RODRIGO DE GRANDIS

O DELITO DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Doutor Vicente Greco Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2018

RODRIGO DE GRANDIS

O DELITO DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Titular Doutor Vicente Greco Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2018

Banca Examinadora:

_____

Prof. Orientador: Vicente Greco Filho

_____

Prof. Examinador:

_____

Prof. Examinador:

_____

Prof. Examinador:

_____

Prof. Examinador:

_____

Prof. Examinador:

Para Ricardo Masini de Grandis e Theodoro Mansur de Grandis.

AGRADECIMENTOS

O trabalho acadêmico pode ser comparado a uma prova de maratona. Da ideia inicial ao primeiro passo da corrida existe um longo período de preparação, dedicação e estudo que o candidato percorre para que ele tenha a aptidão de cruzar a linha de chegada. E nessa jornada nunca se está sozinho. Daí os meus sinceros agradecimentos às pessoas que contribuíram para que este trabalho chegasse, a bom termo, na reta final. Ao Professor Vicente Greco Filho, pela orientação sempre segura e por compartilhar seus enciclopédicos conhecimentos. Ao Professor Renato de Mello Jorge Silveira, por me abrir as portas do "depósito das águas" da Universidade Pompeu Fabra**,** de Barcelona, e por me apresentar a Professora Nuria Pastor Muñoz, a quem também agradeço pelas pacientes observações dedicadas à minha pesquisa. Ainda da Pompeu Fabra, a minha gratidão à Ana Carolina Oliveira, pela sempre frutífera troca de ideias e pelo apoio logístico em Barcelona. Da Alemanha, Luís Greco e Alaor Leite me incentivaram a estudar a *Untreue* e forneceram preciosas sugestões bibliográficas. Rafael Mafei Rabelo Queiroz foi fundamental nas orientações metodológicas. Minha gratidão à amiga Heloisa Estellita pelo estímulo constante, e aos parceiros de pós-graduação João Daniel Rassi, Marcelo Costenaro Cavali e Matheus Falivene pelas sempre profícuas conversas e sincera amizade. À Lucia Lopes Mansur, minha sogra, por cuidar do neto Theo enquanto eu escrevia. Por fim, meu carinhoso agradecimento à minha esposa**,** Carolina Mansur da Cunha de Grandis, diante do apoio incondicional e por acompanhar, lado a lado, todo o processo de elaboração desta tese. Literalmente.

“Que me pesa que ninguém leia o que escrevo? Escrevo-me para me distrair de viver, e publico-me porque o jogo tem essa regra. Se amanhã se perdessem todos os meus escritos, teria pena, mas, creio bem, não uma pena violenta e louca como seria de supor, pois que em tudo isso ia toda a minha vida” (Fernando Pessoa, na voz de Bernardo Soares. *Livro do desassossego*).

RESUMO

A presente tese de doutoramento investiga a necessidade de criação do crime de infidelidade patrimonial (*Untreue*), e as subsequentes repercussões derivadas dessa proposta no Direito Penal brasileiro. Em síntese, a infidelidade patrimonial incrimina o comportamento do indivíduo que, tendo um dever de proteção do patrimônio alheio, causa-lhe dolosamente um dano mediante a quebra desse dever. Sob o ponto de vista político-criminal são estudadas as lacunas de punibilidade e a insuficiente proteção penal de interesses patrimoniais pelos crimes atualmente previstos no ordenamento brasileiro. Sob os parâmetros da dogmática penal, analisam-se os requisitos necessários à adequada configuração do delito de infidelidade patrimonial. O estudo se inicia com a verificação dos modelos de incriminação da infidelidade patrimonial mediante exame de Direito Comparado, passando-se, em seguida, à análise do conteúdo do injusto sobre o qual se baseia a *Untreue*. Ato contínuo, são realizadas considerações dogmáticas sobre a estrutura fundamental da infidelidade patrimonial, com ênfase no bem jurídico tutelado (patrimônio) e nas várias concepções teóricas que procuram estabelecer um conceito de patrimônio para o Direito Penal. Ultimada a pesquisa sobre os principais requisitos do delito de infidelidade, o estudo aborda algumas manifestações implícitas da *Untreue* no ordenamento jurídico nacional, e como a apreensão parcial do injusto da infidelidade patrimonial tem proporcionado fricções com o princípio da legalidade e com a proibição da analogia *in malam partem*. Por fim, diante da constatação de uma insuficiente tutela penal e da existência de diversas lacunas de punibilidade, propõe-se a tipificação do crime de infidelidade patrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, e, em consequência, a necessidade de uma ampla descriminalização e decorrente readequação do sistema penal de proteção ao patrimônio que se encontra legitimamente sob o poder de outrem.

Palavras-chave: Crime; Injusto penal; Infidelidade; Confiança; Patrimônio; Administração de patrimônio alheio; Lacunas de punibilidade; Princípio da legalidade; Direito Penal Econômico.

ABSTRACT

The current doctoral thesis investigates the need for the establishment of the crime regarding asset management unfaithfulness (*Untreue*), and its subsequent effects derived from such proposal in Brazilian Criminal Law. In summary, asset management unfaithfulness incriminates the behavior of the person who, having a duty to protect the asset of another person, intently causes damage or loss by breaching such duty. Within the political-criminal point of view, the paper assesses the loopholes of punishment and the insufficient criminal protection over patrimonial interests, absent in the array of crimes currently predicted under Brazilian Law. Touching the meaning of dogmatic Criminal Law, the necessary requirements are analyzed to its proper configuration concerning the crime of asset management unfaithfulness. The study begins with the ascertainment of incriminatory standards of asset unfaithfulness by means of an exam upon Comparative Law, then, moving on to the content analysis regarding the unfair reason over which is the basis of *Untreue*. Throughout the thesis, dogmatic considerations are proposed on the fundamental structure of asset management unfaithfulness, emphasizing the protected legal good (asset) and the several theories and concepts that attempt to establish a concept of asset to Criminal Law. Having concluded the research over the main requirements of such crime of unfaithfulness, the study addresses some implicit manifestations of *Untreue* in national Law and how a partial seizure of the unfair amount in the asset management unfaithfulness crime has provided conflict with the legality principle and with the prohibition of the analogy *in malam partem*. Finally, having proved an insufficient criminal guardianship rule and the existence of several loopholes of punishment, it proposes the classification of the crime of asset management unfaithfulness in Brazilian Legal System, and, consequently, the need for a widened decriminalization and consequent readjustment of criminal system for the asset protection that is lawfully under the power of another person.

Keywords: Crime; Criminal unfair reason; Unfaithfulness; Reliance; Asset; management of another person's asset; Loopholes of punishment; Legality principle; Economic Criminal Law.

SOMMARIO

Questa tesi di dottorato si propone di indagare se sia necessario creare il reato di infedeltà patrimoniale (*Untreue*) e di studiare le successive ripercussioni derivanti da questa proposta nel diritto penale brasiliano. In sintesi, il reato di infedeltà patrimoniale incrimina il comportamento di un individuo che, pur avendo un dovere di protezione del patrimonio altrui, causa dolosamente un danno a tale patrimonio in violazione del suo dovere. Dal punto di vista politico-criminale, sono studiate le lacune per quanto riguarda la punibilità e l'insufficiente protezione penale degli interessi patrimoniali per i reati attualmente previsti nel sistema giuridico brasiliano. Per quanto riguarda la dogmatica penale, sono analizzati i requisiti necessari per la corretta configurazione del reato di infedeltà patrimoniale. Lo studio inizia con l'analisi dei modelli di incriminazione della fattispecie di infedeltà patrimoniale attraverso uno studio di diritto comparato e, in seguito, si concentra sull'analisi del contenuto dell'ingiusto su cui si fonda l'*Untreue*. Subito dopo, sono realizzate delle considerazioni dogmatiche sulla struttura fondamentale della infedeltà patrimoniale, con particolare attenzione al bene giuridico protetto (patrimonio) e alle varie teorie che cercano di stabilire un concetto di patrimonio valido nel diritto penale. Finalizzato alla investigazione dei principali requisiti del reato di infedeltà, lo studio affronta alcune manifestazioni implicite di *Untreue* nell'ordinamento giuridico nazionale e valuta come l'apprensione parziale dell'ingiusto del reato di infedeltà patrimoniale sia in contrasto con il principio di legalità e di analogia *in malam partem*. Infine, a fronte della constatazione di un'insufficiente protezione penale e dell'esistenza di diverse lacune di punibilità, si propone la tipizzazione del reato di infedeltà patrimoniale nell'ordinamento giuridico brasiliano, e, di conseguenza, la necessità di un'ampia depenalizzazione e conseguente riordinamento del sistema penale di protezione del patrimonio posto legittimamente sotto il potere altrui.

Parole chiave: Reato; Ingiusto penale; Infedeltà; Fiducia; Patrimonio; Gestione del patrimonio altrui; Lacune di punibilità; Principio di legalità; Diritto Penale Economico.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS 9

RESUMO 13

ABSTRACT 15

SOMMARIO 17

INTRODUÇÃO 23

A escolha do tema: por que infidelidade patrimonial? 23

Observações terminológicas necessárias 27

1. MODELOS DE INCRIMINAÇÃO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL 29

1.1. Notas introdutórias 29

1.2. Infidelidade patrimonial como tipo penal genérico 30

1.3. Infidelidade patrimonial como delito societário 37

1.4. Infidelidade patrimonial como “tipo conjugado” 44

1.5. Balanço 52

2. O INJUSTO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL 55

2.1. O injusto do crime de infidelidade patrimonial 55

2.1.1. Considerações de política criminal 55

2.1.2. Direito Penal e crise financeira 59

2.2. Síntese conclusiva 67

3. CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS SOBRE O DELITO DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL 70

3.1. O bem jurídico do delito de infidelidade patrimonial 70

3.1.1. O conceito de patrimônio no delito de infidelidade patrimonial 72

3.1.1.1. A concepção jurídica de patrimônio 73

3.1.1.2. A concepção econômica do patrimônio 76

3.1.1.3. A concepção mista jurídico-econômica do patrimônio e seus critérios corretivos.....79
3.1.1.4. A concepção pessoal e a concepção funcional do patrimônio.....83
3.1.1.4.1. Concepção pessoal de patrimônio: aplicação às pessoas jurídicas? 87
3.1.1.5. A concepção dinâmica do patrimônio: breves considerações.....89
3.1.2. A alteridade do patrimônio no crime de infidelidade patrimonial.....91
3.1.3. Conceito de patrimônio no Direito Penal brasileiro.....94
3.1.4. Conclusão: qual o conceito de patrimônio do crime de infidelidade patrimonial? 98
3.2. Sujeito ativo e sujeito passivo do crime de infidelidade patrimonial 112
3.2.1. Sujeito ativo 112
3.2.2. Sujeito passivo 116
3.3. Fontes do dever de garante no crime de infidelidade patrimonial 119
3.4. Conteúdo do dever de garante no crime de infidelidade patrimonial 123
3.5. Questões de autoria e de participação no crime de infidelidade patrimonial.....128
3.5.1. Introdução: delitos de domínio e delitos de infração de dever 128
3.5.2. Infidelidade patrimonial como infração de dever ou delito de domínio? 134
3.6. A ação típica do crime de infidelidade patrimonial 140
3.6.1. Comportamentos comissivos e omissivos (impróprios) na infidelidade patrimonial 142
3.7. O risco permitido no delito de infidelidade patrimonial 153
3.7.1. Realização de negócios de risco ou especulativos 163
3.8. O elemento subjetivo do crime de infidelidade patrimonial 168
3.9. A relevância do dano patrimonial no crime de infidelidade patrimonial.....174
3.9.1. A consumação do crime de infidelidade patrimonial.....178
3.9.2. A tentativa do crime de infidelidade patrimonial.....183
4. MANIFESTAÇÕES “IMPLÍCITAS” DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO 187

4.1. Considerações prévias 187
4.2. Infidelidade patrimonial e os crimes contra o patrimônio no Direito Penal brasileiro 188
4.2.1. Infidelidade patrimonial e apropriação indébita 188
4.2.2. Infidelidade patrimonial e estelionato 193
4.2.3. Infidelidade patrimonial e o delito de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações 195
4.3. Infidelidade patrimonial e peculato 199
4.4. Infidelidade patrimonial e o delito de emprego irregular de verbas ou rendas públicas 203
4.5. Infidelidade patrimonial e os crimes contra o sistema financeiro nacional 204
4.5.1. Notas introdutórias sobre a Lei n. 7.492/1986 204
4.5.2. Infidelidade patrimonial e a gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira 206
4.5.3. Infidelidade patrimonial e o delito de "apropriação indébita financeira" 215
4.5.4. Infidelidade patrimonial e o delito de "caixa dois" 224
4.5.5. Infidelidade patrimonial e o delito de empréstimo vedado 228
4.6. Conclusão: a necessidade de criação da infidelidade patrimonial brasileira 233
5. PROPOSTA PARA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 236
5.1. Considerações gerais acerca da elaboração de tipos penais 236
5.2. Requisitos dogmáticos do delito de infidelidade patrimonial brasileiro 241
5.2.1. Elementos objetivos do delito de infidelidade patrimonial brasileiro 244
5.2.1.1. A ação típica do delito de infidelidade patrimonial brasileiro 247
5.2.1.2. O resultado do delito de infidelidade patrimonial brasileiro 248
5.2.2. Elemento subjetivo do delito de infidelidade patrimonial brasileiro 250
5.2.3. As penas do delito de infidelidade patrimonial brasileiro 252
5.3. A ação penal do delito de infidelidade patrimonial brasileiro 257

5.4. A competência para o processo do delito de infidelidade patrimonial brasileiro ...260
5.5. Proposta de revogação e derrogação de tipos penais brasileiros 261
5.5.1. Da preservação (e reinterpretação) do crime de apropriação indébita.....262
5.5.2. Da derrogação do crime do art. 177 do Código Penal 263
5.5.3. Da revogação do crime de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira 265
5.5.4. Da derrogação do crime de "apropriação indébita financeira" 267
5.5.5. Da revogação do crime de "caixa dois" 268
CONCLUSÃO 271

REFERÊNCIAS.....275

INTRODUÇÃO

A escolha do tema: por que infidelidade patrimonial?

A presente tese de doutorado tem como objeto o delito de *infidelidade patrimonial*, e, em síntese, pretende analisar a necessidade de sua criação no Direito Penal brasileiro. Em linhas gerais, o delito tipifica a conduta do sujeito que, ostentando um dever de proteção do patrimônio alheio, causa-lhe um dano mediante a quebra desse dever.

O delito de infidelidade patrimonial tem previsão em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, como na Alemanha (*Untreue*[1]), Itália (*infedeltá patrimoniale*[2]), Espanha (*administración desleal*[3]) e Portugal (*infidelidade*[4]), voltando-se à proteção penal do patrimônio. Na Alemanha, por exemplo, o tipo penal de infidelidade patrimonial tem sido utilizado para viabilizar a imputação penal de condutas atreladas a doações a partidos políticos, à concessão de vantagens indevidas a particulares, ao pagamento de bônus excessivos aos administradores da pessoa jurídica, à criação de "caixa dois" na companhia e aos "negócios especulativos de alto risco", fundamentando, inclusive, a penalização dos responsáveis pela crise financeira de 2008, que acarretou a quebra do banco norte-americano

---

[1] § 266 do Código Penal (StGB) (tradução livre): Aquele que abusa da faculdade de dispor sobre o patrimônio alheio ou de obrigar a outro que lhe tenha sido outorgado por lei, mandato de autoridade ou negócio jurídico, ou lesione o dever de salvaguardar interesses patrimoniais alheios que lhe incumbem em razão de lei, mandado de autoridade, negócio jurídico ou relação de fidelidade e, desse modo, cause um prejuízo àquele cujos interesses patrimoniais tinha que proteger, será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com pena de multa.

[2] Artigo 2634 do Código Civil (tradução livre): Os administradores, os diretores-gerais e os liquidantes que, tendo um interesse em conflito com o da sociedade visando para si ou para outrem um injusto lucro ou outro benefício, realizar ou concorrer à deliberação de atos de disposição de bens sociais, causando intencionalmente à sociedade um prejuízo patrimonial, serão punidos com reclusão de seis meses a três anos. A mesma é aplicável se o fato é cometido em relação a bens detidos ou geridos pela sociedade em nome de terceiros, causando a estes um dano patrimonial.

[3] Artigo 252 do Código Penal (tradução livre): Serão puníveis com as penas do artigo 249 ou, em seu caso, do artigo 250, aqueles que tendo poderes para administrar um patrimônio alheio, emanados de lei, atribuídos pela autoridade ou assumidos mediante um negócio jurídico, os infrinjam excedendo-se no exercício delas, e desse modo causem um prejuízo ao patrimônio administrado. Se a quantia do prejuízo patrimonial não exceder 400 euros, se imporá uma pena de multa de um a três meses.

[4] Artigo 224º do Código Penal: 1 – Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 – A tentativa é punível. 3 – O procedimento criminal depende de queixa. 4 – É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º e na alínea a) do artigo 207º.

Lehman Brothers e a operação de resgate da seguradora *American International Group* pelo *Federal Reserve* dos Estados Unidos da América.

A relevância acadêmica do tema é proclamada à unanimidade pela doutrina estrangeira: Bernd Schünemann vislumbra na *Untreue* o delito econômico por excelência do nosso tempo[5]. Para Luís Greco, trata-se do "dispositivo central do direito penal econômico alemão"[6], enquanto Silva Sánchez, ainda mais enfático, reputa-o como o "paradigma do delito do presente e do futuro"[7]. Até pela perspectiva da *corporate governance*, registram Foffani e Nieto Martín, existe a tendência a atribuir ao crime de infidelidade patrimonial um "papel promocional", ou seja, um instrumento jurídico chamado a favorecer a implementação de uma nova e mais rigorosa ética nos negócios, especificamente na esfera da administração das empresas[8]. Aliás, registre-se que foi justamente sob o âmbito de incidência do delito de infidelidade patrimonial que diversos casos relacionados à má ou abusiva gestão de sociedades empresárias na Alemanha foram penalmente dirimidos, como os rumorosos casos *Mannesmann-Vodafone* e *Siemens.*

Não obstante, no ordenamento jurídico brasileiro não se vislumbra semelhante tutela[9], constatando-se, ao revés, a inexistência de figuras delitivas com a aptidão para apreender a integralidade do injusto penal da administração desleal e proteger adequadamente o patrimônio alheio, aqui considerado em sentido global, isto é, para além da coisa alheia móvel e corpórea que constitui, por exemplo, o objeto material do crime de apropriação indébita (art. 168 do Código Penal brasileiro), ou, no máximo, infrações penais que apenas *tangenciam* a ideia de infidelidade patrimonial consolidada no Direito comparado, como sucede com o delito delineado no art. 177, § 1º, do Código Penal (Fraudes

---

[5] SCHÜNEMANN, Bernd. La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Ed.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Perú: Ara Editores, 2010. p. 15.

[6] SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira": falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 7.

[7] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: B de F, 2013. p. 11.

[8] FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán. Corporate governance y administración desleal: casos y problemas de derecho comparado europeo. *Revista Penal*, n. 17, 2006, España: Tirant lo Blanch. p. 113.

[9] Note-se, em ordem a demonstrar a inexistência da tipificação penal da infidelidade patrimonial no Brasil, que o Supremo Tribunal Federal tem rejeitado pedidos de extradição com capitulação jurídica na *Untreue*, valendo-se, como fundamento, da inexistência de dupla tipicidade: Extradição n. 377, Rel. Min. Moreira Alves; Extradição n. 682-7, Rel. Min. Francisco Rezek; Extradição n. 789-1, Rel. Min. Maurício Corrêa. Contra: Extradição n. 1.078-6, Rel. Min. Gilmar Mendes.

e abusos na fundação ou administração de sociedades por ações), incidente exclusivamente sobre as condutas praticadas no âmbito das sociedades por ações, e o crime do art. 4º da Lei n. 7.492/1986 (gestão fraudulenta e temerária), porquanto aplicável somente aos comportamentos fraudulentos e/ou temerários levados a efeito pelos controladores e administradores no contexto das instituições financeiras.

Ainda na Parte Especial do Código Penal configuram exemplos palpáveis dessa *captação incompleta* os delitos de peculato-desvio (art. 312) e de emprego irregular de verbas públicas (art. 315). Na legislação especial também é possível constatar outras manifestações fragmentárias de infidelidade, as quais atingem, em certa medida, o patrimônio, como sucede com o desvio de bens e valores (art. 5º da Lei n. 7.492/1986) e com o denominado delito de empréstimos vedados (art. 17 da Lei n. 7.492/1986).

A lacuna de punibilidade torna-se ainda mais evidente quando se tem presente a perpetração de agressões ao patrimônio alheio no ambiente do Direito Societário que não se inserem no raio de proteção dos tipos penais supramencionados, notadamente as sociedades limitadas, ou quando a administração infiel do patrimônio de terceiro ocorre por intermédio de uma pessoa física sem que ela se constitua verdadeiramente em apropriação para si ou outrem pela ausência do *ânimo de dono*.

As implicações práticas são, pois, inegáveis. É conhecida a relevância, na atualidade, das sociedades empresárias no desenvolvimento da economia, marcada pelo desmembramento entre a titularidade das ações e a administração da sociedade. Na mesma medida, contudo, tem-se notado uma imensa gama de manobras no ambiente corporativo que atingem diretamente o patrimônio de acionistas e outras pessoas físicas ou jurídicas lesadas com a abusiva ou infiel gestão dos administradores, a ponto de essas manobras despertarem a atenção do Direito Penal, sobretudo do Direito Penal Econômico.

Sob esse contexto, a análise da jurisprudência brasileira e a leitura de algumas acusações criminais vazadas principalmente no âmbito do Direito Penal Econômico revelam que diversas condutas infiéis têm sido penalmente punidas de modo indevido pelo Poder Judiciário, em especial por intermédio de algumas *manifestações setoriais* de infidelidade na legislação penal brasileira, o que tem ensejado algumas distorções dogmáticas em razão do manejo de figuras penais que, ao menos sob o ponto de vista da tipicidade estrita, não se amoldam perfeitamente à conduta concretamente praticada, gerando, com isso, uma clara violação do princípio da legalidade.

Tudo isso, porém, foi paradoxalmente insuficiente para chamar a atenção do ambiente acadêmico brasileiro. De fato, à exceção da obra de Paulo José da Costa Jr., que, em conjunto com Cesare Pedrazzi, já apontava, em 1973, a aparente lacuna das legislações de tipo latino, como o nosso, que não conheciam a figura genérica da infidelidade patrimonial[10], e, mais recentemente, dos estudos de Nilo Batista[11] e de Miguel Reale Jr.[12], a doutrina nacional parece simplesmente ter ignorado a *Untreue*.

Nem mesmo a Comissão de Juristas encarregada da elaboração de Anteprojeto de Código Penal, criada pelo Requerimento n. 756/2011, do Senador da República Pedro Taques, apercebeu-se do tema, a despeito da citada ampla e notória discussão europeia, e do fato de o Brasil figurar como signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), internalizada por intermédio do Decreto n. 5.687/2006, cujo art. 22, ao tratar da *Malversação ou peculato de bens no setor privado*, conclama cada Estado a considerar "a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, a malversação ou peculato, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de quaisquer bens, fundos ou títulos privados ou de qualquer outra coisa de valor que se tenha confiado a essa pessoa por razão de seu cargo".

Essa inércia não foi alterada em razão de alguns acontecimentos recentes envolvendo as pessoas jurídicas *Alstom*, *Siemens* e *Petrobras*, os quais evidenciam a necessidade de pesquisar o crime de infidelidade patrimonial em função da citada lacuna de punibilidade e da percepção de que ele representa um injusto penal que não tem sido suficientemente apreendido pelas infrações penais vigentes no ordenamento brasileiro.

A presente tese tem, portanto, dois eixos principais. Sob a perspectiva do ordenamento jurídico posto, ou seja, *de lege data*, a tese caminhará no sentido de que o injusto típico da infidelidade patrimonial representa uma importante ferramenta na *releitura* de tipos penais que, de algum modo, apresentam alguns traços ou vestígios de infidelidade.

---

[10] PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Tratado de direito penal econômico:* direito penal das sociedades anônimas. São Paulo: RT, 1973. v. I. p. 180.

[11] BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2000. p. 320-321.

[12] REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Dever de lealdade do administrador na empresa e direito penal. In: *Experiências do direito*. Campinas: Millenium Editora, 2004. p. 233 e ss.

De lege ferenda, analisar-se-á a necessidade de criação do crime de infidelidade patrimonial no Brasil, contemplando-se, em consequência, as justificativas de política criminal que sustentariam a implementação da versão brasileira de *Untreue*, bem como o estudo dogmático de todos os requisitos típicos do crime (bem jurídico, sujeito ativo, sujeito passivo, comportamento típico, elemento subjetivo e resultado), e a natureza da ação penal mais adequada, isto é, se a persecução penal mais eficiente para o crime de infidelidade patrimonial dar-se-á por intermédio de ação penal pública (incondicionada ou condicionada) ou de ação penal de iniciativa privada (queixa-crime).

Destaque-se, contudo, que a proposta de criação de uma infidelidade patrimonial brasileira não se limitará apenas ao reconhecimento de uma lacuna de punibilidade no ordenamento pátrio, mas à indicação de que a ausência de uma figura penal que apreenda com exatidão o conteúdo do injusto da administração desleal tem suscitado fricções concretas com o princípio constitucional da legalidade e com a proibição da analogia *in malam partem*. Por conseguinte, a proposta contida na tese não se circunscreverá à simples e inconsequente criação de mais um tipo penal, contemplando, igualmente, a possibilidade de uma ampla descriminalização e a decorrente readequação do sistema penal de proteção ao patrimônio, com ênfase nas condutas perpetradas no âmbito do Direito Penal Econômico. Evita-se, assim, o fenômeno da "proliferação hipertrófica de tipos" de que recentemente têm padecido os crimes contra o patrimônio[13].

Observações terminológicas necessárias

Enquanto manifestação jurídico-penal internacional, o delito que consubstancia o objeto deste estudo ostenta várias denominações legais, as quais podem genericamente ser traduzidas, neste momento, como *infidelidade patrimonial*, *deslealdade patrimonial*, *administração desleal* e *administração infiel*. A diversidade de *nomen juris*, porém, não significa que estejamos diante de fenômenos substancialmente diferentes, e nem é suficiente para ocultar a essência do delito, porquanto atrelada indissociavelmente à necessidade de dano patrimonial efetivo mediante uma prévia violação do dever de proteção assumido faticamente sobre o patrimônio de terceiro.

---

[13] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada:* a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26-27.

Nesse sentido, o termo "infidelidade patrimonial", tradução normalmente empregada para o delito alemão de *Untreue*[14], parece ter o mérito de apreender, com uma dose maior de precisão, o injusto que fundamenta esta infração penal, sobretudo porque ele de antemão indica em seu frontispício o objeto de proteção penal (patrimônio)[15].

Não obstante, ainda que assumamos que "todas as palavras que usamos para falar do mundo que nos rodeia, e de nós mesmos, são, ao menos, potencialmente vagas"[16], em ordem a evitar indesejáveis confusões terminológicas, advertimos, desde já, que o presente estudo designará o objeto pesquisado *indistintamente* como infidelidade patrimonial, administração desleal, administração infiel e, finalmente, *Untreue*, sem adotar qualquer posição sobre a (in)conveniência da adoção de tal ou qual denominação.

[14] SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 14.

[15] Nesse sentido, por exemplo, LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, n. 1, Org. Luiz Antonio Câmara, Bibiana Fontella, Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 31.

[16] CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 34.

1. MODELOS DE INCRIMINAÇÃO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL

1.1. Notas introdutórias

O presente capítulo destina-se à análise do tratamento conferido ao delito de infidelidade patrimonial nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Não se trata, advirta-se desde logo, de um estudo de Direito Comparado[17], mas de um mero exame panorâmico sobre os principais modelos através dos quais o Direito Penal delineia a agressão interna, ou a partir de dentro, que traduz a essência do delito de administração desleal. Esse exame será útil na medida em que proporciona conhecer o contexto político-criminal vigente à época da tipificação levada a efeito em cada sistema jurídico, bem como as características dogmáticas empregadas para a construção dos tipos penais.

Em linhas gerais, evidenciam Alaor Leite e Adriano Teixeira[18] que os países disciplinam a infidelidade patrimonial sob três grandes modelos de incriminação: (i) por intermédio de um delito amplo, um "tipo genérico de infidelidade" de incidência "geral" sobre o patrimônio considerado globalmente, como sucede no Direito alemão com a *Untreue*, prevista no § 266 do Código Penal, e no artigo 173, 7, do Código Penal argentino; (ii) através de um crime mais específico e particularizado incidente exclusivamente no Direito societário, dos quais são exemplos os ordenamentos jurídicos italiano (artigo 2634 do Código Civil) e peruano (artigo 198 do Código Penal), além do Projeto do *Corpus Iuris* para a Comunidade Europeia (artigo 45); finalmente, (iii) por meio de um delito "conjugado", ou seja, que contempla elementos do tipo genérico de infidelidade com uma infidelidade praticada por funcionários públicos, como ocorre atualmente no Direito Penal

---

[17] Cabe aqui o prudente aviso de Tullio Ascarelli acerca do manejo do Direito Comparado: "Para que a obra do estudioso de direito comparado seja útil e não resulte apenas num amontoado de noções, são necessárias algumas advertências. Advertências muito simples, aliás, sem nenhuma pretensão de novidade, nem de originalidade. São, mais ou menos, as que sempre foram feitas pelos que se dedicam ao direito comparado. Bastaria, nesse sentido, relembrar o velho livro de Amari, que, em substância, faz a advertência em que se resume quanto vai dito nestas páginas: o que cumpre estudar é o *direito* comparado e não simplesmente a *legislação* comparada, a menos que se queira correr o risco de tirar conclusões que, pelo fato de não serem completas, poderiam ser, afinal, erradas". ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica, 1945. p. 8.

[18] LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial, cit., p. 32 e ss.

português (combinando o artigo 224º com o 235º do Código Penal) e no Direito Penal espanhol (combinando o artigo 252 com o 432 do Código Penal).

Após essa breve introdução, passa-se ao estudo individualizado dos três modelos de criminalização, em cujos contextos serão verificadas as condições político-criminais que permearam a instituição da infidelidade patrimonial e as principais características dogmáticas atribuídas aos tipos penais por cada modelo de incriminação.

1.2. Infidelidade patrimonial como tipo penal genérico

A maior e mais conhecida referência do crime de infidelidade patrimonial como tipo penal genérico encontra-se, sem dúvida, no Direito Penal alemão[19]. Prevista no § 266 do StGB, a *Untreue* passou a ser tipificada no Código Penal de 1871, mas foi apenas com a Reforma legislativa de maio de 1933 que a conduta recebeu sua redação atual[20].

O delito tem raízes na concepção jusfilosófica do Direito Natural, segundo a qual se deve cominar pena para todo aquele que ofende um direito subjetivo de caráter patrimonial. Com o fim de colmatar algumas lacunas derivadas da insuficiência de aplicação de alguns delitos patrimoniais típicos, como o furto e a apropriação indébita, surgem os primeiros tipos de infidelidade patrimonial, cuja essência reside na produção de um dano ao patrimônio de outrem por uma pessoa encarregada de sua administração, mediante a ruptura de um dever de lealdade. Com efeito, desde os primórdios da *Untreue* a tutela penal recaía sobre o patrimônio, enquanto a quebra do dever de lealdade figurava como sua comissão característica, ou seja, o meio pelo qual o bem jurídico era agredido[21].

A *Untreue* tinha um caráter marcadamente subsidiário em face de outros delitos contra o patrimônio, e, em razão dessa subsidiariedade, ao longo do século XIX o crime foi reservado somente àquelas condutas consideradas mais graves, como as perpetradas por

---

[19] Também tipificam a infidelidade patrimonial como crime genérico o Código Penal suíço (art. 159) e o Código Penal austríaco (§ 153).

[20] § 266. Abuso de confianza (1) Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. (2) El § 243 inciso 2 y los §§ 247 y 248 a rigen en lo correspondiente

[21] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona: Editorial Praxis, 1996. p. 14-15.

tutores, curadores etc. A limitação do rol de sujeitos ativos foi, inclusive, um expediente manejado pelo legislador alemão para o § 266 do Código Penal de 1871.

A partir desse momento, a doutrina alemã passou a discutir o conteúdo do injusto do delito de infidelidade patrimonial, notadamente sobre qual seria a essência do dever de guarda patrimonial do patrimônio de terceiro. Sob esse contexto, a dogmática da *Untreue* oscilou entre a teoria do abuso (*Missbrauchtheorie*), defendida principalmente por Binding, que circunscrevia o delito à mera ultrapassagem jurídica dos poderes convencionados (estremando-a da apropriação indébita, portanto), e a teoria da ruptura da confiança (*Treubruchtheorie*), então predominante na jurisprudência, que considerava a relação interna mandante-mandatário sob o prisma da fidúcia para incluir no tipo penal omissões desvantajosas e mesmo negócios nulos de iniciativa do segundo[22].

A teoria do abuso sofreu críticas relacionadas às lacunas de punibilidade suscitadas em função de o delito incidir exclusivamente sobre as denominadas relações externas, isto é, aquelas estabelecidas entre o administrador do patrimônio e terceiros, deixando sem castigo as relações internas criadas entre o administrador e o titular do patrimônio administrado[23]. A teoria da ruptura ou da quebra de confiança, a seu turno, conquanto tenha apresentado a virtude de eliminar os espaços de impunidade deixados pela teoria do abuso, tampouco passou incólume, sendo severamente criticada pelo fato de flexibilizar o princípio da legalidade ao incluir no tipo penal de infidelidade patrimonial pessoas que não ostentam poderes de disposição de bens ou de contração de obrigações sobre o patrimônio alheio, ancorando o injusto nas relações de confiança[24].

O debate travado entre essas duas teorias e o aumento de condutas reputadas infiéis no ambiente econômico entre guerras impeliram o legislador alemão de 1933 a conferir ao § 266 do Código Penal alemão, de resto vigente até hoje, um certo perfil típico híbrido, haja vista a presença, em um mesmo tipo penal, de dois crimes que têm merecido análise apartada pela dogmática germânica: o chamado "tipo de abuso" (*Missbrauchstatbestand*), definido

---

[22] BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86, cit., p. 320-321.

[23] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 15-16.

[24] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 16.

na primeira parte do § 266, e o denominado "tipo de infidelidade" (*Treubruchstatbestand*), delineado na parte final do dispositivo legal[25].

Não obstante essa divisão no nível do tipo penal, prevalece na doutrina e na jurisprudência alemãs a concepção de que o tipo de abuso representa uma derivação do tipo de infidelidade[26], de modo que ambos possuem, como substrato comum, o dever de cuidado que incide sobre o patrimônio alheio. Em outras palavras: para ambas as modalidades delitivas de infidelidade patrimonial existe um único injusto. Essa conclusão foi alcançada em termos definitivos em 26 de julho de 1972, por ocasião da decisão do Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof – BGH*) no chamado "Caso dos Cartões de Crédito", em que, em suma, se discutia o abuso na utilização de cartões de crédito. Até então, predominava na jurisprudência o entendimento de que as duas modalidades de infidelidade contidas no § 266 do Código Penal alemão coexistiriam de modo autônomo, independente. Na decisão judicial, contudo, o *BGH* entendeu que a simples existência de uma relação contratual não era suficiente para dar azo à relação de guarda patrimonial exigida pelo tipo penal de abuso, assentando, na ocasião, que o tipo de abuso constituiria uma derivação, um "mero exemplo" do tipo de infidelidade, e que, portanto, ambas as figuras delituosas previstas no § 266 do StGB se assentavam sobre um único injusto penal[27].

A abrangência típica da *Untreue* é tamanha que, com o correr dos anos, muitos dos delitos societários que previam a incriminação de alguma forma de administração desleal do patrimônio alheio foram considerados derrogados ou mesmo supérfluos[28], vislumbrando-se o aparecimento do crime em âmbitos jamais imaginados originariamente, como na esfera cível, especialmente no campo contratual, sob o argumento de que toda ruptura ou quebra de uma relação de confiança acarreta, como consequência automática, a aplicação da segunda parte do tipo do § 266 do StGB[29]. Nesse contexto, entreviu-se a *Untreue* na concessão de empréstimos sem exigir contrapartidas adequadas, ou sem o consentimento

---

[25] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito societario de administración desleal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 17; NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 17.

[26] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal:* claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal. Barcelona: Atelier, 2016. p. 53; NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 20-21.

[27] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 53.

[28] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, cit., p. 16.

[29] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 17. O delito de *Untreue*, explica Nieto Martín, "respondia às exigências de um Direito penal patrimonial total, é dizer, um sistema onde era possível castigar qualquer infração aos direitos patrimoniais" (p. 17).

dos demais administradores, na devolução de recursos aos sócios em uma situação de crise, na percepção de vantagens e bônus excessivos, e na realização de gastos imotivados em relação a serviços da administração.

Em função dos termos genéricos de sua redação, sobretudo a da segunda parte do § 266 do StGB, o delito de infidelidade patrimonial tem sido duramente criticado pela doutrina alemã, a ponto de contestar-se sua constitucionalidade sob a perspectiva do consectário do mandato de certeza [30]. A doutrina, contudo, tem preconizado a imposição de balizas interpretativas na *Untreue* a partir da consideração do injusto, isto é, do pressuposto de que, nas duas formas previstas no § 266 do StGB, o dever jurídico do sujeito ativo do crime, evidenciado na custódia do patrimônio alheio, é único. Dessa forma, o que diferencia o tipo de abuso do tipo de infidelidade é o fato de que no tipo de abuso afigura-se necessário que o autor tenha poderes para obrigar ou dispor do patrimônio administrado, de modo que ele perpetra o abuso concretizando um negócio jurídico eficaz em relação a terceiros, enquanto no tipo de infidelidade basta que o sujeito ativo assuma faticamente um dever de custódia patrimonial, com independência da forma através da qual ele concretize a lesão ao patrimônio custodiado[31].

Em linhas gerais, pois, a *Untreue* consiste na causação de um prejuízo doloso para o patrimônio alheio mediante a violação do dever de cuidado incidente sobre o patrimônio[32]. A infidelidade alemã, anota Schünemann, reside na ocorrência de uma ação jurídico-mercantil que infringe a relação interna e conduz a um dano patrimonial[33].

A doutrina alemã tem discutido a abrangência do dever de custódia patrimonial (*Vermögensfürsorgepflicht*), extraindo-se desse debate duas concepções: (i) unitária limitada e (ii) unitária estrita. A concepção *unitária limitada* parte da ideia de que existe uma identidade estrutural comum entre as duas formas típicas contempladas no § 266 do Código Penal alemão, mas que no denominado tipo de infidelidade, e somente nele, deve-se compreender o dever de custódia do patrimônio do sujeito ativo em termos restritivos, ou

---

[30] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 150; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, cit., p. 18.

[31] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 54.

[32] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, cit., p. 17.

[33] SCHÜNEMANN, Bernd. La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Coord.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Barcelona: Atelier, 2008. p. 27.

seja, o autor deve gozar de autonomia na administração do patrimônio de terceiros. De outro lado, pela concepção *unitária estrita* exige-se para as duas formas de *Untreue* – a de abuso e a de infidelidade – a autonomia na administração do patrimônio de outrem para a configuração do imprescindível injusto relacionado ao dever de custódia patrimonial[34]. A concepção unitária estrita é majoritária, de sorte que a caracterização do dever de custódia patrimonial serve tanto para determinar o autor idôneo do delito de infidelidade patrimonial como para identificar a conduta típica. Assim, a lesão patrimonial que consubstancia o resultado delituoso deve ser produzida "de dentro para fora", isto é, pelo sujeito que detém o dever de velar pelo patrimônio de terceiro.

Além disso, a configuração do dever de proteção patrimonial reclama a presença de outros requisitos para a incidência do § 266 do Código Penal alemão, destacando-se (i) a necessidade de o dever de custódia do patrimônio se traduzir na obrigação principal da relação jurídica autor-vítima; (ii) o dever de custódia patrimonial deve ter surgido no contexto de uma relação de administração jurídico-negocial de um patrimônio alheio; (iii) o dever de custódia patrimonial deve vir acompanhado do poder de o administrador atuar com autonomia; e (iv) o dever de proteção patrimonial deve inserir-se em uma relação jurídico-negocial duradoura entre o autor e a vítima. Registre-se, contudo, que esses requisitos são exigidos apenas pelos adeptos da concepção *unitária estrita*; os defensores da concepção *unitária limitada*, de outro lado, vislumbram a imposição de tais prerrogativas somente para o *tipo de abuso*, pois, argumenta-se, nele não se impõe a existência de autonomia por parte do administrador do patrimônio[35].

O § 266 do Código Penal alemão é um delito exclusivamente patrimonial. A ausência de dano ou prejuízo ao patrimônio administrado descaracteriza a *Untreue*. A lesão patrimonial representa, portanto, um elemento autônomo na estrutura do tipo. A doutrina alemã tem recorrido ao conceito de prejuízo patrimonial do delito de estelionato (§ 263 StGB)[36] para definir o prejuízo patrimonial da infidelidade patrimonial. Isso, evidentemente,

---

[34] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 55.

[35] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 57.

[36] § 263. Estafa (1) Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídico, perjudique el patrimonio de otro por medio de simulación de falsos hechos, suscite o mantenga un error la desfiguración o la supresión de hechos verídicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. (2) La tentativa es punible. (3) En casos especialmente graves, el castigo será de pena privativa de la libertad de uno hasta diez años. Un caso especialmente grave se presenta cuando el autor 1. actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de falsificación de documentos o estafa, 2. ocasione una pérdida patrimonial de

sem olvidar o fato de que essas duas modalidades delitivas apresentam sensíveis diferenças no que tange ao injusto que as justifica e ao comportamento delitivo, notadamente porque o estelionato é cometido "de fora para dentro", enquanto a infidelidade patrimonial, repita-se, "de dentro para fora"[37] por quem tem uma posição destacada diante do bem jurídico tutelado. Esse tema será melhor explorado no item 3.1.1, quando do estudo do conceito de patrimônio no delito de infidelidade patrimonial.

Outro tipo genérico de infidelidade patrimonial que merece apreciação reside no artigo 173, 7, do Código Penal argentino, cuja origem remonta ao Decreto-ley n. 17.567. O delito foi prestigiado nas subsequentes reformas legislativas através das Leys n. 20.509 (1973), 21.338 (1976) e 23.077 (1984). O legislador argentino se inspirou em uma variedade de modelos estrangeiros para a criação do artigo 173, 7, com destaque para a versão suíça, grega e, obviamente, alemã[38], na tentativa de preencher algumas lacunas de proteção vislumbradas no Código Penal de 1921. Hodiernamente, a *Untreue* argentina encontra-se prevista no Título VI ("Delitos contra la propiedad") do Código Penal[39].

Conceitualmente, a infidelidade patrimonial argentina remete à versão alemã. Todavia, como destacam David Baigún e Salvador Darío Bergel, é possível detectar alguns elementos diferenciadores, como o fato de o tipo penal sul-americano prever as elementares "prejudicar" e "obrigar", enquanto a infidelidade germânica menciona os termos "lesar" e

---

grandes dimensiones o actúe con el propósito de conducir a un gran número de personas al peligro de la pérdida de activos mediante la comisión continuada de estafa, 3. conduzca a una persona a necesidad económica, 4. abuse de sus competencias, de su posición como titular de cargo, o 5. simule una contingencia de seguro después de haber puesto fuego él u otro con este fin a una cosa de significativo valor o haberla destruido total o parcialmente por incendio o haber hecho hundir o naufragar un buque. (4) El § 243 inciso 2, así como los §§. 247 y 248 a rigen en lo pertinente. (5) Con pena privativa de la libertad de un año hasta diez años, en casos menos graves con pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años, será castigado quien cometa profesionalmente la estafa como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de hechos punibles según los §§ 263 hasta 264 o 267 hasta 269. (6) El tribunal puede ordenar la sujeción a vigilancia de autoridad (§ 68 inciso 1). (7) Deben aplicarse los §§ 43 a y 73 d, cuando el autor actúe como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de hechos punibles según los §§ 263 hasta 264 o 267 hasta 269. El § 73 d debe aplicarse también cuando el autor actúe profesionalmente.

[37] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 70.

[38] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*: el art. 173, inc. 7, del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales. Buenos Aires: Depalma, 1991. p. 117 e ss.

[39] Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: (…) 7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos.

"abusar", sendo esta última mais fiel ao sentido do tipo penal[40]. A despeito dessa distinção terminológica, o delito do artigo 173, 7, do Código Penal argentino tem como pressuposto comum de ambas as condutas incriminadas (violação de deveres com geração de prejuízo aos interesses confiados e obrigação abusiva ao titular do patrimônio) a circunstância de existir uma *relação interna entre o sujeito ativo e o sujeito passivo*, vale dizer, o titular dos bens que se encontram sob custódia decorrente de lei, da ordem de uma autoridade ou mesmo de um ato jurídico[41].

O crime de infidelidade patrimonial argentino tem sido considerado delito autônomo em relação às demais figuras delituosas do artigo 173, 7, do Código Penal argentino[42], abarcando toda a sorte de condutas perpetradas na condução de pessoas jurídicas, quer no âmbito privado, quer no âmbito público ou mesmo semipúblico[43]. Trata-se, porém, como advertem David Baigún e Salvador Darío Bergel, de um único tipo penal, conquanto veiculado por intermédio de *duas ações* materialmente diversas[44].

O bem jurídico do crime de infidelidade argentino revela-se, como indica a localização topográfica do artigo 173, 7, na relação de custódia que existe entre a pessoa física ou jurídica e certos bens e direitos suscetíveis de valoração pecuniária[45]. Não obstante, o cometimento do delito na seara das sociedades comerciais acarretará a incorporação de outros interesses no campo de incidência típica, como o interesse social da pessoa jurídica, que relaciona o bem jurídico (propriedade) com o sujeito (sociedade)[46].

O crime é próprio (tipo especial), pois somente pode praticá-lo o agente que detém o "manejo, la administración o el cuidado" provenientes da lei, da ordem da autoridade pública ou de ato jurídico. A legislação argentina exige, assim, como observam Baigún e Bergel,

---

[40] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*, cit., p. 118.

[41] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*, cit., p. 118.

[42] ILHARRESCONDO, Jorge Marcelo. *Delitos societarios*. Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 271.

[43] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*, cit., p. 117.

[44] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*, cit., p. 119.

[45] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*, cit., p. 120.

[46] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*, cit.,. p. 121.

uma "relação vinculante de caráter jurídico" que acaba por incorporar, tal como na fórmula germânica da *Untreue*, uma relação de fidelidade[47].

Por fim, o delito do artigo 173, 7, do Código Penal argentino não prescinde do resultado para a sua consumação, no ponto evidenciado pela efetiva lesão ao patrimônio administrado pelo sujeito, sendo irrelevante, ainda, que o comportamento abusivo ou infiel seja motivado pelo alcance de um benefício ou obtenção de um lucro[48].

1.3. Infidelidade patrimonial como delito societário

Um segundo modelo de incriminação da infidelidade patrimonial radica na tipificação de comportamentos abusivos ou infiéis praticados exclusivamente no contexto das sociedades, dos quais são exemplos o delito de *infedeltá patrimoniale* do Direito italiano e o crime de *fraude en la administración de personas jurídicas* do ordenamento jurídico peruano, além do Projeto do *Corpus Iuris* da Comunidade Europeia.

A versão italiana da *Untreue* encontra-se tipificada no artigo 2634 do Código Civil, Título XI ("Disposições penais em matéria de sociedade e consórcios"), introduzida no ano de 2002[49]. A criação da infidelidade patrimonial italiana prestou-se à colmatação das lacunas "macroscópicas e evidentes" do contexto normativo anterior disponível para a tutela do patrimônio social[50], sobretudo em função da modernização da economia e do relevante papel que passou a ser desempenhado pelas pessoas jurídicas[51].

---

[47] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*, cit., p. 123. No mesmo sentido: ILHARRESCONDO, Jorge Marcelo. *Delitos societarios*, cit., p. 278.

[48] ILHARRESCONDO, Jorge Marcelo. *Delitos societarios*, cit., p. 330 e ss.

[49] Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale. In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo. Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa.

[50] BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 5.

[51] LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale:* profili sistematici e di politica criminale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. p. 105 e ss.

Antes da Reforma que conferiu nova redação ao artigo 2634 do Código Civil, a Itália ensaiou a criação da *Untreue* em duas oportunidades anteriores que não alcançaram êxito. Em 10 de junho de 1980, com a denominada proposta *Minervini-Spaventa*, procurando atender a uma "ripetuta istanza della dottrina penalistica", propôs-se a inserção do delito de infidelidade patrimonial sob o argumento de que ele já possuía previsão em outros ordenamentos jurídicos, bem como que ele poderia ensejar a simplificação da regulamentação sobre a matéria, mediante a eliminação de delitos meramente formais. Posteriormente, em 1992, por ocasião da Reforma do Código Penal, pensou-se, novamente, na introdução do crime de infidelidade patrimonial[52]. Essa proposta foi, contudo, rechaçada por ser considerada demasiadamente genérica e, em consequência, ferir o princípio da taxatividade da norma penal incriminadora[53].

Confrontando os modelos de tipificação alemão – delito comum contra o patrimônio – e o modelo de tipificação francês – delito societário –, o legislador italiano parece ter preferido o segundo na reforma de 2002, embora tenha atribuído ao crime do artigo 2634 algumas notas que lhe conferem perfil único no ordenamento jurídico europeu[54]. Daí a necessidade de, antes da modificação de 2002, e tal como sucedera na Espanha, consoante se verá no próximo tópico, a jurisprudência italiana lançar mão do crime de apropriação indébita[55] para fazer frente às condutas infiéis perpetradas no contexto societário, forçando, em certa medida, os limites típicos dessa conduta punível[56].

Seja como for, a doutrina considerara, quase à unanimidade, que o artigo 2634 do Código Civil consubstanciara uma das novidades mais interessantes e significativas da Reforma de 2002[57]. Com efeito, sob o prisma político-criminal, tem-se defendido a inserção

---

[52] A proposta tinha a seguinte redação: "fatto di chi, com abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa, al fine di procurarre a sé o ad altri un ingiusto profitto, cagioni all'impresa un danno patrimoniale".

[53] MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007. p. 206.

[54] LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 112.

[55] Art. 646 do Código Penal italiano: "Appropriazione indebita. Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a euro 1.032. Se il fatto è commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario, la pena è aumentata. Si procede d'ufficio, se ricorre la circostanza indicata nel capoverso precedente o taluna delle circostanze indicate nel n. 11 dell'articolo 61".

[56] MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari*, cit., p. 201.

[57] MARINI, Consuelo. *Reati in materia economica*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 140; BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 3.

da *infedeltá patrimoniale* no ordenamento italiano em razão da inexistência de norma penal com semelhante aptidão para as novas necessidades de tutela no Código Penal de 1942, bem como diante da constante financeirização da economia, além da necessidade de reprimir as várias formas de malversação dos bens sociais pelos detentores de poderes de gestão, notadamente aquelas mais graves, como no conflito de interesses, visto que praticadas por aqueles que estão no interior da sociedade gerida[58].

O bem jurídico tutelado pela *infedeltà patrimoniale* é o patrimônio da sociedade[59], o que, para Mazzacuva e Amati, emerge de alguns elementos da estrutura do próprio tipo penal, como a "ocorrência de dano patrimonial" e o processamento mediante "querela", sugerindo, "sintomaticamente", certa disponibilidade do bem protegido[60].

Demais disso, o crime é próprio, pois somente os administradores, os diretores-gerais e os liquidantes podem concretizar a conduta de deliberar ou concorrer para a deliberação de atos de alienação de bens sociais[61]. Para Enzo Musco, essa característica do tipo penal indica a preocupação do legislador em proporcionar a harmonização do preceito penal com a disciplina civilística e, assim, assegurar uma melhor conformação interpretativa[62]. Deveras, o fundamento desse rol taxativo de pessoas parece estar ligado ao risco de desconexão entre a propriedade e o controle da sociedade empresária, ou seja, ao potencial conflito de interesses verificado no seio da pessoa jurídica capaz de acarretar a "turbação" da fidelidade do órgão administrativo aos corretos critérios de gestão, com o consequente prejuízo patrimonial para a sociedade[63]. A existência de um conflito de interesses no seio da sociedade corporifica, aliás, um pressuposto objetivo do delito de infidelidade patrimonial italiana, ou o "núcleo essencial" da incriminação, exprimindo todo o desvalor intrínseco ao

---

[58] LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale,* cit., p. 105-106; MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari,* cit., p. 200.

[59] BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società,* cit., p. 109.

[60] MAZZACUVA, Nicola; AMATI, Enrico. *Diritto penale dell'economia:* problemi e casi. 2. ed. Milano: CEDAM, 2013. p. 157.

[61] SESSA, Antonino. *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. p. 399 e ss.

[62] MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari,* cit., p. 208.

[63] MARINI, Consuelo. *Reati in materia economica,* cit., p. 143.

crime[64], conquanto não possa, por si só, ensejar o delito[65], haja vista a dependência da produção do dano patrimonial[66].

A legislação penal peruana também contempla uma modalidade específica de infidelidade patrimonial no artigo 198 do Capítulo VI do Código Penal ("Fraude en la administración de personas jurídicas"). O delito foi inserido no Código Penal de 1991[67], e seu antecedente legislativo mais próximo encontra-se no artigo 248 do Código Penal de 1924, que incriminava a prestação de falsas informações societárias[68]. A partir do ano de 2006 o artigo 198 do Código Penal peruano foi objeto de importantes reformas legislativas. A Lei n. 28755, de 6 de junho de 2006, alterou o tipo penal de administração fraudulenta com o fim de ampliar o espectro do delito para os auditores internos e externos e alargar a incidência da conduta típica[69]. Em 31 de dezembro de 2008, com a edição da Lei n. 29307,

---

[64] MARINI, Consuelo. *Reati in materia economica,* cit., p. 140.

[65] BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società,* cit., p. 110.

[66] MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari,* cit., p. 218; BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società,* cit., p. 241; MAZZACUVA, Nicola; AMATI, Enrico. *Diritto penale dell'economia,* cit., p. 165.

[67] Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes: 1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables. 2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica. 3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones. 4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. 5. Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes. 6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica. 7. Asumir préstamos para la persona jurídica. 8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona.

[68] GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*. Lima: Palestra Editores, 2005. p. 28.

[69] Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador, auditor interno, auditor externo o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes: 1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables. 2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica. 3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones. 4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. 5. Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes. 6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica. 7. Asumir préstamos para la persona jurídica. 8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica. 9. Emitir informes o dictámenes que omitan revelar, o revelen en forma distorsionada, situaciones de falta de solvencia o insuficiencia patrimonial de la persona jurídica, o que no revelen actos u omisiones que violen alguna disposición que

o artigo 198 do Código Penal peruano sofreu nova e até agora definitiva alteração para retirar a nomeação expressa e taxativa de sujeitos com aptidão jurídica para o cometimento do crime. Para a tipificação da infidelidade patrimonial, o legislador peruano optou pela adoção de um *critério geral* baseado exclusivamente no exercício de funções ligadas à administração ou à representação da pessoa jurídica[70].

Além da reformulação típica do artigo 198 do Código Penal, a Lei n. 29307 criou uma infração penal relacionada aos "informes de auditoria distorcidos", a qual, embora tenha recebido capitulação jurídica que sugere tratar-se de uma *hipótese especial ou qualificada de administração fraudulenta* (artigo 198-A), apresenta outros e diversos elementos constitutivos, em especial a ausência de atividade de administração[71].

Evidentemente que a ampliação do âmbito subjetivo de incidência do tipo penal do artigo 198 do Estatuto Penal peruano acarretou a necessidade de uma reinterpretação do delito de administração fraudulenta, e, por conseguinte, diversas dúvidas surgiram acerca do alcance da infidelidade peruana. Nesse sentido, destaque-se o fato de o legislador ter retirado da norma incriminadora a listagem de cargos e funções e essa circunstância poder ensejar a interpretação de que o delito incide tanto sobre as pessoas jurídicas de Direito Público como em relação aos entes de Direito Privado. García Cavero nega, porém, a submissão das pessoas jurídicas de Direito Público ao delito de administração fraudulenta, salientando que as modalidades de cometimento do crime são próprias das pessoas jurídicas de Direito Privado, bem como que a existência de delitos contra a Administração Pública, a exemplo

---

la persona jurídica está obligada a cumplir y qué esté relacionada con alguna de las conductas tipificadas en el presente artículo.

[70] Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes: 1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables. 2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica. 3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones. 4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. 5. Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes. 6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica. 7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica. 8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.

[71] Será reprimido con la pena señalada en el artículo anterior el auditor interno o externo que a sabiendas de la existencia de distorsiones o tergiversaciones significativas en la información contable-financiera de la persona jurídica no las revele en su informe o dictamen.

do peculato e da malversação de verbas públicas, indica a limitação da *Untreue* ao setor privado, ao menos pela óptica peruana[72].

A leitura do tipo penal do artigo 198 do Código Penal peruano revela que seu âmbito de incidência é mais restrito do que o modelo de *Untreue* adotado pelo Direito Penal alemão, pois aquele exclui as pessoas físicas do raio de tipificação penal. Trata-se de um *delito especial próprio* e de uma infração de dever[73]; outrossim, somente pode incorrer na figura típica da administração fraudulenta de pessoa jurídica o sujeito que ostenta uma relação anterior de administração ou de representação do ente coletivo.

Sob a óptica do objeto de proteção penal, o delito de administração fraudulenta encontra-se delineado no Título V do Código Penal peruano ("Delitos contra el patrimonio"), o que, acrescido ao fato de o artigo 198 exigir, para a sua configuração típica, a ocorrência de um prejuízo para a pessoa jurídica ou para terceiros, sugere que o bem jurídico protegido seja o patrimônio[74]. Não obstante, tal como sucede em outros ordenamentos jurídicos que preveem a *Untreue*, existe certa divergência doutrinária sobre o alcance do termo "prejuízo". Concretamente: deve ser considerado somente o prejuízo em sentido estrito, evidenciado com a efetiva lesão ao patrimônio do ente coletivo ou de terceiros, ou se admite um prejuízo potencial, materializado em um determinado perigo concreto de lesão patrimonial? Percy Cavero entende que o "prejuízo" constante no artigo 198 do Código Penal peruano abrange não apenas a lesão concreta, efetiva, mas também o perigo de lesão, o qual tem a aptidão de veicular o prejuízo exigido pelo tipo penal[75].

No que tange ao sujeito passivo, pode ser tanto a própria pessoa jurídica como "terceiros", consoante emerge da redação constante no *caput* do artigo 198. Existe dúvida, no entanto, sobre o conteúdo e o alcance dos "terceiros" no contexto do tipo penal. A doutrina tem se posicionado no sentido de que assumem tal condição somente aqueles que ostentam algum vínculo com a pessoa jurídica, como, evidentemente, os sócios do ente

---

[72] GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, cit., p. 35.

[73] GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, cit., p. 37 e 81.

[74] GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, cit., p. 33.

[75] GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, cit., p. 39.

coletivo, mas a caracterização de um interesse patrimonial conectado à pessoa jurídica também pode dar azo à concretização do delito, como no caso dos credores[76].

Por derradeiro, o projeto de *Corpus Iuris* para a Comunidade europeia também previu a figura da infidelidade patrimonial apenas para o campo societário, propondo a tipificação no artigo 45 ("Das insolvências puníveis e delitos societários"[77]).

O projeto de *Corpus Iuris* adotou, segundo Luigi Foffani, um modelo intermediário de tipificação, ficando entre o padrão típico alemão ou suíço (crime comum) e o delito especial de natureza societária, adotado na Itália e na França, estabelecendo, assim, uma solução de *caráter geral*, conquanto restrita a um crime especial com recorte societário[78]. Dessa forma, na projetada *administração fraudulenta de negócios*, a tutela penal não incidiria sobre o interesse da sociedade comercial, mas sobre o interesse dos credores sociais visto globalmente, isto é, em sua dimensão de *garantia do crédito*[79].

A previsão da infidelidade no *Corpus Iuris* justifica-se, para Foffani, na concepção de que a proteção penal do patrimônio social da empresa em face da deslealdade de seus administradores representa, para muitos ordenamentos jurídicos, "um dos pontos de maior importância dentro do controle penal da legalidade da gestão societária"[80].

Ademais, da leitura da redação proposta para o delito do artigo 45 do *Corpus Iuris* exsurge a preocupação de seus autores em delinear, com precisão, o conceito de dano patrimonial, equiparando-o expressamente à ideia de minoração do valor econômico do patrimônio, a fim de evitar a discussão, originária da Alemanha em torno da *Untreue*, entre os conceitos de dano e perigo patrimonial. Nessa esteira, exigiu-se, para a configuração

---

[76] GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios,* cit., p. 41.

[77] 1. Será punido com… aquele que, tendo capacidade de decisão em uma sociedade comercial, especialmente em uma Sociedade Privada Europeia, e violando sua obrigação de salvaguardar os interesses patrimoniais da sociedade, cometa ou omita atos sabendo que ocasionarão um prejuízo econômico à sociedade. A diminuição do valor econômico do patrimônio da sociedade presume também um prejuízo patrimonial. 2. Sociedades comerciais são aquelas a que se refere a Diretiva CE de 16 de novembro de 1990, ainda que estejam em fase de fundação ou liquidação. 3. Quando existe um grupo de sociedades não se considera que uma sociedade foi prejudicada, se houver compensação através de uma vantagem futura ou altamente provável originada de sua participação no grupo.

[78] FOFFANI, Luigi. In: TIEDEMANN, Klaus (Dir.). *Eurodelitos:* el derecho económico en la Unión Europea. Coordinador de la edición española, Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004. p. 106.

[79] FOFFANI, Luigi. In: TIEDEMANN, Klaus (Dir.). *Eurodelitos,* cit., p. 107.

[80] FOFFANI, Luigi. In: TIEDEMANN, Klaus (Dir.). *Eurodelitos,* cit., p. 105.

típica, a ocorrência de um resultado materializado na redução do patrimônio social para patamar inferior ao do capital social e das reservas obrigatórias[81].

1.4. Infidelidade patrimonial como "tipo conjugado"

O último modelo de incriminação da infidelidade patrimonial diz respeito àqueles ordenamentos jurídicos que preveem um tipo genérico de infidelidade, mas o associam a uma infidelidade levada a efeito por funcionários públicos contra o patrimônio público. Daí a denominação "tipo conjugado". Adotam esse formato o Direito Penal espanhol, que combina o delito de *administración desleal* definido no artigo 252 com o crime de *malversación* do artigo 432 do Código Penal espanhol, e o Direito Penal português, que harmoniza a infração penal de *infidelidade* delineada no artigo 224º com a *administração danosa* estampada no artigo 235°, ambos do Código Penal lusitano.

Iniciemos pela Espanha. A primeira tipificação de infidelidade patrimonial espanhola, então chamada de *administración fraudulenta*, ocorreu somente no ano de 1995[82], com o propósito declarado de preencher as lacunas de punibilidade que não poderiam ser adequadamente colmatadas com a clássica figura da apropriação indébita[83]. Com efeito, antes do advento do Código Penal de 1995, a jurisprudência espanhola entendia que as condutas infiéis relacionadas à gestão do patrimônio de terceiros subsumiam-se às ações típicas de "distração" ou "desvio" do crime de apropriação indébita[84], e, eventualmente, do

---

[81] FOFFANI, Luigi. In: TIEDEMANN, Klaus (Dir.). *Eurodelitos,* cit., p. 107.

[82] Artículo 295 do Código Penal de 1995: Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

[83] Artículo 252 do Código Penal de 1995: Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.

[84] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 40.

crime de estafa (estelionato)[85], fato que mereceu severas críticas por parte da doutrina[86]. Afirmava-se, pois, que, por mais ampla que pudesse ser a interpretação do delito de apropriação indébita, ele passava ao largo de relevantes condutas perpetradas no contexto societário, sobretudo porque a apropriação indébita se limitava a punir os comportamentos praticados sobre as coisas móveis, as coisas corpóreas, e à correspondente perda do objeto material em caráter definitivo[87].

Deveras, a principal questão prática em torno do tipo penal do artigo 295 do Código Penal espanhol encontrava-se atrelada à necessária distinção do delito de apropriação indébita. Segundo Gallego Soler, embora aparentemente dogmática, essa discussão escondia, em verdade, uma "preocupante" opção político-criminal pelo legislador, que se omitiu ao não criar um tipo genérico de infidelidade e sua correspondente modalidade agravada quando se tratar de comportamento praticado no contexto societário[88]. De fato, entendia-se, na linha da opinião de Adán Nieto Martín, que o delito de apropriação indébita não estava apto a abarcar a enorme variedade de comportamentos que traduziam abuso dos poderes de administração, mormente quando existia um intercâmbio entre patrimônios[89]. Na administração desleal, ressaltava Nieto Martín, o administrador detém faculdades mais amplas relacionadas à disposição do patrimônio administrado do que no crime de apropriação indébita; se o administrador pode, por exemplo, vender, alugar ou gravar o bem, a sua utilização ao arrepio da relação de guarda não enseja qualquer forma de apropriação,

---

[85] Artículo 248 do Código Penal de 1995: 1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. 2. También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

[86] GÓMEZ-TRELLE, Javier Sánchez-Vera. Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ESPINAR, José Miguel Zugaldía (Coord.). *Dogmática y ley penal*: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Barcelona: Marcial Pons, 2004. t. II. p. 1208-1209. Destaca Nieto Martín que a justificação e o injusto do delito de administração devem partir do estudo dos contextos onde a apropriação indébita e o estelionato falharam na absorção de comportamentos considerados infiéis. A partir da verificação das lacunas será possível delinear o injusto do delito e as suas principais características, o que, inclusive, será relevante para resolver questões envolvendo concurso de crimes e conflito aparente de normas com outros delitos patrimoniais. NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 215.

[87] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios:* incluye la reforma del Código Penal de 2015. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 363-364; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa:* parte especial. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 455-456.

[88] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Política criminal en materia de delitos societarios:* nuevas tendencias en política criminal, una auditoria al Código Penal español de 1995. Argentina: Euro Editores, 2006. p. 269-270 e 286.

[89] NIETO MARTÍN, Nieto. *El delito de administración fraudulenta.* Barcelona: Editorial Praxis, 1996. p. 216.

pois ele atua legitimamente, ainda que através do abuso das atribuições que lhe foram conferidas pelo titular do patrimônio administrado, não se podendo cogitar, com isso, de violação do direito de propriedade[90].

Entretanto, a edição do artigo 295 do Código Penal espanhol não foi suficiente para resolver os problemas detectados e denunciados pela doutrina antes do Código de 1995. E isso principalmente ante o fato de que o delito de *administración fraudulenta* estava circunscrito às condutas levadas a efeito no seio das sociedades comerciais. Os casos de administração desleal de patrimônio de pessoas físicas, por exemplo, não eram alcançados pelo tipo penal, e, assim, continuavam a ser regidos pela apropriação indébita[91]. Além disso, a redação tortuosa do tipo penal do artigo 295 ensejou uma viva divergência doutrinária e jurisprudencial sobre praticamente todos os requisitos do delito, do bem jurídico tutelado até o resultado que ensejava a consumação do crime[92].

Não obstante, o debate em torno das confusas fronteiras entre a apropriação indébita e a administração fraudulenta societária alcançou seu ápice na Espanha quando do julgamento do denominado caso "Argentia Trust" pelo Tribunal Supremo, em 26 de fevereiro de 1998 (Rec. 1284/1997)[93]. Na ocasião, o Tribunal Supremo entendeu que a apropriação indébita então tipificada no artigo 252 do Código Penal de 1995 contemplava, igualmente, um tipo de administração ou gestão desleal[94].

---

[90] NIETO MARTÍN, Nieto. *El delito de administración fraudulenta.* Barcelona: Editorial Praxis, 1996. p. 217-218. Esclarece Nieto Martín: "quando confia a outro uma massa patrimonial ou um bem outorgando-lhe faculdades para alienar ou obrigar, resulta inoperante um tipo, como o de apropriação indébita, pensado essencialmente para garantir o direito de propriedade em face de agressões que provêm de terceiros carentes ou com um poder de disposição muito restrito sobre o objeto. O muro que o delito de apropriação indébita levanta para proteger a propriedade é uma barreira externa e, em consequência, inservível, quando se concede a um terceiro poderes que são os típicos do Direito de propriedade" (p. 218 – tradução livre).

[91] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 41.

[92] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios,* cit., p. 365-409.

[93] Cf., por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Caso "Argentia Trust". In: SANCHÉZ-OSTIZ, Pablo. *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. 2. ed. Madrid: La Ley, 2011. p. 633-646.

[94] O fundamento principal do julgamento pode ser extraído do seguinte período: "Lo cierto es que en el art. 535 CP derogado se yuxtaponían – como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente – dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status".

As críticas à decisão do Tribunal Supremo se centraram, em resumo, no fato de a Corte espanhola ter conferido interpretação demasiadamente alargada ao tipo de apropriação indébita, sobretudo no que tange ao alcance das elementares típicas "dispor" e "dinheiro", por ela ter esvaziado o conteúdo do delito do artigo 295 do Código Penal, bem como por ter ferido o princípio acusatório, na medida em que, entre a apropriação indébita e a administração desleal, existe uma relação de *heterogeneidade*: a primeira infração penal tutela a propriedade; a segunda protege o patrimônio, não podendo o judiciário condenar o agente acusado por um pelo outro[95]. A isso se acresceu o argumento de que o manejo do princípio da alternatividade para a resolução do concurso de normas suscitado pelo crime de administração fraudulenta e de apropriação indébita se mostrou imotivado pelo Tribunal Supremo, deixando-se de mencionar as razões pelas quais os demais princípios (especialidade, subsidiariedade e consunção) foram repudiados para a resolução do conflito formado entre a administração desleal e a apropriação indébita[96].

Em 30 de março de 2015, porém, com a edição da Ley Orgánica n. 1/2015, a Espanha passou a tipificar a *administración desleal* no artigo 252 do seu Código Penal[97], suprimindo, em consequência, o tipo penal que estava previsto no artigo 295. A mais recente e atual versão do crime de *administración desleal* foi claramente inspirada no § 266 do StGB, aproximando-se, por conseguinte, do modelo alemão da *Untreue*[98]. Segundo se colhe da Exposição de Motivos da Ley Orgánica n. 1/2015, havia a necessidade de modificação legislativa do artigo 252 do Código Penal, haja vista que a Reforma legislativa de 1995 optou por tipificar a administração desleal como um delito societário, quando, em verdade, tratava-se de crime contra o patrimônio, aproximando-o de outras legislações europeias[99]. Além

---

[95] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, cit., p. 400 e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, cit., p. 99 e ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Caso "Argentia Trust", cit., p. 640-641.

[96] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Política criminal en materia de delitos societarios*, cit., p. 274-275.

[97] 1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

[98] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 69; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, cit., p. 413; PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 23.

[99] Sobre o escopo do delito de administração desleal, a Exposição de Motivos da Ley Orgánica n. 1/2015 deduziu, ainda, o seguinte: "A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión

disso, o legislador espanhol redesenhou os crimes de apropriação indébita (*apropiación indebida*)[100] e de malversação (*malversación*)[101], visando a tornar mais claros e nítidos os traços diferenciadores da administração desleal.

