiras estão definidas, em nosso sistema legal, de forma absolutamente inadequada, tanto no artigo 17 da Lei 4.595/64 quanto no artigo 1º da Lei 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro”¹²³.

Segundo ele, mencionados dispositivos estabelecem definições excessivamente amplas e imprecisas, que podem levar, no caso de sua aplicação literal, a situações teratológicas, como a de se considerar instituição financeira, a teor do artigo 17 da Lei 4.595/64, qualquer pessoa que aplique até mesmo recursos próprios; ou, nos termos do parágrafo único, II, do artigo 1º da Lei 7.492/86, aquele que de forma eventual – como pode ocorrer com o mandatário – aplica recursos do mandante¹²⁴.

O entendimento doutrinário dominante é no sentido de que o que caracteriza instituição financeira é o desenvolvimento cumulativo, não alternativo, das atividades de coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros. Daí decorre que o mero empréstimo de recursos próprios, sem a prévia coleta ou intermediação, não constitui atividade privativa de instituição financeira. No mesmo sentido, o Departamento Jurídico do Banco Central sempre entendeu que o empréstimo entre particulares, utilizando o prestador de recursos próprios, não constitui atividade privativa de instituições financeiras.

Assim, de acordo com a melhor interpretação do artigo 17 da Lei 4.595, exige-se a presença cumulativa dos seguintes elementos: a captação de recursos financeiros em nome próprio; seguida de repasse mediante operação de mútuo financeiro; com o intuito de auferir lucro; realizada em caráter habitual¹²⁵.

¹²³ EIZIRIK, Nelson. *Mercado de Capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

¹²⁴ EIZIRIK, Nelson. *Mercado de Capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

¹²⁵ EIZIRIK, Nelson. *Mercado de Capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR tem a mesma opinião e aduz que: “em matéria penal, a abrangência do conceito não pode dar margem à incerteza e à insegurança jurídica, violando-se o basilar princípio do direito penal, que é o postulado da legalidade”¹²⁶.

Depreende-se dessas ponderações que a imprecisão e generalidade na conceituação do que seria instituição financeira – elemento normativo do crime em estudo – tanto no artigo 17 da Lei 4.595/64 quanto no artigo 1º da Lei 7.492/86, devem levar ao intérprete, na aplicação da Lei penal, a uma leitura absolutamente restritiva, sob pena de se tipificar atividades sem qualquer potencialidade lesiva a incidir sobre o patrimônio dos envolvidos de forma a afetar a higidez do Sistema Financeiro Nacional, tal como previsto no artigo 192 da Constituição Federal.

A resolver tal situação, LUCIANO FELDENS sugere a observância de dois critérios para fim de delimitar o que seria instituição financeira, enquanto elementar do tipo na esfera de manifestação do bem jurídico tutelado, na constatação de um juízo positivo de tipicidade no âmbito do artigo 4º da Lei 7.492/86, a saber: (i) instituição financeira regular (autorizada a operar) e (ii) investida de relevância econômico-financeira¹²⁷.

Isso porque, para aludido autor, “o tipo não reclama uma lesão (ofensa) ao sistema financeiro nacional em sua inteireza estrutural; porém, tampouco, contenta-se com ilicitudes gerenciais praticadas em instituições, que, em face de sua baixa limitação operacional, ausência de conectividade ao sistema financeiro ou inexpressividade econômica, não teriam aptidão a gerar uma significativa possibilidade de afetação do bem jurídico”¹²⁸.

Consequência inicial desse entendimento é a constatação da manifesta incompatibilidade entre o artigo 4º e 16 da Lei 7.492/86, conforme será melhor abordado no item 4.4 da presente dissertação.

De todo modo, verifica-se que a tipicidade do artigo 4º da Lei 7.492/86 não inclui instituições financeiras não autorizadas a operar pela autoridade central, as quais, se manejadas, darão ensejos à incidência do artigo 16 do mesmo diploma legal, tendo em vista que o tipo penal volta-se ao ato pelo qual o gestor ou administrador atua contra o patrimônio

¹²⁶ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Crimes do colarinho Branco*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65.

¹²⁷ FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 170-200, set./out. 2010. p. 187.

¹²⁸ FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 170-200, set./out. 2010. p. 187. p. 188.

público e particular investido no âmbito das instituições regularmente atuantes no sistema financeiro nacional, pressupondo, pois, a pessoa habilitada a atuar de forma legal.

Não obstante, para fins de incidência da norma prevista pelo delito de gestão fraudulenta, o mesmo raciocínio se aplica às instituições financeiras com limites operacionais reduzidos, tal como operadoras de câmbio e turismo devidamente autorizadas pelo Banco Central, tendo em vista que embora “virtualmente subsumidas no conceito de instituição financeira pelo artigo 1º da Lei 7.492/86, não se constituem como uma esfera de manifestação do bem jurídico para efeitos do enquadramento no âmbito do artigo 4º” da mesma lei.

De fato, uma análise mais acurada da natureza desse ramo de atividade denota que sua atuação está mais voltada aos contornos tutelados pela subpolítica de câmbio do que à subpolítica monetária de controle de fluxos financeiros, por consequência de crédito, cujos reflexos de eventuais práticas delitivas poderiam repercutir significativamente sobre o patrimônio público e privado investido nessas instituições – âmbito de manifestação do bem jurídico da norma.

2.5. TIPO SUBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA

Ainda que grande parte da doutrina sustente que basta o dolo genérico para a caracterização do delito previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86, esse não parece o melhor entendimento a ser adotado. Isso porque não se trata de criar um elemento típico inexistente: “basta considerar o conceito de fraude e sua relevância para verificar que o direito desconhece o emprego de ardis sem intenção ou potencialidade lesiva, mesmo que essa acabe não se materializando”¹²⁹. Na locução de JULIANO BREDÁ: “a ausência de resultado não significa inexigibilidade de intenção na conduta”¹³⁰.

¹²⁹ BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.792/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 107.

¹³⁰ Idem.

Não é outro o entendimento expressado por NELSON HUNGRIA, para quem: “o certo é que, entre as várias significações do vocábulo fraude, quer na linguagem corrente, quer na tecnologia jurídica, já se inveterou como a de lesão patrimonial por meio de engano”¹³¹.

Com efeito, a fraude, segundo DE PLÁCIDO E SILVA:

(...) entende-se geralmente como o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga do cumprimento do dever. (...) **É a intenção de causar prejuízo a terceiros.** (...) Aliás, em todas as expressões, está no seu **sentido originário de engano**, má-fé e logro, todos fundados na **intenção de trazer um prejuízo**, com o qual se locupletará o fraudador¹³².

Não por outra razão, Ali Mazloun leciona que “é perfeitamente possível distinguir uma gestão normal, regular, de outra realizada com fraudes, ardis, cujo objetivo é o de enganar, enfiar, auferir vantagem indevida em detrimento de outrem”¹³³.

Até mesmo MANOEL PEDRO PIMENTEL, que sustenta que o tipo penal não requer nenhum elemento subjetivo especial, por outro lado, salienta que a gestão fraudulenta é aquela em que a fraude – manifestada por meio do engano, manobra ardilosa ou engenhosa, maliciosa ou dolosa –, é praticada com o fito de obter indevida vantagem para o agente ou para outrem¹³⁴, e acaba por manifestar, em outras palavras, o especial fim de agir exigido pelo tipo penal.

Não há dúvidas de que para o preenchimento dos elementos subjetivos do tipo em discussão, é imprescindível a demonstração inequívoca da intenção do agente em obter vantagem indevida.

¹³¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 155 a 196. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. 172.

¹³² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 324.

¹³³ MAZLOUN, Ali. *Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 68.

¹³⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*: Comentários à Lei 7.492/86, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 51.

2.6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime de gestão fraudulenta consuma-se desde que a fraude se produza na captação, aplicação, intermediação e administração de recursos financeiros, que é a atividade fim da instituição financeira, ou ainda, na custódia, emissão, intermediação ou distribuição ou, ainda, administração de títulos ou valores mobiliários.

Sendo delito de natureza formal a gestão fraudulenta consuma-se independentemente de qualquer resultado externo à atividade do agente. Em tese, basta que este pratique a conduta de acordo com sua configuração típica para que o delito esteja consumado.

Exige-se, porém, demonstração da prática continuada das fraudes no exercício dos poderes de gestão, frente à “habitualidade”, imposta pelo próprio conteúdo semântico imediato do termo gestão.

Além disso, ainda que seja crime de mera conduta e o tipo não exija a ocorrência concreta de resultado, a potencialidade do perigo deve ser comprovada. É preciso que se demonstre, ao menos, que a ação incriminada seja potencialmente capaz de ofender o bem jurídico tutelado pela norma.

Com efeito, veja-se escólio de JULIANO BREDÁ:

“O Crime de gestão fraudulenta, tal como tipificado na Lei 7.492/86, deve ser considerado como de perigo abstrato, principalmente pela inexistência de descrição do perigo a ser criado. Isso não significa inexigir-se que a conduta seja apta a produzir o perigo ao sistema financeiro, à instituição ou ao investidor. A potencialidade do perigo deve ser comprovada, não sua ocorrência concreta. O perigo exigido, portanto, é da credibilidade das operações financeiras, primeiramente da instituição perante os investidores e o mercado e do mercado em relação aos investidores”¹³⁵.

¹³⁵ BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.792/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 58.

JUAREZ TAVARES não se afasta desse entendimento e sustenta que “não há injusto sem a demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico”¹³⁶.

Do mesmo modo, para DELMANTO, a caracterização do crime de gestão fraudulenta pressupõe a criação de real perigo para o bem jurídico protegido, *verbis*:

O crime deste art. 4º, caput, não restará tipificado se não houver constatação de que a conduta tenha provocado concreto perigo de dano (que é muito mais do que a mera possibilidade abstrata da sua ocorrência), cabendo à acusação demonstrar a sua concretude na denúncia, como assinala Fábio Konder Comparatto, *verbis*: ‘Quando a Lei considera crime a gestão fraudulenta de instituição financeira, não exige que a acusação demonstre, apenas, que o réu praticou algum ardil, ou lançou mão de meios artificiosos, em sua atividade administrativa. A Lei impõe, também, a comprovação de que a conduta do acusado fez surgir um real perigo para o bem jurídico protegido. Não faria, com efeito, sentido algum punir criminalmente o administrador de uma instituição financeira pelo simples fato de que ele a geriu de forma inabitual ou heterodoxa, se daí não decorreu o mais leve risco para o mercado em geral (Direito Público – estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva. p. 276)’¹³⁷.

Portanto, não restam dúvidas de que ainda que o crime seja de mera conduta e prescindida da ocorrência de resultado, a potencialidade do risco de resultado não deixa de ser elemento normativo à caracterização da norma penal em discussão.

Quanto à tentativa, embora teoricamente possível, por se tratar de crime formal, de estruturação *sui generis* e impropriamente habitual, mostra-se difícil de aferição na prática.

Isso porque, nos termos de MANOEL PEDRO PIMENTEL: a execução da conduta “é um complexo de atos, tornando difícil que a decomposição de um *iter criminis* em que fique claro o momento em que se iniciou a execução e, mais, que motivos independentes da vontade do agente impediram a consumação”¹³⁸.

Ou seja, em que pese haja a possibilidade de se captar recursos, negociar ou intermediar a poupança popular, não se mostra provável *tentar gerir* fraudulentamente uma

¹³⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 179.

¹³⁷ DELMANTO, Roberto et alli. *Leis Penais Especiais Comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 142.

¹³⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86*, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 53.

instituição financeira, sendo provável apenas obter sem sucesso fraudar determinação operação. Exemplo dessa dificuldade pode ainda ser destacado da seguinte manifestação de JULIANO BREDÁ: “Em tese, quando essas fraudes em habitualidade não obtiverem o sucesso enganoso, restaria configurada a tentativa. Entretanto, como o sucesso do emprego dos meios fraudulentos, ou seja, a obtenção de vantagem indevida, não é pressuposto para a consumação, inadmite-se, portanto, a tentativa”¹³⁹.

Assim, superada a abordagem dos critérios determinantes para se caracterizar o tipo penal de gestão fraudulenta de instituição financeira, vejamos os critérios a solucionar o concurso aparente de normas penais entre tal delito, quando pretensamente praticado em conjunto com alguns dos outros tipos penais previstos na Lei Federal nº 7.492/86.

¹³⁹ BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.792/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123.

3. CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de qualquer consideração sobre as hipóteses de concurso aparente¹⁴⁰ de normas na Lei 7.492/86, vislumbradas pela doutrina e jurisprudência, será indispensável o aprofundamento do estudo sobre as espécies de concursos normativos e seus critérios de resolução, abordando-se os conceitos relacionados ao tema e estabelecendo-se as fundações necessárias ao estudo proposto.

O início de toda reflexão sobre a teoria do concurso, tanto de crimes como aparente de normas, parte da compreensão de uma questão metodológica prévia, qual seja: saber quando, diante de uma ação delitiva que eventualmente venha a incidir em vários tipos, deva se vislumbrar apenas uma unidade típica de delito e não uma pluralidade de delitos, assim como quando, diante de uma pluralidade de condutas, deva-se aplicar a regra da consunção¹⁴¹.

Como bem colocado por RODRIGO RIOS e DANIEL LAUFER, uma conduta não dá lugar a mais de um delito, mas pode resultar na infração de várias normas penais, ou mesmo, lesionar a mesma norma por diversas vezes. Por outro lado, em que pese a pluralidade de ações, pode haver apenas um delito caso o desvalor jurídico seja único¹⁴².

Desse modo, a definição de unidade e pluralidade de ações delitivas constitui pressuposto inicial e imprescindível à compreensão da teoria do concurso, não só para

¹⁴⁰ Adota-se a expressão “concurso de normas” ou “conflito de normas” como defendido por Frederico Almeida Horta, para quem as denominações prestam-se bem a designar “um processo dinâmico, compreensivo de dois aspectos do fenômeno que se sucedem desde a incidência de todas até a aplicação de apenas uma das normas convergentes. Fazem jus, por um lado, à constatação inicial de superposição de normas, ou plural subsunção do fato, ressaltado igualmente a operação posterior, de aplicação exclusiva de uma delas, obediente ao princípio “*non bis in idem*”. HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁴¹ RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In *Direito Penal Econômico: questões atuais/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira*. São Paulo: RT, 2011. p. 144. Vide também HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 33; JESCHECK, Hans-Heirich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 763.

¹⁴² RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In *Direito Penal Econômico: questões atuais/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira*. São Paulo: RT, 2011. p. 144.

distinguir os casos de concurso de crimes (formal, material e continuado), com a respectiva sanção a ser aplicada, como também para impedir a violação do *non bis in idem*, princípio que veda a dupla punição pelos mesmos fatos atinente ao conflito de normas. Serve, ainda, para ilustrar hipóteses de atos anteriores ou posteriores impunes ou coapenados¹⁴³, em que não se permite a imposição de pena por fatos que antecedem ou seguem o principal, considerando o desvalor unitário da ação¹⁴⁴.

Em síntese, sobre a compreensão da distinção entre unidade e pluralidade de ações estruturam-se as respectivas consequências jurídicas para o apenamento do substrato fático tido como delituoso¹⁴⁵.

Contudo, tanto a constatação da unidade ou a correlativa pluralidade de ação quanto à definição do conceito jurídico-material de tal distinção, não é de fácil determinação, do que decorrem inúmeras teorias dogmáticas na busca de uma resposta à problemática tratada. A par de mencionados estudos dos critérios propostos doutrinariamente e de suas variantes para tal diferenciação, os quais não se ignoram¹⁴⁶, mas em razão de serem restritos os limites deste estudo adota-se como premissa no presente trabalho a concepção proposta por JESCHECK-WEIGEND, a saber: “uma ação unitária é sempre o cumprimento dos pressupostos mínimos do tipo legal, ainda quando possa ser fracionado o comportamento típico em vários atos individuais desde um ponto de vista puramente fático”¹⁴⁷.

Partindo de tal premissa (unidade de ação), da regulamentação prevista pelo ordenamento pátrio, bem como à luz do que determina o princípio do *non bis in idem*¹⁴⁸, que veda a dupla incriminação e a persecução criminal pelos mesmos fatos, vejamos como diferenciar o concurso de crimes do conflito de normas.

¹⁴³ Conforme definição utilizada por GARCIA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem material*” e *Concurso de Leys Penales*. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 168 e ss.

¹⁴⁴ RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 147.

¹⁴⁵ JESCHECK, Hans-Heirich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 763.

¹⁴⁶ Vide HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 37 e ss; CORREIA, Eduardo Heriques da Silva. *A teoria do Concurso em Direito Criminal. I – Unidade e Pluralidade de Infrações*. Reimpressão. Coimbra: Almedida, 1983. p. 15 a 65; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9º Ed. Barcelona: 2011, p. 649.

¹⁴⁷ JESCHECK, Hans-Heirich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 766.

¹⁴⁸ GARCIA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem material*” e *Concurso de Leys Penales*. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 31.

Como é sabido, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, está regulamentado apenas o concurso de crimes, diferenciando-se suas modalidades segundo a realização plúrima de tipos penais por meio de diversas ações ou omissões autônomas (concurso material)¹⁴⁹ ou por meio de apenas uma ação ou omissão (concurso formal).

Recorda salientar, nesse particular, a distinção de ações e ações típicas ou de condutas e atos, nos termos propostos acima. Como alerta GAMIL FOPPEL EL HIRECHE “o concurso material é marcado pela pluralidade de ações típicas com pluralidade de resultados, devendo-se fazer o somatório das penas”¹⁵⁰ (art. 69, CP).

O concurso formal, por sua vez, configura-se a partir da unidade de ação ou omissão, resultante na prática de dois ou mais crimes. Nessa modalidade, verifica-se uma conduta que lesiona bens jurídicos diversos, alcançando resultados distintos, devendo-se exasperar-se as penas (art. 70, CP)¹⁵¹.

Tem-se, ainda, o crime continuado caracterizado pela pluralidade de ações ou omissões, concorrentes na prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, praticados em condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças que devem os delitos subsequentes perpetrados serem considerados como continuação do primeiro, aumentando-se a pena em um sexto até dois terços (art. 71, CP)¹⁵².

¹⁴⁹ Art. 69 Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁵⁰ HIRECHE, Gamil Foppel El. *Teoria Geral do Concurso de Crimes*. Ciências Penais. vol. 5. p. 305. Jul. 2006 DTR. 2006\400. p. 309.

¹⁵¹ Art. 70 Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁵² Art. 71 Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Destaca-se que, em quaisquer das modalidades do concurso de crimes, existe a violação e concorrência real de várias normas penais, cumulando-se ou exasperando-se as penas.

Por outro lado, para se verificar o delito único partindo da unidade de ação como decorrência de um juízo valorativo a ser depreendido do tipo correspondente, segundo as definições de MIR PUIG¹⁵³ e SANZ MORAN,¹⁵⁴ afasta-se eventual caracterização de concurso de crimes nas seguintes hipóteses: (a) unidades típicas de ação em sentido estrito (b) unidades típicas de ação em sentido amplo e (c) conflito aparente de normas.

Segundo aludidos autores, a primeira modalidade citada engloba as situações em que o próprio tipo capta, com sua formulação, a completa atividade delitiva, o que pode ocorrer nos crimes de vários atos (ou compostos cumulativos)¹⁵⁵, permanentes¹⁵⁶, habituais¹⁵⁷, nos tipos de reiteração¹⁵⁸ e nos crimes coletivos¹⁵⁹. Nestes casos, a partir de uma leitura meramente formal da descrição legal, verifica-se que os tipos expressamente reúnem ou englobam uma pluralidade de atuações de vontade como unidade jurídica da ação¹⁶⁰.

¹⁵³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9. ed. Barcelona: 2011, p. 651.

¹⁵⁴ SANZ MORAN, Angel José. *Las Reglas Relativas a la Unidad y Pluralidad de delitos em el Código Penal de 1995*. El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Livro homenagem ao professor doctor Don Agel Torio Lopez. Granada: Comares, 1999. p. 506.

¹⁵⁵ Como exemplo, veja-se o artigo 242 do Código Penal que congrega os seguintes verbos: ocultar recém-nascido (...) suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil, *in verbis*:: Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

¹⁵⁶ Cite-se como exemplo, o sequestro, cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, se protraí no tempo. DOTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 464.

¹⁵⁷ O que caracteriza o crime habitual, via de regra, é a prática reiterada de vários atos que, isoladamente, poderiam constituir um indiferente penal, mas se tornam um hábito, um estilo ou meio de vida, *ex vi* o delito de gestão fraudulenta. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 41.

¹⁵⁸ Os crimes de reiteração, embora não pressuponham a pluralidade de atos volitivos, possibilitam a sua classificação no conceito de ação, quando eles ocorrerem. Vide os delitos de rixa (art. 137, CP) ou de tortura (art. 1º da Lei 9.455/1997). HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45.

¹⁵⁹ Como exemplo, veja-se o artigo 242 do Código Penal que congrega os seguintes verbos: ocultar recém-nascido (...) suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil, *in verbis*:: Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

¹⁶⁰ Para melhor elucidação da categoria e exemplos práticos de cada um dos delitos mencionados, veja-se JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 649. HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 44-45. Sobre os delitos de vários atos e os crimes permanentes, vide MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9. ed. Barcelona: 2011, p. 651.

As unidades típicas de ação em sentido amplo, por seu turno, referem-se aos casos em que a sucessiva realização do tipo não majora o número de delitos quando se constata uma mesma circunstância motivacional, experimentando-se apenas uma intensificação do conteúdo do injusto. O mesmo pode se dizer da realização progressiva do tipo por meio de uma série de atos em que o autor vai se aproximando do resultado¹⁶¹.

Permanece pendente de apreciação, portanto, o concurso aparente de normas, pressuposto de análise do objeto do presente trabalho.

Aludido concurso ocorre na eventualidade de uma conduta humana realizar uma ou várias ações subsumíveis em mais de uma norma, mas devendo-se aplicar apenas uma delas por existir entre os preceitos ou entre os fatos concorrentes uma relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção. Em outros termos, não obstante a conduta delitiva pretensamente alocue-se em vários preceitos normativos, apenas um, em decorrência da relação lógica e/ou teleológica entre eles, terá cabimento.

Segundo FREDERICO HORTA¹⁶², aludido concurso caracteriza-se pela peculiar situação em que a realização dos pressupostos de diversas normas incriminadoras resulta em unidade de crime, em razão da coincidência total ou parcial desses preceitos quanto ao desvalor que atribuem ao substrato fático concreto sobre o qual incidem. Para ele, “esse substrato, que é delimitado e adquire sentido jurídico a partir das normas incidentes, é sempre um conjunto de atos que serão reunidos como unidade de conduta típica, quando forem igualmente suportantes dos pressupostos dessas normas, ou constituição condutas diversas, quando a realização dos pressupostos de cada uma delas importar em atos distintos”. Diante de tal constatação, conclui pelo afastamento do concurso formal de delitos na primeira hipótese em razão da mesma ofensa provocada pela conduta unitária ser reconhecida por todas as normas violadas. Ademais, em relação à segunda hipótese, afasta-se o concurso material ao considerar que o desvalor jurídico-penal de uma das condutas típicas perpetradas abarca o desvalor próprio das demais que para elas convergem, como fatos anteriores ou posteriores coapenados.

¹⁶¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9. ed. Barcelona: 2011, p. 651; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 651.

¹⁶² HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 173.

SANTIAGO MIR PUIG, ao discorrer sobre o conflito de normas ou “unidade de leis”, aduz que quando um a vários fatos constituem vários delitos conjuntamente estimáveis, existe um concurso (ideal ou real) de delitos. Fala-se, por outro lado, de “concurso de leis”, quando um ou vários fatos podem ser incluídos em vários preceitos penais dos quais somente um pode aplicar-se, já que sua estimação conjunta implicaria em *bis in idem*¹⁶³.

De fato, afasta-se a concorrência para os mesmos fatos de dois ou mais tipos penais distintos em respeito ao princípio que veda duplicidade punitiva. Veja-se que a proibição do *non bis in idem* na aplicação da norma penal não se limita à vedação de se considerar mais de uma vez o desvalor de uma única ação, mas também à proibição da múltipla consideração do desvalor de um mesmo fato¹⁶⁴.

ESTRELLA ESCUCHURI AISA aduz que se verifica o concurso aparente de normas quando um dos preceitos concorrentes é capaz, por si, de valorar por completo o conteúdo do injusto, afastando-se o concurso de crimes. Destaca que tal constatação não se limita à verificação de eventual lesão a um ou mais bens jurídicos, tendo em vista que o conteúdo do injusto é constituído não só pelo desvalor do resultado, como também pelo desvalor da ação¹⁶⁵.

Pois bem, excluído o concurso de crime, há que se buscarem critérios de solução do concurso aparente de normas. A resolução do problema dependerá da exegese que se faça dos diversos preceitos incriminadores envolvidos e das respectivas relações que se estabeleçam entre eles, assim como da análise que se faça sobre o desvalor jurídico-penal das condutas típicas eventualmente praticadas.

A doutrina enumera alguns princípios capazes de solucionar o impasse, sem, todavia, entrar em consenso quanto ao seu número, terminologia e alcance. Veja-se, por exemplo, que FILIPPO GRISPIGNI trata da especialidade, subsidiariedade e consunção, ERNEST VON BELING e

¹⁶³ “Cuando uno a varios hechos constituyen varios delitos conjuntamente estimables, existe un concurso (ideal o real) de delitos. Se habla en cambio, de “concurso de leyes” cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que solo uno puede aplicarse, puesto que su estimacion conjunta supondria un bis in idem”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7. ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, p. 646.

¹⁶⁴ HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 68.

¹⁶⁵ Desse modo, assiste razão a aludida autora quando sustenta que a unidade ou a pluralidade de bem jurídicos só pode servir como um critério e não como uma característica distintiva do concurso aparente de normas do concurso de crimes. ESCUCHURI AISA, Estrella. Los Pricípios de No Bis in idem y de Integra Valoracion del Hecho e el Marco del Concurso de Leyes. *Revista dos Tribunais. Ciências Penais*. vol. 10. p. 57. Jan. 2009 DTR, 2009\40. p. 08.

LUIS JIMÉNEZ ASÚA mencionam os princípios da exclusividade, especialidade e neutralidade, EDMUND MEZGER, por sua vez, limita a resolução de acordo com a especialidade e a consunção, mesma conclusão a que chega FRANCESCO ANTOLISEI, embora denomine o último critério como progressão. SEBASTIAN SOLER, ainda, menciona a neutralidade, exclusividade (por alternatividade ou consunção), especialidade e subsidiariedade¹⁶⁶.

No Brasil, a doutrina majoritária enumera três princípios: especialidade, subsidiariedade e consunção¹⁶⁷. O que não afasta, todavia, as mesmas discrepâncias teóricas atinentes à própria essência constitutiva em torno das respectivas relações entre os preceitos. Veja-se, como ilustração, que FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO ao abordar o critério da consunção, deixa consignado que o mesmo é “muito discutido, de conceituação pouco precisa e de utilidade problemática ante a possibilidade de solução satisfatória com a aplicação dos princípios anteriormente examinados¹⁶⁸. ANIBAL BRUNO estabelece que os princípios possam ser reduzidos a três ou mesmo dois, descartando-se a consunção e a alteratividade¹⁶⁹. ANDREI ZENKNER SCHMIDT, por seu turno, afasta o critério da subsidiariedade, limitando os conceitos a especialidade e a consunção¹⁷⁰.