Segundo a Exposição de Motivos da Ley Orgánica n. 1/2015, dar-se-á a apropriação indébita quando da incorporação a seu patrimônio ou qualquer exercício de faculdade dominial sobre uma *coisa móvel* daquilo que o agente recebeu com a obrigação de restituir. Sob outro giro, haverá administração desleal na hipótese de o sujeito receber dinheiro, valores ou outras coisas fungíveis com poderes para administrá-los e, no entanto, realizar atividade para a qual não havia sido autorizado, prejudicando, por conseguinte, o patrimônio administrado. A malversação, por sua vez, foi tratada expressamente como uma "espécie" ou "modalidade" de administração desleal, conquanto praticada por funcionário público em detrimento do patrimônio público[102].

A nova redação do artigo 252 do Código Penal foi, em geral, bem recebida pela doutrina espanhola[103] diante da disseminada constatação de que o delito de administração desleal não é exclusivo do âmbito societário, mas delito comum apto a se projetar sobre o patrimônio tanto de pessoas físicas como de pessoas jurídicas. Não obstante, o novo

---

legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado".

[100] Artículo 253: 1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. 2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

[101] Artículo 432: 1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público. 3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros. Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

[102] La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

[103] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 24 e ss.

dispositivo penal foi criticado por empregar uma redação abrangente e pouco respeitosa ao postulado da taxatividade e da legalidade estrita da lei penal[104]. Além disso, aludiu-se ao fato de que a eliminação do delito societário não representava uma consequência imediata da reformulação do tipo penal de *Untreue* espanhola. Nesse sentido, Patricia Faraldo Cabana defende que a subsistência de uma administração desleal destinada especificamente às condutas perpetradas no âmbito societário justificar-se-ia em função do interesse geral no correto funcionamento das sociedades mercantis e a sua correspondente importância nas relações jurídico-negociais travadas na economia atual[105].

De outro lado, o crime de *infidelidade* do Direito Penal português encontra-se hodiernamente delineado no artigo 224º do Capítulo III ("Dos crimes contra o património em geral") do Código Penal português[106], enquanto o delito de *administração ruinosa* tem previsão legal no artigo 235° do mesmo Diploma Legal[107].

A infidelidade foi introduzida em Portugal em razão de um estudo de Eduardo Correia publicado em 1960, denominado "*O crime de abuso de confiança (alguns problemas)*"[108]. A proposta de Eduardo Correia tinha como objeto principal o delito de *abuso de confiança*, algo similar à apropriação indébita segundo o ordenamento lusitano[109], e que

---

[104] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa,* cit., p. 544.

[105] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios,* cit., p. 420.

[106] 1 – Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 – A tentativa é punível. 3 – O procedimento criminal depende de queixa. 4 – É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º e na alínea a) do artigo 207º.

[107] 1 – Quem, infringindo intencionalmente normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional, provocar dano patrimonial importante em unidade económica do sector público ou cooperativo é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – A punição não tem lugar se o dano se verificar contra a expectativa fundada do agente.

[108] CORREIA, Eduardo. O crime de abuso de confiança (alguns problemas). *RLJ*, dir. Manuel Chaves e Castro, ano 93, Coimbra: Coimbra Ed., 1960-1961. p. 54-55.

[109] Art. 205º – Abuso de confiança: "1 – Quem ilegitimamente se apropriar de coisa móvel que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 – A tentativa é punível. 3 – O procedimento criminal depende de queixa. 4 – Se a coisa referida no n. 1 for: a) De valor elevado, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias; b) De valor consideravelmente elevado, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 5 – Se o agente tiver recebido a coisa em depósito imposto por lei em razão de ofício, emprego ou profissão, ou na qualidade de tutor, curador ou depositário judicial, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

era previsto somente para as hipóteses nas quais o agente procedia com ânimo de apropriação, ou seja, de ter a coisa como dono (*animus rem sibi habendi*)[110].

A estreia típica ocorreu com a edição do Código Penal de 1982 (*tipo de infidelidade* – artigo 319º)[111], optando-se pela redação de um tipo penal mais amplo, à semelhança do tipo suíço (artigo 159 do Código Penal suíço). Nesta oportunidade, de acordo com a própria exposição de motivos do então novo Código Penal, declarou-se que a criação da versão da administração desleal portuguesa encontrava amparo na constatação de insuficiência dogmática do crime de apropriação indébita para reprimir comportamentos que, a despeito de ostentarem um injusto penal delineado, não eram cometidos mediante ânimo de apropriação material dos bens, mas apenas com a intenção de provocar um grave prejuízo patrimonial mediante a quebra da relação de confiança[112].

Em 1995, por força do Decreto-Lei n. 48/95, a conduta passou a ocupar o artigo 224º do Código Penal, com alterações redacionais no ano de 2007, por força da Lei n. 59, de 4 de setembro, e no ano de 2013, em razão da Lei n. 19, de 21 de fevereiro.

A análise do tipo penal português de infidelidade revela tratar-se de um *delito próprio*, haja vista que somente aqueles que receberam o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar podem praticá-lo. O bem jurídico tutelado, à semelhança da *Untreue* alemã, é o patrimônio, conceito mais abrangente do que o de propriedade. O sujeito passivo da figura criminosa, considerado o interesse penalmente protegido, são os titulares dos direitos de índole patrimonial.

Anote-se, porém, com base na advertência de Maria Rita Oliveira Ramos, que, no caso de delito levado a efeito no contexto de sociedade empresária, o que é bem possível

---

[110] RAMOS, Maria Rita Oliveira. Da importância do crime de infidelidade nos crimes contra o patrimônio. Dissertação (Mestrado). Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014. p. 3.

[111] 1 – Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, intencionalmente e com grave violação dos deveres que assumiu, causar a tais interesses um prejuízo patrimonial importante, será punido com prisão até 1 ano e multa até 60 dias, ou só com multa até 120 dias. 2 – É aplicável o disposto nos artigos 301º e 303º 3 – A tentativa é punível.

[112] No que interessa, o texto era o seguinte: "34 – Definiu-se a infidelidade (artigo 319º) – novo tipo legal de crime contra o património –, cujo recorte, grosso modo, visa as situações em que não existe a intenção de apropriação material, mas tão-só a intenção de provocar um grave prejuízo patrimonial. Além disso, ensina a criminologia e a política criminal que estes comportamentos não são tão raros como à primeira vista se julga. De mais a mais, no mundo do tráfico jurídico, a regra de ouro é a confiança e a sua violação pode, em casos bem determinados na lei, necessitar da força interventora do direito penal, que apesar de tudo, tem de ser entendida, torna-se a dizer como, ultima ratio".

dada a amplitude do crime, o bem jurídico protegido pertence a ela, e não aos sócios, de modo que as pessoas físicas não ostentam a legitimidade de se constituírem como assistentes em procedimento criminal no qual o ofendido seja a pessoa jurídica[113].

A ação típica da infidelidade portuguesa perfaz-se por intermédio de duas condutas distintas, quais sejam, (i) abusar grave e intencionalmente do poder de disposição e (ii) violar grave e intencionalmente os deveres de administração ou de fiscalização. A composição do tipo penal do artigo 224º do Estatuto Penal português indica que a infidelidade pode ser concretizada tanto pela via comissiva como pela omissiva. E mais: que o legislador português, seguindo os passos do seu congênere germânico, criminalizou tanto o "tipo de abuso" como o "tipo de infidelidade" no artigo 224º.

Da mesma forma, o resultado típico, também na linha da legislação alemã, espanhola e italiana, exige a produção de um *dano patrimonial*. O legislador português, contudo, qualificou a natureza do prejuízo patrimonial ensejador do tipo de infidelidade, condicionando o aparecimento da figura típica à caracterização de um *prejuízo patrimonial importante*. Neste específico aspecto, a propósito, ele foi seguido pela Espanha, que na reforma legislativa de 2015 previu uma particular forma de mitigação da pena quando a quantia do prejuízo patrimonial não exceder 400 (quatrocentos) euros.

Note-se, porém, que não existe regra expressa no Código Penal português sobre o que venha constituir o *prejuízo patrimonial importante*, de sorte que coube à doutrina o encargo de preencher esse conceito vago lançado no delito do artigo 224º. Maria Rita Oliveira Ramos, por exemplo, propõe a conjugação de dois critérios para esse desiderato, um de natureza objetiva, outro de natureza subjetiva. Pelo *critério objetivo*, o prejuízo patrimonial importante deve ser aferido em conformidade com o artigo 202º, alínea "*a"*, do Código Penal lusitano, que estipula o conceito de "valor elevado" para fins dos crimes contra o patrimônio. Sob essa perspectiva, será considerado de valor elevado e, portanto, haverá um prejuízo patrimonial importante, quando o dano "exceder 50 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto". De outro lado, pelo *critério subjetivo*, a aferição do prejuízo ocorre por intermédio da comparação com a situação econômica concreta do sujeito passivo. Assim, o prejuízo patrimonial pode ser considerado importante ainda que a vítima não se encontre em situação economicamente difícil, ou mesmo quando, pela prática do

[113] RAMOS, Maria Rita Oliveira. *Da importância do crime de infidelidade nos crimes contra o patrimônio*, cit., p. 8.

delito de infidelidade, o sujeito passivo fique em uma situação econômica difícil, mas o valor do prejuízo objetivamente considerado não ultrapassar as balizas previstas no artigo 202º, "*a"*, do Código Penal português[114].

Semelhantemente ao modelo de tipificação espanhol, o ordenamento jurídico português criminaliza a infidelidade conjugando-a com o crime de *administração danosa* (artigo 235º do Código Penal)[115], ou seja, mistura elementos da infidelidade geral com uma infidelidade praticada por funcionários públicos contra o patrimônio público.

A administração danosa consubstancia uma "forma qualificada do crime de infidelidade" [116]. No caso, parece existir uma *relação de especialidade* demarcada, principalmente, pela especial condição do sujeito ativo da administração danosa (funcionário público), que o conduz à condição jurídica de *delito de dever* [117]. Concretamente: a administração danosa é especial em relação à infidelidade. Por conseguinte, a ausência de algum elemento típico do crime do artigo 235º do Código Penal, como a condição de agente público do sujeito ativo, ou o fato de a conduta não ter sido concretizada contra unidade econômica do setor público ou cooperativo, ensejará o aparecimento do delito de infidelidade estampado no artigo 224º do Código Penal[118].

1.5. Balanço

A tipificação da infidelidade patrimonial não representa uma novidade. Seja como tipo genérico, seja como tipo societário, ou mesmo como tipo penal atrelado às condutas funcionais que atentam contra o patrimônio público, a criminalização de comportamentos

---

[114] RAMOS, Maria Rita Oliveira. *Da importância do crime de infidelidade nos crimes contra o patrimônio*, cit., p. 11.

[115] O delito de administração danosa encontra-se previsto no Capítulo IV do Estatuto Penal lusitano, intitulado "Dos crimes contra o sector público ou cooperativo agravados pela qualidade do agente", e possui a seguinte redação: "1 – Quem, infringindo intencionalmente normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional, provocar dano patrimonial importante em unidade económica do sector público ou cooperativo é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – A punição não tem lugar se o dano se verificar contra a expectativa fundada do agente".

[116] RAMOS, Maria Rita Oliveira. *Da importância do crime de infidelidade nos crimes contra o patrimônio*, cit., p. 12. No mesmo sentido, LEITE, André Lamas. Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa no Código Penal português. RBCCrim, v. 97/2012, São Paulo: RT, jul.-ago. 2012. p. 285.

[117] LEITE, André Lamas. Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa no Código Penal português, cit., p. 284.

[118] RAMOS, Maria Rita Oliveira. *Da importância do crime de infidelidade nos crimes contra o patrimônio*, cit., p. 13.

abusivos perpetrados por quem tem o dever de salvaguardar o patrimônio alheio tem sido prática recorrente na legislação estrangeira. Em todos os modelos de incriminação, sobressaem, contudo, dois aspectos: (i) a infidelidade ou a quebra da relação de confiança criada entre o sujeito ativo e o sujeito passivo em virtude de uma relação jurídica vocacionada à administração do patrimônio de terceiros não constitui o objeto de proteção do crime, mas a *forma ou o meio* através do qual o bem jurídico é lesado; (ii) a infidelidade patrimonial tem caráter marcadamente subsidiário em face de outros delitos contra o patrimônio; outrossim, a sua previsão tem a finalidade precípua de colmatar as lacunas de punibilidade suscitadas pela insuficiente ou ineficaz aplicação de outros crimes patrimoniais, como a apropriação indébita e o estelionato.

O estudo dos modelos de incriminação da *Untreue* sugere que é imperiosa a construção de, *pelo menos*, um tipo genérico de infidelidade patrimonial localizado na Parte Especial do Código Penal, entre os Crimes contra o Patrimônio. A exclusiva previsão de um modelo de tipo societário, tal como adotado na Itália e no Peru, não tem a aptidão de apreender a integralidade dos comportamentos infiéis levados a efeito em detrimento do patrimônio alheio, sobretudo quando o dano é produzido fora da relação societária. Nestes países ainda subsiste espaço impunível, conquanto se reconheça injusto suficientemente identificado e delimitado para fundamentar a norma penal incriminadora. Isso não significa que as sociedades são avessas à *Untreue*. Ao revés, é no ambiente das sociedades comerciais que são cometidas as infidelidades mais graves e abrangentes à vista da natureza jurídica do patrimônio social e da potencial lesão de interesses jurídicos pertencentes a uma pluralidade de sócios e acionistas, mormente no âmbito das sociedades anônimas. Dessarte, uma possível solução conciliatória passa pela previsão legal de um tipo genérico de administração desleal *e* um tipo especial restrito à seara das sociedades comerciais mediante expressa definição do alcance de cada delito no nível do tipo penal, *ou* pela estipulação de uma única figura genérica de administração desleal, prevendo-se, no entanto, uma causa de aumento de pena no próprio preceito secundário em função de o comportamento abusivo ou infiel produzir dano no contexto societário.

Seja como for, o delito de infidelidade patrimonial deve abranger tanto as relações externas do administrador (“tipo de abuso”) como as relações internas travadas com o titular do patrimônio administrado (“tipo de infidelidade”). Em ambas as formas deve sempre prevalecer a concepção de que a *Untreue* reclama uma obrigação de cuidado patrimonial, de

sorte que o administrador seja obrigado a "preocupar-se" com o desenvolvimento correto e fidedigno dos interesses patrimoniais do administrado.

Uma vez reconhecido o injusto, no ponto evidenciado pelo cometimento doloso de um dano patrimonial por quem tem posição de destaque em relação ao bem jurídico protegido, a questão primordial será definir a conduta típica em obediência aos mandamentos da taxatividade e do mandato de certeza[119]. Essa tarefa norteará a distinção com os outros crimes patrimoniais, evitando indevidas sobreposições e, principalmente, o alargamento dos requisitos típicos que precisam ser preenchidos para a imposição do castigo penal. Concretamente: em qualquer circunstância será vedado ao aplicador da norma penal "torcer" ou estender o significado dos elementos que compõem o delito para abarcar situações fáticas não abarcadas no ordenamento jurídico-penal, ainda que ele o faça imbuído do espírito de satisfazer exigências de justiça material ou de equidade. A constatação de que determinado comportamento merece punição porquanto lastreada na percepção intuitiva de que foi cometido um "mal especial" não é suficiente para o juiz lançar mão de crimes que não absorvem o injusto da infidelidade em toda a integralidade.

[119] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 116.

2. O INJUSTO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL

2.1. O injusto do crime de infidelidade patrimonial

2.1.1. Considerações de política criminal

Consoante destacado no capítulo antecedente, nos países que optaram por criminalizar a infidelidade patrimonial, notadamente a Alemanha e, mais recentemente, a Espanha, o delito surgiu para alcançar condutas não abrangidas pelos crimes contra o patrimônio, sobretudo a apropriação indébita e o estelionato. Sob esse contexto, a ideia de quebra da relação de confiança criada entre o administrador e o administrado emerge como característica preponderante na tipificação penal, revelando-se determinante na causação de um prejuízo de natureza patrimonial[120]. É necessário observar, porém, que a ruptura da relação de confiança jamais compôs a essência dos dois citados tradicionais delitos contra o patrimônio, daí advindo a sua consideração pelo Direito Penal[121].

A justificação e, principalmente, o injusto do delito de administração devem, portanto, ser delineados partir do estudo das hipóteses nas quais a apropriação indébita e o estelionato falharam na absorção de comportamentos infiéis suscetíveis de castigo[122]. Nesse sentido, a nota fundamental para compreender adequadamente o crime de infidelidade patrimonial em cotejo com os demais delitos patrimoniais reside na forma de ataque ao patrimônio de outrem, ou, mais precisamente, no *aproveitamento de uma situação jurídica que facilita o ataque ao bem jurídico tutelado*. Como destaca Schünemann, no crime de *Untreue* existem "lesões a partir de dentro", isto é, praticadas por quem detém o domínio fático do patrimônio[123]. Dessa forma, a missão primordial do delito de infidelidade

---

[120] No mesmo sentido: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos:* la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles. Navarra: Thomson Reuters, 2015. p. 69-70.

[121] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 54-55.

[122] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 215. Também: MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari,* cit., p. 200.

[123] SCHÜNEMANN, A chamada "crise financeira": falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 192.

patrimonial consiste "na proteção do titular do patrimônio contra um dano advindo de dentro, isto é, de uma pessoa que se encontra já dentro do círculo (*Lager*) patrimonial do titular"[124].

Nada obstante, deve ficar suficientemente claro que o injusto que fundamenta a criminalização da administração desleal não se perfaz propriamente na noção de infidelidade, de quebra ou rompimento de uma relação de confiança. Em outro dizer: a infidelidade não pode ser considerada o único fim da norma penal incriminadora que norteia a *Untreue*, como ocorreu na configuração conferida originariamente pelo Direito Penal alemão, mas o instrumento, o meio ou o caminho por intermédio do qual o sujeito ativo comete uma agressão patrimonial a outrem[125].

É bem verdade que o crime de apropriação indébita pressupõe, em certa medida, a cisão de uma relação fiduciária ou de confiança estabelecida entre o sujeito ativo e a vítima, haja vista que a coisa que se encontra na posse do agente chega-lhe às mãos legitimamente[126]. Entretanto, não é menos verdadeiro que o agente que pratica a apropriação indébita não administra, não realiza atos de gestão, não detém o poder de dispor livremente do patrimônio do sujeito passivo ou de modificar o destino do bem ou bens administrados. Na administração desleal, de outro lado, o administrador ostenta faculdades mais abrangentes relacionadas à disposição do patrimônio administrado que transbordam a ideia de apropriação. Não se cogitará de infidelidade patrimonial, mas de apropriação indébita, por exemplo, se o encargo do administrador se circunscrever à prática de determinado ato de disposição patrimonial, visto que o poder especial sobre bens alheios a que se refere a doutrina pressupõe margem acentuada de autonomia e de discricionariedade na condução do patrimônio[127]. De igual modo, a contratação de um empréstimo ou de um aluguel, a alienação

---

[124] SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 192.

[125] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios,* cit., p. 366; PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 76 e ss. Em sentido semelhante, Nilo Batista, para quem a análise da ideia de infidelidade no Direito Penal exige a prévia distinção entre *infidelidade enquanto meio de execução do crime* – tal como sucede com a fraude ou a violência – e infidelidade enquanto *conteúdo substancial do injusto*. Nilo Batista adverte que o estudo da infidelidade *enquanto conteúdo material do injusto* não pode prescindir, tal como se fazia na Alemanha nazista, da violação do bem jurídico, de modo que a infidelidade não pode, por si só, representar um valor autônomo digno de proteção pelo Direito Penal. BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86, cit., p. 324.

[126] "O que caracteriza a apropriação indébita, distinguindo-a do furto, do roubo e do estelionato – assinala Nélson Hungria –, é que não representa uma *violação da posse material* do *dominus*: a coisa não é *subtraída* ou ardilosamente *captada* a êste, pois já estava no legítimo e desvigiado poder de disponibilidade física do agente." HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VII. p. 129.

[127] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno,* cit., p. 88; CARVALHO, Américo Taipa de. *Comentários Conimbricense do Código Penal:* parte especial, t. II,

de um bem móvel ou imóvel e a constituição de uma garantia real ou fidejussória constituem comportamentos infiéis que não se confundem com a expropriação ou com o desvio que dão azo à apropriação indébita[128].

O sujeito ativo da *Untreue* ostenta, com efeito, um *poder real* sobre o patrimônio alheio. E é esse poder – ou, mais precisamente, o uso abusivo dele – que confere ao administrador a prerrogativa juridicamente legítima, porquanto fundada na lei, em um negócio jurídico ou em uma ordem emanada de uma autoridade, de dispor sobre os bens que compõem o patrimônio administrado tal como fosse seu proprietário. O sujeito ativo age, como ilustra Nieto Martín, como se fosse um "cavalo de Troia": ele pode dispor dos interesses patrimoniais que estão sob os seus domínios sem precisar recorrer a qualquer outro crime contra a propriedade ou o patrimônio[129]. Eis, pois, a necessidade político-criminal de criar um delito destinado não somente à proteção da propriedade, mas do patrimônio visto globalmente, perpetrado por esse "inimigo interno"[130].

A posição jurídica do sujeito ativo em face do patrimônio administrado representa, sem dúvida, um aspecto do injusto[131]. Na administração desleal existe, com efeito, uma relação de confiança entre o administrador ou administradores e a sociedade, e é a partir da nomeação do administrador que o dever de fidelidade surge perante a sociedade administrada[132]. Como ressaltado, o administrador assume o dever jurídico de gerir o patrimônio de terceiro "a partir de dentro", pautando-se pelos interesses de seu proprietário[133]. A partir dessa assunção ele ostenta uma *posição de garante* que não emerge,

---

artigos 202° a 307°. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. p. 366. Contra, entendendo que o grau de autonomia que deve ostentar o gestor não é necessariamente maior do que aquele exigido para a definição do "poder de atuar de outro modo": PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 84-85.

[128] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 217. Como esclarece Adán Nieto Martín, "quando confia a outro uma massa patrimonial ou um bem outorgando-lhe faculdades para alienar ou obrigar, resulta inoperante um tipo, como o de apropriação indébita, pensado essencialmente para garantir o direito de propriedade em face de agressões que provêm de terceiros carentes ou com um poder de disposição muito restrito sobre o objeto. O muro que o delito de apropriação indébita levanta para proteger a propriedade é uma barreira externa e, em consequência, inservível, quando se concede a um terceiro poderes que são os típicos do Direito de propriedade" (p. 218, tradução livre).

[129] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 266.

[130] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 218.

[131] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 107-108.

[132] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 198-199.

[133] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 107.

segundo observam Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila, simplesmente de um dispositivo legal ou de um negócio jurídico, mas do fato de ele ter deliberadamente assumido o encargo de preservar a integridade do patrimônio de terceiro[134]. Daí, por exemplo, a consideração da *Untreue* como crime "especial próprio". Dessarte, será considerado autor todo aquele que houver infringido o dever de guarda do patrimônio independentemente da natureza da sua conduta, o que outorga particular complexidade dogmática na punição do *administrador de fato* que incorre na violação do dever de custódia do patrimônio[135].

Em suma, o injusto que demarca o delito de infidelidade patrimonial pode até derivar da concepção de "abuso" ou traição da confiança depositada no administrador do patrimônio, mas, como ponderam Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila, não se esgota nisso; no caso, a confiança conferida pelo titular do patrimônio proporciona o aparecimento de um dever jurídico-penalmente relevante vinculado normativamente à proteção do patrimônio alheio através de um ato de assunção do administrador[136]. Sendo assim, o alcance dos deveres de salvaguarda patrimonial incidentes sobre o administrador deve ser extraído dos desejos do titular acerca do destino dos bens administrados, na medida em que aquele que outorga a administração de seu patrimônio a terceiro tem a expectativa normativa que o administrador desempenhe fielmente a função que voluntariamente assumiu[137]. Este ato de assunção não apenas fundamenta, mas sobretudo limita a responsabilidade do administrador. Desse modo, como esclarecem Pastor Muñoz e Coca Vila, apenas o prejuízo patrimonial proveniente da quebra do dever de proteção inerente à posição de garante assumida pelo administrador é que pode ensejar a atribuição de responsabilidade penal[138].

Assim, tem-se considerado delineada a violação do dever de guarda do patrimônio alheio e, portanto, a *Untreue* naqueles casos onde a ação típica coincide com a quebra da obrigação de proteção e a consequente produção de um prejuízo ao patrimônio de outrem.

---

[134] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 81. Também SCHÜNEMANN, para quem o sujeito ativo da infidelidade patrimonial tem de ser garantidor do patrimônio alheio, "o que deriva de seu domínio sobre o patrimônio que lhe é confiado". SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 193.

[135] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, cit., p. 147.

[136] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 78-77.

[137] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 79-80.

[138] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 80. "Essa infração de dever, idônea para provocar um prejuízo patrimonial – acrescentam Pastor Muñoz e Coca Vila –, constitui um *venire contra factum próprio*" (p. 80)

Nieto Martín formula alguns exemplos[139]: (i) usos indevidos e revelação de segredos industriais que causam prejuízo patrimonial; (ii) contabilidade incorreta para mascarar a retirada de valores pertencentes à sociedade; (iii) violação das obrigações de controle, cujo caso mais importante é o do Conselho de vigilância da sociedade, que permite uma administração incorreta dos administradores; (iv) antecipação de dividendos, colocando a sociedade em uma situação economicamente difícil; (v) elaboração de produtos de forma contrária às especificações que regulam a sua qualidade, composição etc., independentemente de esses produtos serem comercializados; (vi) pagamento de subornos, por exemplo, transferindo recursos a um partido político visando ao favorecimento em determinada obra pública.

Todas essas características do injusto do delito de infidelidade patrimonial refletem-se, por conseguinte, na análise de diversos aspectos dogmáticos do delito, como a conformação do sujeito ativo, a inserção de elementos extrapenais, notadamente civis e mercantis, para configuração dos deveres de guarda patrimonial do sujeito ativo, e até mesmo a delimitação, no contexto da tipicidade objetiva, da ideia de risco permitido[140]. Esses temas, porém, serão objeto de estudo individualizado na presente tese.

2.1.2. Direito Penal e crise financeira

As crises financeiras têm constituído um desafio para o Direito Penal. De fato, pelo menos desde 1929, com a quebra da bolsa de Nova Iorque[141], o legislador tem lançado mão de ferramentas criminais para reprimir condutas lesivas cometidas no ambiente financeiro. O manancial penal, porém, invariavelmente tem chegado tarde[142], ora incidindo para reforçar

---

[139] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 33-34.

[140] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Política criminal en materia de delitos societarios,* cit., p. 263.

[141] Sintomática, nesse sentido, a edição de dois dispositivos legais básicos na legislação norte-americana sobre ilícitos praticados no mercado: a seção 16 (b) da *Securities Exchange Act*, de 1934, e a Regra 10 b-5, editada em 1942 pela *Securities and Exchange Commission*. O primeiro fixando a responsabilidade do *insider* para a com a sociedade emissora; o segundo fixando a responsabilidade perante qualquer particular lesado com a utilização da informação privilegiada. Sobre o tema, LEÃES, Luís Gastão Pais de Barros. *Mercado de capitais e "insider trading"*. São Paulo: RT, 1982. p. 140 e ss.

[142] Como ilustrado por Manoel Pedro Pimentel, "a lei nasce da necessidade criada pelos fatos, chegando sempre com certo atraso em relação a estes. Especialmente as leis penais, definindo condutas reprováveis, geralmente vêm trancar a casa depois de arrombada a porta". PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973. p. 32.

a regulação de caráter extrapenal que foi considerada insuficiente ou ineficaz[143], ora para tentar coibir prejuízos suficientemente hábeis à produção de severas crises sociais[144]. A criatividade dos agentes econômicos na elaboração de novas estratégias negociais, o desenvolvimento de sofisticados produtos financeiros e, principalmente, os recentes escândalos financeiros eclodidos na última década, como *Enron, WorldCom* e *Tyco*[145], sugerem, contudo, que o Direito Penal não tem conseguido fazer frente às diversificadas formas de engenharia financeira[146], tornando-se muitas vezes obsoleto e defasado diante da necessidade de resguardar, na elaboração e na aplicação de normas penais incriminadoras, os postulados da legalidade estrita no seu consectário do mandato de certeza e da irretroatividade da *lex gravior*[147].

Essa situação se tornou essencialmente mais aguda com a chegada da globalização econômica. Com efeito, é sob o seu contexto, associado a cada vez mais frequentemente débil e limitada regulação e supervisão bancárias, que eclode a denominada crise bancária ou financeira[148]. Não se olvida, é verdade, que a globalização – e a sua deletéria derivação,

---

[143] Exemplo doméstico do manejo do Direito Penal para suprir a fragilidade e a inoperância da tutela administrativa pode ser encontrado, segundo Manoel Pedro Pimentel, na edição da Lei n. 7.492/1986. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional:* comentários à lei 7.492, de 16.6.86. São Paulo: RT, 1987. p. 12. Com semelhante perspectiva, acentuando que a intervenção da tutela penal pela Lei n. 7.492/1986 ocorreu com o desiderato de reforçar a frágil regulação administrativa vigente à época: FELDENS, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). *Direito penal econômico*: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84.

[144] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Crisis económica y concursos punibles*. Diario La Ley, n. 7178, Sección Doctrina, 20 de mayo de 2009, año XXX, Ref. D-181, Editorial La Ley. p. 1. Com semelhante perspectiva, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi: "se o sistema sofrer colapsos (em função do desrespeito contratual às obrigações assumidas, seja por liquidação extrajudicial ou mesmo falência), serão os poupadores – a economia popular – as principais vítimas". PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 451.

[145] Sobre os aspectos penais do *Caso Enron*, CARREÑO AGUADO, Julen A. Caso Enron. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Coord.). *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. 2. ed. 2011. p. 969-987.

[146] Nos contextos de crise financeira a criatividade do mercado visa, como destaca Rachel Sztajn, impedir a utilização dos instrumentos de controle e diminuir a transparência dos níveis de risco assumidos. STAZJN, Rachel. *Sistema financeiro:* entre estabilidade e risco. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 114-116. "Difícil prevenir externalidades – reconhece Rachel Sztajn – sempre que a inovação, natural da dinâmica da atividade, foge dos controles regulatórios. Campo fértil na produção de contratos típicos com função atípica ao lado daqueles atípicos, os mercados financeiros sempre surpreendem os operadores do Direito" (p. 124).

[147] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Tiempos de derecho penal:* escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía. Buenos Aires-Argentina: Euros Editores, 2009. p. 187-188.

[148] "Crises bancárias – opina Jairo Saddi – são evitadas com regulamentação prudencial adequada e com supervisão inteligente das instituições financeiras." SADDI, Jairo. O sistema financeiro e as crises bancárias. In: *Temas de regulação financeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 187.

a crise financeira – enseja, como notado por Jesús-María Silva Sánchez há alguns anos, a expansão do Direito Penal[149]. Entretanto, a questão primordial a ser enfrentada nessa quadra não diz respeito propriamente à consequência – expansão do Direito Penal –, mas a um dado preliminar relacionado ao fundamento, ou, mais precisamente, à legitimidade político-criminal de o Estado intervir, valendo-se do Direito Penal, para obstar ou mesmo prevenir crises financeiras. Concretamente: se os tipos penais concebidos pelo ordenamento jurídico ou ainda aqueles que estão por vir por obra do legislador seriam adequados (*rectius*: legítimos) para inibir e reprimir comportamentos ilícitos praticados na esteira das grandes crises financeiras e bancárias[150].

A argumentação contrária à utilização do Direito Penal parece estar assentada na concepção de que a crise financeira representa uma patologia de índole sistêmica, quase natural ao mercado e, portanto, inexorável. Nessa medida, seria extremamente árdua, senão impossível, a tarefa de individualizar a imputação penal[151]. A solução penal abriria espaço, outrossim, à responsabilidade penal objetiva, sobretudo em um contexto jurídico que não admite, ou admite restritivamente, como no caso brasileiro[152], a responsabilização criminal da pessoa jurídica. De outro lado, partindo-se da ideia de que algumas sociedades empresárias gerem, pela sua própria natureza, negócios de risco, como no caso das instituições financeiras, as fronteiras que demarcam os riscos permitidos daqueles que dão azo à imputação penal são cada vez mais fluidas[153]. Ao fim e ao cabo, é possível concluir, à guisa de síntese, que as críticas formuladas contra a utilização do Direito Penal para a resolução ou a prevenção de comportamentos perpetrados na esteira das crises financeiras são as mesmas, em regra, que aquelas assacadas contra o Direito Penal Econômico ou sobre o Direito Penal "Moderno"[154].

---

[149] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. reimpr. Buenos Aires: Euros Editores, 2008. p. 83-91.

[150] SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 186. Também, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. El significado político del derecho penal económico. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo; CALATAYUD MAROTO, Manuel. *Crisis financiera y derecho penal económico*. Madrid: Edisofer, 2014. p. 11.

[151] HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad:* bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 13 e 27 e ss.

[152] Art. 225, § 3°, da Constituição da República.

[153] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, cit., p. 17 e ss.

[154] Veemente, sob esse contexto, a crítica de HASSEMER, segundo a qual se considera o Direito Penal não como a *ultima ratio*, mas como a primeira ou *sola ratio* para a solução dos problemas sociais; a intervenção do Direito Penal para esses casos funcionaria como um "instrumento de transformação" que violaria o

Em sentido inverso, sustenta-se a adequação e até mesmo a imprescindibilidade do Direito Penal Econômico para prevenir futuras crises financeiras diante do relevante papel exercido pelas sociedades empresárias na economia moderna[155]. Com efeito, é no âmbito da atividade empresarial que se desenvolvem as principais e mais sofisticadas condutas delituosas do Direito Penal Econômico. Demais disso, a insuficiência dos outros ramos jurídicos em promover uma adequada proteção dos interesses jurídicos e o fato de o Direito Civil servir como o próprio "instrumento" para o cometimento de delitos sugerem que o Direito Penal não é, como acentua Schünemann, a *ultima ratio*, mas a *sola ratio*[156]. Sob esse contexto, não teria cabimento o argumento calcado na impossibilidade de imputação individual, uma vez que toda a decisão negocial, por mais complexa e sofisticada que seja, pode ser reconduzida a uma voluntária e concreta decisão de uma pessoa ou grupo de pessoas consideradas individualmente[157]. Daí ser inevitável a necessidade de controle penal sobre os comportamentos mais acintosos e graves, além da elaboração de uma incriminação particularizada e minuciosa da atividade empresarial, capaz de suprir as deficiências detectadas em outras áreas do Direito[158].

---

postulado da subsidiariedade. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad,* cit., p. 25. Sobre o conteúdo do Direito Penal Moderno: GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 35 e ss.

[155] Consoante destacam Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Jr., na medida em que as sociedades por ações assumem papel preponderante no sistema econômico e que os diretores detêm em suas mãos o governo efetivo da sociedade, impõe-se a intervenção do Direito Penal para obstar os abusos do poder de disposição patrimonial dos administradores. PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Tratado de direito penal econômico,* cit., v. I, p. 178. No caso, a consideração da infidelidade patrimonial como manifestação do Direito Penal Econômico leva em conta que os crimes econômicos se configuram, em geral, como delitos especiais, muito embora o bem jurídico tutelado na *Untreue*, consoante se verificará adiante, não ostente perfil de natureza transindividual. Nesse sentido, GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*, cit., p. 61; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, cit., p. 38 e ss.

[156] SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 192. No caso, acrescenta Schünemann, em comentário ao delito de *Untreue*, que "todos os demais mecanismos de proteção fáticos ou do direito civil falham quando se dirigem àquelas pessoas que juridicamente têm acesso direto e permanente ao patrimônio de outrem" (p. 192).

[157] Crítico àqueles que defendem a impossibilidade de intervenção do Direito Penal na seara das crises financeiras e, por conseguinte, ao argumento de que elas resultam de acontecimentos "naturais", SCHÜNEMANN acrescenta que esse discurso parece ser, em verdade, "o produto de uma sutil política mediática praticada pelos responsáveis pela crise e pelos detentores do poder". SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 186.

[158] MATA Y MARTIN, Ricardo Manuel. Estructura fundamental del delito de administración desleal. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español:* estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 1546.

Wolfgang Naucke, a seu turno, chega a conclusões semelhantes valendo-se, porém, de outros caminhos. Para Naucke, a crise econômico-financeira de 2008 não foi obra do mero fracasso do sistema, mas o resultado de uma sequência de fatos puníveis possivelmente perpetrados sob a conjuntura de uma "criminalidade organizada criminalmente" [159]. Elaborando paralelo entre a criminalidade estatal e a criminalidade econômica, Naucke formula o interessante conceito de "delito econômico-político", segundo o qual ele "aparece como um poder patrocinado ou não controlado pelo Estado e que, mediante sua força, pode destruir a liberdade"[160]. Para Naucke, os agentes econômicos se comportam politicamente porque suas atividades impactam, global ou nacionalmente, a vida de muitos cidadãos, e se consideram inatingíveis pelos mecanismos de controle de um Estado democrático moderno[161]. Ainda que se critique essa visão sob o argumento de que ela é expansionista e, assim, contrária ao próprio Estado de Direito, pondera Naucke que essa expansão pode ser considerada obediente ao Estado de Direito, pois obstaculiza o exercício de um poder desmesurado de um grupo contra o cidadão[162].

Evidentemente que o manejo do Direito Penal – ou, no caso, do Direito Penal Econômico – enseja certas "adaptações" na teoria do delito para fazer frente a esses novos e diversos comportamentos. No ponto, diante da inexistente relação naturalística de causa e resultado, as teorias normativas ganham protagonismo, sobretudo em relação à resolução das infrações de dever[163]. Na infidelidade patrimonial, como anteriormente assentado, essa circunstância é notável, na medida em que existe uma relação de confiança entre o administrador e o titular do patrimônio administrado e aquele assume o dever jurídico de gerir o patrimônio de terceiro "a partir de dentro", aspecto que, inclusive, integra o injusto da *Untreue*. Esse revisionismo das categorias clássicas da Parte Geral do Direito Penal,

---

[159] NAUCKE, Wolfgang. *El concepto de delito económico-político:* una aproximación. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 36.

[160] NAUCKE, Wolfgang. *El concepto de delito económico-político,* cit., p. 38.

[161] Naucke chega a preconizar a criação um Direito Penal especificamente focado nos agentes econômico-políticos, de sorte a controlar todas as manifestações de poder concretizadas contra o indivíduo, à semelhança do que sucedeu com o Direito Penal Internacional na sanção dos dirigentes estatais. NAUCKE, Wolfgang. *El concepto de delito económico-político,* cit., p. 43-44.

[162] NAUCKE, Wolfgang. *El concepto de delito económico-político,* cit., p. 44. Negar poder é, para Naucke, andar de mãos dadas com o Estado de Direito, e essa circunstância justifica a intervenção do Direito Penal tanto no plano político como no plano econômico-financeiro (p. 44-45).

[163] Como bem aponta Silva Sánchez, as teorias normativas têm o mérito de apresentar uma especial capacidade de produção de resultados no momento de construir "equivalentes funcionais" das estruturas clássicas do Direito Penal. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa,* cit., p. 12-13 e p. 34.

todavia, não é, em si, prejudicial, desde que, evidentemente, não acarrete um indevido alargamento ou mesmo a completa descaracterização dos tradicionais modelos dogmáticos de responsabilização penal. No apropriado dizer de Silva Sánchez, o problema não radica particularmente "na expansão ou não de uma determinada instituição, senão na razoabilidade ou não dessa expansão"[164].

Seja como for, é certo que nos períodos de crise financeira sobressaem os delitos destinados à proteção do patrimônio, com destaque para aqueles perpetrados mediante fraude e abuso de confiança, como o estelionato, a apropriação indébita, as infrações penais falimentares[165] e os crimes contra o sistema financeiro. Todas essas infrações penais parecem se ocupar, contudo, somente de uma *parcela*, de um segmento dos efeitos desastrosos causados pelas crises financeiras, as quais, registre-se, não são exclusivamente produzidas por pessoas pertencentes a entidades bancárias[166]. Deveras, tendo presente a relevância da sociedade empresarial no desenvolvimento da economia em geral e do mercado financeiro em especial, o comportamento daqueles que gerem pessoas jurídicas não financeiras, mormente as constituídas sob sofisticadas sociedades anônimas, deve obrigatoriamente ser perscrutado e devidamente avaliado sob o ângulo penal, sob pena de ter-se tutela completamente ineficaz[167]. As delimitações inerentes a cada tipo penal e a impossibilidade de extensão do âmbito de incidência delituosa acarretam um *espaço vazio* sob o qual vicejam comportamentos ilícitos extremamente graves e abrangentes, mas que, pela ausência de melhor e mais precisa definição legal, acabam por suscitar impunidade, ou, na melhor das hipóteses, apenamento substancialmente leniente pelo Estado.

---

[164] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, cit., p. 13.

[165] BACIGALUPO, Silvina. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 13, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer, 2. sem. 2010. p. 123.

[166] MATA Y MARTIN, Ricardo Manuel. Estructura fundamental del delito de administración desleal, cit., p. 1547. Tem razão Rachel Sztajn quando observa a tendência migratória dos agentes econômicos que operam em mercados regulados, como o financeiro, para mercados menos ou nada regulados ou fiscalizados. Segundo Sztajn, o "elo mais frágil nessa cadeia está na falta de fiscalização de algumas atividades que atuam de forma paralela à do sistema financeiro na oferta de crédito e, em seguida, transferem riscos. A tensão entre operações reguladas e não reguladas dificulta a modelagem de novos riscos, sua valoração e tratamento contábil". STAZJN, Rachel. *Sistema financeiro*, cit., p. 157.

[167] Em tom semelhante, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Estudios de derecho penal económico*. Navarra: Thomson Reuters, 2009. p. 24.

Essa situação se revela de modo particularmente ilustrativo no crime de apropriação indébita, visto que limitado dogmaticamente às coisas alheias móveis e corpóreas[168]. Não fosse isso, é certo que os crimes contra o patrimônio se prendem historicamente à tutela da propriedade privada individual, conquanto se reconheça, a bem da verdade, e na esteira de Alamiro Velludo Salvador Netto, que a fronteira que separa dogmaticamente a proteção do patrimônio individual dos bens jurídicos coletivos ou transindividuais tem se tornado cada vez mais tênue e imperceptível na atualidade[169].

Fenômeno similar pode ser detectado em outras figuras delitivas, como nos crimes contra o sistema financeiro nacional, porquanto jungidos, em sua maioria, às entidades financeiras[170]; nos crimes falimentares, diante da condição objetiva de punibilidade atinente à decisão de quebra, de concessão da recuperação judicial e extrajudicial[171]. Isso tudo, evidentemente, sem mencionar o fato de que muitas dessas condutas desleais são praticadas com a anuência do órgão de administração, não se afiguram ontologicamente ilícitas e, em alguns casos, guardam até mesmo consonância com o objeto social da pessoa jurídica, como sucede com as concessões de prêmios e bônus milionários aos administradores[172], a utilização indevida de recursos sociais para questões eminentemente pessoais, a transferência para a sociedade de obrigações contratuais nas quais o beneficiário seja exclusivamente o administrador e a aquisição, em nome da pessoa jurídica, de bens a preços superfaturados em comparação ao mercado com a finalidade de beneficiar o vendedor[173].

---

[168] CUGAT MAURI, Miriam. La capacidad del derecho penal ante la mala gestión bancaria. *La Ley Penal*, n. 105, Sección Legislación Aplicada a la Práctica, Editorial Wolters Kluwer, nov.-dez. 2013. p. 7-8; MATA Y MARTIN, Ricardo Manuel. Estructura fundamental del delito de administración desleal, cit., p. 1548.

[169] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 20-21. Velludo Salvador Netto exemplifica essa tendência de aproximação com o revogado Código Penal espanhol de 1995, no qual a junção de bens jurídicos patrimoniais e coletivos emerge como "sintomática dessa linha fronteiriça que, gradativamente, se esgarça" (p. 20).

[170] Art. 1° da Lei n. 7.492/1986.

[171] Art. 180 da Lei n. 11.101/2005.

[172] CUGAT MAURI, Miriam. La capacidad del derecho penal ante la mala gestión bancaria, cit., p. 3; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Límites penales a la remuneración de los administradores? Apuntes sobre business judgment rule, pay for performance y administración desleal. In: *Derecho penal económico*. Buenos Aires: B de F, 2010. p. 168 e ss.

[173] SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *Delitos societarios y conductas afines:* la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. 4. ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2017. p. 538-539.

Dessarte, a despeito das críticas lançadas por alguns setores doutrinários[174], o delito de infidelidade patrimonial se encontra inegavelmente no epicentro da discussão acerca do papel do Direito Penal nas crises financeiras e bancárias. Bernd Schünemann, a propósito, o considera o delito econômico por excelência do nosso tempo[175]. Luís Greco, a seu turno, nele vislumbra o "dispositivo central do direito penal econômico alemão"[176], enquanto Silva Sánchez, ainda mais enfático, reputa-o, ao menos no que tange à modalidade omissiva levada a cabo mediante dolo eventual no contexto dos denominados negócios de risco, o "paradigma do delito do presente e do futuro"[177].

Em suma, é na busca de novos instrumentos de prevenção e repressão penal que se insere a administração desleal, a qual representa, em muitos ordenamentos jurídicos europeus, consoante demonstrado no capítulo anterior, "um dos pontos cardeais do moderno Direito penal econômico, tanto em sua realidade normativa, como aplicativa"[178]. Note-se que até mesmo pela perspectiva da *corporate governance*[179] a infidelidade patrimonial tem merecido a atenção da doutrina estrangeira, pois, como destacam Foffani e Nieto Martín, existe a tendência a atribuir ao delito *Untreue* um certo "papel promocional". Vale dizer: sob a óptica de Foffani e Nieto Martín, o operador do Direito lançaria mão do crime de infidelidade patrimonial como um instrumento penal suficientemente hábil a proporcionar a

---

[174] NAUCKE, Wolfgang. *El concepto de delito económico-político,* cit., p. 90.

[175] SCHÜNEMANN, Bernd. La administración desleal de los órganos societarios*:* el caso Mannesmann. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Ed.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Perú: Ara Editores, 2010. p. 15. Todavia, a despeito de todos esses predicados, merece atenção a observação de Alaor Leite no sentido de que, "a rigor, a infidelidade patrimonial é um clássico e antigo delito contra o patrimônio, constituído sob a forma de delito de resultado". LEITE, Alaor. Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa: violação do dever como elemento misto – ora em branco, ora da valoração global do fato – do tipo?. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 296.

[176] SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 7. No mesmo sentido: MATA Y MARTIN, Ricardo Manuel. Estructura fundamental del delito de administración desleal, cit., p. 1546. É por intermédio do tipo alemão de infidelidade patrimonial, salienta Luís Greco, que é resolvida grande parte dos recentes escândalos financeiros "do moderno direito penal econômico alemão: desde bonificações exorbitantes pagas a altos executivos, até a utilização de um 'caixa dois' (*schwarze Kasse*)". SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 14.

[177] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, cit., p. 11.

[178] FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán. Corporate governance y administración desleal, cit., p. 113.

[179] Optou-se pela manutenção do termo no idioma inglês porque, não obstante o criticável anglicismo, a expressão "governança corporativa" representa uma "péssima tradução literal" e que, a rigor, como explica Marcelo Vieira von Adamek, é "inexpressiva". ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas*). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 115.

implementação de uma nova e mais rigorosa ética nos negócios, sobretudo na esfera da administração das sociedades empresárias[180].

2.2. Síntese conclusiva

O injusto que fundamenta a criminalização da administração desleal não se confunde com a ideia de infidelidade ou de simples ruptura de uma relação de confiança. No caso da *Untreue*, a quebra da relação de fidúcia existente entre administrador e administrado corporifica somente o meio através do qual o agente perpetra uma agressão ao patrimônio de outrem. Apenas o prejuízo patrimonial proveniente da quebra do dever de proteção derivada da posição de garante assumida pelo administrador é que pode ensejar a atribuição de responsabilidade penal. Sob outro giro, o administrador ostenta faculdades mais amplas e abrangentes relacionadas à disposição do patrimônio administrado que o afastam do raio de incidência típica de outros delitos patrimoniais, com destaque para o crime de estelionato e de apropriação indébita.

As razões de política criminal que nortearam a criminalização da administração desleal – lacunas de punibilidade suscitadas principalmente pela incidência restrita dos crimes de apropriação indébita e de estelionato – e a configuração do delito a partir da quebra da relação de confiança estabelecida entre o administrador e o administrado causadora de um dano patrimonial, ou seja, a peculiar modalidade de ataque ao patrimônio de outrem, indicam a aptidão jurídico-penal do crime de infidelidade patrimonial para a tipificação das condutas surgidas no contexto das crises financeiras.

Concretamente: o Direito Penal não pode ficar alheio às crises financeiras. Exsurge descabido, senão cínico, o argumento de que as crises financeiras surgem espontaneamente como fenômenos da natureza, como se em abiogênese. Ainda que complexas ou sofisticadas, as condutas que ensejam a eclosão das crises econômicas representam obra do ser humano e, nessa condição, são reconduzíveis a uma pessoa ou grupo de pessoas perfeitamente individualizáveis. Além disso, os recentes escândalos financeiros demonstraram a insuficiência e a ineficácia de outros ramos do Direito na prevenção e na repressão de

---

[180] FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán. Corporate governance y administración desleal, cit., p. 113. A propósito, foi justamente sob o âmbito de incidência do delito de infidelidade patrimonial que diversos casos relacionados à má ou abusiva gestão empresarial foram dirimidos na Alemanha, como os rumorosos casos *Mannesmann-Vodafone* e *Siemens.*

diversos comportamentos acintosos a bens jurídicos. Essas circunstâncias sugerem a *imprescindibilidade do regramento penal* na resolução dos casos considerados mais graves sem que se desnaturem as clássicas categorias de responsabilização criminal, dando-se ênfase, na espécie, à posição de salvaguarda ou de garante daquele que exerce faticamente o poder de administrar o patrimônio de outrem.

Desse modo, à vista das razões político-criminais e do injusto que delineia a *Untreue*, o presente trabalho defende a necessidade de o Brasil criar uma infração penal capaz de colmatar as lacunas de punibilidade apontadas anteriormente e, ao mesmo tempo, proporcionar uma tipificação penal mais segura sob a perspectiva do bem jurídico protegido e do comportamento reputado delituoso[181], promovendo, em consequência, uma releitura das infrações penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, as quais, a nosso ver, apenas tangenciam ou apreendem parcialmente o injusto da *Untreue*.

Antes, contudo, impõe-se o estudo dos principais requisitos típicos que delineiam o crime de administração desleal.

A necessidade de abordarmos essa "teoria geral do delito de infidelidade patrimonial" deriva tanto de uma exigência dogmática, em ordem a que seja possível extrairmos a essência do crime à vista dos diversos modelos de incriminação[182], como de

---

[181] Schünemann, que também defende a aptidão da infidelidade patrimonial e suas variantes para tipificar condutas criminosas perpetradas na esteira das crises econômicas, é peremptório acerca da necessidade de criação dessa modalidade de infração penal para os países que, até o momento, não conhecem um tipo penal geral de infidelidade patrimonial. SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 199; no mesmo sentido, Jacobo López Barja de Quiroga, segundo o qual o delito de administração desleal é a "contrapartida penal necessária em um estado capitalista". BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 181, tradução livre. À luz da infidelidade patrimonial italiana, Miguel Reale Júnior é categórico sobre a necessidade de criação da infidelidade patrimonial no Brasil: "Por essas razões, entendo que se deva criminalizar a deslealdade do administrador que atua ou decide, em situação de conflito de interesses, em seu próprio favor, menosprezando o interesse social e a importância da empresa como centro criador de benefícios da coletividade e como ambiente propício ao seu próprio desenvolvimento pessoal e social. A empresa, por conseguinte, é sujeito de direitos, credora constante da lealdade e confiança de seus dirigentes e empregados. (...) No caso da infidelidade do administrador considero, no entanto, que a elevação da confiança e da lealdade como valores dignos de tutela penal, justifica-se pelos aspectos éticos de caráter institucional, mas a conduta a ser tipificada deve encontrar alguns limites no plano da efetiva ou potencial lesão ao patrimônio da empresa". REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Dever de lealdade do administrador na empresa e direito penal, cit., p. 238-239.

[182] Como põe em destaque Mariângela Gama Magalhães Gomes, os estudos acadêmicos de Direito Penal no Brasil têm-se dedicado preponderantemente à parte geral do Código Penal, muito embora seja na parte especial o ambiente na qual o legislador concretiza suas opções político-criminais e veicula, por intermédio dos tipos penais, seus dogmas. Ante a constatação de um prejudicial apartamento científico entre a parte geral e a parte especial do Estatuto Penal, Magalhães Gomes propõe que se adote uma nova postura em relação ao estudo da parte especial do direito penal em ordem a torná-la mais clara e dogmaticamente

uma imposição de cunho metodológico, visto que o exame dos elementos que integram a infidelidade patrimonial na generalidade dos tipos penais proporcionará base mais sólida para a formulação da proposta de tipificação brasileira.

verticalizada. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 4-7.

3. CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS SOBRE O DELITO DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL

3.1. O bem jurídico do delito de infidelidade patrimonial

Existe consenso doutrinário no sentido de que o bem jurídico da *Untreue* é o patrimônio[183]. É bem verdade que existem algumas opiniões intermediárias que enxergam no bem jurídico da infidelidade patrimonial societária o resultado da conjugação dos crimes patrimoniais aos delitos socioeconômicos[184], sobretudo porque, no mais das vezes, é no âmbito das sociedades empresárias que são praticados os comportamentos infiéis com maior e mais abrangente aptidão para a produção de um prejuízo patrimonial. A gestão desleal das pessoas jurídicas ganharia, por conseguinte, um perfil coletivo ou transindividual que sobejaria a lesão individualizada produzida contra o patrimônio alheio, mormente sob contexto das sociedades por ações. Ao fim e ao cabo, tomado o relevante papel das pessoas jurídicas no incremento do mercado nacional, a administração infiel acabaria por impactar o bom ou normal funcionamento das sociedades comerciais, a confiança dos investidores no mercado e até mesmo a higidez da ordem econômica[185]. Essa posição doutrinária parece não apreender, porém, que a integridade da ordem econômica ou o adequado funcionamento dos entes empresariais, a par de constituírem importantes valores para o desenvolvimento da

---

[183] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno,* cit., p. 75; PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 75 e ss.; BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 72; CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 146; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios,* cit., p. 366; JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*. Barcelona: Wolters Kluwer, 2016. p. 201; VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal:* criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016. p. 273; MATA Y MARTIN, Ricardo Manuel. Estructura fundamental del delito de administración desleal, cit., p. 1549; CARVALHO, Américo Taipa de. *Comentários Conimbricense do Código Penal:* parte especial, t. II, cit., p. 364; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial, cit., p. 27.

[184] Fenômeno notado por Alamiro Velludo Salvador Netto, sobretudo no Código Penal espanhol de 1995, a pluriofensividade de alguns delitos contra o patrimônio e a proteção de interesses supraindividuais tem determinado a aproximação, cada vez mais indetectável, dos crimes patrimoniais aos crimes contra a ordem socioeconômica. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada,* cit., p. 19.

[185] MATA Y MARTIN, Ricardo Manuel. Estructura fundamental del delito de administración desleal, cit., p. 1550. Adán Nieto Martín defende, por exemplo, que a proteção da economia e todas as suas projeções deve ser a principal meta político-criminal do crime de administração desleal, sem que se ignore a necessidade de proteção do acionista, sobretudo nas sociedades abertas. NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 256.

sociedade capitalista, não podem ser diretamente protegidos pelo Direito Penal porquanto demasiadamente vagos, indeterminados e, em certa medida, conceitualmente pobres[186].

Há, ainda, uma variante sustentando que, mesmo para aquelas modalidades de administrações desleais praticadas no ambiente societário, seria legítimo defender a lesão patrimonial como o interesse jurídico precípuo da tutela penal, fazendo-o, contudo, sob o prisma da proteção do patrimônio social. Esse posicionamento ganhou corpo, sem dúvida, em função da inserção da administração desleal no capítulo destinado aos delitos societários pelo legislador espanhol que concebeu o Código Penal de 1995, dentro do Título relacionado aos "Delitos contra o patrimônio e a ordem socioeconômica" e, obviamente, da configuração típica atualmente conferida ao artigo 2634 do Código Civil Italiano[187]. Nesse diapasão, analisando o tema sob o contexto do ordenamento jurídico espanhol antes da Reforma de 2015, preconizava Castro Moreno, fazendo-o sob o argumento de que a sociedade funcionava como titular e depositária dos bens administrados[188]. Demais, em face da redação do revogado artigo 295 do Estatuto Penal espanhol, Castro Moreno agregava à integridade do patrimônio social a proteção dos patrimônios dos sujeitos passivos mencionados na versão original do tipo penal, conquanto sem deixar de relembrar que o legislador deveria prever exclusivamente, como bem jurídico do delito, os interesses da sociedade e, mais precisamente, os interesses dos sócios, visto que são eles os proprietários da sociedade[189].

---

[186] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, cit., p. 183.

[187] MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari*, cit., p. 206; SESSA, Antonino. *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 400; BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 109 e ss.; MAZZACUVA, Nicola; AMATI, Enrico. *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 157.

[188] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, cit., p. 186. Igualmente, BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. p. 598-599; também, ROSAL BLASCO. Bernardo Del. Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del artículo 295 del Código Penal de 1995. In*:* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español:* estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 1255, que ainda entrevia no raio de proteção do então artigo 295 o patrimônio de terceiros distintos dos sócios e da sociedade.

[189] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, cit., p. 186. Em sentido semelhante, mas entrevendo também uma tutela mediata da estabilidade tráfico comercial: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; ROSO CAÑADILLAS, Raquel. La administración desleal societaria en el derecho penal español. *InDret 3 – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abr. 2010. p. 7 e ss. Atualmente, porém, dada a redação atribuída ao vigente artigo 252 do Código Penal espanhol, parece inexistir discrepância sobre a tutela de qualquer patrimônio alheio, seja ele societário ou não. Para tanto, JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 207.

De todo modo, a despeito das manifestações societárias como escopo da tutela penal, a consideração do patrimônio do bem jurídico protegido tem a inegável vantagem de afastar do raio de incidência do tipo penal a primeva e ultrapassada posição que vislumbrava na fidúcia ou na simples ideia de traição o objeto de proteção da norma incriminadora. Com efeito, tais conceitos se afiguram mais próximos de uma relação de caráter marcadamente pessoal que se estabelece entre o administrador e o titular dos bens geridos do que ao *liame normativo fundamentado na violação de deveres inerentes à guarda patrimonial*[190]. Não fosse isso, ganha-se indiscutivelmente em concreção, pois não se pode ignorar que a quebra de confiança tem caráter abstrato, de difícil percepção e ainda mais complexa demonstração de sua afetação[191], se comparada ao patrimônio.

3.1.1. O conceito de patrimônio no delito de infidelidade patrimonial

Uma vez delineado o bem jurídico do delito de administração desleal, impõe-se verificar qual o conceito de patrimônio que melhor se adaptará à configuração do delito de infidelidade patrimonial. Desse modo, será possível estabelecer com maior grau de determinação e certeza as balizas sob as quais se caracterizará o comportamento infiel delituoso. Além disso, dada a configuração da *Untreue* como um tipo genérico contra o patrimônio, a verificação da noção de prejuízo ou de dano será da essência da infração penal. Esse imperativo não constitui, contudo, tarefa de simples execução, haja vista as notórias repercussões do conceito jurídico de patrimônio em outros ramos do Direito, notadamente no Direito Civil[192], as variadas e multifacetárias modalidades de agressão patrimonial, e, ainda, os relevantes aspectos econômicos que, em maior ou menor medida, também acabam por conformar a noção jurídica de patrimônio. Sob esse contexto, serão analisadas as concepções teóricas que pretendem conceituar o patrimônio por intermédio de uma perspectiva penal e a eventual adoção, pelo Direito Penal brasileiro, de uma específica

---

[190] JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 201 e ss. A fidelidade, acrescenta ROSAL BLASCO, está mais adstrita ao meio por intermédio do qual a conduta delituosa é realizada do que propriamente ao objeto da tutela penal. ROSAL BLASCO. Bernardo Del. Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del artículo 295 del Código Penal de 1995, cit., p. 1252.

[191] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, cit., p. 366.

[192] Tanto assim que Alamiro Velludo Salvador Netto menciona a existência de um "projeto comum" entre o Direito Penal e o Direito Privado que acabaria por conferir uma "dupla proteção" à propriedade. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 35.

proposta teórica. Ao final, procurar-se-á indicar qual a concepção doutrinária de patrimônio que melhor se amolda ao crime de infidelidade.

O debate jurídico-penal sobre o conceito de patrimônio se desenvolveu dogmaticamente sob o contexto do crime de estelionato e a ideia de prejuízo patrimonial, notadamente na Alemanha [193]. Dessa discussão derivaram duas concepções teóricas principais, uma de caráter jurídico (*concepção jurídica de patrimônio*), outra de feição econômica (*concepção econômica de patrimônio*) [194]. Todavia, com os debates proporcionados pelo embate dessas duas correntes dogmáticas e a natural percepção de que suas conclusões eram insuficientes para a resolução de casos concretos, surgiram derivações teóricas do conceito de patrimônio que não podem ser ignoradas. Nessa toada, aparecem a teoria *eclética* ou *mista*, a teoria *pessoal* e *funcional*, e a teoria *dinâmica* do patrimônio, que, por sua relevância, merecerão abordagem individualizada neste capítulo.

3.1.1.1. A concepção jurídica de patrimônio

Pela *concepção jurídica*, cujo maior representante acadêmico é Binding, o patrimônio representa o conjunto de direitos subjetivos patrimoniais, não se atribuindo relevância à coisa, mas ao direito exercido sobre ela[195]. Desconsidera-se, assim, a relação fática estabelecida com o bem ou qualquer aspecto econômico para a conceituação do patrimônio[196]. O que importa para a perspectiva jurídica é o vínculo normativo ou o feixe de direitos existentes entre a coisa e seu titular, e não o valor conferido ao objeto que compõe individualmente o patrimônio; bens sem valor econômico mensurável, senão mediante

---

[193] PASTOR MUÑOZ, Nuria. La evolución del bien patrimonio en el seno del derecho penal patrimonial y económico. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013. p. 87 e ss. Para uma completa análise do bem jurídico protegido no estelionato, PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 57 e ss.

[194] O conceito penal de patrimônio não é unívoco. Existem, como defende Gallego Soler, vários patrimônios e, sobretudo, várias teorias jurídico-penais sobre o patrimônio, o que parece natural, acrescenta esse autor, em razão da necessidade político-criminal de adaptar o conceito às necessidades surgidas com as novas formas de agressão patrimonial e à evolução das relações socioeconômicas. GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Madrid: Editorial B de F, 2015. p. 96-97.

[195] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 32 e ss. Francesco Antolisei, por exemplo, é adepto da teoria jurídica do patrimônio, conquanto feitas certas concessões à perspectiva mista. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale:* parte speciale, I. 15. ed. Milano: Giuffré, 2008. p. 279 e ss.

[196] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada,* cit., p. 50 e ss.

critérios afetivos ou sentimentais, integram, pois, o patrimônio, na medida em que o titular tem a propriedade desses direitos, e a propriedade é um direito patrimonial.

Neste caso, o prejuízo também assume conotação jurídica, perfazendo-se com a perda de um direito subjetivo ou com a assunção de uma obrigação sem a contraprestação avençada, e não por intermédio de um "balanço econômico" realizado entre o antes e o depois do ato de disposição patrimonial[197], fato que, de algum modo, lhe atribui um "papel secundário", quiçá "inexistente", na estrutura conceitual do patrimônio, como pontua Carlo Longobardo[198]. Essa consideração exclusivamente jurídica do dano não pode passar ao largo na compreensão conceitual do patrimônio, pois interfere sensivelmente na estrutura típica dos delitos patrimoniais. E isso porque, ao menos implicitamente, o dano ou o prejuízo patrimonial sempre compõem o comportamento delituoso, revelando-se como "inerente à própria proteção do bem jurídico"[199]. Desse modo, ao se acolher a concepção jurídica do patrimônio, estar-se-ia conferindo aos crimes contra o patrimônio uma natureza jurídica que se lhes afigura estranha, quase exótica (delitos de perigo), e que, ao fim e ao cabo, gera demasiada ampliação dos espaços de punibilidade, em franca e indesejável violação do postulado da legalidade[200].

Adotada a conhecida metodologia de Binding acerca das distinções entre a norma e a lei penal, o Direito Penal teria caráter meramente acessório e secundário ao Direito Privado, recolhendo deste os subsídios e elementos necessários para a conceituação do patrimônio[201]. Não obstante, a acessoriedade do Direito Penal ao Direito Civil e, por conseguinte, a

---

[197] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 32. O conceito de patrimônio concebido por Binding, segundo recorda Nuria Pastor Muñoz, aproxima, ao menos normativamente, o delito de estelionato ao furto, "pois o ato de disposição efetuado materialmente pelo enganado pertence normativamente ao autor do engano (seria, pois, uma espécie de subtração em autoria mediata)". PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal: a la vez, una reflexión sobre la naturaleza y las premisas del concepto jurídico-penal de patrimonio y sobre sus raíces históricas en la dogmática de la estafa. *InDret*, 4/2016, Barcelona, 2016. p. 8.

[198] LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 31.

[199] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 112-113. Como explica Salvador Netto, os delitos de extorsão (art. 158), extorsão mediante sequestro (art. 159), e estelionato (art. 171) mencionam expressamente o resultado, embora por intermédio de outros termos, enquanto os crimes de furto (art. 155), roubo (art. 157) e apropriação indébita (art. 168) fazem-no implicitamente (p. 112).

[200] Em sentido similar: LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 37.

[201] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 102 e ss.

ausência de um conceito próprio de patrimônio representaram aspectos criticados da concepção jurídica[202].

O mesmo sucedeu com a perceptível desconsideração de qualquer elemento econômico na formulação do conceito, por acarretar, segundo José-Ignacio Gallego Soler, uma indevida restrição conceitual capaz de abrigar importantes situações econômicas que, em essência, não constituem emanação de direitos subjetivos[203]. Ao mesmo tempo, continua Gallego Soler, a concepção jurídica apresenta-se paradoxalmente abrangente ao tutelar interesses desprovidos de qualquer significação econômica, como no exemplo da carta de amor, cujo valor se esgota no afeto a ela dedicado, salvo se se tratar, *v.g.*, de epístola de um personagem famoso, daí adquirindo valor de mercado[204].

Uma outra ressalva lançada contra a concepção jurídica diz respeito às situações de perigo patrimonial, notadamente aquelas que veiculam perigo abstrato, na medida em que deixam intacta a relação jurídica entre o sujeito e o bem, ou seja, "desmaterializam" a ideia de dano, de prejuízo, e, por conseguinte, fundamentam o castigo de situações que traduzem simples desobediência[205].

Por fim, porém não menos importante, por não integrarem o conceito jurídico de patrimônio, pela óptica da teoria jurídica ficariam excluídos do campo de proteção penal as expectativas de direitos e aqueles bens que, pelo Direito Civil, não gozam de proteção jurídica, como sucede com os *negócios ilícitos*, ou seja, aqueles levados a efeito em contrariedade ao ordenamento[206]. Essa situação assume inegável relevo, por exemplo, na discussão da tipificação do crime de administração desleal em relação aos pagamentos de

---

[202] Embora, como assinala Nuria Pastor Muñoz, não se possa descartar certo mérito na teoria jurídica ao estabelecer que os conceitos inerentes ao Direito Penal não devem desprezar as influências advindas de outros ramos do Direito. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 33-34.

[203] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 110 e ss.

[204] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 110 e ss.

[205] LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale,* cit., p. 35-36.

[206] Conquanto repute excluída da proteção penal a pretensão que não encontra fundamento no ordenamento jurídico, Antolisei considera albergadas as expectativas de direito sob o fundamento de que elas são protegidas pelo Direito através do ressarcimento dos lucros cessantes. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale,* cit., p. 280-281.

vantagens indevidas pelos administradores das sociedades empresárias no crime de corrupção ativa[207], o que se será objeto de análise adiante[208].

3.1.1.2. A concepção econômica do patrimônio

A teoria jurídica do patrimônio foi preponderante na jurisprudência alemã até meados da primeira década do século XX, mais precisamente até 14 de dezembro de 1910, ocasião na qual o Tribunal do Império alemão (*Reichsgericht*) adotou expressamente a *concepção econômica do patrimônio*[209]. Mesmo antes de 1910, contudo, já existiam vozes na doutrina sustentando que o conceito de patrimônio para fins penais deveria abranger situações que não se circunscreviam ao exercício do direito de propriedade. Foi Merkel, segundo aponta Nuria Pastor Muñoz, o primeiro a preconizar a inserção de elementos materiais na conceituação jurídica do patrimônio, defendendo, em síntese, que a ideia de prejuízo deve partir da conjugação da afetação ao direito patrimonial à perda material[210]. Esse entendimento foi acolhido pelo *Reichsgericht* em 1887, quando se elaborou uma teoria de viés objetivo-individual para a caracterização do prejuízo patrimonial, segundo a qual o cálculo do prejuízo deve ser aferido por intermédio do "impacto individual" do comportamento na esfera patrimonial da vítima; outrossim, de acordo com o *Reichsgericht*, cogitar-se-ia de prejuízo somente se houvesse a diminuição do valor do patrimônio em conformidade com os padrões atribuídos pelo mercado *e* se houvesse a minoração do valor da utilidade da coisa para o seu proprietário[211].

A teoria econômica ou *fática*[212] do patrimônio encontra-se assentada na ideia de valor ou de capacidade econômica, de sorte que a função do Direito Penal se resolve na proteção de situações fáticas indicadoras de poder econômico[213]. O patrimônio de uma pessoa

---

[207] Nesse sentido: PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 4.

[208] Capítulo 3.1.4.

[209] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 100 e ss.; PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 35 e ss.

[210] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 34.

[211] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 34 e ss.

[212] Crítica, Nuria Pastor Muñoz, para quem a denominação "fática" é incorreta, na medida em que, mesmo na concepção económica, existe um grau de valoração na conceituação do patrimônio e não mera descrição ontológica. LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 8.

[213] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 38 e ss.

compõe-se, assim, de bens econômica ou monetariamente aferíveis, e o que importa, para o penalista, é a capacidade de circulação econômica desses bens e valores[214]. No caso, o prejuízo patrimonial ficará condicionado à diminuição do valor do patrimônio considerado global ou universalmente. Como ilustra Salvador Netto, pelo filtro da perspectiva econômica os delitos patrimoniais "passam a ter a sua consumação dependente de um critério contábil"[215] cuja obtenção depende da *medição do antes e do depois*: como estava o patrimônio antes do comportamento delituoso e como ele ficou depois.