A ausência de consenso na matéria é tanta que LUIZ D’ALMEIDA chega a afirmar que, praticamente, cada estudioso do tema do concurso aparente de normas apresenta uma lista pessoal de critérios, chegando, em alguns casos, a definir de forma diversa categorias antigas e alocar as mesmas hipóteses em categorias diferentes ou mesmo reconduzi-las todas a uma categoria só, tudo a depender da formulação proposta por cada doutrinador¹⁷¹.

A dificuldade em se constatar o conflito aparente de normas e determinar a correta forma a resolvê-lo decorre não só da grande dissonância doutrinária que permeia o tema, no

¹⁶⁶ Cf. por todos: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso Aparente de normas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 33, p.67-100, jan./mar. 2001. p. 80. Vide também HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 98 a 103.

¹⁶⁷ Vide TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 50; BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 275; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 337; HIRECHE, Gamil Foppel El. *Teoria Geral do Concurso de Crimes*. Ciências Penais. vol. 5. p. 305. Jul. 2006 DTR. 2006\400. p. 311-312.

¹⁶⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 52.

¹⁶⁹ BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 274.

¹⁷⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso Aparente de normas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p.67-100, jan./mar. 2001. p. 80.

¹⁷¹ D’ALMEIDA, Luís Duarte. O "concurso de normas" em direito penal. Coimbra: Almedina, 2004. p. 13-14. No mesmo sentido afirma Frederico de Almeida Horta ao analisar as dissidências quando se trata de definir as hipóteses de convergência decorrentes das relações entre os preceitos normativos. HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 98-103.

tocante aos critérios atinentes ao mencionado conflito, como também em razão da ausência de regulamentação legal sobre o instituto¹⁷², deixando ao julgador a difícil tarefa de solucioná-lo em meio a indúvidas e tormentosas questões diante dos casos concretos¹⁷³.

Diante de tal quadro, passa-se à análise pormenorizada dos critérios propostos doutrinariamente, tanto sobre o prisma das relações lógico-conceituais como teleológicas a incidirem na análise do substrato fático delituoso, objeto do conflito aparente de normas, de forma a estabelecer as premissas para o objeto de estudo do presente trabalho.

Ressalta-se, desde logo, que não se pretende adentrar às inúmeras discussões doutrinárias relativas ao tema, mas buscar adotar um critério uniforme para cada uma das regras previstas como pressuposto à análise casuística do conflito aparente de normas, notadamente nos casos envolvendo o delito de gestão fraudulenta e os demais tipos penais da Lei 7.492/86.

3.2 DAS RELAÇÕES LÓGICO-CONCEITUAIS ENTRE PRECEITOS

Como acima mencionado, o concurso pode se dar tanto em razão de (i) um único fato concreto, aparentemente subsumido em uma pluralidade de normas, mas no qual apenas uma delas deverá incidir por abarcar todo o conteúdo do injusto, bem como (ii) diante de uma pluralidade de condutas, cronologicamente separadas, pretensamente alocadas em diversas normas incriminadoras, mas que pelos comportamentos anteriores e posteriores estarem

¹⁷² Uma tentativa de codificação das diretrizes de solução ao conflito de normas no direito brasileiro foi elaborada por Nélson Hungria, em 1963, consubstanciada no artigo 5º, do Anteprojeto do Código Penal, mas que acabou por ser rejeitada. Aludido dispositivo continha a seguinte sistematização: “Art. 5º. Quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta: a) A norma especial exclui a norma geral; b) A norma relativa ao crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro é excluída pela norma atinente a este; c) A norma incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime é excluída pela norma a este relativa. Parágrafo único. A norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente”. Veja-se que embora não resulte na plena superação das divergências doutrinárias atinentes à matéria, destaca-se que algumas legislações estrangeiras preveem expressamente os critérios para resolução do conflito aparente de normas, como se verifica nos ordenamentos jurídicos da Espanha (artigo 8º do CP espanhol) e da Itália (art. 15 do CP italiano).

¹⁷³ Embora não resulte na plena superação das divergências doutrinárias atinentes à matéria, destaca-se que algumas legislações estrangeiras preveem expressamente os critérios para resolução do conflito aparente de normas, como se verifica nos ordenamentos jurídicos da Espanha (artigo 8º do CP espanhol) e da Itália (art. 15 do CP italiano).

materialmente relacionados, apenas uma norma deverá ser aplicada, com o respectivo afastamento da punibilidade ora do fato prévio, ora do fato antecedente a aquele que venha a ser punido¹⁷⁴.

A solução do primeiro grupo depende da análise que se faça sobre a relação existente entre as normas tidas como violadas, as quais, por alguma razão, sobrepõem-se na valoração do substrato fático sobre o qual incidem¹⁷⁵. As relações possíveis entre aludidas normas são diversas e para cada relação identificada corresponderá uma regra de solução do aparente concurso de preceitos normativos. Geralmente, o critério que identifica a relação entre elas apontará a norma prevalente, entendida como aquela cujo pressuposto de incidência abarca de forma mais complexa ou abrangente o fato sobre o qual recaem¹⁷⁶.

Como anteriormente mencionado, segundo a doutrina majoritária, a regra básica na matéria de interpretação de leis penais e solução de conflito de normas é a exclusão de um tipo pelo outro em virtude da especialidade, consunção ou subsidiariedade. Alguns autores mencionam ainda o critério da alternatividade.

Contudo, em razão da ausência de uniformidade dos mencionados critérios por parte da doutrina, assim como acerca das consequências práticas que resultam de sua aplicação, os apontamentos de ULRICH KLUG¹⁷⁷ são de grande valia à completa compreensão do fenômeno estudado. Além de se prestarem a auxiliar efetivamente a resolução de conflitos entre diversos tipos que concorrem diante de uma única conduta delitiva¹⁷⁸.

ULRICH KLUG é reconhecido como grande sistematizador das relações lógicas entre preceitos normativos¹⁷⁹ e a adoção dos critérios por ele estabelecidos permitem contornos

¹⁷⁴ RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/ Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 150.

¹⁷⁵ RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 151.

¹⁷⁶ HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 87.

¹⁷⁷ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 57-75.

¹⁷⁸ RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 162.

¹⁷⁹ PALMA HERRERA, José Manuel. *Los actos copenados*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 29.

mais definidos às relações conflitivas, assim como um maior esclarecimento a respeito do objeto da teoria do concurso.

Aludido autor, apoiando-se na relação lógico conceitual entre os preceitos normativos, busca esgotar as possibilidades de relação entre as normas com a consequente constatação do concurso aparente de normas penais a partir de quatro critérios: heterogeneidade, identidade, subordinação e interferência.

Para KLUG, a *heterogeneidade* se constata quando um mesmo objeto compreendido em uma norma nunca o seja abarcado pela outra. Verificam-se normas heterogêneas (dísparas ou inconciliáveis), portanto, quando o elemento que as compõem não possa ser subsumível a ambas, tal como ocorre nos crimes de furto e apropriação indébita. Em face dessa relação, diante da impossibilidade de uma unidade fática subsumir-se a tipos desiguais, descartar-se-ia pela simples lógica, o concurso de crimes¹⁸⁰.

A *identidade* entre normas penais, por outro lado, verifica-se quando cada elemento compreendido por uma também está abarcado pela outra, de maneira que o inverso também ocorre. Sobre este aspecto, sustenta KLUG que dificilmente verificam-se preceitos idênticos em um mesmo ordenamento jurídico, de maneira que embora de fácil evidência na verificação do concurso aparente entre normas, o critério apresenta pouca utilidade prática, restringindo sua importância à análise de direito penal comparado, internacional e relativo a questões de extradição¹⁸¹.

Cumprе assinalar que se aludidas relações decorrentes de eventual *heterogeneidade* e *identidade* de normas são raras, pela própria natureza de suas definições, o mesmo não ocorre quanto à constatação de subordinação e interferência de preceitos normativos.

¹⁸⁰ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 62.

¹⁸¹ Frederico Horta ressalta que Mantovani critica tal posição ao considerar que diante de normas perfeitamente idênticas, não apenas quanto aos seus pressupostos fáticos, mas quanto aos seus efeitos, estar-se-ia no âmbito da “repetição legislativa” ou “pleonismo legislativo” de um mesmo conteúdo normativo, em que a pluralidade seria apenas aparente, razão pela qual, nestes casos ter-se-ia apenas uma única norma. Não obstante, considera a possibilidade de identidade entre normas num mesmo ordenamento jurídico quando, por exemplo, entre normas incriminadoras e normas genéricas determinantes de agravamentos ou atenuações de pena, quando estas pressupõem uma circunstância fática que constitua também elemento do próprio crime, seja em sua forma simples, qualificada ou privilegiada. Situação essa que, segundo a sistematização de Klug, enseja uma relação de subordinação entre normas. HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 73.

De fato, verifica-se relação de *subordinação* (inclusão) de normas quando os elementos de uma estiverem compreendidos na outra, sendo que o inverso não ocorre. Um dos preceitos é considerado subordinado, enquanto o outro, mais abrangente, é determinando como superior, dominante ou includente¹⁸².

Por fim, fala-se em *interferência* entre normas quando os elementos constitutivos de mais de um tipo legal estão, de certa maneira, interligados entre si, de forma que um mesmo elemento estará contido em ambos, mas em conjunto com outros elementos não previstos pelo outro. É dizer: “pelo menos um objeto que incide sob o conceito A também recai sob o conceito B e ao menos um objeto que recai sob o conceito A não recai ao mesmo tempo sob o conceito B”¹⁸³ e vice-versa. Ou seja, as normas são interferentes, com elementos que se cruzam entre si e outros não. Para KLUG, é fácil percepção a constatação de que dois tipos penais que não heterogêneos, nem idênticos ou subordinados, necessariamente são interferentes. Exemplo desta espécie de relação normativa pode ser vislumbrada na doutrina pátria nos tipos de estelionato (artigo 171, do Código Penal) e no uso de documento falso (artigo 304, do Código Penal).

Como resultado geral de suas reflexões, KLUG assevera que os preceitos normativos podem estar atrelados entre si em uma relação de *interferência*, *subordinação* ou *heterogeneidade* e apenas uma dessas formas pode ser considerada sob determinada situação concreta. Partindo do pressuposto de que não teria sentido tipos idênticos em um mesmo ordenamento, exclui a identidade como forma de relação a pautar a existência de conflito aparente de normas¹⁸⁴.

Como resultado especial para o concurso de leis, a partir da constatação de que a heterogeneidade não pode dar ensejo a mencionado concurso, posto que não seria possível nenhuma concorrência entre os tipos penais, remanescem como possibilidades para a estrutura lógico-conceitual as categorias da *interferência* e *subordinação*¹⁸⁵.

¹⁸² KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 62.

¹⁸³ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 63.

¹⁸⁴ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 70.

¹⁸⁵ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 71.

Esses são, pois, os limites lógicos dentro dos quais devem ser analisados os princípios voltados à resolução do conflito aparente de normas, sem olvidar, contudo, como alerta o próprio autor, que as consequências da convergência de normas não podem descurar da análise dos pontos de vista teleológicos, que tanta importância tem nesse contexto¹⁸⁶.

De fato, embora verificada a possibilidade de convergência lógica entre dois tipos penais, pode-se constatar, ainda, com a devida precisão, a ocorrência de eventual concurso de crimes ou de conflito aparente de normas, especialmente nos casos de *subordinação* e *interferência*, como será abordado a seguir. Isso porque, como salienta FREDERICO HORTA¹⁸⁷, “a pura relação lógica entre os preceitos é teleologicamente neutra e necessita, na análise do caso concreto, ser complementada por considerações valorativas indicadoras de suas consequências penais”.

Nessa senda, passa-se à análise de cada um dos critérios doutrinários apontados como aptos para a resolução dos conflitos de normas e sua respectiva correspondência a cada espécie de relação lógica entre preceitos.

3.3 DOS PRINCÍPIOS AUXILIADORES PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS

O princípio da especialidade, único sobre o qual há praticamente unanimidade na doutrina, infere-se quando na relação que se estabelece entre dois ou mais preceitos, o pressuposto abstrato de incidência de um deles compreende por inteiro e necessariamente o pressuposto do outro, acrescido de um ou mais elementos especializantes. Se um preceito requer os elementos A + B, o outro requer A + B + C, sendo o segundo especial em relação ao primeiro¹⁸⁸. Diz-se que uma norma é especial em relação à outra toda vez que ela contenha todos os elementos constitutivos do tipo desta outra e mais um elemento adicional,

¹⁸⁶ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 57.

¹⁸⁷ HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 72.

¹⁸⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7. ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2005. p. 664.

especializador. Esta relação determinará a exclusão da lei geral pela aplicação da lei especial, segundo o brocardo *Lex specialis derogat Lex generali*¹⁸⁹.

Isso porque a regra especial agrega à hipótese normativa um ou mais elementos que a complementam, demonstrativos de determinado fundamento de punibilidade, que podem ser tanto um *plus* ou um *minus*¹⁹⁰.

Desse modo, a norma especial atende à necessidade, imposta pelo ordenamento jurídico, de subtrair os fatos por ela descritos da disciplina determinada pela norma geral, em virtude de algumas particularidades que os tornam merecedores de uma tutela diferenciada, seja ela mais severa, amena, permitida ou mesmo obrigatória¹⁹¹.

Como exemplo, no regulamento legal pátrio pode constatar-se a relação existente entre as infrações descritas nos artigos 121 e 123, ambos do Código Penal. Enquanto àquele refere-se somente ao ato de “matar alguém”, esse é mais específico, pois exige a conduta de “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”, ainda que ambos tratem da proibição de matar alguém. Decorre de tal constatação que o tipo com maior número de elementos normativos, no caso o infanticídio, é especial em relação ao outro, considerado como a norma geral.

Importante observar que a relação de especialidade defluiu de um juízo de comparação entre dois preceitos normativos. Constata-se, assim, um juízo relativo, posto que uma norma, isoladamente, não pode ser considerada geral ou especial, mas somente em relação à outra, após a comparação de seus respectivos conteúdos e significados¹⁹².

Aludido princípio, como será observado adiante, detém característica que o diferencia dos demais: a aplicação da norma especial em detrimento da norma geral se estabelece a partir da comparação das definições abstratas contidas nos preceitos normativos, diferentemente da subsidiariedade e da consunção, que decorrem de razões valorativas do caso concreto. Nesse

¹⁸⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 287.

¹⁹⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese de Livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 328.

¹⁹¹ HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 88.

¹⁹² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese de Livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 326.

sentido, ressalta-se que as normas sujeitas ao princípio da especialidade estão numa relação de gênero e espécie¹⁹³.

Pois bem, partindo-se da análise lógica-conceitual proposta por ULRICH KLUG, é fácil perceber que a estrutura lógico-conceitual da especialidade corresponde à relação de *subordinação* entre os preceitos¹⁹⁴.

O princípio da subsidiariedade, por sua vez, verifica-se quando uma norma aplica-se de forma auxiliar em determinando caso concreto, em razão da ausência de outra norma aplicável. Ou seja, decorre da pretensão de proteção, por parte do legislador, de todas as etapas de um delito, por meio de normas autônomas que somente se aplicam quando houver uma ofensa mais gravosa não prevista pela norma principal. Por isso seu caráter subsidiário.

Nos termos postos por LUIZ REGIS PRADO, essa relação entre normas decorre da múltipla proteção de determinado bem jurídico por meio de diversos preceitos normativos, operando-se de forma auxiliar, subsidiária ou residual, nos casos em que não são objeto de tutela por outro dispositivo, tido como o principal¹⁹⁵. No mesmo sentido, ressalta MARIÂNGELA MAGALHÃES GOMES ao sustentar que “é possível afirmar que há subsidiariedade quando houver diferentes graus de ofensa a um mesmo bem jurídico, de maneira que a ofensa maior absorve a menor e, por isso, a aplicabilidade desta está condicionada a não aplicação da primeira”¹⁹⁶.

A subsidiariedade pode ser expressa, ou seja, quando a própria lei contém a cláusula de reserva, como exemplo “se o fato não constitui crime mais grave”, o que facilita a exclusão do concurso ideal de normas; ou tácita, quando uma das normas tiver por finalidade tutelar etapa preliminar ou intermediária de delito, ao passo que a outra visa à punição do delito principal, almejado pelos atos preparatórios. Nessa modalidade, o tipo penal funciona como

¹⁹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 232.

¹⁹⁴ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leys. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 62.

¹⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1: parte geral. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 232.

¹⁹⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese (Livre-docência) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 347.

*soldado de reserva*¹⁹⁷ de outro dispositivo de maior gravidade punitiva, de modo que este afasta a simultânea punição do primeiro¹⁹⁸.

Portanto, observa-se que o tipo penal subsidiário não será tão somente o de menor gravidade, como também uma maneira de execução da norma principal, motivo pelo qual, como mencionado na análise do princípio da especialidade, a interpretação e aplicação das normas estarão a depender do caso concreto, notadamente nos casos de subsidiariedade tácita.

No que tange o mencionando princípio, portanto, verifica-se a relação de *interferência* entre preceitos normativos, eis que “coincidem o tipo de captação e o outro tipo que em cada caso está em jogo”¹⁹⁹, de maneira que o concurso aparente de normas penais será solucionado com a prevalência da norma que detiver previsão expressa ou quando o tipo subsidiário depender “da não aplicação do tipo principal”²⁰⁰.

Alerta KLUG que a solução do conflito de normas pela subsidiariedade requer, salvo nos casos expressamente previstos em lei, uma fundamentação teleológica inequívoca que justifique a suposição de que o legislador em lugar do concurso ideal pressupôs tacitamente a subsidiariedade, haja vista a coincidência de fundamentos lógicos entre aludidos institutos²⁰¹.

O princípio da consunção, por sua vez, resolverá o concurso aparente de normas quando uma das normas incidentes à determinada situação fática compreender o conteúdo de outra, em razão de o tipo menos extenso constituir meio ou fase de realização do tipo penal que possui maior alcance, de forma a prevalecer apenas a disposição mais larga²⁰². A norma consuntiva compreende o conteúdo do injusto e inclui o desvalor da norma consumida, considerando-a prevalente sobre a segunda, consoante o brocardo *lex consumens derogat legi consumptae*²⁰³.

¹⁹⁷ Nesse sentido leciona Frederico Horta, valendo-se da expressão utilizada por Nelson Hungria. Vide HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 90.

¹⁹⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 289.

¹⁹⁹ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 64.

²⁰⁰ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 412.

²⁰¹ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 73.

²⁰² HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 89.

²⁰³ BOIX REIG, Javier. *Diccionario de Derecho Penal Económico*. 1. ed. Madrid: Iustel, 2008. p. 178.

Assevera FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO que “há, na lei penal, tipos mais abrangentes e tipos mais específicos que, por visarem a proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade) nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime”, o que, todavia, não afasta o conflito aparente de normas²⁰⁴. A exemplificar tal constatação cita a absorção do delito de violação de domicílio (CP, art. 150), que lesa a liberdade da pessoa, pelo de furto (art. 155), lesivo ao patrimônio, quando a violação da residência é o meio empregado para a consumação do furto. Tal ocorre porque a norma mais abrangente, do furto, ao incluir como um dos seus elementos essenciais a subtração, o apossamento da coisa, contra a vontade do dono, abrange a hipótese de penetração na residência, contra a vontade do dono, para o apossamento da coisa, razão pela qual a norma mais ampla absorve, consome, a proteção parcial que a menos abrangente almeja²⁰⁵.

Nessas situações fáticas verifica-se que todas as condutas relacionam-se entre si e estão dirigidas ao mesmo objetivo. A norma consuntiva, nesses casos, foi criada pelo legislador já com a finalidade de punir, além do delito principal, os atos prévios e subsequentes.

Nesse quadro, considerando as características de mencionado princípio e de sua correlação com as relações lógico-conceituais, KLUG entende que os atos caracterizadores das hipóteses de consunção decorrem da relação de *interferência* com a tipicidade do delito almejado, posto que inexistente relação de *subordinação* entre as normas pretensamente concorrentes²⁰⁶.

Contudo, entende que a única possibilidade de se admitir um concurso aparente de normas nesses casos, pautado na relação de *interferência* entre os preceitos, seria considerar a consunção como um caso especial de subsidiariedade e, mais precisamente, como um caso de subsidiariedade tacitamente previsto pela lei, de acordo com seu sentido contextual²⁰⁷. Porém

²⁰⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 52-53.

²⁰⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 52-53.

²⁰⁶ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leys. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 65.

²⁰⁷ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leys. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 67.

ressalta a dificuldade de sua aplicação prática em decorrência da carência de diretivas inequívocas a diferenciá-la do concurso de crimes²⁰⁸.

A conclusão oferecida por KLUG sobre a dispensabilidade da consunção, reconduzido os casos de *interferência* a ela atinentes à solução pela subsidiariedade encontra respaldo na parte da doutrina que não adota a legitimidade dessa regra como pressuposto do conflito aparente de normas por não fornecer uma definição que supere a mera coincidência com o concurso de leis (um preceito afasta o outro porque é capaz de valorar exaustivamente o conteúdo do injusto do fato)²⁰⁹.

Além disso, mesmo entre os que reticentemente a ela aderem, há certo consenso sobre a ausência de critérios a lhe conferir a devida densidade dogmática, razão pela qual acaba por ser considerada, nos termos postos por GARCIA ALBERO, como uma categoria residual a definir negativamente a apreciação do concurso de crimes²¹⁰. Tal situação verifica-se porque na especialidade a determinação de um delito em desprezo de outro deriva de uma clara relação lógica entre os preceitos, enquanto que na subsidiariedade parte-se de considerações fundamentalmente teleológicas-sistemáticas, porém, em qualquer caso, a inaplicabilidade de um dos delitos resulta de uma relação que pode ser aferida abstratamente entre eles (*genus-especiem; maius-minus*)²¹¹. A consunção, por seu turno, não se constata por meio da comparação abstrata entre os preceitos, mas por intermédio da análise dos fatos concretamente verificados, de sorte que a prevalência de uma norma incriminadora sobre a outra opera-se por meio de razões valorativas²¹².

Contudo, como a abrangência e a especificidade de alguns tipos penais – ao tutelarem bens jurídicos diversos – fazem com que não exista uma precisa relação de gênero e espécie, nem uma hierarquia posta a apontar um maior ou menor grau de execução²¹³, conclui-se que

²⁰⁸ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 67.

²⁰⁹ Nesse sentido alerta Rodrigo Rios e Daniel Laufer em Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 159-160.

²¹⁰ GARCIA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem material*” e *Concurso de Leys Penales*. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 383.

²¹¹ GARCIA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem material*” e *Concurso de Leys Penales*. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 383.

²¹² GARCIA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem material*” e *Concurso de Leys Penales*. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 383.

²¹³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 52-53.

nem todas as situações fáticas contempladas nos diversos tipos poderão ser resolvidas pelos critérios da especialidade e da subsidiariedade, justamente pela ausência de hierarquia valorativa entre um preceito e outro²¹⁴.

Desse modo, sem deixar de reconhecer a contribuição de KLUG na definição da relação existente entre os preceitos envolvidos na consunção, a *interferência*, a pautar a análise dos casos concretos, admite-se no presente estudo a autonomia dessa regra de solução de conflito aparente de normas, em razão das inúmeras possibilidades que se apresentam quando da interpretação e da delimitação das relações existentes entre os preceitos concorrentes dentre uma realidade fática, com seus respectivos reflexos sobre a determinação da norma prevalente.

A autonomia da consunção encontra-se respaldada no postulado do *non bis in idem*, configurada pelo fato do conteúdo do injusto ir além de sua estrutura essencial. Segundo JOSÉ LOBO MOUTINHO: “A conclusão pelo não concurso alça-se precisamente na medida em que se verifica que o facto aparentemente compreendido na norma incriminadora afastada, entra, na inteireza da estrutura e do seu significado valorativo, na estrutura accidental do crime regulado na norma prevalente”²¹⁵.

Nessa categoria inserem-se os antefatos ou pós-fatos coapenados, que podem ser descritos como condutas que acompanham ou precedem o fato principal, visando preparar ou assegurar a execução do delito pretendido, razão pela qual o preceito penal somente se aplicará a esse último, afastando-se a punibilidade daqueles como crimes autônomos.

Cada um desses fatos concretos e cronologicamente separados integra os extremos de uma conduta delitiva, não apenas por sucessão temporal, como também em razão de uma conexão fática e normativa. Em relação ao fato principal, o fato prévio pode se relacionar como “unidade de ação”, enquanto o fato posterior pode ser depreendido do nexos típico de uma “unidade valorativa”²¹⁶.

É por essa razão que o princípio da consunção, diversamente dos princípios da especialidade e subsidiariedade, não demanda relação entre os bens jurídicos tutelados pelas

²¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 52.

²¹⁵ MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005. p. 1019.

²¹⁶ RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 164.

normas coincidentes²¹⁷. Como mencionado por ESTRELLA ESCUCHURI AISA, a unidade ou pluralidade de bens jurídicos pode servir como critério, mas não como elemento distintivo entre eventual concurso de crimes ou conflito aparente de normas, já que o conteúdo do injusto é constituído não só pelo desvalor do resultado, como também pelo desvalor da ação²¹⁸.

Na consunção, portanto, há uma relação de absorção, e não de exclusão²¹⁹. A aplicação de mencionada regra, justifica-se, segundo HANS WELZEL, em razão do castigo do “fato acessório” ser satisfeito conjuntamente com o castigo do “fato principal”²²⁰.

Importante ressaltar que, diante da aplicação de mencionado princípio, não necessariamente será aplicada a norma que prevê pena mais grave, devendo-se levar em conta a linha de desdobramento da afetação do bem jurídico no caso concreto para se determinar o delito passível de punição²²¹.

De fato, segundo ESTRELLA ESCUCHURI AISA, a determinação do delito aplicável e a correspondente sanção aplicada decorrem da constatação de qual preceito é capaz de valorar exhaustivamente o conteúdo do injusto, o que não significa dizer que tal preceito vá corresponder, necessariamente, com aquele que estabelece a pena mais grave²²².

Com efeito, a solução do conflito entre normas penais não pode ser guiada somente pela constatação de que determinado tipo preconiza pena superior, pelo contrário, é a aferição da intenção do agente, do conteúdo do injusto e do desvalor da ação que devem pautar o dispositivo a ser aplicado no caso concreto. Até mesmo porque, levando-se em consideração a ausência de critério a pautar a fixação das penas pelo legislador, observa-se que maior ou menor pena não significa, necessariamente, maior ou menor gravidade do delito.

²¹⁷ Nesse sentido, HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 176- 177.

²¹⁸ ESCUCHURI AISA, Estrella. Los Pricípios de No Bis in idem y de Integra Valoracion del Hecho e el Marco del Concurso de Leyes. *Revista dos Tribunais*. Ciências Penais. vol. 10. p. 57. Jan. 2009DTR. 2009\40. p. 08.

²¹⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso Aparente de normas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p.67-100, jan./mar. 2001. p. 85.

²²⁰ WELSEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*: parte general. 12. ed. Traducción del alemán por los professors Jua Bustos Ramíres y Sergio Yáñes Perez. 3. ed. Castellana. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987. p. 322.

²²¹ GOMES, Luiz Flavio. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 198.

²²² ESCUCHURI AISA, Estrella. Los Pricípios de No Bis in idem y de Integra Valoracion del Hecho e el Marco del Concurso de Leyes. *Revista dos Tribunais*. Ciências Penais. vol. 10. p. 57. Jan. 2009DTR. 2009\40. p. 15.