Deveras, ao não levar em consideração outros atributos que não os de caráter econômico, a teoria fática aspira inegavelmente à criação de um conceito próprio e original de patrimônio para o Direito Penal[216], que não se importa com a forma do negócio jurídico e até mesmo com a ilicitude da situação que desencadeou a lesão patrimonial; no limite, o sujeito ativo de delitos patrimoniais (furto, receptação, apropriação indébita) ou da contravenção penal de "jogo do bicho" pode figurar como sujeito passivo do estelionato. Como pondera Gallego Soler, pela óptica econômica tem-se proteção penal patrimonial em relação às obrigações naturais, ou seja, aquelas juridicamente inexigíveis, às pretensões nulas, aos segredos industriais e empresariais, e também às "situações antijurídicas", desde que, evidentemente, possuam alguma relevância ou conotação monetária[217].

A concepção econômica do patrimônio, ao menos a sua linha extremada ou radical, isto é, que defende a disciplina do patrimônio sem nenhum recurso ao Direito Privado, recebeu tantas críticas como outrora ocorreu com a teoria jurídica; e por motivos semelhantes, inclusive, visto que também se lhe imputou o fato de afigurar-se argumentativamente circular e substancialmente lacônica na resolução dos problemas[218].

Detectou-se, entretanto, um obstáculo ainda mais grave na teoria econômica do patrimônio. Com efeito, embora não se possa deixar de reconhecer mérito na tentativa de construir um conceito eminentemente penal de patrimônio, a adoção sem temperamentos da

---

[214] LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale,* cit., p. 38.

[215] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada,* cit., p. 57.

[216] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 120.

[217] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 128 e ss. Como explica Gallego Soler, o conceito econômico "somente protege posições que possuam um valor em dinheiro, mas *todas* as posições que contenham dito valor" (p. 134).

[218] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 37; GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 135-136.

concepção econômica dá azo a inaceitáveis *contradições valorativas* dentro do sistema jurídico, ferindo de morte a noção de unidade e de segurança jurídica. Concretamente: o Direito Penal não pode tutelar aquilo que, simultaneamente, passa ao largo do Direito Civil, suscitando, com isso, visíveis "antinomias normativas"[219].

Em verdade, a aplicação das premissas que norteiam a teoria econômica do patrimônio deixaria sem respostas algumas situações penalmente castigáveis desde que tenha havido, por exemplo, o enriquecimento do sujeito passivo do crime, o que gera, no mínimo, algum desconforto em termos de justiça material. Veja-se, sob esse contexto, o didático caso ilustrado por Carlo Longobardo acerca do delito de infidelidade patrimonial, no qual o comportamento do administrador ou tesoureiro de uma organização criminosa deva ser punido em razão da subtração ou do desvio de bens pertencentes a essa "sociedade"[220]. No ponto, aplicando-se a concepção econômica pura, que desconsidera por completo a licitude da relação jurídica, cogitar-se-á de sanção no campo penal tão somente pelo fato de as coisas subtraídas ou desviadas pelo administrador ou tesoureiro ostentarem alguma relevância econômica para o círculo do comércio. Além disso, pode-se também criticar o fato de a concepção econômica subordinar a intervenção do Direito Penal à necessária ocorrência de um desequilíbrio econômico-patrimonial. Dessarte, tornar-se-ia possível a exclusão da punibilidade do comportamento criminoso todas as vezes em que houvesse o ressarcimento do dano ou a restituição da coisa afetada a seu titular[221].

Por derradeiro, ao preconizar a proteção patrimonial para aquelas situações economicamente relevantes, embora juridicamente nulas ou ilícitas, a visão econômica do patrimônio acaba por albergar abstratamente todo tipo de relação ou comportamento, minando, assim, o terreno da certeza sobre o qual viceja a regra constitucional da tipicidade[222] e se tornando uma insuficiente ferramenta dogmática para a resolução de necessidades que surgem em contextos concretos[223].

---

[219] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 138 e ss.; LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 41.

[220] LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 41. As aspas foram apostas no texto original.

[221] Assim, LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 40 e ss.; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*, cit., p. 281.

[222] LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 41.

[223] Como adverte Gallego Soler, "Ao importar na configuração patrimonial tão somente parâmetros objetivos, o objeto de proteção parece ser o patrimônio desconectado totalmente de seu titular: se protege um patrimônio enquanto tal, e não por ser o patrimônio de uma pessoa concreta que condicione suas concretas

3.1.1.3. A concepção mista jurídico-econômica do patrimônio e seus critérios corretivos

A busca de uma resposta que soasse satisfatória na conceituação de patrimônios pertencentes a pessoas determinadas e, simultaneamente, preservasse a integridade e a coerência interna do sistema jurídico ensejou a necessidade de adaptações e algumas correções de recorte jurídico na concepção econômica do patrimônio. Sob esse contexto surgiram as teorias de conteúdo eclético, denominadas doutrinariamente de *teorias mistas jurídico-econômicas*, as quais buscam achar um "ponto de equilíbrio" entre as duas outras vertentes, e cuja essência reside, em suma, na conjugação de elementos pertencentes às concepções jurídica e econômica, conquanto – é imperioso dizê-lo desde já – sem operar qualquer reflexão acerca do conceito penal do patrimônio.

Esse "pragmatismo" teórico motivou a crítica de Nuria Pastor Muñoz no sentido de que, em vez de pensar um conceito de patrimônio que fosse adequado ao Direito Penal, as teorias mistas se limitaram a "resolver casos problemáticos" advindos de situações concretas nas quais tanto a concepção jurídica como a concepção econômica se mostraram escassas e insuficientes[224]. Demais disso, na medida em que a perspectiva jurídico-econômica haure o conceito de patrimônio da simples união de caracteres jurídicos e de caracteres econômicos, parece até mesmo intuitivo que, a depender da ênfase que se outorgue a cada componente na composição do patrimônio, a heterogeneidade desses elementos não proporcione apenas uma, mas *várias teorias mistas*[225]. Em outro dizer: ora se considerará o patrimônio como a soma dos direitos patrimoniais economicamente aferíveis titularizados por uma pessoa, atribuindo-se, no ponto, relevância ao aspecto jurídico, ora se o considerará o mero resultado da conjugação de elementos com valor apreciável economicamente, mas juridicamente limitados, conferindo-se, agora, preponderância ao caráter econômico na elaboração do conceito – que não deixa de ser jurídico! – de patrimônio[226].

---

possibilidades de participação no sistema econômico". GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 142, tradução livre.

[224] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 39.

[225] Se, alega Gallego Soler, as teorias jurídica e econômica apresentavam alguma unidade em relação às consequências concretas que derivavam de suas premissas, nas teorias mistas "somente existe unidade quanto ao ponto de partida". GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 147, tradução livre. Em sentido análogo: LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 43 e ss.

[226] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 39.

De toda sorte, a nota fundamental que norteia a caracterização do patrimônio para a teoria mista ou eclética – e suas respectivas variações – é a submissão ao ordenamento jurídico, ou seja, considera-se patrimônio aquilo de que economicamente dispõe alguém, desde que com o consentimento – ou, no mínimo, sem a desaprovação – do ordenamento jurídico como um todo[227]. Dessa forma, sob o contexto da teoria mista econômico-jurídica inserem-se no conceito de patrimônio os direitos subjetivos reais ou obrigacionais que ostentem valor econômico, as expectativas de incremento do patrimônio que se revelem prováveis e que possam constituir objeto de negociação de matiz econômico, os segredos empresariais, a clientela consolidada de um comerciante, as obrigações naturais, contanto que seu valor seja realizável, e as prestações laborais, também denominadas de "força de trabalho", haja vista seu potencial significado econômico, como na hipótese de alguém se dispor a pagar pelo desempenho desse trabalho[228]. Outrossim, figurará como vítima de estelionato aquele que, incumbido da execução de determinada tarefa, ao fazê-la, não recebe a contraprestação devida e ajustada em razão da utilização de algum expediente considerado fraudulento[229].

Sob outro giro, dada a importância do recorte jurídico conferido ao patrimônio e a correspondente necessidade de preservar a todo custo a unidade do sistema jurídico em ordem a evitar as citadas contradições valorativas, para os adeptos da teoria mista os bens titularizados por alguém em desconformidade com o Direito *não compõem o conceito penal de patrimônio*[230].

É certo que, como observa Gallego Soler, não existe uniformidade dogmática acerca do tratamento dos bens que foram obtidos "antijuridicamente", além, obviamente, da mencionada necessidade de preservação da unidade do ordenamento jurídico[231]. Dessa forma, em consonância com o maior ou menor grau de influência das normas de Direito Privado na verificação da validade e da eficácia de situações concretas na formulação do conceito penal de patrimônio, serão variados os matizes ou recortes jurídicos atribuídos pelos

---

[227] Como recorda Alamiro Velludo Salvador Netto, "a teoria mista sempre pressupõe um valor da realidade econômica, a qual é limitada, mas jamais excluída pelas formas jurídicas". SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada,* cit., p. 64-65.

[228] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 160 e ss.

[229] Assim, SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada,* cit., p. 62 e ss.

[230] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 164 e ss.

[231] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 167.

adeptos das teorias ecléticas, encontrando-se posicionamentos que defendem a consideração, como patrimônio, de elementos que (i) não estão desaprovados pelo ordenamento jurídico, que (ii) foram juridicamente reconhecidos, que (iii) ostentam alguma aprovação do ordenamento jurídico, que (iv) se encontram juridicamente protegidos, e, por fim, de elementos que (v) se concretizam em um direito subjetivo patrimonial[232].

Na atualidade, a teoria mista jurídico-econômica é a mais adotada pela doutrina e pela jurisprudência na Alemanha, Espanha e Itália[233]. E, se é verdade que ela apresenta inúmeras vantagens sobre a teoria jurídica do patrimônio, sobretudo em virtude do manejo dos variados recortes normativos, é forçoso admitir que ela não é, de qualquer modo, indene às diversas críticas. Em primeiro lugar, imputa-se-lhe a exclusão da tutela penal em relação a algumas situações econômicas complexas não acobertadas pelo ordenamento jurídico segundo os postulados da teoria jurídico-econômica, como no caso do estelionato perpetrado sobre recursos provenientes de crime, ou do trabalhador imigrante em regime de irregularidade trabalhista com quem se avença contrato verbal sabendo o empregador que a ele não pagará nada. Em razão disso a teoria mista soa indevidamente restritiva à luz de razões político-criminais, mormente em função do aparecimento de amplos espaços de impunidade penal em setores considerados economicamente relevantes da sociedade[234].

Em segundo lugar, ao exigir conteúdo econômico para a caracterização do patrimônio, a teoria mista restringe o objeto material dos delitos patrimoniais, afastando do raio de proteção penal aqueles bens cuja importância reside exclusivamente em relações de cunho sentimental ou afetivo[235]. Conquanto isso não constitua propriamente um defeito, mas, talvez, uma espécie de "efeito colateral" da implementação desse modelo teórico, a

---

[232] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 167.

[233] SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 195; PASTOR MUÑOZ, Nuria. La evolución del bien patrimonio en el seno del derecho penal patrimonial y económico, cit., p. 90; GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 145-146; BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 74 e ss. No Brasil, Alamiro Velludo Salvador acolhe um "conceito jurídico-econômico matizado de patrimônio", de sorte que somente haverá relevância penal no comportamento que ostentar certa "dimensão econômica". Neste caso, explica Alamiro Velludo Salvador Netto, subsiste a instrumentalidade patrimonial da salvaguarda penal, mas ela é definida em termos genuinamente econômicos, como uma "instrumentalidade econômica". É esse mesmo raciocínio, pontua Salvador Netto, "que permite, diante do aspecto subsidiário e fragmentário do sistema criminal, decidir, político-criminalmente, pela não relevância criminal de delitos que recaiam sobre objetos de valores irrisórios". SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 115-116.

[234] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 177.

[235] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada,* cit., p. 65 e ss.

perspectiva eclética de patrimônio cria a divisão metodológica dos crimes patrimoniais em sentido amplo (delitos contra a propriedade) e crimes patrimoniais em sentido estrito, o que rendeu acalentados debates doutrinários, jurisprudenciais e até legislativos, como sucedeu com o ordenamento jurídico espanhol[236].

Por derradeiro, atribui-se-lhe a utilização obrigatória de *critérios corretivos* para a resolução de situações concretas, notadamente para a aferição do prejuízo patrimonial, haja vista a insuficiência do método do "balanço contábil", fato que, em algumas situações, gera "incongruências sistemáticas", como notado por Gallego Soler[237]. Essas incongruências são, por exemplo, colocadas em evidência no caso de *obrigações bilaterais* nas quais o sujeito passivo do delito acredita não ter amargado prejuízo ao receber bem diverso daquele ajustado. Nesta hipótese, tendo presente que, pela teoria mista ou eclética, o elemento de índole subjetiva, isto é, a opinião ou a percepção da vítima sobre a existência de prejuízo, afigura-se completamente ocioso para a configuração da proteção patrimonial, o fato de ela ter recebido coisa de natureza distinta, mas com a mesma projeção ou significação econômica, isto é, com o mesmo valor, desnatura juridicamente a ideia de perda patrimonial diante da formal manutenção "aritmética" do equilíbrio do balanço contábil[238].

Conclui-se, portanto, ser quase intuitiva – ou mesmo necessária diante da força dos fatos – a constatação de que o prejuízo patrimonial contempla hipóteses que efetivamente transcendem os casos de mera diminuição contábil do patrimônio. Como aludiu José-Ignacio Gallego Soler, o patrimônio parece ser "algo mais" do que a mera soma de bens economicamente mensuráveis e juridicamente reconhecidos[239]. A necessidade de manejar ferramentas corretivas e outras adaptações *ad hoc* direcionadas à resolução de problemas concretos colocou em evidência a escassez dogmática do critério jurídico-econômico e, ao mesmo tempo, fez realinhar o foco sobre a pessoa do titular dos bens, a qual passará a

---

[236] Por todos, com referências sobre a discussão, sobretudo no âmbito do Direito Penal espanhol: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada,* cit., p. 64 e ss. e 83 e ss.

[237] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 176.

[238] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada,* cit., p. 69 e ss. Como destacado por Alamiro Velludo Salvador Netto, os "bens são vistos apenas em seu valor de troca e, destaca-se, o homem torna-se uma espécie de *homo economicus*, cuja individualidade na decisão de querer isto ou aquilo é reduzida a uma regra de mercado". SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada,* cit., p. 69-70.

[239] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 176.

representar o eixo da definição jurídico-penal de patrimônio, proporcionando, por conseguinte, o aparecimento de uma teoria de perfil *pessoal* e *funcional*.

3.1.1.4. A concepção pessoal e a concepção funcional do patrimônio

A consideração da pessoa do titular e suas necessidades na formulação do conceito de patrimônio representa uma substancial mudança de paradigma em comparação às teorias objetivas, que vislumbravam na qualificação econômica dos bens a causa primeira da proteção patrimonial. Com efeito, ao conceber o patrimônio como uma unidade apta a proporcionar o desembaraçado desenvolvimento da pessoa, a concepção pessoal muda o núcleo de análise do patrimônio e passa a configurá-lo a partir da pessoa de seu titular, ou, mais precisamente, a contar da relação que foi concretamente estabelecida entre a pessoa (titular) e os objetos e coisas que integram o patrimônio[240].

Atribui-se a Otto o desenvolvimento da concepção pessoal do patrimônio[241]. Observa Gallego Soler, contudo, que, mesmo antes de Otto, Bockelmann (1944) e Hardwig (1956) já haviam elaborado aproximações teóricas à perspectiva pessoal do patrimônio derivadas de uma análise crítica da concepção econômica[242]. Deveras, tanto Bockelmann como Hardwig destacaram a ideia de que o patrimônio corporificaria o âmbito sob o qual se desenvolveria a personalidade da pessoa; assim, conferindo-se primazia à pessoa do titular, o patrimônio traduziria, de fato, uma *expressão de forma de vida*, e somente ao seu titular competiria decidir a maneira mais adequada de estruturá-lo. Otto, por sua vez, verticalizara a análise conceitual do patrimônio à luz da pessoa, agregando a ele a necessidade de preservar a função do Direito Penal mediante o estabelecimento da proteção do bem jurídico. Adotando como premissa a proteção do valor de uso da coisa como algo atrelado ao desenvolvimento da personalidade, Otto conceituara o patrimônio como uma unidade pessoalmente estruturada que assegura o desenvolvimento da pessoa em um específico âmbito, qual seja, o patrimonial[243]. Dessa forma, desponta uma relação de domínio entre a pessoa e o bem, na qual aquele confere a este um determinado potencial econômico, reconhecido tanto pelo ordenamento jurídico como pela sociedade, que enxerga no bem a aptidão para servir ao

---

[240] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 180.

[241] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 44.

[242] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 183 e ss.

[243] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 187.

círculo econômico. Note-se que, por essa perspectiva, o patrimônio se reflete na *potencialidade econômica de seu titular*, e a razão de ser de sua proteção penal não radica na particular significação econômica dos bens que o compõem abstratamente, como defendido pelas teorias de matiz econômico, mas nas relações que são desenvolvidas entre o sujeito (titular do patrimônio) e esses objetos concretamente considerados[244].

Sob esse panorama, ganha relevância a presença da *pessoa* na concepção do patrimônio. Vale dizer: se antes o que importava era a proteção jurídica conferida a significação econômica atribuída pelo mercado por intermédio de uma valoração global, agora assumem protagonismo a pessoa do titular e as finalidades por ele atribuídas a esse patrimônio. A utilidade da coisa para a satisfação das necessidades e os interesses de determinada pessoa incorporam-se, pois, na configuração do patrimônio, haja vista que isso atende a exigências de justiça material[245] e, concomitantemente, prestigia a ideia de que o patrimônio não representa uma simples soma de bens, mas uma verdadeira *emanação concreta do desenvolvimento da personalidade do próprio sujeito de direito*[246].

Dado o caráter "personalíssimo" do modelo teórico sob estudo, a noção de patrimônio se confunde com a de "potencialidade econômica" do sujeito de direito, a qual se funda na capacidade de disposição dos bens sobre os quais a sociedade reconhece algum significado econômico, consoante destaca Carlo Longobardo, na esteira das conclusões de Otto[247]. Desse modo, o prejuízo patrimonial restará caracterizado no momento em que houver alguma limitação ou embaraço dessa potencialidade econômica, o que sucede todas as vezes nas quais incida obstáculo, descaminho ou redução do *poder de disposição do titular* sobre os meios econômicos e a respectiva produção de prejuízo ou frustração às finalidades econômicas que são perseguidas pelo titular do patrimônio[248].

Note-se, a propósito, que, ao eleger o poder de disposição sobre a coisa como critério fundante da ideia de prejuízo, a concepção pessoal parece outorgar preponderância à função conferida ao bem pelo seu titular em relação à tutela desse bem considerado singularmente. Sob esse prisma, e esse parece ser um dado fundamental da concepção de contorno pessoal,

---

[244] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 188 e ss.

[245] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 70.

[246] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 179.

[247] LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 47 e ss.

[248] Em sentido similar, LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 47 e ss.

o patrimônio deixa de apresentar caráter estático, inerte, passando a ser observado dinamicamente "em função de sua capacidade de efetivar o desenvolvimento da pessoa"[249]. Destarte, pela perspectiva de índole pessoal, o delito de estelionato não atingiria o patrimônio isoladamente considerado, mas o poder ou a liberdade de disposição do sujeito, fato que, aliás, tem constituído uma das críticas dirigidas à concepção pessoal[250], consoante se tratará mais adiante neste trabalho.

A utilidade do bem para a satisfação das necessidades e dos interesses pessoais na composição do patrimônio e o tratamento do prejuízo como uma violação da liberdade de disposição desse patrimônio têm atribuído à concepção pessoal um indisfarçável aspecto instrumental ou *funcional*. De fato, a teoria pessoal vislumbra o patrimônio como meio ou instrumento para a satisfação das necessidades do indivíduo. Daí a alegação de Gallego Soler no sentido de que as teses pessoais são também funcionais[251]. Dá-se primazia, assim, àquilo que o titular espera, àquela expectativa pessoal que ele tem sobre a utilidade da coisa; desse modo, o dano patrimonial não se qualifica pelo valor intrínseco da coisa, mas pela frustração do uso ou emprego dela segundo as finalidades almejadas e estipuladas pelo titular da massa patrimonial[252].

A perspectiva pessoal-funcionalista representou, sem dúvida, um sensível avanço na conceituação penal do patrimônio, seja pela desconsideração do uso de critérios corretivos *ad hoc*, seja pelo fato de proporcionar uma releitura personalista do conceito de patrimônio. Além disso, ela preconiza um tratamento unitário dos delitos contra o patrimônio, repelindo a diferenciação entre crimes contra a propriedade e crimes contra o patrimônio. E, ao contrário do que fazia a concepção eclética do patrimônio, o fator preponderante para a consideração de um determinado bem ou direito como objeto patrimonial não é mais seu valor econômico intrínseco, mas a sua aptidão para promover e incrementar a personalidade

---

[249] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 79.

[250] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 46 e, particularmente. p. 52 e ss.

[251] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 190.

[252] Assim, como bem o ilustra Alamiro Velludo (*Direito penal e propriedade privada:* a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 79-80), "questões como a entrega de objeto diverso do pactuado podem ser claramente inseridas no conceito de estelionato, uma vez que a identidade contábil das prestações não necessariamente é compatível com o valor de uso ou emprego a ser dado pelo sujeito à determinada coisa".

do sujeito, ou, como didaticamente observa Gallego Soler, a sua "suscetibilidade para servir ao desenvolvimento econômico de uma pessoa"[253].

Não obstante, a despeito desse elogiável progresso, não se pode deixar de observar que a teoria pessoal do patrimônio tem sido criticada pelo seu elevado grau de subjetivismo, ou seja, pela sua acentuada dose de imprecisão, na medida em que a configuração do patrimônio encontra-se condicionada à funcionalidade atribuída pelo seu titular[254]. Nesse sentido, a noção de prejuízo propugnada pela teoria pessoal também é alvo de desaprovação sob o argumento de que ele, ao depender da perspectiva de uma determinada pessoa no que tange à sua estruturação e às suas finalidades, e não de um observador isento, externo, revela-se igualmente indeterminado, fluido, causando, por conseguinte, fricções com o princípio da legalidade estrita (mandato de certeza)[255].

Por fim, e conforme adiantado alhures, alude-se a que a concepção pessoal transformaria o estelionato em um crime contra a liberdade de disposição do bem, ou, especificamente, contra a liberdade de formação da vontade no processo decisório, desnaturando-o como legítima infração penal contra o patrimônio. Neste caso, as consequências do ato – viciado por força do expediente enganoso do sujeito ativo do delito – de disposição patrimonial seriam juridicamente irrelevantes[256], e a instrumentalização da

---

[253] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 225. O prejuízo patrimonial, por conseguinte, não decorre da mera diminuição aritmética do valor econômico do patrimônio, mas da "redução do potencial econômico do proprietário", como explica Gallego Soler. Assim, é possível cogitar a ausência de prejuízo patrimonial mesmo para os casos que apresentem diminuição numérica, mas, ao revés, não gerem qualquer frustração nas expectativas pessoais ou nos fins almejados pelo titular do patrimônio (p. 225-226, tradução livre).

[254] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 45. Igualmente, GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 227 e ss., e SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 82-83.

[255] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 228. Nuria Pastor Muñoz recorda, contudo, e com razão, que tomar em consideração o sujeito na conceituação do patrimônio não significa subjetivismo – este sim merecedor de crítica – e que é juridicamente válido o exame das circunstâncias pessoais do sujeito desde que submetido a critérios objetivos. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 46. Em sentido similar, asseverando a utilidade da teoria pessoal-funcional por ela "responder à realidade" e pelo fato de o patrimônio não poder ser interpretado à margem das funções a ele atribuídas, BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos*, cit., p. 77.

[256] Na medida em que o titular do patrimônio tem a prerrogativa de ordená-lo da maneira que melhor lhe aprouver, haverá lesão a essa prerrogativa todas as vezes em que o engodo substitui a vontade da vítima pela do sujeito ativo; nessa toada, exsurgirá ociosa para a tipificação penal do estelionato a variação econômica do patrimônio para o menos (diminuição) e também para o mais (majoração patrimonial).

vítima assumiria um conteúdo autônomo em relação ao injusto penal, tornando a ideia de prejuízo patrimonial sem qualquer sentido próprio, ou seja, vazia de conteúdo[257].

3.1.1.4.1. Concepção pessoal de patrimônio: aplicação às pessoas jurídicas?

O papel preponderante das sociedades empresárias na seara da criminalidade econômica[258] e o fato de que, nas sociedades por ações, a divisão entre a propriedade do capital e o controle da companhia propicia o aparecimento de conflitos de interesse[259] impõem uma abordagem específica acerca da possibilidade de aplicação da concepção pessoal-funcional do patrimônio aos entes coletivos. E isso porque o reconhecimento do conceito pessoal-funcional como meio ou instrumento de satisfação de interesses pessoais e de incrementação e de projeção da personalidade do sujeito pode suscitar alguma perplexidade acerca de sua eventual incidência em relação ao patrimônio das pessoas jurídicas. Concretamente: partindo do pressuposto de que os entes coletivos são sujeitos de direitos e obrigações por expressa determinação legal[260], aplicando-lhes, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade[261], e que grande parte das infidelidades patrimoniais é levada a efeito no âmbito das sociedades empresárias, deve-se perquirir até que ponto é

---

[257] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 49 e p. 52 e ss.

[258] Sobre a protagonismo das sociedades empresárias como veículo de expansão da economia e instrumento de comportamentos criminosos, SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *Delitos societarios y conductas afines,* cit., p. 85 e ss.

[259] PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Tratado de direito penal econômico,* cit., v. I, p. 19. O conflito de interesses tem previsão expressa no art. 156 da Lei das S/A: "É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse. § 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros. § 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido".

[260] Cf. art. 50 e art. 1.022 do Código Civil brasileiro.

[261] Cf. art. 52 do Código Civil brasileiro. Ainda sob a vigência do Código Civil de 1916 asseverava Carlos Alberto Bittar que os direitos da personalidade, tais como o direito ao nome, à marca, a símbolos e também à honra, eram "plenamente compatíveis com pessoas jurídicas". BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 13. Sobre a possibilidade de a pessoa jurídica ostentar reputação e conceito perante a sociedade e, portanto, sofrer dano moral à honra objetiva, ver, por todos, CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 342 e ss. Contra: SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 412 e ss. No plano jurisprudencial, a questão foi pacificada com a edição da Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça, que portou o seguinte verbete: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

possível aceitar a aplicação da teoria pessoal para a resolução dos casos envolvendo a proteção penal e a caracterização do prejuízo.

Em primeiro lugar, registre-se ser fora de dúvida que as pessoas jurídicas são titulares de direitos autônomos e, nessa condição, podem figurar como sujeito passivo de delitos[262], sobretudo os patrimoniais, dada a sua importante função econômica nas sociedades do mundo capitalista. Sob esse contexto, o art. 46, VI, do Código Civil brasileiro determina que o registro da pessoa jurídica declarará "as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso". Em segundo lugar, se pela óptica da concepção pessoal a consideração penal do patrimônio pressupõe a verificação dos fins a ele atribuídos pelo titular, haveria nos entes coletivos uma clara conotação funcional, na medida em que toda pessoa jurídica necessariamente nasce com uma finalidade[263] e ostenta um objeto social[264], ambos delineados quando de sua constituição perante o órgão competente.

Nesse sentido, observa com percuciência José-Ignacio Gallego Soler que, talvez até mesmo mais do que ocorre com as pessoas físicas, a existência do objeto social nas pessoas jurídicas constituiria um *marco normativo* sob o qual as finalidades de cada pessoa jurídica estariam perfeitamente delineadas, mormente nas sociedades empresárias, por conformarem seu patrimônio visando a maximização do lucro[265]. Assim, a pessoa jurídica seria, por excelência, *um ente funcional*, isto é, destinar-se-ia necessariamente à concretização de uma

---

[262] BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral; t. 2º: fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 141; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2. p. 114; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 17. edição, São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 293.

[263] Cf. art. 46, I, do Código Civil brasileiro e art. 2º da Lei n. 6.404/1976.

[264] Cf. art. 997, II, do Código Civil brasileiro. De fato, o objeto social da sociedade representa, como põe em relevo Rubens Requião (*Curso de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 24-25), "o fim comum" do ente coletivo, ao qual todos os sócios e acionistas estão atrelados, sendo certo que, comercialmente, a "sociedade somente se obriga dentro dos lindes do objeto social".

[265] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 276. No contexto das companhias, por exemplo, o marco normativo também se revela na presença do Estatuto, a teor do que dispõe o art. 83 da Lei n. 6.404/1976: O projeto de estatuto deverá satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades mercantis em geral e aos peculiares às companhias, e conterá as normas pelas quais se regerá a companhia. O Estatuto, pondera Modesto Carvalhosa, é a lei interna da companhia, o "elemento substancial do próprio contrato plurilateral de constituição da companhia". CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 165-168.

dada finalidade, seja ela de natureza mercantil, não econômica[266] ou mesmo flagrantemente social, como sucede, *exempli gratia*, com as fundações[267].

Nuria Pastor Muñoz vai além. Para a professora de Barcelona, mais do que jungido às finalidades formalmente estipuladas quando do ato de constituição, o patrimônio das pessoas jurídicas encontrar-se-ia atrelado às relações estabelecidas entre o administrador e o titular do patrimônio administrado, tornando-se, por assim dizer, potencialmente dinâmico. Assim, a concepção pessoal do patrimônio extrairia as finalidades da pessoa jurídica de outros "marcos" que não exclusivamente o objeto social declarado no ato de instituição do ente coletivo; com efeito, para Pastor Muñoz, os fins que delineiam e conferem identidade à administração da pessoa jurídica não se restringem àqueles formalmente declarados no contrato social, resultando mais do "compromisso material" existente entre administrador e administrado, o qual, diga-se de passagem, não é estático, imutável, podendo-se redefinir com o passar do tempo, uma vez que a relação interna é essencialmente dinâmica[268].

Conclui-se, outrossim, que a teoria de natureza pessoal-funcional do patrimônio não é incompatível com a pessoa jurídica, desde que, obviamente, seja levado em consideração que a personalidade do ente coletivo *não é a mesma da do ente individual*, da pessoa natural. A proteção penal do patrimônio encontra-se fundamentada, portanto, no desenvolvimento da sua personalidade jurídica, a qual pode ser compreendida com base nos fins atribuídos por seus sócios por ocasião do ato de constituição, do conteúdo do objeto social no caso das sociedades empresárias, ou mesmo das relações concretamente estabelecidas entre o administrador e o titular do patrimônio.

3.1.1.5. A concepção dinâmica do patrimônio: breves considerações

Paralelamente à teoria pessoal, desenvolveu-se uma concepção dinâmica do patrimônio, segundo a qual o conceito penal de patrimônio não deve ser extraído apenas dos bens que estaticamente o compõem, mas também dos potenciais elementos que possam vir

---

[266] Como é o caso das associações, conforme os arts. 53 e ss. do Código Civil brasileiro.

[267] Cf. arts. 62 e ss. do Código Civil brasileiro.

[268] PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 15. Mais do que aquilo que foi declarado no objeto social, preconiza Nuria Pastor Muñoz a necessidade de conjugar outros elementos na verificação dos fins da pessoa jurídica, tais como as balizas do programa de *compliance* sobre negócios admitidos e vedados por parte da sociedade (p. 15).

a integrá-lo. O patrimônio assume, outrossim, um caráter dinâmico, "móvel", projetando-se não somente sobre aquilo que o sujeito concretamente detém, mas também sobre aquilo que ele futuramente poderá amealhar, contanto que esse conjunto de bens ostente algum significado econômico. Essa teoria defende, em suma, a completa desconsideração da natureza jurídica das posições detidas pelo titular, desde que possuam algum significado econômico. Como consequência, o patrimônio alcança as expectativas do sujeito e os lucros cessantes que não foram obtidos em razão do comportamento delituoso do sujeito ativo. Sob esse prisma, caracterizar-se-ia o estelionato quando o titular do patrimônio utiliza seus recursos financeiros de modo economicamente inapropriado ou sem sentido racional, porquanto motivado pelo erro ou fraude provocados por terceiro. Demais disso, para os adeptos do perfil dinâmico, a liberdade de disposição patrimonial que, segundo um segmento da teoria pessoal, consubstanciar-se-ia no objeto de proteção, sobretudo no estelionato, não integra o patrimônio. Neste caso, a salvaguarda penal recairia sobre a liberdade econômica do movimento, ou, como prefere Pastor, na "organização racional e adequada dos próprios meios financeiros"[269].

Credita-se normalmente a Albin Eser o desenvolvimento teórico do pensamento dinâmico do patrimônio. Conquanto Eser adote um conceito econômico de patrimônio como pressuposto de sua construção[270], suas conclusões se aproximam daquelas obtidas pela teoria pessoal-funcional ao considerar as repercussões concretas do ato de disposição patrimonial na caracterização do dano ou prejuízo[271].

A teoria dinâmica tem o mérito de atribuir ao patrimônio um caráter permeável e, em certa medida, flexível às diversas relações econômicas desenvolvidas no mercado ao estabelecer o conceito de patrimônio a partir da posição concretamente ostentada por seu titular e subsequentes – e até mesmo naturais – alterações promovidas no decorrer da vida.

Critica-se, contudo, a teoria dinâmica do patrimônio, sob o fundamento de que ela amplia demasiadamente a ideia de prejuízo ao estender a tutela patrimonial àquelas hipóteses nas quais o titular da coisa tem uma finalidade frustrada[272]. Demais disso, no contexto do delito de estelionato, criar-se-ia uma confusão entre a ideia de liberdade econômica do

---

[269] PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, cit., p. 41.

[270] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 198.

[271] PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 9.

[272] GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 200 e ss.

movimento como bem jurídico protegido e a liberdade de disposição da coisa mediante a utilização do expediente fraudulento. O próprio Eser, aliás, reconheceu a inadmissibilidade de considerar-se a liberdade econômica de movimento como objeto de tutela penal no estelionato, proclamando a necessidade de se centrar a lesão patrimonial no fato de a vítima, motivada pelo erro, dispor de seus meios financeiros sem algum sentido econômico e em desconformidade com os fins almejados[273].

3.1.2. A alteridade do patrimônio no crime de infidelidade patrimonial

Independentemente da configuração típica que se atribua ao crime de administração desleal, a lesão ao patrimônio *alheio* inegavelmente representa um requisito indispensável da infração penal[274]. De fato, só incidirá o injusto que delineia a *Untreue* quando a violação do dever de tutela do patrimônio causar lesão à *esfera jurídica de outrem*. Esse imperativo, que externa a noção da *alteridade da coisa*, traduz um traço comum na criminalidade patrimonial[275], notadamente porque o agente não pode cometer delito contra o seu próprio patrimônio e figurar, ao mesmo tempo, como sujeito ativo e sujeito passivo de uma conduta delituosa[276]. Assim, por exemplo, no caso de autolesão perpetrada com o intuito de haver indenização ou valor de seguro, hipótese estampada no art. 171, § 2º, V, do Código Penal brasileiro, o sujeito passivo do crime será o segurador a quem cabe o pagamento da indenização do dano sofrido, de sorte que a fraude praticada pelo segurado (sujeito ativo) atingirá o seu patrimônio[277]. Até mesmo no delito de furto de coisa comum, previsto no art. 156 do Código Penal brasileiro, o comportamento incriminado não deixa de traduzir afetação da coisa de outrem, na medida em que a subtração levada a efeito pelo sujeito ativo alcança,

---

[273] GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 199.

[274] Contra, com o argumento de que as referências típicas referentes ao caráter "alheio" do patrimônio e seu "titular" são "supérfluas", sendo da essência da infração penal que o administrador cause um prejuízo ao patrimônio que tem a obrigação de cuidar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 86.

[275] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 104.

[276] ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*, cit., p. 288; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 212; BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral, t. 2º, cit., p. 141.

[277] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 411; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. p. 286.

ao mesmo tempo, o bem pertencente a outro ou outros titulares, além do seu próprio patrimônio, este impunível[278].

Nesses termos, a administração desleal do próprio patrimônio escapa do raio de incidência da infidelidade patrimonial, quer porque inexiste a quebra da relação interna entre o administrador e administrado, quer em função da ausência de alteridade, ou seja, de lesão ao patrimônio de terceiro. Este terceiro, aliás, vítima do delito de infidelidade, pode ser pessoa física, como na tutela e na curatela do Direito Civil[279], ou pessoa jurídica, como no caso das companhias, haja vista que a propriedade das ações e a administração da sociedade recaem sobre pessoas ou órgãos distintos[280].

Existem casos, porém, em que a alteridade do patrimônio não se mostra assim tão evidente e palpável, e essa circunstância acaba por acarretar relevantes implicações no plano da tipicidade objetiva da *Untreue*. Pense-se, por exemplo, na hipótese do condomínio voluntário, em que cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação[281], do casamento celebrado em regime de comunhão universal de bens[282], da sociedade em comum[283], ou da herança antes do advento da partilha de bens[284]. Essas situações refletem quão tênues são as fronteiras e os limites entre aquilo que pertence ao sujeito ativo (administrador) e aquilo que pertence ao terceiro (administrado)[285].

No ponto, o regramento civil assume significação preponderante, quiçá definitiva, na conceituação do elemento normativo *alheio*, sendo comum, no âmbito doutrinário, a

---

[278] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 247; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 48.

[279] Cf. arts. 1.728 e ss. e 1.767 e ss.

[280] Cf. art. 138: "A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. § 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores. § 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração. Art. 139. As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto".

[281] Cf. art. 1.314 do Código Civil brasileiro.

[282] Cf. arts. 1.667 e ss. Do Código Civil brasileiro.

[283] Cf. art. 988 do Código Civil brasileiro.

[284] Cf. art. 1.791 do Código Civil brasileiro.

[285] Sob o prisma do delito de furto (art. 155 do CPB) e a necessidade de a conduta incidir sobre "coisa alheia", Heleno Cláudio Fragoso assinala que a subtração não pode recair sobre bem pertencente ao sujeito ativo, "nem mesmo parcialmente". FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte especial. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1958. v. 1. p. 180.

utilização da regulação do Direito Civil ou do Direito Administrativo para a verificação da alteridade da coisa[286]. Assim, é possível dizer, na esteira de Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila, que o marco normativo instituído pelo Direito Civil ou pelo Direito Público estipula, *em princípio*, os critérios necessários para distinguir quando o patrimônio pertence à pessoa e quando ele pertence a terceiro[287], de modo que outros elementos de índole penal devam ser convocados em conformidade com a configuração conferida a cada tipo penal. "A possibilidade de cometimento de crime patrimonial pelo titular do domínio – não discrepa Alamiro Velludo Salvador Netto – depende da definição do exato objeto de proteção destas modalidades delitivas"[288]. Sob esse contexto, discute-se, *verbi gratia*, a proteção penal da posse ou da propriedade nos delitos patrimoniais. Sobre o tema, Magalhaes Noronha e Nélson Hungria têm visões distintas. O primeiro defende a tutela imediata da posse, esteja ou não nas mãos do proprietário, e a proteção mediata da propriedade[289]; o segundo, com perspectiva oposta, salienta a preponderante salvaguarda penal da propriedade, e não da posse, dado fático que, segundo Hungria, não corresponde ao direito de propriedade e, portanto, não ingressa no contexto do furto[290].

Vertida a polêmica para o delito de administração desleal, importa descortinar aquelas situações nas quais a infidelidade patrimonial é cometida sobre patrimônio detido em condomínio *pro indiviso* e em sociedades nas quais o autor da infidelidade também figura como sócio. Tendo presente aquilo que se dispôs acerca do crime de furto comum (art. 156 do CPB), parece certa a caracterização da infração penal de administração desleal quando o condômino pratica gestão com infração do dever de tutela que proporcione lesão patrimonial. Nesta hipótese, lesado será o outro ou serão os outros condôminos que amargaram prejuízo sobre seu quinhão. No caso das sociedades, impõe-se analisar, preliminarmente, se existe, ou não, personificação, isto é, se os atos constitutivos foram devidamente inscritos. Pela sistemática do Código Civil brasileiro, especificamente o art. 988, em se tratando de sociedade comum não personificada, os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os *sócios são titulares em comum*. Assim, ante a caracterização do condomínio, e tal como assentado anteriormente, será possível cogitar de *Untreue* quando

---

[286] Assim, HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal,* cit., v. VII, p. 20.

[287] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 101 e ss.

[288] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 107.

[289] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 2, p. 214 e 220.

[290] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII. p. 17.

houver prejuízo patrimonial[291], seguindo-se, pois, as mesmas balizas do furto de coisa comum. De outro lado, quando se tratar de sociedade personificada, o ato de gestão desleal do sócio atinge o patrimônio da sociedade e não seu próprio patrimônio. A existência de personalidade jurídica na sociedade enseja a separação dos patrimônios (dos sócios e da sociedade)[292], tendo-se a alteridade do dano.

3.1.3. Conceito de patrimônio no Direito Penal brasileiro

A disposição topográfica dos tipos penais que tutelam o patrimônio no Código Penal brasileiro permite inferir a notável relevância, para o legislador nacional de 1940, da salvaguarda patrimonial. Pode-se mesmo admitir a existência de uma patente "proeminência da proteção patrimonial"[293], como aludiu Alamiro Velludo Salvador Netto, se partirmos do pressuposto de que o legislador pátrio arrolara os delitos da Parte Especial em ordem decrescente de importância axiológica, isto é, valendo-se de uma "verdadeira escala hierárquica de bens jurídicos"[294], e, nessa esteira, dispondo as infrações penais patrimoniais (Título II) logo depois dos crimes perpetrados contra a pessoa[295], supostamente os mais importantes do ordenamento jurídico-penal brasileiro (Título I)[296].

---

[291] Em sentido próximo, sob a perspectiva espanhola, PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 102.

[292] Cf. art. 1.024 do Código Civil. Daí Magalhães Noronha defender que a subtração de coisa realizada por sócio de sociedade com personalidade jurídica, como a empresária, tipifica furto comum, e não crime de furto de coisa comum. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 248-249. Contra, Hungria, sustentando furto de coisa comum à vista da impossibilidade de o Direito Penal valer-se das "*ficções* ou *abstrações* do direito civil ou comercial". HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 48-49.

[293] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 14.

[294] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*, cit., p. 181. Explica Magalhães Gomes: "a tendência natural é iniciar a parte especial com o bem jurídico considerado mais merecedor de tutela, porque o mais importante para a coletividade; e, a seguir, arrolar os outros bens jurídicos sucessivamente" (p. 181). Em sentido diverso, HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. V. p. 12: "A ordem de classificação adotada pelo Código não só corresponde à ordem de apresentação histórica dos crimes (os atentados contra a pessoa foram, presumivelmente, as formas primitivas da criminalidade), como atende ao critério metodológico de partir do mais simples para atingir o mais complexo".

[295] Os crimes contra o patrimônio revelam, segundo SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (*Direito penal e propriedade privada:* a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14), "um bem jurídico importante, especialmente ao se considerar o número de tipos penais aptos à tutela e as elevadas margens punitivas, as quais, inclusive, superam a de diversos outros tipos alocados no título precedente".

[296] SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. t. I. p. 8: "Como condição de tôda manifestação da existência humana, impõe-se, em primeiro lugar, a proteção da *vida física*, a integridade do corpo. É, pois, êsse o primeiro e o mais importante dos bens jurídicos individuais".

A legislação penal brasileira expressamente optara por tutelar o patrimônio, conceito mais abrangente e "compreensivo" que o de propriedade[297], abdicando, por consequência, do método adotado pelos Códigos Penais anteriores, de resto inadequado, segundo a opinião de Heleno Fragoso[298]. Sob esse contexto, o conceito de patrimônio assume inegável primazia dogmática para o fim de delinear os limites típicos dos crimes patrimoniais. E, tal como ocorrera no Direito Comparado, a noção local de patrimônio para o Direito Penal fora obtida originariamente a partir do Direito Civil, embora com ela não se confunda ou coincida, sobretudo no que tange aos bens que não ostentam valor econômico[299]. De fato, pela perspectiva que tem adotado a doutrina penal brasileira, o patrimônio emana do direito de personalidade da pessoa física ou da pessoa jurídica e, nessa medida, configura-se como o conjunto de coisas ou bens relacionados a um sujeito, "inclusive os direitos de conteúdo econômico"[300].

Entretanto, ao contrário do que sucedeu na Alemanha, Espanha e Itália, no Brasil não houve debate acerca da concepção teórica que melhor pudesse conceituar, para o Direito Penal, o patrimônio. A bem da verdade, à exceção da obra de Alamiro Velludo Salvador Netto[301], a bibliografia nacional passou ao largo da discussão – ao menos expressamente – pertinente à adequação, ou não, da teoria jurídica, da teoria econômica, da teoria mista ou das teorias funcionais e dinâmicas ao conceito de patrimônio. Essa circunstância impõe que deduzamos a adoção – não declarada expressamente, repita-se – de uma dada concepção teórica versando o conceito penal de patrimônio somente a partir da observação de um específico delito ou de um grupo de crimes que lesam o patrimônio.

É conhecida a sugestiva opinião de HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. V, p. 25, sobre a relevância ímpar do crime de homicídio: "O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência".

[297] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 208.

[298] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte especial, cit., v. 1, p. 175. Esclarece Fragoso: "A tutela penal não se exerce apenas em relação à propriedade, ou seja, ao domínio, mas também em relação aos direitos obrigacionais ou de crédito (*jura ad rem*), e à posse" (p. 175).

[299] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 2, p. 209. Contra, HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 8, para quem a ideia jurídica de patrimônio é única, ou seja, não existe um conceito de patrimônio para o Direito Penal e outra para o Direito Civil. Para Hungria, o Direito Penal intervém apenas para reforçar a tutela do patrimônio, para completar "o sistema de proteção do direito civil".

[300] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte especial, cit., v. 1, p. 176; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 2, p. 209-210.

[301] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., esp. a partir da p. 49.

O estelionato, por exemplo. Consoante referido anteriormente, este delito serviu de pano de fundo para toda a discussão alemã sobre o conceito penal de patrimônio. No Brasil, existe relativo consenso no sentido de o crime previsto no art. 171 do Código Penal ostentar, como bem jurídico, a *inviolabilidade patrimonial*[302]. Quando, porém, se passa à análise das elementares "vantagem indevida" e "prejuízo alheio", a doutrina discute qual a natureza da utilidade e do dano que corporificam o estelionato, isto é, se se trata de vantagem e prejuízo exclusivamente patrimoniais, economicamente mensuráveis, ou se, de outro lado, são possíveis outras formas de vantagem e modalidades de prejuízo, como o de caráter meramente sentimental, afetivo, ou de índole moral. Nélson Hungria, *verbi gratia*, ao repudiar a existência de conceitos diversos de patrimônio para o Direito Civil e para o Direito Penal diante da inadmissibilidade de conflito entre dois ramos de direito, compreende na noção de patrimônio não apenas aquilo que tem caráter econômico, mas aquelas coisas que consubstanciam uma "utilidade", ainda que simplesmente moral[303]. Por conseguinte, Hungria não vislumbra infração penal de estelionato nos casos envolvendo fraude em negócios ilícitos ou imorais, isto é, na denominada "torpeza bilateral", pois, segundo ele, o único patrimônio protegido pelo delito é aquele juridicamente reconhecido, "e somente goza da proteção do direito o patrimônio que serve a um fim legítimo, dentro de sua função econômico-social"[304]. Essa postura de Hungria indica, a nosso ver, o acolhimento da *concepção jurídica relativa ao conceito penal de patrimônio*[305]. Magalhães Noronha, ao contrário, é peremptório ao sustentar exclusivamente o prejuízo de cunho patrimonial,

---

[302] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 2, p. 371. Para Noronha (p. 372), é o interesse público que norteia a incriminação do estelionato, de sorte que a tutela penal se perfaz "em nome de condições necessárias à vida social e não porque sejam simples atividades individuais"; também, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal,* cit., v. 3, p. 69; PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal:* jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017. p. 571; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte especial. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 2. p. 295. No mesmo sentido, vislumbrando a inviolabilidade patrimonial como bem jurídico protegido e, secundariamente, a "segurança, a fidelidade e a veracidade nos negócios jurídicos patrimoniais", FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226). São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1958. v. 2. p. 262. Contra, referindo-se exclusivamente à proteção do patrimônio daquele que sofreu o prejuízo com o delito: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal:* parte especial. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. III. p. 263.

[303] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal,* cit., v. VII. p. 8 e ss. e p. 172 e ss.

[304] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal,* cit., v. VII. p. 192; p. 195: "De duas, uma: ou a justiça penal se alheia aos casos de torpeza bilateral, ou terá de transigir com o seu indeclinável *odium* à imoralidade e ao crime".

[305] Afirmação que vem reforçada pelo fato de Hungria fundamentar seus comentários nas lições de Binding (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal,* cit., v. VII. p. 193) e de Antolisei, adeptos declarados da teoria jurídica do patrimônio, embora o último tenha admitido posteriormente certas concessões à perspectiva mista. GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 107.

alegando, para tanto, a classificação do crime e a sua objetividade jurídica, embora não faça a mesma exigência em relação a vantagem indevida, salientando, neste caso, a inexistência de previsão legal expressa, ao contrário do delito de extorsão[306]. A quantificação do dano, segundo Noronha, obtém-se pelo resultado da diferença entre o valor econômico do patrimônio da vítima depois da fraude e o valor econômico que ele teria se desconsiderado o estelionato [307] , o que sugere o acolhimento da concepção *econômica* ou *fática*. Coerentemente, Magalhães Noronha defende a tipificação do estelionato na "fraude bilateral", reconhecendo, na hipótese, uma inegável lesão ao patrimônio do ofendido, que, mesmo agindo de má-fé, "perde seu dinheiro ou outra utilidade"[308]. Bento de Faria, a seu turno, não elabora critério de mensuração do dano, mas, na esteira de Magalhães Noronha, entrevê o prejuízo que consubstancia o estelionato somente naqueles casos nos quais exista algum dano patrimonial "economicamente apreciável"[309]. O mesmo sucede com Heleno Fragoso, que, comentando a possibilidade de estelionato nos negócios ilícitos e imorais, assevera que "não existe patrimônio juridicamente não protegido contra o estelionato"[310]. Sendo assim, se para Fragoso a vantagem ilícita que motiva o estelionato deve necessariamente traduzir uma utilidade ou proveito de caráter econômico[311], pode-se extrair daí que o professor fluminense também é adepto da *concepção econômica*. Cezar Roberto Bitencourt, de outro lado, preconiza entendimento intermediário valendo-se, para tanto, da diferenciação existente entre a vantagem perseguida pelo sujeito ativo e o prejuízo produzido pelo comportamento; sob esse contexto, defende Bitencourt que não é a vantagem que deve ter conteúdo patrimonial ou econômico, mas somente o dano causado por intermédio de erro ou ardil[312]. Baseado em Soler, Bitencourt não equipara a ideia de prejuízo patrimonial à de

---

[306] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 2, p. 381-382. Não se pode deixar de anotar, contudo, que o mesmo Magalhães Noronha (p. 209), ao se referir ao patrimônio como objeto de proteção penal, aduzira que a "*coisa* integrante do patrimônio individual pode, por exceção, não ter valor pecuniário, valor de troca, comercial, mas apenas valor de uso exclusivo do proprietário, de afeição, de estima etc., nem por isso deve, a nosso ver, ficar fora da proteção da lei penal, como teremos ocasião de estudar no furto e outros delitos".

[307] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 2, p. 381.

[308] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 2, p. 385.

[309] BENTO DE FARIA. *Código Penal brasileiro comentado*: parte especial (arts. 155 a 212). 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1959. p. 144; igualmente, SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*, cit., t. I, p. 467.

[310] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226), cit., v. 2, p. 267; PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal,* cit., p. 571-572.

[311] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226), cit., v. 2, p. 266.

[312] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 278. No mesmo diapasão, BENTO DE FARIA. *Código Penal brasileiro comentado*, cit., v. V, p. 147: "Um dano *patrimonial* pode ter como

prejuízo pecuniário, englobando, como objeto de tutela penal, a entrega de uma coisa móvel ou imóvel ou a força de trabalho, desde que economicamente aferíveis[313], sinalizando o acolhimento da teoria *mista*.

Em suma, a doutrina nacional não tem se debruçado sobre a conceituação penal do patrimônio. A análise das principais posições indica o acolhimento de uma concepção preponderantemente econômica de patrimônio, sem que se incluam no raio de consideração os desejos e os fins almejados pela pessoa. Essa circunstância ensejará que o tipo penal proposto no Capítulo 5 assuma uma posição declarada acerca da concepção teórica de patrimônio que deverá ser aplicada na caracterização da infidelidade patrimonial brasileira, seja em função da segurança jurídica, seja para obstar o aparecimento de lacunas de punibilidade.

3.1.4. Conclusão: qual o conceito de patrimônio do crime de infidelidade patrimonial?

A análise e o subsequente cotejo das diversas concepções que pretenderam explicar a natureza do patrimônio para o Direito Penal impõem, de início, uma primeira conclusão: não se pode prescindir do recorte jurídico na caracterização do conceito de patrimônio. Com efeito, se é verdade que a teoria econômica tem o mérito de atender a uma concreta realidade, não é menos verdadeiro que ela suscita inaceitáveis contradições valorativas e, assim, não pode ser manejada de modo absoluto, pleno, sem qualquer tempero ou tratamento de índole axiológica[314]. Demais, se são diversas as formas típicas de ataque ao patrimônio alheio, parece natural assumir que também são multifacetárias as modalidades de proteção patrimonial conferida pelo ordenamento jurídico[315]. E, conquanto se possa vislumbrar um núcleo comum na dogmática dos delitos contra o patrimônio que possa ensejar a adoção de tal ou qual concepção doutrinária, não parece equivocado reconhecer que alguns elementos desse conceito se encontram condicionados à configuração concretamente atribuída pelo

correlativo uma vantagem (proveito) não patrimonial"; igualmente, PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 571.

[313] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 278.

[314] Daí a observação correta de Nuria Pastor Muñoz no sentido de que o conceito penal de patrimônio radica em "uma decisão prévia valorativa, não em uma descrição de realidades ontológicas". PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 5.

[315] Nesse sentido: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 23.

legislador na edição dos tipos penais[316]. Um exemplo desse condicionamento típico reside na descrição legal do dano patrimonial em algumas figuras típicas, uma vez que, consoante suscitado anteriormente, ora ele aparecerá expressamente, ora emergirá veladamente como elemento do tipo penal, balizando, em ambos os casos, a incidência e a abrangência da norma penal incriminadora.

Sob esse panorama, não é ocioso relembrar que, sob o contexto do revogado art. 295 do Código Penal espanhol, defendera-se na doutrina a tese de que o legislador daquele país optara por adotar expressamente um *conceito legal de patrimônio* ao condicionar a incidência do então delito de administração fraudulenta à causação direta de um "prejuízo economicamente avaliável"[317]. Nesse sentido, por exemplo, caminhara Abraham Castro Moreno, aduzindo que o prejuízo típico deveria assumir um significado "certo", ou seja, que possa ser traduzido e determinado economicamente, de sorte que qualquer outro resultado produzido que não o de caráter econômico, como a perda do *status* social do sujeito passivo, desnaturaria o delito de administração desleal[318].

Adán Nieto Martin percorrera trilha semelhante. Não obstante criticar o fato de o legislador supostamente eleger, no nível do tipo, a teoria econômico-jurídica do patrimônio, abdicando, portanto, da teoria pessoal e da teoria da frustração do fim para o conceito de patrimônio[319], esse autor destaca que a inserção da necessidade de o prejuízo ser "economicamente avaliável" no delito de administração desleal demonstra que o legislador espanhol almejara um duplo efeito: delimitar o crime de administração desleal em face de outros crimes societários que tutelavam os direitos dos sócios e excluir do tipo penal os resultados que, conquanto prejudiciais à pessoa jurídica, não poderiam ser facilmente

---

[316] PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 6.

[317] Essa postura do legislador espanhol constituiu, para Nieto Martín, um dos aspectos "mais surpreendentes" do crime de administração desleal delineado, pois em "nenhum dos delitos contra o patrimônio ou a ordem socioeconômica se encontra uma descrição tão minuciosa do resultado". NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 279.

[318] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 412-413. Castro Moreno defende, nesse sentido, que os lucros cessantes compõem o conceito de prejuízo patrimonial, argumentando que a concepção de patrimônio no âmbito econômico-empresarial é dinâmica e material (p. 410-411).

[319] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 284. Com crítica similar, defendendo conceito de prejuízo patrimonial que atenda aos fins pessoais a que está orientado o patrimônio: JUAN SANJOSÉ. Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines,* cit., p. 140.

quantificáveis em termos econômicos, como, *e.g.*, a perda do prestígio comercial[320]. José-Ignacio Gallego Soler, por sua vez, tem opinião diversa. Para o professor da Universidade de Barcelona, ao estipular que o prejuízo deva ser "economicamente avaliável", o delito outrora estampado no artigo 295 do Código Penal espanhol não acolhera, em verdade, a teoria mista do patrimônio, sobretudo porque a concepção eclética não é a única a prever a possibilidade de o patrimônio ser economicamente aferível[321]. Para Gallego Soler, a redação originária do delito de administração desleal (artigo 295 do CPE) somente indicara uma forma de quantificação do prejuízo, nada dispondo sobre o conceito jurídico-penal de patrimônio, o qual deve ser extraído de uma interpretação comparativa de todos os tipos penais patrimoniais[322].

Embora a discussão dogmática acerca do conceito penal de patrimônio tenha sido desenvolvida sob os auspícios do crime de estelionato, a natureza peculiar da infidelidade patrimonial, ou, mais precisamente, a forma através da qual ocorre a lesão ao bem jurídico na *Untreue*, exige que analisemos a concepção de patrimônio que melhor se adapte ao seu injusto. Em outras palavras, independentemente da teoria que se adote para a configuração penal do patrimônio – jurídica, econômica, eclética, pessoal-funcional ou dinâmica –, a estipulação do prejuízo no delito de estelionato pressupõe, diante de seus caracteres típicos, a análise do que ocorreu ao *ato de disposição do bem*, ou seja, se houve entrega da coisa e se o agente foi ou não compensado posteriormente pelo seu menoscabo, como bem relembra Nuria Pastor Muñoz[323]. O crime de infidelidade patrimonial possui, porém, nuances diversos em comparação ao estelionato. A agressão patrimonial que lhe delineia a essência sucede "a partir de dentro" (delito "cavalo de Troia"). A gestão do patrimônio alheio pode ocorrer em consonância com as finalidades atribuídas a ele pelo seu titular. O dever de garante que incide sobre o sujeito ativo da *Untreue* é materialmente distinto daquele encontrado no crime de estelionato, visto que, ao contrário deste, o comportamento daquele não recai sobre coisa ou bem determinado, mas sobre o patrimônio considerado "globalmente"[324]. Ou seja, ainda que se admita a existência de um modelo teórico de patrimônio para o delito de estelionato,

---

[320] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 283.

[321] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 241 e ss.

[322] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 241-243.

[323] Com efeito, é o injusto que serve para explicar o bem jurídico, e não o contrário, assinala Nuria Pastor. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 10.

[324] PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 11 e ss.

ou mesmo para outra modalidade de ofensa patrimonial, ele se afiguraria materialmente distinto da administração desleal diante das peculiaridades que compõem a infração de *Untreue*.

Seja como for, a análise dos modelos de incriminação da infidelidade patrimonial (Capítulo 1) e das demais formas de agressão patrimonial revela que não é costumeiro estabelecer expressamente um conceito de patrimônio no nível do tipo penal[325]. O legislador, em regra, não se mostra confortável para declarar-se abertamente pela adoção de tal ou qual teoria jurídica, e tudo está a indicar que ele deve permanecer assim, deixando o papel de preencher o conteúdo desse elemento normativo à doutrina e à jurisprudência. Assim, a pergunta que inaugura este tópico, a qual, de resto, representa uma das questões mais relevantes e debatidas em torno do delito de administração desleal segundo Buján Pérez[326], ainda pende de resposta: qual é o conceito penal de patrimônio e, por consequência, de prejuízo patrimonial que se adapta ao crime de *Untreue*?

A matéria é controvertida no âmbito doutrinário. Sob a óptica do vigente artigo 252 do Código Penal espanhol, Buján Pérez vislumbrara o acolhimento da *teoria econômica do patrimônio* e, por conseguinte, a recepção do comentado critério do saldo global para a verificação do prejuízo, bem aos moldes do crime de estelionato, conquanto reconheça que, ao menos *de lege ferenda*, seria mais adequada a adoção da concepção pessoal ou funcional de patrimônio[327]. Essa posição não difere substancialmente daquela emanada por Adán Nieto Martín ainda sob a vigência do revogado artigo 295 do Código Penal espanhol, segundo a qual o legislador acolheu expressamente a *teoria econômico-jurídica* para conceituar patrimônio, de modo que a avaliação do dano deve ser realizada mediante o "princípio do saldo"[328]. Sabe-se, contudo, que a concepção econômica enseja inaceitáveis *contradições*

---

[325] Conquanto, a bem da verdade, ao legislador não seja vedado tal expediente, desde que, como acentua Gallego Soler, ele esteja imbuído dos critérios político-criminais que reputa em conformidade com a sociedade que pretende regular. GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 240.

[326] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 76.

[327] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 76.

[328] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 283. Igualmente, BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*, cit., p. 599. Discorrendo sobre a criminalidade patrimonial genérica, isto é, sem alusão particular à infidelidade patrimonial, Alamiro Velludo Salvador Netto também sustenta a adoção de um critério "jurídico-econômico matizado" para definir patrimônio. Assim, considerar-se-á penalmente relevante o comportamento que ostentar certa "dimensão econômica". Neste caso, explica Salvador Netto, subsiste a instrumentalidade patrimonial da salvaguarda penal, mas ela é definida em termos genuinamente econômicos, como uma "instrumentalidade econômica" hábil a decidir "político-criminalmente, pela não relevância criminal de delitos que recaiam sobre objetos de

valorativas dentro do sistema jurídico ao preconizar a salvaguarda de situações proibidas pelo Direito Civil[329]. Sob esse prisma, a propósito, nem sequer a teoria mista jurídico-econômica revelar-se-ia adequada, haja vista que ela, conquanto majoritariamente adotada para a generalidade dos delitos patrimoniais, contém inúmeras e procedentes deficiências, as quais vão da necessidade de recorrer a critérios corretivos até a exclusão da tutela penal em relação a algumas situações econômicas não acobertadas pelo ordenamento jurídico, passando pela assunção de que o prejuízo patrimonial efetivamente abrange situações que ultrapassam a mera diminuição contábil do patrimônio ("regra do balanço contábil"). No que toca particularmente ao crime de infidelidade patrimonial, recorde-se que o emprego da teoria eclética (jurídico-econômica) não daria resposta satisfatória àquelas situações que foram projetadas pelo titular do patrimônio com a celebração de determinado negócio jurídico, pois ela obsta a consideração, como dano patrimonial, da frustração de uma finalidade ou de um desejo atribuído pelo titular do patrimônio administrado a seu administrador ou gestor[330].

A tendência atual no plano doutrinário é, pois, no sentido de conceituar o patrimônio protegido pelo crime de infidelidade patrimonial sob a *concepção pessoal-funcional*, notadamente diante da constatação de que, no âmbito econômico-empresarial, a configuração do patrimônio é extremamente dinâmica[331]. Na Alemanha, por exemplo, tem-se defendido que somente a teoria pessoal do patrimônio é *suficientemente idônea* para justificar satisfatoriamente as razões pelas quais é possível considerar como prejuízo

---

valores irrisórios". SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 115-116

[329] Com crítica semelhante, PASTOR MUÑOZ, Nuria. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 13 e ss.

[330] A inadmissibilidade da teoria mista para a infidelidade patrimonial é ilustrada por Nieto Martín por intermédio do caso do Conselho de Administração de certa companhia que delibera doar vultosos recursos a entidades assistenciais ou culturais, mas, posteriormente, o administrador desvia esses recursos em benefício de uma entidade da qual é presidente; neste caso, assevera Nieto Martín, conquanto haja a frustração da finalidade do negócio jurídico, não se pode cogitar de prejuízo patrimonial do ponto estritamente objetivo. NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 283. Com posição semelhante, apontando lacuna de punibilidade nos casos de produção de perigo real ao patrimônio e nos de frustração dos fins almejados pelo titular do patrimônio administrador a despeito da inexistência de diminuição econômica do patrimônio administrado, JUAN SANJOSÉ. Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 142.

[331] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 410-411; GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 487; JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 212; igualmente, Jacobo López Barja de Quiroga, para quem é "perfeitamente defensável uma concepção pessoal do patrimônio no caso do delito de administração desleal". BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 77, tradução livre.

patrimonial determinados estados de risco e estimar que a frustração de uma expectativa certa de um lucro futuro equivale juridicamente a um prejuízo patrimonial[332]. De outro lado, a teoria pessoal-funcional apresentar-se-ia particularmente adaptada às condutas praticadas no setor econômico e financeiro, e à titularidade do bem jurídico tutelado (patrimônio)[333]. No crime de infidelidade patrimonial, argumenta Nuria Pastor Muñoz, é possível constatar a "especial importância" da dimensão pessoal do patrimônio, isto é, a "vinculação intrínseca entre patrimônio e liberdade"[334]. Deveras, para a professora de Barcelona, a assunção da posição de garante do patrimônio de outrem demarca a espécie, o modelo de administração que incumbirá ao administrador, e é neste momento que incide a *concepção pessoal do patrimônio*, pois o dono do patrimônio administrado insere suas finalidades e aspirações na gestão outorgada, a qual, de resto, foi admitida pelo administrador[335]. Outrossim, aduz Pastor Muñoz, somente uma concepção personalista de patrimônio será capaz de abranger a estruturação de todos dos fins conferidos pelo titular ao administrador e manter, em acréscimo, a coerência valorativa do sistema através da manutenção das mesmas premissas essenciais aplicáveis à generalidade do denominado Direito Penal Patrimonial[336].

A concepção pessoal do patrimônio parece mesmo encontrar amparo na essência da infidelidade patrimonial. De fato, se a *ratio essendi* da proteção penal do patrimônio radica mais nas relações que são desenvolvidas entre o titular do patrimônio e os bens que o compõem do que propriamente na singular e abstrata significação econômica das coisas, a teoria pessoal apreende, com maior precisão, a noção de que, no delito de administração desleal, a lesão patrimonial é levada a efeito "a partir de dentro", isto é, com a ruptura de uma relação de confiança geradora de um dever de garantia. Essa circunstância enseja que a gestão do patrimônio pelo administrador (garante) seja desempenhada em conformidade com os fins pessoais delineados pelo titular do patrimônio administrado. E, muito embora se admita elevada margem de discricionariedade na administração que compõe o delito de

---

[332] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 284.

[333] LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale,* cit., p. 52

[334] PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 14.

[335] PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 14.

[336] PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 12 e ss. "A *lógica de cada injusto* – explica Nuria Pastor – e aqui nos centramos no estelionato e na administração desleal, determina que o modo em que dito tipo protege o patrimônio se deva definir segundo a *posição de garantia* própria de cada delito" (p. 12, tradução livre – itálico no original).

Untreue[337], parece correto admitir que é no ato de assunção da administração do patrimônio alheio que o titular dos bens administrados estipula seus desejos, estabelece seus anseios e, assim, "personaliza" a forma, o modo e, principalmente, os limites através dos quais a gestão do administrador será concretamente realizada. Essa "personalização", entretanto, seja pela natural mutabilidade das relações e desejos humanos, seja pela mudança das regras e opções do mercado, *efetivamente não tem caráter estático e definitivo*; os fins estipulados pelo detentor do patrimônio podem ser mudados, revistos, realinhados, tudo em ordem a satisfazer uma dada finalidade ou finalidades sem que se incorra em subjetivismo[338].

No âmbito das sociedades empresárias, por exemplo, o *planejamento financeiro* indicaria o método pelo qual as metas financeiras – os fins almejados – devam ser concretizadas[339], o que, evidentemente, varia de pessoa jurídica a pessoa jurídica. Esse planejamento financeiro pode, inclusive, a depender do perfil da atividade empresarial exercida, apresentar prazos de investimentos muito distintos – curto, médio e longo prazo – e ostentar diversas modalidades de investimento – risco baixo, médio ou alto[340].

Por conseguinte, adotada a teoria pessoal-funcional, a noção de dano ou prejuízo, que nada mais representa do que uma derivação ou, como prefere Nuria Pastor, "a outra cara da moeda" do conceito penal de patrimônio[341], revela-se não somente quando caracterizada a perda econômica mensurável através do critério do balanço econômico, ou seja, pela verificação do valor do patrimônio antes e depois do comportamento delituoso, mas em todas as vezes nas quais a conduta desleal do administrador produzir um desvio ou uma frustração das expectativas e finalidades assumidas em virtude da gestão patrimonial. Neste caso, desde que consonantes com os fins desenhados pelo titular do patrimônio administrado, as

---

[337] Costuma-se referir a tutela como modalidade de administração de patrimônio alheio na qual não existiria ampla liberdade de administração de bens, sobretudo porque, pela dicção dos arts. 1.741 e 1.742 do Código Civil brasileiro, o encargo de administrar os bens do tutelado, em proveito deste, submete-se a inspeção judicial ou fiscalização do protutor. Além disso, se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz, na forma do art. 1.745, parágrafo único, do Código Civil, condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade.

[338] Crítica recorrente, consoante apontado, à concepção pessoal de patrimônio.

[339] ROSS, Stephen A.; WESTERFIELD, Randolph W.; JAFFE, Jeffrey F. *Administração financeira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 589.

[340] Com razão Nuria Pastor Muñoz ao referir que toda a atividade de gestão patrimonial, quer próprio, quer de outrem, traz consigo um risco inerente de menoscabo; enquanto esse risco não superar o umbral da tipicidade, suas consequências serão, porém, penalmente irrelevantes. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 16.

[341] PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 16.

expectativas de lucro e a aquisição de "posições" financeiras em determinados negócios jurídicos comporiam o conceito penal de patrimônio, e a sua frustração poderia dar azo à ideia de prejuízo[342].

Na mesma esteira, a concessão abusiva de empréstimos em benefício dos administradores ou a prestação de garantias para afiançar dívidas pessoais destes ensejariam o delito de administração desleal[343]. Tendo presente que a conceituação do patrimônio no crime de infidelidade patrimonial deriva de uma visão global, isto é, não restrita a determinado bem ou coisa, como sucede com o estelionato[344], a valoração do prejuízo será regida pela *natureza da relação interna concretamente estabelecida* entre o administrador e o dono do patrimônio administrado[345], o que, aliás, reforça o injusto.

Por fim, duas questões controvertidas no contexto da aplicação da concepção pessoal-funcional do patrimônio ao crime de administração desleal merecem análise particularizada. A primeira diz respeito à possibilidade de se inserirem as expectativas de enriquecimento no conceito de patrimônio. Pense-se, por exemplo, no caso do administrador do patrimônio que deixa prescrever ação de indenização à qual tinha direito o titular do patrimônio administrado, obsta rentável locação de um imóvel administrado, ou, ainda, recusa a compra de uma obra de arte rara. A segunda questão, não menos polêmica, reside na consideração, como delito de infidelidade patrimonial, da manutenção, pelo administrador de um patrimônio alheio, de recursos à margem de regular contabilização ("caixa dois" ou "caixa negra"). Veja-se o caso do administrador da sociedade empresária que constitui "caixa dois" visando reduzir a carga tributária incidente sobre a atividade empresarial, ou, ainda mais grave, a hipótese do gestor de determinado partido político que, para proporcionar o recebimento de vantagens indevidas de particulares ou viabilizar o

---

[342] VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal*, cit., p. 268.

[343] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 95.

[344] Não se pode deixar de referir, contudo, que tradicionalmente a doutrina e a jurisprudência alemãs têm tratado a questão do prejuízo na *Untreue* de modo similar ao resultado típico da *Untreue*. GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 448-449.

[345] Essa relação interna serve, inclusive, para estremar o risco permitido do risco proibido, uma vez que todo ato de gestão, por mais arriscado e impetuoso que seja, será considerado atípico à luz do crime de administração desleal se estiver em conformidade com os interesses estipulados pelo titular do patrimônio. Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, cit., p. 16 e ss.

pagamento de fornecedores à margem da fiscalização e da obrigação de prestação de contas, estabelece contabilidade paralela[346][347].

Parece certo que a resolução dessas questões se condiciona à concepção dogmática que se atribua ao patrimônio penal[348]. Deveras, o acolhimento de determinada teoria para a caracterização do patrimônio e de seu correspondente prejuízo – jurídica, econômica, mista ou pessoal-funcional – repercutirá na configuração típica do delito de *Untreue*, aumentando ou diminuindo sua incidência. Outrossim, em nossa opinião, a teoria pessoal contempla alternativas suficientemente fundamentadas capazes de, a um só tempo, proporcionar a adequada proteção do bem jurídico e preservar a essência típica do delito de infidelidade patrimonial. No que tange às expectativas de incremento econômico incorporaram-se ao patrimônio[349], dever-se-á verificar, em primeiro lugar, qual a base sobre a qual se assenta a

---

[346] Para fins de caracterização da *Untreue*, Schünemann distingue as situações do partido político e da sociedade empresária. Para o primeiro, afirmando que o patrimônio se encontra estruturado para gerar fins políticos e não uma contrapartida financeira, a existência de "caixa dois" macularia o bem jurídico do delito de infidelidade patrimonial ao impedir a tarefa de fiscalização dos órgãos competentes. Entretanto, para a hipótese da sociedade empresária, tendo presente que sua estruturação patrimonial visa a maximização do lucro, a manutenção de "caixa dois" destinada a pagar menos impostos segue essa lógica da maximização, e, nessa condição, será impunível à luz da *Untreue*. SCHÜNEMANN, Bernd. Acerca de la cuadratura del círculo en la dogmática del perjuicio de peligro. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Ed.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Perú: Ara Editores, 2010. p. 104-105.

[347] No Brasil costuma-se tipificar o "caixa dois eleitoral" no art. 350 do Código Eleitoral, cuja redação dispõe: "Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais. Pena: reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa, se o documento é particular. Essa peculiar modalidade de falsidade ideológica, contudo, não apreende, sequer indiciariamente, o conteúdo do injusto da infidelidade patrimonial, timbrado, como mencionado alhures, pela relação de confiança e pelo dever de preservação de um patrimônio alheio. Além disso, a figura prevista no art. 350 do Código Eleitoral dispensa a ocorrência de qualquer espécie de dano patrimonial para a sua consumação.

[348] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 93.

[349] Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila defendem tratamento distinto entre os conceitos de *expectativa de lucro* e de *lucros cessantes*, assinalando que o primeiro, a considerar-se componente do patrimônio, causa, em verdade, um dano emergente, enquanto o segundo somente existe quando da não realização de expectativas que, em sentido estrito, não pertencem ao patrimônio. PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 93. Contra, argumentando que os lucros cessantes compõem o conceito de prejuízo, uma vez que que a concepção de patrimônio no âmbito econômico-empresarial é dinâmica e material: CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, cit., p. 410-411. Patricia Faraldo Cabana, a seu turno, menciona que, sob a égide do revogado artigo 295 do Código Penal espanhol, preconizava-se a conveniência político-criminal da inserção dos lucros cessantes no conceito de prejuízo. FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, cit., p. 391. A despeito de existir, ou não, equivalência entre as expectativas de enriquecimento e os lucros cessantes, não se pode deixar de observar que o marco normativo instituído pelo Código Civil brasileiro não vai muito além da determinação de que, ressalvadas as exceções previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, *o que razoavelmente deixou de lucrar* (art. 402), bem como que, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos *e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato*, sem prejuízo do disposto na lei processual (art. 403). O Direito Civil brasileiro, todavia, não fornece maiores detalhes para

expectativa de enriquecimento. Nesse sentido, as *expectativas fundadas em direitos subjetivos*, como, por exemplo, o direito de cobrar uma indenização, o pagamento de um empréstimo ou a aceitação de uma herança, porquanto derivadas de uma relação contratual ou de uma disposição legal, compõem o conceito de patrimônio, e, nessa medida, a ausência de seu oportuno e possível exercício e a consequente falta de ingresso do numerário respectivo na esfera de disponibilidade econômica do titular gerarão o dano patrimonial que constitui elementar do crime de administração desleal[350]. Do mesmo modo, também haveria equivalência da expectativa de incremento econômico ao patrimônio quando o administrador detiver *acesso imediato à fonte de enriquecimento*, como sustentam corretamente Pastor Muñoz e Coca Vila[351]. Neste caso, a concretização do negócio lucrativo para o administrado se vincula exclusivamente ao comportamento do administrador, isto é, a realização do negócio jurídico independe da intervenção de terceiros. Por conseguinte, a frustração da expectativa cuja realização dependa unicamente do administrador corporificará o prejuízo patrimonial da *Untreue*. Nas demais hipóteses, quando a concretização da expectativa de ganho não estiver inteiramente nas mãos do administrador – porque ainda em fase de negociações ou aguardando a concessão de uma licença ou autorização ambiental do Poder Público, por exemplo – não haverá dano patrimonial, ainda que advenha a frustração do negócio[352].

---

o intérprete deduzir quando o credor *deixou razoavelmente de lucrar*. E, ao contrário do que ocorre com o dano emergente, será difícil, senão impossível, a demonstração do nexo de causalidade que unirá a inexecução da obrigação e o lucro cessante. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965. p. 188. De todo modo, essa razoabilidade parece estar mais ligada a uma ideia de caráter qualitativo do que quantitativo, sem que, com isso, se deixe de incorrer em presunção *juris tantum*. Nosso Código Civil também não indica os critérios para a aferição do lucro cessante decorrente *direta* e *imediatamente* da inexecução da obrigação; tudo parece ser deixado ao alvedrio do juiz, ou, mais precisamente, ao talante de seu "bom senso". Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 589-590. Esse cenário de incerteza sobre o alcance dos lucros cessantes ensejaria, em princípio, a desconsideração de sua frustração como sendo algo idêntico ao prejuízo patrimonial.

[350] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 94 e ss. Também a frustração de expectativas de lucro assentadas em "negócios certos", aduz María Del Carmen Vera Rivera, é reconduzível ao conceito de prejuízo, e isso não decorre da adoção da concepção pessoal-funcional do patrimônio, mas da circunstância de que existe um efeito dano patrimonial sob a perspectiva do "valor econômico de uma transação". VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal*, cit., p. 367.

[351] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 94 e ss.

[352] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 96 e ss. "Assim – exemplificam Pastor Muñoz e Coca Vila – a expectativa de uma sociedade de celebrar bons negócios, conseguir patrocinadores ou receber doações no futuro, sem que existam ofertas concretas, é uma expectativa cuja conversão em lucro não está nas mãos do administrador" (p. 96, tradução livre).

Em relação ao tratamento da manutenção de recursos da sociedade em um "caixa dois" corporificar, ou não, um prejuízo patrimonial, e, por conseguinte, o delito de administração desleal[353], deve-se assentar, preliminarmente, que a resolução desse problema radica na possibilidade de *equiparação de uma situação de perigo ao patrimônio ao conceito de prejuízo patrimonial*. A discussão remonta à doutrina alemã acerca da consumação do delito de estelionato; como revela Gallego Soler, pelo menos desde 1875 existem pronunciamentos judiciais e doutrinários no sentido de que a submissão do patrimônio a uma situação de perigo pode corresponder a um prejuízo patrimonial[354]. Transposto o debate para o "caixa dois" na infidelidade patrimonial, a doutrina costuma separar dois comportamentos diversos: o primeiro, atinente à mera criação da contabilidade paralela; o segundo, realizado com a efetiva aplicação de recursos financeiros nesse "caixa dois"[355]. A primeira situação parece mais complexa em virtude da aparente inexistência de dano patrimonial, elemento essencial da *Untreue*. Para aqueles que defendem a tipificação do "caixa dois" como infidelidade patrimonial, a mera criação da contabilidade paralela gera *perigo ao patrimônio administrado, e esse perigo equivale ao conceito de prejuízo patrimonial*. Dessa forma, a implementação, pelo administrador, de uma "caixa negra" daria margem à tipificação do crime, ainda que o autor tenha adotado essa postura buscando beneficiar o patrimônio administrado[356]. Esse entendimento, que, como ressalta Nieto Martín, talvez represente um dos aspectos mais discutidos e interessantes da aferição do dano no delito de infidelidade

---

[353] Relembre-se que, no Brasil, a manutenção ou movimentação de recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação encontra-se prevista no artigo 11 da Lei n. 7.492/1986. Não obstante, entende-se majoritariamente na doutrina que tal conduta somente pode ser praticada no âmbito de instituições financeiras; por conseguinte, havendo a manutenção ou a movimentação de recurso ou valor paralelamente à contabilidade de qualquer pessoa jurídica ou física que não se enquadre no conceito do artigo 1º da Lei n. 7.492/1986, remanescerá apenas crime contra a ordem tributária ou mesmo falsidade ideológica. Nesse sentido: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 93; BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 166; TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. 2. ed. rev., ampl. e atual., inclusive com comentários aos crimes de manipulação de mercado e uso indevido de informações privilegiadas introduzidos pela Lei n. 10.303/2001. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 83. Esse aspecto será melhor explorado no item 3.1.4.

[354] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 424.

[355] Decerto, pela concepção pessoal-funcional o prejuízo patrimonial estaria caracterizado pelo abuso das faculdades do administrador caracterizadoras de uma inegável frustração dos fins desejados pelo titular do patrimônio. Nesse diapasão: JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 145-146.

[356] BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos*, cit., p. 192-193; JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 144. Note-se que, se adotada a concepção económica de patrimônio, dificilmente haveria espaço para sustentar a tipicidade da infidelidade patrimonial diante da subsistência do numerário no patrimônio do seu titular, ainda que formalmente dentro de um "caixa dois".

patrimonial no Direito Penal alemão[357], radica, *pelo prisma pessoal*, em dois argumentos, segundo aponta José-Ignacio Gallego Soler[358]: o fundamento do injusto da administração desleal encontra-se na quebra de uma relação de confiança interna estabelecida entre o administrador e o titular do patrimônio administrado; a criação de um "caixa dois" *diminui o poder de controle e de supervisão do titular do patrimônio* em relação à gestão do administrador, e isso caracteriza ruptura da relação de confiança e do dever de tutela. Além disso, afirma-se que o que importa é a relação do administrador perante terceiros, e o "caixa dois" torna difícil e incerta, senão impossível, a recuperação do dinheiro.

Entretanto, a equiparação da situação de perigo ao patrimônio ao efetivo dano patrimonial tem merecido algumas críticas[359] sob o argumento que ela violaria o princípio da legalidade, sobretudo nos casos em que o legislador contempla o prejuízo patrimonial como requisito do crime, como sucede na administração desleal. Demais disso, a equivalência da situação de perigo à situação de dano ou prejuízo acabaria por antecipar a consumação do delito patrimonial, punindo-se a tentativa como se fosse consumação[360]. Em acréscimo, a equiparação transformaria um delito de lesão e um delito de perigo[361]. Por derradeiro, partindo-se de uma conceituação econômica-jurídica do patrimônio, argumenta-

---

[357] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 27.

[358] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 452-453. Galego Soler sustenta a validade da equiparação da concreta colocação do patrimônio em perigo ao prejuízo, salientando que, além dos critérios comumente utilizados para a aferição do dano (diminuição do saldo global antes e depois do comportamento delituoso), haverá prejuízo quando o sujeito ativo deva efetuar alguma prestação contratual no futuro, embora já existente no presente um prejuízo patrimonial típico, mas de natureza diferente, sem prejuízo de que ele se agrave no futuro (p. 489). Especificamente sobre o dever de garantia do administrador na revelação do "caixa dois", defendem Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila que, ao assumir a gestão de um patrimônio alheio, o administrador também assume a obrigação de identificar esse patrimônio, de sorte que qualquer omissão informativa acerca da natureza de patrimônio pode traduzir delito de administração desleal. *El delito de administración desleal:* claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal. Barcelona: Atelier, 2016. p. 199-200.

[359] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 95 e ss.; mais abrangente, GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 460 e ss.

[360] Esse argumento tem aptidão no ordenamento jurídico alemão, visto que a *Untreue* tentada é penalmente impunível por falta de expressa previsão no § 266 do Código Penal. O mesmo não ocorre na Espanha: VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 396-397; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 98; BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 91; GÓMEZ-TRELLE, Javier Sánchez-Vera. Administración desleal y apropiación indebida, cit., t. II, p. 1217. Castro Moreno observa, contudo, que a possibilidade de a administração desleal admitir a tentativa não é isenta de problemas, tanto dogmáticos como de ordem de política criminal. CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 421.

[361] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 465 e ss.

se que o "caixa dois" da sociedade empresária acarretaria prejuízo concreto e não simples perigo de dano, na medida em que o titular do patrimônio administrado perde a disponibilidade real e efetiva sobre os seus recursos financeiros[362].

Em nossa opinião, a simples criação de um "caixa dois" paralelo ao patrimônio administrado caracteriza o delito de infidelidade patrimonial, *sobretudo se adotada a teoria pessoal-funcional do patrimônio*[363]. Essa situação antijurídica ocorre tanto quando a "caixa negra" é criada sem o consentimento do titular do patrimônio administrado como, e principalmente, quando ela passa a receber recursos à margem de qualquer contabilização e fiscalização. No ponto, concordamos com Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila que a suposta equiparação da situação de perigo ao dano patrimonial embute, em verdade, o problema do *momento da consumação* do delito de administração desleal, ou seja, a constatação do instante em que se produz o prejuízo patrimonial[364]. Conquanto esse tema venha a ser tratado de modo mais aprofundado no item 3.9.1 desta tese, é conveniente adiantar desde já que o prejuízo da *Untreue* se concretiza no momento da celebração do negócio jurídico pelo administrador e da correspondente perda do valor econômico do patrimônio[365]. Assim, é forçoso admitir que a situação que aparentemente reflete um perigo – *exempli gratia*, a concessão de um vultoso empréstimo a uma pessoa jurídica em situação pré-falimentar sem a exigência de garantias compatíveis de pagamento, ou a aquisição de um crédito conhecidamente "podre" – *consubstancia uma situação de dano efetivo ao patrimônio desde o instante da celebração do contrato*[366]. Desse modo, esvazia-se a crítica relativa à transformação de um crime de lesão em crime de perigo, visto que um comportamento delituoso jamais deixou de prescindir do resultado de lesão. Como corretamente pondera José-Ignacio Gallego Soler, quando se diz que um patrimônio está em "perigo", isso significa

---

[362] Foi nesse sentido que decidiu o Tribunal Federal alemão (*BGH*) no famoso caso *Siemens* de 2008, no qual se discutia ter havido *Untreue* em razão da criação de "caixa dois" destinado ao pagamento de vantagens indevidas (corrupção) com o intuito de obter contratos mais lucrativos para a sociedade empresária. Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 198 ss.

[363] Entrevendo a ocorrência de prejuízo efetivo com base na adoção da teoria jurídico-econômica, uma vez que também são típicos aqueles comportamentos que obstam o aumento futuro do ativo ou são causa de um incremento futuro do passivo: VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal*, cit., p. 374.

[364] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 161.

[365] Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 162-163.

[366] Como observa Gallego Soler, o acolhimento dessa perspectiva transfere a constatação do prejuízo da relação "diminuição econômico-financeira" para a comparação das relações jurídicas sinalagmáticas que derivam para as partes do negócio jurídico à mercê de sua conclusão. GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 486.

que ele, em realidade, ao menos juridicamente, já foi lesado, ainda que essa situação possa ser agravada com o passar do tempo[367]. Além disso, essa construção prestigia a administração desleal como uma legítima manifestação do gênero "delitos patrimoniais", visto que eles são, em regra, delineados como crimes materiais, de resultado ou de dano[368].

Sob outro giro, o fato de o "caixa dois" ser constituído visando alcançar benefício econômico ao patrimônio administrado, como, por exemplo, a redução da carga tributária, a concessão de uma licença ambiental para a implantação de uma fábrica, ou o pagamento de vantagens indevidas para a celebração de lucrativos contratos, não elide o crime de administração desleal, pois a tipicidade da conduta deve ser compreendida *no plano da tipicidade objetiva*[369]. Nesse sentido, em sendo a contabilidade paralela instituída para proporcionar o cometimento de outros crimes, patrimoniais ou não, nomeadamente a "lavagem" de dinheiro, a sonegação fiscal, a apropriação de contribuição previdenciária, a corrupção passiva etc., cogitar-se-á de concurso de crimes, formal ou material a depender das circunstâncias do comportamento perpetrado.

De outro lado, será possível cogitar de *Untreue* tanto na hipótese de o administrador criar, de mão própria, o "caixa dois" quanto no caso dele descobrir a sua prévia existência por obra de outrem e se *omitir no cumprimento do dever* de informar ao titular do patrimônio administrado essa deletéria circunstância. Essa hipótese, que pertence à possibilidade de a

---

[367] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 489. De fato, como assinala Gallego Soler, a terminologia utilizada para essas duas situações "é confusa, pois ao se aludir à colocação do patrimônio em perigo, muitas opiniões querem ver nisso um caso de tentativa especialmente incriminado como consumação, ou um delito de perigo. Creio que toda esta confusão poderia mitigar-se se se aceitam as seguintes considerações. Em determinados negócios jurídicos, podem diferenciar-se jurídica e/ou economicamente duas situações com diversa transcendência: uma situação em que existe um 'perigo de um prejuízo futuro' que, a sua vez, implica um 'prejuízo presente'. São dois prejuízos distintos que aparecem em momentos diferenciados e que têm uma distinta conotação econômica e jurídica. Assim, por exemplo, o perigo de um inadimplemento futuro, atualmente já um prejuízo presente que se concretiza com a perda do valor econômico do elemento patrimonial em questão" (p. 470). Na mesma linha, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Villa observam que, a par do termo *perigo de prejuízo equivalente ao prejuízo* traduzir um equívoco, pois, em verdade, não existe tal equiparação, a distinção entre perigo de prejuízo e prejuízo efetivo é de índole quantitativa, de grau, de intensidade, e não de caráter qualitativo, visto que ambas as situações representam modalidades de prejuízo. Demais disso, note-se que, ainda em conformidade com Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Villa, o eventual pagamento posterior pelo devedor, porquanto realizado após o momento consumativo, não terá o condão de afastar a tipicidade do prejuízo, podendo configurar, no caso, uma *reparação do dano postconsumativa* que poderia dar azo à mitigação da sanção imposta. PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 162-163.

[368] Com algumas concessões aos delitos formais, como, por exemplo, nas contravenções penais previstas nos arts. 24 a 26 da Lei de Contravenções Penais. Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 25.

[369] Assim, PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 202.

administração desleal ser cometida por intermédio de uma conduta *omissiva imprópria*, será melhor explorada no item 3.6.1 desta tese.

Por derradeiro, o acolhimento da concepção pessoal-funcional do patrimônio proporciona a compreensão de que o bem jurídico da infidelidade patrimonial não se resume a uma massa inerte e estática com alguma significação econômica, mas a uma unidade juridicamente constituída que se relaciona constante e dinamicamente com seu titular, na exata medida em que viabiliza uma possibilidade de atuação econômica.

3.2. Sujeito ativo e sujeito passivo do crime de infidelidade patrimonial

3.2.1. Sujeito ativo

Independentemente da configuração típica atribuída pelo legislador, isto é, quer como tipo patrimonial genérico, como ocorre na Alemanha e na Argentina, quer como tipo penal societário, como sucede na Itália, o sujeito ativo do crime de infidelidade patrimonial perfaz-se na *pessoa que administra legitimamente o patrimônio de outrem* e, nessa condição, causa prejuízo mediante a quebra de um dever de tutela. Trata-se, pois, do *administrador*. À míngua de conceituação penal no plano legislativo[370], a doutrina costuma se referir ao administrador como sendo aquele que possui faticamente faculdades de administração de um patrimônio alheio provenientes de um mandamento legal (p. ex., tutela, curatela), de uma determinação do Poder Público, ou de um negócio jurídico, o que, ressalte-se, frequentemente vai além dos meros atos de disposição ou de contração de obrigações em nome do titular do patrimônio administrado[371]. Deveras, ao contrário do que sucede com o delito de apropriação indébita[372], na administração desleal o sujeito ativo empolga poderes

---

[370] O art. 25 da Lei n. 7.492/1986, por exemplo, dispõe que são penalmente responsáveis o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados diretores, gerentes, sem, contudo, indicar qual o conteúdo dessa administração. Sobre o tema, LAUFER, Daniel. *Artigo 25 da Lei n. 7.492/86:* problemas de autoria no âmbito jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 114 e ss.

[371] Assim, p. ex., JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 56-57. Também Buján Pérez, para quem o autor do delito não tem que ser o administrador no sentido jurídico-mercantil. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 89.

[372] A existência de obrigação concreta do administrador em atribuir um destino específico perfeitamente delimitado a um bem ou a um valor enseja, como corretamente aponta Buján Pérez, delito de apropriação indébita, e não administração desleal. BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 88. Também, NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 217.

mais abrangentes e menos vigiados de disposição do patrimônio alheio. Trata-se de um *poder real de conformar ou configurar o patrimônio administrado*.

Em razão disso, somente pode ser sujeito ativo do crime de infidelidade patrimonial aquele que desempenha a gestão do patrimônio com certa margem de autonomia. A doutrina, entretanto, discute a possibilidade de estratificar a autonomia do administrador em graus com base na relação "liberdade de atuação – responsabilidade pelas consequências", chegando a cogitar a existência de uma "autonomia máxima" e de uma "autonomia mínima" que, em essência, confundir-se-ia com a possibilidade concreta de o sujeito se comportar de outro modo[373]. Essa divisão em níveis é criticada por Pastor Muñoz e Coca Vila sob o fundamentado argumento que a noção de autonomia se lastreia no poder de conformar o patrimônio, de determinar concretamente o "se" e o "como" da gestão patrimonial; assim, não se considerará administrador e, obviamente, sujeito ativo do delito de *Untreue* o indivíduo que realiza uma administração meramente mecânica ou automática, isto é, oriunda exclusivamente das ordens do titular do patrimônio[374]. Isso não significa, porém, que a lesão patrimonial praticada por aquele que não tem o poder de administrar (configurar o patrimônio) não merecerá castigo pela via penal. De fato, o castigo virá, mas por força de outras modalidades de lesões patrimoniais, notadamente a apropriação indébita, o estelionato e o furto, que não incriminam – como é o caso da administração desleal – comportamentos cometidos "desde dentro" pelo sujeito ativo.

Explica-se: no "delito cavalo de Troia" no qual o ataque ao bem jurídico ocorre "à la Brutus"[375], o sujeito ativo da infidelidade patrimonial constitui uma nítida manifestação do injusto, haja vista que a lesão patrimonial é produzida, a par da quebra da relação de confiança, de *dentro para fora*, ou seja, pela pessoa que se encontrava mais próxima do bem jurídico. Essa peculiar forma de ataque ao bem jurídico tutelado transforma a infidelidade patrimonial, segundo o entendimento majoritário da doutrina, em um delito "especial próprio", de sorte que somente aquele indivíduo que reúne os elementos característicos de

---

[373] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 114 e ss.

[374] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 114-115.

[375] LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial, cit., p. 24.

administrador, *ainda que não formalmente constituídos*, consoante se verificará adiante, poderá figurar como sujeito ativo do crime[376].

Note-se, a propósito, que esse aspecto do delito de infidelidade patrimonial o converte em uma figura singular, quiçá única, no contexto dos delitos patrimoniais, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro. Sim, porque, como registra Alamiro Velludo Salvador Netto, em geral os delitos contra o patrimônio não exigem do sujeito ativo qualquer condição fática ou jurídica perante o bem jurídico tutelado; em regra, em se tratando de atentados ao patrimônio de outrem, "ninguém tem um dever especial"[377].

Ademais, o cargo de administrador de uma sociedade empresária, destaca Patricia Faraldo Cabana, baseia-se em uma relação de confiança que não pode ser compreendida à margem dos deveres de diligência e de lealdade devidos à sociedade administrada[378]. No caso da administração desleal de órgãos societários, especifica Schünemann, haverá dever de proteção sempre que por órgão em sentido estrito se compreender a pessoa física dotada de um poder de representação da pessoa jurídica, que, sozinha, como é notório, não tem qualquer capacidade de ação[379]. O mesmo sucede, dada particular relação do sujeito ativo com o bem jurídico tutelado, com o administrador de qualquer outro patrimônio alheio, societário ou não. E, se é verdade que os conceitos de *relação de confiança* ou mesmo de

---

[376] Os delitos próprios, observam Fiandaca e Musco, põem em destaque a estreita relação existente entre a qualificação especial do indivíduo e o bem jurídico protegido. FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Derecho penal:* parte general. Bogotá: Temis, 2006. p. 171. Para a infidelidade patrimonial como delito especial próprio: JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 60; CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 147 e p. 195 e ss.; CARVALHO, Américo Taipa de. *Comentários Conimbricense do Código Penal:* parte especial, t. II, cit., p. 364; BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 201; NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 266; SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *Delitos societarios y conductas afines,* cit., p. 601; VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 384-385; MAZZACUVA, Nicola; AMATI, Enrico. *Diritto penale dell'economia,* cit., p. 157; MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari,* cit., p. 208-209; BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societari,* cit., p. 123.

[377] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada,* cit., p. 22. "A dinâmica de delitos especiais – adita Salvador Netto –, os quais pressupõem uma relação diferenciada entre o agente e o bem jurídico, é estranha aos crimes patrimoniais, tendo em vista que aqui se está diante do descumprimento de regras privadas impostas em igual nível a todos". Na mesma esteira, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Villa: "o ataque 'desde dentro' realizado por quem pode atuar na esfera alheia e deve velar pelos interesses desta é o que caracteriza o delito de administração desleal e o diferencia do resto dos delitos patrimoniais, como o estelionato, a extorsão, o roubo ou a apropriação indébita". PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 108.

[378] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios,* cit., p. 421.

[379] SCHÜNEMANN, Bernd. La administración desleal de los órganos societarios*:* el caso Mannesmann. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Ed.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Perú: Ara Editores, 2010. p. 21.

salvaguarda patrimonial que permeiam o delito de administração desleal soam vagos, como destaca Nieto Martín, isso não significa que os autores do crime não possam ser considerados garantes do patrimônio administrado[380].

Assim, parece certo que, sob a égide do delito de infidelidade patrimonial, desponta um notável dever de garantia, ou, como aduzem Alaor Leite e Adriano Teixeira, uma "*posição de garantidor tipificada*, que transforma a infidelidade patrimonial em um *delito especial de garantidor*"[381]. Conquanto essa posição de garante derive, a depender da configuração conferida pelo legislador ao tipo penal de *Untreue*, normalmente da lei, de uma ordem da autoridade ou de um negócio jurídico, ela somente nascerá com a assunção de um compromisso material de proteger o patrimônio de outra pessoa (física ou jurídica), prescindindo-se, pois, de qualquer nomeação formal do administrador[382].

No caso do § 266 do Código Penal alemão, por exemplo, explica Schünemann que a posição de garantidor é delineada por intermédio da faculdade de o administrador dispor ou obrigar o patrimônio de terceiro, ou, alternativamente, de um dever de custódia patrimonial[383]. Na mesma linha de Schünemann, pondera Adán Nieto Martín que o critério material ou primário para a delimitação do círculo de autores é a capacidade de disposição sobre os bens pertencentes a terceiros que estão sob administração[384].

Em todos os casos, porém, é a posição de garante assumida sobre o patrimônio alheio que fundamentará a responsabilidade penal do sujeito ativo em havendo violação de dever com a subsequente produção de um prejuízo patrimonial[385]. De qualquer forma, dada a relevância do tema na configuração do delito de infidelidade patrimonial, o conteúdo do

---

[380] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 266-267.

[381] LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial, cit., p. 25

[382] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 112 e ss.; NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 266.

[383] SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 193.

[384] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 112 e ss.; NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 266-267.

[385] A característica principal da posição de garante do sujeito ativo revela-se, segundo Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila, na relação autor-vítima, ou, particularmente, no fato de a vítima, titular do patrimônio, se retirar total ou parcialmente da gestão de seu patrimônio e permitir que o autor assuma esse mister, de resto representativo de uma significativa parcela de sua esfera jurídica. PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 108. Com idêntica opinião, JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 64.

dever de garante na *Untreue* será objeto de estudo específico na presente tese, não sem antes indicarmos quais são as eventuais fontes de tais deveres.

3.2.2. Sujeito passivo

O sujeito passivo do crime – também denominado ofendido ou vítima – é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado[386]. Nesses termos, dada a proteção penal do patrimônio[387], o sujeito passivo da infidelidade patrimonial será o *titular do patrimônio administrado*[388]. Essa titularidade pode ser exercida tanto pela pessoa física como pela pessoa jurídica e encontra fundamento na relação jurídica que permeia a administração do patrimônio alheio. Assim, será sujeito passivo da administração desleal perpetrada no contexto da tutela o filho menor[389], e, na curatela, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os pródigos[390]. Tratando-se de administração desleal cometida no âmbito societário por seu órgão de administração, o comportamento incriminado atinge o patrimônio da sociedade, de modo que, neste caso, será a pessoa jurídica o sujeito passivo do crime. Isso também ocorre nos modelos societários de incriminação da infidelidade patrimonial, como a *infedeltà patrimoniale* do Direito italiano, em que o bem jurídico tutelado revela-se no patrimônio social[391], ou na infração de *fraude en la administración de personas jurídicas* do ordenamento jurídico-penal peruano (cf. artigo 198 do CPP[392]).

Até mesmo na vigência da antiga redação do artigo 295 do Código Penal espanhol (1995), que tipificava um *exclusivo delito societário* na hipótese de os administradores, de fato ou de direito, ou os sócios de qualquer sociedade constituída ou em formação, em benefício próprio ou de terceiros, com abuso das funções próprias de seu cargo, disporem

---

[386] BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral, t. 2º, cit., p. 140; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 1, p. 293.

[387] Cf. item 3.1.1.

[388] VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 378.

[389] Cf. art. 1.728 do Código Civil brasileiro.

[390] Cf. art. 1.767 do Código Civil brasileiro.

[391] MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari,* cit., p. 206-207; MARINI, Consuelo. *Reati in materia economica,* cit., p. 142; BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società,* cit., p. 170 e ss.

[392] GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios,* cit., p. 41.

fraudulentamente dos bens da sociedade ou contraírem obrigações em razão desta, "causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren", defendia majoritariamente a doutrina[393] a proteção preponderante do patrimônio da sociedade, e não individualmente dos seus sócios, depositantes[394], cotistas ou titulares de bens, quer porque, como entrevia Castro Moreno, isso ensejava uma equivocada transferência do resultado para os sujeitos passivos, quando, em verdade, a única prejudicada com a conduta delituosa, ao menos diretamente, era a sociedade[395], quer porque, como aludia Faraldo Cabana, a nosso ver definitivamente, era a sociedade a única titular do objeto material do tipo[396].

No contexto das companhias brasileiras poderá surgir alguma dúvida sobre a identidade do sujeito passivo, uma vez que tais sociedades empresárias dividem o seu capital em ações[397]. Neste caso, o cometimento de infidelidade patrimonial causadora de dano também atingirá, a nosso ver, bem jurídico pertencente à sociedade anônima, e não aos sócios ou acionistas, uma vez que o conceito de capital social e o de patrimônio social são diversos e não se confundem[398]. Não por outro motivo, aliás, o art. 159 da Lei n. 6.404/1976

---

[393] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, cit., p. 31-33; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios,* cit., p. 368 e ss.; MATA Y MARTIN, Ricardo Manuel. Estructura fundamental del delito de administración desleal, cit., p. 1552-1553. Contra, Nieto Martín, vislumbrando a correção do legislador ao tutelar o patrimônio dos sócios e não o patrimônio da sociedade considerado isoladamente. NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 260; igualmente, GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Política criminal en materia de delitos societarios,* cit., p. 261.

[394] O legislador espanhol parece ter incorrido em erro ao mencionar "depositário" no lugar de "depositante". E isso tendo presente que a inserção dos "depositários" (*rectius*: depositante) como sujeitos passivos do então crime do artigo 295 teve como finalidade regular as situações fraudulentas perpetradas no sistema financeiro, pois diversas pessoas que depositavam suas economias em instituições financeiras frequentemente eram prejudicadas por condutas desleais, bem como porque inexistia unanimidade acerca da incidência, para esses casos bancários, da apropriação indébita. Assim, CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 391-392; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios,* cit., p. 369-370; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Estudios de derecho penal económico,* cit., p. 101.

[395] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 388-389.

[396] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios,* cit., p. 370.

[397] Art. 1º da Lei n. 6.404/1976: "A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas".

[398] "Podemos dizer – opina Rubens Requião – que o capital constitui o patrimônio inicial da sociedade comercial. Após o início das atividades, o capital permanece *nominal*, expresso na soma declarada no contrato, ao passo que o patrimônio social – ou *fundo social* – tende a *crescer*, se a sociedade for próspera, ou a *diminuir*, se tiver sucesso. Esse patrimônio é que gera, em última análise, o lucro, que é periodicamente dividido entre os sócios". REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1. p. 285.

confere *legitimidade ativa ordinária* à companhia para promover ação de responsabilidade civil contra o administrador *em razão de prejuízos causados ao seu patrimônio*[399]. Aos sócios e acionistas, a seu turno, remanescerá a condição jurídico-penal de sujeitos passivos *mediatos* ou, o que nos parece mais acertado dogmaticamente, de *prejudicados do crime*[400].

Por fim, porém não menos importante, vale registrar que o adequado delineamento do sujeito passivo da administração desleal tem, para além da necessária análise formal do tipo penal, relevantes consequências no plano da tipicidade objetiva, visto que o consentimento do titular do patrimônio eventualmente poderá caracterizar uma causa excludente da tipicidade. Demais disso, a identificação do ofendido assumirá notável "relevância prática"[401], sobretudo no ambiente processual penal, mercê da conformação que o legislador atribua a ação penal reservada à persecução do delito de infidelidade patrimonial. Concretamente: a submissão da *persecutio criminis in juditio* do delito de administração desleal ao exercício da ação penal pública – incondicionada ou condicionada – ou da ação penal de iniciativa privada repercutirá, evidentemente, na forma através da qual o comportamento delituoso será levado a juízo – se por denúncia ou queixa-crime –, na legitimidade *ad causam* e na possibilidade de o sujeito passivo do crime figurar como assistente da acusação[402]. Esses dois temas, porém, representarão o objeto de estudo do item 5.3 da presente tese.

---

[399] Cf. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas*), cit., p. 437-438. Note-se que essa conclusão nem sequer é infirmada pelo fato de o art. 159, § 3º, da Lei das S/A dispor que qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia geral, ou o § 4º do mesmo artigo estipular que, se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social, pois, como destaca Adamek, em tais casos o *acionista age em benefício da companhia*, e não com interesse próprio, revelando-se, pois, um caso de legitimação extraordinária por substituição processual (p. 438).

[400] Visto que o prejudicado é qualquer pessoa a quem o crime haja produzido um dano, patrimonial ou não, obtendo, por consequência, direito a ressarcimento ou providência no âmbito cível. Cf. FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 181; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. p. 115.

[401] FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 183.

[402] Art. 268 do Código de Processo Penal brasileiro: "Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31".

3.3. Fontes do dever de garante no crime de infidelidade patrimonial

Consoante assentado anteriormente, a posição de garantidor do administrador no contexto do delito de *Untreue* surge com a assunção fática do dever de guardar um patrimônio alheio. Não obstante, o princípio da legalidade, no seu consectário da taxatividade ou do mandato de certeza, impõe que a redação das normas penais incriminadoras seja clara, certa e precisa, em ordem a evitar expressões ambíguas, equívocas e vagas, as quais, ao fim e ao cabo, proporcionarão insuportável insegurança jurídica diante da potencial variedade de interpretações judiciais, muitas delas conflitantes[403]. Atento a esse singular compromisso de índole política, haja vista que a incorporação da taxatividade ao sistema de justiça enaltece seu valor como princípio penal inerente ao Estado Democrático de Direito[404], o legislador tem optado por descrever expressamente no tipo penal quais são as fontes de onde promanam os deveres de administração que, se violados, darão azo à infidelidade patrimonial. Assim, por exemplo, nas figuras genéricas de administração desleal adotadas pela Alemanha[405], Espanha[406], Portugal[407] e Argentina[408], nas quais o legislador expressamente declarou que as fontes do dever de administrar são a *lei*, a *ordem de*

---

[403] LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 24 e ss.

[404] FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 96.

[405] § 266 do Código Penal alemão: "Untreue: (1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft".

[406] Art. 252 do Código Penal espanhol: "1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses".

[407] Artigo 224º do Código Penal português: "1 – Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 – A tentativa é punível. 3 – O procedimento criminal depende de queixa. 4 — É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º e na alínea a) do artigo 207º.

[408] Art. 173, 7, do Código Penal argentino: "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: (…) 7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos".

autoridade e o *negócio jurídico*. No primeiro caso, o dever de administrar o patrimônio alheio e seus respectivos limites emergem diretamente de uma norma jurídica, geralmente com conteúdo extrapenal; no Direito brasileiro é o que acontece, *verbi gratia*, com a tutela[409], a curatela[410], a curadoria da herança jacente[411] e com a administração de bens pelo cônjuge quando o outro não puder exercer esse mister, segundo o regime de bens[412]. Na segunda hipótese, a fonte de atribuição das faculdades gerenciais provém de uma ordem emanada do poder público, sobretudo do Poder Judiciário, como ocorre com o curador dos bens do ausente[413], o administrador provisório da pessoa jurídica[414], o inventariante na administração da herança[415], o administrador judicial na falência[416] e na administração de bens judicialmente constritos no âmbito da legislação antilavagem de dinheiro[417]. Por fim, os deveres de administração podem derivar de negócios jurídicos livremente celebrados entre o titular do patrimônio e a pessoa física ou jurídica escolhida para administrá-lo. No ponto, prevalecerá a regra da autonomia de vontade, de resto intrínseca às relações de Direito Privado. Assim, os contornos da administração serão estipulados no contrato ou em outro

---

[409] Art. 1.741 do Código Civil brasileiro: "Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé".

[410] Art. 1.774 do Código Civil brasileiro: "Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes".

[411] Art. 1.819. Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.

[412] Art. 1.651. Quando um dos cônjuges não puder exercer a administração dos bens que lhe incumbe, segundo o regime de bens, caberá ao outro: I – gerir os bens comuns e os do consorte; II – alienar os bens móveis comuns; III – alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial.

[413] Art. 22 do Código Civil: "Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador".

[414] Art. 49 do Código Civil: "Se a administração da pessoa jurídica vier a faltar, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomear-lhe-á administrador provisório".

[415] Art. 1.991 do Código Civil: "Desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha, a administração da herança será exercida pelo inventariante. Art. 617 do Código de Processo Civil. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem (...). Parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar a função".

[416] Art. 99 da Lei n. 11.101/2005: "A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: (...) IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea *a* do inciso II do *caput* do art. 35 desta Lei".

[417] Art. 5º da Lei n. 9.613/1998: "Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso".

instrumento do negócio jurídico, de que são exemplos o mandato[418], a gestão de negócios[419], o condomínio[420] e a administração da sociedade[421] e da companhia[422].

A enumeração das fontes de onde se extraem os deveres de administração que ligam o sujeito ativo do crime de infidelidade patrimonial (administrador) ao sujeito passivo (titular do patrimônio administrado), entretanto, não tem sido unanimemente acolhida pela doutrina como uma providência de prudência legislativa. Com efeito, defende-se a desnecessidade do arrolamento das fontes no nível do tipo penal sob o argumento que, no âmbito da *Untreue*, o que deve ser verificado essencialmente é o exercício abusivo ou desleal das faculdades de administração do patrimônio[423] de terceiro. Além disso, acrescenta Patricia Faraldo Cabana, a indicação expressa das fontes de deveres no preceito primário da norma penal incriminadora cria um potencial nicho de polêmicas acerca da admissão da responsabilidade penal do administrador de fato[424].

---

[418] Art. 653 do Código Civil: "Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato".

[419] Art. 861 do Código Civil: "Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar".

[420] Art. 1.323 do Código Civil: "Deliberando a maioria sobre a administração da coisa comum, escolherá o administrador, que poderá ser estranho ao condomínio; resolvendo alugá-la, preferir-se-á, em condições iguais, o condômino ao que não o é".

[421] Art. 981 do Código Civil: "Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados".

[422] Art. 138 da Lei n. 6.404/1976: "A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria". Não se pode deixar de referir, contudo, o debate travado entre assumir a sociedade perfil contratualista, como parece emergir do art. 981 do Código Civil, ou institucional, no qual a sociedade é concebida e organizada como instituição. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 26 e ss.

[423] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 87 e ss. Para Buján Pérez o legislador espanhol perdeu a chance de aclarar o tipo penal do artigo 252 do Código Penal, especificando que as faculdades de administração outorgadas ao sujeito ativo deveriam traduzir a tomada de uma decisão autônoma de administrar, isto é, que o administrador ostentasse uma abrangente discricionariedade na gestão patrimonial. É essa margem de discricionariedade do administrador que, para Buján Pérez, distinguirá a administração desleal da apropriação indébita (p. 88); JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 63.

[424] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios,* cit., p. 419. A observação de Faraldo Cabana baseia-se no fato de que a redação originária do artigo 295 do Código Penal espanhol previa categoricamente a possibilidade de o autor de direito ou o autor de fato figurar como sujeito ativo do delito societário de administração desleal. Compartilhando a crítica, SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *Delitos societarios y conductas afines,* cit., p. 508.

A nosso ver, e consoante tivemos a oportunidade de apontar anteriormente, o delito de infidelidade patrimonial se corporifica por intermédio do surgimento de uma relação de fato vinculada à proteção do patrimônio alheio. Dessarte, o que, *em essência*, gera o dever de o administrador servir fielmente o titular do patrimônio administrado é a ampla capacidade de dispor – no sentido de dominar, comandar e coordenar – sobre os bens de outrem à semelhança deste, ou seja, o *poder concreto de controlar*[425], de modo abrangente e sem intensa fiscalização, a esfera jurídica alheia e todas as suas subsequentes relações. O administrador, recorde-se, assume o dever jurídico de gerir o patrimônio de terceiro "a partir de dentro", pautando-se pelos interesses e aspirações de seu proprietário. Trata-se, em suma, de uma obrigação de cuidado patrimonial na qual o administrador (sujeito ativo) fica obrigado a "preocupar-se" com o correto desenvolvimento dos interesses patrimoniais do administrado (sujeito passivo)[426]. Nesse contexto, mercê da relevância da assunção fática ou material do encargo de guarda patrimonial na composição do próprio injusto da *Untreue*, seria mesmo desnecessária, em princípio, qualquer indicação ostensiva das fontes dos deveres de garante no nível do tipo penal.

Não obstante, parece difícil negar a serventia interpretativa e o prestígio ao postulado da taxatividade daquelas modalidades de infidelidades patrimoniais que apresentam, de forma terminante, as fontes do dever de garante que incidem sobre o sujeito ativo do delito; mormente quando se tem presente que muitas das críticas dirigidas ao crime de administração desleal residem na amplitude do círculo de autores e na indeterminabilidade da definição das condutas típicas, em especial nas denominadas figuras de abuso[427]. Essa discussão, porém, será retomada no Capítulo 5 por ocasião da proposta de tipificação, no Brasil, de uma modalidade de infidelidade patrimonial, e da consequente análise dos elementos dogmáticos que comporão a *Untreue* brasileira.

---

[425] Nesse diapasão, a opinião de Fábio Konder Comparato: "O controle é, pois, o direito de dispor dos bens alheios como um proprietário. Controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica". COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 92.

[426] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 28; PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 81.

[427] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 32 ss.; BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos*, cit., p. 66.

3.4. Conteúdo do dever de garante no crime de infidelidade patrimonial

Não cabe dúvida de que o dever de garantia do patrimônio alheio, para além de cristalizar uma derivação do injusto penal[428], consubstancia, como bem ilustram Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila, "a outra face da moeda de certas faculdades (poder) que foram conferidas para atuar em uma esfera patrimonial alheia"[429]. Outrossim, inexiste discussão acerca de a obrigação de salvaguarda patrimonial incidir "desde dentro", na medida em que o administrador *substitui* o titular na gestão do seu patrimônio. A despeito disso, os tipos penais que incriminam a infidelidade patrimonial não esclarecem qual seria o conteúdo do dever de garante que transforma o administrador em sujeito ativo do crime de *Untreue*.

Deveras, à exceção do denominado *tipo de infidelidade* localizado na segunda parte do § 266 do Código Penal, destinado, conforme registrado alhures, à proteção do titular do patrimônio administrado nas assim chamadas relações internas, isto é, nas relações travadas entre o administrador e o titular do patrimônio administrado[430], e do artigo 173, 7, do Código Penal argentino[431], o legislador não dispôs expressamente na norma penal qual seria o conteúdo do dever de guarda ou de cuidado do patrimônio alheio. Nessas hipóteses, de que talvez o melhor exemplo na atualidade seja o artigo 252 do Código Penal espanhol, indaga-se: a criminalização da administração desleal tem como fundamento o abuso de faculdades administrativas pelo sujeito ativo em face de relações jurídicas "externas", ou ela se baseia na quebra da relação de confiança "interna" criada com o titular do patrimônio? Mais: o administrador ostenta somente *deveres positivos*, ou seja, sua função igualmente impõe a melhora e o incremento do patrimônio de terceiro, ou, de outro lado, a sua posição de garante enseja exclusivamente *deveres negativos*, de sorte que a sua obrigação se resume a não causar danos ao patrimônio administrado?[432]

---

[428] Cf., *supra*, Capítulo 2.

[429] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 82. Com idêntico sentido, Nieto Martín, segundo o qual a obrigação de salvaguardar o patrimônio funciona como uma espécie de "contrapartida" ao enorme poder de disposição do patrimônio alheio exercido pelos administradores. NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 275-276.

[430] Relembre-se, por oportuno, que o § 266 do Código Penal alemão adotou tanto a teoria do abuso (contemplada na primeira parte do tipo penal) como a teoria da infidelidade ou da quebra de confiança (aplicada na segunda parte do tipo penal) para a caracterização das *Untreue*.

[431] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*, cit., p. 133,

[432] Nesse sentido, PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 82.

Analisando as propostas doutrinárias que se propuseram a analisar o conteúdo do dever de guarda e de cuidado do patrimônio alheio no delito de administração desleal, Rafael Juan Juan Sanjosé assevera que elas podem ser divididas em três linhas distintas de pensamento: a primeira considera que a essência da infidelidade patrimonial se encontra no abuso de poder de disposição do administrador sobre o patrimônio alheio; a segunda vislumbra o delito na infração do dever de velar o patrimônio de outrem, enquanto a terceira linha se fundamenta na ruptura de uma relação de confiança, ainda que estabelecida à margem de uma concreta relação jurídica[433].

Sob esse contexto, é desnecessário referir que, em conformidade com tal ou qual proposta de encaminhamento doutrinário, o raio de incidência do delito será alterado, tornando-se mais ou menos amplo. Pensemos, por exemplo, naqueles casos nos quais o administrador concede empréstimos sem exigir contrapartidas adequadas, percebe vantagens ou bônus excessivos, concede presentes vultosos a fornecedores, ou, ainda, realiza gastos desproporcionais à vista do tamanho da sociedade administrada. Nestas situações, o administrador do patrimônio parece ter incorrido em manifesto abuso de suas faculdades gerenciais, maculando o patrimônio. Assim, a considerar que o delito de infidelidade patrimonial também contempla o abuso de uma faculdade jurídica conferida pelo titular de um patrimônio, poder-se-ia cogitar de infração penal em todos os casos ilustrados[434]. Sob outro giro, a compreensão da *Untreue* como delito que também abrange a proteção do patrimônio alheio sob a égide de uma relação de confiança estabelecida entre o administrador e o titular do patrimônio administrado, sem qualquer envolvimento de terceiros, abarcará aquelas situações nas quais ocorre a violação de um dever de guarda do patrimônio alheio, de modo que o cometimento da ação típica coincide com a violação do dever[435]. Por essa óptica, haveria crime de infidelidade patrimonial quando, por exemplo, o administrador deliberadamente promovesse a contabilidade incorreta para mascarar retiradas de valores pertencentes à sociedade administrada, ou violasse as obrigações de controle inerentes aos órgãos superiores de fiscalização da sociedade.

---

[433] JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 66.

[434] Como observa Nieto Martín em comentário ao tipo de abuso germânico, existe "um abuso quando o autor realiza um mau uso de suas faculdades prejudicial para o patrimônio, utilizando seu poder de modo contrário a como haveria de realizá-lo atendendo à esfera interna da relação". NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 29, tradução livre.

[435] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 32.

A discussão acerca de o tipo penal de abuso contemplar ou não o tipo penal de infidelidade ou a compreensão do delito de infidelidade patrimonial como sendo exclusivo das relações travadas pela pessoa jurídica com terceiros ("relações externas") tem sido, contudo, considerada írrita e sem relevância por parte da doutrina, sobretudo da doutrina espanhola, seja na redação atribuída ao revogado artigo 295, seja na vigência do atual artigo 252 do Código Penal espanhol. Com efeito, em referência ao artigo 295 do Código Penal espanhol, Nieto Martín observa que o fundamental é a caracterização do abuso do poder de disposição de bens alheios pelo administrador que acabe por produzir um prejuízo patrimonial, o que pode suceder tanto no plano externo como no plano interno[436]. Na mesma linha, mas agora sob o prisma do atual artigo 252 do Código Penal espanhol, Barja de Quiroga defende que a administração desleal espanhola congrega tanto o tipo de abuso como o tipo de infidelidade, de modo que a análise da conduta penal deve partir do pressuposto de que a essência do crime em tela se assenta na produção de prejuízos patrimoniais em razão da infração das faculdades que lhe foram outorgadas, o que implica uma violação do dever de lealdade do administrador[437]. E dessa conclusão não discrepa Buján Pérez, mais em função da abrangente redação empregada pelo legislador espanhol na definição do tipo de abuso do que propriamente em razão de uma clara opção de política criminal[438].

De nossa parte, não contestamos que o crime de administração desleal pode derivar da infração de deveres de fidelidade e de lealdade que norteiam a atividade do administrador perante o patrimônio de outrem. Não obstante, como tivemos a oportunidade demonstrar nesta tese, a quebra dos deveres de fidelidade e de lealdade não constitui o objeto de proteção da *Untreue*, mas apenas o meio através do qual o crime é levado a efeito pelo

---

[436] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 277. Contra, sustentando que o então artigo 295 do Código Penal espanhol tipificou apenas a vulneração manifestada "para fora", ou seja, relacionada a funções de representação e de execução de atos societários perante terceiros, CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 290. Daí a afirmação de Castro Moreno no sentido de que, mais do que um delito de administração desleal, o artigo 295 do Estatuto Penal espanhol contempla, de fato, uma "representação desleal" (p. 290).

[437] BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 87.

[438] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 78-79. Esclarece Buján Pérez, no ponto, que, ao criar o delito do artigo 252 do Código Penal, o legislador espanhol renunciou à tipificação do tipo de infidelidade tal como concebido no Direito Penal alemão; todavia, dado que não se incluiu no preceito primário nenhuma modalidade de ação típica, "fica aberta a possibilidade de castigar as meras infrações de conduta do administrador e, consequentemente, de acabar sancionando uma genérica falta de lealdade ou de probidade do administrador" (p. 79, tradução livre). Cf., também, SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *Delitos societarios y conductas afines,* cit., p. 643 e ss.

administrador[439]. Parece-nos, pois, que o conteúdo dos deveres de garante do administrador radica na ideia de proteção ou salvaguarda do patrimônio alheio e não propriamente na concepção de abuso ou de quebra de uma relação fiduciária. E, mais do que derivar de uma declaração legislativa no corpo do tipo penal, como sucede no caso do tipo de abuso (primeira parte do § 266 do Código Penal) alemão, essa conclusão, como corretamente apontam Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila, reside na compreensão de que a assunção do encargo de administração do patrimônio de outrem acarreta uma forma de *substituição* ou *transferência* por intermédio da qual o administrador ocupa o espaço jurídico de configuração do patrimônio pertencente ao titular, que o cede total ou parcialmente em consonância com seus desejos e finalidades[440].

Em decorrência disso, entendemos que os deveres que incidem sobre o administrador de patrimônio alheio são abrangentes. Dessarte, eles podem refletir tanto *deveres positivos*, quando se exigir uma atuação que incremente e fomente o patrimônio gerido, como *deveres negativos*, os quais, a seu turno, impõem a abstenção de qualquer comportamento apto a produzir menoscabo ao bem jurídico tutelado (patrimônio)[441].

De outro lado, deve-se advertir que a assunção da posição de garante no crime de infidelidade patrimonial não acarreta a transferência completa e automática de eventuais deveres jurídicos de caráter diverso, emanados, por exemplo, do Direito Civil e do Direito Comercial. Muitas vezes, é verdade, o administrador acaba incorporando na posição de garante deveres extrapenais, como sucede com aqueles provenientes da legislação societária, mas essa circunstância, embora legítima dado o postulado da livre conformação da vontade que norteia as regras do Direito Privado, somente ocorre se esses deveres societários integrarem, de modo expresso ou mesmo implicitamente, a relação interna concretamente

---

[439] VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 239. Essa peculiar característica da relação jurídica que une o sujeito ativo ao sujeito passivo dá azo para que diversos autores considerem o delito de infidelidade patrimonial uma *infração de dever* e não um *delito de domínio*. Essa temática será, entretanto, retomada mais adiante, quando analisarmos as repercussões dogmáticas da *Untreue* no âmbito do concurso de pessoas (cf. item 3.5).

[440] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 83.

[441] Cf. VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 237; em sentido parcialmente dissonante, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila asseveram que a posição de garantia derivada da relação de administração do patrimônio de terceiro contém, em geral, *deveres negativos*, embora existam algumas situações, notadamente aquelas cuja fonte do dever tenha caráter institucional (p. ex., tutela), que possam traduzir deveres positivos diante do patrimônio administrado. PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 107.

estabelecida entre o administrador e o titular do patrimônio administrado[442]. Sob esse contexto, na ausência de definição categórica acerca do conteúdo material dos deveres do administrador na realização da gestão, sustentam Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila que incidirão as normas de Direito Civil e de Direito Comercial que configuram o marco normativo extrapenal da administração do patrimônio alheio, os quais, como mencionado acima, serão incorporados pela posição de garantia jurídico-penal[443]. Dessarte, ante a inexistência de qualquer deliberação sobre o conteúdo da administração patrimonial, as balizas e os limites do dever de diligência do administrador serão extraídas, *v.g.*, tendo-se em vista o ordenamento jurídico brasileiro, dos arts. 667 (mandato[444]) e 866 (gestão de negócios[445]) do Código Civil para a generalidade dos negócios privados, bem assim do art. 1011 (administração societária[446]) do Código Civil e dos arts. 153 a 156 da Lei n. 6.404/1976 (deveres dos administradores nas sociedades anônimas[447]) para o desempenho da gestão societária.

---

[442] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 109. Como reforçam Pastor Muñoz e Coca Vila, "o tipo de administração desleal não é uma norma penal prevista para castigar a infração de deveres jurídico-privados, senão para sancionar o sujeito que infringe os deveres próprios de uma posição de garantia jurídico-penal" (p. 109, tradução livre).

[443] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 109-110.

[444] O mandatário é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

[445] O gestor envidará toda a sua diligência habitual na administração do negócio, ressarcindo ao dono o prejuízo resultante de qualquer culpa na gestão.

[446] O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

[447] Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios. (...) § 2° É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia; b) sem prévia autorização da assembleia geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo. (...) Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I – usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II – omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III – adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir. § 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários. Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou

3.5. Questões de autoria e de participação no crime de infidelidade patrimonial

3.5.1. Introdução: delitos de domínio e delitos de infração de dever

Discute-se se o crime de infidelidade patrimonial configura um *delito de domínio* no qual se considera *autor* o sujeito que representa a "figura central do acontecer típico"[448] e, dessa forma, realiza o comportamento incriminado com domínio da ação (autoria imediata), com domínio da vontade (autoria mediata) ou com domínio funcional do fato (coautoria)[449], ou, de outro lado, se ele perfaz uma *infração de dever*, em que a punibilidade do agente, a título de autor, subordina-se à violação de um dever especial.

Assim, dada a relevância dessa discussão para o crime de infidelidade patrimonial, sobretudo no âmbito do concurso de pessoas diante da possibilidade de intervenção delituosa de pessoas que não são administradores do patrimônio alheio, impõe-se uma análise introdutória acerca da natureza desses institutos e das suas subsequentes repercussões jurídicas, para que, em seguida, possamos responder se o delito de administração desleal configura um delito de dever ou um delito de domínio.

Deve-se a Claus Roxin a distinção, para fins de intervenção delitiva, entre crimes de domínio e crimes de infração ou de violação de dever. A concepção de Roxin foi desenvolvida principalmente para resolver os problemas práticos derivados dos denominados casos de *atuação de instrumentos dolosos não qualificados*, nos quais alguém que não possui o dever contemplado no tipo penal executa, de mão própria, o delito, atendendo pedido ou ordem de quem ostenta esse dever. Concretamente: adotada a concepção do domínio do fato, se o *intraneus* instiga ou induz o *extraneus* a cometer o crime, ele não pode ser considerado autor. Com a aplicação teoria da infração ou da violação do dever, entretanto, o *intraneus* será autor sempre que houver a violação de um dever, sendo

---

da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse. § 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros. § 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido.

[448] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. II – especiales formas de aparición del delito. Pamplona: Thomson Reuters, 2014. p. 179 e ss.

[449] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. II, cit., p. 80 e ss.

indiferente o domínio do fato[450]. Dessarte, nos casos dos delitos de dever, o que se afigura imprescindível para a configuração da autoria é a vinculação ao dever, e não a forma da contribuição concreta, se omissiva ou comissiva, de maior ou de menor importância[451]. Essa situação, como revela Claus Roxin, não tem nada a ver com domínio do fato, de resto inaplicável aos delitos de dever[452], mas com a descrição legal da imposição de um dever específico contida no tipo penal cuja violação fundamenta a autoria[453]. Os *crimes especiais* ou *próprios*, em que o tipo penal exige determinadas condições ou qualidades do sujeito ativo[454], e os *crimes omissivos impróprios*, porquanto demandantes da posição de garantidor, consubstanciam concretas manifestações de infração de dever[455]. No ordenamento brasileiro constituiriam espécies de crimes especiais os *delitos funcionais*, isto é, aqueles praticados

---

[450] A teoria dos delitos de infração de dever foi acolhida por relevante parte da doutrina penal germânica e, em especial, por Günther Jakobs, o qual, não obstante, atribuiu-lhe novo sentido para criar, em verdade, um novo tipo de imputação da responsabilidade penal, baseado em uma "responsabilidade institucional". Crítico, para Jakobs, mais do que a denominação "delitos de infração de dever" adotada originariamente por Roxin, seria a de "delitos com dever que evitam a acessoriedade", na medida em que, como explica Jakobs, as "posições de garante em virtude de responsabilidade por organização não deixam à margem o princípio de acessoriedade, já que nestes deveres se trata exclusivamente da correta estruturação do próprio âmbito de organização, é dizer, de responsabilidade em virtude de domínio". JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general – fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 791 e ss. Também críticos à concepção desenvolvida por Roxin, mormente porque ela feriria a legalidade e ergueria a autoria penal com base em critérios (deveres) extrapenais, ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito:* fundamento y límites. Barcelona: Marcial Pons, 2003. p. 229 e ss.; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices:* la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007. p. 31-34 e p. 105-124; BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 416 e ss.

[451] GRECO, Luís; LEITE, Alaor E. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 24-25.

[452] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. II, cit., p. 181 e ss.; igualmente, GRECO, Luís; LEITE, Alaor E. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal, cit., p. 31-33.

[453] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 386.

[454] Como destaca Cezar Roberto Bitencourt, a condição pessoal do agente pode ser de natureza *jurídica* (acionista), *profissional ou social* (comerciante), *natural* (gestante, mãe), *parentesco* (descendente). BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 1, p. 275.

[455] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 191 e ss.

contra a Administração Pública, pois somente quem tem a qualidade de funcionário público prevista no art. 327 do Código Penal[456] pode cometê-lo[457].

Também – e talvez principalmente – no contexto do Direito Penal Econômico encontramos a criação, pelo legislador, de crimes especiais que exigem a violação de deveres por parte dos administradores das organizações empresariais ou o domínio e a proximidade ao bem jurídico tutelado[458]. Nesse sentido, é possível mencionar alguns crimes contra o sistema financeiro brasileiro, como o de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira[459], de apropriação de valores no âmbito de instituição financeira[460], de fazer operar, sem autorização ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira[461], e o crime de "empréstimo vedado"[462], os quais somente podem ser praticados pelos sujeitos que se enquadram no art. 25 da Lei n. 7.492/1986[463], vale dizer, que apresentam *funções de comando* da instituição financeira.

---

[456] Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

[457] PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999. p. 30.

[458] MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?. *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002. p. 83.

[459] Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

[460] Art. 5º 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.

[461] Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

[462] Art. 17. Tomar ou receber crédito, na qualidade de qualquer das pessoas mencionadas no art. 25, ou deferir operações de crédito vedadas, observado o disposto no art. 34 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964: (Redação dada pela Lei n. 13.506, de 2017). Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. 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; II – de forma disfarçada, promover a distribuição ou receber lucros de instituição financeira.

[463] "Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes. § 1º Equiparam-se aos administradores

É certo, porém, que, no Direito Penal brasileiro, a distinção entre autor e partícipe pode parecer, em princípio, *desnecessária ou sem relevância prática*, uma vez que o art. 29 do Código Penal adotara a teoria *unitária* ou *monista*[464] ao considerar como autor todo aquele que, de qualquer modo, concorre para o evento criminoso, não discutindo, no plano do injusto, se essa concorrência foi preponderante ou acessória. Em outros termos: pela aplicação automática do art. 29 do Código Penal brasileiro, a verificação da intervenção do agente no crime emergiria juridicamente irrelevante, pois a imputação penal, por disposição legal, emergiria da *conditio sine qua non*. Essa solução, contudo, revela-se insatisfatória e, mesmo intuitivamente, chega a conflitar com a ideia de justiça material[465], porque trata todos os sujeitos que tomam parte do delito da mesma maneira, muitas vezes *equiparando desiguais aos iguais*. Como corretamente pondera Luís Greco, a distinção dos patamares ou graus de intervenção criminal se mostra necessária sob o aspecto *dogmático*, porque o próprio Código Penal, em várias passagens, distingue autor de partícipe[466]. Sob o aspecto *jurídico*, continua Greco, a diferenciação também é imprescindível em razão do postulado do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, na medida em que, ao não se apartar os conceitos de autoria e de participação, estar-se-ia dissolvendo o tipo penal e as descrições de ações nele contidas[467]. Demais disso, acrescentaríamos outro inconveniente para a manutenção do conceito unitário e extensivo de autor, conquanto de natureza processual penal: constitui emanação do direito de ampla defesa o conhecimento, pelo acusado, de todas as

---

de instituição financeira o interventor, o liquidante ou o síndico. § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços." Esse preceito legal da Lei n. 7.492/1986 não pode ser entendido como uma ferramenta para a formulação da imputação penal no contexto dos crimes contra o sistema financeiro nacional, interpretação que poderia gerar situações de atribuição de responsabilidade penal objetiva, mas apenas como um critério de exigência da qualidade jurídica do sujeito ativo de alguns crimes da Lei n. 7.492/1986.

[464] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense. v. 1, t. 2. p. 409 e ss.; COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 136; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 262; FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A codelinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 34 e ss.

[465] Como adverte Fragoso, se "a lei não distingue entre autor e partícipe (em sentido estrito), considerando coautores todos quantos concorrem para a ação delituosa, tal distinção, no entanto, está na natureza das coisas e não pode ser desconhecida pela doutrina, pois dela resultam consequências jurídicas". FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte penal, cit., p. 263.

[466] Luís Greco exemplifica com o art. 122 do Código Penal, que tipifica o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio: "induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça". GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 11-12.

[467] GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*, cit., p. 11-12; BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata em derecho penal*, cit., p. 142 e ss.

circunstâncias da imputação penal contra ele formulada. Assim, o imputado na denúncia tem o direito constitucional de saber se responde à acusação como *autor* ou como *partícipe*.

Parece fora de dúvida, portanto, a importância de estabelecer, com correção, qual o papel de cada agente no contexto do delito, até porque, como dispõe o art. 31 do Código Penal brasileiro, o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição em contrário, não são puníveis se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. Na mesma medida, não é dogmaticamente ociosa e sem sentido a discussão acerca da distinção entre os delitos de domínio e os delitos de infração ou de violação de dever, haja vista que ela proporciona relevantes modificações no âmbito do concurso de pessoas, sobretudo no que tange à intervenção dolosa daquele que não ostenta o especial dever contido no tipo penal (*extraneus*) no comportamento de quem o tem (*intraneus*)[468].

De fato, esse dever, que para Roxin tem natureza extrapenal[469], não pode ser estendido àqueles que concorrem para a realização do crime sem estarem legalmente incumbidos pelo tipo penal, ainda que tenham agido dolosamente. Por exemplo, se o particular (*extraneus*), incentivado pelo funcionário público (*intraneus*), solicita vantagem indevida a outrem *ratione officii*, ele *partícipe* ou *cúmplice* do crime de corrupção passiva, exsurgindo como *autor* somente o funcionário público, ainda que pela teoria do domínio do fato – não aplicável à hipótese, relembre-se – o "protagonista da ação típica" tenha sido o *extraneus* (autor imediato). E mais: pensemos no caso do crime de *empréstimo vedado*, tipificado no art. 17 da Lei n. 7.492/1986, em que os cinco membros do Conselho de Administração de uma instituição financeira decidem, por votação unânime, deferir vultoso empréstimo a uma pessoa jurídica administrada pela esposa do conselheiro "*X*", de nome "*A*", mediante a emissão de cédulas de crédito bancário (CCB). A concessão desses recursos foi realizada a pedido de "*A*" e contou com a intervenção de "*C*", gerente da agência bancária que elaborou diretamente a CCB *sabendo que ela traduzia um empréstimo vedado*. A jurisprudência brasileira costuma tratar essas hipóteses como *coautoria*[470] entre os cincos

---

[468] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. II, cit., p. 183.

[469] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 387.

[470] *PENAL – CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – ART. 4º DA LEI N. 7.492/86 – GESTÃO FRAUDULENTA – OPERAÇÕES IRREGULARES DE EMPRÉSTIMOS NO BANCO DO BRASIL DESTINADOS AO MUNICÍPIO DE ANAURILÂNDIA/MS – MATERIALIDADE DELITIVA – COMPROVAÇÃO – INDÍCIOS DE AUTORIA – CRIME PRÓPRIO – COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO – ADMISSIBILIDADE – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – PROVIMENTO DO RECURSO*. 1. A materialidade do ilícito restou demonstrada de forma inequívoca pela confissão dos denunciados e pelos depoimentos das interpostas pessoas que emprestaram suas contas correntes, sendo que as mesmas

membros dos Conselhos de Administração e o gerente "C", uma vez que ele *executou parte do tipo penal elaborando a CCB*. Demais disso, ainda que se considere que o gerente de uma específica agência bancária não se enquadra no art. 25 da Lei n. 7.492/1986, poder-se-ia afirmar que ele seria alcançado pela regra de extensão do art. 30 do Código Penal brasileiro[471]. Entretanto, é forçoso reconhecer que "C" não violou o mesmo dever dos cinco

informaram que foram aliciadas para realizar a operação fraudulenta. 2. O crime próprio não apresenta incompatibilidade com a participação de pessoa despida da condição especial prevista no tipo. 3. Tratando-se de crime próprio, admite-se a participação e a coautoria, em face do que dispõe o art. 30 do CP, no sentido de que as elementares de caráter pessoal se comunicam entre os agentes. Desse modo, o paciente se equipara àquele que preenche os requisitos previstos na lei para figurar como sujeito ativo do crime. 4. Admissível, no crime próprio, o concurso de agentes (art. 29 do CP), inclusive quanto ao estranho à instituição financeira (art. 30 do CP). 5. Presentes os requisitos para o recebimento da denúncia. Provimento do recurso (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Embargos Infringentes e de Nulidade n. 3607, Rel.: Juiz Convocado Luciano Godoy, j. em 17.01.2006). Também a seguinte Ementa de acórdão proveniente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento do *Habeas Corpus* n. 2008.01.000367300: "*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRONACIONAL. ART. 17 DA LEI 7.492/86, C/C ART. 71 E 29 DO CP. CRIME DO ART. 298 DO CP. DENÚNCIA INEPTA. INOCORRÊNCIA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PRODUZIDO PELO BANCO CENTRAL. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA*. 1. A denúncia não é inepta quando atende ao comando do art. 41 do CPP e descreve suficientemente a conduta do ora paciente, de modo a conformá-la nos delitos descritos no art. 17 da Lei n. 7.492/86, na forma do art. 71 do Código Penal, em concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal), assim como no art. 298 também do Código Penal, possibilitando o exercício pleno de sua defesa. 2. O fato de o paciente não pertencer ao Conselho de Administração do Banco Mercantil à época dos fatos, não ilide, de plano, a persecução criminal, tendo em vista que nada impede de serem processados outros agentes que com aqueles mencionados no art. 25 da Lei 7.492/86 pratiquem as condutas descritas no art. 17 da mesma lei, em coautoria ou participação, de acordo com os arts. 29 e 30 do CP. Precedente. 3. Não há que se falar em provas obtidas ilicitamente mediante a quebra de sigilo bancário, quando estas provas são obtidas pelo Banco Central do Brasil no cumprimento do seu dever institucional de fiscalização das operações do Sistema Financeiro. Precedentes. 4. *Habeas corpus* denegado".