Por fim, tem-se o princípio da alternatividade, o qual partindo da formulação difundida por VON LISZT-SCHMITD²²³, caracteriza-se pela existência de normas incompatíveis em relação aos seus pressupostos fáticos, isto é, normas cujos tipos penais relacionam-se como “ou isso ou aquilo”²²⁴. Há uma relação de contradição, de cuja constatação decorre a exclusão recíproca entre tipos, tal como ocorre nos tipos de furto e apropriação indébita.

É por essa razão que a maioria dos autores rejeita tal critério, ao sustentar que não se trata verdadeiramente de concurso aparente de normas, pois se o fundamento do concurso é a coincidência parcial de seus pressupostos, quando esses forem incompatíveis, afasta-se, logicamente, a existência do próprio conflito normativo²²⁵.

Partindo dessa concepção e das relações lógico-conceituais entre os preceitos, identificada a *heterogeneidade* entre as normas, posto que um estado de coisas incidente sobre um dos tipos legais não poderá ser subsumido ao outro, assim como a maior parte da doutrina, KLUG rejeita tal critério²²⁶.

Em que pese sejam consideráveis os critérios propostos pela doutrina para constatação e solução do conflito aparente de normas, como se verá adiante, verifica-se a ausência do devido aprofundamento da matéria pelos julgadores, bem como a ausência de posição pacífica sobre a definição de um juízo definitivo para a resolução do instituto, notadamente no âmbito dos delitos financeiros. De fato, deparamo-nos com os mais variados entendimentos, os quais, muitas vezes, são determinados sem o correspondente respaldo teórico.

Assim, superadas essas premissas, vejamos os problemas e implicações práticas, decorrentes da estrutura *sui generis* do crime de gestão fraudulenta, na análise do concurso aparente de normas com alguns dos demais tipos previstos na Lei 7.492/86.

²²³ Vide KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 68; HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91.

²²⁴ Segundo formulação difundida por Liszt-Schmidt, como ressaltam Frederico Horta e Ulrich Klug. HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 90; KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 68.

²²⁵ Nesse sentido: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese de Livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012. p. 352; HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91; KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 68.

²²⁶ KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 68.

4. DA ANÁLISE DOS POSSÍVEIS CONCURSOS APARENTES DE NORMAS ENTRE O DELITO DE GESTÃO FRAUDULENTA E OS DEMAIS TIPOS PENAIS DA LEI 7.492/86 À LUZ DA DOCTRINA ESTUDADA

4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Sem olvidar as inúmeras críticas no sentido de que o tipo penal do delito de gestão fraudulenta é aberto demais, não descrevendo a conduta incriminada de forma suficiente, o que poderia ser entendido como violação ao princípio da taxatividade, algo que a doutrina, em grande medida, já pontuou, partiu-se dessa constatação como pressuposto motivador a busca da recuperação do tipo penal em análise, como exposto nos capítulos 1 e 2 do presente estudo.

Reinserindo-o no contexto que determinou a edição da Lei 7.492/86 e colocando o foco no bem jurídico para cuja proteção fora criado, buscou-se redutores teleológicos a fim de conferir-lhe identidade própria, agregar coerência interna na própria lei, assim como minimizar os recorrentes problemas quanto ao âmbito de incidência concomitante com os demais tipos penais previstos no mesmo diploma legal, dispostos, por vezes, em situação de conflito aparente de normas, como será melhor abordado a seguir.

Como anteriormente exposto, a redação final do projeto de lei dos crimes contra o sistema financeiro alterou significativamente a estrutura do art. 4º, pois, originariamente, exigia-se para a consumação da gestão fraudulenta a superveniência de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência. O tipo penal, assim redigido, era bastante restrito.

Ao retirar tais elementos, o legislador criou um tipo genérico, exigindo-se unicamente o emprego de fraudes na administração da instituição, desconectadas de qualquer resultado, mas mantendo a grave sanção de 03 a 12 anos de reclusão.

De tal constatação, conclui-se que o legislador visou uma tipificação autônoma da continuidade de fraudes realizadas em uma instituição financeira, as quais, em seu conjunto, acabam por macular a gestão como um todo, com grave potencial de afetação do bem jurídico tutelado pela norma.

Isso porque, além da pena de 03 a 12 anos, mais multa, ser a sanção mais severa prevista no âmbito do Direito Penal Econômico, a ampla margem deixada pelo legislador

entre os patamares mínimo e máximo cominados, permite ao julgador atender aos ditames previstos no artigo 59 do Código Penal e responder ao autor da gestão fraudulenta de modo efetivo e suficiente à reprovação do delito²²⁷.

Por não poder prever todas as formas de fraudes que poderiam ser perpetradas no âmbito econômico-financeiro e o grave potencial lesivo que poderiam apresentar, o legislador optou por um tipo genérico para que nenhuma conduta potencialmente ofensiva praticada nesse contexto pudesse escapar da devida resposta penal.

Desse modo, o delito de gestão fraudulenta deve ser compreendido como decorrência de um conjunto de atos fraudulentos, que reunidos, estarão aptos a considerar que toda a gestão foi maculada, sem olvidar, é claro, do potencial lesivo que devem apresentar. De fato, como já antes mencionado, o delito em questão não tutela a fraude pela fraude ou pelo simples número em que se apresentam, mas sim pela potencial ofensividade sobre o patrimônio dos investidores, da própria instituição financeira e também do próprio Estado, tendo em vista que dependendo do grau em que lesionados ou postos em perigo podem afetar o sistema como um todo.

Acaba-se por verificar que o delito em estudo unifica a prática de diversas condutas num único tipo. Assim, o crime previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86 pode absorver demais condutas praticadas no mesmo contexto, quando da presença de diversos atos fraudulentos, que isoladamente considerados, poderiam encontrar correspondência em inúmeros tipos penais previstos pela Lei de Referência.

Nessa senda, o problema na interpretação do concurso aparente de normas penais da Lei 7.492/86 é que o artigo 4º (em virtude de sua generalidade) é aparentemente aplicável de maneira concomitante a outros delitos, tais como os artigos 5º, 6º, 9º, 10, 11, 16, 17, 21 e 22, pois estes tipos penais também podem ser cometidos mediante atos fraudulentos, induzindo o intérprete a imaginar a possibilidade de um concurso ideal ou material entre tais normas.

Não seria por certo a melhor solução adotada, sob pena de grave violação ao postulado que veda o *non bis idem*, dado que não é permitido ao Estado a possibilidade de sanções múltiplas sob determinada unidade de fato jurídico-penalmente relevante.

²²⁷ BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 131.

Desse modo, a partir de uma interpretação lógica, teleológica e valorativa dos mencionados preceitos é possível verificar que aludidas normas coincidem total ou parcialmente quanto ao desvalor que atribuem a determinado substrato fático sob o qual venham a incidir, sendo imperiosa a análise do conflito aparente de normas a definir o preceito normativo para qual devem convergir, evitando-se a duplicidade punitiva.

Pois bem, partindo desse panorama, vejamos a análise dos concursos aparentes mais recorrentes, assim como os que geram maiores discussões dogmáticas e conceituais, a fim de abordá-los de acordo com os critérios propostos no capítulo anterior e, posteriormente, confrontá-los com os resultados obtidos dos julgados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região²²⁸.

4.2 CONFLITO ENTRE O ART. 4º E 5º

O artigo 5º da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional dispõe que:

Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa

Parágrafo único. Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito.

Por definição legal, só podem ser sujeitos ativos do delito os controladores e administradores das instituições financeiras, tais como diretores e gerentes. A eles também são equiparados o liquidante, o interventor e o síndico. Trata-se, pois, de crime próprio, que

²²⁸ Embora no presente trabalho somente seja abordado o conflito aparente de normas entre os artigos 4º, 5º, 6º, 9º, 10, 11, 17, 21 e 22, todos da Lei 7.492/86, bem como a incompatibilidade entre os preceitos previstos no artigo 4º e o 16 da mesma lei, por serem os conflitos mais recorrentes na jurisprudência, ressalta-se que, também, podem ser constatados eventuais conflito entre a norma do delito de gestão fraudulenta e os delitos previstos nos artigos 3º, 7º, 14, 15, 19, dentre outros, da Lei 7.492/86, de maneira que a mesma lógica aplicada em relação aos primeiros, ressaltando-se os artigos 21 e 22, cuja análise é diferenciada, servirá a todos os demais preceitos, interligados, de certo modo, entre si.

exige a especial condição do agente de exercer uma das funções previstas pelo artigo 25 da Lei 7.492/86, não obstante tal elementar do delito possa comunica-se ao particular que eventualmente concorra, na condição de coautor ou partícipe, consoante previsão do artigo 30 do Código Penal²²⁹.

Como salientam CEZAR BITENCOURT e JULIANO BREDÁ, pressuposto à caracterização do delito é a anterior posse lícita, ou seja, que o agente tenha a particular condição de disponibilidade física direta ou imediata do bem alheio – dinheiro, valor ou qualquer bem móvel – subsequente a apropriação indevida em nome alheio, seja ou não em benefício próprio²³⁰.

Falando sobre os elementos do tipo em questão, cujos verbos nucleares são apropriar-se, desviar e negociar, MANOEL PEDRO PIMENTEL explica que para a caracterização do delito, na modalidade de apropriação, não é suficiente a mera inversão da posse, mas faz-se necessária a intenção de apropriação: “apropriar-se não tem o sentido léxico de apossar-se, mas o significado técnico-jurídico de tornar sua a coisa que já se encontra na posse do agente”²³¹. O verbo desviar, por sua vez, deve ser compreendido como a alteração da destinação dos bens alheios, dando-lhes outra finalidade, destino ou aplicação diversa da que foi determinada. É dizer: “desvirtuar sua utilização indevidamente, ou seja, tanto sem autorização legal, como sem autorização de quem de direito”²³², em benefício próprio ou de outrem. Finalmente, negociar, traduz a prática de comerciar, seja por venda ou permuta, empréstimo, dação em pagamento ou em garantia pignoratícia²³³.

²²⁹ Nesse sentido lecionam Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda, ressaltando que é necessário que o particular (*extraneus*) possua consciência da qualidade especial do controlador ou administrador de instituição financeira, sob pena de não responder por esse crime, posto que próprio. Caso desconheça tal condição, segundo mencionados autores, configurar-se-á o erro de tipo, afastando-se a tipicidade da conduta, permitindo-se, contudo, eventual responsabilidade por outro delito, em princípio, menos grave, consoante previsão do artigo 29, § 2º, do Código Penal, que abriga a chamada cooperação dolosamente distinta. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 80.

²³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 84.

²³¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86*, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 58-59.

²³² BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 86-87.

²³³ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 87; PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86*, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 57 e TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 48.

De tal análise, verifica-se que, salvo na hipótese do parágrafo único, a caracterização do artigo 5º pressupõe a vantagem indevida, a prova do prejuízo ou locupletamento em desfavor dos clientes, em benefício próprio ou de outrem, o que não ocorre em relação ao artigo 4º, ao qual basta a gestão mendaz, independentemente da ocorrência de resultado.

Além disso, tendo em vista que o legislador não previu forma para execução do delito de apropriação indébita financeira, observa-se que tal infração poderá ocorrer mediante fraude, podendo sua conduta subsumir-se concomitantemente ao delito de gestão fraudulenta.

Por outro lado, o artifício fraudulento para a prática do delito de gestão fraudulenta pode ser a apropriação ou desvio de valores, assim como a gestão fraudulenta também pode ser praticada por outros meios, não subsumíveis ao delito de apropriação.

Nesses termos, questão de difícil solução reside no confronto entre mencionados preceitos, pois quando os desvios/apropriações forem praticados mediante fraude, verifica-se uma inter-relação entre eles, ensejando, assim, a possibilidade de eventual concurso aparente de normas.

Além disso, como geralmente os delitos econômicos não decorrem da prática de um único ato, mas sim de diversos atos fragmentados perpetrados, em sua maioria, com um único fim, a solução eventualmente encontrada, deve, necessariamente, passar por uma análise valorativa, a examinar o desvalor da ação e o grau de afetação dos bens jurídicos envolvidos.

Desse modo, a partir das reflexões de KLUG, sem olvidar da necessária apreciação da situação fática concreta, pode-se constatar que não há relação de identidade entre os preceitos, já que não são idênticos entre si, como também de *heterogeneidade*, posto que não há disparidade entre seus elementos, excluindo-se, por consequência, a aplicação do princípio da *alternatividade* para a solução do concurso aparente entre as normas.

Quanto à eventual relação de *subordinação* entre os preceitos, recorda-se que sua verificação pressupõe, necessariamente, a comparação das definições abstratas de ambas as normas. Assim, do cotejo dos tipos em questão verifica-se que a gestão fraudulenta não é necessariamente o meio para o cometimento da apropriação indébita, podendo ocorrer apropriação sem fraude e gestão fraudulenta sem apropriação.

Em outros termos, constata-se que a fraude, elemento principal do delito de gestão fraudulenta, não constitui elemento do delito de apropriação indébita, do que decorre a

constatação da impossibilidade de solucionar eventual conflito pelo princípio da especialidade, ao qual aludida relação de subordinação está atrelada.

De fato, se a apropriação também pode ser cometida sem fraude, jamais poderia ser considerada como norma especial em relação à gestão fraudulenta nessas hipóteses, razão pela qual, como exposto anteriormente, impossibilita-se a relação de subordinação entre mencionados preceitos, eis que a especialidade demanda que uma norma contenha todos os elementos da outra e mais um, o especializante.

Nessa senda, diante da ausência de coincidência do elemento fraude, verifica-se a insubsistência da tese sustentada por FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA, segundo o qual o delito de apropriação indébita financeira seria especial ao delito de gestão fraudulenta, sendo a apropriação, desvio de recursos, o seu elemento especializante²³⁴.

Adotar tal posicionamento poderia levar em casos práticos à seguinte solução: o agente que além de gerir fraudulentamente uma instituição financeira ainda apropria-se de valores desta, deve ser punido com pena menos severa do que aquele que pratica a gestão fraudulenta, mas não desvia bens ou valores. Situação essa que não parece, evidentemente, justa, nem correta à luz dos critérios dogmáticos anteriormente expostos.

Não obstante, vislumbrando-se ainda eventual aplicação de aludido princípio da especialidade, questiona-se qual seria efetivamente o elemento especializante, se a intenção livre e consciente de apropriar-se e/ou de desviar os bens ou a prática reiterada de fraudes para atingir essa finalidade, mas que acaba por comprometer, também, a lisura e a credibilidade na administração da instituição financeira. Conclui-se que a dúvida decorre da própria inaplicabilidade de referido princípio à hipótese em análise.

²³⁴ Segundo mencionado autor, como o delito de gestão fraudulenta seria norma geral, não poderia se estabelecer concurso formal entre os artigos da Lei 7.492/86 que seriam formas específicas de se gerir fraudulentamente como, por exemplo, apropriando-se ou desviando valores que a instituição financeira detém (art. 5º), fantasiando a realidade de uma operação para ludibriar o sócio ou o Banco Central (art. 6º) ou, até mesmo, remetendo-se dinheiro para fora do país (art. 22). ROSA, Fábio Bittencourt da. *Lei nº 7.492/86 e o Concurso Aparente de Lei*. Em Revista da Ajufe, Associação dos Juízes Federais do Brasil, Ano 23, 1º sem. 2005, p. 208; Vide também julgado no mesmo sentido: “(...)12. A hipótese dos autos configura a ocorrência de concurso aparente de normas penais, resolvido pelo princípio da especialidade em favor do art. 5º da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, contrariamente à alegação da defesa, que pretendia resolvê-lo pelo princípio da consunção, onde o art. 5º seria absorvido pelo art. 4º. Isso ocorre porque a lesão à integridade do sistema financeiro nacional pode se dar pela gestão fraudulenta da instituição financeira. Todavia, se essa forma de conduta ilícita se materializar por circunstâncias que integram outro tipo, como no caso, diz-se que este é especial em relação à gestão fraudulenta, que é norma geral (...)”. (TRF4, ACR 1999.04.01.115593-7, Sétima Turma, Relator Fábio Bittencourt da Rosa, DJ 24/04/2002)

De todo modo, para aqueles que defendem a fraude como elemento especializante²³⁵, ressalta-se que adotar tal premissa poderia levar na análise de um caso concreto a fazer-se o juízo de tipicidade em favor do artigo 4º apenas para apropriações praticadas mediante artifício fraudulento e, pretender, em concurso material, o juízo de tipicidade em favor do artigo 5º para apropriações decorrentes do descumprimento das normas de regência editadas pelo BACEN, mesmo quando todas as condutas tenham sido praticadas no mesmo contexto, pelo mesmo gestor, na mesma instituição financeira e no mesmo período de tempo.

Poderia se chegar à solução absurda da prática de apropriação indébita “sem fraudes”, em tese, menos grave que uma apropriação praticada por meio ardiloso, em conjunto com outras apropriações fraudulentas, ensejar uma reprimenda muito mais severa ao autor do delito, do que no caso daquele que pratica um número enorme de apropriações, mas todas mediante ardil, já que nessas condições, aplicar-se-ia apenas o artigo 4º.

Isso porque a presença de atos de apropriação fraudulentos e outros decorrentes do descumprimento das normas de regência, mesmo que praticados no mesmo contexto e no âmbito da mesma instituição, determinaria a aplicação do concurso material de ambos os delitos, sendo ainda o artigo 5º em continuidade.

Desse modo, seja adotando-se o elemento fraude ou a apropriação como elemento especializante, revela-se inaplicável o critério da especialidade a pautar eventual conflito de normas entre aludidos preceitos, tendo em vista que de seu cotejo abstrato não se verifica a coincidência de pressupostos na eventual norma a ser descartada, além de algum outro a determinar a convergência à norma prevalente. Em outros termos, abstratamente, as normas não estão, uma para a outra, em círculos concêntricos, como exige a norma especial em relação à geral, mas sim em círculos intersecantes ou totalmente díspares²³⁶, cuja

²³⁵ Sustentando o predomínio da norma prevista no artigo 4º sobre a norma do artigo 5º, ambos da Lei 7.492/86 – desde que se cuidassem de desvios fraudulentos e reiterados, a partir do princípio da especialidade e sob o elemento especializador *fraude*, colhe-se o voto do Desembargador Federal, Dr. PAULO AFONSO BRUM VAZ, no julgamento das Apelações Criminal sob nº 2002.04.01.052304-0/PR e nº 2004.04.01.037552-6/PR, *in verbis*: “A tese aqui exposta pode ser assim resumida: a norma inscrita no art. 5º da Lei nº 7.492/86, quando a conduta ostente caráter fraudulento, contém os elementos da norma inscrita no art. 4º daquele diploma. No caso de atos delituosos praticados com fraude, instaura-se um conflito aparente de normas, que se resolve pelo princípio da especialidade, considerando-se na solução do problema, como elemento especializante, não a apropriação/desvio, mas a ação fraudulenta perpetrada pelo agente. A punição pelo art. 5º fica reservada para aqueles casos em que há apropriação/desvio como simples decorrência de descumprimento das normas de regência, sem o emprego de qualquer meio ardiloso”.

²³⁶ Nesse sentido leciona Frederico Horta ao diferenciar a relação existente entre normas especiais e gerais, em relação às normas consuntiva e consumida. HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 148.

determinação, de um ou de outro, dependerá de uma interpretação valorativa sob determinado substrato fático.

Assim, considerando a relação de *interferência* entre os preceitos, posto que seus elementos constitutivos inter-relacionam-se quando os atos são praticados mediante fraude, poderia se cogitar da aplicação do princípio da subsidiariedade, sancionando o delito de gestão fraudulenta, em detrimento do delito de apropriação, por ser ele o delito mais grave, como esse fosse um tipo “soldado de reserva” daquele, caracterizando-se, assim, uma hipótese de subsidiariedade tácita.

Contudo, a subsidiariedade exige uma relação de “*minus ad maius*” entre as distintas ofensas ao mesmo bem jurídico previstas por uma e por outra, quando igualmente incidentes sobre um comportamento praticado em unidade de contexto²³⁷. Constatação essa que igualmente não se verifica na relação existente entre aludidos preceitos.

De fato, além da divergência de bens jurídicos tutelados em aludidas normas, como reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência pátria²³⁸, o que acabaria por afastar a aplicação de mencionada regra de resolução de conflito, ressalta-se que a simples exclusão de um tipo legal por outro não poderia se pautar apenas na gravidade da pena prevista, sendo indispensável à análise do desvalor jurídico da ação perpetrada.

Destarte, ainda que diante de muitos desvios fraudulentos, se em seu conjunto, não apresentarem aptidão para macular a gestão como um todo e a potencialidade lesiva sobre o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 4º, não tem porque não se aplicar o delito de apropriação indébita em continuidade delitiva, afastando-se a aplicação do delito de gestão fraudulenta.

²³⁷ Nesse sentido, vide HORTA. Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 138.

²³⁸ Como exemplo vide: CRIMINAL. RESP. GESTÃO FRAUDULENTA. APROPRIAÇÃO E DESVIO DE DINHEIRO, TÍTULO, VALOR OU OUTRO BEM. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. INOCORRÊNCIA. DIVERSIDADE DE OBJETOS JURÍDICOS. CONCURSO FORMAL CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - O art. 4º da Lei 7.492/86 descreve o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, tutelando o Sistema Financeiro Nacional e sua credibilidade pública. Já o art. 5º da mesma lei protege a relação de confiança dos negócios jurídicos desta área e o patrimônio dos investidores. II - Se os dispositivos tutelam objetos jurídicos diversos, não há que se falar em conflito aparente de normas, mas de concurso formal, caso em que o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes. III - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do relator. (REsp 585.770/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07.10.2004, DJ 16.11.2004, p. 313)

O que não se admite é: diante de numerosos desvios fraudulentos aplique-se o delito de gestão fraudulenta, em detrimento da apropriação indébita financeira, pelo simples fato de ser o delito mais grave.

De todo modo, ainda que se considere a tutela de bens jurídicos idênticos, eventual característica subsidiária do artigo 5º em face ao artigo 4º, ambos da Lei 7.492/86, não afastaria eventual resolução do concurso de normas pela consunção, posto que não são critérios incompatíveis entre si.

Como bem coloca FREDERICO HORTA, eventualmente, a não aplicação de uma norma incidente sobre determinado fato pode tanto se justificar porque a outra representa uma forma subsequente mais gravosa de ofensa ao mesmo bem jurídico tutelado pela norma descartada (subsidiária), como em razão de ser, aos olhos da comunidade jurídica, uma circunstância corriqueira da prática de outro delito, consumida pela norma incriminadora deste, aplicando-se a consunção²³⁹.

Contudo, o presente trabalho não se limitou às formas de resolução de concurso de normas decorrentes das relações lógico conceituais sustentadas por KLUG, restritas, ao final, à especialidade e à subsidiariedade, preterindo aludida classificação binária e sustentando a autonomia da consunção. Ora, chega-se à conclusão, sem desprezar a relação de *interferência* entre os preceitos por ele proposta, de que mencionada regra parece a solução mais adequada ao concurso aparente entre mencionadas normas, por meio do critério dos antefatos e pós-fatos coapenados²⁴⁰.

PALMA HERRERA, ao afirmar a existência de aludidas categorias, aduz que “é absolutamente necessário que entre o fato prévio ou posterior e o principal exista uma relação tal que permita asseverar que o legislador, na hora de prever a pena para o tipo de delito no qual encaixa o fato principal, tenha considerado a prévia ou subsequente realização deste outro fato”²⁴¹.

²³⁹ HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 150.

²⁴⁰ Nesse mesmo sentido: RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 187.

²⁴¹ PALMA HERRERA, José Manoel. *Los Actos Copenados*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 265.

É o que se depreende em relação ao delito de gestão fraudulenta: o legislador ao editar o tipo genérico, mantendo a grave sanção de 03 a 12 anos, buscou uma tipificação autônoma que pudesse reunir diversos atos num único delito, de acordo com o potencial lesivo apresentado, bem como, diante da impossibilidade de prever todas as espécies de fraude a ensejar a incursão do agente nas sanções de mencionado delito, editou-o de forma livre, podendo ser praticado pelo modo ou meio escolhido pelo agente.

Dessa maneira, somente a partir da análise do desvalor jurídico da ação perpetrada é que se poderá verificar se a fraude estará compreendida no desvalor jurídico-penal da apropriação indébita financeira, afastando-se a gestão fraudulenta e considerando a fraude como meio (antefato coapenado) para o delito fim (apropriação). Ou se, por outro lado, os desvios praticados estarão inseridos no desvalor jurídico da própria gestão fraudulenta, sendo então esses tidos como antefatos ou pós-fatos coapenados da gestão perpetrada. Tudo, pois, a depender da valoração do substrato fático concreto.

Nessa linha de pensamento, tratando-se de unidade de fato e provado que o agente atuou com o deliberado propósito de empreender fraudes reiteradas, maculando a gestão da instituição financeira como todo, deve ser responsabilizado pelo crime do artigo 4º, absorvendo a norma do art. 5º, não sendo o caso de concurso formal.

Por outro lado, ocorrendo a gestão fraudulenta, os desvios inserem-se na categoria de pós-fatos coapenados, considerando que o desvalor da ação da gestão fraudulenta também engloba o desvalor dos desvios ou apropriações perpetrados.

Importante salientar que a consunção não decorre do simples fato do delito de gestão fraudulenta prever a pena mais grave, mas por tal norma compreender todos os demais atos perpetrados, sendo estes compreendidos como meios ou fases de realização do tipo penal.

Ademais, o fato de a pena do art. 4º da Lei 7.492/86 ser maior do que a do art. 5º da mesma lei, não é óbice para o reconhecimento da absorção daquele crime por este, eis que o fenômeno da absorção pelo princípio da consunção se dá sempre do crime-meio pelo crime-fim, assim como, por exemplo, quando o falso esgota sua potencialidade lesiva no estelionato,

sendo por ele absorvido²⁴². Hipótese em que o delito de menor gravidade absorve o de maior gravidade.

Assim, no caso de desvios isolados que não tenham o desvalor da ação previsto pela gestão fraudulenta, ou seja, que não tenham aptidão para ofender o bem jurídico tutelado pela norma, a solução que parece mais consentânea com os critérios propostos é a punição apenas pela apropriação indébita financeira.

Nesse sentido, se a fraude é realizada como meio para obtenção dos recursos financeiros (desvio) e nele esgota seu potencial lesivo, o único crime a merecer tipicidade e apenamento é o do artigo 5º da Lei 7.492/86, porquanto crime-fim.

Nesse caso, as manobras fraudulentas seriam tidas como antefatos coapenados, eis que a incidência da norma prevista no artigo 5º já seria uma resposta jurídica satisfatória e coerente ao desvalor da ação no contexto analisado²⁴³.

Importante destacar que o tipo penal de gestão fraudulenta não reclama ofensividade ao sistema financeiro nacional em sua inteireza estrutural, mas também não se perfaz com ilicitudes gerenciais praticadas nesse âmbito que, por sua irrelevância, inexpressividade econômica ou ausência de conectividade com o sistema em geral, não tenham aptidão de gerar uma significativa possibilidade de afetação do bem jurídico tutelado pela norma²⁴⁴.

Assim, quando imputada ao agente, concomitantemente, a prática de condutas previstas nos artigos 4º e 5º da Lei 7.492/86, sem prejuízo da imputação conjunta com outros tipos penais do mesmo diploma legal, verificado na hipótese fática que o desvalor jurídico da ação maculou a gestão como um todo, lesionando não só o patrimônio de alguns investidores e da instituição, por meio do prejuízo ou do locupletamento em desfavor dos clientes, em benefício próprio ou de outrem – elementos do delito de apropriação indébita financeira –, mas gerando potencial risco significativo sob o patrimônio público e privado investido na

²⁴² Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 17 do STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

²⁴³ RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011. p. 190.

²⁴⁴ FELDENS, Luciano; CARRION, Thiago Zucchetti. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p.170-200, set./out. 2010. p. 180.

instituição ou, até mesmo, nessa espécie de instituição²⁴⁵ ou, ainda, quando os desvios e apropriações forem praticados num mesmo contexto de diversas outras fraudes, tanto contábeis, documentais ou mediante negociações de títulos falsos ou sem lastro, entre outras, com igual possibilidade de afetação do bem jurídico tutelado pela norma prevista no artigo 4º, o concurso de crimes deverá ser afastado, devendo ser aplicado tão somente o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira²⁴⁶, limitando-se a sanção ao quanto previsto por aludido preceito.

Como já mencionado anteriormente, os patamares mínimo e máximo previstos pelo legislador à sanção do tipo em testilha permite ao julgador mensurar o desvalor do fato jurídico-penalmente relevante e sancioná-lo adequadamente, de acordo com as circunstâncias em que praticado.

Ressalta-se, desde logo, que não se rejeita eventual concurso de crimes quando as ações forem praticadas de forma autônoma, distantes em sua forma de execução e totalmente dissociadas da conduta específica do delito de gestão fraudulenta, razão pela qual qualquer conclusão demandará a valoração da situação fática concreta. O que não se concorda é com a possibilidade de se aplicarem ambos os preceitos (apropriação e gestão) em concurso formal ou material quando há unidade de ação, posto que o desvalor jurídico-penal da norma prevista pelo artigo 4º, da Lei 7.492/86, compreende também o desvalor jurídico do artigo 5º do mesmo diploma legal.

²⁴⁵ Potencial risco de crise sistêmica como poderia acontecer, por exemplo, em decorrência da insolvência de um grande grupo de consórcio conhecido nacionalmente em razão de atos de apropriações e desvios fraudulentos praticados por seus administradores, abalando-se a credibilidade sobre todos os demais, de forma que poderiam ensejar desistências, inadimplência, grupos deficitários, com potencial ofensividade sobre o patrimônio de todos os envolvidos. O mesmo vale para graves desvios e suas potenciais consequências no âmbito Bancário.

²⁴⁶ Nesse sentido, no âmbito do e. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp nº 575684/SP, reconheceu-se subsistir apenas o crime de gestão fraudulenta quando a vantagem patrimonial é consequência das manobras ardilosas realizadas à frente da instituição financeira, solvendo o concurso aparente de normas pelo princípio da consunção: [...] 6. Consunção do *post factum* pelo crime anterior mais grave e como resultado dele - sem ser o único resultado - é ideia, parece-me, mais adequada à interpretação valorativa. Procedência das razões do primeiro e segundo recorrentes. Lei 7.492/86: delitos consumptos: art. 5º, caput (desvio/apropriação); e art. 9º (fraude à fiscalização ou ao investidor); delito consumptivo: art. 4º, caput (gestão fraudulenta). A norma do artigo 4º, caput, da Lei 7.492/86, não incrimina resultado material, naturalístico, que porventura venha a ocorrer e que, por lógico, diz respeito à obtenção de alguma vantagem indevida - patrimonial, ainda que indireta. Se, porém, a vantagem patrimonial indevida é consequência da própria gestão, o resultado material não demandaria outra classificação de conduta, sendo suficiente para a punição a norma definidora da gestão fraudulenta. O crime definido no artigo 4º, *in casu*, absorveu os delitos de apropriação/desvio e de fraude a investidor. A mesma relação consuntiva há de ser negada entre a norma do artigo 4º e a do artigo 7º, inciso IV. [...] (REsp 575684/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 04.10.2005, DJ 23.04.2007).

Ainda que se diga que os preceitos tutelam bens jurídicos diversos, sendo neste o patrimônio dos investidores ou depositantes²⁴⁷ e naquele a higidez do sistema financeiro nacional²⁴⁸, não há dúvidas de que a pretensa tutela da regularidade do sistema visa, justamente, proteger o patrimônio de todos os envolvidos, seja dos investidores, da instituição e dos seus reflexos sobre o próprio sistema, numa perspectiva, portanto, ainda maior. Em outros termos, parece claro que a proteção conferida ao patrimônio dos investidores na norma prevista pelo artigo 5º da Lei 7.492/86 está abarcada pela tutela penal imposta pelo delito de gestão fraudulenta.

Não obstante, como exposto no capítulo a respeito dos princípios norteadores da solução de eventual concurso aparente de normas, a consunção não exige identidade de bens jurídicos para sua aplicação²⁴⁹, o que deve ser verificado é se o fato aparentemente compreendido na norma incriminadora afastada entra na inteireza da estrutura e do seu significado valorativo, na estrutura accidental do crime regulado na norma prevalente²⁵⁰.

É dizer, a absorção, pela norma consuntiva, do injusto previsto na norma consumida decorre da constatação de ser aquela a mais abrangente tradução dos aspectos lesivos do fato, ainda que distintos os bens jurídicos que uma e outra tutelem preferencialmente²⁵¹, exatamente como poderá se constatar na análise valorativa, sob determinado substrato fático, das condutas envolvendo os preceitos estudados.

Ou seja, ainda que não haja uma relação lógica e obrigatória entre os preceitos, uma análise teleológica e valorativa do caso concreto poderá claramente demonstrar a inter-relação entre eles, indicando qual a melhor solução ao conflito aparente de normas e o afastamento do concurso de crimes.

²⁴⁷ Nesse sentido, veja-se BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 79.

²⁴⁸ Como defendem TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 51 e BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 52.

²⁴⁹ Vide nesse sentido: HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 176-177 e ESCUCHURI AISA, Estrella. *Los principios de non bis in idem y integra de valoracion del hecho en el marco del concurso de leyes*. Revista dos Tribunais. Ciências Penais. vol. 10. p. 57. Jan. 2009DTR\2009\40. p. 08.

²⁵⁰ Nesse sentido: MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005. p. 1019.

²⁵¹ HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 150.

4.3 CONFLITO ENTRE O ARTIGO 4º, 6º, 9º, 10 E 11 DA LEI 7.492/86

O artigo 6º da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional atribui a pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos àquele que: “Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonogando-lhe informação ou prestando-a falsamente”.

O artigo 9º, por sua vez, sanciona com pena de reclusão de 01 (um) a 05 (cinco) anos e multa àquele que: “Fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo ou fazendo inserir, em documento comprobatório de investimento em títulos ou valores mobiliários, declaração falsa ou diversa da que dele deveria constar”.

O artigo 10, por seu turno, atribui a mesma sanção prevista pelo artigo 9º para a conduta de: “Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários”.

E, por fim, o artigo 11, que também sanciona com pena de reclusão de 01 (um) a 05 (cinco) anos e multa àquele que mantiver ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

Da simples leitura de mencionados preceitos verifica-se que seus conteúdos apresentam grande semelhança não só quanto aos meios ou *modus operandi* e objetos materiais, como também quanto aos bens jurídicos tutelados. Não por outra razão, Manoel Pedro Pimentel sustentou que norma prevista pelo artigo 6º “de uma certa forma, antecipa a tipificação de figuras que são descritas nos arts. 9º e 10 desta Lei”²⁵².

De fato, cada um, sob determinada perspectiva, visa assegurar a inviolabilidade e a credibilidade do sistema financeiro nacional e/ou do mercado de capitais, zelando pela regularidade das transações operadas nesse âmbito, assegurando-se a retidão das informações e documentos que gravitam em torno dessa esfera de atuação²⁵³. Tem, portanto, como bem jurídico tutelado, a fé pública no âmbito das instituições financeiras do sistema financeiro

²⁵² PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86*, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 62.

²⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 96, 126 e 134.

nacional e/ou do mercado de capitais, tanto em relação às relações jurídicas por meio da retidão de informações que neles transitam (art. 6º), quanto à veracidade dos documentos de títulos ou valores mobiliários (art. 9º), assim como a fidelidade de seus balanços e demonstrações contábeis (art.10), vedando-se a contabilização paralela à oficial (art.10). Em última análise, visam proteger o patrimônio dos investidores e da instituição, bem como o próprio Estado.

Exigem para sua caracterização, assim como a gestão fraudulenta, a demonstração da fraude; ou quando menos, a demonstração da violação de um dever legal de esclarecimento e transparência, redundando, em qualquer das hipóteses, no efetivo engano dos envolvidos, sejam sócios, investidores, fiscalização ou repartição pública competente, o qual também poderá se desvelar como eventual meio à prática de gestão fraudulenta.

Assim, diante da coincidência de alguns de seus elementos com o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, como a fraude e o âmbito em que aludidos delitos são praticados – sistema financeiro nacional – afastam-se as relações de *identidade*, já que não são idênticos entre si, bem como de *heterogeneidade*, posto que também não são incompatíveis, afastando-se o princípio da alternatividade a solucionar eventual concurso aparente de normas.

Por outro lado, dada essa coincidência de elementos, especialmente nos delitos previstos nos artigos 6º, 9º e 10, que trazem expressamente o elemento fraudulento, poderia se vislumbrar eventual relação de *subordinação* entre os preceitos, à qual o critério da especialidade está vinculado.

Como já mencionado, a especialidade pode ser verificada abstratamente, a partir da constatação de que as normas em concorrência compreendem os mesmos fatos, mas uma delas, além de possuir o conteúdo das demais, possui um elemento especializante, numa relação de gênero e espécie, da qual se determina que a norma especial prevaleça sobre a norma geral diante uma unidade de ação típica.

Pois bem, da simples verificação abstrata de aludidos preceitos, poderia se chegar à conclusão de que os delitos previstos nos artigos 6º, 9º e 10 da Lei 7.4982/86 seriam especiais ao delito de gestão fraudulenta (norma geral), considerando que possuem elementos mais específicos. Ressalva-se o artigo 11, tendo em vista a ausência do elemento fraude, o que

afastaria, de plano, eventual relação de subordinação entre este e o delito previsto no artigo 4º da lei antes mencionada.

Contudo, é de se recordar que a continência do delito especial no delito geral é meramente extensional, não valorativa. Sob o ponto de vista valorativo, “é o tipo de delito específico, segundo a sanção que lhe corresponde, que incorpora a valoração do fato descrito pelo tipo geral, modificando-a em razão de seus elementos constitutivos especializantes”²⁵⁴.

Partindo de tal premissa, não há como se adotar o critério da especialidade como determinante para o concurso aparente de normas entre aludidos preceitos, pois a simples comparação abstrata não indica adequadamente para qual preceito normativo eventual concorrência normativa deveria convergir. Embora os delitos previstos nos artigos 6º, 9º e 10 possuam elementos mais específicos que o delito de gestão fraudulenta, não significa que incorporem a valoração do fato descrito pela norma geral.

Não por outra razão, em decorrência de uma análise mais acurada, por meio de critérios teleológicos e valorativos do substrato fático sobre o qual venham a incidir, poderia se verificar que a norma prevalente poderia ser a do crime previsto no artigo 4º, norma penalmente mais grave e abrangente que abarcaria todo o desvalor jurídico do objeto de tutela das demais²⁵⁵. Tal como ocorre quando o agente, num contexto vinculado, além de fraudar o investidor, simular prejuízos em balanços e mantiver contabilidade paralela à oficial, macula a gestão como um todo, esgotando, assim, todo o desvalor da ação perpetrada na norma prevista pela gestão fraudulenta.

Proposta em sentido contrário poderia levar a hipótese, como alerta JULIANO BREDÁ, de um administrador de instituição financeira praticar dez crimes diversos da Lei 7.492/86, com apenamento mínimo de 02 anos cada um, mais o delito de gestão fraudulenta, combinados pelo concurso material, responder a uma acusação com pena mínima de 23 anos, o que não pareceria cientificamente razoável, nem penalmente admissível²⁵⁶.

²⁵⁴ HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 123. No mesmo sentido: GARCIA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem material*” e *Concurso de Leys Penales*. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 329.

²⁵⁵ Ressalvando-se que tal conclusão não decorre do simples fato de ser a norma mais grave, mas por ser aquela que abarcaria todo o conteúdo do injusto eventualmente praticado.

²⁵⁶ BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 129.

Ainda que se cogitasse de eventual concurso formal de crimes, à luz do princípio que veda a duplicidade punitiva, se diante da concorrência de normas se verificar que uma delas tutela com maior intensidade a ofensa punida pela outra, deve a mais branda ser absorvida pela mais grave, consoante previsão do princípio da subsidiariedade. Por outro lado, se uma delas, não obstante a diversidade de bens jurídicos tutelados, prever com maior abrangência os aspectos lesivos do fato, deve ser tida como norma consuntiva e absorver as demais²⁵⁷, como determina a consunção.

Portanto, dada a relação de *interferência* entre os preceitos, em abstrato ou faticamente constatada, importa verificar qual das duas possibilidades acima mencionadas melhor se enquadraria diante de uma unidade de fato envolvendo aludidas normas.

Como primeiro critério, pode-se avaliar eventual identidade ou diversidade de bens jurídicos tutelados, tendo em vista, como já mencionado, que a absorção pela subsidiariedade pressupõe que a norma prevalente represente a maior ofensividade da conduta sobre o mesmo bem jurídico tutelado pela norma descartada, enquanto a consunção permite a absorção em razão da maior abrangência dos aspectos lesivos do fato, ainda que distintos os bens jurídicos tutelados²⁵⁸.

Pois bem, em relação aos delitos previstos nos artigos 6º, 9º e 10, verifica-se que o objeto de tutela se volta à fé pública no âmbito econômico-financeiro, cada um deles sob determinado aspecto, mas todos como normas especiais aos delitos contra a fé pública previstos no Código Penal, em decorrência do âmbito em que são praticados. O artigo 11, por sua vez, embora não tenha dispositivo correspondente no Código Penal, igualmente, tutela a fé pública no âmbito dessas instituições, visando assegurar que recursos não sejam mantidos ou movimentados à margem da contabilidade oficial, fazendo com essa represente a realidade da situação financeira da empresa. Por outro lado, o delito previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86, seja sob o viés da doutrina majoritária, que defende que o bem jurídico tutelado pela norma seria a higidez do sistema financeiro nacional²⁵⁹ ou, como sustenta DIOGO MALAN e HELENA REGINA LOBO DA COSTA, o patrimônio público e privado investido no sistema

²⁵⁷ Nesse sentido: HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 150.

²⁵⁸ HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 150.

²⁵⁹ Como defendem TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 51 e BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 52.

financeiro nacional²⁶⁰, corrente da qual o trabalho perfilha, em qualquer das hipóteses, não se verifica a identidade de bens jurídicos entre as normas mencionadas, conforme exigência à eventual aplicação da subsidiariedade.

Desse modo, assim como em relação ao delito de apropriação indébita financeira, novamente constata-se que o critério mais adequado para resolução do concurso seria a consunção, por meio da absorção dos fatos anteriores ou coapenados. Ou seja, se presente a reiteração de atos fraudulentos, como fim reitor da administração da instituição financeira, o agente responderá pelas sanções cominadas pelo artigo 4º, consumindo as demais normas, tendo em vista que o engodo, o ardil, as alterações de balanço, simulações de prejuízos, entre outras condutas sancionadas pelos preceitos antes mencionados, podem se caracterizar como meios para a prática desta (antefatos coapenados) ou como seu mero exaurimento (pós-fatos coapenados).

Por outro lado, se tratarem de condutas isoladas, cujo desvalor não seja capaz de ofender ou lesionar o objeto de tutela pelo artigo 4º, ainda que diversos os atos praticados, serão apenados pelos delitos respectivos em continuidade delitiva. Ressalvando-se, apenas, a sanção em razão do artigo 11 na modalidade de manutenção de contabilidade paralela, tendo em vista que a exasperação prevista pelo artigo 71 do Código Penal nesse caso seria indevida, visto se tratar, nessa hipótese, de crime permanente²⁶¹.

Por fim, assim como sustentado em relação ao delito de apropriação indébita, para os que defendem que os delitos da Lei 7.492/86 tutelam, de modo geral, o mesmo bem jurídico penal, qual seja a credibilidade e a confiabilidade necessárias ao regular funcionamento do sistema financeiro como um todo, eventual solução do concurso aparente de normas pela aplicação da subsidiariedade não afastaria eventual reconhecimento da consunção, tendo em vista que são regras, em determinadas hipóteses, compatíveis entre si, podendo coexistir.

²⁶⁰ MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp. 37-58, 2012. p. 52; COSTA, Helena Regina Lobo. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*: ne bis i idem como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre Docência) apresentada a Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2013. p. 108.

²⁶¹ Segundo Cezar Bitencourt e Juliano Breda, nessa modalidade, “a execução alonga-se e prolonga-se temporalmente, a consumação igualmente perdura enquanto a conduta protai-se ao longo do tempo”, caracterizando-se a classificação de crime permanente. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

4.4 DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS ARTIGOS 4º E 16 DA LEI 7.492/86

Como já explicitado anteriormente, a gestão fraudulenta de instituição financeira refere-se à prática continuada de fraudes nas operações financeiras durante a administração de uma instituição financeira com autorização para o seu funcionamento.

O delito previsto no artigo 16, por sua vez, tipifica a conduta de “fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de títulos e valores mobiliários ou de câmbio”.

Diante de tal contexto, valendo-se das reflexões de Klug, verifica-se a relação de *heterogeneidade* entre os preceitos, tendo em vista que o mesmo objeto previsto em uma norma jamais será compreendido pela outra. São normas heterogêneas (dísparas ou inconciliáveis), quando o elemento que as compõe não possa ser subsumível a ambos os preceitos. Em face dessa relação, diante da impossibilidade de uma unidade fática subsumir-se a tipos desiguais, descartar-se-ia pela simples lógica o concurso de crimes²⁶².

É exatamente essa a relação que se constata da análise entre os delitos previstos nos artigos 4º e 16 da Lei 7.792/86: ou a empresa é lícita e o seu gestor pratica diversos atos fraudulentos, caracterizando o delito do art. 4º da Lei 7.492/86, ou a instituição financeira é supostamente integrante do sistema financeiro nacional apenas por ficção legal, não havendo o que se falar em atos de gerência de um negócio ilícito.

Nessa linha, são as ponderações de JULIANO BREDAS:

O crime de gestão fraudulenta tem como destinatários apenas os dirigentes das instituições financeiras arroladas no caput e no inciso I do artigo 1º, quer-se dizer, aquelas legalmente autorizadas pelo BACEN e pela CVM a operar no mercado. Essa interpretação decorre, primeiramente, do simples fato de que o funcionamento das instituições por equiparação já é punível, independentemente de a gestão revelar-se fraudulenta ou austera. Caso o exercício seja fraudulento, a única consequência será um eventual agravamento da sanção penal, devido a maior reprovabilidade da conduta. Isso porque o bem jurídico já está penalmente protegido na tipificação do art. 16, não sendo coerente, como já se afirmou, a incidência de outra unidade

²⁶² KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 62.

normativa à mesma ofensa, uma vez que, para a lei, o que interessa, interpretando-se o art. 16, é o funcionamento sem autorização ou autorizado mediante fraude, não a essência dos atos da suposta instituição financeira²⁶³.

Ainda que se diga que o tipo penal não faz alusão expressa à necessidade de a instituição financeira por ele resguardada ser autorizada, tal exigência guarda proporção com a lógica do próprio sistema, “já que, como sabido, a gestão fraudulenta envolve a prática de atos contra os interesses da instituição regularmente constituída, equivalendo dizer que, na prática ilícita, o agente descumpriu as regras estabelecidas pelo Banco Central e pela praxe normal do mercado financeiro, que é, naturalmente, sujeito a detido regramento”²⁶⁴.

Em outros termos, a proposta de incriminação instituída pela Lei 7.492/86 levou em conta, de um lado, delitos praticados por agentes financeiros regulares e, de outro, por instituições que, sem a autorização de funcionamento, invadem o mercado com a finalidade de realizar negócios escusos e contrários à higidez do sistema²⁶⁵.

Nessa senda, o tipo de crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, pelo qual o gestor ou administrador responde, quando atua contra os interesses do patrimônio dos investidores e clientes, bem assim, contra o próprio sistema financeiro, pressupõe a existência de empresa ou pessoa habilitada a atuar de forma legal, não se aplicando, por consequência, aos agentes clandestinos, pois estes estão compreendidos no tipo do art. 16 da Lei 7.492/86.

Não há falar em gestão de negócio ilícito, sendo essa incompatível com o crime de gestão fraudulenta. Mencionado delito é crime próprio do gestor formal, sendo inadmissível

²⁶³ BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 129-130.

²⁶⁴ Excerto do acórdão do RESP 897.656/PR, proferido pela Sexta Turma, sob relatoria da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, disponibilizado no DJe de 19.12.2008. No mesmo sentido, diversos julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “(...) Incabível a condenação pelo crime de gestão fraudulenta inscrito no art. 4º da Lei 7.492/86, eis que os fatos apontados na inicial denotam a realização de operações de crédito e câmbio de forma clandestina, à margem do sistema regular, atuando como instituição financeira sem autorização legal. Precedentes.

V (TRF4, ACR 2003.70.00.045779-9, Oitava Turma, Relator Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 14.01.2009); 4. Inexistência de concurso aparente de normas ou mesmo de concurso formal entre os delitos tipificados nos arts. 4º e 16 da lei que protege o sistema financeiro nacional, uma vez que não ficou caracterizada a prática da conduta descrita no art. 4º da Lei nº 7.492/86. Se a empresa em questão não é considerada como instituição financeira de fato e de direito, mas um empreendimento ilícito, não há falar em “atos de gerência do negócio ilícito”, sendo estes incompatíveis com o crime de gestão fraudulenta. Este é crime próprio do gestor formal, sendo inadmissível norma penal que regule atividade ilícita.

(TRF4, ACR 2004.70.00.021788-4, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteadó, DJ 07.06.2006)

²⁶⁵ RESP 897.656/PR, proferido pela Sexta Turma, sob relatoria da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, disponibilizado no DJe de 19.12.2008.

que aludida norma regule atividade ilícita. Ademais, no âmbito da operação de instituição financeira sem autorização legal ou com autorização mediante fraude, a gerência de forma escusa, apenas implica o agravamento da sanção cominada, visto que o desvalor jurídico do fato já está compreendido pela norma que sanciona tal operação irregular.

Dessa forma, conclui-se que as imputações relativas aos delitos previstos nos artigos 4º e 16 da Lei 7.492/86 são excludentes. Ou a empresa tem autorização para atuar no mercado e eventual operação vedada pode ser enquadrada em outros tipos penais da Lei 7.492/86 ou se está diante de uma empresa não autorizada, que, por isso, não responde pelo crime do artigo 4º, voltado exclusivamente à instituição financeira legalmente autorizada a operar.

O que se sustenta, portanto, é que os fatos não permitem a aplicação em concurso (material ou formal) dos artigos 4º e 16 da Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, mas a incidência de apenas um dos tipos penais.

4.5 CONFLITO ENTRE O ART. 4º E 17

O artigo 17 da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional atribui a pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos àquele que: “tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 da Lei 7.492/86²⁶⁶, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas”. Além disso, incorre na mesma pena quem: “I - em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo”.

Segundo CEZAR ROBERTO BITENCOURT e JULIANO BREDI, aludido delito apresenta certa semelhança com o delito previsto no artigo 5º da Lei de Regência (apropriação indébita financeira), em que pese seja específico de diretor ou gerente (crime próprio), que tão

²⁶⁶ Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado). § 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico.

somente usa ou toma por empréstimo bens da sociedade a que serve. De acordo com aludidos autores, a diferença entre mencionados preceitos reside na ausência de *animus appropriandi*, tendo em vista que o abuso do patrimônio restringe-se ao seu uso indevido²⁶⁷. Em síntese, aludida norma teria o fito de criminalizar empréstimos e antecipações financeiras aos agentes previstos nos artigos 25 da Lei 7.492/86.

Pois bem, assim como se constatou em relação ao delito de apropriação indébita, não há relação de *identidade*, nem *heterogeneidade* entre o mencionado delito e o crime de gestão fraudulenta. Isso porque, tanto a gestão fraudulenta pode ser permeada por empréstimos vedados cometidos mediante fraude, ou pela distribuição disfarçada de lucros, como o empréstimo irregular pode, ou não, ocorrer fraudulentamente, excluindo-se, pois, eventual aplicação da regra da alternatividade, haja vista, como acima exemplificado, a ausência de disparidade entre eles.

Ou seja, se o empréstimo vedado não é necessariamente o meio para o cometimento da gestão fraudulenta, não se pode vislumbrar vinculação de elementos típicos (penais e extrapenais) entre os preceitos analisados²⁶⁸, afastando-se, por consequência, a relação de *subordinação* entre preceitos, com o que a regra da especialidade resta prejudicada.

Desse modo, considerando que as inter-relações existentes entre eles, quando existentes, se dão por razões valorativas e não por critérios lógicos²⁶⁹, poderá se constatar sob determinando substrato fático de unidade de ação a relação de *interferência* entre os preceitos, a possibilitar eventual aplicação dos critérios da subsidiariedade ou consunção a determinar a convergência para a norma prevalente.

Pois bem, sem adentrar às críticas a referido dispositivo legal²⁷⁰, tendo em vista os limites objetivos do presente trabalho, parte-se do pressuposto que se trata crime

²⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDI, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 186.

²⁶⁸ Nesse sentido: RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. *In Direito Penal Econômico: questões atuais/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira*. São Paulo: RT, 2011. p. 179.

²⁶⁹ RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. *In Direito Penal Econômico: questões atuais/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira*. São Paulo: RT, 2011. p. 179.

²⁷⁰ Nesse sentido, vide as considerações de Arnaldo Malheiros Filho, que se posiciona de modo crítico contra alguns delitos previstos na lei 7.492/86, dentre eles menciona a conduta sancionada pelo art. 17, dizendo que “o empréstimo a diretor é em princípio negócio de risco, mas não há sentido em proibir uma instituição de grande porte de oferecer a um diretor empregado um financiamento para aquisição de casa própria ou de automóvel que,

pluriofensivo, que visa tutelar o sistema financeiro nacional e seus interesses correlatos, a alguma ofensa ao regular funcionamento do sistema financeiro nacional, ao patrimônio social da instituição administrada, e aos interesses dos acionistas e investidores, tal como sustentam RENE ARIEL DOTTI²⁷¹, CEZAR BITENCOURT e JULIANO BREDÁ²⁷².

Nesse sentido, as importantes funções interpretativas e metodológicas que o bem jurídico desempenha devem pautar eventual solução de concurso de normas entre o tipo do artigo 17 da Lei 7.492/86 e o delito previsto no artigo 4º do mesmo diploma legal.

Desse modo, considerando a identidade de bens jurídicos tutelados por ambos os dispositivos normativos, em estágios distintos de ofensividade, eventual concorrência entre eles poderá ser afastada tanto sob o prisma da subsidiariedade, como pela consunção.

Assim, como a subsidiariedade resulta do excessivo zelo do legislador na tutela de bens jurídicos, cuja ofensa é proibida desde os estágios iniciais até os mais gravosos, por normas autônomas que se sobrepõem umas às outras, conforme o desenvolvimento do grau de ofensividade desde uma etapa preliminar até o ponto de atingir o âmbito de incidência da norma principal, determinante de um delito distinto²⁷³, verifica-se que eventual convergência do delito previsto no artigo 17, em favor do artigo 4º, dependerá do desvalor da apreciação do mesmo conteúdo de injusto em determinada situação fática.