[471] É de discutível juridicidade a extensão subjetiva prevista no art. 30 do Código Penal, a qual, na prática, transforma, pela imposição da comunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal, indivíduos que concorrem para o crime especial, mas que não possuem o dever extrapenal (*extranei*), em coautores de indivíduos que efetivamente ostentam tais deveres (*intranei*). A questão torna-se ainda mais candente quando se tem presente que o ordenamento jurídico brasileiro prevê, para esta hipótese, que a pena cominada ao *extraneus* seja a mesma sanção daquele que violou seu dever (*intraneus*) e, portanto, deva ser considerado autor pelo cometimento de uma infração de dever. Buscando, talvez, corrigir essa discrepância no concurso de pessoas das infrações de dever, o Código Penal espanhol foi reformado em 2003 para inserir no artigo 65.3 a determinação de que, "Cuando el inductor o el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate". No mesmo sentido crítico, indicando violação do princípio da culpabilidade no art. 30 do Código Penal brasileiro, GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 73 e ss.; LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: os conceitos de autor e partícipe na ap 470 do Supremo Tribunal federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor E. *Autoria como domínio do fato:* estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 152 e ss.; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*: parte general. 2 ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007. t. I. p. 773 e ss.. Para o debate em torno do artigo 65.3. do Código Penal espanhol, ver, por todos, PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices:* la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007. p. 105-124; ROBLES PLANAS, Ricardo (Dir.). *La responsabilidad en los delitos especiales:* el debate doctrinal en la actualidad. Buenos Aires: B de F, 2014. p. 2 e ss.

conselheiros *autores* que exerciam o comando da instituição financeira e que, por força de normas extrapenais, *v.g.*, a Lei n. 6.404/1976, o Estatuto da companhia, e as normas administrativas do Banco Central do Brasil detêm o dever de manter a higidez da instituição financeira, além de diligência e lealdade; desta forma, "*C*" não pode ser considerado *autor* dos cinco membros do Conselho de Administração, mas apenas *cúmplice* pelo auxílio material, na linha do que defende a concepção de Claus Roxin.

Em síntese, a análise dos aportes pessoais na seara dos crimes especiais estampados na Lei n. 7.492/1986 emerge especialmente relevante no campo do concurso de pessoas nas infrações de dever, e, por conseguinte, serve de parâmetro introdutório para o estudo de questões de autoria e de participação no âmbito do delito de infidelidade patrimonial, notadamente porque, consoante indicado acima, a jurisprudência brasileira parece entender que essa classe de crimes admite tanto a coautoria – inclusive por aquele que não detém a condição jurídica do art. 25 da Lei n. 7.492/1986 – como a *participação*. Essa postura da jurisprudência pátria repudia, todavia, a construção doutrinária de Claus Roxin. A solução para estabelecer corretamente a existência de coautoria nos delitos de infração de dever passa, repita-se, pelo afastamento do critério do domínio do fato e a subsequente verificação da condição do cooperador como alguém que, concretamente, quebrou, ou não, em conjunto com outras pessoas, o dever extrapenal delineado no tipo penal[472]. Dessa circunstância deriva a natural redução do alcance da autoria dessa modalidade delitiva, uma vez que o caráter comum que a cerca aparecerá tão somente quando várias pessoas se encontrarem submetidas a um mesmo dever[473].

3.5.2. Infidelidade patrimonial como infração de dever ou delito de domínio?

Apontados sumariamente os principais contornos dos crimes de domínio e dos crimes de infração ou de violação de dever, bem como verificadas suas respectivas consequências no concurso de pessoas, cremos ser possível enfrentar a questão suscitada no início deste tópico, qual seja, trata a infidelidade patrimonial de um delito de domínio ou de uma infração de dever? A essa pergunta podemos agregar, ainda, duas outras questões: como serão resolvidos os casos de intervenção delitiva no âmbito da administração desleal, ou, mais

---

[472] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 389.

[473] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 391.

precisamente, a que título será penalmente castigado o sujeito que concorre para o delito de infidelidade patrimonial? Modifica-se a condição do interveniente se ele não ostentar a condição de administrador do patrimônio alheio?

Para responder a essas perguntas, adiantamos desde logo que a doutrina costuma empreender a análise separada do tipo penal de infidelidade patrimonial para considerá-lo um delito de domínio e/ou um delito de infração de dever. Sob esse contexto, afirma-se, por exemplo, que o tipo penal de abuso estampado no § 266 do Código Penal alemão, relacionado ao mau uso das funções de administração, traduziria um crime de domínio, enquanto o tipo penal de infidelidade, calcado na ruptura de uma relação de confiança, revelaria um delito de infração de dever[474]. Carlos Martínez-Buján Pérez tem opinião semelhante no que tange ao artigo 252 do Código Penal espanhol, visto por ele como crime "misto", isto é, um delito de infração de dever *e* um crime de domínio[475].

Como consequência da consideração da *Untreue* como delito de domínio, aplicar-se-ia a teoria do domínio do fato e suas respectivas manifestações para a estipulação da autoria, da coautoria e da autoria mediata, desde que presentes seus requisitos. Assim, haveria *autoria* e não mera participação, preconiza Carlos Martínez-Buján Pérez, na hipótese de o *extraneus* assumir faticamente a posição de salvaguarda do patrimônio de outrem, conquanto não houvesse a transferência jurídica do dever[476]. Na mesma esteira, poder-se-ia cogitar a existência de *coautoria* entre diversos administradores que ocupam o Conselho de Administração de uma companhia e resolvem aprovar o aumento fictício do passivo da sociedade empresária, haja vista a existência de uma decisão comum, a qual, quando executada, dispensa a presença de todos os autores[477]. Igual solução sucederia para a *autoria*

---

[474] GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa:* criterios de imputación. Barcelona: Bosch, 1999. p. 244.

475 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 103-104. Registre-se que o revogado artigo 295 do Estatuto Penal espanhol, que tipificava a administração desleal somente no ambiente societário, era considerado exclusivamente um delito de domínio por parte da doutrina. Adán Nieto Martín, sobre o tema, aduzia: "Só o especial poder de disposição é o critério material utilizado pelo legislador no momento de configurar o delito especial". NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 267 e ss., tradução livre. Cf., também, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, cit., p. 81; GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa,* cit., p. 244-245; MUÑOZ CONDE, Francisco. Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal. In: NIETO MARTÍN, Adán. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memorian II*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001. v. 2 (Homenajes). p. 361 e ss.

[476] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 104.

[477] Nesse sentido, Muñoz Conde, que preconiza a existência de uma "realização conjunta baseada em um domínio funcional do fato", em que o relevante não é apenas a intervenção na execução do delito, senão o

mediata, quando, por exemplo, o administrador do patrimônio alheio determinasse a um contador que procedesse ao pagamento de vantagens indevidas a um funcionário público, sem que ele conhecesse o conteúdo da ordem em todas as suas circunstâncias, incorrendo, por conseguinte, em erro de tipo. Na concepção da teoria do domínio do fato em sua vertente do domínio da vontade, a "instrumentalização" do contador (autor imediato) por força do erro em que ele incidira transforma o administrador em *autor mediato* da conduta de administração desleal[478].

De outro lado, a despeito da aventada independência entre os tipos de abuso e de infidelidade, sustenta-se que a infidelidade patrimonial consubstancia exclusivamente um *delito de infração ou de violação de dever*. Roxin, por exemplo, defende que o § 266 do Código Penal alemão castiga a infração do dever de salvaguardar ou defender interesses patrimoniais alheios[479]. A mesma linha de raciocínio é empregada por alguns penalistas para o artigo 252 do Código Penal espanhol, como se depreende da opinião de Jacobo López Barja de Quiroga[480], Iñigo Segrelles de Arenaza[481] e María Del Carmen Vera Rivera, para quem a infração de dever que decorre da fundamentação do injusto existirá independentemente da modalidade de agressão ao patrimônio administrado, ou seja, quer se trate da violação de relações externas (tipo de abuso), quer diga respeito à violação das relações internas (tipo de fidelidade)[482]. María Del Carmen Vera Rivera esclarece: "Sempre uma administração desleal se produz porque o autor do delito quebrou o especial dever de proteção do patrimônio que pelas faculdades de administração outorgadas lhe incumbia"[483].

---

controle ou domínio que um ou vários sujeitos tenham sobre a execução do delito. MUÑOZ CONDE, Francisco. Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal. In: NIETO MARTÍN, Adán. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memorian II*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001. v. 2 (Homenajes). p. 368 e ss.

[478] Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. II, cit., p. 91 e ss.; GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios,* cit., p. 77 e ss.

[479] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. II, cit., p. 181. Esclarece Roxin: "O executor, por não ter dever de ocupar-se do patrimônio (alheio), é somente cúmplice, ainda que possua domínio da ação e deveria ser autor conforme as regras do domínio do fato. De modo análogo, somente pode ser coautor quem, como *intraneus*, tem o dever com outro e o infringe como ele" (p. 181). Cf., igualmente, CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 147.

[480] BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 204.

[481] SEGRELLES DE ARENAZA, Iñigo. El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas. *La Ley Penal*, n. 121, Sección Estudios, Editorial La Ley, 1º jul./1º ago. 2016. p. 2.

[482] VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 214 e ss. e 220 e ss.

[483] VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 223, tradução livre.

De fato, como tivemos a oportunidade de demonstrar na parte introdutória deste subcapítulo, a compreensão da *Untreue* como genuíno delito de violação de dever implementa relevantes consequências no contexto do concurso de pessoas, sobretudo diante da atuação de instrumentos dolosos não qualificados, haja vista a redução do conceito de autoria delitiva[484]. Outrossim, será considerado *autor* do delito de administração desleal todo aquele que houver infringido o dever de guarda do patrimônio, independentemente da natureza da sua contribuição delituosa. Em outro dizer: o administrador (*intraneus*) seguirá sendo *autor* do delito ainda que recorra a colaboradores externos (*extranei*) para a sua execução material, mesmo que estes não estejam vinculados ao dever extrapenal[485]. Ademais, havendo pluralidade de administradores do patrimônio, cada um será castigado penalmente em razão da quebra de seu próprio e exclusivo dever, descabendo a hipótese de *coautoria*[486]. De igual forma, não haverá possibilidade de *autoria mediata*, pois a infração de dever que fundamenta o castigo penal existirá quer o administrador (*intraneus*) se aproveite de outro administrador (*intraneus*) para o cometimento do crime, quer se utilize ou *instrumentalize* sujeito que não ostente o dever de guarda (*extraneus*). Como coerentemente aduz María Del Carmen Vera Rivera, pela lógica das infrações de dever, *em todos os casos de administração desleal a autoria será imediata*, uma vez que a punibilidade do autor "se fundamenta na infração de dever, e não na atuação com domínio do fato mediante instrumento um pessoal"[487]. Por fim, não se pode deixar de referir os casos nos quais haja a atuação de instrumentos dolosos não qualificados. Para tais hipóteses, a intervenção delitiva daquele que não está jungido ao dever (*extraneus*) será sempre resolvida à guisa de *participação*, mesmo que ele tenha executado materialmente o delito de infidelidade patrimonial "com as próprias mãos"[488]. É o caso, por exemplo, do administrador

---

[484] GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios,* cit., p. 81. Demais disso, ressalta Castro Moreno que a consideração doutrinária da infidelidade patrimonial como delito de infração de dever pode suscitar particular importância na criminalização do administrador de fato, o qual pode incorrer na violação de um dever de custódia do patrimônio de outrem. CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 147.

[485] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. II, cit., p. 181; GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios,* cit., p. 81 e ss.

[486] ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito,* cit., p. 228. Para esses casos, Vera Rivera afirma existir uma "autoria confluente", "acessória" ou "coincidente". VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 400-401.

[487] VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 403.

[488] JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines,* cit., p. 113.

da sociedade empresária que resolve implantar um "caixa dois" visando reduzir a carga tributária incidente sobre a atividade empresarial e, para tanto, ordena que a contabilidade paralela seja concretizada pelo contador terceirizado. Nesta ilustração, conquanto o contador tenha sido o protagonista da ação típica (o "se", o "quando" e o "como" estavam sempre sob seu domínio), a posição singular do administrador perante o bem jurídico afasta a consideração do contador como autor da administração desleal, remanescendo somente uma hipótese de *cumplicidade*.

A despeito de a configuração da infidelidade patrimonial girar preponderantemente em torno das duas vertentes teóricas supramencionadas – delitos de domínio e delitos de infração ou de violação de dever –, recentemente surgiu uma *terceira via* pretendendo explicar a natureza da administração desleal tendo como parâmetro o concurso de pessoas. Essa postura alternativa, desenvolvida originariamente por Ricardo Robles Planas, preconiza que o delito de *Untreue* não reflete uma infração de dever, mas um *delito de posição* que pode ser cometido por todo aquele que realiza a conduta típica encontrando-se em uma posição de idoneidade relevante para atacar o bem jurídico[489].

Robles Planas propõe uma distinção dogmática entre os delitos de infração de dever e os crimes de posição à margem de aspectos formais, focando a diferenciação na base do injusto e nas particularidades normativas de cada delito[490]. Dessarte, nem todo crime especial representa um delito de infração de dever, ou seja, conquanto se exija uma específica qualificação do sujeito ativo, o núcleo da conduta típica não radica na infração de dever[491]. Nestes casos, o que confere relevância penal ao comportamento não é a infração de um dever extrapenal, mas o fato de o sujeito ativo encontrar-se em uma posição idônea para macular o bem jurídico tutelado[492]. Por esse prisma, o crime de sonegação fiscal configuraria um delito de posição em virtude da presença do comerciante que se encontra em uma especial posição em face do bem jurídico, sendo que esta situação enseja uma posição apta à produção de uma lesão relevante ao erário.

---

[489] PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices:* la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007. p. 130.

[490] ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito,* cit., p. 238 e ss.; PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices:* la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007. p. 124-125.

[491] ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito,* cit., p. 240 e ss.

[492] ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito,* cit., p. 241.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro representariam crimes de posição a apropriação indébita[493], a apropriação de contribuição previdenciária[494], o falso testemunho ou falsa perícia[495], o exercício arbitrário das próprias razões[496] e os crimes previstos no Código Brasileiro de Trânsito[497] nos quais a posição idoneidade do sujeito ativo para o ataque ao bem jurídico perfaz-se na figura do *condutor do veículo automotor*.

Note-se, contudo, que a especial posição do sujeito ativo não pode, *por si só*, gerar automaticamente a autoria, como sucede com as infrações de dever. Em regra, é verdade, será considerado autor aquele que se encontra em posição mais idônea para o ataque ao bem jurídico; essa conclusão, porém, não tem caráter absoluto, visto que a configuração definitiva do fato típico ou seus principais delineamentos poderá ser realizada por pessoa que não se encontra em posição tão destacada perante o interesse jurídico protegido. Com efeito, explica Ricardo Robles Planas: pode ocorrer "que quem ocupa a posição especial (sem a qual não há nem mesmo um fato penalmente relevante) não seja aquele que definiu em maior ou menor medida o fato típico"[498]. Essa situação existirá quando o terceiro que não ostenta a posição de idoneidade se substitui, se sub-roga ou usurpa a posição de quem a ocupava originariamente, o que poderá ocorrer com ou sem conhecimento deste, dando-se azo, assim, conforme o caso, às hipóteses de *autoria mediata por erro* (ausência de conhecimento de quem ocupava a posição originariamente), *coautoria* (sub-rogação, por exemplo) ou simples *cumplicidade*[499].

No que toca particularmente ao delito de infidelidade patrimonial, a especial posição do sujeito ativo em face do patrimônio administrado revelar-se-ia na condição de o agente efetivamente ostentar a capacidade de *decidir* sobre o destino do capital. E essa capacidade – que, ao fim e ao cabo, confere ao sujeito o poder de administrar – poderá incidir sobre

---

[493] Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

[494] Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

[495] Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

[496] Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

[497] Lei n. 9.503/1997.

[498] ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito,* cit., p. 241.

[499] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices,* cit., p. 132-133.

qualquer pessoa, até mesmo sobre o administrador de fato[500]. No mesmo sentido, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila, que, em obra específica e mais recente acerca da administração desleal do artigo 252 do Código Penal espanhol, também consideram haver nesta figura típica um genuíno crime de posição[501]. No caso, Pastor Muñoz e Coca Vila preconizam que o tipo penal espanhol apenas indica a forma através da qual o ataque ao patrimônio será desencadeado, de modo que o crime poderá ser cometido por todo aquele que ocupe essa posição concreta e gere com sua conduta um risco penalmente proibido[502]. Em consequência, a aferição da autoria delitiva ocorrerá mediante o uso dos critérios gerais e comuns de determinação do autor idôneo do crime de infidelidade patrimonial, isto é, sem necessidade de recorrer a cláusulas que estabelecem a transferência da responsabilidade penal, como a estipulação do "administrador de fato e do administrador de direito", ou mesmo da "atuação em nome de outro"[503], de resto compatível somente com os chamados crimes especiais próprios[504].

3.6. A ação típica do crime de infidelidade patrimonial

Conforme salientamos anteriormente, os deveres que incidem sobre o administrador de patrimônio alheio são amplos e contemplam tanto *deveres positivos* como *deveres negativos*. Sendo assim, a ação típica do delito de infidelidade patrimonial, para além da conformação concreta atribuída pelo legislador ao tipo penal (tipo genérico, tipo societário ou tipo "conjugado"), deve refletir sempre uma forma de "abuso" do poder de disposição de bens alheios pelo administrador que acabe por produzir um prejuízo patrimonial, o que, como vimos, pode suceder tanto no plano das relações internas como no contexto das

---

[500] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices,* cit., p. 130.

[501] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 171 e ss.

[502] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 171.

[503] Cf. art. 31 do Código Penal espanhol: "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre".

[504] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 172-173. À vista dessa conclusão, seria dispensável a menção expressa no tipo penal, tal como sucedera no revogado artigo 295 do Código Penal espanhol, da possibilidade de o crime de administração desleal poder ser perpetrado tanto pelo administrador de direito como pelo administrador de fato, na exata medida em que a essência da autoria delitiva reside na posição do sujeito em adotar concretamente decisões relacionadas ao patrimônio administrado e o dever de velar pelos interesses de seu titular. PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 173.

relações externas do patrimônio[505]. Essa imposição para a elaboração da ação típica deriva, a toda evidência, do injusto que delineia a *Untreue*, ou seja, da ideia de proteção ou salvaguarda do patrimônio alheio decorrente de uma substituição gerencial.

Assim, seja como infração penal genérica, seja como infração exclusiva de comportamentos levados a efeito no contexto societário, parece-nos possível extrair uma essência ou um "núcleo fundamental" que permeia a ação típica em todas as manifestações concretas de *Untreue*. Esse núcleo fundamental, que será considerado por ocasião da proposta de criação da "ação típica do delito de infidelidade patrimonial brasileiro"[506], radica no uso proibido ou desmedido das faculdades de administração que recaem sobre o patrimônio alheio, o que, ressalte-se, amiúde transborda os meros atos de disposição ou de contração de obrigações em nome do titular do patrimônio administrado.

Deveras, enquanto o tipo penal alemão (§ 266 do Código Penal) e o tipo penal espanhol (artigo 252 do Código Penal) mencionam expressamente o "abuso" ou o "excesso" das faculdades de gestão do patrimônio alheio, com a respectiva violação dos deveres de salvaguarda, o tipo penal português (artigo 224º do Código Penal) contempla o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar e fiscalizar, também por intermédio de uma grave violação aos deveres que lhe incumbiam. Mesmo no tipo peruano (artigo 198 do Código Penal), que indica apenas o exercício de funções de administração ou representação de pessoas jurídicas, mas arrola atos que manifestamente violam o patrimônio social[507], e no tipo penal italiano (artigo 2634 do Código Civil), que consigna somente o conflito de interesse no qual incorrem os administradores, os diretores-gerais e os liquidantes com a sociedade[508], e, portanto, não fala expressamente em abuso ou excesso, despontam

---

[505] Contra, Castro Moreno, que entrevia no antigo artigo 295 do Código Penal espanhol somente um tipo de abuso, isto é, destinado à tipificação de comportamentos delituosos cometidos no contexto das relações externas. Daí a afirmação de Castro Moreno no sentido de que, mais do que um delito de administração desleal, o artigo 295 do CPE contemplava, de fato, uma "representação desleal". CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 290.

[506] Cf. Capítulo 5.

[507] GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios,* cit., p. 43.

[508] De fato, embora o legislador italiano, como destaca Enzo Musco, tenha renunciado a qualquer referência ao abuso de poderes ou à violação de deveres, condicionou a conduta típica à ideia de conflito de interesse, o que não deixa de ser uma modalidade daqueles. MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari,* cit., p. 209 e ss.; MARINI, Consuelo. *Reati in materia economica,* cit., p. 140.

manifestações de administração anômalas ou irregulares do patrimônio de terceiro por parte daquele que ostentava o dever jurídico de protegê-lo.

Dessa forma, pode-se concluir que, a despeito de qualquer menção cabal aos termos "abuso" e "excesso" no tipo penal, a ação típica da infidelidade patrimonial sempre presumirá uma administração *concretizada ao arrepio dos interesses do titular do patrimônio*, vale dizer, com a traição dos fins que deveriam inspirar a sua gestão[509].

Em contrapartida, a conduta típica de administração desleal circunscrever-se-á somente àqueles comportamentos do administrador que foram praticados no *curso da administração do patrimônio*, isto é, no exercício concreto das atribuições de gestão. Não é, portanto, qualquer conduta do administrador que possui relevância típica, mas somente aquela perpetrada, à semelhança dos crimes funcionais, *em razão da função*. O ato particular do administrador levado à margem da posição de garante do patrimônio alheio, escapará, por conseguinte, do raio de incidência da *Untreue*, ainda que ele tenha causado prejuízo patrimonial por uma conduta direta, como um acidente automobilístico produzido com o veículo da sociedade, ou mesmo com a prática de um delito, como no caso de um homicídio ou de um ato de violência doméstica que, conquanto maculem a reputação da sociedade administrada, não têm relação direta com a função de gestor patrimonial[510].

3.6.1. Comportamentos comissivos e omissivos (impróprios) na infidelidade patrimonial

Uma vez estabelecidas as balizas que demarcam a ação típica do delito de infidelidade patrimonial, sobretudo a circunstância de o comportamento incriminado

---

[509] ROSAL BLASCO. Bernardo Del. Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del artículo 295 del Código Penal de 1995, cit., p. 1267; PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 120.

[510] Pastor Muñoz e Coca Vila exemplificam com o caso do administrador que, aproveitando-se do fato de possuir as chaves do imóvel administrado, subtrai um quadro pertencente ao titular do patrimônio. Neste caso, haverá somente crime de furto e não administração desleal. No entanto, acrescentam Pastor Muñoz e Coca Vila, se o administrador pagar as suas férias de verão com os recursos advindos da venda do quadro, caracterizar-se-á administração desleal, uma vez que ele se aproveitou do seu poder de disposição sobre o patrimônio de terceiro. PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 121; com outras referências, PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. ¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de octubre de 2013. *InDret*, 1/2015 – *Revista para el Análisis del Derecho,* Barcelona, jan. 2015. p. 14-15. No mesmo diapasão, FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, cit., p. 384-385.

necessariamente revelar um ato cometido no exercício do poder de administração que contrarie os interesses do titular do patrimônio, impõe-se verificar através de quais condutas a *Untreue* poderá ser praticada, isto é, se ela admite somente a forma *comissiva* de conduta ou se também contempla a realização por intermédio da *omissão imprópria*. Neste caso, será necessário analisar, ainda que tangencialmente, em face dos limites do presente estudo acadêmico, qual o conteúdo do dever de garante que, uma vez descumprido, fundamentaria a imputação penal do administrador do patrimônio alheio[511].

Pois bem. Em primeiro lugar, relembre-se que modalidade de ataque ao bem jurídico tutelado passa, antes de mais nada, pela definição da conduta no tipo penal, mercê da escolha do legislador. Destarte, a norma penal incriminadora ora apresentará uma proibição de realização de ação (nos crimes comissivos), ora estabelecerá uma ordem para que uma ação protetiva do bem jurídico seja realizada (nos crimes omissivos)[512]. A seu turno, esta ordem de ação poderá constar explicitamente no tipo penal através de uma descrição negativa (crimes omissivos *próprios*)[513], ou implicitamente, hipótese na qual a descrição positiva do comportamento indica, ao mesmo tempo, a imposição da ação e a exceção da omissão de ação (crimes omissivos *impróprios*)[514]. Para estes casos, a atribuição da responsabilidade penal depende da prévia existência da *posição de garantidor* do bem jurídico da qual promanam especiais deveres de atuação protetiva[515].

---

[511] A temática dos crimes omissivos impróprios e o respectivo conteúdo da posição de garante consubstanciam, sem dúvida, dois dos temas mais complexos e debatidos da dogmática penal há alguns anos, pelo menos. Os limites do presente trabalho não comportam e não pretendem, a toda evidência, abordar, sequer superficialmente, a discussão sobre eles, mas apenas indicar o contexto jurídico sob o qual a conduta de infidelidade patrimonial poderá ser levada a efeito.

[512] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961. p. 31.

[513] Cf. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios:* contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 183 e ss.

[514] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 192 e ss.

[515] Cf., por todos, KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Barcelona: Marcial Pons, 2006. p. 279 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Barcelona: Marcial Pons, 2009. p. 261 e ss. Especificamente sobre a posição de garantidor dos dirigentes da empresa no âmbito da criminalidade econômica, essencial ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão:* estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 75 e ss. Crítico, Juarez Cirino dos Santos defende que, por exigir a eleição de um *garante*, a omissão de ação imprópria conflitaria com o princípio da legalidade, quer no plano da proibição da analogia, quer no plano da vedação da indeterminação penal. Especificamente em relação à segunda hipótese, Cirino dos Santos ressalta que, mesmo após a Reforma da Parte Geral em 1984, a redação conferida ao art. 13, § 2º, do Código Penal não foi capaz de determinar os resultados da lesão dos bens jurídicos atribuíveis ao garantidor, embora tenha definido os fundamentos do dever jurídico de evitar o resultado. Dessarte, a única maneira de compatibilizar os crimes omissivos impróprios com a proibição de indeterminação decorrente do princípio da legalidade residiria na imposição de limitar a

Sob esse contexto, registre-se que a grande parte dos tipos penais de infidelidade patrimonial é redigida por intermédio de comportamentos *positivos*, isto é, consubstancia crimes comissivos. Assim, por exemplo, o tipo alemão de *Untreue* (§ 266), que no denominado tipo de abuso incrimina o comportamento daquele que *dispõe sobre um patrimônio alheio ou para obrigar a outro*, o tipo espanhol de administração desleal (artigo 252), que castiga o *excesso no exercício de faculdades para administrar*, o crime de *infedeltà patrimoniale* do Direito italiano (artigo 2634 do Código Civil), que tipifica a *realização de atos de disposição dos bens sociais*, o delito de infidelidade do Código Penal português (artigo 224º), que pune a grave violação dos deveres pela *disposição de interesses patrimoniais alheios*, e, finalmente, o artigo 198 do Código Penal peruano, que, conquanto restrito à seara societária, como *infedeltà patrimoniale* italiana, e, à exceção de apenas dois comportamentos (*ocultar* e *omitir*), tipifica um rol de condutas majoritariamente positivas, como, *verbi gratia*, *proporcionar*, *promover*, *aceitar*, *fraudar*, *assumir* e *usar*. Essa circunstância indica que constitui prática legislativa recorrente a criminalização da infidelidade patrimonial através de comportamentos comissivos.

A questão, porém, se torna mais complexa quando do estudo da possibilidade de a administração desleal poder ser perpetrada mediante *omissão imprópria* e da subsequente e indeclinável obrigação dogmática de estipular o conteúdo do dever de garante que transforma o administrador do patrimônio alheio em sujeito ativo do delito. Isso, obviamente, feita a ressalva que esta análise demanda, como pressuposto lógico para a generalidade dos casos, a interpretação da descrição típica que concretamente foi utilizada pelo legislador para a redação do tipo de *Untreue*. Entretanto, como a finalidade deste estudo concentra-se na demonstração dos principais requisitos dogmáticos que, em regra, compõem o delito de administração desleal, de sorte que, posteriormente, possamos lançar mão de um substrato jurídico mínimo que proporcione base suficientemente segura para lastrear a nossa *proposta de tipificação do crime de infidelidade patrimonial no ordenamento jurídico brasileiro*, a esta altura cremos possível enfrentar, em *linhas gerais*, a possibilidade de a administração desleal admitir, ou não, a omissão imprópria, ou seja, sem focar em uma

---

responsabilidade penal do garantidor "aos bens jurídicos individuais mais importantes, como a vida e o corpo do sujeito garantido: a extensão da garantia a todos os tipos de resultado de lesão, incluindo o patrimônio, a sexualidade, ou – ainda mais grave – o sistema financeiro, o meio ambiente etc., embora tecnicamente admissível, implicaria um dever jurídico indeterminável e excessivo, incompatível com a Constituição da República". SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 196.

específica tipificação, conquanto o paradigma do que já existe em termos doutrinários seja útil para a execução desse mister.

O cometimento da infidelidade patrimonial por intermédio de um comportamento omissivo impróprio tem sido acolhido majoritariamente pela doutrina. O tipo penal do § 266 do Código Penal alemão admite, nesse sentido, alguns comportamentos omissivos nos quais a omissão pode ser deduzida de uma declaração de vontade com aptidão para criar obrigações patrimoniais ou gerar atos de disposição[516]. Segundo Castro Moreno, essa conclusão se torna ainda mais clara em relação ao denominado tipo de infidelidade, cuja essência radica na quebra de uma infração de dever. Dessa forma, aquele que tem o dever de cuidar dos bens de terceiros que estão sob sua administração assume a posição de garante e, assim, de autor da conduta criminosa[517].

A idêntica conclusão chegou a doutrina espanhola ainda sob a vigência do revogado artigo 295 do Código Penal espanhol. Nieto Martín, por exemplo, não tem dúvidas de que os autores do delito de administração desleal são garantes em função de sua especial relação com o bem jurídico protegido; neste caso, a obrigação de salvaguardar o patrimônio funcionaria como uma espécie de "contrapartida" ao enorme poder de disposição do patrimônio alheio exercido pelos administradores[518]. Em face de antiga redação típica da administração desleal espanhola, Nieto Martín destaca que as únicas omissões relevantes serão aquelas que acarretem a saída de elementos patrimoniais ou a assunção de obrigações que sejam interpretadas juridicamente como uma verdadeira declaração de vontade[519]. No mesmo sentido é a opinião de Buján Pérez, valendo-se sobretudo do fato de o artigo 295 corporificar, em sua perspectiva, uma infração de dever, a qual, pela sua própria essência,

---

[516] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 30 e p. 275.

[517] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 157. Acrescenta Castro Moreno que a possibilidade de a *Untreue* ser levada a cabo por intermédio de uma conduta omissiva imprópria é especialmente relevante na Alemanha, em que a administração societária ostenta um perfil dual, isto é, a gestão do ente societário ocorre por um órgão de administração propriamente dito e, ao seu lado, por um Conselho de Fiscalização exercendo funções de controle e de vigilância sobre a atividade do órgão de administração. Ante essa conformação societária, afirma Castro Moreno inexistir dúvida acerca de os membros do Conselho de Fiscalização figurarem como garantes em relação aos comportamentos infiéis que podem vir a ser concretizados pelos componentes do órgão encarregado da administração da pessoa jurídica (p. 157).

[518] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 275-276. Contra, DÍAZ BARCO, Fernando. *El delito societario de administración* desleal: sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales n. 11/2002. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2002. p. 14-15.

[519] Nieto Martín ilustra com o silêncio que enseja a prorrogação de um contrato que resulta, devido à mudança das circunstâncias, altamente desvantajoso para a sociedade empresária. NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 276.

sempre enseja conduta omissiva imprópria[520]. Percy García Cavero, a seu turno, chega à mesma conclusão, conquanto por caminho diverso, na medida em que, partindo de uma visão normativista, vislumbra na especial posição material do administrador perante o bem jurídico tutelado [521] o dever de evitar que, no desempenho de suas atribuições de administração, de sua concreta esfera de domínio, surja um risco proibido para o patrimônio dos sócios ou de terceiros que fora confiado à sociedade[522].

Sob a égide do atual artigo 252 do Código Penal espanhol a situação não é substancialmente distinta. Deveras, partindo do pressuposto de que o novel delito de administração desleal contempla uma infração de dever – quer no tipo de abuso, quer no tipo de infidelidade –, Barja de Quiroga sustenta que a infração dos deveres de lealdade e de diligência que incidem sobre os poderes de administração poderá suceder tanto pela via comissiva como pela omissiva (imprópria), da qual seria exemplo o caso do administrador que deixa de reclamar um crédito devido ao patrimônio administrado[523]. Com a mesma perspectiva, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila salientam que o administrador também infringe suas faculdades de administração quando se omite na cobrança de créditos ou deixa de informar à sociedade comandada o descobrimento de uma contabilidade paralela ("caixa dois" ou "caixa negra")[524]. Rafael Juan Juan Sanjosé, por outro lado, embora sem discordar da infração do dever de administrar, baseia a admissibilidade do comportamento comissivo por omissão no fato de o administrador ostentar elevado grau de discricionariedade na gestão do patrimônio de terceiro; e é este acentuado poder de decisão sobre o patrimônio alheio que lhe outorga a capacidade concreta de fazer ou não fazer algo que possua a aptidão de causar um dano patrimonial[525].

---

[520] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, cit., p. 61.

[521] Percy Cavero parece adotar a tese de que o delito do artigo 295 do Código Penal espanhol traduz um delito de posição, embora não o diga expressamente. Com a mesma observação, ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices,* cit., p. 130.

[522] GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa,* cit., p. 246.

[523] BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 184.

[524] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 122.

[525] JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 158.

Essa mesma óptica tem sido adotada em relação à infidelidade portuguesa[526], peruana[527] e argentina[528]. Na Itália, porém, existe ampla discussão acerca da possibilidade de a *infedeltà patrimoniale* admitir omissão imprópria. Contra, argumenta-se que a conduta incriminada (*realização de atos de disposição dos bens sociais*) foi redigida pelo legislador através de um comportamento positivo, um fazer, de modo que qualquer encaminhamento diverso acarretaria uma interpretação extensiva da norma penal incriminadora[529]. Além disso, alude-se a um argumento de índole sistemática, haja vista que, no delito subsequente, previsto no então artigo 2635 do Código Civil italiano (*infedeltà a seguito di azione o promessa di utilità*), o legislador se precaveu ao enunciar a conduta punível por intermédio de duas formas distintas, quais sejam, a *realização* ou a *omissão de atos* com violação das obrigações inerentes a seu ofício[530]. Não mão inversa, assevera-se que a conduta omissiva pode perfeitamente ser realizada no âmbito do exercício de um poder de disposição e, dessa forma, constituir um comportamento suficientemente idôneo para produzir um ataque à consistência econômica do patrimônio, mormente nos casos em que a procrastinação do exercício de um direito ou de uma faculdade pelo administrador pode ser apreciado como um dano[531].

De todo o exposto, é possível afirmar, com certa margem de certeza, sobretudo diante do panorama doutrinário examinado, que, ao menos em princípio, *não existe óbice* para a compreensão do delito de infidelidade patrimonial como um comportamento omissivo impróprio ou comissivo por omissão[532]. Esta asserção, contudo, encerra apenas a primeira

---

[526] CARVALHO, Américo Taipa de. *Comentários Conimbricense do Código Penal:* parte especial, t. II, cit., p. 366, conquanto, destaca Taipa de Carvalho, na prática a prova do dolo seja mais difícil na conduta omissiva, mas esse aspecto não se relaciona propriamente à conduta incriminada – à possibilidade, de resto frequente, de infidelidade omissiva –, mas a questões de índole meramente probatória (p. 366).

[527] GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios,* cit., p. 51 e ss.

[528] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*, cit., p. 137 e ss. Baigún e Bergel exemplificam a possibilidade de o crime ser praticado mediante omissão imprópria com a hipótese do diretório de administração de uma sociedade anônima que, encarregado pela assembleia de promover a venda de ações, não o faz no momento oportuno, ou seja, quando seria mais rentável, ocasionando, com isso, um prejuízo aos titulares dos interesses (p. 138).

[529] MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari,* cit., p. 217; MAZZACUVA, Nicola; AMATI, Enrico. *Diritto penale dell'economia:* problemi e casi. 2. ed. Milano: CEDAM, 2013. p. 162.

[530] MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari,* cit., p. 217. Registre-se, porém, que o delito de *infedeltà a seguito di azione o promessa di utilità* foi substituído pelo crime de corrupção entre privados (*corruzione tra privati*), que, não obstante, manteve as condutas de realizar ou omitir atos.

[531] BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società,* cit., p. 215-219.

[532] Miguel Reale Júnior é categórico: "Não cabe, todavia, como sucede na lei italiana, limitar a conduta à figura comissiva, pois a omissão, consistente no descumprimento do dever de atuar em prol da empresa para

parte do problema, vale dizer, somente o primeiro degrau na escada dogmática dos crimes omissivos impróprios, haja vista a necessidade de estabelecer o conteúdo do *dever de garante* que, uma vez descumprido, fundamentará a atribuição de responsabilidade penal ao administrador do patrimônio de outrem. Sim, porque, se é elementar do tipo objetivo da omissão imprópria que o agente ocupe uma posição de garantidor, ou seja, que ele empolgue o *dever especial de evitar o resultado*[533], será mister especificar *em que consiste* esse dever no âmbito da administração desleal.

No Direito Penal brasileiro, a cláusula geral de onde deriva o dever de garante nos crimes comissivos por omissão encontra-se prevista no art. 13, § 2º, do Código Penal. Assim, será garantidor aquele que, (a) em função de um mandamento legal específico, tem a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) que, de outra forma, tornou-se garantidor da inocorrência do resultado; e aquele que, (c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. A redação do art. 13, § 2º, alínea "a", do Código Penal brasileiro sugere o acolhimento, como notado por Heloisa Estellita, de uma vinculação da omissão imprópria à teoria das fontes formais do dever de garantidor[534]. Na prática, isso significa que o dever de agir para impedir o resultado poderá derivar – senão na totalidade dos casos – de uma norma jurídica sem conteúdo penal, o que, na melhor das hipóteses, gera relevantes e talvez insuperáveis fricções com os princípios da legalidade, da igualdade ou proporcionalidade, na medida em que o castigo penal se condiciona a norma extrapenais e não diferencia materialmente, em termos de sanção penal, as condutas comissivas das condutas omissivas impróprias[535].

---

viabilizar interesse futuro próprio, também constitui deslealdade que pode causar prejuízo patrimonial, na perda de uma chance por parte da companhia que dirige". REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Dever de lealdade do administrador na empresa e direito penal, cit., p. 239.

[533] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão,* cit., p. 79.

[534] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão,* cit., p. 81; também, GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: *Autoria como domínio do fato:* estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 109.

[535] GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa, cit., p. 82 e ss., igualmente crítico, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 193 e ss.; FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 600. Everardo da Cunha Luna ainda destaca o fato de a fonte formal trazer para o Direito Penal toda a sorte de discussão que não compadece com a sua natureza, como a legitimidade ou ilegitimidade do perigo causado e o contrato nulo ou anulável. LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal:* parte geral, com observações à nova Parte Geral do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 166.

Ante essas notáveis insuficiências, a doutrina tem procurado redimensionar as fontes das quais derivariam os deveres de garante para assentá-las sobre uma base genuinamente penal que privilegiasse o *conteúdo material do dever de agir*. Destarte, foram desenvolvidas inúmeras e variadas propostas dogmáticas visando a execução desse mister[536]. O escopo desta tese, entretanto, quedaria demasiadamente alargado se nos debruçássemos sobre essa complexa discussão nesta oportunidade. Assim, limitar-nos-emos apenas ao imprescindível registro de que, na atualidade, existem dois grandes *modelos dogmáticos* elaborados com o fito de fundamentar materialmente a responsabilidade penal na conduta comissiva omissiva[537]. De um lado encontra-se o modelo desenhado por Bernd Schünemann, baseado no "domínio sobre o fundamento do resultado"; de outro, o modelo de Günther Jakobs, calcado na ideia de responsabilidade por organização da própria esfera de competência e na responsabilidade institucional[538].

Sinteticamente, para Schünemann o fundamento da equivalência entre a ação e a omissão não radica na mera violação de um dever de caráter extrapenal ou de um perigo causal que emana do comportamento anterior do autor, mas no controle que o indivíduo ostenta sobre o processo causal que se desenvolve até a lesão ao bem jurídico. Nesses termos, a posição de garante surgirá como resultado do (1) dever de vigilância da fonte de perigo ou (2) do domínio incidente sobre a proteção do bem jurídico tutelado[539].

Jakobs, por outro lado, valendo-se de um recorte eminentemente normativista, extrai os deveres de garante a partir de um paralelo com os delitos de domínio por comissão e com os delitos de infração de dever por comissão. Para os primeiros, a equivalência dar-se-ia na responsabilidade pela configuração de um *status* geral do cidadão, vale dizer, do âmbito de sua própria organização, de sorte que apareceriam *deveres em virtude da responsabilidade*

---

[536] Cf. por todos, TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 132 e ss.

[537] REQUENA JULIANI, Jaime. *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio:* posición de garante e imputación objetiva. Madrid: Dykinson, 2010. p. 69 e ss.; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial:* a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016 (Col. Ciência Criminal. Coord. Cláudio Brandão. v. 5). p. 114 e ss.

[538] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão,* cit., p. 88 e ss.; REQUENA JULIANI, Jaime. *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio,* cit., p. 85 e ss.

[539] SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos. In: TIEDEMANN, Klaus (Dir.). *Eurodelitos*: el derecho penal económico en la Unión Europea. Coordinador de la edición española, Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004. p. 37. Originariamente, cf. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión impropia*, cit., p. 289 e ss.

por organização, enquanto, para os segundos, o paralelismo sucederia em razão dos deveres impostos pelo ordenamento jurídico em face de determinado bem, daí exsurgindo *deveres em virtude da responsabilidade institucional*[540]. Essa distinção, por sinal, não fica restrita aos crimes omissivos impróprios, haja vista que Jakobs também exige uma posição de garante para os delitos comissivos em decorrência da estrutura atribuída à sua própria organização[541].

No caso dos *deveres decorrentes da responsabilidade por organização*, Jakobs parte do princípio do *neminem laede*, isto é, do sinalagma da liberdade/responsabilidade: à liberdade de organização do cidadão corresponde a responsabilidade pelas consequências de sua própria organização, ou, em termos mais diretos, a responsabilidade de não causar dano, de não lesar[542]. A liberdade de cada cidadão encontra limite no exercício da liberdade dos demais, de sorte que, para o Direito Penal, a organização individual do sujeito somente será importante se acarretar postura contrária à vigência da norma e produzir um perigo (ou a diminuição da garantia) para um âmbito alheio que possa ser atribuído à organização[543]. Nessa esteira, surgem *deveres de relação*, os quais, em regra, dizem respeito à obrigação de *asseguramento* em face de perigos derivados de objetos ou atividades empresariais; no ponto, a responsabilidade do organizador se encontra fundamentada na *organização interna*, podendo-se refletir em casos de ingerência, de resto absorvida pelo dever de relação propugnado, ou mesmo no comportamento perigoso desencadeado por outras pessoas[544].

Os *deveres em virtude da responsabilidade institucional*, a seu turno, não derivam da livre conformação conferida pelo sujeito à sua organização, mas de uma determinada instituição que descreve atribuições conectadas a "âmbitos vitais" de um mundo que, "idealmente", em parte se configura conjuntamente[545]. Dessarte, esses deveres só podem ser

---

[540] JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 971. Note-se que, pela formulação de Jakobs, a fonte jurídica formal é "secundária" nesta classificação; aliás, tampouco a lei tem a aptidão de gerar a posição de garante, servindo, conforme o caso, somente para "aclarar" os limites da responsabilidade pela organização ou da instituição (p. 971).

[541] JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 258-259; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Um novo sistema penal do direito penal:* considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003. p. 99-100.

[542] REQUENA JULIANI, Jaime. *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio,* cit., p. 111 e ss.

[543] REQUENA JULIANI, Jaime. *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio,* cit., p. 111-112.

[544] JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 972 e ss.

[545] JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 994.

equiparados à comissão se a instituição assumir a mesma importância "básica para a existência da sociedade que a liberdade de organização e a responsabilidade pelas consequências" [546] . Ao contrário dos deveres decorrentes da responsabilidade por organização, de conotação negativa, isto é, de "não lesar", os deveres derivados da responsabilidade institucional possuem natureza positiva. Em outros termos: a responsabilidade radica no descumprimento de um *dever positivo* que determinadas instituições impõem, como a paternidade (deveres de guarda e proteção dos pais em relação aos filhos), o matrimônio (dever de velar o patrimônio), a confiança especial (imposição a que as pessoas não se comportem contraditoriamente sem algum motivo plausível – *venire contra factum proprium*) e os *deveres genuinamente estatais*, de que é exemplo a função policial, sobre os quais, registre-se, não existe qualquer espaço de conformação da organização pelo indivíduo, sobretudo porque, à exceção da confiança especial, muitos desses deveres têm expressa previsão no ordenamento[547].

Uma vez realizada essa breve revisão acerca dos dois grandes modelos de imputação penal na seara dos crimes omissivos impróprios, parece-nos possível concluir, conquanto sem aderir expressamente a tal ou qual modelo, que as fontes formais do dever de garante são insuficientes para proporcionar uma legítima e adequada imputação penal. Concretamente: a posição de garantidor deve ser extraída exclusivamente de critérios penais, e seu fundamento não se circunscreve a uma declaração formal de uma dada fonte, mas a uma compreensão de índole material[548], a qual, no caso concreto, isto é, em relação ao delito de infidelidade patrimonial, parece estar mais ligada à ideia de *controle sobre a integridade de um bem jurídico* que enseja, como contrapartida, deveres de proteção[549].

Deveras, o administrador assume o dever jurídico de gerir o patrimônio de terceiro "a partir de dentro", pautando toda a sua gestão em conformidade com os interesses e desejos de seu proprietário. A sua posição de garante não deriva, portanto, de uma imposição legal ou de um negócio jurídico, mas da circunstância de ele ter assumido o encargo de salvaguardar a integridade do patrimônio alheio. O critério fundamental para estabelecer a posição de garantia do administrador reside, pois, "em seu ato livre e prévio de assunção,

---

[546] JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 994.

[547] JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 994 e ss.

[548] GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa, cit., p. 110.

[549] VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 343.

que tem como correlato sua responsabilidade"[550]. E, como demonstrado anteriormente, os deveres que incidem sobre a posição de garantidor do administrador de patrimônio alheio são amplos e abrangentes. Eles podem refletir tanto *deveres positivos de proteção* que demandam a melhora ou incremento da situação patrimonial como *deveres negativos* que impõem a abstenção de qualquer comportamento apto a produzir menoscabo ao bem jurídico tutelado (patrimônio)[551]. O comportamento do administrador que deixa prescrever o direito de cobrar um crédito é tão criminoso à luz da *Untreue* como aquele que, tomando conhecimento de que a sociedade adotara um "caixa dois", deixa de adotar as providências necessárias para a sua extinção.

Isso não significa, evidentemente, que o administrador tem a obrigação de empreender toda e qualquer atividade protetiva e, ainda, disponibilizar toda ordem de recursos em benefício do patrimônio de outrem. A posição de garante tem limites. Sendo assim, conquanto a administração do patrimônio deva ser concretizada em atenção aos desejos e fins estipulados pelo seu titular, isso não pode implicar o sacrifício dos interesses do próprio administrador, cuja atividade deve ser desempenhada em consonância com os recursos disponibilizados para a execução dessa atividade[552].

Demais disso, não pode ser descartada a possibilidade de a posição de garante do administrador do patrimônio alheio também encontrar assento no *dever de vigilância sobre uma fonte de perigo*, notadamente no que tange às condutas praticadas pelos subordinados do administrado[553]. Pense-se, por exemplo, no caso do administrador que, sabendo que um subordinado opera negligentemente suas funções, e, desse modo, afeta negativamente o patrimônio administrado causando um prejuízo patrimonial, deixa de demiti-lo, a despeito de restar configurada a justa causa pela perspectiva trabalhista[554]; cometeu o administrador

---

[550] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 123.

[551] O administrador, assevera María Del Carmen Vera Rivera, é garante tanto da não produção do resultado típico como da não evitação do resultado proibido, haja vista a sua posição que deriva da lei e da especial relação jurídica que ostenta ou se arroga sobre o bem jurídico, em relação ao patrimônio administrado. VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 343.

[552] Como esclarecem Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila, como qualquer posição de garantia o limite do que é devido pelo garantidor encontra-se vinculado à noção de exigibilidade concreta. PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 124.

[553] Detalhadamente, ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão,* cit., p. 117 e ss.; Cf., também, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial,* cit., p. 205 e ss.; FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 609-610.

[554] Exemplo de PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 123.

o crime de administração desleal? Imagine-se, ainda, que uma sociedade anônima emite cartões de crédito em benefício de seus administradores e de alguns subordinados; em contrapartida, não realiza o controle ou a revisão sobre os gastos desses cartões. Nesta hipótese, será possível cogitar de infidelidade patrimonial cometida por omissão imprópria pelos dirigentes da companhia? Em ambos os casos a resposta parece ser *positiva*, haja vista que o dever de garante do administrador impõe que ele "neutralize" a fonte de perigo ao bem jurídico protegido, ainda que esse perigo advenha de terceiros (subordinados). No entanto, esse dever tem como pressuposto, tanto mais sensível nas organizações empresariais, que a possibilidade de afastamento do risco gerado ao patrimônio encontre-se *concretamente em suas atribuições*, ou seja, o administrador ostente a *aptidão fática* de fazer cessar o perigo (dano) ao bem jurídico[555].

3.7. O risco permitido no delito de infidelidade patrimonial

A essência da infidelidade patrimonial consiste na quebra de um dever de proteção e na subsequente ocorrência de um dano patrimonial. Essa assertiva, porém, é tão verdadeira quanto incompleta. Deveras, o crime de administração desleal não pode castigar toda conduta infiel causadora de prejuízo ao patrimônio de outrem, mas apenas o comportamento que tenha gerado riscos desaprovados ou atípicos ao bem jurídico. Dessa forma, a aplicação da teoria da imputação objetiva[556] *exsurge fundamental* no contexto da *Untreue*, na medida em que, ante a aplicação dos critérios comumente adotados (*criação de risco* e *verificação do risco no resultado*), mais do que limitar, a teoria da imputação objetiva, *delimita a*

---

[555] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 124-125. No mesmo sentido parece ser a conclusão de Heloisa Estellita acerca da responsabilidade dos dirigentes como garantidores originários dos atos praticados pelos subordinados: "Garantidores originários de vigilância na empresa serão os integrantes dos órgãos de administração que tenham uma relação juridicamente fundada de controle, ainda que parcial, sobre a empresa, e que tenham assumido faticamente esse controle". ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão,* cit., p. 134.

[556] Fundamental, ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática na imputação em direito penal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscherad. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 145 e ss.; ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. e introdução Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 313 e ss.; GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 33 e ss.; FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar:* sobre la imputación objetiva en derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004. p. 19 e ss. Cf., também, JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal.* Trad. André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 36 e ss.; CAMARGO, Antonio Luís Chaves de. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 72 e ss.

responsabilidade penal, incluindo no raio do tipo de infidelidade patrimonial quem tem responsabilidade e excluindo quem não a tem.

A delimitação da responsabilidade assume singular importância quando recordamos que a atividade de administração do patrimônio alheio representa uma das forças motrizes da atividade econômica moderna, sobretudo no contexto societário. Com efeito, consoante tivemos a oportunidade de observar no item 3.2.1, muitas sociedades empresárias gerem, pela natureza de seu próprio objeto social, *negócios de risco*, como sucede com as instituições financeiras[557]. Nestas, as fronteiras que dividem os riscos permitidos daqueles que darão azo a imputação penal são cada vez mais tênues e fluidas[558]. Assim, tendo presente que o delito de administração desleal se encontra inegavelmente no epicentro da discussão sobre a legitimidade de intervenção do Direito Penal na economia, parece-nos imperioso, neste momento, tecer algumas observações sobre o risco permitido e que demarcará a sua tipicidade objetiva, realizando enfoque ulterior nos denominados *negócios de risco* ou *especulativos*.

No caso do delito de infidelidade patrimonial, mais do que uma razão de ordem prática, a perquirição sobre o risco liga-se inerentemente à ideia de imputação penal, haja vista a necessidade de realização do risco desaprovado no resultado[559]. Nessa perspectiva, a ação deverá ser considerada perigosa mediante a utilização do critério da *prognose póstuma objetiva*, ou seja, através de um juízo formulado antecipadamente (*ex ante*) em face dos dados conhecidos no momento da perpetração da ação, de acordo com a concepção de um homem prudente, diligente[560]. Dessarte, não se poderá cogitar de risco desaprovado, e, por

---

[557] Rachel Sztajn, com razão, relembra que o "empresário assume riscos e, se tem sucesso, considera-se que demonstrou capacidade de análise e percepção sobre o futuro. As apostas dos empresários, como dizem alguns, não configuram aquela incerteza *knightiana* plenamente, mas espelham propensão para riscos que podem ser *viesados* por informações imperfeitas ou mudanças imprevisíveis do estado da natureza, designação adotada por economistas para indicar alterações do quadro ou circunstâncias atuais". STAZJN, Rachel. *Sistema financeiro,* cit., p. 63.

[558] Como bem constatou Renato Mello Jorge Silveira, "É claro que não é todo o risco que acaba por assumir uma importância penal. Observe-se, pois, a inicial dificuldade de se distinguir o que seria um risco empresarial enquanto risco empresarial penalmente relevante". SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial,* cit., p. 135.

[559] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 130.

[560] JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines,* cit., p. 152; BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società,* cit., p. 241. Não se ignora, porém, a advertência de Rachel Sztajn, no sentido de que é difícil "configurar a percepção do risco antes que o evento ocorra e o risco se concretize. Sabe-se que existem riscos, muitos não percebidos antecipadamente, e diante dos quais não foram adotadas precauções para evitar ou reduzir os efeitos". STAZJN, Rachel. *Sistema financeiro,* cit., p. 57.

consequência, de imputação penal objetiva, se a atividade realizada pelo administrador na gestão do patrimônio alheio foi considerada economicamente racional, isto é, que ela fazia "sentido" do ponto de vista do negócio[561]. Essa conclusão independe, inclusive, do resultado econômico da conduta do administrador[562].

Sob esse contexto, alguns paradigmas adotados nas normas de governança interna[563] e na *business judgment rule*[564] também poderão configurar úteis ferramentas na revisão *ex post* de um comportamento originariamente reputado como juridicamente desaprovado. A *business judgment rule*, aliás, será particularmente pertinente na verificação dos espaços sob os quais o comportamento arriscado dos administradores das companhias poderá ser considerado (in)adequado, na medida em que o verdadeiro valor da regra de

---

[561] Embora não se olvide a dificuldade de precisar, em face do elevado grau de subjetivismo, o conteúdo do que venha a ser "economicamente racional". No âmbito do Direito societário, destaca Adamek que é "assente o entendimento de que a responsabilidade do administrador não pode resultar da análise de oportunidade e mérito da decisão de gestão. Os tribunais têm assim decidido. De fato, a administração social é somente censurável se for possível imputar o descumprimento do dever de diligência, vigilância, retidão, etc.: o erro de gestão, por si só, é irrelevante. Não tem o juiz o poder de proceder a uma análise retrospectiva da gestão para saber se as decisões tomadas foram acertadas ou não. Mas pode condená-lo se ficar provado que as escolhas de gestão foram tomadas de forma improvisada, sem que o administrador tenha se informado ou sopesado as vantagens e desvantagens que a operação poderia apresentar à sociedade". ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas*), cit., p. 128. Cf., nesse sentido, PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 131; ROSAL BLASCO. Bernardo Del. Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del artículo 295 del Código Penal de 1995, cit., p. 1269.

[562] SERRANO CAÑAS, José Manuel. La incorporación de la business judgment rule al derecho español: el proyectado art. 226 de la ley de sociedades de capital. *La Ley Mercantil*, 6, Sección Sociedades, Editorial Wolters Kluwer, set. 2014. p. 4.

[563] Como os Acordos de Basileia I, II e III. A crise financeira mundial iniciada em 2007 demonstrou que Basileia I e II mostraram-se insuficientes para impedir a alavancagem excessiva dos bancos, a qual, aliada à baixa qualidade do capital e à baixa margem de liquidez, compunham o cenário de fragilidade do sistema bancário. Nesse sentido, Basileia III visa ao aperfeiçoamento da capacidade de as instituições financeiras absorverem choques provenientes do próprio sistema financeiro ou dos demais setores da economia, reduzindo o risco de transferência de crises financeiras para a economia real. No Brasil, Basileia III está sendo implementada por meio de um conjunto de resoluções, circulares e cartas-circulares editadas a partir do ano de 2013, como a Resolução n. 4.192, de março de 2013, a Circular n. 3.644, de março de 2013, e a Resolução n. 4.193, de março de 2013. No âmbito da Comunidade Europeia, a Diretiva 2013/36/EU estabeleceu critérios de governança para o acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento.

[564] A regra do *Business Judgment Rule*, de origem anglo-saxônica, tem como pressuposto a discricionariedade empresarial na tomada de decisões. Em suma, ela preconiza a criação de uma "zona de segurança" sob a qual são tomadas decisões, renunciando-se à exigência de responsabilidade ante determinados descumprimentos do dever de diligência. Seu fundamento teórico reside na ideia de que os administradores da sociedade estão melhor preparados que os juízes para tomar decisões de caráter empresarial. Assim, se os administradores estão melhor preparados que os membros dos Poder Judiciário para a gestão empresarial, estes não poderão substituir nem realizar um juízo de oportunidade *a posteriori* sobre as decisões empresariais adotadas por aqueles. MOYA BALLESTER, Jorge. *Deberes a cargo de los administradores en el derecho comparado*: la Ley 14700/2010. Madrid: Editorial La Ley, 2010. p. 19 e ss.; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas*), cit., p. 129 e ss.

discricionariedade empresarial consiste em proporcionar um "guia de conduta" capaz de orientar a atuação do administrador, ou seja, ele traduz um processo que norteia a tomada de decisões do administrador. Outrossim, se o administrador cumprir todas as etapas desse processo, vale dizer, se ele seguir todas as diretrizes desse "guia de conduta", procurando obter todas as informações que cercam o negócio, sua decisão será considerada racionalmente correta do ponto de vista empresarial, descabendo qualquer responsabilidade ou revisão judicial[565]. Pondere-se, contudo, que a regra *business judgment rule* não tem pretensão de universalidade, circunscrevendo-se àquelas decisões empresariais com aptidão de vulnerar o *dever de diligência*; ela não incide, portanto, às quebras do dever de lealdade dos administradores, notadamente quando caracterizado conflito de interesses[566]. Ademais, a regra é exclusiva dos processos decisórios desencadeados no ambiente societário, não podendo ser utilizada em outros contextos, e a sua alegação depende, em regra, da satisfação de três requisitos pelo administrador da sociedade[567]: (a) ter agido com boa-fé[568]; (b) ter agido com a intenção de beneficiar a sociedade; e (c) ter se informado previamente sobre o negócio[569].

---

[565] MOYA BALLESTER, Jorge. *Deberes a cargo de los administradores en el derecho comparado*: la Ley 14700/2010. Madrid: Editorial La Ley, 2010. p. 20.

[566] PARGENDLER. Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e "business judgment rule" no direito brasileiro*. p. 9. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/11/art20151118-08.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2018.

[567] MOYA BALLESTER, Jorge. *Deberes a cargo de los administradores en el derecho comparado*, cit., p. 21.

568 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*: arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II. p. 416-417. Destaca Mariana Pargendler que, para o Direito norte-americano, o conceito de boa-fé apenas corrobora a *business judgment rule*, pouco contribuindo para a responsabilização dos administradores; além disso, a boa-fé deve ser entendida como elemento necessário, conquanto não suficiente, para o cumprimento do dever de lealdade dos administradores. Nesse sentido, o conceito norte-americano de boa-fé seria equivalente à compreensão brasileira de boa-fé subjetiva. PARGENDLER. Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e "business judgment rule" no direito brasileiro*, cit., p. 10. Procurando conferir maior concreção ao conceito de boa-fé, Moya Ballester defende a presença de três requisitos na decisão do administrador. Em primeiro lugar, o administrador não deve ter um interesse pessoal na decisão, nem esperar nenhum tipo de benefício com ela; além disso, os administradores devem atuar de forma independente, isto é, não podem ser influenciados por terceiros. Em segundo lugar, a boa-fé pressupõe que a ação adotada deve ser tomada em benefício da sociedade. Este requisito faltará, por exemplo, quando o benefício obtido pela sociedade seja desproporcionalmente inferior àquele a que se renuncia ou quando se produza um esbanjamento do patrimônio social. Por fim, não se compreenderão no conceito de boa-fé as condutas que foram realizadas fora do âmbito de representação próprio dos administradores. MOYA BALLESTER, Jorge. *Deberes a cargo de los administradores en el derecho comparado*, cit., p. 21-22.

[569] A dispensa da responsabilidade com base na *business judgment rule* sucede, segundo aponta José Manuel Serrano Cañas, depois de comprovado que o negócio foi realizado mediante informação razoável, útil e temporânea sobre seus pressupostos, condições e possíveis efeitos econômicos. SERRANO CAÑAS, José Manuel. La incorporación de la business judgment rule al derecho español, cit., p. 6.

A propósito, há quem sustente[570] que, no Direito brasileiro, a *business judgment rule* foi acolhida no art. 159, § 6°, da Lei das S/A, que dispõe que o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia. Com efeito, para Mariana Pargendler, muito embora a técnica empregada pelo legislador brasileiro tenha se mostrado incompatível com a regra norte-americana[571], o dispositivo brasileiro possui uma *ratio* comum com a *business judgment rule*, qual seja, tutelar as decisões empresariais tomadas de forma honesta e bem-intencionada, ainda que elas, posteriormente, se revelem prejudiciais, funcionando, por consequência, como um "equivalente funcional" da *business judgment rule*. Diversa, contudo, é a opinião de Marcelo Vieira von Adamek, que entrevê no 159, § 6°, da Lei das S/A tão somente uma delimitação das regras de responsabilidade civil diante do afastamento da ilicitude[572]. Para Adamek, o citado preceito da Lei das S/A funciona mais como uma espécie de "perdão judicial" do que propriamente uma emanação local da *business judgment rule*, haja vista que, pela norma brasileira, o juiz tem somente a prerrogativa de não aplicar a sanção, conquanto tenha reconhecido a culpa e a ilicitude na conduta do administrador[573].

No âmbito da *prognose póstuma objetiva*, a aplicação da *business judgment rule* proporcionará a ampliação do espaço do risco permitido, pois ela, ao menos na versão norte-

---

[570] PARGENDLER. Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e "business judgment rule" no direito brasileiro*, cit., p. 15.

[571] Observa Pargendler: "Se o fundamento teleológico é semelhante, é certo que a técnica jurídica empregada no art. 159, § 6º, não se confunde com a da *business judgment rule* norte-americana, por diversas razões: (a) enquanto a primeira vem positivada em texto legal, a segunda tem origem jurisprudencial; (b) a regra do art. 159, § 6º, confere amplo poder ao juiz para excluir ou não o dever de indenizar do administrador após a apreciação dos demais requisitos da responsabilidade civil; a *business judgment rule* consiste em presunção de que a decisão foi tomada de boa-fé tendo em vista o melhor interesse da companhia, presunção esta que apenas pode ser ilidida mediante demonstração de violação dos deveres fiduciários; (c) a literalidade do art. 159, § 6º, sugere um amplo campo de aplicação, ao passo que a *business judgment rule* reconhecidamente não isenta de responsabilidade os administradores em situação de conflito de interesses; e (d) o art. 159, § 6º, faz referência genérica a 'administradores', o que compreenderia tanto os membros do Conselho de Administração como os integrantes da Diretoria; há, como visto, profunda incerteza no direito norte-americano quanto à possibilidade de invocar-se a *business judgment rule* relativamente aos diretores (*officers*). As distinções acima apontadas não impedem, contudo, que se vislumbre no art. 159, § 6º, o reconhecimento de uma *business judgment rule* devidamente tropicalizada. PARGENDLER. Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e "business judgment rule" no direito brasileiro*, cit., p. 14-16.

[572] ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas*), cit., p. 129.

[573] ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas*), cit., p. 287. Para Modesto Carvalhosa, a norma do art. 159, § 6°, da Lei das S/A estabelece somente uma "regra de equidade", um "critério de julgamento" que tem como pressuposto a boa-fé do administrador e a convicção de que "ele agiu no interesse da companhia". CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 580-581.

americana, impede que o juiz se substitua ao administrador para perquirir sobre a lisura da sua decisão; no limite, ela obsta que o juiz analise se existiam outras opções técnico-empresariais (industriais, comerciais ou financeiras) com resultado seguramente mais positivo e exitoso para a sociedade comercial, no momento da tomada de decisão empresarial[574]. Dessarte, quando não por força da subsidiariedade do Direito Penal, será complexo, senão impossível, ancorar a criação de um risco desaprovado na conduta do administrador que, pelo viés societário, foi considerada impunível.

Demais disso, descabe falar em risco proibido se o comportamento do sujeito estava alinhado à normatização extrapenal eventualmente existente sobre sua atividade ou ramo de atuação[575]. Onde "o Direito privado considera permitida a atividade do administrador – ponderam Pastor Muñoz e Coca Vila –, ainda que esta resulte prejudicial, o Direito penal também deverá reconhecer um espaço de risco permitido"[576].

O inverso, contudo, não é verdadeiro. Vale dizer, se a inexistência de infringência a uma norma jurídica sem conteúdo penal – como nas normas de Direito Privado – tem o condão de afastar a tipicidade objetiva em razão da ausência de risco desaprovado, a violação de uma norma extrapenal que regulamenta determinado setor da atividade humana não pode ensejar, por si só, e como efeito imediato, a imputação penal, muito embora ela possa *indiciariamente* indicar uma posição de garantidor[577]. As normas técnicas, pondera Luís Greco, podem configurar o ponto de partida, mas não o ponto de chegada para o exame do caráter juridicamente desaprovado da ação perigosa[578].

---

[574] SERRANO CAÑAS, José Manuel. La incorporación de la business judgment rule al derecho español, cit., p. 4. Serrano Cañas esclarece: "Não parece sensato, ademais de dificilmente justificável, semelhante intromissão judicial no âmbito da autonomia privada e da iniciativa empresarial, uma vez que os juízes não estão empresarialmente preparados para revisar a atividade desenvolvida pelos administradores no âmbito empresarial ou negocial; não existe *lex artis* consolidada que sirva de referência para julgar as decisões empresariais, e se realiza *ex post*, uma vez conhecido o resultado próspero ou adverso derivado da mesma" (p. 4, tradução livre). Sobre a aplicação da *business judgment rule* à infidelidade patrimonial: FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán. Corporate governance y administración desleal, cit., p. 128; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Límites penales a la remuneración de los administradores?, cit., p. 174-175.

[575] Como aduz Greco, as chamadas normas jurídicas de segurança, se existentes, servem como *standard* para a aferição do risco proibido, de modo que a sua violação constitui um "relevante indício de que o risco é juridicamente desaprovado". GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 59.

[576] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 131.

[577] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 139.

[578] GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 63.

De igual modo, se o comportamento do administrador permaneceu adstrito aos fins estabelecidos pelo titular do patrimônio administrado, tampouco se cogitará de imputação penal objetiva. Ressalve-se, porém, que, como abordamos alhures, as finalidades delineadas pelo titular do patrimônio compõem a sua relação interna com o administrador e, assim, devem ser devidamente valoradas por ocasião da apreciação do risco permitido. Nessa medida, as finalidades variam – e, por conseguinte, também variam as relações internas – de patrimônio a patrimônio e de administração a administração, apresentando perfis, formas e até mesmo prazos de investimentos distintos – curto, médio e longo prazo –, além de escopos de investimento substancialmente diversos – risco baixo, médio ou alto. A administração, portanto, em conformidade com os anseios do proprietário do patrimônio, poderá ser conservadora, moderada ou especulativa. E isso, por si só, penalmente nada significa, senão quando o administrador do patrimônio ultrapassa os limites estabelecidos pelo seu titular para o desempenho da gestão, adotando comportamento incompatível com aquilo a que aspirava o sujeito passivo do delito e, em razão disso, causa um dano patrimonial[579]. Em contrapartida, se a atuação do administrador cumpre as diretrizes estipuladas pelo titular, ou seja, se ele desenvolve sua atividade dentro do espaço do risco permitido, mesmo o negócio arriscado será considerado atípico, restando *indiferente* que ele tenha proporcionado ganho ou dano[580].

Um rumoroso caso concreto julgado pela Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") servirá para ilustrar como a violação das diretrizes atribuídas pela companhia na gestão do seu patrimônio pode corporificar, a par da infração administrativa ao dever de diligência dos administradores, a criação de um risco desaprovado, e, por consequência, uma modalidade de infidelidade patrimonial, acaso, obviamente, houvesse esse tipo penal no Brasil. Em 14 de dezembro de 2010, a CVM julgou o processo administrativo sancionador n. 18/2008, cuja acusação centrava-se na apuração de responsabilidades dos administradores da Sadia S.A.

---

[579] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 132-133. Recorde-se, por oportuno, que, em conformidade com a clássica construção de Claus Roxin, um dos pilares da teoria da imputação objetiva reside na *falta de aumento do risco permitido*, o que significa dizer, com o próprio Roxin, que, quando "o legislador permite que, à semelhança do que sucede em outras manifestações da vida moderna, na actividade de estabelecimentos perigosos e em outros casos de utilidade social preponderante, se corra um risco até certo limite, apenas poderá haver imputação se a conduta do autor significar um aumento do risco permitido. Se tal situação se configura como tal, tem de imputar-se o resultado ao agente, ainda que este tenha actuado de forma irrepreensível". ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática na imputação em direito penal, cit., p. 152.

[580] JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 156; NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 281.

por eventuais irregularidades relacionadas a operações envolvendo instrumentos financeiros derivativos e na divulgação de informações pela companhia[581]. Segundo a CVM, em razão de operações com derivativos, a Sadia teve perdas de cerca de R$ 760.000.000,00.

A acusação da CVM baseou-se em quatro pontos: (i) os relatórios de risco utilizados para a concretização da operação valeram-se de parâmetros não constantes da política financeira para analisar a posição máxima de *hedge*; (ii) as declarações prestadas no inquérito administrativo apresentaram uma diversidade de respostas sobre quem deveria acompanhar as operações para aplicação de medidas de *stop loss*, tendo sido mencionados, alternadamente: o Conselho de Administração, seu Presidente, o Comitê Financeiro, o Diretor Financeiro, o Comitê de Risco da Diretoria Financeira e o Gerente de Risco; (iii) o sistema de controle de risco da Sadia – *risk control* – não estava preparado para o registro adequado das operações "2x1" e, consequentemente, não controlava efetivamente as alçadas nem os riscos das operações. Nesse sentido, verificou-se que diversas operações foram realizadas com valores superiores à alçada da Diretoria Executiva, conforme descrição do relatório da BDO Trevisan, que levou em consideração apenas valores por operação (e não a soma dos contratos por banco no mesmo dia ou a soma de todos os contratos realizados no dia com todos os bancos); assim, concluiu a acusação que, em pelo menos seis ocasiões, durante o ano de 2008, foram realizadas operações "2x1" para *hedge* com valores contratados que, pela política financeira, necessitariam da aprovação do Comitê de Finanças. Além disso, considerado o valor potencial das operações, as ocasiões em que ocorreram negócios com valores superiores à alçada estabelecida para a Diretoria Financeira seriam ainda mais numerosas; (v) sobre a posição de *hedge* permitida pela política financeira, os funcionários e administradores da Sadia apresentaram declarações contraditórias acerca das definições contidas na política. Da mesma forma, com relação ao *stress test*, a acusação apurou que os membros da área financeira e do CA apresentaram declarações desencontradas acerca de quem os realizava e quem deveria ser informado de seus resultados. Todavia, conforme conclusão dos auditores externos da Sadia, não foram encontradas evidências de sua realização, em descumprimento à política financeira.