Ou seja, a norma do artigo 17 será subsidiária (soldado de reserva) sempre que a conduta concretamente analisada não tenha o condão de atingir, com o grau de ofensividade exigido, o bem jurídico tutelado pelo delito previsto no artigo 4º.

além da boa garantia, é de montante insignificante frente à financiadora”. MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra o sistema financeiro na virada do milênio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 83 (esp.), out. 1999, p. 5.

²⁷¹ "O ilícito em referência - bem como todos os demais previstos neste diploma - atenta contra o sistema financeiro nacional, como bem jurídico que é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (art. 192, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Tratando-se de um crime de perigo presumido, que independe da efetiva produção de um dano materialmente avaliável, a ameaça de ofensa dirige-se também a outros bens e interesses como a defesa do consumidor - que constitui um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, V, da CF/1988 (LGL\1988\3)) - a poupança popular e a fé pública. Em tal sentido, pode-se afirmar que o delito é pluriofensivo e que se caracteriza por um concurso de bens jurídicos lesionados ou ameaçados de lesão”. DOTTI, René Ariel. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional - Consórcio - Empresa administradora Empréstimo em dinheiro para empresas do mesmo grupo - Caracterização. *Revista dos Tribunais*. vol. 718. p. 359. Ago. 1995.

²⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 186.

²⁷³ HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 130.

Por outro lado, acaso a realização dos empréstimos irregulares ou da distribuição disfarçada de lucros tenha aptidão de gerar uma significativa possibilidade de afetação do bem jurídico tutelado pela gestão fraudulenta, tendo em vista a magnitude da ofensividade da conduta eventualmente perpetrada, a melhor interpretação será a de que deve permanecer apenas a reprimenda pela norma principal, evitando duplo desvalor sobre o mesmo fato.

Ainda, como mencionadas condutas (empréstimos fraudulentos e distribuições disfarçadas de lucros), também podem ser antevistas como fatos que corriqueiramente acompanham a realização da norma principal, igualmente podem ser tomadas como antefatos coapenados a serem consumidos pela gestão fraudulenta – norma consuntiva.

Isso porque aludida norma representa não só o maior grau de intensidade da ofensa punida pelo artigo 17 da Lei 7.492/86, critério determinante da subsidiariedade, como também a maior abrangência sob os aspectos lesivos do fato, fundamento da consunção.

Em síntese, diante de unidade de fato, não há que se falar em concurso de crimes entre aludidos preceitos, mas em concurso aparente de normas a ser solvido pelo critério da subsidiariedade ou pela consunção.

4.6 CONFLITO ENTRE O ARTIGO 4º, 21 E 22

Dispõem os artigos 21 e 22 da Lei 7.492/86:

Art. 21. Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio:

Pena – Detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, para o mesmo fim, sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa.

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Da leitura de mencionados dispositivos, verifica-se que o objeto de tutela está vinculado à estabilidade e fiscalização do fluxo cambial do país²⁷⁴, antecipando-se, desde logo, a diferença do âmbito de proteção entre esses e o delito de gestão fraudulenta, cujo espectro de incidência insere-se dentro da política monetária de governo (fluxo de crédito) voltado à defesa do patrimônio público e privado investido no âmbito do sistema financeiro nacional²⁷⁵.

Em relação aos artigos 21 e 22 da Lei 7.492/86, em razão do contexto histórico em que a lei foi editada, ocupou-se o legislador em tutelar o controle estatal sobre a saída de moedas ou divisas²⁷⁶ para o exterior, de maneira a coibir o esvaziamento das reservas cambiais²⁷⁷. Isso porque aludidas normas foram elaboradas em um período em que a compra e venda de moeda estrangeira poderia representar uma ameaça ao Tesouro Nacional, tendo em vista a pouca quantidade de reservas que o país dispunha²⁷⁸. JOSÉ CARLOS TÓRTIMA sintetiza tal contexto e reforça tal compreensão:

“O objetivo precíprio da tutela jurídica, no artigo 22, à época da edição da Lei n. 7.492/86 era o controle e a manutenção das reservas cambiais do país, garantidos pela regularidade no funcionamento do mercado cambial e tidos então como vetor

²⁷⁴ WUNDERLICH, Alexandre; LOUREIRO, Antonio Tovo. Considerações sobre a Repercussão Jurídico-Penal da Internação de Divisas no País. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 124.

²⁷⁵ Sobre a diferenciação entre as subpolíticas econômicas como bens jurídicos tuteláveis através do Direito Penal Econômico, vide: SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Delimitação do Direito Penal Econômico a partir do objeto ilícito. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50-62.

²⁷⁶ Segundo Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens ao abordar o termo *divisas* aduzem que “sua conceituação econômica, ainda que não unívoca, está associada à disponibilidade que um país – o mesmo em particular (pessoa física ou jurídica) – possui em moedas estrangeiras obtidas a partir de um negócio que lhe dá origem (exportações, empréstimos de capitais, etc.). Sob tais circunstâncias, o termo *divisa* compreende as próprias moedas estrangeiras e seus títulos imediatamente representados, como letras de câmbio, ordens de pagamento, cheques, cartas de crédito, saldos das agências bancárias no exterior, etc.”. SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano *O crime de evasão de divisas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 168.

²⁷⁷ WUNDERLICH, Alexandre; LOUREIRO, Antonio Tovo. Considerações sobre a Repercussão Jurídico-Penal da Internação de Divisas no País. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores). *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 124.

²⁷⁸ WUNDERLICH, Alexandre; LOUREIRO, Antonio Tovo. Considerações sobre a Repercussão Jurídico-Penal da Internação de Divisas no País. In VILARDI, Celso Sacher; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 124.

relevante na administração macroeconômica do País. Secundariamente, protege-se a fé pública como, aliás, sempre ocorre nos crimes de *falsum*”²⁷⁹.

Depreende-se de tal constatação, portanto, que a criação legislativa dos artigos 21 e 22 da Lei 7.492/86, orientou-se teleologicamente a evitar uma crise cambial-financeira, sancionando penalmente aquele que promovesse a saída clandestina de divisas do país²⁸⁰.

No artigo 21, incriminou-se a conduta daquele que frauda sua identidade ou de terceiro com o fim de realizar operação de câmbio. Consoante, ponderam ALEXANDRE WUNDERLICH e ANTONIO TOVO LOUREIRO: “visando reforçar o controle exercido, criou-se a imposição de que as instituições que trabalham com compra e venda de moeda estrangeira identifiquem o cliente/beneficiário, por força do art. 65, da Lei n. 9.069/95”²⁸¹.

No que tange ao parágrafo único de mencionado preceito normativo, incriminou-se a conduta daquele que sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa com o fim de realizar operação de câmbio, vinculando-o ao especial fim de agir do *caput*.

O artigo 22 da lei em referência, por sua vez, prevê três condutas que podem ser compreendidas como evasão de divisas: (i) efetuar operação de câmbio não autorizada com o fim de evasão de divisas, (ii) promover a saída de moeda ou divisa ou (iii) manter depósito no exterior não declarado à autoridade competente. Sobre mencionado preceito, cumpre ressaltar as ponderações de ANDREI ZENKNER SCHMIDT e LUCIANO FELDENS:

Note-se que a criminalização não se dá sobre o movimento financeiro emigratório em si, o qual será legítimo se realizado sob o controle estatal, na forma disposta pelo regime cambial vigente. Como antes visto (item 2.2.), as diversas formas de saída de moeda ou divisa para o exterior submetem-se a regramentos específicos para cada modalidade de transação (v.g., a realização de contrato de câmbio nas operações de comércio exterior).

²⁷⁹ TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 131.

²⁸⁰ WUNDERLICH, Alexandre; LOUREIRO, Antonio Tovo. Considerações sobre a Repercussão Jurídico-Penal da Internação de Divisas no País. In VILARDI, Celso Sacher; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 125.

²⁸¹ WUNDERLICH, Alexandre; LOUREIRO, Antonio Tovo. Considerações sobre a Repercussão Jurídico-Penal da Internação de Divisas no País. In VILARDI, Celso Sacher; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126.

À luz do controle dessas operações estará o Estado munido das informações necessárias à manutenção ou mesmo redirecionamento da política cambial brasileira²⁸².

Em síntese, o objeto precípua de proteção de aludidas normas reside no mercado cambial, bem como na fé pública a ele inerente.

Partindo-se de tais premissas, cumpre verificar eventual conflito aparente de normas quando, diante de um mesmo contexto fático, são imputadas, concomitantemente, as condutas neles incriminadas e o delito previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86 – gestão fraudulenta de instituição financeira – tendo em vista que em todos se pressupõe a ação fraudulenta.

De imediato, afasta-se eventual relação de *identidade* e *heterogeneidade* entre os preceitos, visto que não são idênticos, nem inconciliáveis entre si, com o que não há que se vislumbrar aplicação do critério da alternatividade.

Também não se verifica relação de *subordinação*, posto que, da análise abstrata de referidos preceitos verifica-se, claramente, que não estão umas para as outras como gênero e espécie, prejudicando eventual aplicação da regra da especialidade.

Por outro lado, em que pese a relação de *interferência* em relação ao elemento fraude, emerge cristalino que os objetos de proteção se distinguem em grande medida, já que tutelam bens jurídicos de subpolíticas econômicas diversas²⁸³, com o que afasta-se, também, o critério da subsidiariedade, tendo em vista que mencionada regra pressupõe a concorrência de normas que tutelem diferentes graus de ofensividade do mesmo bem jurídico.

Pois bem, remanesce analisar eventual aplicação do critério da consunção.

Como explicitado anteriormente, a consunção permite a absorção de uma norma pela outra quando aquela (norma consuntiva) represente, com maior abrangência, os aspectos

²⁸² SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 174.

²⁸³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Delimitação do Direito Penal Econômico a partir do objeto ilícito. In VILARDI, Celso Sacher; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50-62.

lesivos do fato, ainda que distintos os bens jurídicos que uma e outra tutelem preferencialmente²⁸⁴.

Assim, para solucionar o aparente concurso de normas entre os delitos previstos nos artigos 21 e 22 da Lei 7.492/86 e o crime previsto no artigo 4º do mesmo diploma legal, faz-se necessária a verificação se as fraudes praticadas limitarem-se a operações de câmbio efetuadas sob a única intenção de operação de câmbio e/ou evasão de divisas do país, nelas esgotando seu potencial lesivo.

Quando assim o for, a conduta deveria se subsumir apenas a norma do artigo 21 ou 22, respectivamente, sem a necessidade de recorrer-se a outras modalidades delitivas, sob pena de evidente desproporcionalidade da resposta estatal e um grave equívoco no desvalor do fato jurídico penalmente relevante.

Aludidas práticas, ainda que reiteradas, seriam meramente ofensivas à tutela cambial, ao controle estatal sob as reservas cambiais do país, cujo desvalor encontra-se plenamente abarcado pelas normas previstas nos artigos 21 e 22 da Lei 7.492/86. Isso porque, sem prejuízo da análise de eventual caso concreto, não teriam o condão de afetar o bem jurídico tutelado pelo artigo 4º da mesma lei, posto que não teriam ofensividade sob o regular funcionamento da política monetária de governo, repercutindo sobre o patrimônio público e privado investido nessas instituições.

Portanto, se as fraudes empregadas esgotarem-se completamente na redação do artigo 21 ou 22, em combinação com a regra da continuidade – como, por exemplo, quando não há demais atos ilícitos imputados ao agente além do âmbito restrito das operações de câmbio e evasão de divisas –, não há necessidade da confluência da infração penal prevista no artigo 4º da Lei 7.492/86, sendo as fraudes absorvidas pelo delito cambial sancionado²⁸⁵.

²⁸⁴ HORTA, Frederico de Almeida. *Do Concurso Aparente de Normas Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 150.

²⁸⁵ Nessa linha de legalidade, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já se manifestou pelo afastamento da aplicação do artigo 4º, consoante se verifica do seguinte julgado: “(...) 4. Esgotada a potencialidade lesiva dos fraudulentos documentos e escrita contábil na remessa e manutenção de valores no estrangeiro, é de ser reconhecida a absorção dos delitos de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei nº 7.492/86) e indução de repartição pública competente em erro por sonegação de informações (art. 6º da Lei nº 7.492 /86), pelo delito de realização de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492 /86). (ACR 2005.70.00.034207-5, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 07.01.2010)

Por outro lado, se as fraudes forem diversas, praticadas de forma reiterada e seu potencial lesivo ultrapassar o âmbito restrito do mercado cambial, o caso é de verificar eventual hipótese de concurso formal ou material de crimes.

Por exemplo, na hipótese das fraudes em operações de câmbio ou evasão de divisas serem meios de escamotear eventuais desvios de recursos dos correntistas, simulações de prejuízos em balanço, dentre outras situações que poderiam macular a gestão da instituição financeira com um todo, pondo em risco o patrimônio ali investido, poderia se vislumbrar o concurso formal de crimes, tendo em vista que dessa unidade de ação resultou-se a prática de dois ou mais crimes.

Importante esclarecer que tal unidade de ação decorre da própria construção do tipo penal que pressupõe a prática de vários atos, praticados num determinado lapso temporal, que analisados conjuntamente, ensejam a conclusão de que toda a gestão foi fraudulenta. Além disso, ainda que se considerasse que um único ato, em razão de sua ofensividade, seria suficiente a caracterização da infração penal, tal conclusão não afastaria a unidade de ação reconhecida, pois, como alertam os mesmos autores que defendem tal tese, por sua natureza acidentalmente habitual, a recorrência de atos não implicaria em pluralidade de crimes²⁸⁶.

De todo modo, na hipótese mencionada, o artigo 4º da Lei 7.492/86 não teria condições de abarcar todo o desvalor do conteúdo do injusto, traduzindo-se como uma forma mais abrangente a abarcar todos os aspectos lesivos do fato, como se verificou em relação aos demais preceitos da mesma lei. Seria inaplicável, portanto, nesse caso, o princípio da consunção.

Por fim, caso as ações fossem autônomas, praticadas isoladamente, dissociadas umas das outras e perpetradas mediante desígnios autônomos, não há como se afastar eventual reconhecimento do concurso material de delitos, cumulando-se as penas.

O que não se admite é que a prática reiterada de evasão de divisas ou falsa atribuição de identidade em operação de câmbio com o fim de evadir divisas, isoladamente consideradas, sejam tomadas, concomitantemente, a ensejar a reprimenda por aludidos delitos

²⁸⁶ Nesse sentido vide: FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. v. 18, n. 86, p.170-200, set./out. 2010. p. 189; RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira: Contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2011. p. 88.

(21 e/ou 22), como a caracterização da gestão fraudulenta. Como dito, o desvalor de aludidos fatos encontra-se plenamente tutelado pelos preceitos previstos nos artigos 21 e 22.

Com efeito, em situações como ora apresentadas, a aplicação conjunta do artigo 21 ou 22 c/c 71 do CP e, em concurso material, do art. 4º da Lei 7.492/86, revela um claríssimo e indevido *bis in idem*, possibilitando um apenamento mínimo de 5 anos e oito meses (do art. 4º e 2 anos e oito meses – 1/3 da continuidade do art. 22) e máximo de 22 anos (12 do artigo 4º e 10 do art. 22 – 2/3 da continuidade).

Mesmo valendo-se do concurso formal, exasperando-se as penas, o postulado do *nos bis idem* igualmente seria violado, posto que o desvalor jurídico do fato é reconhecido pelas normas violadas, sendo as fraudes por eles absorvidas.

Se os princípios e critérios que regem a interpretação e aplicação das normas penais permitissem a aplicação cumulativa dos dois tipos, seria evidente, ainda que em tese, a desproporção e a necessidade da potencial resposta do estado à conduta incriminada.

5. DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DA DOCTRINA ESTUDADA

5.1 RESULTADOS QUANTITATIVOS

Feitas as ponderações, vejamos como o Tribunal Regional Federal da 3ª Região tem abordado a matéria, a fim de verificar quais os princípios utilizados e eventual solução encontrada quando da imputação do delito de gestão fraudulenta em conjunto com demais tipos penais da Lei 7.492/86, confrontando-os com as premissas adotadas no presente trabalho e os critérios anteriormente abordados.

Apenas para contextualizar o tema, vejamos a qualificação jurídica da denúncia de todas as apelações criminais envolvendo o delito de gestão fraudulenta julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos últimos 10 anos (01/2003 a 12/2013)²⁸⁷.

Qualificação da Denúncia	Número de acórdãos	%
GF	6	15%
GF, GT e 17	1	3%
GF, GT, 5º, 6º, 10, 11, 12	1	3%
GF e 5º	4	10%
GF, 5º e 10	1	3%
GF, 5º, 10, LV e 67 CDC	1	3%
GF, 5º e 11	1	3%
GF, 5º e 16	1	3%
GF, 5º e 6º	2	5%
GF, 6º e 10	1	3%

²⁸⁷ O recorte jurisprudencial limitou-se na análise das apelações criminais envolvendo o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira no período de 01.01.2003 a 21.12.2013, conforme descrição constante do Apenso I.

GF, 6º e 21	1	3%
GF, 6º, 21 e SF	1	3%
GF, 6º, 7º e 288 CP	1	3%
GF, 7º e SF	1	3%
GF, 10 e 288 CP	1	3%
GF e 16	1	3%
GF, 16, 21, 22, 288 CP e LV	3	8%
GF e 17	2	5%
GF, 17 e 20	1	3%
GF, 20, 297, §2º, CP	1	3%
GF e 21	3	8%
GF, 22 e SF	1	3%
GF e 288 CP	2	5%
3º, 6º, 9º, 16, 171 CP e 307 CP	1	3%
17	1	3%
Total Geral	40	100%

(Legenda: GF – Gestão Fraudulenta; GT – Gestão Temerária; 3º, 5º, 6º, 7º, 9º, 10, 16, 17, 21 e 22 – Artigos da Lei 7.492/86; LV – Lavagem de dinheiro; SF – Sonegação Fiscal; CP – Código Penal; CDC – Código de Defesa do Consumidor) Fonte: Banco de Dados do TRF da 3º Região.

Depreende-se do exame desse recorde jurisprudencial que os problemas decorrentes da abertura conceitual do tipo estudado e da ausência de critérios a pautar sua interpretação refletiram-se na qualificação jurídica dos casos analisados.

Tanto assim que, em 76% dos casos, o delito foi imputado em conjunto com outros tipos penais da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, não obstante, em diversos casos, os delitos imputados como autônomos estivessem lógico, teleológico e materialmente relacionados entre si.

Considerando a concorrência de normas entre o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira e cada um dos demais tipos penais previstos pela Lei 7.492/86 isoladamente, verifica-se que: 25% das denúncias foram formuladas imputando-se o delito de gestão fraudulenta em conjunto com o artigo 5º da Lei 7.492/86 (apropriação indébita financeira), 18% envolvendo o artigo 6º da mesma Lei (falsa informação sobre operação ou situação financeira), 5% com o artigo 7º (títulos ou valores mobiliários), 10% das vezes conjuntamente com o artigo 17 (empréstimo vedado), 13% em conjunto com delito previsto no artigo 16 (operação de instituição irregular), 20% em conjunto com o artigo 21 (falsa identidade) e 10% conjuntamente com o delito do artigo 22 (evasão de divisas) e, ainda, em 6% das vezes em conjunto com o parágrafo único do artigo 4º (gestão temerária).

Além disso, o delito também foi imputado em conjunto com demais tipos penais do Código Penal e Leis Especiais, tal como com os crimes de quadrilha (19%), sonegação fiscal (9%), lavagem de dinheiro (11%), entre outros.

Independentemente do concurso de crimes apontado pela denúncia, se formal, material ou continuado, análise essa que deixou de ser considerada em razão de alguns acórdãos não mencionarem expressamente qual seria o concurso vislumbrado pelo órgão acusador, o que poderia dar margem a equívocos nos resultados obtidos, não restam dúvidas que o Ministério Público fez uma interpretação ampliativa da incidência do tipo.

De fato, da análise das condutas imputadas como delituosas pelo Ministério Público, é possível verificar, em diversos casos, que se considerou apenas um ato como suficiente a caracterizar a gestão fraudulenta, independentemente de qualquer resultado, prescindindo de características como habitualidade, consequências como prejuízo, insolvência ou liquidação da instituição envolvida, ainda que potenciais, bem assim como se valeu dos mesmos atos praticados para descrever condutas pretensamente incidentes em diversas normas penais.

Não há dúvidas de que o órgão acusador desprezou as relações existentes entre os preceitos e o desvalor jurídico da ação cometida, especialmente em relação aos antefatos e pós-fatos coapenados, afastando o entendimento de que essas categorias poderiam ser crimes-meio para o delito de gestão fraudulenta ou mero exaurimento do crime perpetrado.

De todo modo, tal posição coaduna-se com a orientação institucional de valer-se de argumentos que reforcem o pedido formulado na inicial acusatória: em dispondo de diversos

preceitos normativos, muitas vezes com idênticos conteúdos de injusto, busca-se a imputação pelo maior número possível de crimes.

Não obstante, da análise dos julgados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, observou-se que, em diversos julgados, tais discrepâncias dogmáticas e conceituais adotadas pelo Ministério Público permaneceram nos acórdãos. Do que decorre um excesso punitivo que não se coaduna com postulados dogmáticos mais sólidos, compatíveis com a operacionalização de um direito penal vinculado aos ditames do estado democrático de direito. Vejamos.

Resultado do Acórdão	Frequência	%
A	5	13%
A GF (C. art. 22)	1	3%
A GF (C. art. 5º)	1	3%
GF	22	55%
GF (71)	1	3%
GF, 5º (71) (PP)	1	3%
GF, 5º (70)	3	8%
GF, 5º, 6º (70)	1	3%
GF, 6º, 7º (69)	1	3%
GF, 7º, SF (69)	1	3%
GF, 22, LV (69)	2	6%
GF, 22, LV, 288 (69)	1	3%
Total Geral	40	100%

(Legenda: A – Absolvição; C – Condenação; GF – Gestão fraudulenta; LV – Lavagem de dinheiro; SF – Sonegação Fiscal – 5º, 6º, 7º e 22 – Artigos da Lei 7.492/86) Fonte: Banco de dados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Embora se constate que em 55% dos casos houve condenação apenas pelo delito de gestão fraudulenta, tal número não corresponde ao eventual afastamento do concurso de crimes pelo reconhecimento do concurso aparente de normas.

De fato, das decisões analisadas, verifica-se que em 36% das condenações apenas pelo delito do artigo 4º da Lei 7.492/86, a análise de eventual concurso de crimes ou aparente de normas, restou prejudicada pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação aos demais delitos imputados.

Efetivamente, apenas 27% das condenações somente pelo delito de gestão fraudulenta decorreram do reconhecimento do conflito aparente de normas, hipóteses em que foi solvido em favor do artigo 4º.

Do total de decisões analisadas, apenas em 20% houve o reconhecimento do concurso aparente de normas entre os demais delitos da Lei 7.492/86 em favor do artigo 4º da mesma lei, o que corresponde a 08 (oito) acórdãos do total de quarenta analisados.

É o que se verifica da análise das apelações criminais sob nº 2000.61.81.003629-1; 2001.61.06.007823-0; 2002.03.99.043670-1; 2004.03.99.014442-5; ACR 2008.03.99.006954-8; ACR 2003.61.2201845-7; ACR 2001.61.81.002367-7 e 1999.03.99.036879-2.

Na ACR 2000.61.81.003629-1, foi aplicada a regra da consunção em favor do delito de gestão fraudulenta, sendo os delitos previstos nos artigos 7º e 10 por ele absorvidos. Na ACR 2001.61.06.007823-0, o mesmo critério foi aplicado para, nessa oportunidade, reconhecer a consunção entre o artigo 17 e o artigo 4º, sendo o conflito resolvido em favor do último. Na ACR 2002.03.99.043670-1, as condutas imputadas como incursas nas sanções do artigo 10 foram absorvidas pela gestão fraudulenta e nas ACR 2004.03.99.014442-5, ACR 2008.03.99.006954-8 e ACR 2003.61.2201845-7, o delito previsto no artigo 21 é que foi absorvido pelo 4º. Na ACR 2001.61.81.002367-7 houve o reconhecimento da absorção tanto do artigo 21 quanto do artigo 6º ao delito de gestão fraudulenta. Por fim, na ACR 1999.03.99.036879-2, os artigos 6º e 9º foram absorvidos pelo 4º.

Quanto aos julgados em que houve o reconhecimento do concurso de crimes entre o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira e os demais tipos penais da lei 7.492/86, verificou-se que em 36% deles foi aplicado o concurso formal (art. 70, CP), em 27% o concurso material (art. 69, CP) e em 8% a continuidade delitiva (art. 71, CP).

Em outros termos, analisando-se pelo viés das condenações operadas com o reconhecimento de concurso de crimes, obteve-se o seguinte quadro:

Acórdãos com Concurso de Crimes	Espécie de Concurso	Pena Final	Frequência	%
GF	(71)	5 anos	1	9%
GF, 5º	(70)	4 anos e 6 meses	1	9%
GF, 5º	(70)	5 anos e 3 meses	1	9%
GF, 5º	(70)	5 anos e 4 meses	1	9%
GF, 5º	(71)	3 anos e 6 meses; e 3 anos e 9 meses	1	9%
GF, 5º, 6º	(70)	6 anos e 8 meses	1	9%
GF, 6º, 7º	(69)	8 anos e 2 meses	1	9%
GF, 7º, SF	(71 e 69)	15 anos	1	9%
GF, 22, LV	(69)	8 anos, 5 meses e 22 dias	1	9%
GF, 22, LV	(69)	8 anos, 5 meses e 22 dias	1	9%
GF, 22, LV, 288	(69)	12 anos e 7 meses	1	9%
TOTAL			11	

(Legenda: GF – Gestão Fraudulenta; 5º, 6º, 7º e 22 – artigos da Lei 7.492/86; SF – Sonegação Fiscal; LV – Lavagem de Dinheiro; 288 – artigo 288 do Código Penal (quadrilha)). Fonte: Banco de dados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Sem olvidar do grande número de casos em que a análise de eventuais concursos restaram prejudicados pelo decurso do tempo com o consequente reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a recorrência de cada um dos delitos em que houve o reconhecimento de concurso de crimes, isoladamente considerados, deu-se nos seguintes percentuais: 45% decorreram da concorrência entre o delito de gestão fraudulenta e apropriação indébita financeira; 18% em razão do concurso entre o artigo 4º da Lei 7.492/86 e o artigo 6º da mesma Lei; 18% das vezes em que o concurso decorreu da gestão fraudulenta concomitantemente à negociação de títulos sem registro ou lastro; 27% em concurso com o delito de evasão de divisas, oportunidades em que também houve o concurso com o delito de lavagem de dinheiro; e finalmente, em 9% dos casos houve concurso entre a gestão fraudulenta e o crime de sonegação fiscal, bem como o mesmo percentual em relação ao delito de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do Código Penal.

Quanto à espécie de concurso aplicada em cada um desses julgados, se material (art. 69), formal (art. 70) ou continuado (art.71) observou-se o seguinte:

Em um dos julgados, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em razão dos numerosos atos praticados, optou por sancionar o delito de gestão fraudulenta com a exasperação de pena prevista pela continuidade delitiva²⁸⁸.