---

[581] Também conhecido como "caso Sadia (Derivativos Tóxicos)". Cf. BARBOSA, Henrique Cunha. Responsabilidade de administradores e controladores: o "caso Sadia" numa incursão "guerreiriana" para além do dever de diligência e da ação social. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 415-453.

Embora a acusação administrativa tenha sido assacada contra vários integrantes do grupo diretivo, focar-se-á, para o desenvolvimento deste exemplo, apenas no comportamento do então Diretor Financeiro da Sadia, quer porque não existe controvérsia sobre a sua condição de *administrador da companhia*, quer porque era ele o responsável direto pelo cumprimento da política financeira da companhia. Por conseguinte, o Diretor Financeiro também estava incumbido da execução das medidas de *stop loss* na forma da política financeira. Com relação aos controles e acompanhamento das operações de *hedge,* foi apurado que o Diretor Financeiro não tomou as providências determinadas pela política financeira, sobretudo porque, para tais operações, ele observou uma margem de tolerância para as operações não previstas na política financeira. Por derradeiro, no que tange às operações "2x1", apurou-se que em pelo menos seis ocasiões elas foram realizadas com valores que necessitavam da aprovação do Comitê Financeiro, conforme previsão da política financeira, e que não foram encontrados registros de que tais aprovações tivessem sido solicitadas. Em suma, para acusação da CVM, "as práticas adotadas pela área financeira burlavam as regras estabelecidas na Política Financeira da Sadia, cujo cumprimento era de responsabilidade direta do Diretor Financeiro".

Por ocasião do julgamento administrativo, o Diretor-relator, Alexsandro Broedel Lopes, destacou em seu voto que não estava em discussão o "julgamento negocial dos administradores acerca do nível adequado de risco e retorno que a companhia deve se expor. Essa é uma decisão gerencial que não deve ser questionada por esta autarquia". Mencionando expressamente a aplicabilidade da *business judgement rule* ao caso concreto, ponderou o Diretor-relator que tal regra, conquanto correta, não incidia na hipótese, "tendo em vista que: (i) não está em discussão a decisão da Sadia em realizar operações complexas, com derivativos; (ii) não estão em discussão, tampouco, os prejuízos gerados por essas operações. Como se desenvolverá no decorrer desse voto, estamos discutindo, tão somente, a diligência dos seus administradores na adoção e monitoração dos sistemas de controles, que serviam para a verificação do cumprimento das políticas internas implantadas na própria Sadia". No julgamento, destacou-se, ainda, que a Sadia possuía uma política de riscos relativamente clara em relação às operações de *hedge* com moeda estrangeira, e que, analisando os dados constantes das próprias demonstrações financeiras da companhia, demonstrou-se que ela descumpria, ao absurdo, o limite de risco estabelecido em sua política financeira, no patamar de 20% do seu patrimônio líquido. Dessa análise, prosseguiu o voto, decorre, logicamente, a conclusão de que não foram realizados os controles estabelecidos na

política financeira – ou, se realizados, não atendiam ao seu escopo máximo, que seria impedir, na medida do possível, a realização de operações que colocassem em risco valores significativos do seu patrimônio líquido. Em síntese, a CVM concluiu que o Diretor Financeiro da Sadia *descumpriu a política financeira da companhia em relação aos controles e limites estabelecidos para as operações*, e, em função disso, cominou-lhe pena de inabilitação temporária por três anos para o exercício de cargo de administrador de companhia aberta, por infração ao art. 153 da Lei n. 6.404/1976.

A nosso ver, esse famigerado caso do Direito societário brasileiro reflete uma nítida manifestação de *Untreue*[582]. Deveras, para além da presença dos requisitos pertinentes ao sujeito ativo (administrador: Diretor Financeiro) e ao sujeito passivo (Sadia S/A), da lesão ao bem jurídico (o patrimônio da sociedade teve perda de R$ 760.000.000,00) e do fato de as condutas lesivas serem levadas a efeito no exercício da função de Diretor Financeiro, restou demonstrada uma patente quebra das finalidades estabelecidas pelos titulares do patrimônio a seus administradores. No caso em exame, para além do conteúdo do objeto social e do Estatuto da companhia [583], essas finalidades estavam particularmente documentadas na *política financeira* da Sadia; dentro dessa política, a companhia previa a política interna de risco para operações envolvendo derivativos, *mas essa diretriz foi dolosamente descumprida pelo seu Diretor Financeiro* como mencionado pela CVM.

Tal situação indica a criação de um risco desaprovado, ou, mais precisamente, o *aumento do risco permitido* criado pelo comportamento doloso do Diretor Financeiro, na medida em que, a despeito da eventual racionalidade econômica que norteava a operação, as medidas adotadas contrariaram flagrantemente a política de riscos da Sadia em relação às operações de *hedge* com moeda estrangeira. A majoração do risco permitido se verificou no resultado, completando-se, pois, a imputação objetiva, haja vista que, consoante se colhe do voto do Diretor-relator, as demonstrações financeiras da companhia indicaram que os atos

---

[582] E o seu impacto no patrimônio social da companhia e dos acionistas por si só reforça a denunciada lacuna de punibilidade e a consequente necessidade de incriminação, no Brasil, dessa singular modalidade delituosa do Direito Penal Econômico.

[583] Ressaltando a atuação *ultra vires* da Sadia S/A com base no objeto social da companhia – o que não deixa de constituir, em certa medida, como já apontado, o marco normativo da sociedade e, por conseguinte, uma forma de violação das intenções da sociedade pelo administrador –, assevera Henrique Cunha Barbosa: "Por maior que fosse a capacidade de elastecimento exegético do operador, contudo, a verdade é que nem de longe o estatuto da Sadia concebia margem interpretativa para que a realização de operações financeiras de tal natureza fossem tidas como parte de seu objeto". BARBOSA, Henrique Cunha. Responsabilidade de administradores e controladores, cit., p. 432.

do Diretor Financeiro descumpriram o limite de risco estabelecido em sua política financeira no patamar de 20% do seu patrimônio líquido, *causando prejuízo financeiro à Sadia S/A de aproximadamente R$ 760.000.000,00*.

Além de um exemplo significativo de como a infidelidade patrimonial pode suceder no âmbito societário, o caso de derivativos da Sadia teve o mérito de suscitar, ainda que superficialmente, uma outra discussão que guarda estrito vínculo com a produção do risco desaprovado ou o aumento do risco permitido no contexto do delito de administração desleal, e que, por conta de sua inegável relevância, não tem passado ao largo da doutrina. Referimo-nos ao denominados *negócios de risco* ou *negócios especulativos*, ou seja, aquelas ações do administrador que se caracterizam pelo alto risco de que a decisão tomada seja equivocada, e, em consequência, possa causar um dano[584]. Esse tema será tratado no próximo tópico.

3.7.1. Realização de negócios de risco ou especulativos

A doutrina costuma apontar uma conexão entre a consideração penal dos negócios de risco ou especulativos no delito de infidelidade patrimonial e a equiparação do perigo ao efetivo dano ao patrimônio[585]. Parece-nos, contudo, que, como aludimos no tópico anterior deste trabalho, o problema dos negócios arriscados deve ser resolvido na *parte objetiva do tipo penal*, ou, mais precisamente, na verificação do risco desaprovado ou do aumento de um risco permitido, deixando-se de lado qualquer equiparação entre perigo e dano ou consideração de natureza subjetiva (dolo)[586]. Outrossim, a diferenciação entre aquilo que deve ser considerado um risco penalmente punível e aquele risco que é inerente à atividade empresarial – e, portanto, atípico e impunível – deverá ser implementada através do padrão de um razoável e cuidadoso administrador e da avaliação *ex ante* das possibilidades de lucros

---

[584] Para Maria Dolores Serrano Tárraga, se "consideram negócios de risco as operações de resultado econômico incerto, no qual a sociedade tem que suportar um risco que se considera desproporcional em razão do risco máximo que deveria derivar-se de uma correta administração". Los negocios de riesgo y el delito de administración desleal. *Actualidad Penal*, n. 41, 5-11 nov. 2001. p. 995.

[585] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 49. Ressalve-se, contudo, nosso entendimento, que será apontado posteriormente (cf. item 3.9.1), no sentido de que o prejuízo da *Untreue* se concretiza no momento da celebração do negócio jurídico pelo administrador e da correspondente perda do valor econômico do patrimônio, de modo que a situação que aparentemente reflete um perigo de dano consubstancia, em verdade, uma situação de dano efetivo ao patrimônio. Concretamente: não existe equivalência entre os conceitos de perigo de dano e de prejuízo patrimonial efetivo.

[586] Inclusive por questões metodológicas, como recorda GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 455; também, NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 50.

que o negócio gera. Esse, de fato, é o critério normalmente utilizado para a aferição do negócio de risco tanto pela doutrina como pela jurisprudência[587]. Não obstante, essa circunstância não afasta a necessidade de observarmos, como proclama Adán Nieto Martín, que ele carrega uma elevada dose de indeterminação[588].

A dogmática alemã enfrenta a questão da tipicidade dos negócios de risco valendo-se da ideia de consentimento para mensurar os limites do risco punível, sobretudo depois dos trabalhos de Thomas Hillenkamp e de Kohlmann. Segundo Hillenkamp, deve-se ter presente, em primeiro lugar, que todo negócio arriscado traz consigo a possibilidade de uma escolha errônea por parte do administrador. Assim, onde somente existe uma única opção, um exclusivo caminho a seguir, não existe negócio de risco. Dessa forma, a relevância do consentimento do administrador deve ser verificada em conformidade com a *esfera interna da relação*, o que impõe a comprovação sobre a existência de *instruções internas do administrador* de como proceder em relação às operações de risco e de quais limites devem ser respeitados pelo administrador[589]. Portanto, se houver atuação adequada e obediente ao marco regulatório estipulado pelo titular do patrimônio administrado, desfaz-se a tipicidade, ainda que a conduta do administrador não se amolde ao aludido conceito de "administrador diligente". Note-se, porém, que a configuração de Hillenkamp com base no consentimento não assume caráter universal. Em outro dizer: o consentimento não pode excluir a responsabilidade do administrador quando ele atua em desconformidade com os preceitos legais ou quando existam vícios de vontade que invalidem a livre manifestação do titular do patrimônio[590].

Essa primeira formulação diz respeito, contudo, somente àqueles casos nos quais o titular do patrimônio administrado tenha consentido expressamente, vale dizer, tenha indicado de modo claro e peremptório quais as diretrizes que ele pretendia ver atendidas na gestão do seu patrimônio pelo administrador. O próprio Hillenkamp reconhece, no entanto, que, na prática, dificilmente existirão ordens ou diretrizes expressas emanadas do titular do patrimônio administrado. Nestes casos, sustenta Hillenkamp que o consentimento do titular

---

[587] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 455.

[588] Para Nieto Martín, a compreensão de um comportamento de perigo no tipo genérico de infidelidade patrimonial incrementa o grau de indeterminação do tipo penal, de sorte que seria melhor introduzir um delito de perigo no âmbito societário. NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 53.

[589] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 50-51.

[590] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 51.

do patrimônio na realização das operações deve ser presumido. Assim, parte-se do pressuposto de que, ao permitir que seu patrimônio seja gerido por outrem, o titular *presume* que o administrador o faça em consonância com as normas de cuidado normalmente exigidas de um administrador diligente e prudente[591].

Kohlmann, por sua vez, tentou sistematizar os critérios e os tipos de ordens que podem recair sobre o administrador do patrimônio. Sob esse contexto, ele propõe dois critérios através dos quais se verificará a conformidade da atuação do administrador: (i) a posição e a função do administrador no interior da sociedade empresária e o (ii) tipo de sociedade ou negócio em que ela atua. A posição do administrador pode ser regida por critérios legais, os quais, em alguns casos, autorizam a tomada de decisões arriscadas. Nesse caso, a verificação do objeto social da sociedade empresária e, por conseguinte, do modelo de negócio sob o qual se realiza a operação de risco será imprescindível para a aferição do critério[592]. Sob outro giro, em ordem a determinar a presença de um administrador razoável e cuidadoso, Kohlmann defende a necessidade de verificação do negócio de risco *concretamente praticado*, salientando que, em algumas situações, a única solução possível do administrador na gestão é empreender o negócio de risco[593].

Na Espanha, Serrano Tárraga acolhe a teoria do consentimento, de sorte que não existirá responsabilidade pelo negócio de risco se houver consentimento dos membros da sociedade. Para tanto, o consentimento dos sócios deverá ser unânime e fruto de uma manifestação de vontade livre e desembaraçada, e só terá validade se prestado antes ou durante a realização do negócio arriscado ou especulativo[594]. No que tange ao consentimento presumido, Maria Dolores Serrano Tárraga defende que ele tem incidência tal como uma causa de justificação, desde que não exista violação dos deveres de lealdade e de fidelidade que recaem sobre os administradores das sociedades[595].

---

[591] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 51; GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 457.

[592] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 51-52.

[593] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 52-53.

[594] SERRANO TÁRRAGA, Maria Dolores. Los negocios de riesgo y el delito de administración desleal. *Actualidad Penal*, n. 41, 5-11 nov. 2001. p. 1000; também, ROSAL BLASCO. Bernardo Del. Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del artículo 295 del Código Penal de 1995, cit., p. 1269.

[595] SERRANO TÁRRAGA, Maria Dolores. Los negocios de riesgo y el delito de administración desleal, cit., p. 150.

José-Ignacio Gallego Soler, por sua vez, defende que a configuração típica dos negócios de risco deve levar em consideração a regras de funcionamento do setor onde está inserida a atividade de administração do patrimônio de terceiro, e, dessa forma, aferir qual é o "risco permitido", inclusive diante do grau de aceitação desses riscos pelos demais integrantes da mesma área. Gallego Soler refuta, pois, a teoria alemã do consentimento sob a perspectiva do então artigo 295 do Código Penal espanhol[596], bem como qualquer critério de mensuração de risco através de uma regra "formal ou probabilística" que afirme a tipicidade objetiva dos negócios arriscados ante a constatação de que existia um "alto risco" de que a decisão empresarial tomada pelo administrador seja economicamente ineficaz na medida em que enseja um prejuízo empresarial, ou que estabelece a relevância penal do negócio por intermédio de uma fórmula genérica, senão indeterminada, fundamentada na probabilidade *ex ante* de que a obtenção do benefício pelo titular do patrimônio seja maior do que a de amargar uma perda patrimonial[597].

Secundando parcialmente a doutrina germânica, Buján Pérez preconiza que a questão dos negócios de risco ou especulativos se encontra atrelada à infração do dever de lealdade por parte do sujeito ativo em relação ao que foi determinado pelo titular do patrimônio e não ao elemento típico do prejuízo, como poderia sugerir a redação anterior do então artigo 295 do Código Penal espanhol. Assim, uma operação de risco poderá traduzir uma infidelidade patrimonial na forma prevista atualmente no artigo 252 do Código Penal se o agente infringe o dever de lealdade excedendo-se no exercício das suas faculdades de disposição, as quais estava concretamente autorizado a realizar pelo titular do patrimônio administrado, sem prejuízo da pesquisa sobre ter o agente atuado com dolo eventual de que seu comportamento pode produzir um prejuízo ao patrimônio[598].

---

[596] É que, para Gallego Soler, o artigo 295 do Código Penal espanhol não protege o patrimônio social, mas os interesses dos sócios, não ficando claro quem deve ser o sujeito passivo hábil a prestar o consentimento eximente da responsabilidade penal do administrador. GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 458.

[597] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 459. Também crítico à proposta de aferição do risco permitido por intermédio do expediente do "administrador diligente", de autoria de Hillenkamp, porquanto pautado por critérios "excessivamente indeterminados", Nieto Martín sustenta que a tipicidade do negócio arriscado à luz do crime de administração desleal depende de sua equivalência à própria lesão. Dessarte, atendendo a um conceito econômico ou misto de patrimônio, Nieto Martín assevera que o dano se produzirá quando o risco supõe uma perda de valor efetivo do patrimônio, ou, partindo de um conceito pessoal de patrimônio, quando se lesiona a capacidade de disposição da vítima. NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 53.

[598] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 549. No mesmo sentido, JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 154-155. Também atribuindo relevância ao dolo eventual na

Jacobo López Barja de Quiroga, a seu turno, promove a verificação penal dos negócios de risco através de dois parâmetros diversos, embora cumulativos: um de natureza quantitativa, outro de caráter objetivo, visto que calcado no espaço de risco permitido ou proibido pela *lex artis*. Pelo primeiro, o volume quantitativamente negociado deve ser excessivamente superior ao patrimônio da sociedade administrada; pelo segundo, os riscos assumidos – em que se encontra o cálculo de probabilidades de perda patrimonial – devem ir *muito além* do que permite a *lex artis* do setor de atuação da pessoa jurídica, aí incluídos os respectivos códigos de boa governança corporativa[599].

Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila abordam a tipicidade dos negócios de risco sob o enfoque dos *conhecimentos especiais*. Essa questão refere-se, em síntese, à capacidade de tais deveres ensejarem dever de garante por ocasião do processo de tomada de decisão de um negócio especulativo. Nesse sentido, Pastor Muñoz e Coca Vila defendem a irrelevância de qualquer conhecimento especial para a verificação da tipicidade objetiva, valendo-se sobretudo do argumento que a permissão ou a proibição de determinada conduta deverá sempre anteceder a constatação da existência de qualquer informação relacionada aos conhecimentos do sujeito[600]. Deveras, para o negócio de risco, "o relevante na determinação da infração de dever – preconizam Pastor Muñoz e Coca Vila – não é o que se sabe ou se deixa de saber, mas o que se deve ou não se deve saber"[601]. Por essa óptica, não se poderia imputar ao administrador de uma companhia o cometimento de administração desleal pelo fato de ele se abster de negociar valores mobiliários utilizando-se de uma informação privilegiada – de resto ilícita à luz do crime de *insider trading*[602] –, pois, ainda que isso cause um prejuízo patrimonial à sociedade por aquilo que ela deixou de ganhar, o administrador não ostenta o dever de jurídico de agir.

Seja como for, tudo indica que a solução dos negócios de risco deva ser concretizada no ambiente do tipo objetivo e levar em consideração as balizas impostas pelo dono do

---

perquirição do negócio especulativo, SERRANO TÁRRAGA, Maria Dolores. Los negocios de riesgo y el delito de administración desleal, cit., p. 1006 e ss.

[599] BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 194.

[600] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 136.

[601] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 136.

[602] Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

patrimônio para a adequada demarcação do que é proibido e o que é permitido no contexto específico da infidelidade patrimonial. Tais balizas, conforme aludido no curso deste trabalho, derivam explícita ou implicitamente do relacionamento interno estabelecido entre o sujeito ativo e o sujeito passivo do delito; ao mesmo tempo, a natureza e as finalidades da relação travada entre o administrador e o dono do patrimônio administrado delineiam o conteúdo do dever de guarda da *Untreue*[603], o que, evidentemente, acaba suscitando relevantes consequências dogmáticas no plano subjetivo do dolo e do erro.

3.8. O elemento subjetivo do crime de infidelidade patrimonial

A infidelidade patrimonial é um delito *exclusivamente doloso*. De fato, todos os modelos de incriminação analisados neste trabalho permitem apenas que o crime seja levado a efeito dolosamente. Assim, o tipo alemão de *Untreue* (§ 266)[604], o tipo espanhol de administração desleal (artigo 252)[605], o crime de *infedeltà patrimoniale* do Direito italiano (artigo 2634 do Código Civil)[606], o delito de infidelidade do Código Penal português (artigo

[603] Daí a pertinente observação de Alaor Leite de que na "infidelidade patrimonial, especialmente nos negócios de risco, o *sentido antissocial* da ação, em função do baixo nível de evidência da norma proibitiva de lesionar o patrimônio alheio nesses casos, não decorre da realização da própria ação, pois apenas a vítima – aqui, o dono do patrimônio – por meio de manifestação explícita ou de vontade presumida *cria* a ação violadora da norma". LEITE, Alaor. Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa, cit., p. 305.

[604] SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 197; CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 158; NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 34; ROJAS A., Luis Emilio. El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán. *Revista Penal*, n. 23, jan. 2009. p. 170.

[605] BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 205-206; JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 167; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno,* cit., p. 98; SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *Delitos societarios y conductas afines,* cit., p. 649 e ss.; PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 187.

[606] MAZZACUVA, Nicola; AMATI, Enrico. *Diritto penale dell'economia:* problemi e casi. 2. ed. Milano: CEDAM, 2013. p. 165; MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari,* cit., p. 219; BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società,* cit., p. 229 e ss.; LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale,* cit., p. 113 e ss.; MARINI, Consuelo. *Reati in materia economica,* cit., p. 142.

224º)[607], o artigo 198 do Código Penal peruano[608] e, finalmente, o crime previsto no artigo 173, 7, do Código Penal argentino[609].

Essa circunstância revela uma clara opção político-criminal no sentido de que a infidelidade patrimonial é incompatível com o conceito de culpa, fato que, aliás, parece estar em consonância com a tendência de não incriminar as agressões patrimoniais culposas. Com efeito, note-se que, no Brasil, nenhum delito previsto no Título II do Código Penal admite a imprudência, a negligência ou a imperícia recorrendo à regra do artigo 18, parágrafo único[610]. O mesmo sucede com algumas figuras que, a par da proteção primordial conferida a outros bens jurídicos, tangenciam o patrimônio como objeto de tutela penal, como é o caso dos crimes de peculato (art. 312 do Código Penal[611]), do emprego irregular de verbas públicas (art. 315 do Código Penal), da concussão e do excesso de exação (art. 316 do Código Penal), dos delitos contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492/1986) e dos crimes contra a ordem econômica e tributária (Lei n. 8.137/1990). Deveras, nenhum deles admite a culpa, o que sugere, além de razões históricas atreladas à excepcional punibilidade culposa dos crimes contra o patrimônio, que do ponto de vista político-criminal a previsão de uma *Untreue* culposa talvez pudesse, como bem observou Castro Moreno, "conduzir à paralisação da vida comercial e industrial do país"[612].

Ademais, a dogmática da *Untreue* tende a dispensar o *animus lucri faciendi* na composição do elemento subjetivo do tipo; não se exige, pois, do sujeito ativo qualquer intuito de enriquecimento. É assim, por exemplo, no contexto do § 266 do Código Penal

---

[607] CARVALHO, Américo Taipa de. *Comentários Conimbricense do Código Penal:* parte especial, t. II, cit., p. 368.

[608] GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios,* cit., p. 76-77.

[609] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria,* cit., p. 163 e ss.; ILHARRESCONDO, Jorge Marcelo. *Delitos societarios*, cit., p. 357.

[610] Como adverte Juarez Tavares, o art. 18 do Código Penal indica que a diferença entre o tipo doloso e o culposo se efetua na "estrutura do tipo do injusto". TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 263.

[611] Note-se que, mesmo o assim denominado crime de peculato "culposo", previsto no art. 312, § 2°, do Código Penal brasileiro, não trata, em verdade, de uma infração penal culposa, mas de uma concorrência culposa na conduta dolosa de outrem. Nesse sentido: PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, cit., p. 61.

[612] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 444, tradução livre.

alemão[613] e do recente artigo 252 do Código Penal espanhol[614]. A bem da verdade, da perspectiva da tipicidade da administração desleal será mesmo irrelevante a natureza do motivo que tenha impelido o sujeito ativo no cometimento do delito[615].

O dolo deve contemplar todos os requisitos do fato típico de administração desleal, nomeadamente a existência do dever de salvaguarda do patrimônio alheio, sua violação e a subsequente produção do dano patrimonial[616]. Nesses termos, majoritariamente se admite o dolo eventual[617]. As exceções correm por conta da *infedeltà patrimoniale* do Direito Penal societário italiano, que atende somente ao dolo específico (elemento especial do injusto), e que no caso é "duplo", na medida em que os sujeitos ativos realizam o comportamento incriminado *visando obter, para si ou para outrem, injusto proveito ou outra vantagem, causando intencionalmente um dano patrimonial à sociedade*[618], e da modalidade de

---

[613] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 34; CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 158; ROJAS A., Luis Emilio. El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán, cit., p 170.

[614] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 102. Não o era, porém, na vigência do artigo 295 do Código Penal espanhol, na medida em que o tipo penal revogado mencionava que o sujeito ativo cometia a conduta "em benefício próprio ou de terceiro", o que era interpretado pela doutrina como sendo necessariamente um benefício econômico, um incremento do patrimônio. Nesse sentido: ROSAL BLASCO. Bernardo Del. Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del artículo 295 del Código Penal de 1995, cit., p. 1270. Mais abrangente, Nieto Martín pondera que a expressão típica "benefício econômico" é mais ampla do ânimo de lucro, se partir-se de um conceito restrito de ânimo de lucro, qual seja, de que se trata de uma vantagem patrimonial com valor econômico ou de negociação. Dessarte, é possível vislumbrar na formulação típica outros interesses além do mero ânimo de lucro – interesses profissionais, familiares etc. –, inclusive para não ensejar lacuna de punibilidade. NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 287. Também, FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios,* cit., p. 394.

[615] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. ¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?, cit., p. 26; JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines,* cit., p. 166. Mesmo o ânimo do administrador em beneficiar o patrimônio administrado será ineficaz para fins de exclusão do dolo, podendo ter alguma repercussão no âmbito da responsabilidade civil. Cf. BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos,* cit., p. 192.

[616] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 187.

[617] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 98; SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 197; JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, cit., p. 167; GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios,* cit., p. 77. Contra, conquanto na vigência do revogado artigo 295 do Estatuto Penal espanhol: BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico,* cit., p. 616.

[618] LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale,* cit., p. 116; MAZZACUVA, Nicola; AMATI, Enrico. *Diritto penale dell'economia:* problemi e casi. 2. ed. Milano: CEDAM, 2013. p. 164. Com essa postura o legislador italiano diminui o âmbito de incidência da infidelidade patrimonial, deixando de fora os negócios de risco. Cf. MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari,* cit., p. 219; também critico à opção político-criminal do legislador italiano ao recusar o dolo direto e o do eventual, BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società,* cit., p. 230-233.

infidelidade lusitana, que condiciona a configuração do tipo penal à causação de um prejuízo patrimonial "intencionalmente" [619]. A figura argentina, que também exige que a conduta seja praticada "con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño", é objeto de certa controvérsia, particularmente em razão da previsão dos dois elementos especiais do injusto[620].

A admissibilidade do dolo eventual tem importância nos comportamentos atinentes aos já comentados negócios de risco ou especulativos, cujo traço característico reside na possibilidade ou probabilidade de obtenção de um benefício ou um prejuízo patrimonial, e em poucos casos as operações são realizadas com margem absoluta de êxito[621]. São tênues, porém, os limites que separam a culpa consciente e o dolo eventual na seara dos negócios arriscados [622]. Atenta a isso, a jurisprudência alemã tem buscando mitigar a indeterminabilidade do tipo penal por intermédio da restrição *ad hoc* do elemento subjetivo e tido cautela na apreciação do dolo eventual, sobretudo nos casos em que o sujeito não tenha perseguido proveito próprio, postura esta que tem rendido severas críticas doutrinárias, em especial por tentar ajustar uma defeituosa comprovação do perfil objetivo da infidelidade patrimonial através de aspectos subjetivos [623]. Como consequência desses ajustes, os Tribunais germânicos costumam afastar o dolo eventual nos casos em que o administrador realiza o pagamento de comissões ilícitas com o propósito exclusivo de beneficiar os

---

[619] CARVALHO, Américo Taipa de. *Comentários Conimbricense do Código Penal:* parte especial, t. II, cit., p. 368 e ss. Com efeito, segundo Taipa de Carvalho, o termo "intenção" indica "consciência ou conhecimento da inevitabilidade do resultado e, portanto, desempenha a função prática de exclusão da suficiência do dolo eventual, ou seja, exclusão da imputação subjectiva, quando o agente apenas representa como possível a causação de determinado resultado típico (no caso do crime de infidelidade, o prejuízo patrimonial importante para o titular dos interesses que o agente tem o dever de administrar) " (p. 368-369). Não obstante, Taipa de Carvalho critica o fato de o legislador português exigir "intencionalidade" e "grave violação dos deveres que incumbem ao agente", salientando que essa cumulação, a par de contraditória, somente seria compreensível, conquanto não justificada, para limitar o alcance do tipo penal. Assim, tal cumulação "parece inutilmente redundante e, de certa forma, contraditória a referência à grave violação dos deveres como exigência subjectiva a acrescer à intenção do agente de causar o prejuízo" (p. 368).

[620] BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*, cit., p. 164-165. Contra, ILHARRESCONDO, Jorge Marcelo. *Delitos societarios*, cit., p. 366.

[621] SERRANO TÁRRAGA, Maria Dolores. Los negocios de riesgo y el delito de administración desleal, cit., p. 1007 e ss.

[622] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 189-190. Para uma descrição completa com ulteriores referências, VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 82 e ss.

[623] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 34; ROJAS A., Luis Emilio. El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán, cit., p.170; PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 188.

negócios da sociedade administrada, mas não percebe a possibilidade de que sua conduta possa produzir um prejuízo patrimonial diante da firme crença de que essa providência incrementará a atividade social da pessoa jurídica.

A doutrina alemã, a seu turno, tem formulado propostas dogmáticas com o fito de diferenciar o dolo eventual da culpa consciente baseadas, por exemplo, na necessidade de *verificação do caso concreto*, de modo que haverá dolo eventual se o sujeito assume a falta de equivalência entre a expectativa de benefício e sua perda, *nos motivos que ensejaram a tomada da decisão economicamente arriscada*, ou mesmo na continuidade de aplicação dos *critérios tradicionais* que delimitam o dolo eventual da culpa consciente[624]. Assim, *v.g.*, Pastor Muñoz e Coca Vila, para os quais se deve distinguir dolo e desejo; se o autor busca o prejuízo patrimonial, mas percebe isso quando da decisão como uma consequência provável de sua conduta, ele atuará com dolo[625].

A necessidade de o dolo alcançar a violação do dever no delito de infidelidade patrimonial e a produção de um prejuízo patrimonial costuma ser dirimida por intermédio do denominado "elemento de valoração global do fato", segundo o qual a afirmação do dolo se condiciona somente ao conhecimento dos fatos relevantes[626]. Tal expediente enseja alguns problemas específicos no campo da *Untreue*, mormente quando o administrador, como consequência de uma valoração equivocada das questões prévias jurídico-civis que incidem sobre sua atuação, reputa que está autorizado, e que, nos casos de negócios de risco, a operação especulativa não se vincula somente aos deveres jurídico-mercantis, devendo-se valorar também sob o prisma econômico do negócio[627].

Em face da peculiar estrutura típica do crime de administração desleal, sobretudo diante dos seus inúmeros elementos normativos que permeiam o tipo penal, defende Schünemann que a valoração global do fato não pode abrir mão da apreciação do conteúdo

---

[624] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 190.

[625] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 190; SERRANO TÁRRAGA, Maria Dolores. Los negocios de riesgo y el delito de administración desleal, cit., p. 1008.

[626] SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 198.

[627] SCHÜNEMANN, Bernd. La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Edit.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Lima: Ara Editores, 2010. p. 71.

jurídico, centrando-se exclusivamente na consideração dos acontecimentos naturalísticos[628]. De resto, esse procedimento será imperioso tanto em relação ao tipo de infidelidade como no que tange ao tipo de abuso, visto que em ambos – em um em maior medida do que em outro – o autor enverga uma posição de garantidor da incolumidade do patrimônio alheio. Daí afirmar Schünemann que o sujeito ativo da *Untreue* deve *conhecer* a infração do dever de garante com as suas subsequentes repercussões jurídicas no patrimônio de outrem, e, com isso, *conhecer* o injusto do comportamento desleal[629]. Schünemann propõe, pois, separar na infração de dever os fatos fundantes como objeto do dolo da valoração do dever de garante como objeto de conhecimento do injusto[630].

A partir da ideia de que a violação do dever que consubstancia a infidelidade patrimonial ostenta uma "natureza mista", Alaor Leite preconiza que ela seja repartida ou "graduada" em dois níveis ou "âmbitos": "um *âmbito nuclear* e outro *periférico*. Em razão disso é que se está diante de um *elemento misto do tipo, ora em branco, ora de valoração global do fato*"[631]. Essa distinção, observa Alaor Leite, impacta diretamente na dogmática do dolo e do erro, pois cada grau de violação do dever acarretará um resultado distinto de erro. Concretamente: "o erro no *âmbito nuclear da violação de dever* deve ser tratado de forma diversa do erro no *âmbito periférico da violação do dever*"[632]. No primeiro caso ocorrem as ações criadoras de um risco qualificado para o patrimônio, de tal modo que o administrador somente pode realizá-las se houver o consentimento tempestivo do dono do patrimônio. Aqui, "para uma ação dolosa, bastará que o sujeito possua conhecimento dos substratos fáticos fundamentadores do dever"[633]. Nesta hipótese, os erros incidentes sobre o dever serão *erros de proibição,* enquanto os erros sobre os elementos fáticos do dever

---

[628] SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el lado subjetivo de la administración desleal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Edit.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Perú: Ara Editores, 2010. p. 124.

[629] SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el lado subjetivo de la administración desleal, cit., p. 127.

[630] Contrariamente, argumenta Jakobs que a violação do dever não se revela em um elemento de valoração global do fato, mas na lesão de um dever de tutela dos interesses patrimoniais alheios. E este dever assenta-se em uma relação jurídica fundamentada extrapenalmente a qual o Direito Penal se vincula acessoriamente; outrossim, a contrariedade ao dever é um elemento normativo do tipo com a consequência praticamente unânime do pertencimento da valoração no objeto do dolo. SCHÜNEMANN, Bernd. Caso Mannesmann/Vodafone: acusación de administración desleal por infracción de deberes especiales jurídico-societarios. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Edit.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Perú: Ara Editores, 2010. p. 166.

[631] LEITE, Alaor. Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa, cit., p. 307.

[632] LEITE, Alaor. Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa, cit., p. 307.

[633] LEITE, Alaor. Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa, cit., p. 308.

ensejarão erros de tipo que excluem o dolo[634]. No segundo grau de violação, isto é, no âmbito periférico da violação de dever, situam-se aquelas situações que, de acordo com Alaor Leite, se movimentam "dentro de limites razoáveis", os quais, a rigor, são impostos previamente pelo dono do patrimônio; é neste contexto que são tratados os negócios de risco de acordo com Leite, e aqui o erro sobre o qual tenha incorrido o administrador será, em regra, de *tipo excludente do dolo*, na medida em que, no âmbito periférico, o conteúdo da violação do dever deve ser preenchido pelas finalidades estipuladas pelo titular do patrimônio, exigindo-se do administrador, por conseguinte, que ele conheça o dever concreto de tutelar o patrimônio de terceiro[635].

Esse conjunto de ideias e propostas evidencia a importância do requisito subjetivo no tipo penal de infidelidade patrimonial. A preponderante admissibilidade do dolo eventual no contexto dos negócios arriscados repercutirá na configuração típica do delito, sobretudo naqueles casos em que o legislador dispensa um injusto especial, vale dizer, dispensa o *animus lucri faciendi*, sendo irrelevante o móvel anímico específico do sujeito ativo para a violação de dever de guarda e o consequente dano patrimonial. Ao mesmo tempo, dada a singular estrutura típica do crime de administração desleal entre as agressões patrimoniais, a qualificação e o modo de violação do dever pelo administrador constituirão ferramentas fundamentais para a verificação da natureza do erro sobre o qual ele tenha incidido, isto é, se se trata de erro de tipo, hábil, portanto, à exclusão do dolo[636], ou se se trata de erro de proibição, apto, outrossim, a isentar a pena ou mitigá-la[637].

3.9. A relevância do dano patrimonial no crime de infidelidade patrimonial

É de Schünemann a afirmação de que o dano patrimonial representa um irrenunciável "ponto arquimédico" do delito de infidelidade patrimonial[638]. De fato, além de emblemática,

---

[634] LEITE, Alaor. Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa, cit., p. 308.

[635] LEITE, Alaor. Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa, cit., p. 309.

[636] Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

[637] Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

[638] LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial, cit., p. 26-27.

a declaração de um dos maiores dogmatas da atualidade revela que a estrutura típica do delito de *Untreue* não prescinde, em nenhum momento, da existência do resultado típico. "Infidelidade patrimonial é corpo sem alma", acrescenta Alaor Leite[639], e desse requisito não se afasta nenhum dos modelos estrangeiros de incriminação.

E é necessário que assim seja, quer porque isso constitui uma nítida emanação do injusto penal, visto que o dano patrimonial decorrerá da violação de um dever de proteção, quer porque é da essência dogmática dos crimes contra o patrimônio a previsão indeclinável do dano[640]. Natural, portanto, que a tutela penal do patrimônio seja primordialmente vazada por intermédio de crime materiais, de dano ou de lesão[641], repudiando-se, porquanto indevidos, os comportamentos que traduzem mero perigo patrimonial[642]. Demais disso, a exigibilidade do resultado prestigia o princípio da ofensividade e evita, como bem observado por Enzo Musco, uma excessiva criminalização da iniciativa econômica, garantindo-se, em consequência, um espaço imune de risco penal dentro do qual a gestão do patrimônio alheio poderá ser exercida de forma desembaraçada, com plena liberdade econômica[643].

Nada obstante, a definição do que representa, na criminalidade patrimonial, o dano ou prejuízo patrimonial consubstancia, como observara Alamiro Velludo Salvador Netto, "uma das mais intricadas tarefas da dogmática dos delitos patrimoniais"[644]. Nesse passo, relembre-se que, consoante ressaltamos alhures, a noção de dano ou prejuízo nada mais é do que uma emanação, ou "a outra cara da moeda" do conceito penal de patrimônio. Ocioso

---

[639] LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial, cit., p. 27.

[640] Se não explicitamente, o dano sempre será um requisito implícito na seara dos crimes patrimoniais. Cf. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*, cit., p. 288; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 211. Consoante destaca Alamiro Velludo Salvador Netto, mesmo nos modelos "em que o tipo penal não contém textualmente a previsão, o dano é inerente à própria proteção do bem jurídico, significando um retrocesso à teoria jurídica imaginar que o Direito Penal poderia operacionalizar a proteção, em termos patrimoniais, de meros vínculos subjetivo-privados". SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 111-112.

[641] "Do contrário – acrescenta Velludo Salvador Netto – tratar-se-ia de um excessivo grau de antecipação de tutela, a conceder exagerada proteção jurídico-penal". SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 113.

[642] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 95. Também Castro Moreno, para quem a natureza do crime de administração desleal deve estar atrelada ao bem jurídico protegido e ao fato de o crime ostentar natureza patrimonial. Assim, tutelando o patrimônio de pessoas concretas e determinadas, segundo Moreno parece mesmo mais "correto" exigir, para a ocorrência da consumação delitiva, a efetiva lesão do bem jurídico. CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, cit., p. 419.

[643] MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari*, cit., p. 218.

[644] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 111.

dizer, portanto, que o conceito de patrimônio interfere sensivelmente no âmbito de incidência do tipo de infidelidade patrimonial[645].

Não foi por outro motivo que o presente trabalho perpassou as principais concepções teóricas destinadas a "explicar" a natureza do patrimônio para o Direito Penal. Naquela oportunidade[646], conquanto tenha sido reconhecido o acolhimento majoritário da teoria mista ou jurídico-econômica, declaramos certa simpatia à *teoria pessoal do patrimônio com algumas mitigações*, notadamente porque a teoria mista funcionaria mais como um instrumento *ad hoc* de resolução de problemas concretos – e daí a necessidade de ela recorrer a alguns critérios corretivos – do que como uma concepção filosófica com identidade e conteúdo próprios aplicáveis à generalidade dos casos. Ademais, também reconhecemos que, em regra, a existência do dano patrimonial é aferida por intermédio do *método do saldo global*, ou seja, perguntando-se se o patrimônio do titular vale menos, como um todo, depois do negócio, menos do que antes[647]. Entretanto, como tivemos a oportunidade de assentar, não nos parece que a ideia de dano ao patrimônio se circunscreva à "regra do balanço contábil"; a bem da verdade, cremos que esse critério até pode constituir o primeiro passo na mensuração do dano, mas não o único[648]. No ponto, recorde-se que o emprego da teoria eclética (jurídico-econômica) não daria resposta adequada àquelas situações que foram projetadas pelo titular do patrimônio com a celebração de determinado negócio jurídico, pois ela obsta a consideração, como dano patrimonial, da frustração de uma finalidade ou de um desejo atribuído pelo dono do patrimônio a seu administrador. Sob esse prisma, como a ideia de patrimônio no crime de infidelidade patrimonial decorre de uma perspectiva global, isto é, não restrita a determinado bem ou coisa, como sucede com a generalidade das agressões patrimoniais "desde fora", a valoração do prejuízo será preponderantemente regida pela

---

[645] Basta ver, por exemplo, que, sob o contexto do artigo 248 do Código Penal peruano, Percy García Cavero amplia o raio do tipo penal ao admitir a consumação do crime através de um prejuízo à pessoa jurídica mediante uma lesão efetiva ou a geração de um "perigo concreto de prejuízo patrimonial". GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios,* cit., p. 74-75.

[646] Capítulo 3.1.1.

[647] Essa é, de fato, a tendência em diversos países: SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada "crise financeira", cit., p. 195; PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 155; VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 364; ILHARRESCONDO, Jorge Marcelo. *Delitos societarios,* cit., p. 330; NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta,* cit., p. 26-27.

[648] Também crítica do critério do saldo global: VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 366-367.

natureza da relação interna concretamente estabelecida entre o administrador e o dono do patrimônio.

Por conseguinte, tendo presentes as diretrizes da concepção pessoal do patrimônio, existirá prejuízo quando houver um *desvio* ou uma *frustração* das expectativas e finalidades assumidas por ocasião da gestão do patrimônio alheio com alguma *potencialidade econômica*. Em outras palavras, cogitar-se-á de efetivo dano patrimonial todas as vezes nas quais incida algum obstáculo ou a redução do *poder de disposição do titular sobre os meios econômicos disponíveis* e a respectiva produção de dano ou frustração às finalidades econômicas perseguidas pelo titular do patrimônio. Em consequência disso, o dano patrimonial – pela óptica econômica ou contábil – produzido pelo sujeito não assumirá relevância penal se o comportamento estiver *em conformidade com a relação interna* estabelecida entre o titular do patrimônio e o administrador.

Essa perspectiva se aproxima da proposta de Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila, que se dizem partidários de uma concepção jurídico-econômica de patrimônio, embora com algumas matizações importantes[649], sobretudo porque eles admitem a *relevância da dimensão pessoal atribuída na relação interna* existente entre o administrador e o dono do patrimônio, desde que ela tenha sido introduzida de forma inequívoca; desse modo, a frustração de um fim definido pelo titular do patrimônio poderá representar um dano patrimonial típico à luz do crime de administração desleal[650].

Daí que não se poderá definir de antemão, ou abstratamente, a situação patrimonial do sujeito passivo, haja vista que as finalidades que compõem a relação administrador-titular só podem ser verificadas em concreto, ou seja, em consonância com a espécie de gestão entabulada[651]. Nesse sentido, e esse aspecto talvez deponha em favor da adoção de uma concepção pessoal, recorde-se que são inúmeras e multifacetárias as formas de administração do patrimônio alheio. Das mais simples, como a tutela e a curatela do Direito Civil, às mais complexas e sofisticadas, de que são exemplos a gestão societária de grandes

---

[649] Os dois penalistas de Barcelona refutam a inserção, no conceito de patrimônio, de pretensões ilícitas, às quais, por conseguinte, o ordenamento não confere reconhecimento jurídico; ademais, eles entendem que as expectativas que se apoiam em um direito subjetivo patrimonial integram o conceito de patrimônio, assim como as expectativas de lucro imediato com direito de exclusão, como uma oferta. PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 154.

[650] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 154.

[651] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 156.

companhias ou de fundos de investimento, cada modalidade de administração assume uma *identidade própria* decorrente diretamente da relação interna concretizada, ou, mais precisamente, das expectativas esperadas pelo titular ou titulares do patrimônio. Todas essas nuances deverão, evidentemente, ser consideradas por ocasião da valoração do prejuízo patrimonial e da subsequente tipicidade da *Untreue*.

3.9.1. A consumação do crime de infidelidade patrimonial

Diz-se consumado um crime quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal[652]. Determinar o momento da consumação do crime, contudo, não é uma tarefa diletante[653]. Trata-se, com efeito, de um imperativo exercício exegético do qual exsurgirão relevantes consequências penais, como a caracterização, ou não, de tentativa, de participação delituosa, do concurso de crimes[654], a determinação do local do crime[655], o marco inicial da contagem do prazo prescricional[656], a possibilidade de desistência voluntária, arrependimento eficaz[657] e arrependimento posterior[658], além de significativos efeitos processuais penais, como a decadência do direito de queixa ou de representação[659], e a fixação da competência para o processamento e o julgamento da ação penal[660].

---

[652] Art. 14, I, do Código Penal brasileiro.

[653] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 1, p. 520.

[654] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 380; igualmente, FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 454.

[655] Art. 111 do Código Penal brasileiro: "A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I – do dia em que o crime se consumou; II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa".

[656] Art. 6º do Código Penal brasileiro: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado".

[657] Art. 15 do Código Penal brasileiro: "O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados".

[658] Art. 16 do Código Penal brasileiro: " Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços".

[659] Art. 38 do Código de Processo Penal brasileiro: "Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. Parágrafo único. Verificar-se-á a decadência do direito de queixa ou representação, dentro do mesmo prazo, nos casos dos arts. 24, parágrafo único, e 31".

[660] Art. 70 do Código de Processo Penal brasileiro: "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução".

Em sendo a infidelidade patrimonial crime material ou de lesão, conclui-se, até mesmo intuitivamente, que a consumação ocorre no momento em que verificado o dano patrimonial. Pela óptica da teoria funcional, isso se daria no instante em que houver a celebração do negócio jurídico pelo administrador e a corresponde perda do valor econômico do patrimônio através da frustração de um fim[661]. No mais das vezes a consumação sucederá quase que simultaneamente à realização do negócio jurídico pelo administrador, de modo que a ação típica *coincidirá* com a quebra da obrigação de proteção e a consequente produção de um prejuízo ao patrimônio de outrem. Imagine-se, por exemplo, o caso do administrador que antecipa dividendos colocando a sociedade empresária administrada em uma situação economicamente ruinosa, a concessão de vantagens indevidas a partidos político visando a um favorecimento em determinada obra ou contrato público, a concessão de vultosos empréstimos sem a exigência de contrapartidas adequadas e a realização de gastos injustificados em relação a serviços de administração. Nestas hipóteses, será possível fincar o momento da consumação da *Untreue* no mesmo instante do comportamento delitivo, tornando-se, outrossim, uma infração instantânea[662].

Questão bem mais intrincada, porém, radica nos casos em que uma determinada situação de perigo de prejuízo ao patrimônio é tratada como *equivalente a um efetivo dano patrimonial*. Pense-se, por exemplo, na concessão, por parte de uma companhia, de um vultoso empréstimo a uma pessoa jurídica em situação pré-falimentar, sem que se exijam, em contrapartida, garantias suficientes de pagamento. Partindo-se do princípio de que essa situação contempla um caso clássico e penalmente típico de infidelidade patrimonial, pergunta-se: quando se consumou o delito? A mera realização do negócio jurídico (empréstimo) é suficiente para consumar o crime de administração desleal ou, de outro lado, deve-se aguardar o decurso do prazo previsto contratualmente para pagamento e a subsequente inadimplência absoluta do devedor para ter-se dano?

Esse tema foi superficialmente tratado nesta tese quando do estudo da relevância penal da criação de um "caixa dois" no âmbito da sociedade empresária; na ocasião,

---

[661] Para Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila, "a fase consumativa termina quando se produz a estabilização do prejuízo em concreto, no momento em que se materializam todas as modificações quantitativas do prejuízo que eram previsíveis no momento em que o autor infringiu seu dever de gestão leal". PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. ¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?, cit., p. 22.

[662] Na medida que, como pontua Aníbal Bruno, "a consumação se cumpre num só instante e aí mesmo se esgota. Não há continuação do momento consumativo". BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral, t. 2º, cit., p. 147.

assentamos, ao menos em caráter incipiente, que qualquer equivalência entre uma situação de perigo patrimonial ao dano efetivo soaria indevida, senão dogmaticamente incorreta, ou até mesmo metodologicamente equivocada, pois tal equiparação abriga, em verdade, questão de ordem diversa, no ponto evidenciada pelo momento da consumação do delito de administração desleal. Concretamente: a situação que, para muitos, consubstanciaria um perigo ao patrimônio materializa, em realidade, um dano ao patrimônio desde o instante da celebração do contrato. Melhor dizendo, quando se diz que um dado patrimônio está sob "perigo", quer isso dizer que ele, *ao menos juridicamente*, já se encontra lesado, prejudicado, ainda que essa situação possa ser agravada com o passar do tempo e o prolongamento do inadimplemento do devedor.

Evidentemente que essa proposta não está imune a críticas. Não obstante, ela parece ter o mérito de preservar a identidade da infidelidade patrimonial como legítimo crime de dano e, ao mesmo tempo, homenagear o postulado da culpabilidade, na medida em que o administrador será castigado somente pela criação do risco proibido ou pela majoração do risco permitido em face do bem jurídico protegido *por força de um comportamento reputado exclusivamente como seu*, e não decorrente do devedor[663].

Pense-se, novamente, no exemplo acima, mas agora com mais detalhes. Se o administrador da companhia empresta R$ 100.000,00 (cem mil reais) e, como garantia da dívida, recebe hipotecas que totalizam R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a sociedade anônima teve um prejuízo concreto, efetivado quando da cessão do numerário, de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), e é este valor que corporifica, na hipótese ilustrada, o *quantum* do dano patrimonial. Posto isso, é possível responder às indagações anteriores nos seguintes termos: o delito de administração desleal se consumou no momento da realização do empréstimo de R$ 100.000,00 (cem mil reais). A mera realização do negócio jurídico (empréstimo) é suficiente para consumar o crime de administração desleal. Não se deve aguardar o decurso do prazo previsto contratualmente para pagamento e a subsequente inadimplência absoluta do devedor para cogitar-se de dano ao patrimônio da pessoa jurídica, pois essas providências dependem exclusivamente do devedor; de fato, no plano penal tais

---

[663] Neste caso, o importante, segundo Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila, é que o prejuízo seja verificado depois da conduta do autor, sem esperar nem a conduta de terceiros autorresponsáveis, como é exemplo o devedor no contrato de empréstimo, nem a produção efetiva das consequências de longo prazo de um determinado negócio, como num investimento, devendo-se deixar de lado os comportamentos autorresponsáveis de terceiros. PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal,* cit., p. 164.

comportamentos não podem ser imputados diretamente ao administrador (credor), sujeito ativo do crime de infidelidade patrimonial.

Por fim, tendo em vista que a infidelidade patrimonial comporta um comportamento omissivo (impróprio), é imperioso tecer alguns comentários sobre o momento consumativo dessa peculiar modalidade de crime. Essa análise partiria do princípio, de resto inerente à sua dogmática, que o delito comissivo por omissão, ao não prescindir do resultado previsto expressamente no tipo penal (crime material), consumar-se-ia quando da produção do dano patrimonial após a infração de um dever de garantia[664].

No que toca à administração desleal, porém, a dinâmica da ação típica impõe que se estabeleça, com a precisão devida, em que instante surge o dever de agir do administrador para evitar o dano patrimonial, e, o que talvez seja mais complexo, até que momento se deve aguardar para que a omissão do sujeito ativo possa ser considerada penalmente relevante. Esse problema foi tangenciado anteriormente neste trabalho quando ilustramos o caso do administrador que deixa de reclamar um crédito devido ao patrimônio administrado, deixando prescrever a pretensão correspondente, ou quando ele deixa de informar à sociedade controlada o descobrimento de uma contabilidade paralela. No primeiro caso, deve-se esperar o esgotamento do prazo prescricional para a consumação do crime? E no segundo caso? Quando se caracteriza a omissão danosa?

Enfrentando essas questões, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila salientam que uma primeira abordagem poderia ensejar a conclusão de que a omissão penalmente relevante e o consequente e necessário dano patrimonial estariam consumados apenas quando houvesse o decurso do prazo para a propositura da ação de cobrança do crédito, ou, mais precisamente, no último dia do prazo para o exercício judicial dessa pretensão; assim, enquanto existir margem de liberdade para o administrador ajuizar a ação, não haveria conduta penal à luz da *Untreue*[665]. Pastor Muñoz e Coca Vila ponderam, todavia, que essa solução olvida a "dimensão econômica do patrimônio", fixando-se apenas nos seus delineamentos jurídicos. Dessarte, destacando a proeminência do dever de guarda patrimonial, Pastor Muñoz e Coca Vila defendem que, diante da iminência de um dano patrimonial, o administrador deve atuar para impedir o resultado delitivo, de maneira que, se ele deixar transcorrer o período de

---

[664] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 1, p. 302.

[665] PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 125.

tempo em que é possível realizar a cobrança, o prejuízo, isto é, a perda do valor do direito de crédito, deriva da sua omissão. Em outro dizer: deixar de promover a ação já representa uma omissão penalmente relevante de parte do sujeito ativo do delito, ainda que pendente o prazo prescricional[666].

Esse posicionamento parece conflitar, contudo, com a concepção que estabelece o início da tentativa do crime omissivo próprio no fato de o omitente deixar o curso causal sair da sua esfera de domínio[667]. Nesse sentido, aduz Claus Roxin, encontrando-se o curso causal no âmbito de domínio do sujeito, e dele não se afastando deliberadamente, ter-se-á exclusivamente um ato preparatório de delito e não o início do *conatus*. "A tentativa começa – observa Claus Roxin – com a colocação imediata da vítima em perigo, quando o aparecimento do resultado se aproxima"[668]. Por essa óptica, enquanto não prescrita a pretensão de cobrança, isto é, enquanto pendente o prazo legal para o exercício do direito de ação em nome da sociedade, detém o administrador o domínio do curso causal, não se podendo cogitar, dessarte, sequer de tentativa punível.

Seja como for, a resposta formulada pelos dois penalistas de Barcelona indica consonância com a supramencionada construção dogmática sobre a equivalência do perigo ao patrimônio, o qual, como se adiantou anteriormente, reflete, de fato, um dano, e não uma simples potencialidade de dano. O mesmo sucede, em princípio, com a descoberta do "caixa dois", hipótese que configura o segundo exemplo acima desenhado.

Com efeito, como assinalado alhures, a mera criação da contabilidade paralela no ambiente da pessoa jurídica já daria margem à consumação do dano, haja vista o fundamento do injusto do crime de infidelidade patrimonial (quebra de uma relação de confiança interna estabelecida entre o administrador e o titular do patrimônio administrado), no ponto evidenciado em razão da diminuição do poder de controle e de supervisão do dono do patrimônio em relação à gestão desempenhada pelo administrador. Nesses termos, a consumação do crime ocorreria no exato momento em que o "caixa dois" foi criado. No entanto, tal como delineada a pergunta, a conduta sob análise não se refere àquele agente que criou o "caixa dois", mas ao comportamento do administrador que, tomando conhecimento desse acontecimento posteriormente, *deixa de informar* à sociedade

---

666 PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal*, cit., p. 125.

667 ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. II, cit., p. 531 e ss.

668 ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. II, cit., p. 531.

controlada o descobrimento de uma contabilidade paralela criada durante a vigência da sua administração[669]. Assim, quando se consumou o crime de infidelidade?

Uma primeira aproximação poderia exigir do administrador uma *comunicação imediata*, sem qualquer lapso temporal, portanto, diante da constatação de que o dano patrimonial já se verificou, e que ele, no exemplo elaborado, de alguma forma se prolonga no tempo, assumindo *status* permanente enquanto não houver a comunicação ao dono do patrimônio. Postura análoga é exigida, por exemplo, no crime brasileiro de condescendência criminosa[670], de sorte que, deixando o funcionário público de agir imediatamente, comete o crime do art. 320 do CPB, que, nesse momento, se consuma[671]. Nada obstante, tem-se preconizado certo temperamento no apregoado imediatismo da obrigação de o funcionário responsabilizar diretamente seu subordinado ou comunicar o fato à autoridade competente, fazendo-o em conformidade com as circunstâncias do caso concreto e com as possibilidades do funcionário público[672]. Esse temperamento pode ter cabimento na seara da *Untreue*, sobretudo em face da necessidade de observar-se a existência de eventual regulamentação interna dispondo sobre as comunicações de atos ilícitos e a manutenção de programas de *compliance* na sociedade.

3.9.2. A tentativa do crime de infidelidade patrimonial

A infidelidade patrimonial admite, em regra, a tentativa. A exceção, no panorama internacional, corre por conta da *Untreue* estampada no § 266 do Código Penal alemão, que somente não a contempla ante a ausência de expressa disposição legal no tipo penal[673].

---

[669] Ressalve-se, opor oportuno, que aqui não se incursiona no conteúdo do dever de garante e na eventual objeção que ele quedaria afastado em função autorresponsabilidade, ou seja, que o garante não pode ser castigado pelo comportamento de um outro indivíduo responsável. Para tanto, ver GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa, cit., p. 113 e ss.; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão,* cit., p. 125 e ss.

[670] Art. 320 do Código Penal: "Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa".

[671] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal*:* parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5. p. 150.

[672] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. p. 274; PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, cit., p. 150.

[673] § 23 do Código Penal alemão: "Punibilidad de la tentativa. (1) La tentativa de un crimen es siempre punible; la tentativa de un hecho solo es punible cuando la ley expresamente lo determina. (2) La tentativa puede castigarse más benignamente que el hecho consumado (§ 49 inciso 1) (3) Si el autor desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o del recurso con los que debería

Assim, dar-se-á a tentativa da administração desleal naqueles casos em que, iniciada a ação típica, o resultado não sobrevém por circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo[674]. Tome-se, por exemplo, a situação do tutor que, pretendendo vender determinado bem do tutelado a preço vil, anuncia-o em jornal de grande circulação; a alienação do bem, porém, é obstada por terceiro que tomara conhecimento do fato a tempo de impedir a assinatura do contrato de compra e venda. Como houve a interrupção da execução delituosa antes da consumação (dano patrimonial) e o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do sujeito, vale dizer, em razão da expedita e eficaz intervenção de um terceiro, tem-se tentativa de infidelidade patrimonial.

A doutrina[675], por sua vez, costuma aludir à natureza material ou de dano da administração desleal para reconhecer a "figura truncada de um crime", como Aníbal Bruno se referia à tentativa[676]. Entretanto, como corretamente observa Castro Moreno, a possibilidade de a administração desleal ensejar a tentativa não é isenta de problemas, tanto dogmáticos como de ordem de política criminal, seja em função da repressão penal a comportamentos que proporcionam apenas o perigo concreto ao objeto tutelado, seja porque ela torna mais etéreos os limites entre os atos permitidos e os atos proibidos[677].

Não fosse isso, a formatação típica da infidelidade patrimonial implica que se observe, na tentativa, a ocorrência de uma infração de dever incidente sobre o sujeito ativo e a não realização do dano patrimonial por motivos alheios à sua vontade[678]. Sob esse contexto, tendo presente que, ao menos para a doutrina majoritária, a administração desleal corporifica uma infração de dever, muitos atos negociais concebidos originariamente como atos preparatórios do *iter criminis* serão considerados típicos atos executivos, merecendo,

---

cometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional (§ 49 inciso 2)".

[674] Art. 14 do Código Penal brasileiro: "Diz-se o crime: (...) II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços".

[675] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 421; VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 39; ILHARRESCONDO, Jorge Marcelo. *Delitos societarios,* cit., p. 344-345; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 102-103.

[676] BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral, t. 2º, cit., p. 159.

[677] CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP),* cit., p. 421.

[678] VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 397.

por consequência, resposta penal, a partir de um comportamento violador do dever de guarda do patrimônio alheio levado a efeito dolosamente[679].

Essa situação ocorre, por exemplo, nas votações dos conselhos de administração das companhias nas quais a proposta de um negócio jurídico com conteúdo desleal apresentada por um conselheiro – *v.g.*, a concessão de um empréstimo sem garantias compatíveis ou a decisão de majoração extravagante de bônus em contexto de sociedade deficitária[680] – foi rejeitada pela maioria dos membros do órgão de administração[681]. Nesta configuração, a elaboração da proposta pelo conselheiro em seu computador representa um ato preparatório; entretanto, a partir do momento em que ela é apresentada formalmente ao conselho de administração para votação, o conselheiro que a formulou perde o domínio do processo causal sobre a proposta, encetando, assim, a fase de execução do crime[682]. Como a proposta desleal foi recusada pelos demais conselheiros, a execução do delito, que se consumaria com a entrega do numerário aos respectivos destinatários, foi interrompida por circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo.

Em algumas ocasiões, todavia, não será possível identificar com precisão todas as fases do *iter criminis* na conduta do administrador. Deveras, dada a natureza de alguns negócios jurídicos adotados no seio da administração, a consumação do delito de infidelidade patrimonial poderá ocorrer em um único ato, tornando-se *unissubsistente*. Em

---

[679] VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal,* cit., p. 398.

[680] Mas não exclusivamente em relação às pessoas jurídicas em má condição financeira. No âmbito do denominado caso Mannesmann, por exemplo, discutiu-se a tipificação de infidelidade patrimonial por ocasião da compra da alemã Mannesmann pela inglesa Vodafone. Nesta compra restou apurado o recebimento de um "prêmio de agradecimento" em razão da negociação societária para dois antigos dirigentes da Mannesmann. Nesta hipótese, ambas as sociedades gozavam de excelente situação patrimonial. Os Tribunais alemães originariamente entenderam tipificada a *Untreue* sob o fundamento principal de que as bonificações atribuídas aos membros diretivos não proporcionaram benefícios para a sociedade empresária. Cf. FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán. Corporate governance y administración desleal, cit., p. 121 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. La administración desleal de los órganos societarios*:* el caso Mannesmann. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Ed.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Perú: Ara Editores, 2010. p. 15 e ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Límites penales a la remuneración de los administradores?, cit., p. 168 e ss.

[681] Neste caso, salienta Carlo Benussi que a idoneidade da proposta para a lesão ao bem jurídico tutelado será aferida por intermédio do critério da prognose póstuma em ordem a estabelecer a sua aptidão concreta em produzir um dano ao patrimônio da pessoa jurídica. BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società,* cit., p. 242.

[682] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. II, cit., p. 503 e ss.

casos que tais, "em que não pode haver parada no caminho, porque este se vence em um ato instantâneo"[683], não se poderá cogitar de tentativa de administração desleal.

[683] BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral, t. 2º, cit., p. 161; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 1, p. 530-531.

4. MANIFESTAÇÕES "IMPLÍCITAS" DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

4.1. Considerações prévias

Uma vez concluído o estudo dos principais aspectos dogmáticos do delito de infidelidade patrimonial, deve-se passar à abordagem das manifestações "implícitas" dessa peculiar infração penal no Direito Penal brasileiro. Diz-se "implícitas" pois, conquanto o ordenamento jurídico pátrio não preveja a tipificação da administração desleal, em diversas passagens da Parte Especial do Código Penal e da Legislação Penal especial ele *exterioriza hipóteses de infidelidade*, fazendo-o, todavia, *parcialmente*, ao menos se se tem em perspectiva o injusto que fundamenta a incriminação da *Untreue*.

Em contrapartida, essa apreensão parcial do injusto da infidelidade patrimonial gera deletérias lacunas de punibilidade que muitas vezes incentivarão a ampliação dos requisitos típicos dos delitos existentes no ordenamento brasileiro visando a resolução de uma situação concreta. Este procedimento não raro vem acompanhado da violação do princípio da reserva da lei estrita e da vedação da analogia *in malam partem*.

A captação incompleta do injusto da infidelidade patrimonial pode ser percebida em alguns crimes contra o patrimônio no Direito Penal brasileiro, sobretudo naqueles em que o sujeito ativo se encontra em posição mais próxima ou privilegiada do bem jurídico tutelado[684]. O presente capítulo destina-se, pois, a trazer à tona tais manifestações implícitas de modo a cotejá-las com o delito de administração desleal e demonstrar, ao final, que o Brasil não pode prescindir do tipo de infidelidade patrimonial.

---

[684] A proteção conferida pelo Direito Penal ao patrimônio é multifacetária, isto é, existem diversas modalidades de proteção destinadas a diversas formas de agressão, como ressalta Alamiro Velludo Salvador Netto. Assim, ao lado dos denominados *delitos de apoderamento*, no qual o agente alcança o objeto material sem qualquer intervenção da vítima, como o furto e o roubo, existem os chamados *delitos de relação*, "em que a vítima atua na conformação do crime", como no caso do estelionato, e delitos patrimoniais com traços de *infidelidade*, porquanto timbrados pela ideia do abuso de confiança, como a apropriação indébita. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 23-24.

4.2. Infidelidade patrimonial e os crimes contra o patrimônio no Direito Penal brasileiro

4.2.1. Infidelidade patrimonial e apropriação indébita

São estreitos os laços que unem o delito de apropriação indébita à infidelidade patrimonial. De fato, como tivemos a oportunidade de assentar no Capítulo 1 deste trabalho, tanto na Alemanha como na Espanha, o delito de *Untreue* nasceu para colmatar as lacunas de punibilidade derivadas da insuficiência de aplicação de alguns delitos patrimoniais típicos, como o furto, o estelionato e, principalmente, a apropriação indevida de bens. Dessa circunstância decorre, inclusive, a subsidiariedade da infidelidade patrimonial em face de outras *agressões internas* contra o patrimônio de terceiro.

Sob o contexto brasileiro, a apropriação indébita encontra-se regulada no art. 168 do Código Penal com a seguinte redação: "Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa".

Foi o Código francês de 1791, segundo Nélson Hungria, que teve a iniciativa de tratar a apropriação como conduta penal autônoma, denominando-a originalmente *abuso de confiança*; a fórmula legal adotada pelo legislador de 1940, porém, silenciou sobre a necessidade de uma relação prévia de confiança para a caracterização do tipo do art. 180 do Código Penal, muito embora a fidúcia revele-se, no mais das vezes, como uma "nota frequente do crime"[685], como destaca Hungria. A despeito disso, o mesmo Hungria acrescenta que a relação de confiança que permeia a apropriação indébita não deve ser considerada elemento imprescindível do delito, pois ela "pode ocorrer o crime sem que interfira *abuso de confiança* ou um *fidem fallere*"[686].

Pode-se dizer, portanto, que existiria uma *infidelidade*, ainda que genérica, no delito de apropriação indébita, incidente sobre o agente em relação ao título da posse ou detenção, à qual se segue um ato de apropriação. No caso, o objeto material do crime encontra-se

---

[685] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal,* cit., v. VII. p. 127-128

[686] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal,* cit., v. VII. p. 128-129. No mesmo sentido, reputando desnecessário abuso de confiança: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226), cit., v. 2, p. 250; e Magalhães Noronha, segundo o qual "Não há dúvida de que nesse delito existe abuso de confiança, a violação da relação fiduciária entre duas pessoas, mas querer reduzir a isso o crime é dar-lhe feição estritamente pessoal, antes que patrimonial". NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 334.

legitimamente sob o domínio do sujeito ativo, de modo que ele abusa dessa especial condição (deter a posse ou detenção da coisa) para perpetrar a sua conversão em propriedade com ânimo de dono. Este, aliás, um ponto fundamental na estrutura da apropriação indébita que a distingue de outras modalidades típicas contra o patrimônio, como o furto, o roubo e o estelionato: não existe "uma *violação da posse material* do *dominus* – como aduz Hungria –, a coisa não é *subtraída* ou ardilosamente *captada* a êste, pois já estava no legítimo e desvigiado poder de disponibilidade física do agente"[687].

A relação de fidúcia que, de algum modo, demarca a apropriação indébita poderia, sem dúvida, aproximá-la do delito de infidelidade patrimonial. Até porque, tanto em uma como na outra, o sujeito ativo comete a conduta reputada desleal ou infiel somente após exercer a posse juridicamente regular – justamente porque lhe foi entregue por seu proprietário de boa-fé – do bem sobre o qual recairá o comportamento incriminado[688].

Não obstante essa bifronte relação de confiança, são notáveis as distinções entre a infidelidade patrimonial e a apropriação indébita. Em *primeiro lugar,* porque a lesão patrimonial do primeiro é produzida de *dentro para fora*, ou seja, pela pessoa que se encontrava mais próxima do bem jurídico, e que, em virtude de uma assunção sobretudo fática, tinha o dever de salvaguardar o patrimônio de terceiro. Não por outro motivo, costumeiramente se atribui ao crime de infidelidade patrimonial a condição de "crime especial próprio", como vimos no item 3.2.1, ou consubstanciar uma infração de dever, como declinado no item 3.5.2. Na apropriação indébita, de outro lado, o sujeito ativo não precisa apresentar nenhuma condição ou dever especial em face do bem jurídico, senão exercer a posse ou detenção legítima da coisa alheia móvel[689].

---

[687] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal,* cit., v. VII. p. 129. Pondera Noronha, contudo, em perspectiva mais restritiva, que "a detenção também pode dar lugar ao furto, quando ela se opera sob vigilância e custódia do dono, pois a que dá lugar à apropriação indébita é a fiduciária". NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 339.

[688] Bento de Faria se refere a um "abuso de confiança", quando, por exemplo, a coisa é confiada a alguém para ser entregue a outrem. BENTO DE FARIA. *Código Penal brasileiro comentado*, cit., v. V, p. 94.

[689] Cezar Roberto Bitencourt é enfático acerca da natureza comum do sujeito ativo da apropriação indébita: "Trata-se de *crime comum* (aquele que não exige qualquer condição especial do sujeito ativo). Discordamos daqueles que classificam a apropriação indébita como *crime próprio*, pois não consideramos que o pressuposto da *anterior posse legítima da coisa* possa ser considerado *condição especial*, capaz de qualificar a infração como crime próprio". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 241; igualmente, NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 336; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226), cit., v. 2, p. 248.

Em *segundo lugar*, porque a administração desleal tutela o patrimônio considerado globalmente, isto é, a proteção penal não fica restrita a determinado bem ou coisa, alcançando toda unidade juridicamente constituída que se relaciona dinamicamente com seu titular, desde que viabilize a possibilidade de atuação econômica, enquanto a apropriação indébita protege a propriedade[690], como, aliás, deriva do seu objeto material.

Em *terceiro lugar*, porque na infidelidade patrimonial o sujeito ativo detém poderes mais abrangentes e menos vigiados de disposição do patrimônio alheio; vale dizer, o sujeito ativo ostenta a atribuição de administrar, o que significa que ele tem o *poder real de conformar ou configurar o patrimônio de alguém*, como tivemos a oportunidade de assentar anteriormente; na apropriação indébita, ao revés, não existe essa prerrogativa. O sujeito ativo recebe a coisa alheia móvel por vontade válida de quem de direito, a título precário ou temporário, mas em nenhum momento se substitui ao titular do patrimônio para o fim de geri-lo em conformidade com as finalidades de seu dono, como sucede na *Untreue*. Assim, por exemplo, o indivíduo que não possui a atribuição de modificar o destino do bem administrado comete um delito de apropriação indébita quando transforma a posse em propriedade, agindo em face da coisa como se seu dono fosse. Nesse sentido, não se cogita de apropriação indébita de uso[691]. Na administração desleal, ao revés, o agente pode, por exemplo, vender, alugar ou gravar o bem, e a sua utilização ao arrepio do dever de guarda com a subsequente produção do dano patrimonial será o suficiente para tipificar a *Untreue* independentemente de qualquer apropriação[692].

Em *quarto lugar*, pois o comportamento da apropriação indébita recai exclusivamente sobre coisas móveis, o que, evidentemente, exclui a possibilidade de

---

[690] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 139. Cezar Roberto Bitencourt fala na proteção do "direito de propriedade", embora também reconheça a tutela dos "direitos reais de garantia". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 237. Noronha, a seu turno, menciona a proteção de um "direito patrimonial sobre a coisa móvel, que se encontra na posse ou detenção do delinquente". NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 336. Fragoso se refere à proteção da "inviolabilidade do patrimônio no particular aspecto da proteção da propriedade". FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226), cit., v. 2, p. 248.

[691] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 137; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 340.

[692] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 217. No ponto, esclarece Adán Nieto Martín, "quando confia a outro uma massa patrimonial ou um bem outorgando-lhe faculdades para alienar ou obrigar, resulta inoperante um tipo, como o de apropriação indébita, pensado essencialmente para garantir o direito de propriedade frente a agressões que provém de terceiros carentes ou com um poder de disposição muito restringido sobre o objeto. O muro que o delito de apropriação indébita levanta para proteger a propriedade é uma barreira externa e, em consequência, inservível, quando se concede a um terceiro poderes que são os típicos do Direito de propriedade" (p. 218).

caracterização deste delito em relação aos bens imóveis[693]. O limitado raio de incidência típica da apropriação indébita se torna ainda mais evidente quando se tem presente que essa coisa alheia deve, ainda, apresentar-se necessariamente corpórea, ou seja, ser dotada de movimento próprio ou suscetível de remoção por força alheia[694]. Assim, não se poderá cogitar de apropriação indébita sobre direitos, coisas imateriais, coisas consumíveis[695], e, principalmente, sobre as coisas fungíveis, ou seja, os bens móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade[696]. De outro lado, a conduta que extravasa a infidelidade patrimonial resolve-se no exercício proibido ou desmedido das faculdades de administração que recaem sobre o patrimônio alheio em detrimento do interesse do seu dono, o que invariavelmente vai além dos meros atos de disposição de bens ou de contração de obrigações em nome do titular do patrimônio administrado.

Em *quinto lugar*, porque o dolo da administração desleal deve alcançar todos os requisitos do fato típico, com destaque para o conhecimento da existência do dever de salvaguarda do patrimônio alheio, sua violação e a subsequente produção do dano patrimonial, enquanto o elemento subjetivo da apropriação indébita, porquanto incidente sobre o comportamento de "apropriar-se", revela-se no *animus rem sibi habendi*, ou na vontade de tomar a coisa detida legitimamente como se dono dela fosse[697].

Em suma, são inúmeras as diferenças entre o delito de apropriação indébita e de infidelidade patrimonial. Não fosse apenas o injusto, a conformação típica geralmente atribuída à administração desleal apresenta uma notável singularidade dentro do ambiente dos crimes patrimoniais. Isso porque *nenhum outro crime* apresenta a seguinte fórmula típica: *quebra dolosa do dever de salvaguarda de um patrimônio alheio + dano patrimonial = infidelidade patrimonial.* Como mencionado alhures, na administração desleal existe um "inimigo interno", uma espécie de "cavalo de Troia" personificado no administrador, que

---

693 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 2, p. 337.

694 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 2, p. 337-338.

695 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal,* cit., v. VII, p. 134.

696 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal,* cit., v. VII, p. 136. Contra, parcialmente, Noronha, que admite a apropriação indébita desde que não haja restituição de qualidade e quantidade iguais às da coisa recebida. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 2, p. 337.

697 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 241; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226), cit., v. 2, p. 250. Noronha, a seu turno, vislumbra até mesmo dolo específico: NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 342-343. Contra, Hungria, que apenas entrevê dolo genérico: *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VII. p. 138.

pode transferir os recursos que lhe foram confiados legitimamente de modo mais sofisticado se comparado ao crime de apropriação indébita.

Por conseguinte, a insuficiência da apropriação indébita para fazer frente a comportamentos que seriam típicos à luz da *Untreue*, e a respectiva necessidade de suprir lacunas de punibilidade para atender a critérios de "justiça material" e de "equidade", convidam o aplicador do Direito a interpretar os requisitos do crime do art. 168 do Código Penal brasileiro de modo demasiadamente alargado, em franca violação do postulado da legalidade penal estrita e da vedação da analogia *in malam partem*[698]. A "inatividade do legislador é sempre um perigo grave para o princípio de proibição da analogia" [699], já recordara Nieto Martin, em vaticínio que tem perfeita aplicação no Brasil.

Veja-se, nessa esteira, o emblemático caso de apropriação de indébita de dinheiro, que é bem fungível por excelência[700]. Muito embora a dogmática do delito não admita a apropriação de coisas fungíveis, sendo restrita à "coisa alheia móvel", é recorrente na jurisprudência a admissibilidade desse comportamento indistintamente sobre "valores", notadamente quando a apropriação, ou mesmo a simples "retenção", vem precedida de uma relação de confiança com conotação profissional, a qual, diga-se de passagem, enseja a aplicação da causa majorante prevista no art. 168, § 1°, III, do CPB.

Assim, *verbi gratia*, versando honorários advocatícios no Superior Tribunal de Justiça, o *Habeas Corpus* n. 44183/PR, o *Habeas Corpus* n. 253924/PB, o *Habeas Corpus* n. 92545/RS, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 16146/SP, o Recurso Especial n. 240385/MA e o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 7264/RN.

Em todos esses julgados parece ter se revelado aos juízes aquilo que Alaor Leite e Adriano Teixeira chamaram de "proposta indecente": à míngua de um crime que apreendesse, em sua integralidade, o injusto da infidelidade patrimonial, o magistrado subsome a essência do injusto a tipo penal com cariz e fins diversos, "esgarçando o sentido literal possível de tipos penais e invadindo a terra proibida da analogia"[701].

---

[698] LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial, cit., p. 49.

[699] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 220, tradução livre.

[700] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1. p. 123.

[701] LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial, cit., p. 50. Hungria, por sinal, já alertava que o reconhecimento da apropriação é "uma *quaestio facti* a ser

Essa mesma interpretação foi adotada pelos Tribunais espanhóis antes da criação do delito de administração desleal societária em 1995, e mereceu duras críticas da doutrina, que tem sustentado, para os casos de apropriação de dinheiro entregue como coisa fungível, que o bem jurídico tutelado dessas condutas não seria a propriedade, mas o direito de crédito, ou, mais precisamente, o direito de devolução de outro tanto da mesma espécie ou qualidade a que se atribua ao dinheiro recebido o dinheiro acordado[702].

Igual fenômeno ocorre na consideração da apropriação indébita mediante ato de *desvio*, notadamente quando este é realizado em benefício de outrem[703], que não o sujeito que detém a posse ou detenção legítima da coisa, por faltar-lhe o imprescindível *animus rem sibi habendi*. Neste caso, portanto, não se pode concordar com Magalhães Noronha, que, conquanto exija o dolo específico para a configuração da apropriação, paradoxalmente a admite nas hipóteses de "desvio", socorrendo-se, para tanto, do argumento – de resto indicativo do uso de uma indevida analogia criminalizante – de que o legislador, ao definir o peculato, delito "bastante semelhante"[704], o previu expressamente.

Em síntese, ao não tipificar a infidelidade patrimonial, o legislador brasileiro concede espaço para que o juiz ou qualquer outro aplicador do Direito acabe por castigar nítidos comportamentos de infidelidade patrimonial com fundamento no art. 168 do Código Penal, ultrapassando, outrossim, os limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, mediante procedimento de interpretação analógica ou extensiva.

4.2.2. Infidelidade patrimonial e estelionato

Consoante referimos anteriormente, a dogmática alemã criada em torno do crime de estelionato serviu de base para a conceituação penal do patrimônio e para o estabelecimento do critério do saldo global visando a constatação do prejuízo patrimonial. Afora isso, não existem maiores semelhanças entre este delito contra o patrimônio e a administração desleal,

---

resolvida, de caso em caso, pelo juiz, que, entretanto, não deve *tomar a nuvem por Juno*". HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 136.

[702] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 222.

[703] Como adverte Bento de Faria, o "simples *abuso da posse* não basta para concretizar a *apropriação indevida* do uso, ou seja, quando o agente procede sem intenção de se apropriar". NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 109.

[704] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 340.

senão o fato de que em ambos o sujeito alcança o bem jurídico sem violência ou grave ameaça, e que nos dois necessariamente existe uma lesão patrimonial.

No Brasil, o art. 171, *caput*, do Código Penal define o estelionato em sua forma fundamental nos seguintes termos: "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento".

Poder-se-ia dizer, é verdade, que o comportamento abusivo ou infiel episodicamente pode se revestir de algum expediente fraudulento – mesmo o silêncio em alguns casos[705] –, mas o traço característico da *Untreue* radica, como elaborado durante em todo o curso deste trabalho, sobretudo no Capítulo 2, na sua peculiar forma de ataque ao bem jurídico, ou seja, na quebra de um dever de guarda faticamente assumido, e essa fundamental circunstância definitivamente não existe no estelionato. Neste, ao contrário, é o erro que compõe a essência da ação típica, devendo obrigatoriamente ser derivado do meio fraudulento imputável ao agente[706]. O injusto que lastreia a infidelidade patrimonial e, por consequência, motiva a sua criminalização é, portanto, substancialmente diverso daquele que escora o estelionato. Sob outro giro, a forma por intermédio da qual o objeto material advém às mãos do sujeito ativo também consubstancia um elemento diferenciador. Enquanto na infidelidade patrimonial o patrimônio do sujeito passivo é conferido ao sujeito ativo legitimamente por força de uma relação jurídica destinada à sua administração em sentido amplo, no estelionato o sujeito ativo obtém o objeto material do crime exclusivamente em virtude da fraude, do ardil, do erro, do engodo[707].

Ademais, enquanto o delito de estelionato tutela, segundo o entendimento majoritário da doutrina, a *inviolabilidade patrimonial*[708] e até mesmo outros interesses alheios à fraude

---

[705] Embora se possa alegar que o silêncio não cria ou provoca o erro típico do estelionato, parece certo que ele "intervém, como uma de suas condições eficientes, quiçá como condição decisiva, se ao reticente cabia um especial dever de falar". HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 208. No mesmo diapasão, admitindo o silêncio e qualquer outro comportamento omissivo do sujeito ativo sobre o qual recaia o dever de "declarar o erro". NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 378.

[706] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 379.

[707] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226), cit., v. 2, p. 265; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 390; BENTO DE FARIA. *Código Penal brasileiro comentado*, cit., v. V, p. 136.

[708] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 69; PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 571; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 2, p. 295; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 371.

patrimonial de manifesta índole transindividual, como a honestidade, a segurança, a fidelidade e a veracidade nos negócios jurídicos patrimoniais[709], a administração desleal protege, como aludimos antes, o patrimônio visto globalmente.

Assim, conquanto se possa entrever no delito de estelionato certo *resquício* de infidelidade, esta parece diminuta se comparada àquela que delineia a *Untreue*. Até porque, no estelionato, não existe uma relação jurídica prévia estabelecida licitamente entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, como sucede na infidelidade patrimonial em razão da função de administração. Concretamente: o estelionato é crime comum[710]; o sujeito ativo não possui qualquer de dever de proteção do bem jurídico (patrimônio). Por força dessa circunstância, torna-se difícil, senão impossível, cogitar de quebra do dever de salvaguarda no delito previsto no art. 171 do Código Penal brasileiro.

4.2.3. Infidelidade patrimonial e o delito de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações

Ainda no âmbito das fraudes patrimoniais, o Código Penal brasileiro contempla uma outra figura penal cujo injusto eventualmente poderá vir a ser considerado similar ou, ainda, *tangencial* ao do delito de infidelidade patrimonial, sobretudo quando levado a efeito sob o contexto das sociedades anônimas[711]. Trata-se do tipo penal estampado no art. 177, cuja redação é a seguinte: "Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular. § 1º Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular: I – o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembleia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo; II – o

---

[709] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226), cit., v. 2, p. 262. Contra, referindo-se exclusivamente à proteção do patrimônio daquele que sofreu o prejuízo com o delito: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal:* parte especial, cit., v. III, p. 263.

[710] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 279.

[711] Defendendo a intervenção do Direito Penal para a proteção de relações jurídicas surgidas das sociedades anônimas, na medida em que elas assumem papel preponderante no sistema econômico e que os diretores detêm em suas mãos o governo efetivo da sociedade, PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Tratado de direito penal econômico*, cit., v. I, p. 177-178.

diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade; III – o diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembleia geral; IV – o diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite; V – o diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade; VI – o diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios; VII – o diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluiado com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer; VIII – o liquidante, nos casos dos ns. I, II, III, IV, V e VII; IX – o representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos ns. I e II, ou dá falsa informação ao Governo. § 2º Incorre na pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembleia geral".

A leitura deste tipo penal, notadamente a modalidade contida no § 1º do art. 177 do Estatuto Penal brasileiro, revela que muitos dos comportamentos disciplinados pelo legislador configuram manifestações societárias de conflito de interesse, as quais poderiam traduzir, sob a égide do crime de administração desleal, condutas abusivas e desmesuradas de administração do patrimônio da companhia. Assim, quando o diretor da sociedade por ações faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo, toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais sem prévia autorização da assembleia geral, compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite, e quando, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, o diretor distribui lucros ou dividendos fictícios.

Nesse sentido, a proteção penal preponderante do patrimônio[712], a existência de um dever de proteção do bem jurídico incidente sobre o sujeito ativo[713] e o fato de a ação típica poder recair sobre qualquer espécie de bem pertencente ao patrimônio da sociedade anônima[714] em um contexto de quebra dos deveres de lealdade e de diligência[715] dos administradores aproximam, de fato, o crime de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações do delito de infidelidade patrimonial.

Existem, contudo, algumas diferenças dogmáticas significativas que apartam a infração penal do art. 177 do Código Penal brasileiro do delito de *Untreue*. A *primeira distinção* reside no ambiente de atuação da norma penal incriminadora, uma vez que o delito do art. 177 é exclusivo dos comportamentos relacionados à fundação e à administração das sociedades por ações, ou seja, da sociedade anônima e da sociedade em comandita por ações[716]. Qualquer outra conduta desleal ou abusiva perpetrada no exercício da

---

[712] "O bem jurídico protegido – afirma Cezar Roberto Bitencourt – é o patrimônio, particularmente daqueles que investem em sociedades abertas, isto é, tutela-se o patrimônio dos acionistas contra a organização e a administração fraudulenta e abusiva das sociedades por ações". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 319. Na mesma esteira, Gerson Pereira dos Santos assinala que foi acertada a opção do legislador em sediar o delito entre aqueles perpetrados contra o patrimônio e que, embora se tratasse de uma nova modalidade penal de fraude, a novel conduta não representava, em verdade, algo distinto das fraudes tradicionalmente tipificadas no ordenamento brasileiro. SANTOS, Gerson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 147. Mais abrangentes, Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Jr. Destacam que os comportamentos incriminados no art. 177 do Código Penal, para além de tutelarem o patrimônio e serem praticados pela busca do lucro, protegem, igualmente, interesses mais abrangentes e difusos atrelados à ideia de coletividade. Existiria, pois, uma "tutela indireta"; visando a assegurar a integridade patrimonial, as normas penais societárias protegeriam uma gama de interesses colaterais e instrumentais. Dessa forma, o que "desencadeia a repressão não é o dano patrimonial sofrido por um indivíduo isolado, mas a situação de perigo que ameaça a esfera patrimonial de numerosas pessoas". PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Tratado de direito penal econômico*, cit., v. I, p. 17-18.

[713] PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal societário*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 40. Também Noronha, ao comentar as figuras típicas cometidas pelos diretores, gerentes e fiscais, coloca em evidência o dever de agirem com "honestidade, com sinceridade, e daí a punição quando infringirem esse princípio". NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 472; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226), cit., v. 2, p. 304.

[714] Móveis, imóveis ou imateriais. PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal societário*, cit., p. 105.

[715] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 323.

[716] Código Civil brasileiro: "Art. 1.090. A sociedade em comandita por ações tem o capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações constantes deste Capítulo, e opera sob firma ou denominação. Art. 1.091 do CCB. Somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade. § 1º Se houver mais de um diretor, serão solidariamente responsáveis, depois de esgotados os bens sociais. § 2º Os diretores serão nomeados no ato constitutivo da sociedade, sem limitação de tempo, e somente poderão ser destituídos por deliberação de acionistas que representem no mínimo dois terços do capital social. § 3º O diretor destituído ou exonerado continua, durante dois anos, responsável pelas obrigações sociais contraídas sob sua administração. Art. 1.092 do CCB. A assembleia geral não pode,

administração do patrimônio alheio escapa, pois, do raio de incidência dessa infração penal. Por consequência, quedam impunes relevantes agressões patrimoniais internas levadas a cabo no seio das demais pessoas jurídicas, empresárias ou não, como associações e fundações, a sociedade em comandita simples, a sociedade cooperativa e, principalmente, a sociedade limitada, muito embora esta seja a modalidade societária mais utilizada no Brasil. Da mesma forma, excluem-se as infidelidades concretizadas no contexto de relações institucionais, como no caso do poder familiar, da tutela e curatela.

A *segunda distinção* exsurge do cotejo entre os objetos de proteção. O crime de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações tem espectro protetivo mais restrito, porquanto vinculado, como mencionado, ao patrimônio dos acionistas da companhia. Na administração desleal, de outro lado, é o patrimônio de outrem, pessoa física ou jurídica, o bem penalmente protegido. No caso das sociedades empresárias, aqui incluída, evidentemente, a sociedade anônima, é o patrimônio da corporação que merece a tutela imediata da *Untreue*, e não o patrimônio dos seus sócios ou acionistas. Esse discrímen deriva diretamente do injusto da infidelidade patrimonial, na medida em que nela existe um liame normativo entre aquele que tem o poder de administrar e o titular do patrimônio calcado na violação de deveres de guarda patrimonial.

A *terceira* e não menos importante diferença se encontra na configuração típica conferida ao delito do art. 177 do Código Penal. Aqui, o delito, conquanto patrimonial, dispensa a produção de dano, assumindo conotação formal[717] e de perigo[718]. A infidelidade patrimonial, a seu turno, não dispensa, sob qualquer circunstância, a lesão ao patrimônio. Enquanto crime material ou de dano, como referimos alhures, a produção de prejuízo patrimonial representa imprescindível condição para o surgimento do tipo penal de

---

sem o consentimento dos diretores, mudar o objeto essencial da sociedade, prorrogar-lhe o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital social, criar debêntures, ou partes beneficiárias".

[717] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 471; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 283 e p. 289; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226), cit., v. 2, p. 304.

[718] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 323. "O que se pretende prevenir – alertam Pedrazzi e Costa –, é uma situação de conflito entre o interesse social e o interesse estranho, abusivamente preferido. A lei reputa o conflito perigoso em si mesmo já que, pela posição de poder que desfrutam os diretores, o interesse social pode com facilidade resultar sacrificado". PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Tratado de direito penal econômico*, cit., v. I, 186.

infidelidade. Sem esse irrenunciável "ponto arquimédico", descabe cogitar de administração desleal, o que, aliás, prestigia, por óbvio, o princípio da ofensividade[719].

Em suma, a vigência do art. 177 do Código Penal revela-se insuficiente para colmatar notáveis lacunas de punibilidade que emergem de uma inexistente tipificação de infidelidade patrimonial brasileira. Seja em face de uma segmentada percepção do injusto penal que dá azo à criminalização da *Untreue*, seja em razão de uma específica e limitada tutela do patrimônio societário, o crime de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações não abrange diversos comportamentos perpetrados no âmbito de uma relação de administração patrimonial com violação dos deveres de salvaguarda. Assim, é possível concluir que a sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro não obsta, antes justifica, a criação da *Untreue* brasileira.

4.3. Infidelidade patrimonial e peculato

A ideia de que alguns delitos contemplam, em maior ou menor grau, um traço de infidelidade ou deslealdade não se circunscreve aos crimes contra o patrimônio. Deveras, outras infrações penais disciplinadas no Código Penal brasileiro apresentam, também, manifestações implícitas de infidelidade detectadas a partir da análise do injusto. Dentre estas, na seara dos crimes contra a Administração Pública indubitavelmente sobressai o peculato como aquele que mais se aproxima da infidelidade patrimonial, embora ele não alcance, adiante-se desde já, a integralidade do mal especial que motiva e na mesma medida fundamenta, em termos político-criminais, a administração desleal.

O peculato foi definido no art. 312, *caput*, do Estatuto Penal brasileiro da seguinte forma: "Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa".

---

[719] Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Jr. observam que alguns delitos societários do ordenamento jurídico brasileiro que contemplam crimes de perigo presumido não satisfazem uma "política criminal sadia", devendo-se privilegiar, em ordem a obstar violações penais meramente formais, a criação de delitos de dano ou, ao menos, de perigo concreto. PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Tratado de direito penal econômico*, cit., v. I, p. 10.

Não raro a doutrina brasileira atribui ao peculato a condição de representar uma modalidade de apropriação indébita, embora cometida pelo funcionário público[720]. De fato, a apropriação que demarca o primeiro comportamento típico do crime é, substancialmente, a mesma que existe no art. 168, haja vista que, em ambos os delitos, o sujeito ativo age com ânimo de dono para transformar a posse ou detenção da coisa em propriedade. A ação típica do peculato, porém, guarda uma peculiaridade, ou melhor, duas, em comparação à da apropriação indébita: o objeto material do crime de peculato encontra-se na esfera de disponibilidade do agente em razão do exercício da função pública, ou seja, *ratione officii*[721]; demais disso, note-se que o injusto do peculato não se esgota na apropriação, revelando-se, igualmente, quando o sujeito ativo *desvia* dinheiro, valor ou qualquer ou outro bem móvel, público ou particular, naquilo que se costuma denominar doutrinariamente de *peculato-desvio* em contraposição ao *peculato-apropriação*[722]. Essas duas circunstâncias conferem, pois, ao crime do art. 312, *caput*, do Código Penal uma singular posição jurídica em face do delito de apropriação indébita.

As razões que aproximariam o peculato à infidelidade patrimonial referem-se, sobretudo, à *natureza da relação* existente entre o sujeito ativo do delito e o bem jurídico protegido. Sim, porque em ambos o agente assume um compromisso de salvaguardar o bem jurídico: no peculato, pela circunstância de exercer uma função pública; na administração desleal, pelo fato de assumir fática e voluntariamente a administração do patrimônio de um terceiro. Os dois corporificariam, assim, crimes próprios[723], ou delitos de infração de dever, em função dessa especial posição do sujeito ativo na estrutura do injusto penal. Nesse sentido, para além da proteção do patrimônio público como objeto de proteção penal, é

---

[720] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 4, p. 217-218; PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, cit., p. 37; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal,* cit., v. 5, p. 45.

[721] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal,* cit., v. 5, p. 43. Noronha, sobre o tema, é peremptório: "Não basta o agente ser funcionário. Se a coisa lhe é entregue, não em razão de sua função, mas a outro título, v.g., um obséquio ou favor que se lhe pede, o delito será apropriação indébita (art. 168)". NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 4, p. 219. Em perspectiva abrangente sobre a entrega da coisa às mãos do funcionário público Pagliaro e Costa Jr. preconizam que ela não só pode ser facultativa como também derivar de um ato ilegítimo, ou de um comportamento violador dos deveres do cargo. "Decisiva – esclarecer Pagliaro e Costa Jr. – é a circunstância de que, de fato, seja exercitada uma função pública e que o poder sobre a coisa encontre nela sua razão de ser". PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, cit., p. 58.

[722] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal,* cit., v. 5, p. 45 e ss.

[723] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 4, p. 221; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal,* cit., v. 5, p. 41; PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, cit., p. 40.

comum a alusão de interesses diversos no raio de tutela do peculato, como "dever de fidelidade" [724], de "lealdade e probidade" [725], e do resguardo da "moralidade administrativa"[726], denotando, assim, pluriofensividade[727].

A proteção de interesses jurídicos diversos justificaria a extensão da ação típica do peculato para a apropriação ou o desvio de dinheiro, o qual, pela hiperfungibilidade, originariamente não teria a potencialidade de lesar o patrimônio, como sucede com a apropriação indébita. Outrossim, somente se justificaria a incriminação do comportamento cometido sobre dinheiro se partirmos do pressuposto de que o peculato efetivamente tutela bens que sobejam a simples ideia de patrimônio[728].

Enfim, a relação de confiança ou fidelidade do sujeito ativo com o bem jurídico, ou seja, a lesão concretizada "a partir de dentro", a tutela do patrimônio estatal, a amplitude da ação típica para abarcar atos que transbordam o conceito penal de apropriação e a exigência de um efetivo dano[729] ensejam a impressão de que o peculato reflete uma modalidade de administração desleal. E de fato o é, conquanto limitada à esfera da Administração Pública. É verdade que o peculato não exige que o funcionário público pratique o comportamento no curso de uma atividade de gestão patrimonial, mas muitas vezes a apropriação ou o desvio de bens pelo sujeito ativo ocorrem sob o contexto de uma administração que deve ser compreendida como sendo o poder de disponibilidade direta sobre a coisa ou mesmo a

---

[724] Convergem no peculato, destaca Hungria, "a *violação do dever funcional* e o *dano patrimonial*. Poderá dizer-se que é punido o peculato menos porque seja patrimonialmente lesivo do que pela quebra de fidelidade ou pela inexação no desempenho de cargo público; mas é absolutamente indispensável à sua configuração o advento de concreto dano patrimonial". HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense. v. IX. p. 345. Também, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 293 a 361). São Paulo: José Bushatsky Editor, 1959. v. 4. p. 881.

[725] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 5, p. 39.

[726] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 4, p. 218.

[727] Galdino Siqueira ressalta que se trata de crime contra a Administração Pública e não contra o patrimônio, de sorte que o "dano necessário e suficiente para a sua integração é o inerente à violação do dever de fidelidade para a mesma administração, quer associado, quer não, ao patrimonial". SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*, cit., t. I, p. 563; PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, cit., p. 39-40.

[728] Contra, Bitencourt, para quem o dinheiro entregue para o funcionário público no exercício da sua função perde a condição de coisa fungível, incorporando-se imediatamente ao erário. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 5. p. 47.

[729] Recorda Noronha que o dano do qual não prescinde o peculato haverá de se revelar pela "*diminuição* efetiva do patrimônio da administração, seja pela falta de *acréscimo* ou aumento devido". NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 4, p. 224.

disponibilidade jurídica, "que consiste na disponibilidade facultada legalmente ao agente pelo cargo que desempenha, sem detenção material"[730].

Concretamente: o peculato traduz uma versão limitada e parcial de *Untreue.* A despeito disso, essa *Untreue pública* ou *funcional*, visto que circunscrita àqueles considerados funcionários públicos nos termos do art. 327 do Código Penal, revela alguns traços do injusto que permeia a infidelidade patrimonial. Isso não significa que a existência do peculato no ordenamento jurídico brasileiro não gera lacuna de punibilidade, mas apenas que, no que tange aos comportamentos infiéis levados a efeito pelos funcionários públicos contra a Administração Pública, tais lacunas estariam virtualmente colmatadas, ao contrário do que sucede no delito de apropriação indébita. E isso, parece-nos, em função de o peculato proteger o patrimônio público contra quem tem o dever de salvaguardá-lo mediante abrangentes condutas típicas, prever um amplo rol de objetos materiais (dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular), e, ainda, exigir, para a consumação delitiva, a ocorrência de efetivo dano ao bem jurídico.

Todavia, consoante será demonstrado oportunamente, a proposta de tipificação contemplada nesta tese restringe-se à criação de um tipo genérico de infidelidade patrimonial concretizada essencialmente *por e entre particulares*[731], haja vista que nestes casos as lacunas de punibilidade são mais evidentes, e, subsequentemente, mais frequentes as violações do princípio da reserva legal. Sob outro giro, o estudo das razões político-criminais e dos requisitos dogmáticos de uma administração desleal de bens públicos cometida por funcionários públicos *ratione officii*, embora pertinentes e justificáveis ante a natureza e as principais características da infração penal de *Untreue*, ultrapassaria demasiadamente o objeto e os limites deste trabalho, razão pela qual deixamos de fazê-lo, sem prejuízo de que esse tema possa ser retomado em outra quadra.

---

[730] PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, cit., p. 42.

[731] O que inclui as condutas perpetradas no seio das sociedades de economia mista, cujo patrimônio não deixa de ser privado ainda que o Estado participe de sua direção ou administração, salvo se a sociedade de economia mista recebe delegação para a execução de um serviço público. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. IX, p. 341-342.

4.4. Infidelidade patrimonial e o delito de emprego irregular de verbas ou rendas públicas

Embora mais remoto que o peculato, outro delito contra a Administração Pública que conteria vestígios do injusto do crime de infidelidade patrimonial é o de emprego irregular de verbas ou rendas públicas, previsto no art. 315 do Código Penal, com a seguinte redação: "Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena – detenção, de um a três meses, ou multa". Neste, porém, ao contrário do que ocorre com o peculato, inexiste qualquer intenção do agente de atender a interesse próprio ou alheio, tipificando-se o crime com a destinação das verbas ou rendas públicas ao arrepio da lei orçamentária[732]. O liame normativo que liga o sujeito ativo – necessariamente o funcionário público – ao bem jurídico e, em consequência, permite o aproveitamento de uma posição de confiança para a agressão deflagra a apreensão parcial do injusto da administração desleal, conquanto sem a mesma intensidade do peculato, uma vez que o agente deve ter a prerrogativa de administrar e ordenar fundos públicos[733].

O bem jurídico tutelado, no entanto, nada tem de patrimonial, segundo a doutrina majoritária [734] , cingindo-se à regularidade administrativa, ou à "boa ordem da administração", o que, em larga medida, o afasta da infração de administração desleal. Por conseguinte, a consumação do crime ocorre com a aplicação indevida das rendas ou verbas em finalidade diversa da que estabelecida em lei, independentemente de qualquer dano ou prejuízo patrimonial, tratando-se, pois, de crime de natureza formal[735].

---

[732] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 5, p. 93. Como põe em destaque Hungria, os dinheiros, embora irregularmente, são empregados em benefício da própria administração pública. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. IX, p. 357.

[733] PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, cit., p. 79. Fragoso, no mesmo sentido, assinala que somente o funcionário público que tenha poder de administração pode figurar como sujeito ativo, o que pressupõe "uma certa faculdade de disposição sobre os fundos". FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 293 a 361), cit., v. 4, p. 899.

[734] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 4, p. 242-243; PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, cit., p. 79. Contra, Bitencourt, vislumbrando proteção do "patrimônio da Administração Pública, assim como a probidade administrativa, especialmente o desenvolvimento regular da atividade administrativa, a moralidade necessária e indispensável à causa pública, embora também seja tutelado o patrimônio particular, ainda que este permaneça num plano secundário. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 5, p. 89.

[735] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 5, p. 91 e 93. Pagliaro e Costa Jr. dispensam até mesmo o efetivo prejuízo ao interesse administrativo. PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, cit., p. 80. Magalhães Noronha, contudo, a despeito de também dispensar o dano patrimonial, proclama que "dano à *regularidade administrativa*

4.5. Infidelidade patrimonial e os crimes contra o sistema financeiro nacional

Além dos crimes contra o patrimônio, detectam-se manifestações "implícitas" de administração desleal também na legislação penal especial brasileira. Sob esse contexto, o Diploma Legal nacional que talvez apresente o maior número de tipos penais que exprimem *hipóteses segmentadas de infidelidade patrimonial* seja a Lei n. 7.492/1986, que disciplina os crimes contra o sistema financeiro nacional. Daí, pois, a necessidade de analisarmos tal conjunto de delitos[736] sob a égide do injusto que projeta a *Untreue*. Advirta-se, no entanto, que essa tarefa não tem a pretensão de revelar-se exauriente, mas apenas vincar as principais características de cada delito financeiro em ordem a proporcionar um cotejo mais claro e inteligível com a infidelidade patrimonial.

4.5.1. Notas introdutórias sobre a Lei n. 7.492/1986

A Lei n. 7.492/1986 foi concebida ante a constatação de que a disciplina administrativa realizada sobre o sistema financeiro nacional era insuficiente para coibir manobras fraudulentas e perigosas praticadas em detrimento da sociedade brasileira[737].

Pelo menos a partir de 1974, recorda Ela Wiecko V. de Castilho, sucederam-se quebras e negócios "mal explicados" que proporcionaram grandes escândalos financeiros; a despeito da compreensão dos investidores de que haviam sido vítimas de crimes, os responsáveis pelos danos causados submetiam-se somente à Lei n. 6.024/1974, de feição exclusivamente patrimonial, deixando-se de sancionar criminalmente os administradores ante a ausência de norma penal expressa ou em razão da dificuldade de atribuir responsabilidade pessoal por decisões colegiadas[738].

---

haverá sempre, com a demora, preterição etc., em atender um serviço público, favorecendo-se indevidamente outro". NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal,* cit., v. 4, p. 243.

[736] Pois, como corretamente observa Mariângela Gomes de Magalhães Gomes, a análise isolada dos tipos penais pode mascarar certas características que são comuns a outros delitos e ensejar soluções interpretativas divergentes, quiçá arbitrárias, de comportamentos penais que ostentam a mesma essência e, portanto, deveriam ensejar as mesmas soluções judiciais. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*, cit., p. 10.

[737] FELDENS, Luciano; CARRION, Thiago Zucchetti. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86/2010, set.-out. 2010. p. 173.

[738] CASTILHO, Ela Wiecko V. 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, 2001. p. 126. Entre os casos de grande

A edição da Lei n. 7.492/1986, entretanto, não foi recebida com grande entusiasmo pela doutrina penal brasileira, a despeito de sua imprescindibilidade. Manoel Pedro Pimentel reputara-a uma "lei que se ressente de confessados defeitos, de imperfeições manifestas"[739]. Com efeito, por ocasião da elaboração da Lei n. 7.492/1986, olvidou-se por completo o substancial trabalho empreendido no Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal[740], que propunha, por exemplo, a criação, no Código Penal, de um título específico, subdividido em três capítulos disciplinando, de modo coerente e concatenado, as infrações contra a ordem econômica, financeira e tributária.

Pimentel destaca, em acréscimo, que a Lei n. 7.492/1986 paradoxalmente surgiu para ser efêmera, passageira, e que tal circunstância, por mais excêntrica que se afigurasse, foi declinada expressamente (!) na motivação na Mensagem n. 252/86, que após os vetos presidenciais ao Projeto que se transformou na atual Lei n. 7.492/1986[741]. E Manoel Pedro Pimentel ainda profetizou que a lei, que surgira para ser temporária, tornar-se-ia possivelmente definitiva, como efetivamente sucedeu, fato que, segundo ele, a tornaria "incapaz de punir convenientemente os criminosos do colarinho branco"[742].

Deveras, a ausência de técnica legislativa em grande parte dos crimes contra o sistema financeiro nacional é manifesta. Os tipos penais são truncados, mal redigidos, incorporam requisitos sem significado penal específico, e muitas vezes não é possível

---

repercussão, destaca Ela Wiecko os casos Halles, Áurea, Ipiranga, Lume, Tieppo, Delfin, Capemi, Coroa-Brastel, Haspa, Letra, Grupo Sulbrasileiro, Habitasul, Brasilinvest, Comind, Auxiliar e Maisonnave.

739 PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 24. Igualmente em sentido crítico: TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 2.

740 A Comissão foi integrada por Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Everardo da Cunha Luna, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Morais Pitombo, José Bonifácio Diniz de Andrada, Manoel Pedro Pimentel, Francisco de Assis Toledo e Luiz Vicente Cernicchiaro. Sobre a desconsideração dos trabalhos da Comissão na redação da Lei n. 7.492/1986: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 21.

741 PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 30. "É desalentador constatar – escreveu Pimentel – que, ao sancionar uma lei, o Presidente da República reconheça, de público, que essa lei é falha, defeituosa, e que brevemente será revogada. Todo o esforço de adaptação a essa nova lei, tudo o que sobre ele se decidir nos Tribunais, toda a jurisprudência que a respeito da sua aplicação de formar, tudo o que sobre ela se escrever, ficará inteiramente perdido, por inútil" (p. 31).

742 PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 31. E conclui Manoel Pedro Pimentel: "Nossa impressão pessoal, que não discrepa da maioria dos especialistas, é no sentido de que esta lei, pelos seus defeitos e imperfeições, não aprimorou a disciplina repressiva dos crimes contra a ordem econômica, e continuará a prevalecer a impunidade para a maior parte desses e de outros delitos congêneres" (p. 31).

identificar com clareza o objeto de proteção penal, muito embora inexista divergência acerca da necessidade de intervenção do Direito Penal nesta específica seara.

No que toca particularmente à infidelidade patrimonial, a ideia de criminalizar comportamentos deletérios praticados primordialmente no contexto da administração de instituições financeiras por sujeitos que ostentariam, em princípio, o poder de controle sobre a gestão e o respectivo dever de proteção traz para o raio de incidência da Lei n. 7.492/1986 uma série de comportamentos que tangenciam o injusto da *Untreue*, como os delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, apropriação indébita financeira, "caixa dois" em instituição financeira e empréstimo vedado. A forma e o modo por intermédio do qual o injusto da administração desleal é apreendido no âmbito da criminalidade financeira brasileira serão demonstrados a seguir.

4.5.2. Infidelidade patrimonial e a gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira

Os delitos de gestão fraudulenta e de gestão temerária delineados no art. 4° da Lei n. 7.492/1986 têm origem no art. 3°, IX, da Lei n. 1.521/1951 (Lei de Economia Popular[743]) e se encontram assim definidos: "Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Penal – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa".

A configuração adotada em 1986 mostrou-se mais sucinta e vaga em comparação a seu antecedente legislativo, que, para além de enumerar as instituições financeiras suscetíveis de gestão delituosa, exigia a produção do resultado, ou seja, que a conduta levasse à falência ou à insolvência, ou ao não cumprimento de qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados[744]. Ensejou-se, por conseguinte, amplo espaço para a

---

[743] Art. 3º São também crimes desta natureza: (...) IX – gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros. Segundo Manoel Pedro Pimentel, ao menos no que tange às instituições financeiras, a Lei de Economia Popular foi revogada pela Lei n. 7.492/1986. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 50.

[744] Nesse sentido: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 47.

interpretação[745], quando não para a consideração da inconstitucionalidade do tipo penal em virtude da quebra da taxatividade ou do mandato de certeza[746], sobretudo no delito de gestão temerária, como se observará adiante.

Expressa o delito financeiro, observa João Marcello de Araújo Junior, uma "disfunção do sistema financeiro e o seu conteúdo está limitado pelo bem jurídico a ser protegido"[747]. Em relação à gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, a doutrina nacional tem destacado tratar-se de crime pluriofensivo, sobressaindo, como objeto de proteção, a "boa execução da política econômica do Governo"[748]. Além da credibilidade conferida ao bom e eficiente funcionamento do sistema financeiro nacional, Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda também entreveem, como objeto de tutela, o *patrimônio da coletividade*, no caso representado pelas economias destinadas pela população para a celebração de operações pelas instituições financeiras[749].

Buscando atribuir maior concreção ao bem jurídico da gestão fraudulenta e da gestão temerária, Luciano Feldens defende a necessidade de atrelar a ofensividade da conduta à ideia de risco sistêmico na perspectiva de uma "*perda de confiança* apta a trazer a reação dos depositantes"[750]. Essa perspectiva parece dogmaticamente mais adequada quando se tem presente que, ao fim e ao cabo, a regulação do sistema financeiro nacional em termos microeconômicos – denominada regulação prudencial – destina-se a obstar a perda de confiança dos depositantes e poupadores nas entidades bancárias, gerando, com isso, "pânico financeiro" e uma inevitável "corrida bancária"[751] apta a produzir a insolvência de uma ou

---

[745] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 49.

[746] ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995. p. 154.

[747] ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*¸cit., p. 145.

[748] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 50. Em sentido similar, sustentando a proteção da "boa execução da política econômica nacional": COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 77.

[749] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais,* cit., p. 57.

[750] FELDENS, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, cit., p. 107. Com visão análoga: BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 58.

[751] Como põe em destaque Raquel Sztajn, "Acreditar na estabilidade do sistema significa não duvidar da capacidade do banco de devolver todos os depósitos. Quando desaparece, a confiança aplica-se à regra da fila, quem chega primeiro é atendido antes, ensejando as corridas bancárias". STAZJN, Rachel. *Sistema financeiro,* cit., p. 159-160.

mesmo de diversas instituições financeiras em virtude do chamado "efeito dominó"[752]. Note-se que, aqui, não seria a confiança isoladamente considerada o objeto de proteção da norma penal, mas a possibilidade real de a manobra fraudulenta ou temerária proporcionarem um "risco sistêmico" à economia nacional[753].

Em relação ao sujeito ativo, a gestão fraudulenta e a gestão temerária de instituição financeira expõem um *crime próprio*, somente podendo cometê-lo o agente constante no rol do art. 25 da Lei n. 7.492/1986[754], isto é, aquele que tem o *poder de gestão ou comando da instituição financeira*. Para tanto, deve-se partir de uma análise fática, concreta, desconsiderando-se, para fins de atribuição de responsabilidade penal, dados de índole formal, como a função prevista no estatuto ou contrato social, ou que o seja o agente o responsável perante o Banco Central do Brasil[755] ou outro órgão público.

A doutrina brasileira, entretanto, tem passado ao largo da consideração do crime de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira como crime de infração de dever[756], olvidando, por exemplo, que a Lei das Sociedades Anônimas[757] e as normas administrativas do Banco Central do Brasil impõem diversos deveres aos administradores de instituições financeiras, além, obviamente, do fato de os gestores assumirem uma especial e particularizada posição perante o bem jurídico protegido por força da função de administração de um patrimônio pertencente a terceiros.

---

[752] "Quando um banco quebra – recordam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi –, gera prejuízos significativos para outras instituições. Como os bancos funcionam de forma muito alavancada e com grande descompasso em termos de liquidez entre seus passivos e ativos, a quebra de um único banco e a desconfiança que pode daí resultar podem gerar um efeito dominó. A preocupação com esse *risco sistêmico* é outra fonte de preocupação que motiva a regulação prudencial". PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, cit., p. 451.

[753] FELDENS, Luciano; CARRION, Thiago Zucchetti. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, cit., p. 178.

[754] Nesse sentido: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 50; BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 58. Contra, afirmando tratar-se de crime de mão própria: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio Machado de. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 141.

[755] BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da lei 7.492/86*, cit., p. 81. Como enfatiza Luciano Feldens acerca dos nominados no art. 25 da Lei n. 7.492/1986, "Cabe observar, entretanto, que esses devem ser assim reconhecidos não pelo *crachá* que ostentam, mas pelo efetivo poder de mando e direção que desempenhem". FELDENS, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, cit., p. 98.

[756] Cf. item 3.5.1.

[757] Os deveres de diligência e de lealdades dos administradores estão contemplados expressamente nos arts. 153 e ss. da Lei n. 6.404/1976, como referido anteriormente.

Essa circunstância ganha especial relevo na verificação do concurso de pessoas no contexto do delito do art. 4° da Lei n. 7.492/1986, na medida em que tanto a doutrina[758] como a jurisprudência[759] admitem, sem critérios distintivos, a *coautoria* daquele que não empolga a condição do art. 25 da Lei n. 7.492/1986 (*extraneus*), mas concorre para o administrador ou controlador na perpetração do crime financeiro, recorrendo, para tanto, à norma de extensão estampada no art. 30 do Código Penal.

Acerca do sujeito passivo do delito, costuma-se referir que, dada a condição do bem jurídico tutelado, será sujeito passivo principal ou primário o Estado, enquanto o mercado e os investidores figurariam como sujeitos passivos secundários[760].

No que tange às ações típicas, dois são os comportamentos incriminados no art. 4º da Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional. Na primeira parte do tipo penal (*caput*), o comportamento incriminado é *gerir fraudulentamente a instituição financeira*, ou seja, administrá-la, comandá-la, dirigi-la mediante qualquer expediente fraudulento, ardiloso ou enganoso. Conquanto ausente previsão no tipo penal, Manoel Pedro Pimentel defende – equivocadamente, a nosso ver – que a manobra fraudulenta vise um prejuízo ou a obtenção de vantagem econômica para o agente ou para outrem[761].

Na *gestão temerária*, a seu turno, contemplada no parágrafo único do art. 4° da Lei n. 7.492/1986, tem-se gestão lícita, ou até mesmo exitosa[762], embora abusiva, impetuosa, arriscada; "que ultrapassa – acrescenta Pimentel – os limites da prudência, arriscando-se o agente além do permitido mesmo a um indivíduo arrojado"[763].

---

[758] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 53. Contra, corretamente: BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da lei 7.492/86*, cit., p. 84.

[759] STF: *Habeas Corpus* n. 89364; STJ: AGARESP 201700394753, Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura; AGRESP 201401213516, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; *Habeas Corpus* n. 292979, Rel. Min. Félix Fischer; AGRESP 1104007, Rel. Min. Laurita Vaz.

[760] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 51; COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 77.

[761] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 51. Igualmente: COSTA JR., Paulo José da; COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 78. Contra, exigindo apenas que o crime proporcione concreto perigo de dano: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio Machado de. *Leis penais especiais comentadas*, cit., p. 142.

[762] COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 80.

[763] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 51.

A difícil distinção entre o comportamento arriscado caracterizador do delito e aquele que constitui mera derivação, senão a própria essência da atividade financeira[764], deve ser aferida recorrendo-se à teoria da imputação objetiva e à ideia do risco permitido[765]. Assim, descaberia cogitar de imputação penal na hipótese de a gestão da instituição financeira, conquanto arriscada ou até mesmo "temerária", circunscrever-se à normatização do Banco Central do Brasil ou a outra autoridade reguladora do setor financeiro ante a inexistência de um risco desaprovado ao bem jurídico tutelado.

Sob esse contexto, procurando de algum modo "*salvar* o delito" de gestão temerária de instituição financeira, Luciano Feldens parte da ideia de que o âmbito de incidência do tipo penal previsto no art. 4°, parágrafo único, da Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional encontra-se balizado pelo marco regulatório estabelecido para o gerenciamento do risco admitido para a gestão de uma intuição financeira, mencionando, como exemplos desses critérios a serem manejados quando da adequação típica, as normas do Banco Central do Brasil derivadas dos Acordos de Basileia I e II[766].

Ademais, ao condicionar a caracterização do delito a elementar "temerária", o legislador criou um tipo penal extremamente aberto, amplo, "um monstro ameaçador"[767] apto a lesar o princípio da taxatividade da lei penal e, por consequência, ser declarado inconstitucional[768], embora assim não o reconheça o Supremo Tribunal Federal[769]. Além

---

[764] Como realça Raquel Sztajn, "Nem sempre risco é igual a perda ou necessidade, sucesso é, também, fruto de aceitar riscos, traço comum nos instrumentos financeiros". STAZJN, Rachel. *Sistema financeiro,* cit., p. 128.

[765] TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 36-37. Acrescenta Tórtima: "a fronteira entre o risco natural, tolerável, e o inadmissível, será o ponto de partida na espinhosa tarefa de complementação valorativa do Juiz ao interpretar (melhor teria sido dizer *desvendar*) o que venha a ser *gestão temerária*" (p. 37).

[766] FELDENS, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, cit., p. 103. Sobre a natureza, origem e escopo dos Acordos de Basileia I e II: STAZJN, Rachel. *Sistema financeiro,* cit., p. 169-177.

[767] A expressão é de PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 52.

[768] Nesse sentido: COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 80; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio Machado de. *Leis penais especiais comentadas*, cit., p. 144-145; TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 30-31. Discorrendo longamente sobre a inconstitucionalidade da gestão temerária: BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 76-81.

[769] De fato, ao se deparar com acusações calcadas no cometimento do delito do art. 4°, parágrafo único, da Lei n. 7.492/986, o Supremo Tribunal Federal não tem se utilizado da prerrogativa de, incidentalmente, declarar o dispositivo penal inconstitucional, na forma dos arts. 176 e ss. do seu Regimento Interno. Nesse sentido: *Habeas Corpus* n. 87.440, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 08.8.2006; *Habeas Corpus* n. 75.677, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 18.11.1997; *Habeas Corpus* n. 90.156-5, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13.3.2007; Habeas *Corpus* n. 113.631, Rel. Ministro Marco Aurélio, j. em 16.4.2013; Emb. Decl. no Ag.

disso, o termo "temerária" foi mal escolhido para a redação do tipo por aproximar a incriminação da ideia de imprudência e, por conseguinte, da culpa[770], de resto incabível para a gestão temerária por força do art. 18, parágrafo único, do Código Penal. Dessarte, é possível admitir, na linha de Tórtima, que o tipo penal inserto no art. 4° da Lei n. 7.492/1986, mormente a figura estampada no seu parágrafo único, "constitui-se num dos mais graves dos vários equívocos praticados pelos elaboradores da Lei n. 7.492/86"[771].

Como última característica da ação típica do art. 4º da Lei n. 7.492/1986, tanto a gestão fraudulenta como a gestão temerária de instituição financeira configuram *crimes formais*, de modo que é dispensável a produção de qualquer resultado material (dano ou lesão), o qual, se ocorrer, representará mero exaurimento[772]. As duas modalidades delituosas extravasam, ainda, crimes de *perigo concreto*, como o tem considerado a doutrina majoritária[773], de maneira que a conduta deve, comprovadamente, causar efetivo perigo ao bem jurídico tutelado pela norma penal para ter-se a consumação.

Por fim, em relação ao elemento subjetivo do tipo, ambas as modalidades delituosas são exclusivamente dolosas, como assinalado acima. O dolo, porém, tem sido erigido pela doutrina nacional à condição de *elemento diferenciador* entre a gestão fraudulenta e a gestão temerária, o que metodologicamente parece equivocado. Nesse diapasão, afirma-se que,

---

Reg. no Agravo de Instrumento n. 714.266, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 05.2.2013. Essa tendência acaba se refletindo nos Tribunais Regionais Federais, mormente o da 3ª Região, como apreendido pela profunda pesquisa e análise efetuadas por FORNACIARI, Gauthama. *Gestão fraudulenta e temerária:* um estudo jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 136-150.

[770] DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio Machado de. *Leis penais especiais comentadas*, cit., p. 145.

[771] TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 31.

[772] COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 79. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 68 e p. 95; PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 53. Para Juliano Breda, porém, o fim especial do agente no cometimento do crime sob exame será relevante para a caracterização da fraude, a qual se encontra vinculada à busca de uma vantagem indevida ou à causação de um prejuízo. BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da lei 7.492/86*, cit., p. 118-119.

[773] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 69 e 96. José Carlos Tórtima descarta a opinião de tratar-se de delito de dano, conquanto a considere "perfeitamente defensável" diante dos termos do art. 2°, I, da Lei n. 6.024/74, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial das instituições financeiras; para Tórtima, o crime é de perigo concreto, visto que o dano exigível para o delito de gestão fraudulenta e temerária é aquele produzido contra o sistema financeiro nacional como um todo, e não contra a instituição financeira individualmente considerada. TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 39.

enquanto na primeira tem-se dolo direto, na segunda o dolo é eventual, e o agente assume o risco de ocasionar o resultado de dano ou de perigo[774].

Uma vez estudados os principais aspectos dogmáticos do delito de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, é chegado o momento de cotejá-los com a infidelidade patrimonial, em ordem a se verificar eventual lacuna de punibilidade suscitada pelo crime financeiro e, em consequência, de que maneira e em qual intensidade o delito previsto no art. 4º da Lei n. 7.492/1986 apreende o injusto da *Untreue*.

De saída, parece possível reconhecer que os dois comportamentos típicos delineados no art. 4° da Lei n. 7.492/1986 ostentam traços do delito de infidelidade patrimonial. Sim, porque, na intermediação de recursos financeiros entre agentes econômicos, função primordial do sistema financeiro de qualquer país, existe um descompasso temporal entre a tomada dos recursos e seu adimplemento, de modo que a *fidúcia* creditada às instituições financeiras e seus respectivos gestores emerge como elemento fundamental para assegurar a estabilidade da relação bancária[775]. Sob esse contexto, é inegável que a fraude representa, como corretamente destacam Luciano Feldens e Carrion, "uma das formas mais graves de rompimento da confiança"[776]. Sintomático, nesse sentido, o fato de o crime de gestão fraudulenta e temerária de instituição representarem um crime próprio ou, na caracterização de Claus Roxin, uma infração de dever, haja vista os encargos de retidão, lealdade, probidade e diligência que incidem sobre todos os controladores e administradores das instituições financeiras.

Nada obstante, o expediente fraudulento que caracteriza a ação típica da gestão criminosa tipificada no art. 4°, *caput*, da Lei n. 7.492/1986 não consubstancia o meio de execução do delito de *Untreue*. Neste, consoante aludido no decorrer deste trabalho, existe a sobreposição do interesse do administrador às finalidades especificadas pelo dono do patrimônio, o que, em essência, dispensa o ardil ou o engodo.

A distinção torna-se mais tênue, porém, em relação à gestão temerária, cuja configuração típica, consoante registrado anteriormente, não contempla a fraude,

---

[774] Cf. TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 39; COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 80.

[775] PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, cit., p. 449.

[776] FELDENS, Luciano; CARRION, Thiago Zucchetti. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, cit., p. 179.

traduzindo-se, embora nebulosamente, como a administração "arriscada" ou "impetuosa" da instituição financeira. A situação, aqui, se assemelha à discussão travada no âmbito da infidelidade patrimonial acerca da caracterização dos negócios de risco ou especulativos[777]. Naquela oportunidade assentamos que a solução dos negócios de risco deva ser concretizada no ambiente do *tipo objetivo* mediante a consideração dos fins estipulados pelo titular do patrimônio para a adequada demarcação do que é proibido e o que é permitido no contexto específico da infidelidade patrimonial. De fato, conforme aludido no curso deste trabalho, tais finalidades derivam explícita ou implicitamente do relacionamento interno estabelecido concretamente entre o sujeito ativo e o sujeito passivo; uma vez estabelecida essa relação interna, delineia-se o conteúdo do dever de guarda que constitui requisito do delito de infidelidade patrimonial.

Em termos de injusto, portanto, dadas as particularidades dos comportamentos incriminados, sobretudo o fato de eles serem levados a efeito sob o contexto de uma administração do patrimônio alheio mediante a violação de deveres de guarda, poder-se-ia afirmar que os crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira contêm elementos e traços do delito de infidelidade patrimonial.

A apreensão do injusto pelo crime financeiro, contudo, é parcial, e essa circunstância enseja inegáveis lacunas de punibilidade em relação a graves comportamentos praticados contra o patrimônio alheio. A *uma*, porque o art. 4° da Lei n. 7.492/1986 é exclusivo das administrações fraudulentas e temerárias perpetradas no âmago das *instituições financeiras* arroladas no art. 1º da Lei de Crimes de Colarinho Branco[778], deixando fora do raio de proteção penal todas as demais formas de gestão patrimonial que não apresentem essa singularidade. A *duas*, porque a infração penal estampada no art. 4° da Lei n. 7.492/1986 tem como sujeito passivo o Estado, ainda que se considere o patrimônio coletivo como objeto de tutela. Por consequência, o crime de gestão fraudulenta e temerária deixa à própria sorte não apenas a instituição que acabou sendo objeto da violação do dever de cuidado por seu

---

[777] Cf. item 3.7.1.

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

administrador, como também os depositantes e clientes da instituição financeira que amargaram prejuízo patrimonial.

Não fosse apenas isso, o delito financeiro protege bem jurídico de caráter difuso, transindividual, qual seja, a boa execução da política econômica do Estado, a higidez e o bom funcionamento do sistema financeiro nacional, o risco sistêmico à economia nacional, conceitos de pouca concreção e nenhum significado jurídico. Esse aspecto dogmático do tipo penal amplia demasiadamente a margem de incidência concreta do crime do art. 4° da Lei n. 7.492/1986, mormente se agregarmos que o delito prescinde de qualquer resultado para a sua consumação; em contrapartida, comina pena de reclusão de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa, para a gestão fraudulenta, e de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, para a gestão temerária de instituição financeira[779].

São muito diversos, pois, os campos de atuação da gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira e da infidelidade patrimonial. E, ainda que se admita que o injusto de um possa se sobrepor parcialmente, tal como círculos secantes, ao injusto do outro, parece certo que toda uma gama de interesses jurídicos relevantes remanesce desamparada em função da lacuna propiciada pela inexistência da *Untreue* no Brasil.

Há, em acréscimo, um problema concreto, derivado da compreensão fragmentada da essência do delito de administração desleal, e que acaba se refletindo na prática judiciária, gerando relevantes disfunções. Segundo a jurisprudência[780], *v.g.*, os gerentes de agências bancárias podem figurar como sujeito ativo do delito de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, ou de qualquer outro crime próprio da Lei n. 7.492/1986, ainda que detenham alçada no exercício de suas funções e limitada capacidade de gestão. Essa postura contraria a ideia de que a administração deve traduzir um amplo poder de controle ou conformação do patrimônio de outrem[781], e que, na inexistência dessa prerrogativa, o

---

[779] Cf. nesse sentido, LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial, cit., p. 46 e ss.

[780] STJ: AGREsp 1475677, Rel. Min. Nefi Cordeiro; AEREsp 1352043, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; AGRCC 128601, Rel. Min. Ericson Maranho (Desembargador Convocado); CC 125468, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada); AGREsp 917333, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; AGREsp 1104007, Rel. Min. Laurita Vaz; RHC 18183, Rel. Min. Paulo Gallotti.

[781] Nesse mesmo sentido, Daniel Laufer: "Não carece de esforço, portanto, para entender que se diretor é a pessoa que está à frente da instituição financeira (sociedade anônima), gerente é aquele que está à frente da instituição financeira (sociedades por cotas de responsabilidade limitada). Este raciocínio nada rebuscado é suficiente para barrar malfadada interpretação compreendida pela plena responsabilidade penal dos gerentes prepostos de instituição financeira, ou seja, aquela pessoa que comanda a filial ou ainda a matriz de determinada instituição financeira (pública ou privada) que se reveste da personalidade jurídica

comportamento ilícito do gerente encontraria amparo em outros tipos penais do ordenamento, como a apropriação indébita ou o peculato.

4.5.3. Infidelidade patrimonial e o delito de "apropriação indébita financeira"

Disciplinado no art. 5° da Lei n. 7.492/1986, o denominado crime de "apropriação indébita financeira" possui a seguinte redação: "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".

Ao contrário do que fora previsto originariamente no Anteprojeto da Comissão de Reforma, que condicionava a incriminação da apropriação financeira à necessidade de o objeto material ter sido recebido "em custódia ou depósito", o legislador optou pela aproximação do delito ora previsto no art. 5° da Lei n. 7.492/1986 à modalidade básica de apropriação (indébita) delineada no art. 168 do Código Penal[782], conferindo ao crime financeiro um caráter especial derivado exclusivamente do fato de o sujeito ativo ser próprio, isto é, encontrar-se no rol do art. 25 da Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional. Essa solução pareceu insuficiente aos olhos de Manoel Pedro Pimentel, na medida em que a essência do delito do art. 5° da Lei n. 7.492/1986, segundo Pimentel, não diz respeito propriamente à condição do sujeito ativo da infração penal, mas se o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel ou imóvel foi-lhe entregue em razão da qualidade de controlador ou administrador da instituição financeira[783].

A causa da posse ou detenção do agente emerge, assim, da sua posição de comando dentro da instituição financeira, de sorte que, não havendo esse nexo, poder-se-á cogitar

---

de sociedade anônima". LAUFER, Daniel. *Artigo 25 da Lei n. 7.492/86,* cit., p. 149; igualmente, PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 175.

[782] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 98-99. O crime se aproxima, ainda, para José Carlos Tórtima, do peculato, previsto no art. 312 do Código Penal. TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 43.

[783] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 55.

exclusivamente do crime patrimonial básico estampado no art. 168 do Estatuto Penal[784]. Melhor seria, portanto, que se mantivesse a redação desenhada pela Comissão de Reforma em ordem a apartar, de maneira mais clara, a apropriação indébita do Código Penal da infração penal especial perpetrada no seio das instituições financeiras.

No que tange ao bem jurídico, Manoel Pedro Pimentel defende a proteção da "boa execução da política econômica do Governo"[785]. O delito, porém, tem sido constantemente considerado pluriofensivo, protegendo, secundariamente, os "integrantes do mercado acionário"[786]. O "patrimônio daqueles que foram prejudicados com a *apropriação* ou a *negociação* de seus bens ou valores[787] também é considerado dentro do escopo de proteção do bem jurídico, mas de modo supletivo, quase acessório, à exceção de Cezar Roberto Bitencourt e de Juliano Breda, que vislumbram o desiderato primordial da proteção penal na "inviolabilidade patrimonial da própria instituição financeira, dos investidores, em particular, e da coletividade, em geral"[788]. A propósito, à semelhança do que ocorre com o delito de infidelidade patrimonial, embora sem dizê-lo expressamente, Bitencourt e Breda observam na apropriação indébita financeira uma forma de proteção da propriedade direta e indireta contra os *abusos* que possam vir a ser perpetrados pelos administradores das instituições financeiras no exercício de sua atividade profissional[789].

O crime do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 é *próprio*, visto que somente aqueles personagens arrolados no art. 25 da Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional podem praticá-lo[790]. Por consequência, ante a consideração de que o bem jurídico tutelado reflete-se na adequada execução de uma política governamental, Manoel Pedro Pimentel

---

[784] Cezar Bitencourt e Juliano Breda anotam a relevância do nexo entre a posse e a atividade financeira quando da análise do objeto material do delito, assinalando que ele haverá de ser necessariamente "bem, valor ou título *custodiado ou depositado na instituição*, derivando, daí e a esse título, a sua posse". BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 106. Também: TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 44-45.

[785] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 58.

[786] COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 84.

[787] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 58.

[788] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 100. Similar, TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 44.

[789] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 100.

[790] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 58.

entrevê o Estado como sujeito passivo principal, conquanto não descarte a possibilidade de eventuais prejudicados figurarem como sujeitos passivos secundários[791]. Em sentido diverso, atrelando o bem jurídico à ideia de inviolabilidade patrimonial, Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda sustentam que o sujeito passivo do crime será o titular do patrimônio atingido, pessoa física ou jurídica, de Direito Público ou Privado[792].

Da condição especial do sujeito ativo é possível depreender que não raro o delito do art. 5° Lei n. 7.492/1986 será levado a efeito sob uma relação de confiança ou fidúcia que o faz se aproximar da *Untreue*. Essa relação de confiança, porém, tal como sucede com a apropriação indébita, não representa um indispensável requisito típico do crime financeiro[793], sendo necessário, apenas, que a posse da coisa pelo agente tenha sucedido em razão da atividade desempenhada no interior da instituição financeira.

Tanto o comportamento previsto no *caput* como aquele do parágrafo único do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 são considerados materiais, não prescindindo de resultado concreto[794]. O fundamental é que a coisa sobre a qual recaia o comportamento criminoso – apropriação, desvio ou negociação – advenha às mãos do sujeito ativo de modo lícito, legítimo[795], ou seja, em função da atividade exercida junto à instituição financeira. Na ausência de *posse legítima*, cogitar-se-á, conforme o caso, de furto ou de estelionato, mas nunca de apropriação indébita[796]. O proveito obtido com o crime financeiro pode ser de qualquer natureza, dispensando-se que tenha caráter econômico[797].

---

[791] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 58. No mesmo tom: COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 84.

[792] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 103.

[793] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 100. Destacam Bitencourt e Breda que a disciplina normativa brasileira se distanciou dos modelos europeus, deixando de criminalizar o denominado *abuso de confiança* (p. 100).

[794] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 58; BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 113 e 114.

[795] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 105.

[796] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 105.

[797] Essa afirmação continua válida mesmo entre os penalistas que defendem a inviolabilidade patrimonial como interesse jurídico precipuamente tutelado no crime do art. 5° da Lei n. 7.492/1986, como Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 109.

A doutrina brasileira discute se o comportamento delituoso do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 perfaz-se exclusivamente com a apropriação, ou se, de outro lado, poder-se-ia cogitar também da mera detenção. Paulo Costa da Costa Jr., em perspectiva restritiva, preconiza que tipo penal não pode ser objeto de exegese extensiva; assim, ao não se prever a detenção na descrição típica, como seria preferível, a mera detenção somente pode ser compreendida no conceito de apropriação em favor do réu[798]. Essa opinião é compartilhada por Manoel Pedro Pimentel[799] e José Carlos Tórtima[800].

Demais disso, deve-se ter presente que a *negociação* tipificada no parágrafo único do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 amplia sensivelmente o âmbito de atuação do tipo penal, e eis aqui um ponto importante dentro da análise comparativa com a *Untreue*. Com efeito, para além do direito, do título ou de qualquer outro bem móvel de que se tem posse, o objeto material do crime de "apropriação indébita financeira" alcança os *bens imóveis que são comercializados sem autorização de quem de direito*. Não fosse isso, o tipo penal do parágrafo único do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 ainda dispensa que o proprietário do bem sofra algum prejuízo material com a negociação interditada para a sua caracterização[801].

É verdade que, do ponto de vista prático, o comportamento de negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito, pode parecer mais incomum, haja vista que, como observam Paulo José da Costa Jr., Maria Elizabeth Queijo e Charles Marcildes Machado, dificilmente haverá a possibilidade de aquele que ostenta mera posse, e não propriedade, negociar bem imóvel[802]. Não obstante essa pertinente ponderação, não se pode descartar a hipótese, sobretudo no contexto das instituições financeiras, de o credor constituir, sobre o imóvel, uma alienação fiduciária na forma da Lei n. 9.514/1997. Partindo do pressuposto de que, com o implemento da garantia, contrata-se a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa

---

[798] COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 84.

[799] Para Pimentel, "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*". PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 58-59.

[800] TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 45-46.

[801] TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 48.

[802] COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 85.

imóvel[803], e que, desta forma, o credor passa a ostentar a posse indireta do bem[804], parece plausível a possibilidade de o administrador da instituição financeira credora negociar o bem imóvel sem a autorização do devedor ou fiduciante, dando-se ensejo, assim, ao delito do parágrafo único do art. 5° da Lei n. 7.492/1986, uma vez verificada a ausência de pagamento, mas antes de constituído em mora o devedor, consoante determina o art. 25 da Lei n. 9.514/1997.

Apropriação indébita financeira na relação mandante-mandatário: na perspectiva de Cezar Roberto Bitencourt e de Juliano Breda, a relação jurídica estabelecida entre o mandante e o mandatário afasta o elemento subjetivo do crime de apropriação indébita financeira[805]. "A figura da *apropriação indébita financeira* – explicam Bitencourt e Breda – pressupõe a existência de *elemento subjetivo especial do injusto*, ou seja, a tomada do bem *alheio* em proveito próprio ou alheio"[806]. Os dois penalistas aparentemente não distinguem a que modalidade de delito de apropriação indébita financeira se referem, isto é, se a tal "tomada do bem alheio" configura elemento necessário de todas as três as figuras típicas delineadas no art. 5° da Lei n. 7.492/1986, ou se ela estaria restrita ao delito previsto na cabeça do art. 5° da Lei n. 7.492/1986. Ao mesmo tempo, Bitencourt e Breda recorrem a um argumento processual ligado à divisão do ônus de provar para demonstrar que o fato de o mandatário depositar em conta bancária valor por ele administrado não implica, automaticamente, a inversão do ônus probatório: "será da acusação – preconizam Bitencourt e Breda –, por certo, a obrigação de provar que o simples depósito bancário inverteu a natureza da posse"[807].

A presença desse injusto especial reclamado por Cezar Roberto Bitencourt e por Juliano Breda parece-nos necessária, contudo, apenas para a forma fundamental de apropriação financeira – prevista no *caput* do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 –, não se revelando imprescindível em relação às condutas de *desviar* e de *negociar*. De fato, para estes dois outros comportamentos, a tipicidade estaria condicionada somente ao ato consubstanciador

---

[803] Art. 22 da Lei n. 9.514/1997.

[804] Art. 23, parágrafo único, da Lei n. 9.514/1997.

[805] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 112.

[806] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 112.

[807] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 112.

do desvio[808] ou à negociação da coisa recebida no curso da atividade financeira, restando irrelevante, por conseguinte, qualquer ânimo de apropriação ou de tomada do bem como se dono efetivamente fosse, sobretudo na conduta de negociação sem a autorização de quem de direito, a qual dispensaria qualquer "dolo específico"[809].

Sob outro giro, consoante assentado alhures, é controversa, senão efetivamente incabível, a possibilidade de tipificar-se o delito do art. 168 do Código Penal sobre bens fungíveis, notadamente o dinheiro, visto que eles podem ser substituídos por outras coisas de mesma espécie, quantidade e qualidade. Entretanto, na seara dos crimes contra o sistema financeiro nacional, o art. 5°, *caput*, da Lei n. 7.492/1986 aparentemente supriu a lacuna de punibilidade vislumbrada no Código Penal, ao prever expressamente o dinheiro como objeto material das condutas de apropriação ou desvio[810].

Essa colmatação legislativa, todavia, afigurou-se insuficiente. A uma, porque a apropriação ou desvio de dinheiro só pode constituir crime se o numerário for recebido pelo sujeito ativo em razão de depósito ou custódia do ente financeiro. Concretamente: a apropriação e o desvio de valores levados a efeito *sem qualquer relação* com a atividade da instituição financeira, com o seu objeto social, revelar-se-ão penalmente atípicos, ainda que haja prejuízo patrimonial relevante para o investidor.

A duas, pois, como recorda José Carlos Tórtima, o dinheiro poderá ensejar o denominado *depósito irregular*, no qual o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Neste caso, o art. 645 do Código Civil determina que o depósito de coisas fungíveis regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo. Tendo presente que

---

[808] Como exemplifica José Carlos Tórtima, inegavelmente haveria desvio na conduta do responsável de uma instituição financeira que, recebendo recursos para realizar específico investimento em benefício do cliente, desvia os recursos para outra modalidade de aplicação pretendendo maior lucro, retendo a diferença para si próprio. Segundo Tórtima, "O desvio, coibido pela lei, ocorreu *in casu*, porque o agente, a rigor, *fez investimento para si próprio, usando o dinheiro do lesado,* pouco importando para a perfeita caracterização do ilícito, que posteriormente restitua a ele, para salvaguardar as aparências, a parte que corresponderia ao resgate da aplicação efetivamente ordenada pelo cliente". TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 47.