Em relação ao artigo 5º, não houve concurso material, havendo um único acórdão resolvido pela continuidade delitiva²⁸⁹ em detrimento do concurso formal (20%), sendo todos os demais solvidos pelo concurso formal²⁹⁰ (80%).

Em relação ao artigo 6º, em cada oportunidade o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu de uma maneira, ora pelo concurso formal²⁹¹ (50%) ora pelo concurso material²⁹² (50%).

Quanto ao delito previsto no artigo 7º da Lei 7.492/86, em uma das oportunidades, os julgadores aplicaram, primeiramente, a exasperação prevista pela continuidade delitiva, tanto em face da gestão fraudulenta quanto em razão da negociação dos títulos sem lastro, para ao

²⁸⁸ ACR 2007.03.99.007029-7

²⁸⁹ ACR. 2007.03.99.003663-0

²⁹⁰ ACR 2004.03.99.037967-2; ACR 2003.61.22001845-7; ACR 2007.03.99.039380-3 e ACR 2004.61.26.000626-4

²⁹¹ ACR 2004.03.99.037967-2

²⁹² ACR 2000.61.81.003631-0

final cumular todas as sanções cominadas conforme previsão do artigo 69 do Código Penal²⁹³ (50%), incluindo-se, também, a sanção prevista pelo delito de sonegação fiscal. No segundo caso, aplicaram somente o concurso material²⁹⁴ (50%).

Em relação ao delito de evasão de divisas, nos quais as condenações também se operaram em conjunto com o delito de lavagem de dinheiro, 100% dos casos foram resolvidos pelo cúmulo material das sanções impostas²⁹⁵.

Em síntese, observou-se que a abertura conceitual do tipo previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86, a ausência de regulamentação legal e de uniformidade doutrinária em relação aos critérios a pautar os julgadores na análise de eventual concurso aparente de normas, levou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em grande medida, a adotar uma posição ampliativa da incidência do tipo. De fato, na maior parte dos julgados, as relações lógicas, teleológicas e valorativas entre mencionados preceitos sob determinado substrato fático, em sua maioria, foram ignoradas na análise concreta dos julgados.

Conclui-se, pois, que a posição adotada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região se aproxima da corrente doutrinária sustentada por MANOEL PEDRO PIMENTEL²⁹⁶ e RODOLFO TIGRE MAIA²⁹⁷, para os quais o delito de gestão fraudulenta pode concorrer com outros tipos penais que se configuram mediante o uso de expedientes fraudulentos, sejam eles previstos na Lei 7.492/86, ou não. Conclusão essa, em sentido oposto ao quanto defendido no presente

²⁹³ ACR 2003.03.99.025896-7

²⁹⁴ ACR 2000.61.81.003631-0

²⁹⁵ ACR 2008.03.99.006954-8; ACR 2005.03.99.024006-6 e ACR 2005.03.99.024006-6.

²⁹⁶ “O crime em exame pode concorrer com outros, o que, aliás, frequentemente acontecerá. A gestão fraudulenta, por definição, traz consigo a ideia de fraude, e esta geralmente é praticada mediante falsidade ou falsificação, material ou ideológica, que tipificam os crimes de falso material ou de falso ideológico, previstos nos arts. 297, 298 e 299 do CP. Muitos outros crimes, como o de sonegação fiscal, previstos no artigo 1º, da Lei n. 4.729, de 14.7.65, ou a supressão de documento, estatuído no artigo 305 do CP, concorrerão com a gestão fraudulenta, e por serem delitos autônomos, não ficarão absorvidos por ela”. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86*, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 53.

²⁹⁷ “Se o meio fraudulento utilizado no ato da gestão subsumir-se a outro tipo penal (v.g., estelionato, sonegação fiscal) haverá concurso ideal entre os crimes, não sendo de aplicar-se os princípios da consunção (absorção pelo crime-fim do crime-meio, usualmente utilizado em sua prática e, que teve seu o seu potencial lesivo exaurido na realização daquele, v.g. estelionato e falso) ou da subsidiariedade (absorção pelo crime-fim do crime-meio, etapa indispensável à realização daquele, v.g. lesão corporal e homicídio, eis que distintas as objetividades jurídicas e os sujeitos passivos nos respectivos tipos. Já se decidiu que ‘sendo o agente diretor administrativo da instituição bancária, a simulação de empréstimos em benefício próprio ou em nome de outras pessoas jurídicas, com o fim de iludir o fisco federal, configura o delito previsto no artigo 4º, da Lei 7.492/86’. Poderá, ainda, estar o ilícito presente em concurso com outros crimes contra o SFN, v.g. o do artigo 20 (desvio de finalidade de financiamento público)”. MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 57.

trabalho²⁹⁸, com as ressalvas em relação aos artigos 21 de 22 da Lei 7.492/86, conforme exposto no capítulo 4 supra.

5.2 RESULTADOS QUALITATIVOS

Em primeiro lugar, não obstante a natureza habitual do delito de gestão fraudulenta, ou mesmo acidentalmente habitual, como defendem alguns doutrinadores, corrente da qual o Tribunal parece perfilhar, mas que, de qualquer modo, não implicaria em pluralidade delitiva na hipótese da prática de mais de um ato²⁹⁹, verificou-se que o Tribunal Regional Federal da 3º Região manteve a exasperação pela continuidade delitiva fixada em primeiro grau em condenação apenas pelo delito de gestão fraudulenta, em virtude, justamente, dos numerosos atos praticados. Constou do acórdão:

No caso dos autos, porém, o réu praticou mais de uma conduta caracterizadora de gestão fraudulenta, já que houve persistência nas transações *day trade*, que causaram sucessivos prejuízos à Americana S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários durante o período compreendido entre julho de 1992 a março de 1993. Comprovada está, portanto, a prática do delito previsto no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86, devendo ser mantido o decreto condenatório. Por fim, não verifico qualquer ilegalidade na aplicação da pena, que deve ser mantida.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 2007.03.99.007029-7, Rel. JUIZ CONVOCADO PAULO SARNO, julgado em 14.10.2008, DJF3 DATA: 10.11.2008)

²⁹⁸ No mesmo sentido concluem Juliano Breda e Fabio Bitencourt da Rosa, embora pautados por critérios diferentes dos aduzidos no presente trabalho. Vide: BREDA, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.792/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 124-130 e ROSA, Fábio Bittencourt. Lei nº 7492/86 e o Concurso Aparente de Lei. *Revista da Ajufe*, Associação dos Juizes Federais do Brasil, Ano 23, 1º sem. 2005, p. 208.

²⁹⁹ Quando um ato isolado pode, em tese, por sua ofensividade, caracterizar a infração penal, sem implicar, contudo, que de sua recorrência decorra uma pluralidade de delitos. Nesse sentido: FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p.170-200, set./out. 2010. p. 189; RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira: Contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2011. p. 150; e MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 58.

Aludida decisão só veio a ser reformada após o reconhecimento do indevido *bis in idem* perpetrado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região em autos de *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça. Do que decorre a constatação de que a Corte julgadora desprezou a natureza do delito imputado e valorou a reiteração da conduta tanto para o reconhecimento da gestão fraudulenta quanto para a exasperação da pena.

Em outros termos, sobre a possibilidade da prática do crime de gestão fraudulenta em continuidade delitiva, verificou-se que o Tribunal Regional da 3ª Região adotou posição mais ampliativa do que a encontrada na doutrina, seja pelos que consideram o crime de natureza habitual ou impropriamente habitual.

Quanto ao eventual conflito aparente de normas entre o delito de gestão fraudulenta e apropriação indébita financeira (art. 5º), verificou-se que em nenhum dos acórdãos apreciados houve o reconhecimento de eventual concurso aparente entre aludidas normas.

Ao contrário, ressaltando-se os julgados em que a análise de eventual concurso restou prejudicada pelo reconhecimento da prescrição do delito previsto no artigo 5º da Lei 7.492/86, somente em uma das apelações o Tribunal Regional Federal da 3ª Região afastou a condenação por ambos delitos, mas não em razão do concurso aparente de normas, e sim por considerar que o Ministério Público não logrou comprovar qualquer ardil na administração da empresa, sendo pois a conduta atípica para fins do delito de gestão fraudulenta³⁰⁰, remanescendo apenas a sanção prevista pelo artigo 5º da Lei 7.492/86, *in verbis*:

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO. ARTIGOS 4º, CAPUT E 5º DA LEI 7.492/86. GESTÃO FRAUDULENTA. FRAUDE NÃO CONFIGURADA. MERA DESORGANIZAÇÃO CONTÁBIL. ABSOLVIÇÃO. DESVIO DE VALORES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDUZIDA. SÚMULA 444 DO STJ. VALOR DO DIA-MULTA NO PISO LEGAL. PENA SUBSTITUÍDA. APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

A gestão fraudulenta caracteriza-se por manobras fraudulentas, ardilosas, enganosas, quando o administrador lança mão de artifícios, ardis ou estratégias. As condutas elencadas na exordial atinentes à gestão fraudulenta da administradora de consórcios consistem, na verdade, em mera demonstração de desorganização contábil da

³⁰⁰ ACR 2009.03.99.041583-2

empresa, sem o condão de fazer incidir a norma penal incriminadora, até mesmo porque inócua o dolo necessário. Apelante absolvido.

2. A materialidade do crime previsto no artigo 5º da Lei nº 7.492/86, consistente no desvio de valores, vem amplamente demonstrada nos autos através do laudo de exame econômico-financeiro e cópia de cheques nominativos ao apelante, a sua empresa SAV e aos funcionários desta, que caracterizam os saques da conta vinculada ao grupo de consórcio, na qual os consorciados faziam os depósitos.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0103556-51.1998.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 02.10.2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10.10.2012)

Dos 06 (seis) acórdãos que restaram para apreciação, ou seja, nos quais não houve prejuízo da análise de mérito em razão da prescrição pelo artigo 5º da Lei 7.492/86, a condenação por ambos os delitos foi mantida, sendo que em 04 (quatro) dos julgados o concurso entre os dispositivos mencionados resolveu-se pela aplicação do artigo 70 do Código Penal (concurso formal)³⁰¹, exasperando-se as penas e, em um deles, o concurso foi solvido pela aplicação da continuidade delitiva sob a pena mais grave³⁰².

Em relação aos julgados em que houve o reconhecimento do concurso formal de delitos, depreende-se que, de um lado, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região reconheceu, expressa ou implicitamente, a unidade de ação, tanto que optou pelo concurso formal, mas desprezou as relações materiais teleológicas e valorativas incidentes sobre a concorrência de aludidos preceitos para eventual apreciação do concurso aparente de normas.

É o que se verifica, por exemplo, no seguinte precedente³⁰³:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ARTIGOS 4º, CAPUT, 5º E 6º, TODOS DA LEI N. 7.492/86. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. EMENDATIO LIBELLI. CO-AUTORIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

I. O Aeros - Fundo de Previdência Complementar dos funcionários da VASP - Viação Aérea de São Paulo equipara-se à instituição financeira para os efeitos da "Lei do Colarinho Branco". (...)

³⁰¹ ACR 2004.03.99.037967-2; 2003.61.22.001845-7, ACR 2007.03.99.039380-3 e ACR 2004.61.26.00626-4

³⁰² ACR 2007.03.99.003663-0

³⁰³ ACR 2004.03.99.037967-2

III. Restou apurado que houve, por parte de administradores do Aeros e do GNPP, apropriação dos valores aplicados pelo fundo no banco GNPP, bem como por parte de Hilton Varsano, haja vista a ausência de comprovação do destino do dinheiro empregado pelo Aeros na aquisição de cotas do “Condomínio Flamboyants”, sendo que do extrato verdadeiro da conta do Aeros no Banco GNPP, consta que foram transferidos apenas R\$ 350.000,00 para o “Fundo Flamboyants”. Como asseverou o Parquet na denúncia, “justamente a diferença entre os R\$ 6.110.000,00 e os R\$ 5.760.000,00”.

IV. Não obstante o desaparecimento dos valores, a construtora de Hilton Varsano emitiu três recibos, nos quais consta que foram recebidos do Fundo de Investimento Imobiliário Condomínio Flamboyants os valores de R\$ 2.806.938,00 (dois milhões, oitocentos e seis mil, novecentos e trinta e oito reais); 71.162,00 (setenta e um mil, cento e sessenta e dois reais) e 2.881.900,00 (dois milhões, oitocentos e oitenta e um mil e novecentos reais).(...)

VIII. No que tange ao delito de gestão fraudulenta, desnecessária a habitualidade para a configuração do delito, bastando um único ato para configurá-lo.

XI. Mantida a sentença no que concerne à condenação do réu pela prática do delito previsto no artigo 5º da Lei n. 7.492/86. Porém, reformado o decisum para condenar Hilton Varsano também pelos crimes previstos nos artigos 4º, caput, e 6º, ambos do aludido diploma legal.

XII. Penas fixadas acima do mínimo legal, pela prática dos delitos previstos nos artigos 4º, caput, 5º e 6º, todos da Lei n. 7.492/86, haja vista as consequências dos crimes, conforme preceitua o artigo 59 do Código Penal, os quais causaram elevado prejuízo financeiro a um fundo de previdência complementar, em, respectivamente, 5 (cinco) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, 3 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa e 3 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa. Cada dia-multa fixado em 2 (dois) salários mínimos, considerando a condição de empresário da construção civil do réu, tendo sido sua empresa responsável pela execução de grandes obras, conforme ele próprio informou.

XIII. Aplicado o disposto no artigo 70 do Código Penal, haja vista que a atuação do réu forma um todo indivisível.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, EIFNU 0105897-84.1997.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 20.08.2007, DJU DATA: 11.09.2007)

Por outro lado, em relação ao acórdão em que apenas foi aplicada a exasperação pela continuidade delitiva, verifica-se que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ainda que implicitamente, reconheceu a identidade de bens jurídicos tutelados, posto que aplicou a

exasperação prevista pelo artigo 71, cuja incidência pressupõe delitos da mesma espécie³⁰⁴, porém, assim como nos casos de concurso formal, ignorou qualquer análise voltada ao eventual afastamento do concurso de crimes pela aplicação dos critérios que norteiam o conflito aparente de normas. Veja-se excerto do acórdão no tocante à dosimetria da pena:

“Assim, em relação a Antonio Jorge, para o art. 4º, caput, da Lei 7.492/86, mantenho a pena-base em 3 anos de reclusão e 10 dias-multa, ausentes atenuantes ou agravantes e causas de aumento e de diminuição que ora afasto, resta a pena definitivamente fixada.

Em relação ao art. 5º, mantenho a pena tal qual fixada, em 2 anos e 6 meses de reclusão e 50 dias-multa, aplicando-se o aumento de 1/6 em relação à continuidade das condutas, partindo-se da pena mais grave (3 anos), resta a pena total fixada em 3 anos e 6 meses de reclusão e 60 dias-multa, mantida a razão de cada dia-multa fixada na sentença”.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ACR 0103718-85.1994.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 11.01.2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29.01.2010 PÁGINA: 764)

No tocante ao artigo 6º da Lei de Regência, os posicionamentos foram variados. Nas apelações criminais 1999.03.99.036879-2 e 2001.61.002367-7 entendeu-se que mencionado delito deveria ser absorvido pela gestão fraudulenta.

No primeiro caso, considerando que a conduta perpetrada extrapolou a objetividade jurídica do delito previsto no artigo 6º para alcançar, com elevada lesividade, a conduta prevista no artigo 4º, determinou-se que esse deveria prevalecer sobre aquele, senão vejamos:

(...)- A magnitude da empreitada criminoso desenvolvida pelo acusado impõe a alteração da adequação típica contida na denúncia, via emendatio libelli (artigo 383 do Código de Processo Penal), considerando que os fatos componentes da narrativa contida na denúncia demonstram, de forma nítida, que a ação do acusado foi o produto de um universo de condutas fraudulentas de alta complexidade.

³⁰⁴ “Consideram-se crimes da mesma espécie não somente aqueles previstos na mesma norma incriminadora, mas também os que ofendem o mesmo bem jurídico e apresentam, pelos fatos que os constituem e pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns (cf. Heleno Fragoso, Lições, § 359). Tal critério fora adotado pelo CP de 1940 em sua redação original, quando definia os crimes da mesma natureza para identificar a reincidência específica, em oposição à reincidência genérica (art. 46, §2º)”. DOTTI.

teleologicamente concatenadas e preordenadas no tempo, cuja abrangência extrapolou em muito os limites restritos da objetividade jurídica dos tipos penais dos artigos 6º e 9º da Lei do Colarinho Branco, para atingir com elevada lesividade a segurança e a confiabilidade do Sistema Financeiro Nacional e dos órgãos e instituições que o integram.

- O conjunto probatório arrecadado tanto na fase inquisitiva como em Juízo permitiu concluir, de maneira segura, pela efetiva procedência da imputação relativa ao delito de gestão fraudulenta de instituição financeira (...)

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0100386-71.1998.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF, julgado em 13.10.2009, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22.10.2009 PÁGINA: 195)

No segundo julgado, reconheceu-se a absorção porque as condutas supostamente tidas como incursas nos delitos previstos nos artigos 6º e 21 da Lei 7.492/86 teriam sido meios para a prática da gestão fraudulenta, *in verbis*:

(...) Por fim, não merece prosperar a alegação da defesa de que a conduta descrita na inicial se amoldaria no art. 21 da Lei n.º 7.492/86 e não no art. 4º da mesma lei. Descrevo o art. 21 da Lei n.º 7.492/86:

"Art. 21 "Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio:

Pena - Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

Certo é que a apelante, no mês de setembro de 1997, realizou diversas operações de câmbio, utilizando-se para tanto de boletos de venda de dólares ideologicamente falsos, já que tais documentos foram preenchidos com dados identificadores de pessoas que nunca tinham comprado moeda estrangeira na empresa Miami-Tur.

Em tese, haveria a consunção da conduta realizada pela apelante no art. 21 da Lei n.º 7.492/86.

Da mesma forma, restou claro do conjunto probatório que, a apelante, após ser intimada pelo BACEN para apresentar a documentação relativa às volumosas operações de câmbio, efetuadas em pequeno interregno de tempo, apresentou falsos boletos de venda de moeda estrangeira, nos quais foram inseridos dados de identificação falsos dos compradores, buscando dar transparência de legalidade às atividades desenvolvidas.

Portanto, a apelante também teria praticado o delito previsto no art. 6º da mesma lei, que assim dispõe:

"Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente à operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente:

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

Ocorre que esses dois delitos supranarrados (art. 6º e art. 21 da Lei n.º 7.492/86) restaram absorvidos pelo delito tipificado no art. 4º, caput, do mesmo diploma legal, uma vez que devem ser considerados apenas como meio para a prática do crime de gestão fraudulenta. A absorção, in casu, ocorre no mesmo sentido da Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido."

Como bem ressaltado pelo magistrado sentenciante, as fraudes encetadas devem ser vistas como práticas criminosas conjuntas que viabilizaram a administração fraudulenta de estabelecimento equiparado à instituição financeira.

O crime de gestão fraudulenta, delito formal, no qual a lei incriminadora se satisfaz com a conduta independentemente da ocorrência do resultado, ou seja, o dolo da figura penal em análise não envolve um especial fim de agir, configura-se diante da realização, pelo administrador da empresa, de manobras ardilosas, cometimento de fraudes, de condutas arriscadas que destoam do padrão normal de condução dos negócios na área empresarial financeira; é a malícia que vai muito além de um nível tolerável na área empresarial. E, no caso dos autos, absorve os delitos previstos no art. 6º e 21 da Lei n.º 7.492/86.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0002367-25.2001.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 10.05.2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23.05.2011 PÁGINA: 74)

Cumpra asseverar, no entanto, a partir de uma análise mais acurada dos tipos em análise, nos moldes em que defendidos no presente trabalho, poder-se-ia afastar o reconhecimento do delito previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86.

Isso porque, no primeiro julgado, a instituição não possuía autorização regular para seu funcionamento. De fato, em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal pelos artigos 5º e 16 da Lei 7.492/86, dispositivos em que o acusado havia sido dado como incurso em primeira instância, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região entendeu por dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, que pleiteava a condenação pelos artigos 6º e 9º, para, por meio do instituto da *emendatio libelli*, dá-lo como incurso no artigo 4º da Lei 7.492/86.

Desse modo, observa-se que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região adotou a posição doutrinária sustentada por JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, segundo o qual, em hipóteses tais, seria admissível a condenação por gestão fraudulenta para não privilegiar os agentes de instituições irregulares, admitindo-se, inclusive, o concurso com o delito previsto no artigo 16 da Lei 7.792/86³⁰⁵. Em sentido contrário, exigindo-se a formalidade da instituição para caracterização do tipo penal de gestão fraudulenta, corrente da qual o trabalho perfilha, é o escólio de JULIANO BRED³⁰⁶ e LUCIANO FELDENS³⁰⁷.

No segundo julgado, embora a potencialidade lesiva das condutas tenha se limitado ao mercado de câmbio, a opção foi pela absorção dos delitos previstos dos artigos 6º e 21 pelo artigo 4º, todos da Lei 7.492/86. Contudo, como mencionado no tópico 4.3, acredita-se que o desvalor do fato estaria plenamente tutelado pela norma prevista no artigo 21, sendo, nessa hipótese, o artigo 6º por ele absorvido.

Em relação ao caso em que houve condenação pelo artigo 6º da Lei 7.492/86 em concurso formal com o delito de gestão fraudulenta³⁰⁸, repisam-se as mesmas considerações aduzidas em relação ao artigo 5º da mesma lei, em concurso formal com a gestão fraudulenta, visto se tratar do mesmo julgado em que o Tribunal reconheceu a unidade de ação, mas exasperou as penas segundo o artigo 70 do Código Penal, cuja ementa já foi acima transcrita.

Por outro lado, em relação ao julgado em que houve a manutenção do concurso material entre as infrações previstas nos artigos 4º, 6º e 7º, todos da Lei 7.492/86³⁰⁹, sustentou-se que:

“(…) Os tipos penais descritos nos artigos 6º e 7º, II, da Lei nº 7.492/86 descrevem condutas que estão dissociadas e independem da ocorrência de operações ardilosas e manipuladas. Os efeitos danosos da gestão fraudulenta extrapolam os decorrentes das condutas incriminadas nos artigos em referência. Afastada absorção do delito do artigo 4º da Lei nº 7.492/86 pelos artigos 6º e 7º do mesmo diploma legal (...)”.

³⁰⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 372.

³⁰⁶ BRED³⁰⁶, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.792/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 107.

³⁰⁷ “A tipicidade do artigo 4º da Lei n. 7.492/86 não inclui “instituições financeiras” não autorizadas a operar pela autoridade central, as quais, se manejadas, podem ensejar a aplicação do artigo 16 da Lei n. 7.492/86”. FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p.170-200, set./out. 2010. p. 93.

³⁰⁸ ACR 2004.03.99.037967-2

³⁰⁹ ACR 2000.61.81.003631-0

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0003631-14.2000.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR, julgado em 10.07.2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17.07.2012)

Porém, não houve apreciação da tese em sentido oposto, qual seja, a prática reiterada das condutas previstas nos artigos 6º e 7º da Lei 7.492/86 poderia ser o meio para a reconhecida gestão fraudulenta de instituição financeira. Tal apreciação, por certo, poderia ter levado a um apenamento completamente diverso e uma abordagem consentânea com os postulados dogmáticos mais sólidos.

Em relação ao artigo 7º da Lei 7.492/86, um segundo julgado abordou a concorrência entre ele, o delito de gestão fraudulenta e, ainda, o crime de sonegação fiscal, oportunidade em que foi reconhecido o concurso material entre mencionados delitos, cumulando-se as penas³¹⁰. A ementa segue transcrita:

PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 1º, INCS. I E II, DA LEI Nº 8.137/90 E ARTS. 4º, CAPUT, E 7º, INCS. II E III, DA LEI Nº 7.492/86. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO REJEITADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL COMO PREJUDICIAL, CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL E CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. ABSORÇÃO DA GESTÃO FRAUDULENTA PELA SONEGAÇÃO FISCAL NÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE PELOS CRIMES FINANCEIROS. CARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES E RESPONSÁVEIS. PENAS APLICADAS E REGIMES PRISIONAIS. RECURSO PROVIDO.

- Apelação ministerial contra sentença que absolveu os denunciados.
- Materialidade e autoria comprovadas pelas provas documental e oral.
- Configurou sonegação fiscal a supressão de tributos praticada pela SPLIT com a utilização de empresa de fachada, IBF Factoring, para a aquisição de lotes de títulos públicos. A IBF foi interposta como auferidora de lucros apurados entre o custo inicial da aquisição e o valor da venda à SPLIT. Com a situação fraudulenta, a SPLIT obtinha lucros à margem de sua escritura. Houve omissão de informações à autoridade fazendária, inserção de elementos inexatos em documentos ou livros

³¹⁰ ACR 2003.03.99.025896-7

exigidos pela lei fiscal, que levaram à supressão de IRPJ e CSSLL (artigo 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90).

- Constitui crime a negociação de títulos, sem prévio registro de emissão junto à autoridade competente e sem lastro (art. 7º, incs. II e III, da Lei nº 7.492/86).

- As operações de swap constituíram atos de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei nº 7.492/86). A SPLIT firmou contratos com empresas de fachada, não financeiras e sem capacidade financeira para o volume operado, que provocaram prejuízos. As operações de swap tratavam da troca de risco associado à taxa prefixada por outra ligada à variação cambial. As taxas contratadas eram superiores às verificadas em negócios da mesma natureza na BM&F. A SPLIT agiu contra as cláusulas contratuais, que previam a liquidação do valor garantido pelo cliente com base na variação do dólar até o dia do vencimento do contrato, pois o cálculo foi feito utilizando-se o dia útil imediatamente anterior ao do vencimento do contrato.

(...)

- Não há que se falar em consunção entre os crimes de gestão fraudulenta e sonegação fiscal. A supressão de tributos refere-se à realização de lucro por interposta pessoa, ao passo que a gestão fraudulenta foi baseada nas operações de swap.

(...)

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ACR 0102108-14.1996.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 16.08.2004, DJU DATA: 27.08.2004)

Sem adentrar no mérito e nas provas envolvendo mencionado julgado, as quais exigiriam um ônus argumentativo que foge ao objeto do presente trabalho, mas sem deixar de observar a interpretação do delito de gestão fraudulenta adotada pelo presente estudo, ressalta-se que a negociação dos títulos sem lastro poderiam ser subsumidos pela gestão fraudulenta praticada, tanto em relação às operações de *swap*, como em razão das operações de *daytrade*, caso – como uma análise superficial do acórdão denota – tenham ocorrido para ocultar as operações irregulares de *swap*, maculando-se, assim, a gestão como um todo.

Isso porque, tendo em vista que o legislador não tinha como prever todas as formas de fraudes que poderiam apresentar significativa ofensividade sobre o bem jurídico tutelado, optando pela edição de um tipo genérico, não há dúvidas que algumas delas, por vezes, também encontram respaldo em outros tipos penais da mesma Lei. No entanto, se aludidas condutas fazem parte de um contexto de unidade de ação, sobre o qual se verifica que a

gestão, como um todo, foi fraudulenta, a resposta penal pelo desvalor da ação praticada deve limitar-se à norma mais abrangente, afastando-se o concurso de normas em favor do artigo 4º da Lei 7.492/86, consoante possibilita a aplicação do critério da consunção.