[809] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 60; COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 86.

[810] No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 114.

o art. 587 do Código Civil prevê que o mútuo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, não há falar-se, verdadeiramente, em apropriação[811].

O estudo do injusto e dos requisitos dogmáticos do delito de "apropriação indébita financeira" evidencia inúmeras semelhanças com o crime de infidelidade patrimonial. Deveras, se em relação à apropriação indébita aludíamos aos estreitos laços que unem o crime patrimonial do art. 168 do Código Penal à *Untreue*, é possível afirmar, sem exagero, que tal proximidade se torna ainda mais notória e palpável no cotejo com o delito do art. 5° da Lei n. 7.492/1986, mormente porque, afora a mera apropriação, também se incrimina o desvio e a negociação desautorizada de direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que o sujeito ativo tem a posse. Essa circunstância, somada ao fato de que a *causa da posse* deve estar atrelada ao exercício de uma função na instituição financeira, faz com que a "apropriação indébita financeira" represente a modalidade criminosa brasileira mais similar à infidelidade patrimonial.

De fato, em ambas o administrador exerce faculdades mais abrangentes relacionadas à disposição do patrimônio gerenciado que ultrapassam a concepção pura de apropriação. Na administração desleal essa prerrogativa provém da assunção fática, mas particularmente da lei, de um negócio jurídico ou da ordem emanada de uma autoridade, de dispor sobre os bens que compõem o patrimônio de outrem tal como fosse seu proprietário. No âmbito da instituição financeira, esse poder deriva do exercício da atividade de intermediação e de aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou mesmo da custódia de valores da propriedade de terceiros[812].

A propósito, seja na infidelidade patrimonial, seja na "apropriação indébita financeira", o conteúdo e os limites do dever de garante do patrimônio serão estabelecidos por ocasião da relação interna travada entre o administrador e o titular do patrimônio administrado. Consoante mencionamos anteriormente[813], as finalidades delineadas pelo

---

[811] TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 46-47. "Entretanto – pondera Tórtima – outra seria a situação se o dinheiro tivesse sido entregue com a finalidade previamente determinada (compra de ações, por exemplo) (p. 46-47).

[812] Art. 17 da Lei n. 4.595/1964: "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".

[813] Cf. item 3.7.

titular do patrimônio compõem a sua relação interna com o administrador e, assim, devem ser devidamente valoradas por ocasião da apreciação do risco permitido, em especial porque, na figura prevista no parágrafo único do art. 5° da Lei n. 7.492/1986, exige-o elemento normativo "sem autorização de quem de direito". Em consequência, toda negociação de direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel considerada autorizada pelo dono do patrimônio, ou mesmo em consonância com a relação interna da administração, será considerada penalmente atípica. E isso é de fundamental relevância no contexto das instituições financeiras, visto que as finalidades estipuladas pelo dono do patrimônio podem variar no tempo, e com elas também variam as relações internas. Com efeito, no momento de sopesar o abuso da relação interna, ou a existência de "autorização de quem de direito", deve-se, pois, examinar o perfil assumido na gestão – se conservadora, arriscada ou especulativa – para a mensuração do risco permitido no delito de administração desleal e para a autorização devida na apropriação indébita financeira.

Ademais, tanto na *Untreue* como na infração do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 o sujeito ativo empolga um poder de controle real sobre o patrimônio alheio que o coloca em posição singular e privilegiada para a agressão ao bem jurídico. Nos dois casos também é possível entrever uma relação de confiança e fidúcia entre o administrador e o dono dos bens administrados, mas essa relação é incidental, ou, mais precisamente, secundária, pois a característica que permeia as duas infrações penais é o dever jurídico de gerir o patrimônio em conformidade com os interesses do seu dono.

Ambos os delitos são (especiais) próprios e tutelam o patrimônio. Decerto que na administração infiel o patrimônio é protegido de modo mais abrangente, porquanto considerado globalmente, mas o resguardo conferido pelo crime do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 ao dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel ou imóvel entregue no curso de uma atividade de administração financeira não deixa de alcançar as relações patrimoniais dos clientes da instituição financeira, nomeadamente aquelas atinentes ao direito de propriedade, como referido corretamente por Cezar Bitencourt e Juliano Breda. Em outro dizer: tendo presentes os comportamentos tipificados no art. 5° da Lei n. 7.492/1986 e o objeto material sobre o qual eles recaem – dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel ou imóvel –, a proteção penal imediata parece incidir sobre a propriedade dos bens dados em custódia ou depósito a instituição financeira, e não sobre uma abstrata e quiçá etérea tutela da boa execução da política econômica do Governo.

Por derradeiro, tanto a "apropriação indébita financeira" como a infidelidade patrimonial condicionam a consumação delitiva à ocorrência de dano patrimonial ao sujeito passivo, ou seja, ao titular do patrimônio que estava sob administração do sujeito ativo. Os dois delitos corporificam, outrossim, crimes materiais.

Em resumo, são vários os elementos que aproximam o delito do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 à administração desleal. Do injusto que os sustenta aos requisitos dogmáticos que os delineiam, percebem-se numerosos pontos de contato entre a "apropriação financeira" e a *Untreue*, à exceção, talvez, de dois relevantes aspectos que corroborariam a imprescindibilidade de tipificação da infidelidade patrimonial no Brasil.

O *primeiro aspecto* diz respeito à amplitude de incidência do tipo penal: o crime do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 é monopólio de condutas cometidas no domínio das instituições financeiras[814]. Fora daí, a menos que o comportamento perpetrado traduza uma apropriação e, por conseguinte, encontre tipificação no art. 168 do Código Penal, as demais condutas quedarão impunes em virtude das lacunas de punibilidade atinentes às condutas de *desviar*[815] e, principalmente, *negociar* dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel ou imóvel, sobretudo porque esta não tem afim no ordenamento jurídico.

O *segundo aspecto* está relacionado à abrangência da ação típica: embora o legislador tenha previsto três modalidades de comportamentos através dos quais o agente realiza o delito do art. 5° da Lei n. 7.492/1986, quais sejam, apropriação, desvio e negociação, é fora de dúvida que eles não abarcam todas as faculdades de administração de um patrimônio alheio. Vale dizer: ainda que se entenda que o "negociar" do tipo penal de "apropriação financeira" refira-se, indistintamente, ao ato de "comerciar"[816], ou de "concluir uma operação mercantil ou financeira"[817], é certo que um importante plexo de situações jurídicas surgidas na esteira de uma administração patrimonial não seria alcançado pelo crime do art. 5°, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986, conquanto o seja à luz da *Untreue*. Assim, por exemplo, o uso abusivo de cartões de crédito cedidos pela instituição financeira a seus administradores, o uso indevido e a revelação de segredos industriais que causam prejuízo

---

[814] Consideradas como tais apenas aquelas arroladas no art. 1° da Lei n. 7.492/1986.

[815] Previsto, conforme visto, para o crime funcional de peculato (art. 312 do Código Penal).

[816] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 107.

[817] TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 48.

patrimonial, a violação das obrigações de controle da instituição financeira, a antecipação de dividendos colocando a instituição financeira em uma situação economicamente difícil e o não ajuizamento de uma ação de cobrança que enseja a prescrição e, por conseguinte, um dano patrimonial à companhia administrada.

Essas duas circunstâncias impelem, a nosso ver, que a infidelidade patrimonial seja instituída como tipo genérico na seara dos crimes contra o patrimônio, visando a atender os comportamentos desleais que, em razão dos limites dogmáticos hoje estabelecidos pela Lei n. 7.492/1986, quedariam à margem do crime do art. 5°. A forma e a abrangência dessa proposta *de lege ferenda* serão explicadas no Capítulo 5 desta tese.

4.5.4. Infidelidade patrimonial e o delito de "caixa dois"

O crime do art. 11 da Lei n. 7.492/1986, recorrentemente denominado de "caixa dois" pela doutrina brasileira[818], tem a seguinte definição: "Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa".

Analisando o tipo penal, Manoel Pedro Pimentel recorda que o texto de lei aprovado retirou a menção à "finalidade de obter vantagem indevida". Para esse autor, o registro expresso do elemento subjetivo do tipo fundamentaria a própria criminalização do comportamento[819]. Deveras, ao dispensar o fim específico na criação ou na manutenção do "caixa dois", o legislador, criticara Manoel Pedro Pimentel, ampliou demasiadamente o espectro do tipo penal, dando margem a acusações injustas[820].

---

[818] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 93; COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 103; TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 82; BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 163 e ss.

[819] "Se não houver esse fim escuso – preconizava Manoel Pedro Pimentel –, não há por que proibir sejam mantidos e movimentados recursos à margem da contabilidade legal, ou paralelamente a ela, pois o comportamento poderá ser lícito, em certos casos". PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 92.

[820] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 92. Com a mesma óptica crítica: COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 103; TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 81.

Não obstante, a lógica por detrás dessa crítica doutrinária residiria, na perspectiva de Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda, em um motivo mais prosaico, haja vista ser possível, e até mesmo conveniente, segundo esses dois penalistas, a manutenção de uma contabilidade "auxiliar" com o desiderato de "melhor acompanhar, no cotidiano, a movimentação de sua empresa, de uma maneira mais informal"[821].

Seja como for, o delito do art.11 da Lei n. 7.492/1986 tutelaria, segundo a doutrina nacional, a adequada execução da política econômica do Estado, acentuando Manoel Pedro Pimentel que outros bens jurídicos poderão ser atingidos, como a fé pública, o patrimônio e até a ordem tributária, hipótese na qual prevalecerá a sonegação fiscal[822].

O crime é mera conduta, dispensando-se, pois, a produção de resultado naturalístico ou mesmo a obtenção de qualquer proveito econômico[823]. A manutenção reclamaria habitualidade, configurando, portanto, um delito de natureza permanente[824].

Sob o prisma do sujeito ativo, tratar-se-ia de crime próprio, de acordo com Manoel Pedro Pimentel, só podendo cometê-lo aquele agente arrolado no art. 25 da Lei n. 7.492/1986[825]. Essa condição sugere um vínculo com a instituição financeira e um correspondente poder de controle sobre o patrimônio de outrem, que, no caso, pode ser tanto a própria sociedade anônima como seus clientes. O sujeito passivo principal, por sua vez,

---

[821] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 164. "Nesse tipo de conduta – esclarecem Bitencourt e Breda – não haveria nenhuma ilegalidade ou imoralidade, pelo contrário, seria até uma forma de controlar a operacionalização efetiva do setor contábil da instituição" (p. 164).

[822] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 92. Tórtima menciona um peculiar interesse na proteção da "boa execução da política de arrecadação tributária". TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 81. Também, COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 104.

[823] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 92. Sustentando tratar-se de crime formal: BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 168; TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 83.

[824] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 94-95.

[825] COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 103-104; PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 93; TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 83. Contra: BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 165.

seria o Estado, enquanto titular do bem jurídico protegido pelo crime, não se descartando que outras pessoas lesadas figurem eventualmente como vítimas do delito[826].

Conquanto não exista previsão expressa no tipo penal do art. 11 da Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional, a doutrina brasileira tem defendido a caracterização desta infração penal crime *somente* em relação às contabilidades paralelas mantidas no bojo de instituições financeiras[827]. Sendo assim, havendo a manutenção ou a movimentação de recursos ou valores paralelamente à contabilidade de pessoa jurídica ou de pessoa física que não se enquadre no conceito do art. 1º da Lei n. 7.492/1986, remanescerá tão somente delito contra a ordem tributária ou falsidade ideológica[828].

O crime, por fim, demanda complementação, uma vez que se condiciona a tipificação à "contabilidade exigida pela legislação", revelando, por conseguinte, uma *norma penal em branco*. O complemento provém, atualmente, do Banco Central do Brasil, nomeadamente da Circular n. 1.273/1987, que disciplina o chamado "Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF".

Infidelidade patrimonial e o delito de "caixa dois". Existe, sem dúvida, um laivo de infidelidade patrimonial no art. 11 da Lei n. 7.492/1986. Consoante aludimos no item 3.1.4 da presente pesquisa, a criação de um "caixa dois" efetivamente diminui o poder de controle e de supervisão do titular do patrimônio em relação à gestão do administrador e torna incerta, quiçá impossível, a recuperação do dinheiro por parte de seu dono. Dessarte, a implementação de uma contabilidade paralela *sem o consentimento do titular do patrimônio* administrado caracteriza o delito de administração desleal, ainda que o sujeito ativo tenha pretendido beneficiar o sujeito passivo, uma vez que a tipicidade da conduta deve ser analisada no plano da tipicidade objetiva.

Além disso, tal como nos demais crimes contra o sistema financeiro analisados neste capítulo, o delito de "caixa dois" reflete um *crime próprio*; essa circunstância aponta que o

---

[826] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional,* cit., p. 93.

[827] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 93; BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 166; TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 83.

[828] Nesse mesmo sentido: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio Machado de. *Leis penais especiais comentadas*, cit., p. 166-167.

sujeito ativo haverá de ocupar uma posição de destaque em face do bem jurídico, além, obviamente, de um efetivo domínio sobre a instituição financeira.

As semelhanças, porém, cessam aí. *Em primeiro lugar*, porque a infração penal do art. 11 da Lei n. 7.492/1986 circunscreve-se às instituições financeiras, ensejando manifesta lacuna de punibilidade em relação às pessoas físicas e jurídicas que não se inserem no art. 1° da Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional. Nesse sentido, a subsunção da contabilidade paralela aos crimes de sonegação fiscal[829] e de falsidade ideológica[830] não apreende adequadamente o injusto da administração desleal, particularmente porque a criação ou a manutenção de um "caixa dois" frustra uma relação interna que, no contexto da gestão do patrimônio alheio, deve ser marcada pela *transparência*. Ou seja, ainda que haja a substituição da posição do titular do patrimônio pelo administrador, aquele não perde a prerrogativa, de resto inerente à sua condição de dono, de se inteirar e, principalmente, *supervisionar* a forma pela qual seus bens estão sendo administrados. Esse procedimento de subsunção parcial de um comportamento infiel em delitos com fundamentos político-

---

[829] Art. 1° da Lei n. 8.137/1990: "Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V. Art. 2° Constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa".

[830] Art. 299 do CPB: " Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte".

criminais e características dogmáticas bem diferentes da *Untreue* não deixa de constituir mais um atentado ao postulado da legalidade.

Em segundo lugar, porque a tutela de uma "adequada execução da política econômica do Estado" oculta, em verdade, que o bem jurídico merecedor de proteção penal radica essencialmente nos interesses patrimoniais da instituição financeira indevidamente administrada e, secundariamente, no patrimônio dos depositários, correntistas e demais clientes lesados pela criação da contabilidade paralela. Decerto não descartamos que a existência de um "caixa dois" prejudique a atividade de acompanhamento do sistema financeiro nacional, bem como a análise, a avaliação do desempenho e o controle das demonstrações financeiras, em ordem a verificar a real situação econômico-financeira da instituição e conglomerados financeiros[831]. Entretanto, essa importante função fiscalizatória de índole administrativa parece se encontrar mais atrelada à evitação de um "risco sistêmico", ou, mais claramente, de quebra de uma instituição financeira, do que propriamente baseada num bem jurídico concreto e palpável.

4.5.5. Infidelidade patrimonial e o delito de empréstimo vedado

O delito do art. 17 da Lei n. 7.492/1986, conhecido como "empréstimo vedado"[832], tem a seguinte descrição típica: "Tomar ou receber crédito, na qualidade de qualquer das pessoas mencionadas no art. 25, ou deferir operações de crédito vedadas, observado o disposto no art. 34 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. 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; II – de forma disfarçada, promover a distribuição ou receber lucros de instituição financeira".

A conduta incriminada no art. 17 da Lei n. 7.492/1986 não constituiu uma novidade no ordenamento jurídico, pois o tipo penal do art. 177, § 1°, III, do Código Penal já contemplava genericamente a ilicitude penal dos denominados "empréstimos vedados"[833].

---

[831] Cf. Circular n. 1273/1987 do Banco Central do Brasil.

[832] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 128-129.

[833] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 127. Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda, porém, parecem enxergar maior semelhança da infração penal delineada no

Houve, contudo, uma inovação importante com o advento da Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional, pois, enquanto a conduta descrita no Código Penal destina-se exclusivamente às sociedades por ações, o art. 17 da Lei n. 7.492/1986 aplica-se, em princípio, a toda forma de instituição financeira, constitua-se ela ou não sob a forma de companhia[834]. No plano extrapenal, um antecedente legislativo direto da infração penal e *também agora seu complemento* se encontra no art. 34 da Lei n. 4.595/1964, cuja redação foi recentemente alterada pela Lei n. 13.506/2017, que dispõe precipuamente sobre o processo administrativo sancionador na esfera do Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários[835].

---

inciso III do art. 177 do Código Penal ao crime de apropriação indébita, com a ressalva de que aquele dispensa o *animus apropriandi*, limitando-se o abuso do patrimônio alheio ao seu uso indevido. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 220.

[834] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 131. Registre-se, contudo, a despeito da posição de Manoel Pedro Pimentel, que o art. 25 da Lei n. 4.595/1964 determina expressamente que "as instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima, devendo a totalidade de seu capital com direito a voto ser representada por ações nominativas".

[835] Art. 34. É vedado às instituições financeiras realizar operação de crédito com a parte relacionada (...). § 3º Considera-se parte relacionada à instituição financeira, para efeitos deste artigo: I – seus controladores, pessoas físicas ou jurídicas, nos termos do art. 116 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976; II – seus diretores e membros de órgãos estatutários ou contratuais; III – o cônjuge, o companheiro e os parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau, das pessoas mencionadas nos incisos I e II deste parágrafo; IV – as pessoas físicas com participação societária qualificada em seu capital; e V – as pessoas jurídicas: a) com participação qualificada em seu capital; b) em cujo capital, direta ou indiretamente, haja participação societária qualificada; c) nas quais haja controle operacional efetivo ou preponderância nas deliberações, independentemente da participação societária; e d) que possuírem diretor ou membro de conselho de administração em comum. § 4º Excetuam-se da vedação de que trata o *caput* deste artigo, respeitados os limites e as condições estabelecidos em regulamentação: I – as operações realizadas em condições compatíveis com as de mercado, inclusive quanto a limites, taxas de juros, carência, prazos, garantias requeridas e critérios para classificação de risco para fins de constituição de provisão para perdas prováveis e baixa como prejuízo, sem benefícios adicionais ou diferenciados comparativamente às operações deferidas aos demais clientes de mesmo perfil das respectivas instituições; II – as operações com empresas controladas pela União, no caso das instituições financeiras públicas federais; III – as operações de crédito que tenham como contraparte instituição financeira integrante do mesmo conglomerado prudencial, desde que contenham cláusula contratual de subordinação, observado o disposto no inciso V do art. 10 desta Lei, no caso das instituições financeiras bancárias; IV – os depósitos interfinanceiros regulados na forma do inciso XXXII do *caput* do art. 4º desta Lei; V – as obrigações assumidas entre partes relacionadas em decorrência de responsabilidade imposta a membros de compensação e demais participantes de câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários e suas respectivas contrapartes em operações conduzidas no âmbito das referidas câmaras ou prestadores de serviços; e VI – os demais casos autorizados pelo Conselho Monetário Nacional. § 5º Considera-se também realizada com parte relacionada qualquer operação que caracterize negócio indireto, simulado ou mediante interposição de terceiro, com o fim de realizar operação vedada nos termos deste artigo. § 6º O Conselho Monetário Nacional disciplinará o disposto neste artigo, inclusive a definição de operação de crédito, de limites e de participação qualificada.

Antes do advento da Lei n. 13.506/2017 a doutrina sustentava que o art. 17 da Lei de crimes de colarinho branco era uma infração de mera conduta, que independe da ocorrência de qualquer resultado e que prescinde de elemento subjetivo especial[836]. Essa asserção não foi alterada com a recente modificação legislativa; o crime de "empréstimo vedado" subsiste como delito de mera conduta no ordenamento jurídico brasileiro, mas agora a tipicidade do comportamento delineado no *caput* do art. 17 da Lei n. 7.492/1986, qual seja, tomar ou receber crédito, na qualidade de qualquer das pessoas mencionadas no art. 25, ou deferir *operações de crédito vedadas*[837], depende diretamente da regulamentação disposta no art. 34 da Lei n. 4.595/1964.

No que tange ao bem jurídico, tem-se sustentado tradicionalmente a tutela da boa execução da política econômica do Estado, protegendo-se, secundariamente, outros interesses jurídicos, como a fé pública e o patrimônio de terceiros que detêm algum vínculo com a instituição financeira[838]. Ou seja, mais uma vez está-se diante de um crime

---

[836] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 133. Ressalta Pimentel que, "Se dano houver, consistente em prejuízo alheio, ou se indevida vantagem for obtida, em favor próprio ou de terceiro, tais resultados influirão no *quantum* da pena, agravando politicamente as condutas, mas pertencerão ao conceito de crime exaurido" (p. 134).

[837] Substanciais, nesse sentido, as alterações empreendidas pela Lei n. 13.506/2017, ao majorar o espaço do risco permitido na forma do art. 34, § 4º, da Lei n. 4.595/1964, a saber: "§ 4º Excetuam-se da vedação de que trata o *caput* deste artigo, respeitados os limites e as condições estabelecidos em regulamentação: (Incluído pela Lei n. 13.506, de 2017) I – as operações realizadas em condições compatíveis com as de mercado, inclusive quanto a limites, taxas de juros, carência, prazos, garantias requeridas e critérios para classificação de risco para fins de constituição de provisão para perdas prováveis e baixa como prejuízo, sem benefícios adicionais ou diferenciados comparativamente às operações deferidas aos demais clientes de mesmo perfil das respectivas instituições; (Incluído pela Lei n. 13.506, de 2017) II – as operações com empresas controladas pela União, no caso das instituições financeiras públicas federais; (Incluído pela Lei n. 13.506, de 2017) III – as operações de crédito que tenham como contraparte instituição financeira integrante do mesmo conglomerado prudencial, desde que contenham cláusula contratual de subordinação, observado o disposto no inciso V do art. 10 desta Lei, no caso das instituições financeiras bancárias; (Incluído pela Lei n. 13.506, de 2017) IV – os depósitos interfinanceiros regulados na forma do inciso XXXII do *caput* do art. 4º desta Lei; (Incluído pela Lei n. 13.506, de 2017) V – as obrigações assumidas entre partes relacionadas em decorrência de responsabilidade imposta a membros de compensação e demais participantes de câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários e suas respectivas contrapartes em operações conduzidas no âmbito das referidas câmaras ou prestadores de serviços; e (Incluído pela Lei n. 13.506, de 2017) VI – os demais casos autorizados pelo Conselho Monetário Nacional. (Incluído pela Lei n. 13.506, de 2017) § 5º Considera-se também realizada com parte relacionada qualquer operação que caracterize negócio indireto, simulado ou mediante interposição de terceiro, com o fim de realizar operação vedada nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei n. 13.506, de 2017) § 6º O Conselho Monetário Nacional disciplinará o disposto neste artigo, inclusive a definição de operação de crédito, de limites e de participação qualificada. (Incluído pela Lei n. 13.506, de 2017)"

[838] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 133; COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 118.

pluriofensivo[839]. A particularização do objeto penal de proteção, porém, revela que a incriminação tem lastro nas práticas abusivas e nepotistas capazes de colocar em risco o equilíbrio financeiro dos entes bancários[840]. De fato, sob uma perspectiva econômica, as vedações às denominadas operações de crédito entre partes relacionadas representam óbices à criação de uma situação de favorecimento na concessão de crédito, isto é, que os agentes bancários incidam em conflito de interesses em detrimento da instituição financeira administrada e também dos seus clientes por força do depósito bancário[841].

O crime do art. 17 da Lei n. 7.492/1986 é próprio, de modo que somente os agentes indicados no art. 25 da Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional é que têm a aptidão jurídica de perpetrá-lo[842]. Trata-se, em acréscimo, de crime de perigo presumido; dar-se-á a consumação com a mera conduta de tomar ou receber crédito, ou deferir operações de crédito vedadas, descabendo cogitar, assim, de dano ou prejuízo[843].

Empréstimo vedado e infidelidade patrimonial. Tem razão Nilo Batista quando afirma que o crime do art. 17 da Lei n. 7.492/1986 insere-se "na polêmica classe dos chamados *delitos de infidelidade*"[844]. Deveras, o delito de empréstimo vedado contempla situações nas quais existe uma violação da obrigação de salvaguarda do patrimônio alheio

---

[839] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 220.

[840] TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 108.

[841] SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. Operações de crédito dentro de grupos financeiros: governança corporativa como complemento à regulação bancária. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos S. F. de; WARDE, Walfrido Jorge (Ed.). *Grupos de sociedades:* organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 6-7. Com efeito, destacam Bruno Salama e Viviane Muller que a teleologia da vedação à concessão de empréstimos a empresas coligadas está baseada em três ideias principais: assegurar a higidez do sistema financeiro, garantir a proteção da poupança popular e reduzir as distorções no mercado de crédito. Sobre a necessidade de garantir a proteção da poupança popular, Salama e Muller são enfáticos ao referir a relação de confiança com os clientes da instituição financeira, e que "esta confiança se quebra quando o banco faz uso dos recursos depositados pelo público para fins outros que não a maximização de seu valor ao longo do tempo". *Operações de crédito dentro de grupos financeiros: governança corporativa como complemento à regulação bancária*, cit., p. 7.

[842] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 133. Sustentando a hipótese de crime de mão própria: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio Machado de. *Leis penais especiais comentadas*, cit., p. 181.

[843] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 135; COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*, cit., p. 120. Analisando criticamente a consideração do delito de empréstimo vedado como crime de perigo presumido, Nilo Batista adverte a necessidade de certos temperamentos a essa postura, que, a despeito de majoritária, parece relegar o princípio da lesividade e o fato de que, no âmbito das instituições financeiras, os empréstimos configuram "uma autêntica situação de *risco* permitido". BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86, cit., p. 327.

[844] BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86, cit., p. 319.

submetido à administração financeira, sobretudo no que toca às duas figuras delineadas no parágrafo único do art. 17 da Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional, quais sejam, o agente que, em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, concede ou recebe adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo, e, de forma disfarçada, promove a distribuição ou receber lucros de instituição financeira.

Com efeito, sem ingressar na pertinência da crítica doutrinária lançada sobre a suposta imprecisão conceitual do termo "lucros"[845], a formatação do tipo penal indica, ao menos parcialmente, uma modalidade de conduta infiel ou abusiva perpetrada pelo administrador em detrimento da instituição financeira e, por consequência, de seus acionistas e depositantes, que acaba por acarretar um prejuízo de natureza patrimonial[846].

O mesmo sucede inegavelmente com a concessão ou recebimento de adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, e com a distribuição ou recebimento disfarçado de lucros de instituição financeira, comportamentos que, a par de prescindirem, ao menos sob a égide do art. 17 da Lei n. 7.492/1986, de dano patrimonial, consubstanciam condutas desleais em face da relação interna estabelecida no ambiente da instituição financeira entre o sujeito ativo e o sujeito passivo.

Sob outro giro, a doutrina brasileira tem entendido majoritariamente que a simples utilização de bens móveis ou imóveis, ou, ainda, o uso dos haveres sociais da instituição financeira, como títulos e dinheiros, não pode ser enquadrado no art.17 da Lei n. 7.492/1986, pois o uso não se confunde ou mesmo configura espécie de adiantamento ou a antecipação de honorários, salários, remuneração e antecipação disfarçada de lucros[847]. De fato, os limites da legalidade estrita impõem a atipicidade de tais condutas à luz da Lei n. 7.492/1986,

---

[845] A crítica pode ser sintetizada com base na opinião de José Carlos Tórtima, segundo a qual houve equívoco do legislador na utilização do vocábulo "lucros", que se afastou tanto do conceito de índole jurídica como do de caráter econômico, tornando inaplicável o dispositivo penal. Tórtima refuta, ainda, a possibilidade de compreender "lucros" como sinônimo de vantagem indevida em razão do postulado da taxatividade. TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 113-116. Também críticos: BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 230-233.

[846] "Sujeito passivo – recorda José Carlos Tórtima – é a própria instituição financeira, vulnerada em seu patrimônio pelas práticas lesivas de controladores e administradores e também o Estado, maior interessado na confiabilidade do SFN". TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 117.

[847] BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, cit., p. 225-226; PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 134; TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 111.

conquanto se reconheça nelas uma patente quebra da fidúcia que bem poderia ser enquadrada na *Untreue* se houvesse previsão legal.

4.6. Conclusão: a necessidade de criação da infidelidade patrimonial brasileira

Como observou Giuseppe Zuccalà, em quase todos os setores do ordenamento jurídico se fala em fidelidade, embora não exista um tratamento unitário do tema, sobretudo no âmbito do Direito Penal, visto que as normas jurídicas que cuidam do tema invariavelmente atendem a aspectos particulares para elaborar a incriminação[848]. A situação não é diferente no Brasil. Deveras, consoante demonstrado no curso deste capítulo, o ordenamento jurídico brasileiro contempla inúmeras infrações penais que, em maior ou menor medida, a depender de seu lastro político-criminal e de sua configuração dogmática, tangenciam o injusto do delito de infidelidade patrimonial. Essa situação é manifestamente palpável no crime patrimonial de apropriação indébita do art. 168 do CPB, no crime funcional de peculato-desvio previsto no art. 312, *caput*, do CPB e nos delitos financeiros de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, e "apropriação indébita financeira", tipificados, respectivamente, nos artigos. 4° e 5° da Lei n. 7.492/1986. Isso não significa que os demais crimes analisados não apresentam traços de infidelidade, mas apenas que, nesses específicos casos, a violação da relação interna de confiança criada entre o sujeito ativo e o sujeito passivo não se revela assim tão notória.

Não obstante, mesmo nas hipóteses supostamente mais claras de ruptura da relação de fidúcia, é possível perceber importantes lacunas de punibilidade derivadas dos limites dogmáticos inerentes à ação típica de cada norma penal incriminadora. É assim, por exemplo, no crime de apropriação indébita, porquanto restrito às coisas corpóreas infungíveis que chegam às mãos do sujeito ativo com uma certa dose de vigilância, e no delito de gestão fraudulenta ou temerária, na medida em que circunscrito aos comportamentos perpetrados exclusivamente no âmbito das instituições financeiras, sem mencionar, obviamente, a péssima técnica legislativa empregada na redação do tipo penal, e a apregoada inconstitucionalidade em virtude da quebra do princípio da taxatividade. Similar limite existe, ainda, na denominada "apropriação indébita financeira", que, a despeito de

---

[848] ZUCCALÀ, Giuseppe. *L'infedeltà nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1961. p. 1.

poder ser perpetrada também por intermédio do “desvio” e, principalmente, da “negociação” de bens imóveis sem autorização, não alcança um vasto conjunto de atos praticados no exercício da administração do patrimônio alheio.

Em verdade, o legislador brasileiro parece ter esquecido que existe uma enorme gama de comportamentos penalmente relevantes cujo fator aglutinador radica na circunstância de que o agente possui, dada a sua especial e legítima relação com o patrimônio alheio, a possibilidade concreta de lesioná-lo por meios distintos e substancialmente mais graves do que sucede com as figuras delituosas que vigem atualmente no ordenamento jurídico-penal e que incorporam apenas um fragmento do mal que fundamenta a *Untreue*.

O legislador pátrio também parece ter olvidado que o Direito Societário brasileiro não se resume às sociedades que, na particularizada forma do art. 1° da Lei n. 7.492/1986, captam, intermedeiam ou aplicam recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou que realizam a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Deveras, existe uma extensa variedade de pessoas jurídicas não financeiras cuja preservação do patrimônio social e funcionamento adequado consonante com o objeto social estipulado representam, na atualidade, elementos de fundamental importância na sociedade capitalista moderna.

O fato de o Direito Penal brasileiro não prever o crime de infidelidade patrimonial e, em consequência, não apreender integralmente o injusto daqueles comportamentos cometidos por quem está dentro do círculo obrigacional do titular do patrimônio administrado acarreta um efeito duplamente nefasto que tem passado despercebido pela jurisprudência e, em parte, pela doutrina, consoante mencionamos no início deste trabalho: a violação do princípio da legalidade estrita e da proibição da analogia criminalizante. Sim, porque, se de um lado deixam-se de castigar comportamentos lastreados em um injusto perfeitamente delimitado que, por sua vez, atentam contra um bem jurídico que indiscutivelmente merece proteção penal (patrimônio), em contrapartida, à falta de um tipo penal que se amolde à perfeição à situação concreta, o operador do Direito se vê impelido a formular uma solução *ad hoc* baseada exclusivamente na crença profana de que, por alguma razão, o fato era merecedor de sanção. Ao realizar este exercício, o aplicador da norma cederá à tentação de “esticar” o alcance da ação típica e dos demais elementos dogmáticos de um delito contra o patrimônio ou de um crime contra o sistema financeiro nacional e, em consequência, o subsumirá a um tipo penal que não apreende, ou apreende somente

parcialmente, o injusto da infidelidade patrimonial, causando uma notável violação da regra da legalidade estrita.

Eis, pois, a razão e a causa da necessidade de criação do crime de administração desleal no Brasil. Colmatar as lacunas de punibilidade, promover uma eficaz implementação do sistema penal de proteção ao patrimônio quando a agressão partir de quem tem o dever de protegê-lo e impedir que o aplicador da norma penal incriminadora lance mão de analogias, interpretações analógicas, interpretações extensivas e outros subterfúgios hermenêuticos que, mercê de atenderem a um chamado de justiça material e paridade para a resolução de uma situação concreta, frequentemente atentam contra o princípio da legalidade e da proibição da analogia *in malam partem*.

Nossa proposta de criação de uma infidelidade patrimonial brasileira não pode ficar restrita, contudo, ao reconhecimento de lacunas de punibilidade no ordenamento pátrio e transgressões ao postulado da legalidade penal. Ela passa, com efeito, pela revisão do contexto político-criminal que permeia a concepção da *Untreue* no Brasil, pela análise dos requisitos dogmáticos que comporão o crime de administração desleal nacional e respectiva sanção, além de perquirir sobre uma necessária descriminalização e decorrente readequação do sistema penal de proteção ao patrimônio.

Todas essas considerações serão objeto de pesquisa no próximo e último capítulo, que, aliás, condensa a nossa "contribuição original à ciência jurídica brasileira".

Antes, porém, faz-se necessário um breve, mas imprescindível, preâmbulo acerca das cautelas materiais e formais que devem cercar a proposta de criação de qualquer norma penal incriminadora sob o contexto do Estado Democrático de Direito.

5. PROPOSTA PARA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5.1. Considerações gerais acerca da elaboração de tipos penais

A tarefa de elaborar tipos penais é extremamente complexa, quer porque a norma jurídica que define o crime e impõe sanções deva ser, por expresso mandamento constitucional[849], uma lei em sentido estrito ou formal, quer porque ela deva se afigurar prévia, determinada, taxativa, em ordem a apartar os comportamentos proibidos daqueles permitidos e impedir o arbítrio estatal através de indevidas ampliações interpretativas.

Além disso, essa tarefa não pode ser fruto de um ato de vontade egoísta e arbitrário do legislador diante da autonomia empolgada por cada cidadão. O Estado, em síntese, não pode fazer o que quer – ou mesmo o que entenda seja necessário –, mas apenas refletir a conclusão, fundada em sólidos critérios de política-criminal, de que o castigo se tornou legítimo, racional e, principalmente, necessário[850]. Não por outro motivo, a propósito, o princípio da intervenção mínima, recorda Gonzalo Rodríguez Mourullo, representa um dos postulados fundamentais da moderna política criminal[851].

Sob esse contexto, o modelo normativo adotado pelo legislador penal haverá de refletir impreterivelmente uma descrição axiológica e teleológica de comportamentos tidos como socialmente insuportáveis e individualmente intoleráveis. "A verdade é que – pondera Manoel Pedro Pimentel –, antes de ser tipificada na lei penal, a conduta já deve ser reprovável"[852]. Essa irrenunciável "correspondência interna" com as exigências de Justiça,

---

[849] Art. 5°, XXXIX, da Constituição da República.

[850] A esse mesmo Estado, pondera Ricardo Robles Planas, incumbe o papel de desenvolver mecanismos que salvaguardem as condições institucionais de liberdade, de modo que, "em termos gerais, nossa cessão de liberdade não vá mais além do que o necessário para que o Estado organize procedimentos institucionais destinados a garantir a autonomia dos cidadãos". ROBLES PLANAS, Ricardo. Introducción a la edición española: dogmática de los límites al derecho penal. In: *Límites al derecho penal:* principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 33, tradução livre.

[851] RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Estudios de derecho penal económico*, cit., p. 41.

[852] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*, cit., p. 39. Essa circunstância refere-se ao *conceito material de delito* a que alude Claus Roxin. Deveras, segundo Roxin, o conceito material de crime é anterior ao Código Penal, e serve para subsidiar o legislador nas soluções político-criminais sobre aquilo que pode e aquilo que não pode ser punido. ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. I – fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 51.

a par de conferir um necessário conteúdo substantivo à função do legislador, representa um claro tributo ao princípio material do Estado de Direito[853].

Embora não existam regras devidamente assentadas para a elaboração de uma "teoria geral da lei penal" que possa servir de guia para a eleição de comportamentos que exigiriam castigo, é possível indicar alguns critérios através dos quais o procedimento de elaboração de uma lei penal seja conduzido por uma dose mínima de *racionalidade*.

Nesse contexto, o *critério da necessidade* criado por Binding constitui uma bússola segura para o legislador promover determinada conduta selecionada no seio da sociedade à categoria de crime. Com efeito, para Binding, o Estado somente pode impor pena quando ela realmente se afigurar necessária; e ela se afigurará necessária, sustenta Binding, toda vez que o mal de não castigar para o próprio Estado supere o mal de castigar, ou seja, quando o direito de castigar alguém se transforme em um *dever*[854].

No mesmo sentido, José Luis Díez Ripollés, inspirado em Atienza, defende que um legítimo procedimento racional de elaboração de leis penais, e não apenas um conjunto de ferramentas de análise de leis penais já existentes no ordenamento jurídico, deve refletir cinco racionalidades: uma *racionalidade ética*, que demarcaria o âmbito de atuação das demais racionalidades, uma *racionalidade teleológica*, que estabeleceria os objetivos buscados dentro desse âmbito, e as racionalidades *pragmática*, *jurídico-formal* e *linguística*, que se sucederiam às duas primeiras em uma relação de instrumentalidade[855]. A racionalidade ética permeia as demais modalidades de racionalidade, e sua legitimidade encontra-se assentada em profundas e sedimentadas convicções culturais da sociedade; nela, por exemplo, estão lastreados alguns princípios que ensejariam os contornos básicos de uma intervenção penal legítima, como o *princípio da proteção*, pertinente à função limitadora do Direito Penal, o *princípio da responsabilidade*, relacionado aos requisitos mínimos que a norma incriminadora deve ostentar para que alguém se considere penalmente responsável, e

---

[853] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal:* parte general. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 134.

[854] ROBLES PLANAS, Ricardo. Introducción a la edición española: dogmática de los límites al derecho penal, cit., p. 35-36.

[855] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*: práctica y teoría. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 90 e ss.

o *princípio da sanção*, vinculado aos fundamentos da reação estatal como resposta ao comportamento[856].

Sobre o mesmo tema, Manoel Pedro Pimentel preconiza a existência de três aspectos que deverão ser observados para a formatação da norma penal: a) formal; b) estrutura interna; e c) conteúdo[857]. O aspecto formal diz respeito ao modo pelo qual a norma é exteriorizada e transmitida à sociedade, vale dizer, à forma concretamente veiculada no tipo penal. A estrutura interna compõe-se do preceito e da sanção, isto é, do comportamento incriminado abstratamente e da correspondente pena ou medida de segurança cominadas. O conteúdo da lei penal, por derradeiro, prende-se à "proteção conferida aos bens ou interesses juridicamente relevantes, valorados pelo legislador"[858].

Por fim, em comentário de grande utilidade para a proposta de criminalização que será desenhada mais à frente, preconiza Rodríguez Mourullo que a adoção do princípio da intervenção mínima no Direito Penal aconselha que se restrinja o campo de incidência típica aos comportamentos dolosos aptos a produzirem uma lesão ou perigo de lesão, desde que, particularmente sobre o último caso, a conduta seja descrita pelo legislador de modo suficientemente claro e preciso, e a possibilidade de dano efetivo ao bem jurídico encontre-se efetivamente enraizada em regras de experiência[859].

Uma vez reconhecido o *mal especial* que justifica a criação do delito e assentada a necessidade impreterível de sua criação nos moldes do balanço de Binding, impõe-se analisar as principais *características formais* que devem integrar a norma penal incriminadora para que, ao depois, seja possível elaborar proposta constitucionalmente conformada e juridicamente adequada da versão brasileira do tipo penal de *Untreue*.

A norma penal que cria delito e impõe sanção deve ser clara, determinada, precisa, e isso decorre menos de uma questão de ordem pragmática baseada na necessidade de o mandamento legal ser compreendido pela sociedade do que de uma derivação política do princípio constitucional da legalidade[860] e da função de garantia intrínseca à norma penal no

---

[856] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*, cit., p. 91 e ss.

[857] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal económico.* São Paulo: RT, 1973. p. 60-61.

[858] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal económico.* São Paulo: RT, 1973. p. 61.

[859] RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Estudios de derecho penal económico*, cit., p. 41.

[860] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. I, cit., p. 141.

Estado Democrático de Direito[861]. Não é por outra razão, aliás, que o princípio da taxatividade ou do mandato de certeza da lei, no ponto em que repudia a utilização de termos ambíguos e vagos na elaboração do tipo penal e na estipulação da pena, tem como seu destinatário principal o próprio legislador[862].

No Brasil, a Lei Complementar n. 95/1998, que dispõe sobre a "elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis" em atenção ao disposto no art. 59, parágrafo único, da Constituição da República, indica alguns parâmetros de redação legislativa que, conquanto não formulados especificamente para a área criminal, serão de grande utilidade na elaboração da proposta de criação de um tipo penal.

Assim, a Lei Complementar n. 95/1998 estabelece que as "disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica"[863]. Para *obtenção de clareza*, o legislador deverá usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, usar frases curtas e concisas e construir as orações na ordem direta, "evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis"[864]. Ademais, deve-se buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente, e o uso judicioso dos recursos de pontuação, evitando os abusos estilísticos[865].

Para a *obtenção de precisão* do texto legal, deve-se articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar a perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma, e expressar a ideia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando, pois, o emprego de sinonímia, bem como o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto uso de expressões locais ou regionais[866].

Pois bem. A proposta de criação do delito de infidelidade patrimonial no ordenamento jurídico brasileiro que será apresentada a seguir baseia-se em sólidos critérios políticos-criminais relacionados, principalmente, ao fato de os crimes hodiernamente

---

[861] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, cit., p. 142 e ss.

[862] LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, cit., p. 24.

[863] Art. 11.

[864] Art. 11, I, alíneas "a", "b" e "c".

[865] Art. 11, I, alíneas "d" e "e".

[866] Art. 11, II.

contemplados no Direito Penal brasileiro se revelarem incapazes de apreender corretamente o injusto da *Untreue* e de assegurar proteção efetiva contra as agressões cometidas pelos sujeitos (administradores) que detêm uma posição privilegiada em face do bem jurídico tutelado (patrimônio do administrado). De fato, como destacamos particularmente nos Capítulos 2 e 4 desta tese acadêmica, o injusto que lastreia a administração desleal não se limita à ruptura de uma relação de confiança, isto é, na mera ideia de infidelidade, mas na percepção de que o administrador de um patrimônio alheio ostenta faculdades mais abrangentes de disposição e de contração de obrigações do patrimônio administrado que ultrapassam, e muito, as fronteiras da apropriação indébita.

Nesse contexto, recorde-se que o agente da infidelidade patrimonial *se substitui* ao dono do patrimônio em razão do exercício de uma atividade de administração. Essa transferência de papéis confere ao administrador um poder real de conformação sobre o patrimônio de outrem, de sorte que pode dispor dos interesses patrimoniais que estão sob o seu controle sem precisar recorrer a qualquer outro crime contra a propriedade ou o patrimônio. Em contrapartida, essa substituição outorga ao administrador o dever de salvaguardar o patrimônio administrado e desempenhar a administração em conformidade com as finalidades e os desejos do seu titular. A partir do momento em que o administrador assume a incumbência de zelar pela condução do patrimônio pertencente a um terceiro, ele passa a exercer uma posição de garante que, frise-se, não existe tanto por força de uma determinação legal, de uma ordem, ou de um negócio jurídico, mas em função de ele ter assumido faticamente o encargo de preservar a integridade do patrimônio.

Feitas essas breves considerações gerais sobre os cuidados materiais e formais que devem ser observados por ocasião da elaboração da norma penal incriminadora, e uma vez assentados o contexto político-criminal e o injusto que fundamenta a criação do delito de *Untreue* no Brasil, passa-se à *proposta de tipificação* que representa o objeto deste trabalho. Entendemos necessária a criação do seguinte tipo:

> Infidelidade patrimonial
>
> Art. 168-B. Abusar dos poderes de administração de um patrimônio alheio que lhe foram incumbidos por lei, ordem legal ou negócio jurídico, com o fim de obter vantagem de qualquer natureza em benefício próprio ou de outrem, mediante infração do dever de salvaguarda, causando prejuízo ao patrimônio administrado:

> Pena – reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.
>
> § 1° Compreende-se como prejuízo patrimonial a diminuição do patrimônio, a perda de uma oportunidade fundamentada de obtenção de um incremento patrimonial esperado e a frustração de um fim almejado pelo titular do patrimônio.
>
> § 2º A pena aumenta-se de um a dois terços se o crime for cometido na administração de pessoa jurídica de direito privado.
>
> § 3° A pena será de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime for cometido na administração de instituição financeira, assim consideradas aquelas definidas no art. 1º da Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986.
>
> § 4º Sem prejuízo das penas previstas no *caput* deste artigo, o juiz poderá aplicar a pena de inabilitação temporária pelo prazo de até 5 (cinco) anos para o exercício do cargo de administrador de pessoa jurídica de direito privado.
>
> § 5º A ação penal proceder-se-á mediante representação.

5.2. Requisitos dogmáticos do delito de infidelidade patrimonial brasileiro

Acolhida a classificação comumente empregada para catalogar os fatos puníveis[867], pode-se extrair da leitura do tipo penal do delito de infidelidade patrimonial proposto para o cenário brasileiro que ele consubstancia um crime *próprio*, *unissubjetivo*, *material*, de *dano*, *doloso*, no mais das vezes *instantâneo*, de *ação livre*, de *natureza patrimonial*, e que pode ser cometido tanto pela *ação* como pela *omissão (imprópria)*.

Os elementos objetivos e subjetivos que compõem a *Untreue* brasileira serão examinados a seguir. Por ora, vale registrar que a aventada infidelidade patrimonial foi situada no Título II do Código Penal brasileiro ("Dos crimes contra o patrimônio"), e inserida num eventual art. 168-B por constituir um elementar crime contra o patrimônio, e por representar, em conjunto com a apropriação indébita delineada no art. 168, *caput*, dois dos mais significativos atentados ao patrimônio alheio "a partir de dentro", conquanto,

---

[867] Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. I, cit., p. 327 e ss.; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 106 e ss.; BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral, t. 2º, cit., p. 143 e ss.

obviamente, ambos os delitos expressem graus diversos de injusto e de reprovabilidade, consoante referido várias vezes durante o transcurso deste trabalho.

Optou-se, ainda, pela inserção de um hoje inexistente art. 168-B por força das diretrizes impostas pela Lei Complementar n. 95/1998[868] e diante da necessidade de assegurar a coerência e o encadeamento lógico dos dispositivos penais, muito embora o legislador brasileiro de outrora[869] não tenha tido a mesma precaução metodológica quando da criação do crime do art. 168-A do Código Penal ("apropriação de contribuição previdenciária"), cuja natureza, a bem da verdade, melhor se amolda aos crimes contra a ordem tributária e previdenciária do que aos crimes patrimoniais[870].

De acordo com a nossa proposta, a infidelidade patrimonial brasileira deve ser tipificada como "tipo penal genérico", nos moldes do § 266 do Código Penal alemão e do artigo 173, 7, do Código Penal argentino. Outrossim, aplicar-se-á o eventual art. 168-B a toda modalidade de administração do patrimônio alheio, independentemente de ele ter se revelado no contexto de uma sociedade. Julgamos que, assim, o sugerido dispositivo terá a aptidão de alcançar a integralidade das relações jurídicas estabelecidas entre pessoas físicas e uma massa patrimonial pertencente a outrem, como sucede na tutela, na curatela, na curadoria da herança jacente e no inventariante com a herança.

A administração desleal levada a efeito no bojo das pessoas jurídicas também foi contemplada. Conforme ressaltamos alhures, o relevante papel das sociedades empresárias na economia moderna e a constatação de que muitas das sofisticadas condutas delituosas submetidas ao Direito Penal Econômico são gestadas no interior dos entes coletivos que se dedicam à exploração da atividade econômica impõem que se preveja castigo penal para a

---

[868] Art. 12, III: "A alteração da lei será feita: (...) III – nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras: (...) b) é vedada, mesmo quando recomendável, qualquer renumeração de artigos e de unidades superiores ao artigo, referidas no inciso V do art. 10, devendo ser utilizado o mesmo número do artigo ou unidade imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem suficientes para identificar os acréscimos".

[869] O art. 168-A foi introduzido pela Lei n. 9.983/2000.

[870] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 18-19; ESTELLITA SALOMÃO, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2001. p. 213 e ss.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 253. Além disso, o tipo penal do art. 168-A apresenta elementares diversas daquelas que integram a apropriação indébita, e nem sequer incrimina a conduta de "apropriar-se", como seria até mesmo intuitivo. Nesse sentido: EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Dialética, 2002. p. 203.

infidelidade patrimonial cometida no âmbito societário[871]. Neste caso, estipulamos uma causa especial de aumento de pena de um a dois terços quando o crime for cometido na administração de pessoa jurídica de direito privado, por considerarmos que a lesão patrimonial produzida nesses casos abrange interesses patrimoniais mais amplos e diversificados, seja pela proteção imediata ou direta do patrimônio social da pessoa jurídica, seja em função da tutela mediata ou indireta dos cotistas e dos acionistas.

Não previmos um "tipo conjugado" de administração desleal na linha do Direito Penal português e espanhol, pois a proposta de tipificação contemplada nesta tese restringe-se à criação de uma *infidelidade patrimonial praticada entre particulares*, ou seja, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Entendemos que, nesses casos, as lacunas de punibilidade se afiguram mais evidentes e, por conseguinte, exsurgem mais frequentes as violações do princípio da reserva legal ante a utilização de tipos penais que não apreendem, ou apreendem parcialmente, o injusto da infidelidade patrimonial. Deveras, a despeito de reconhecermos que o delito de peculato corporifica uma versão segmentada de *Untreue* no campo do Direito Público, o fato de ele proteger o patrimônio público contra quem tem o dever de salvaguardá-lo (funcionário público) por intermédio de abrangentes condutas típicas (apropriação e desvio) e indicar um amplo rol de objetos materiais (dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular), e, ainda, exigir, para a consumação delitiva, a ocorrência de efetivo dano ao bem jurídico tutelado, sugere que as eventuais lacunas de punibilidade estariam virtualmente colmatadas sem a necessidade imediata de uma readequação dos crimes contra a Administração Pública.

Não fosse isso, consoante tivemos a oportunidade de ressaltar anteriormente, o estudo das razões político-criminais e dos requisitos dogmáticos de uma administração desleal de bens públicos cometida por funcionários públicos, de que são exemplos os crimes de administração danosa do Direito Penal português, e de *malversación* do Direito Penal espanhol, ultrapassaria o objeto e os limites deste trabalho.

As instituições financeiras, a seu turno, mereceram destaque na projetada infidelidade patrimonial brasileira. O art. 168-B, § 2°, prevê que, se a infidelidade patrimonial for praticada na administração de instituição financeira, assim consideradas aquelas definidas no art. 1º da Lei n. 7.492/1986, a pena será de reclusão, de 2 (dois) a 8

[871] Nesse sentido, FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, cit., p. 420-421.

(oito) anos, e multa. Esta figura penal representa um crime qualificado derivado[872] da forma fundamental descrita na cabeça do art. 168-B do Código Penal, cuja sanção mais grave reflete, para nós, um desvalor substancialmente acentuado dos comportamentos perpetrados no ambiente das instituições financeiras. Com efeito, conquanto se admita que, mesmo na administração das instituições financeiras, o bem jurídico da administração desleal continua sendo o patrimônio da própria instituição e, indiretamente, dos interesses patrimoniais de seus acionistas, não se pode descartar a relevante função que tais entes desempenham em relação à captação da poupança popular, além, obviamente, da intermediação de recursos financeiros entre os vários agentes econômicos.

Demais disso, havendo infidelidade patrimonial no exercício da administração de uma instituição financeira com a consequente e irrenunciável produção de dano, emerge como efeito da consumação do crime a possibilidade concreta do denominado pânico financeiro e de uma inevitável corrida bancária apta a acarretar a insolvência de uma ou mesmo de diversas instituições financeiras pela incidência do efeito dominó. A possibilidade nada remota de um risco sistêmico à economia nacional pelo advento do dano patrimonial causado pelo comportamento infiel justifica, pois, a criação de uma forma qualificada de *Untreue* vocacionada às instituições financeiras.

5.2.1. Elementos objetivos do delito de infidelidade patrimonial brasileiro

A sugestão de criação do tipo penal que ora vem a lume contempla, a nosso ver, os principais requisitos objetivos e subjetivos do crime de infidelidade patrimonial. Nessa medida, ele tem a aptidão de resolver vários dos problemas que foram denunciados no decorrer deste estudo acadêmico. Muitos desses requisitos foram, inclusive, abordados no Capítulo 3 desta tese, de modo que, nesta ocasião, limitar-nos-emos a indicar como o delito contido no art. 168-B do Código Penal brasileiro foi objetivamente delineado.

Bem jurídico: o projetado art. 168-B tutela o patrimônio. Trata-se, com efeito, de bem jurídico perfeitamente delineado, de incontroversa relevância penal, e de longo histórico de proteção pelo Direito Penal. Dessarte, a ideia de quebra da relação de confiança ou de fidúcia sai do foco do âmbito de proteção da norma penal incriminadora e passa a integrar seu devido

[872] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*, cit., p. 189 e ss.

lugar, qual seja, como meio através do qual o ataque ao bem jurídico é perpetrado, privilegiando-se, dessa maneira, o princípio da ofensividade.

No item 3.1 foram amplamente discutidas as concepções teóricas formuladas em torno do conceito de patrimônio, e já naquela oportunidade tivemos o ensejo de mencionar que a *teoria pessoal* era aquela que melhor se adaptava à essência do crime de administração desleal. Deveras, parece-nos efetivamente que a teoria pessoal do patrimônio apreende, com maior precisão, a noção de que, no delito de administração desleal, a lesão patrimonial é cometida por quem voluntariamente *substitui o titular do patrimônio no exercício da administração*. Disso decorre que a forma e os limites da administração do patrimônio serão estabelecidos em conformidade com os desejos pessoais delineados pelo dono do patrimônio administrado. Em consequência, o patrimônio deixa de ser observado sob uma perspectiva estática, passando a ser compreendido como uma realidade dinâmica e mutável, tal como a pessoa que o titulariza.

Sob o contexto da concepção pessoal, haverá prejuízo quando demonstrada a frustração de uma finalidade assumida por ocasião da gestão do patrimônio alheio com alguma potencialidade econômica, ou, mais precisamente, quando existir algum obstáculo ou a redução do poder de disposição do titular sobre os meios econômicos disponíveis e a respectiva produção de dano ou frustração às finalidades econômicas perseguidas pelo titular do patrimônio. Em contrapartida, não se poderá cogitar de dano patrimonial quando o resultado produzido pela administração desleal estiver em consonância com a relação interna do titular do patrimônio e do administrador. Dada a repercussão do dano patrimonial na configuração do delito de administração desleal, julgamos oportuno especificar no tipo penal do art. 168-B que a frustração de uma finalidade perseguida pelo titular do patrimônio equivale juridicamente a um prejuízo patrimonial[873]. Essa providência atende, a nosso ver, ao postulado da taxatividade e do mandato de certeza da norma penal incriminadora, na medida em que descortina uma clara opção pelo acolhimento da concepção pessoal do patrimônio.

De mais a mais, a teoria pessoal também atende às pessoas jurídicas. Como salientamos no item 3.1.1.4.1, se pela óptica da concepção pessoal o patrimônio representa o feixe de finalidades a ele atribuídos pelo titular, haveria nos entes coletivos uma inegável

---

[873] Com opinião semelhante, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, cit., p. 119.

conotação finalística, na medida em que toda pessoa jurídica é criada com uma finalidade expressamente declarada no contrato social ou no estatuto, e ostenta um objeto social. A proteção penal do patrimônio encontra-se fundamentada, em suma, no desenvolvimento da sua personalidade jurídica, a qual pode ser compreendida com base nos fins conferidos por seus sócios por ocasião do ato de constituição, do conteúdo do objeto social no caso das sociedades empresárias, ou mesmo de diversos outros marcos normativos estabelecidos entre o controlador e o titular do patrimônio.

Sujeito ativo e sujeito passivo. Como salientamos acima, o crime do art. 168-B é um *crime próprio*, uma vez que o sujeito ativo precisa empolgar uma especial qualidade fática relacionada à administração de um patrimônio alheio. Ao dispor que o administrador comete o delito quando infringe o "dever de salvaguarda", a proposta de infidelidade patrimonial nacional corporifica um delito especial de garantidor. Na linha dos modelos adotados pela Alemanha, Espanha, Portugal e Argentina, indicamos expressamente no tipo penal que as fontes do dever de proteção do patrimônio se encontram na lei, em uma ordem legal emanada de autoridade, ou em um negócio jurídico. É certo que a obrigação de "preocupar-se" com a higidez do patrimônio administrado somente surge com a assunção fática de um compromisso material. Por essa razão, a enumeração expressa das fontes dos deveres de proteção no preceito primário da norma penal incriminadora emergiria, em princípio, supérflua e juridicamente ociosa. Optamos, contudo, por prestigiar o postulado da taxatividade ou do mandato de certeza da lei penal, partindo do pressuposto de que a indicação explícita das fontes de onde promanam as obrigações de guarda patrimonial do sujeito ativo evitariam interpretações dúbias e uma consequente insegurança jurídica na eventual aplicação concreta do tipo penal de *Untreue*.

O *sujeito passivo* do alvitrado art. 168-B do Código Penal brasileiro será o titular ou o dono do patrimônio administrado. Como assentamos alhures, essa condição será tanto da pessoa física como da pessoa jurídica, a depender da relação de administração do patrimônio que se estabeleça no caso concreto. Em havendo infidelidade patrimonial praticada na administração de pessoa jurídica, será esta que figurará como sujeito passivo do delito, pois o patrimônio social, bem jurídico tutelado, pertence a ela, e não aos seus sócios, cotistas ou acionistas considerados individualmente.

5.2.1.1. A ação típica do delito de infidelidade patrimonial brasileiro

Merece destaque à parte a análise do comportamento selecionado para compor o tipo brasileiro de administração desleal. De acordo com o modelo sugerido, a ação incriminada perfaz-se em "abusar dos poderes de administração de um patrimônio alheio". Entendemos que a fórmula utilizada reflete a essência do injusto, na medida em que "abusar dos poderes de administração" significa exercer de modo indevido ou desmesurado as faculdades de administração que recaem sobre o patrimônio alheio, ou, mais precisamente, em contrariedade aos interesses do titular do patrimônio. O núcleo verbal do tipo, por sinal, não constitui novidade no vigente ordenamento jurídico brasileiro, que o contempla nos delitos de violação de correspondência comercial[874], abuso de incapazes[875] e induzimento à especulação[876]. Particularmente no caso da violação de correspondência comercial, o abuso que condiciona a ação criminosa tem a conotação de "mau uso", de "usar mal"[877], em um sentido que guarda muita semelhança com o que foi utilizado para a definição da conduta típica em nossa proposta de tipificação.

Sob esse contexto, note-se que deixamos de propor uma expressa tipificação das condutas de "dispor do patrimônio" ou de "contrair obrigações", como ocorre nos modelos alemão e italiano, por compreender que o dinamismo e a variedade que assume a atividade de gestão do patrimônio de terceiro frequentemente transbordam esses dois particulares comportamentos. Ademais, seria tarefa extremamente complexa, senão impossível, arrolar em um dispositivo penal todas as modalidades através das quais o administrador, na

---

[874] Art. 152. Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho seu conteúdo. Pena – detenção, de três meses a dois anos. Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

[875] Art. 173. Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro. Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.

[876] Art. 174. Abusar, em proveito próprio ou alheio, da inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental de outrem, induzindo-o à prática de jogo ou aposta, ou à especulação com títulos ou mercadorias, sabendo ou devendo saber que a operação é ruinosa. Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

[877] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 193 e p. 445. No mesmo sentido, Rogério Greco, que ainda destaca existir no abuso uma quebra do dever de lealdade: "a lei penal fala em *abusar*, aqui utilizado no sentido de se valer indevidamente da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial. Ou seja, a empresa deposita confiança naqueles que, em tese, concentram seus esforços para que ela possa ter sucesso, progredir, crescer. Existe, portanto, um dever de lealdade, de fidelidade, onde deve reinar a confiança. Pode, entretanto, essa confiança ser quebrada, surgindo, daí, a situação de abuso". *Direito penal:* parte especial, introdução à teoria geral da parte especial, crimes contra a pessoa. Niterói: Impetus, 2005. v. II. p. 677.

sociedade e economia modernas, pode prejudicar o patrimônio de outrem abusando do poder de conformação que lhe foi validamente conferido.

De outro lado, a administração desleal concebida no art. 168-B tem a aptidão de abranger os *deveres positivos*, isto é, aqueles que impõem a melhoria e o incremento do patrimônio de terceiro, e os *deveres negativos*, de modo que o dever de guarda do administrador também contempla a obrigação de não causar danos ao patrimônio administrado. Essa circunstância deriva da ideia de que a assunção do encargo de administração do patrimônio de outrem acarreta uma espécie de substituição ou de transferência na qual o administrador passa a ocupar o espaço jurídico de configuração do patrimônio pertencente ao titular, que o cede total ou parcialmente para ser gerido em consonância com seus desejos e finalidades.

Por derradeiro, ante a estrutura típica alvitrada, sustentamos que a *Untreue* local admitirá comportamento comissivo e também omissivo impróprio, na esteira do que tem preconizado a doutrina majoritária para a generalidade das infidelidades patrimoniais. Evidentemente que, nesta hipótese, uma vez divisada a prática de conduta omissiva imprópria, será imperioso preencher o conteúdo do dever de garante para fundamentar a atribuição de responsabilidade penal ao administrador, consoante tivemos a oportunidade de analisar no item 3.6.1 deste estudo acadêmico.

5.2.1.2. O resultado do delito de infidelidade patrimonial brasileiro

A proposta de incriminação condiciona a tipificação da *Untreue* à produção de um prejuízo patrimonial. Não se renunciou, pois, ao "ponto arquimédico" do delito de administração desleal de que falava Schünemann. De resto, todos os modelos estrangeiros indicam a concretização do prejuízo patrimonial como *conditio sine qua non* do delito. No caso do art. 168-B do Código Penal, o dano patrimonial necessariamente decorrerá da infração de um dever de salvaguarda do patrimônio alheio proporcionado por um comportamento prévio de abuso de prerrogativas administrativas.

Dessa forma, o sugerido delito de infidelidade patrimonial segue a sorte dos demais atentados patrimoniais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, visto que delineados, em sua maior parte, por intermédio de crimes materiais, de dano ou de lesão, repelindo-se, por consequência, os comportamentos que traduzem mero perigo patrimonial. Julgamos que,

para além de representar uma derivação dogmática do injusto penal e uma salutar reverência ao princípio da ofensividade, a exigência de realização do resultado no tipo penal constitui uma forma de obstar a excessiva criminalização da livre-iniciativa, estremando os comportamentos verdadeiramente graves daqueles que denotam um simples exercício da atividade econômica.

O § 1° do art. 168-B estabelece que o prejuízo patrimonial compreenderá a diminuição do patrimônio *e* a perda de uma oportunidade fundamentada de obtenção de um incremento patrimonial esperado. Supomos necessário esse esclarecimento expresso no tipo penal em ordem a evitar distorções interpretativas e, consequentemente, uma aplicação deficitária do delito de administração desleal. Com efeito, como tivemos o ensejo de assinalar no curso desta pesquisa, a ideia de dano ou de prejuízo está intimamente ligada ao conceito penal de patrimônio. Outrossim, o conceito que o Direito Penal emprestará ao patrimônio interferirá inegavelmente no âmbito de incidência do tipo de infidelidade patrimonial.

Sob essa perspectiva, a diminuição do patrimônio será aferida pelo método do saldo global, como tem sido reconhecido majoritariamente pela doutrina e pela jurisprudência, sobretudo na Alemanha[878]. De outro lado, ao dispor que o prejuízo patrimonial também alcançaria a perda de uma oportunidade fundamentada de obtenção de um incremento patrimonial esperado, o modelo proposto de *Untreue* tem a capacidade de abranger as expectativas baseadas em direitos subjetivos, como o direito de cobrar uma indenização, o pagamento de um empréstimo etc., e aquelas situações nas quais o administrador tenha acesso imediato à fonte de enriquecimento, ou seja, quando a realização do negócio lucrativo para o administrado dependa exclusivamente do comportamento do administrador, independentemente da intervenção de terceiros.

Como derivação lógica do acolhimento da concepção pessoal do patrimônio, equiparamos a frustração de um fim almejado pelo titular ao prejuízo patrimonial. Os motivos pelos quais entendemos a teoria pessoal mais vocacionada à composição do patrimônio na conjuntura da administração desleal foram declinados no decorrer deste trabalho, inclusive neste capítulo, quando da abordagem do bem jurídico tutelado pelo alvitrado art. 168-B do Código Penal. Não obstante, por ora basta repisar que cada

---

[878] Cf. item 3.1.3.

modalidade de administração assume uma identidade própria, decorrente diretamente das expectativas esperadas pelo titular ou titulares do patrimônio. A identidade conferida à gestão deve, portanto, integrar o conceito de patrimônio e ser considerada por ocasião da valoração do prejuízo patrimonial e da subsequente tipicidade da infidelidade patrimonial. Assim, tal como definido no § 1° do art. 168-B, existirá prejuízo patrimonial quando caracterizado um desvio ou uma frustração das expectativas assumidas por ocasião da gestão do patrimônio alheio.

Por fim, uma explicação necessária. A análise dos modelos de incriminação da administração infiel e de outras formas de agressão patrimonial revela que não é comum o legislador indicar expressamente no tipo penal uma dada concepção teórica de patrimônio, deixando essa função para a resolução casuística. No caso concreto, seguimos caminho diverso. Não apenas porque entendemos que a teoria pessoal confere qualificada proteção ao patrimônio à vista de sua relação jurídica com o titular ou se melhor adapta às vicissitudes por que passa o patrimônio no tempo, mas porque razões de segurança jurídica e de taxatividade impelem que arrolemos circunstanciadamente todos os requisitos do delito no tipo penal. Deveras, como declinamos no item 3.1.3, à exceção da obra de Alamiro Velludo Salvador Netto[879], a doutrina nacional não tem discutido com percuciência o conceito de patrimônio para o Direito Penal. Muitas vezes o assunto é debatido indiretamente visando a resolução de uma determinada situação, não se perquirindo sobre as implicações patrimoniais concretas à luz de uma concepção jurídica, econômica, mista ou pessoal. A menção da teoria pessoal na parte final do proposto § 1º do art. 168 do Código Penal atende, portanto, à necessidade de se estabelecer um ambiente interpretativo seguro através do qual a projeção da personalidade do indivíduo no bem jurídico seja adequadamente protegida, evitando-se, com isso, o aparecimento de indevidas lacunas de punibilidade.

5.2.2. Elemento subjetivo do delito de infidelidade patrimonial brasileiro

A infidelidade patrimonial foi projetada como delito exclusivamente doloso, seguindo, nesse passo, todos os paradigmas de incriminação analisados no Capítulo 1. Entendemos, com efeito, que a culpa se afiguraria incompatível com a administração desleal,

---

[879] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit.

notadamente aquela perpetrada no ambiente da gestão das pessoas jurídicas e das instituições financeiras. Deveras, além de a punição pela negligência não fazer parte da tradição do Direito Penal patrimonial brasileiro, a infidelidade patrimonial culposa seria desaconselhável sob o prisma político-criminal. Concretamente: sua eventual tipificação teria a potencial capacidade de obstaculizar o pleno exercício da atividade econômica e, no limite, paralisar a produção e a comercialização de bens e serviços, acarretando gravíssimos prejuízos para o desenvolvimento do sistema financeiro nacional e da própria economia. Parece sintomático, nesse sentido, o fato de que são raríssimos os crimes culposos na seara do denominado Direito Penal Econômico.

Além disso, do ponto de vista dogmático, a previsão de uma *Untreue* culposa esvaneceria a delimitação entre o dolo eventual e a culpa consciente, notadamente no cometimento dos negócios de risco ou especulativos, nos quais o administrador deliberadamente realiza uma operação que gera um risco ao patrimônio administrado tendo a expectativa de que ela acabe repercutindo em benefício deste mesmo patrimônio.

Sob esse contexto, julgamos necessário criar um elemento especial do injusto ao agregar ao dolo a necessidade de o agente cometer o abuso das faculdades de administração do patrimônio alheio "com o fim de obter vantagem de qualquer natureza em benefício próprio ou de outrem". Não olvidamos, esclareça-se, a opinião de parte da doutrina no sentido de que a inserção de um requisito especial no tipo subjetivo que o promovesse à categoria de um delito de "tendência interna intensificada"[880] seria írrita, supérflua, haja vista que isso não aportaria relevância e nem ofensividade ao crime[881].

Todavia, parece-nos certo que a exigência deste fim específico na conduta do agente enaltece o princípio da taxatividade e fornece subsídio dogmático hábil para apartar aquelas administrações desleais levadas a efeito mediante dolo eventual – que não é repudiado pela configuração empregada no art. 168-B do Código Penal, diga-se de passagem – daquelas que representam fruto de decisões negociais equivocadas, conquanto admissíveis sob o

---

[880] Cuja nota característica radica na circunstância de a ação delitiva ser dominada pela direção empregada pela vontade do sujeito ativo. Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, cit., p. 342-343; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I cit., p. 317 e ss.

[881] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, cit., p. 102; ROSAL BLASCO, Bernardo Del. Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del artículo 295 del Código Penal de 1995, cit., p. 1270. Também crítico, acrescentando que a inclusão de elementos especiais do injusto melhor se amoldaria às figuras dos crimes de perigo, MATA Y MARTIN, Ricardo Manuel. Estructura fundamental del delito de administración desleal, cit., p. 1563-1564.

contexto de administrações com perfil agressivo ou especulativo[882]. Assim, emergirão penalmente atípicos os comportamentos infiéis cometidos no bojo de uma administração do patrimônio alheio