Adotando-se a premissa de que se trata de um tipo penal *sui generis* ou habitual – no qual a reunião de diversas condutas que, isoladamente consideradas, poderiam encontrar correspondência em diversos tipos penais, mas em seu conjunto caracterizam a gestão fraudulenta prevista pelo artigo 4º –, fragmentar a unidade de ação em fatias para penalizá-las pela infringência de cada um dos preceitos em que supostamente incidem não se mostra consentânea com os princípios basilares de um direito penal à luz do Estado democrático de direito.

Não obstante, no julgado em análise, depreende-se, ainda, o excesso punitivo decorrente da aplicação do instituto da continuidade delitiva, tanto na sanção imposta ao artigo 7º da Lei 7.492/86, como em razão dos fatos considerados para a caracterização do delito previsto no artigo 4º da mesma lei, para somente, ao final, aplicar o concurso material. Assim, chegando-se, em conjunto com o delito de sonegação fiscal, na sanção de 15 anos de reclusão.

Aludida solução não parece consentânea com o que recomenda a melhor doutrina. Veja-se que se aplicados os critérios de solução de conflitos de normas propostos nos capítulos 3 e 4, à luz de uma interpretação lógica, teleológica e valorativa dos preceitos envolvidos sob o substrato fático em análise, poder-se-ia chegar a uma sanção criminal mais adequada à realidade dos fatos, subsumindo-se os fatos caracterizadores do delito previsto no artigo 7º, no delito de gestão fraudulenta. E, ainda, sem a aplicação da continuidade delitiva³¹¹.

Em outros termos, o desvalor da ação da gestão fraudulenta poderia englobar o desvalor da negociação dos títulos sem lastro, perpetrados para ocultar as operações irregulares de *swap*, maculando-se a gestão como um todo e com potencial ofensividade sobre o bem jurídico por ela tutelado.

³¹¹ Ainda que o delito seja considerado por alguns como habitual impróprio, no qual apenas um ato seria capaz de macular a gestão como um todo, com o que não se concorda, como defendido supra, aplicar-se a exasperação de pena em razão da continuidade delitiva para os casos em que mais de um ato fraudulento é praticado, não se coaduna com a *ratio legis* da norma.

Salienta-se que não se trata de crítica decorrente da elevada sanção imposta, mas, salvo melhor juízo, da forma como alcançada. Isso porque o espaço deixado pelo legislador para a fixação da pena pelo delito de gestão fraudulenta em seus patamares mínimo e máximo – 3 (três) a 12 (doze) anos – permite ao julgar a devida margem à resposta penal segundo o desvalor jurídico do fato jurídico-penalmente relevante, seja em razão do elevado número de atos, magnitude da lesão e/ou prejuízos ocasionados tanto à instituição quanto aos demais envolvidos.

Portanto, ainda que a punição seja decorrente de fatos graves, a devida resposta pode ser alcançada valendo-se da margem deixada pelo legislador entre os patamares mínimos e máximos da sanção cominada.

Em continuidade, passando-se à análise dos demais acórdãos, verificou-se que em relação aos artigos 10, 11, 17 e 21, encontram-se diversos precedentes pela admissibilidade de sua absorção pelo delito de gestão fraudulenta, consoante verifica-se dos seguintes julgados:

CRIMINAL. ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. DELITO CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LEI N. 7.492/86. PRELIMINAR. REGULARIDADE DA DENÚNCIA. INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA. CARÁTER FRAUDULENTO DAS OPERAÇÕES. APLICAÇÃO DAS PENAS. (...)

4. No direito brasileiro, está sedimentado que as esferas administrativa e judicial são distintas e autônomas. Assim, o processo administrativo pode servir de instrumento para auxiliar a compreensão do processo criminal, não tendo, porém, a virtude de determinar que se observe a mesma conclusão daquele na esfera judicial. Isso porque o ângulo de visão do processo judicial tende a ser mais amplo, a fim de se buscar a verdade, por vezes, não revelada por completo no processo administrativo, mas que vem no interesse da sociedade. No caso dos autos, basta a leitura da denúncia ou da sentença para se saber que a conduta imputada aos réus não se restringe ao tipo do referido art. 10, também da lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492/86). Os fatos são mais amplos que a mera inserção ou omissão de elementos em demonstrativos contábeis, havendo a indicação de operações sistemáticas para uma aparente compensação entre lucros e perdas.

(...)

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0103080-47.1997.4.03.6181, Rel. JUIZ CONVOCADO JOÃO CONSOLIM, julgado em 24.11.2009, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10.12.2009 PÁGINA: 119)

(...) 1. O crime previsto no artigo 4º, da Lei nº 7.492/86, exige a aferição de elemento normativo do tipo, admitindo o legislador a impossibilidade material de uma previsão apriorística de todas as modalidades de conduta fraudulenta ou temerária na gestão de instituição financeira, com o escopo de delegar ao Poder Judiciário a função integrativa da norma e assim criar um instrumento jurídico repressivo que se ajustasse continuamente aos fatos sociais, acompanhando a evolução das práticas financeiras e das novas modalidades de ilicitude surgidas. Na exegese do tipo penal da gestão fraudulenta de instituição financeira, a compreensão da elementar "fraude" deve se dar em concordância com seu uso sistemático, no sentido de logro ou artifício ou manobra ardilosa para iludir, conforme é largamente empregado no Código Penal.

2. No caso dos autos, o ardil não abarcou tão somente a contabilidade da empresa, mas configurou um dos expedientes fraudulentos que compuseram, dentre outros, um conjunto de atos de gestão fraudulenta, cuja abrangência extrapolou os limites restritos da objetividade jurídica do tipo penal do referido artigo 10. A fraude na contabilidade fazia parte de um esquema de operações irregulares realizadas pela empresa (que geravam um prejuízo apenas aparente, pois os lucros eram destinados a terceiros), com o fim de ocultar a realidade de tais operações. E, dentre tais operações irregulares, estão a negociação com os títulos públicos estaduais e municipais emitidos para financiar o pagamento de precatórios judiciais.

3. A fraude contábil e a negociação dos títulos públicos configuraram etapas da realização do crime de gestão fraudulenta. Tratando-se do mesmo objeto jurídico, pelo princípio da consunção, o tipo penal mais grave (artigo 4º, caput, da Lei nº 7.492/86) absorve os menos graves. (...)

13. O conjunto probatório é unívoco e robusto no sentido de comprovar que o acusado, na qualidade de administrador da empresa, com plena consciência e vontade, realizou operações irregulares no mercado financeiro, que geravam um prejuízo apenas aparente, destinando recursos a terceiros e efetuando, inclusive, fraude na contabilidade da empresa, com o fim de ocultar a realidade de tais operações. De fato, as instituições financeiras estão autorizadas por lei a efetuar operações *day trade*. Contudo, o réu se valeu de tais operações para desviar recursos para terceiros, em especial, a uma pessoa jurídica que, por não ser instituição financeira, não estava submetida à fiscalização do BACEN. E, assim agindo, geriu a instituição de forma fraudulenta.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ACR 0003629-44.2000.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 02.04.2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12.04.2012)

(...) 6- A manutenção da contabilidade paralela era apenas um meio para que o fim fosse alcançado, de modo que tal imputação não poderia, neste caso concreto, prevalecer sobre a real intenção do réu JOÃO MARCELO DA SILVA, que era de participar da gestão fraudulenta promovida, em primeiro plano, por LUIZ DE MICHELLI FILHO, e desviar recursos da empresa em benefício próprio e de outros a seu mando, no caso os representantes de venda. Emendatio libelli descabida, neste caso concreto.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0001845-10.2003.4.03.6122, Rel. JUIZ CONVOCADO ALESSANDRO DIAFERIA, julgado em 06.12.2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22.03.2012)

PENAL. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. IMPUTAÇÃO COMPROVADA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA.

1. Restando comprovado nos autos que a ré concedeu empréstimos, bem como autorizou descontos de cheques para, de forma cruzada, cobrir limite de crédito nas contas correntes de titularidade de seu marido e de determinada pessoa jurídica, induzindo a erro funcionários da agência bancária em que trabalhava, deve ela ser condenada pela prática de gestão fraudulenta de instituição financeira e não de mera gestão temerária.
2. Se as condutas previstas no artigo 17 da Lei n.º 7.492/1986 constituíram o meio para a execução do crime de gestão fraudulenta, tipificado no artigo 4º da mesma lei, não há falar em concurso de crimes, mas em consunção.
3. Apelação ministerial provida.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0007823-84.2001.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 11.01.2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12.01.2012)

Quanto ao concurso da gestão fraudulenta com o artigo 16 da Lei 7.492/86, a análise restou prejudicada em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal por mencionado delito. De todo modo, remanesceram dois julgados pertinentes sobre o tema.

No primeiro, por maioria, o delito de gestão fraudulenta foi afastado em razão de instituição envolvida ser um banco estrangeiro, razão pela qual não prestaria para fins de incidência do artigo 4º de mencionado diploma legal, resultando na absolvição dos acusados pela atipicidade da conduta, à mingua de pretensão ministerial condenatória pelo artigo 16 da Lei 7.492/86, conforme ementa que segue:

PENAL: CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. GESTÃO FRAUDULENTA. ARTIGO 4º DA LEI Nº 7.492/86. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ATUAÇÃO COMO CLIENTE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MERA LESÃO PATRIMONIAL NÃO CONFIGURA CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO O QUAL EXIGE ABALO À CREDIBILIDADE FINANCEIRA NACIONAL. RECURSOS PROVIDOS.

I - O crime previsto no artigo 4º da Lei nº 7.492/86 pressupõe como elemento normativo do tipo a atuação como instituição financeira, o que não se verificou no caso concreto pois o Cambridge Bank Ltd agiu na condição de cliente.

II - É incontroverso que a mera lesão patrimonial, quer à instituição financeira, quer aos investidores, não configura crime contra o sistema financeiro, o qual exige o abalo à credibilidade financeira nacional, produzindo, ao menos, a real ameaça da perda de investimentos e, com isso, da diminuição da produção da riqueza no País.

III - Não restou configurado crime contra o sistema financeiro nacional, por não haver qualquer perigo no que diz respeito ao atingimento desse bem jurídico tutelado.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0004391-60.2000.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 23.06.2009, e-DJF3 Judicial 2 DATA: 23.07.2009 PÁGINA: 149)

Nos fundamentos do voto vencedor, aliando-se ao quanto defendido no presente trabalho, sustentou-se que, além de o banco estar situado fora do país, a instituição financeira irregular, que funciona sem autorização, não se enquadraria na definição típica do artigo 4º da Lei 7.492/86, apenas no artigo 16 da mesma lei (operação irregular). Veja-se trecho de mencionado voto:

(..)Diante disso, a empresa que não está juridicamente regulamentada através de autorização do Banco Central do Brasil, não se enquadra na descrição do artigo 1º da

Lei 7.492/86 e, por consequência, não se subsume à normação que regula o Sistema Financeiro Nacional.

Logo, para que o delito tipificado no artigo 4º da Lei nº 7.492/86 se aperfeiçoe é mister que a instituição esteja autorizada a operar como tal no Brasil.

(...) À evidência, não pode ser considerada instituição financeira, mesmo que por equiparação, pois, o inciso I, do artigo 1º da Lei nº 7.492/86, também se refere às pessoas jurídicas constituídas ou habilitadas a atuar no Brasil.

Diversa seria a hipótese se o Cambridge Bank Ltd. Fosse instituição financeira regular, própria ou por equiparação. É que a conduta da empresa, estrangeira ou não, que exerce a atividade de captação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, sem autorização legal, configura o delito previsto no artigo 16 da Lei nº 7.492/86.

(...) É incontroverso que a mera lesão patrimonial, quer à instituição financeira, quer aos investidores, não configura crime contra o sistema financeiro, o qual exige o abalo à credibilidade financeira nacional, produzindo, ao menos, a real ameaça da perda de investimentos e, com isso, da diminuição da produção da riqueza no País.

Contudo, em sentido diametralmente oposto, num segundo julgado, não obstante o reconhecimento da prescrição pelos artigos 5º e 16 da Lei 7.492/86, o Tribunal Regional Federal da 3º Região optou por aplicar o instituto da *emendatio libelli* e apenar o agente pelo artigo 4º da mesma lei, não obstante se tratasse de instituição regular, autorizada pelas autoridades competentes, mas instituição financeira por equiparação³¹². Senão vejamos.

PENAL E PROCESSO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CAPTAÇÃO FRAUDULENTA DE RECURSOS FINANCEIROS E REMUNERAÇÃO A TÍTULO DE INVESTIMENTO. DESEMPENHO ATIVIDADE TÍPICA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. APLICAÇÃO FICTÍCIA EM BOLSA DE VALORES. REPRODUÇÃO, COM ALTO GRAU DE FIDELIDADE, DA SISTEMÁTICA OPERACIONAL DE UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA REGULAR, COM O FIM DE LUDIBRIAR OS INVESTIDORES. EMENDATIO LIBELLI. DESCLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 6º E 9º DA LEI N 7.492/86. MATERIALIDADE DELITIVA E AUTORIA COMPROVADAS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RECONHECIDA EM RELAÇÃO AOS DELITOS DOS ARTIGOS 5º E 16 DA LEI 7.492/86 E 307 DO CÓDIGO PENAL.(...)

³¹² ACR 1999.03.99.036879-2

(...)

- A magnitude da empreitada criminosa desenvolvida pelo acusado impõe a alteração da adequação típica contida na denúncia, via *emendatio libelli* (artigo 383 do Código de Processo Penal), considerando que os fatos componentes da narrativa contida na denúncia demonstram, de forma nítida, que a ação do acusado foi o produto de um universo de condutas fraudulentas de alta complexidade, teleologicamente concatenadas e preordenadas no tempo, cuja abrangência extrapolou em muito os limites restritos da objetividade jurídica dos tipos penais dos artigos 6º e 9º da Lei do Colarinho Branco, para atingir com elevada lesividade a segurança e a confiabilidade do Sistema Financeiro Nacional e dos órgãos e instituições que o integram.

(...)

- Comprovado nos autos que o acusado efetivamente estruturou sua atividade de captação fraudulenta de investimentos, seja ainda na condição de pessoa física, a partir de 1994, ou a partir de 1996, por meio da pessoa jurídica "Organizações Alencar Arraes", por ele gerida, de maneira apta a qualificá-las, em ambas as situações, como instituição financeira, por sua conformidade com o modelo legal de definição de instituição financeira contida no artigo 1º da Lei nº 7.492/86, segundo o qual, 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 de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários", assim como na modalidade por equiparação, prevista no seu parágrafo único, II: "Equipara-se à instituição financeira: (...) II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual."

- Demonstrada a existência, para fins penais, da instituição financeira, impõe-se reconhecer que o conjunto probatório arrecadado tanto na fase administrativa como na instrução processual foram contundentes e seguros na conclusão pela efetiva procedência da imputação relativa ao delito de gestão fraudulenta de instituição financeira. (...)

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0100386-71.1998.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF, julgado em 13.10.2009, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22.10.2009 PÁGINA: 195)

Depreende-se da análise de tal julgado que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região adotou uma interpretação que amplia a incidência do tipo de gestão fraudulenta de instituição financeira.

Contudo, não obstante a gravidade dos fatos imputados, cuja resposta penal pode ser dada por meio de outros dispositivos legais previstos pelo legislador, alia-se a tese de que, embora o tipo penal não faça alusão expressa à necessidade da instituição financeira por ele resguardada ser autorizada, tal exigência guarda proporção com a lógica do próprio sistema, “já que, como sabido, a gestão fraudulenta envolve a prática de atos contra os interesses da instituição regularmente constituída, equivalendo dizer que, na prática ilícita, o agente descumpriu as regras estabelecidas pelo Banco Central e pela praxe normal do mercado financeiro, que é, naturalmente, sujeito a detido regramento”³¹³.

Por fim, em relação ao delito previsto no artigo 22 da Lei 7.492/86, verificou-se que em nenhum dos casos apreciados houve a prevalência de um em detrimento do outro, reconhecendo-se, pois, a autonomia entre mencionados preceitos, cujas objetividades jurídicas seriam diversas, entendimento do qual partilha o presente estudo:

22. As figuras dos arts. 4º e 22 da Lei nº 7.492/86 são autônomas. A primeira visa, primordialmente, a higidez do sistema financeiro e a segunda a regularidade no funcionamento do mercado cambial, com os reflexos na economia do país, não havendo falar-se em aplicação do princípio da consunção.

(...) (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 2005.03.99.024006-6, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 09.10.2007, DJU DATA: 24.10.2007)

³¹³ Excerto do acórdão do RESP 897.656/PR, proferido pela Sexta Turma, sob relatoria da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, disponibilizado no DJe de 19.12.2008. No mesmo sentido, diversos julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “(...) Incabível a condenação pelo crime de gestão fraudulenta inscrito no art. 4º da Lei 7.492/86, eis que os fatos apontados na inicial denotam a realização de operações de crédito e câmbio de forma clandestina, à margem do sistema regular, atuando como instituição financeira sem autorização legal. Precedentes. V (TRF4, ACR 2003.70.00.045779-9, Oitava Turma, Relator Elcio Pinheiro de Castro, D.E. 14.01.2009); 4. Inexistência de concurso aparente de normas ou mesmo de concurso formal entre os delitos tipificados nos arts. 4º e 16 da lei que protege o sistema financeiro nacional, uma vez que não ficou caracterizada a prática da conduta descrita no art. 4º da Lei nº 7.492/86. Se a empresa em questão não é considerada como instituição financeira de fato e de direito, mas um empreendimento ilícito, não há falar em “atos de gerência do negócio ilícito”, sendo estes incompatíveis com o crime de gestão fraudulenta. Este é crime próprio do gestor formal, sendo inadmissível norma penal que regule atividade ilícita. (TRF4, ACR 2004.70.00.021788-4, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, DJ 07.06.2006)

22. As figuras dos arts. 4º e 22 da Lei nº 7.492/86 são autônomas. A primeira visa, primordialmente, a higidez do sistema financeiro e a segunda a regularidade no funcionamento do mercado cambial, com os reflexos na economia do país, não havendo falar-se em aplicação do princípio da consunção.

23. Comprovação do crime de lavagem de dinheiro pelas minuciosas declarações do réu, delito autônomo em relação aos demais que anteriormente o precedem. (...)

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 2008.03.99.006954-8, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 13.05.2008, DJF3 DATA: 02.06.2008)

Contudo, verificou-se que embora em algumas das situações fáticas apresentadas as condutas tidas como típicas para o delito de evasão de divisas estivessem relacionadas com o contexto valorado para também aduzir que a gestão fora fraudulenta, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região aplicou o concurso material de delitos, cumulando-se as penas³¹⁴. Veja-se o excerto de um dos acórdãos condenatórios:

(...) Quanto ao crime em comento (gestão fraudulenta), nenhum reparo há de ser feito na sólida fundamentação da sentença, diante da comprovação de que a Barcelona Tur e a Pássaro Tur, respectivamente, de titularidade dos réus Antonio Oliveira Claramunt e Ussen Ali Chahime, autorizadas pelo Banco Central para operar no mercado de câmbio e turismo, desvirtuaram o objeto social de seu exercício, atuando no mercado paralelo, diariamente, sob forma de inúmeras transações em desacordo com as operações de câmbio, atuando como instituição financeira, com mesas de câmbio na matriz e filiais que se inter-relacionavam através das operadoras e corretoras e também com clientes particulares, a fim de acompanhar a evolução das taxas de compra e venda de moedas em dinheiro, operando também com traveller checks, dólar-cheque, libra-cheque, euro-cheque, etc., (...)

6. DA AUTONOMIA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 4º E 22 DA LEI Nº 7.492/86

Como vimos por ocasião da apreciação da prática delitiva descrita no art. 4º da lei, o objeto jurídico da figura ou bem juridicamente tutelado pela norma é, em primeiro lugar, a higidez do sistema financeiro nacional necessária à execução da política econômica do governo. Secundariamente, protegem-se os investidores e o próprio

³¹⁴ ACR 2005.03.99.024006-6; ACR 2008.03.99.006954-8; ACR 2005.03.99.024006-6.

mercado financeiro de consequências de quebras de instituições causadas pela cupidez ou irresponsabilidade de seus gestores.

Já a figura prevista no art. 22 da lei tem por bem tutelado a regularidade no funcionamento do mercado cambial, com todos os reflexos na economia do País. Em segundo lugar, protege a própria arrecadação tributária ameaçada pela remessa clandestina de divisas para o exterior avultando a função fiscal. Nesse tipo penal está contemplada a evasão de divisas, sendo, pois, delitos autônomos, não havendo falar-se em aplicação do princípio da consunção.

No caso em tela, a gestão fraudulenta ocorreu por intermédio de operações espúrias e arditosas através de constituição e operacionalização de empresas “laranjas” ou de “fachada”, que propiciaram a evasão de divisas, crimes autônomos.(...)

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 2005.03.99.024006-6, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 09.10.2007, DJU DATA: 24.10.2007)

Cumpra ainda mencionar que todos os julgados em que houve condenação por gestão fraudulenta em concurso com o delito de gestão fraudulenta trataram de instituições autorizadas pelo Banco Central para operar no mercado de câmbio e turismo, as quais, na linha do entendimento expressado por LUCIANO FELDENS, “em que pese virtualmente subsumidas no conceito de instituição financeira esculpido pelo artigo 1º da Lei 7.492/86, não se constituem como uma esfera de manifestação do bem jurídico para efeitos de enquadramento no âmbito do art. 4º da Lei 7.492/86”³¹⁵. Nesse sentido, pondera o autor:

A grande justificativa para a regulação estatal (administrativa ou penal) é a real possibilidade de que os atos fraudulentos ou temerários tomados na gestão de uma instituição financeira levem a perda da confiança dos depositantes, ocasionando corridas bancárias e a subsequente insolvência de uma instituição financeira, e assim sucessivamente, através de uma reação em cadeia (efeito dominó) (KAUFMAN, 1995, p. xiii-xiv).

Impõe-se-nos, pois, aplicar redutores teleológicos (corretivos dogmáticos) no desiderato de conferir ao tipo uma identidade própria, o que agrega coerência interna

³¹⁵ FELDENS, Luciano. Gestão Fraudulenta e Temerária de Instituição Financeira: Contornos Identificadores do Tipo. In VILARDI, Celso Sacher; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores). *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94.

na própria lei e minimiza os recorrentes problemas quanto ao âmbito de aplicação de suas figuras penais, por vezes dispostas em situação de conflito aparente”³¹⁶.

Com efeito, partindo do pressuposto de que o tipo penal em estudo visa, em última análise, tutelar o patrimônio público e privado investido em instituições financeiras voltadas à captação, intermediação e aplicação de ativos financeiros pertencentes a terceiros³¹⁷, poder-se-ia compreender que mencionadas instituições de câmbio não teriam, de fato, aptidão para significativa ofensividade sobre o bem jurídico tutelado, não obstante enquadradas no artigo 1º da Lei 7.492/86. Desse modo, limitar-se-ia o âmbito de incidência da norma a partir de uma interpretação teleológica da lei.

Diante de tal panorama, conclui-se que a abertura conceitual do tipo em análise, bem como a celeuma doutrinária existente sobre as regras de resolução de conflito concurso aparente de normas refletiu-se na amostra jurisprudencial apontada.

De fato, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em grande parte dos julgados, optou por uma interpretação ampliativa da incidência do tipo penal de gestão fraudulenta, desconsiderando os contornos interpretativos aduzidos por grande parte da doutrina, além de suas relações teleológicas e valorativas com os demais tipos penais previstos pela Lei 7.492/86, as quais poderiam ser concretamente aferidas.

³¹⁶ FELDENS, Luciano. Gestão Fraudulenta e Temerária de Instituição Financeira: Contornos Identificadores do Tipo. In VILARDI, Celso Sacher; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores). *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 92.

³¹⁷ Na linha do entendimento expressado por Diogo Malan. MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp.37-58, 2012. p. 52.

6. CONCLUSÃO

A intervenção penal – por ser a forma mais gravosa de interferência, tanto no que diz respeito ao infrator quanto à sociedade – deve estar alerta para se ater a fatos que atinjam de forma ofensiva os bens constitucionalmente assegurados.

As dificuldades na descrição e comprovação dos crimes econômicos, muitas vezes pela própria complexidade a eles inerente, não podem servir como justificativa a violar tais garantias. A atuação do direito penal somente estará justificada e legitimada, seja no âmbito econômico ou em qualquer outra esfera de direitos, quando a proteção ordenada pela constituição não puder ser alcançada de outra forma. A tipificação penal, para ser válida, precisa, necessariamente, atender aos princípios da legalidade, fragmentariedade, subsidiariedade, imprescindibilidade, racionalidade e proporcionalidade. Aludidos princípios, bem como as garantias deles decorrentes, não se limitam ao processo de elaboração das leis, mas também à sua interpretação.

Nessa senda, o bem jurídico penal desempenha dupla função: condiciona tanto a validade da norma penal quanto sua aplicação casuística, sendo que esta ainda pressupõe a demonstração empírica de que o bem jurídico tutelado foi lesionado ou potencialmente colocado em perigo. Deslegitima-se, assim, a incriminação de atos de mera desobediência a funções, políticas de gestão, controle ou regulação do Estado sobre a ordem econômica, posto que destituídas de qualquer substancialidade.

Essas são premissas fundamentais à interpretação do tipo penal de gestão fraudulenta, inserido na subpolítica monetária voltada à regulação da oferta de moeda e, consequentemente, de crédito, no âmbito do sistema financeiro nacional, especialmente afetado no caso de abusos e fraudes nas instituições financeiras que o constituem.

Não obstante a precária técnica legislativa, a Lei 7.492/86 foi proposta e aprovada no intuito de reforçar a tutela tendente a assegurar a normalidade do sistema financeiro nacional, resguardando os interesses da coletividade (depositantes e demais usuários), tendo em vista a marcada ineficiência regulatória em âmbito administrativo, que não obteve êxito em estancar os abusos e fraudes gerenciais, implicando na aplicação de vultosos recursos na contenção dos efeitos negativos de aludidas manobras que lançavam ao restante do sistema.

O legislador, por não poder prever todas as formas de fraudes que poderiam ser perpetradas no âmbito econômico-financeiro e o grave potencial lesivo que poderiam apresentar, optou por um tipo genérico, exigindo-se unicamente o emprego de fraudes na administração da instituição, desconectadas de qualquer resultado, mas mantendo a grave sanção de 03 a 12 anos de reclusão.

De tal constatação, concluiu-se que o legislador visou uma tipificação autônoma da continuidade de fraudes realizadas em uma instituição financeira, as quais, em seu conjunto, acabam por macular a gestão como um todo, com grave potencial de afetação do bem jurídico tutelado pela norma. Isso porque, além da pena de 03 a 12 anos, mais multa, ser a sanção mais severa prevista no âmbito do Direito Penal Econômico, a ampla margem deixada pelo legislador entre os patamares mínimo e máximo cominados, permite ao julgador atender aos ditames previstos no artigo 59 do Código Penal e responder ao autor da gestão fraudulenta de modo efetivo e suficiente à reprovação do delito.

Contudo, a ausência de consolidação dogmática sobre o tipo em estudo possibilita que sua aplicabilidade se dê, não raras vezes, mediante um juízo puramente formal, a partir de um descontextualizado juízo de subsunção à norma pela simples soma de suas elementares típicas (gerir + fraudulentamente + instituição financeira), passando ao largo dos pressupostos que justificaram a intervenção penal no âmbito econômico financeiro e da verificação da real potencialidade lesiva sobre o bem jurídico tutelado pela norma, o que claramente não se coaduna com os postulados dogmáticos mais sólidos do direito penal.

Porém, partindo da acepção teórico-conceitual de instituição financeira disposta no artigo 1º de mencionada lei, é possível verificar que o âmbito de incidência da norma está atrelado às atividades das instituições financeiras voltadas à gestão profissional, mediante oferta pública, de ativos financeiros de terceiros (propriedade alheia), aliado ao contexto histórico e aos motivos que ensejam a edição da Lei 7.492/86, por isso, é possível concluir que esses ativos consistam, efetivamente, no bem jurídico tutelado pela norma, servindo tal premissa como norte interpretativo do tipo penal.

O tipo não reclama uma lesão (ofensa) ao sistema financeiro nacional em sua inteireza estrutural; porém, tampouco, contenta-se com ilicitudes gerenciais praticadas em instituições, que, em face de sua baixa limitação operacional, ausência de conectividade ao sistema financeiro ou inexpressividade econômica, não tenham aptidão a gerar uma significativa

possibilidade de afetação do bem jurídico – patrimônio público e privado investido nessas instituições.

O delito do art. 4º, tendo em vista sua descrição absolutamente genérica e a gravidade da sanção cominada, deve ter aplicação absolutamente restrita nos casos em que a fraude na gestão dos administradores torna-se a regra, a prática rotineira, quotidiana.

O tipo penal é de estruturação *sui generis*, decorre de uma conduta complexa e contínua, formada pela pluralidade de atos que se prolonga no tempo e é integrada por outras ações. O núcleo do tipo não pode se afastar de seu significado semântico mais compreensível e corriqueiro que determina: a gerência, de administração ou de governo, exige, necessariamente uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal, atendendo-se, assim, a função de advertência que o tipo penal e o bem jurídico determinam.

Além disso, o tipo penal do crime de gestão fraudulenta não sanciona a *fraude pela fraude*, ainda que sua redação seja bem econômica. A fraude que deverá estar presente para fins de agregar tipicidade ao artigo 4º da Lei 7.492/86 é aquela caracterizada como tal dentro do ambiente compreensivo do delito, é dizer, aquela que for apta a afetar o bem jurídico-penal objeto de tutela, capaz de gerar uma significativa ofensividade sobre o patrimônio público e privado investidos nas instituições.

Não obstante, o artigo 4º da Lei 7.492/86, em virtude de sua generalidade, acaba por ser aparentemente aplicável de maneira concomitante a outros delitos, tais como os artigos 5º, 6º, 7º, 9º, 10, 11, 16, 17, 21 e 22, tendo em vista que estes tipos penais também se executam mediante atos fraudulentos, induzindo o intérprete a imaginar a possibilidade de um concurso formal ou material entre tais normas.

Contudo, diante de uma unidade de ação, a concorrência para os mesmos fatos de tipos penais distintos representaria uma inequívoca duplicidade punitiva, violando-se o postulado do *non bis in idem*, imputando-se ao aplicador do direito a difícil tarefa de enfrentar esses conflitos na análise dos casos concretos.

Diante de tal quadro, os apontamentos de ULRICH KLUG são de grande valia à completa compreensão do fenômeno estudado. Aludido autor, apoiando-se na relação lógico conceitual entre os preceitos normativos, busca esgotar as possibilidades de relação entre as

normas com a consequente constatação do concurso aparente de normas penais a partir de quatro critérios: heterogeneidade, identidade, subordinação e interferência.

Entretanto, a pura relação lógica entre os preceitos é teleologicamente neutra e demanda, na análise do caso concreto, ser complementada por considerações valorativas indicadoras de suas consequências penais.

Assim, identificada a relação entre os preceitos, deverão ser analisados os princípios tradicionalmente oferecidos pela doutrina para o concurso aparente de normas, quais sejam, especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade, a fim de verificar qual norma deverá sobrepor-se em detrimento da outra, sob determinado substrato fático.

Sem deixar de reconhecer a contribuição de KLUG na definição da relação existente de *interferência* entre os preceitos, mas cujo resultado estaria apenas atrelado aos princípios da especialidade e subsidiariedade, admitiu-se no presente estudo a autonomia dessa regra de solução de conflito aparente de normas, em razão das inúmeras possibilidades que se apresentam quando da interpretação e delimitação das relações existentes entre os preceitos concorrentes dentre uma realidade fática, com seus respectivos reflexos sobre a determinação da norma prevalente.

A autonomia da consunção encontra-se respaldada no postulado do *non bis in idem*, configurada pelo fato do conteúdo do injusto ir além de sua estrutura essencial. Nessa categoria inserem-se os antefatos ou pós-fatos coapenados, que podem ser descritos como condutas que acompanham ou precedem o fato principal, visando preparar ou assegurar a execução do delito pretendido, razão pela qual o preceito penal somente se aplicará a este último, afastando-se a punibilidade daqueles como crimes autônomos.

Nessa senda, observou-se que a consunção, em geral, parece a regra mais adequada para solução quanto à aplicação de leis penais aparentemente em concurso nos delitos previstos na lei 7.492/86, tendo em vista representar com maior abrangência os aspectos lesivos do fato, embora diversos os bens jurídicos tutelados, por vezes, em uma norma e outra.

Ressalta-se que os delitos previstos nos artigos 21 e 22 demandam uma análise diferenciada quando em concurso com o delito de gestão fraudulenta, tendo em vista que o objeto de tutela daqueles está vinculado à estabilidade e fiscalização do fluxo cambial do país,

enquanto a proteção conferida por este insere-se dentro da política monetária de governo (fluxo de crédito), voltado à defesa do patrimônio público e privado investido no âmbito do sistema financeiro nacional.

Em qualquer caso, nas hipóteses em que perpetrados atos fraudulentos no âmbito de uma instituição financeira, a aplicação da norma dependerá da análise valorativa e teleológica do substrato fático sobre o qual incidem. Nesse contexto, o intérprete poderá aplicar entendimentos diversos, a fim de se chegar a uma correta decisão, que atenda aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Contudo, da análise jurisprudencial realizada, pode-se verificar que a abertura conceitual do tipo em análise, bem como a ausência de uniformidade doutrinária existente sobre as regras de resolução de conflito concurso aparente de normas, assim como a ausência de regulamentação legal sobre seus pressupostos, refletiu-se nos julgados, verificando-se uma interpretação ampliativa do tipo que, não raros casos, quando imputado concomitantemente a outros tipos penais da mesma lei, denota um excesso punitivo que não se coaduna com os postulados dogmáticos mais sólidos do direito penal.

7. APENSO – FORMAÇÃO DO BANCO DE DADOS

7.1 SELEÇÃO DAS DECISÕES

A coleta das decisões no site do TRF da 3ª Região (www.trf3.jus.br) e o arquivamento em pastas, para a formação do banco de dados, foram realizados entre os dias 15 de dezembro de 2013 e 04 de janeiro de 2014.

Para a seleção dos acórdãos de gestão fraudulenta, seguiu-se o seguinte procedimento:

Para o ano de 2003, nos campos destinados para a PESQUISA EM ACÓRDÃOS, selecionou-se ACR-APELAÇÃO CRIMINAL no campo CLASSE, digitou-se a expressão “GESTÃO FRAUDULENTA” no campo EMENTA, selecionou-se como data inicial 01 de janeiro e como data final 31 de dezembro de 2001 no campo PERÍODO DE DECISÃO, deixando-se os demais campos em branco. Após, clicou-se em PESQUISAR. Na tela RESULTADOS nenhuma referência foi apresentada, constando a seguinte frase “nenhum documento localizado”, razão pela qual nenhum acórdão foi obtido para esse ano.

O mesmo procedimento foi seguido para o ano de 2004, alterando-se o PERÍODO DE DECISÃO para data inicial 01 de janeiro de 2004 e data final 31 dezembro 2004. Na tela RESULTADOS surgiram cinco referências: ACR 2001.03.99.025621-4, ACR 2003.03.99.017693-8 e três vezes ACR 2003.03.99.025896-7, das quais duas delas eram relativas a embargos de declaração rejeitados. As referências relativas aos embargos foram descartadas, eis que decorrentes de falha na classificação processual. Com relação à ACR 2001.03.99.025621-4 e ACR 2003.03.99.017693-8, verificou-se que a primeira tratava-se de apelação relativa apenas ao crime do art. 6º da Lei 7.492/1986 e a segunda somente ao delito de gestão temerária, sendo ambos os acórdãos descartados. Para obter a íntegra de cada um dos acórdãos, clicou-se no respectivo ícone DOCUMENTO. Surgiu a tela DOCUMENTOS. Clicou-se em CONSULTA INTEIRO TEOR e uma nova janela se abriu com o título PESQUISA DE ACÓRDÃOS e um subtítulo RESULTADO DA PESQUISA, no qual apareceu a data do acórdão. Clicou-se em cima da data e obteve-se o arquivo do acórdão. Desse modo, para o ano de 2004, após conferi-los e verificar quais diziam respeito ao crime de gestão fraudulenta, obteve-se a íntegra de apenas 01 acórdão: ACR 2003.03.99.025896-7.

O mesmo procedimento foi seguido para o ano de 2005, alterando-se o PERÍODO DE DECISÃO para data inicial 01 de janeiro 2005 e data final 31 de dezembro 2005. Na tela RESULTADOS apareceram cinco referências: ACR 96.03.08.4814-0, ACR 2002.03.99.025514-7, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 95.03.008286-2 e ACR 1999.03.99.30642-7. A referência ACR 2002.03.99.025514-7 tratava-se de embargos de declaração rejeitados, razão pela qual o acórdão foi descartado. Desse modo, para o ano de 2005, obteve-se 04 acórdãos: ACR 96.03.08.4814-0, ACR 2001.03.99.032010-0, ACR 95.03.008286-2 e ACR 1999.03.99.30642-7.

O mesmo procedimento foi seguido para o ano de 2006, alterando-se o PERÍODO DE DECISÃO para data inicial 01 janeiro 2006 e data final 31 dezembro 2006. Na tela RESULTADOS surgiram duas referências: ACR 1999.03.99.014678-3 e ACR 2000.03.99.043382-0. A ACR 2000.03.99.043382-0 estava sob sigilo, razão pela qual não foi possível a obtenção do acórdão. Desse modo, para o ano de 2006, obteve-se 01 acórdão: ACR 1999.03.99.014678-3.

O mesmo procedimento foi seguido para o ano de 2007, alterando-se o PERÍODO DE DECISÃO para data inicial 01 janeiro 2007 e data final 31 dezembro 2007. Na tela RESULTADOS surgiram oito referências: ACR 1999.61.81.002842-3, duas para ACR 2004.03.99.037967-2, ACR 2005.03.99.024006-6, duas para ACR 2001.03.99.057006-1, ACR 2004.03.99.037967-2 e ACR 2006.03.99.009113-2. As referências duplicadas se tratavam de embargos de declaração rejeitados, sendo os acórdãos descartados. Além disso, verificou-se que a ACR 2001.03.99.057006-1 foi anulada e julgada de novo em 2008, descartando-se o acórdão. Por fim, verificou-se que a ACR 2006.03.99.009113-2 tratava apenas dos crimes dos arts. 5º e 16, descartando-se o acórdão também. Desse modo, para o ano de 2007, obteve-se 04 acórdãos: ACR 1999.61.81.002842-3, ACR 2004.03.99.04442-5, ACR 2005.03.99.024006-6 e ACR 2004.03.99.037967-2.

O mesmo procedimento foi seguido para o ano de 2008, alterando-se o PERÍODO DE DECISÃO para data inicial 01 janeiro 2009 e data final 31 dezembro 2009. Na tela RESULTADOS surgiram seis referências: ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2000.61.81.005906-0, duas para ACR 2008.03.99.006954-8, ACR 2005.03.99.024006-6 e ACR 2001.03.99.057024-3. A referência duplicada tratava-se de embargos de declaração rejeitados, descartando-se o acórdão. Desse modo, para o ano de 2008, obteve-se 05 acórdãos:

ACR 2007.03.99.007029-7, ACR 2000.61.81.005906-0, ACR 2008.03.99.006954-8, ACR 2005.03.99.024006-6 e ACR 2001.03.99.057024-3.

O mesmo procedimento foi seguido para o ano de 2009, alterando-se o PERÍODO DE DECISÃO para data inicial 01 janeiro 2009 e data final 31 dezembro 2009. Na tela RESULTADOS surgiram doze referências: ACR 2002.61.81.004527-6, duas para a ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2002.03.99.043670-1, ACR 2006.03.99.0018265-4, duas para ACR 2000.61.81.008320-7, ACR 1999.6181001392-4, ACR 2000.61.81.003630-8, ACR 2000.61.81.004391-0, ACR 2008.03.99.051025-3 e ACR 2003.03.99.006876-5. As referências duplicadas tratavam-se de embargos de declaração, descartando-se os acórdãos. Na análise do inteiro do teor da ACR 2006.03.99.018265-4, verificou-se que só continha a ementa do acórdão no documento, razão pela qual também foi descartado. A ACR 2002.61.81.004527-6, ACR 1999.6181001392-4 e ACR 2000.61.81.003630-8 não diziam respeito ao delito de gestão fraudulenta, descartando-se os 03 acórdãos. Desse modo, para o ano de 2009, obteve-se 06 acórdãos: ACR 1999.03.99.036879-2, ACR 2002.03.99.043670-1, ACR 2000.61.81.0083.20-7, ACR 2000.61.81.004391-0, ACR 2008.03.99.051025-3 e ACR 2003.03.99.006876-5.

O mesmo procedimento foi seguido para o ano de 2010, alterando-se o PERÍODO DE DECISÃO para data inicial 01 janeiro 2010 e data final 31 dezembro 2010. Na tela RESULTADOS surgiram sete referências: ACR 2002.03.99.035.427-7, ACR 2006.03.99.043971-9, ACR 2006.03.99.008600-8, ACR, 2007.03.99.011870-1, ACR 2006.03.99.037298-4, ACR 2000.61.19.018618-6 e ACR 2007.03.99.003663-0. A ACR 2002.03.99.035.427-7 tratava apenas do delito de gestão temerária, descartando-se o acórdão. Com relação à ACR 2006.03.99.037298-4, verificou-se que houve reconhecimento de *bis in idem* por litispendência e coisa julgada quanto aos delitos de gestão fraudulenta e apropriação indébita financeira, em razão de sentença absolutória anterior e transitada em julgada na esfera estadual, decorrente de denúncia por aludidos crimes financeiros em conjunto com delitos falimentares. Além disso, houve o reconhecimento da prescrição quanto ao delito previsto no artigo 10 da Lei 7.492/86, restando apenas o delito gestão temerária para análise, o qual foge ao objeto do presente estudo, descartando-se o acórdão. Desse modo, para o ano de 2012, obteve-se 05 acórdãos: ACR 2006.03.99.043971-9, ACR 2006.03.99.008600-8, ACR, 2007.03.99.011870-1, ACR 2000.61.19.018618-6 e ACR 2007.03.99.003663-0.

O mesmo procedimento foi seguido para o ano de 2011, alterando-se o PERÍODO DE DECISÃO para data inicial 01 janeiro 2011 e data final 31 dezembro 2011. Na tela RESULTADOS surgiram oito referências: ACR 2003.61.22.001845-7, ACR 2001.61.06.007823-0, ACR 2001.61.81.004615-0, duas para ACR 2000.61.81.003628-0, duas para ACR 2001.61.81.002367-7 e ACR 2002.61.81.007645-5. As referências duplicadas tratavam-se de embargos de declaração, descartando-se os acórdãos. Desse modo, para o ano de 2011, obteve-se 06 acórdãos: ACR 2003.61.22.001845-7, ACR 2001.61.06.007823-0, ACR 2001.61.81.004615-0, ACR 2000.61.81.003628-0, ACR 2001.61.81.002367-7 e ACR 2002.61.81.007645-5.

O mesmo procedimento foi seguido para o ano de 2012, alterando-se o PERÍODO DE DECISÃO para data inicial 01 janeiro 2012 e data final 31 dezembro 2012. Na tela RESULTADOS surgiram onze referências: ACR 2003.61.06007351-4, ACR 2006.61.81.005514-7, ACR 1999.61.10.004313-3, ACR 2009.03.99.041583-2, ACR 2001.61.81.002216-8, ACR 1995.61.81.102175-3, ACR 2000.61.81.003631-0, ACR 2007.03.99.039380-3, ACR 2004.61.26.000626-4, ACR 2004.61.10.0116336-5 e ACR 2000.61.81.003629-1. Com relação as ACR 2006.61.81.005514-7, ACR 1999.61.10.004313-3 e ACR 2004.61.10.0116336-5, verificou-se que não diziam respeito ao delito de gestão fraudulenta, descartando-se o acórdão. Na análise do inteiro teor da ACR 1995.61.81.102175-3, verificou-se que só consta a ementa no documento, descartando-se o acórdão. Desse modo, para o ano de 2012, obteve-se sete acórdãos: ACR 2003.61.06007351-4, ACR 2009.03.99.041583-2, ACR 2001.61.81.002216-8, ACR 2000.61.81.003631-0, ACR 2007.03.99.039380-3, ACR 2004.61.26.000626-4 e ACR 2000.61.81.003629-1.

O mesmo procedimento foi seguido para o ano de 2013, alterando-se o PERÍODO DE DECISÃO para data inicial 01 janeiro 2013 e data final 31 dezembro 2013. Na tela RESULTADOS surgiram duas referências: ACR 2005.61.81.008956-6 e ACR 2005.61.81.004271-0. Na análise do inteiro teor da ACR 2005.61.81.008956-6, verificou-se que só consta a ementa no documento, descartando-se o acórdão. Desse modo, para o ano de 2013, obteve-se 01 acórdão: ACR 2005.61.81.004271-0.

7.2 CODIFICAÇÃO DAS DECISÕES

Para conferir objetividade científica ao trabalho e permitir que a pesquisa seja replicada, seguem os critérios utilizados para codificação das decisões:

- 1) Ano da decisão – critério cronológico utilizado para a pesquisa e formação do bando de dados do recorte jurisprudencial analisado.
- 2) Número da Apelação Criminal – número do processo que consta no *site* do Tribunal – principal dado para a obtenção do acórdão.
- 3) Qualificação jurídica da denúncia – registro dos dispositivos legais utilizados para qualificação dos fatos imputados.
- 4) Análise de concurso de crimes – registro da espécie de concurso de crimes invocado na denúncia quando da imputação por diversos tipos penais, se material (69), formal (70), continuado (71) ou não informado (NM).
- 5) Resultado da sentença – (A) absolvição; (C) condenação; (PP) extinta a punibilidade pela prescrição; (M) extinta a punibilidade pela morte do agente; (CO) condenação por outro crime via *emendatio libelli*.
- 6) Qualificação jurídica da sentença condenatória – registro dos dispositivos legais utilizados para qualificação dos fatos considerados típicos.
- 7) Análise de concurso de crimes – registro da espécie de eventual concurso invocado na sentença condenatória, se material (69), formal (70), continuado (71) ou não informado (NM)
- 8) Análise de concurso aparente de normas – registro de eventual análise de concurso aparente de normas. Em caso afirmativo, registro dos delitos invocados, resultado positivo (CA+) ou negativo (CA-) e comentários da solução encontrada.
- 9) Apelante (s) – registro da parte que recorreu da sentença em primeiro grau de jurisdição.
- 10) Resultado do acórdão – (A) absolvição; (C) condenação; (PP) extinta a punibilidade pela prescrição; (M) extinta a punibilidade pela morte do agente; (CO) condenação por outro crime via *emendatio libelli*; (CA+) análise de conflito aparente de normas cujo resultado foi positivo; (CA-) análise de conflito aparente de normas cujo resultado foi negativo.

- 11) Qualificação jurídica do acórdão – registro dos dispositivos legais utilizados para qualificação dos fatos considerados típicos, bem como registro dos delitos cuja análise restou prejudicada pela prescrição.
- 12) Análise de concurso de crimes – registro da espécie de eventual concurso invocado no acórdão, se material (69), formal (70) ou continuado (71).
- 13) Análise de concurso aparente de normas – registro de eventual análise de concurso aparente de normas. Em caso afirmativo, registro dos delitos invocados, resultado positivo (CA+) ou negativo (CA-) e comentários da solução encontrada.
- 14) Sanção cominada pelo delito de gestão fraudulenta de instituição financeira – registro da sanção aplicada pela condenação pelo delito de gestão fraudulenta (art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86).
- 15) Sanção cominada total – registro da sanção cominada final nos casos em que houve reconhecimento de concurso de crimes.
- 16) Espécie da principal instituição financeira ou equiparada envolvida – registro da espécie de instituição em que os fatos ocorreram.
- 17) Situação de insolvência, liquidação ou intervenção pelo Banco Central – registro de eventuais consequências como insolvência, liquidação ou intervenção do Banco Central nas instituições financeiras dos casos analisados – (S) sim, (N) não ou (NM) não menciona.
- 18) Prejuízo – registro de eventual menção aos prejuízos decorrentes dos fatos imputados – (S) sim, (N) não ou (NM) não menciona.
- 19) Exigência de habitualidade – registro de eventual exigência de habitualidade – (S) sim, (N) não ou (NM) não menciona.
- 20) Pluralidade ou unicidade de atos – registro do número de atos envolvidos nos fatos imputados, se houve pluralidade de atos (PA) ou decorrerem de um único ato praticado (UA).
- 21) Síntese da imputação – registro da síntese da imputação formulada contra o(s) acusado(s).
- 22) Comentários relevantes – registro de eventuais trechos das ementas ou do inteiro teor dos acórdãos que foram considerados relevantes para a análise jurisprudencial sobre o conflito aparente de normas, objeto de estudo do presente trabalho.

8. REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ANDRADE, Manuel da Costa. A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2. Fasc. 2, abr./jun. 1992.

_____. A nova Lei dos crimes contra a economia (Dec. Lei nº 28/84, de 20 de Janeiro). In *DIREITO penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume I - problemas gerais*. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O Princípio da Proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. *Revista dos Tribunais*, ano 98, volume 882, abril, 2009.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. *Dos Crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1979.

_____. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____. O Conceito Jurídico-penal de Gerente na Lei nº 7.492, de 16.06.86. In *Fascículos de Ciências Penais*. ano 3, vol. 3, n.1, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios político criminais da intervenção penal no âmbito econômico-financeiro: uma lógica equivocada. In *Direito Penal Econômico: questões atuais*/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira. São Paulo: RT, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BREDÁ, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO FILHO, José Cândido de. *O concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

CASTILHO, Ela Wiecko de. *O controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*: Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico. Perspectiva integrada. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, n. 3, p.11-58, 2008.

_____. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p.81-108, abr./jun. 2003.

CORREIA, Eduardo. Notas Críticas à Penalização de Actividades Económicas. *In Direito Penal Económico*, Coimbra: CEJ, 1985.

CORREA, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal. I – Unidade e Pluralidade de Infracções*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1983.

COSTA, Helena Regina Lobo. *Proteção Penal Ambiental*: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Crimes do colarinho Branco*. São Paulo: Saraiva, 2000.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. *O "concurso de normas" em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2004.

DA PONTE, Antonio Carlos. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELMANTO, Roberto et alii. *Leis Penais Comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*: tipos penais que tutelam o sistema financeiro nacional, incluindo o mercado de capitais. Campinas: Millennium, 2003.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Lúmen Júris: ICPC.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

EIZIRIK, Nelson. *Mercado de Capitais*: regime jurídico. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ESCUCHURI AISA, Estrella. *Los principios de non bis in idem y integra de valoracion del hecho em el marco del concurso de leys*. Revista dos Tribunais. Ciências Penais. vol. 10. p. 57. Jan. 2009DTR. 2009\40.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p.170-200, set./out. 2010.

_____. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. *In Neocosntitucionalimo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manoel da Costa. Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional. *In Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000.

GARCIA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem material*” e Concurso de Leys Penales. Barcelona: Cedecs, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Cuadernos Civitas, 1989.

GOMES, Luis Flavio. *Norma e Bem jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese (Livre-docência) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

GRECO FILHO, Vicente; DOTTI, Réne Ariel. *Tipicidade, Bem jurídico e Lavagem de Valores*. *In Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa. In GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II*. Madrid: Edisofer, 2008.

HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HIRECHE, Gamil Foppel El. *Teoria Geral do Concurso de Crimes*. Ciências Penais. vol. 5. p. 305. Jul. 2006 DTR. 2006\400. p. 311-312.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993.

JESCHECK, Hans-Heirich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Granada: Editorial Comares, 2002.

JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El derecho penal ante las sociedades modernas: dos estudios de dogmática penal e política criminal*. Lima: Grijley, 2006.

JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: Ara, 2010.

KLUG, Ulrich. *Sobre el Concepto de Concurso de leyes*. Problemas de la filosofía y la Pragmática del Derecho. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5.ed. Trad. J. Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

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

MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.

MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. In BOTTINO Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, pp.37-58, 2012.

_____. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. Disponível em: http://www.malanleaoadv.com.br/artigos/bem_juridico.pdf. Acessado em 12-12-2013.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Penal Econômico e Crimes de Mero Capricho. *In* *Direito penal Econômico: Análise Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1967.

MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAZLOUN, Ali. *Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9. ed. Barcelona: 2011.

_____. *Derecho Penal. Parte General*. 7. ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2005.

MOSTERA, Roberto Quiroga. *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*. 2. ed. São Paulo: Dialética.

MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.

ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de Agentes nos Delitos Especiais*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

PALMA HERRERA, José Manuel. *Los actos copenados*. Madrid: Dykinson, 2004.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/86, de 16.6.86*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1: parte geral. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 1: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIOS, Rodrigo Sanches. *Reflexões sobre o Delito Econômico e sua delimitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 2000. vol. 775.

RIOS, Rodrigo Sanchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. *In Direito Penal Econômico: questões atuais/Coordenação Alberto Silva Franco; Rafael Lira*. São Paulo: RT, 2011.

ROSA, Fábio Bittencourt da. *Lei nº 7492/86 e o Concurso Aparente de Lei*. Em Revista da Ajufe, Associação dos Juízes Federais do Brasil, Ano 23, 1º sem. 2005.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, s/d.

RUIVO, Marcelo Almeilda. *Criminalidade Financeira: Contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2011.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005.

SANCHES, Jesus Maria. *La expansion del derecho penal*. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

SANZ MORAN, Angel José. Las Reglas Relativas a la Unidad y Pluralidad de delitos em el Código Penal de 1995. *El nuevo Codigo Penal: presupuestos y fundamentos. Livro homenagem ao professor doctor Don Agel Torio Lopez*. Granada: Comares, 1999.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Delimitação do Direito Penal Econômico a Partir do Objeto do Ilícito. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Concurso aparente de normas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p.67-100, jan./mar. 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico penal alemã*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidade Externado da Colômbia, 1998.

SILVA, Antonio Carlos Rodrigues da. *Crimes do Colarinho Branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. *Direito Penal Supra-Individual: Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOARES, Rafael Junior; BITTAR, Walter Barbosa. Do conflito aparente de normas entre os artigos 4º e 16 da Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 217, p.17-18, dez. 2010.

STRECK, Maria Luisa Shafer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

WELSEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*: parte general. 12. ed. Traducción del alemán por los professors Jua Bustos Ramíres y Sergio Yáñes Perez. 3. ed. Castellana. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

_____. *Derecho Penal Aleman*. 11. ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WUNDERLICH, Alexandre; LOUREIRO, Antonio Tovo. Considerações sobre a Repercussão Jurídico-Penal da Internação de Divisas no País. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores) *Direito Penal Econômico*: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta.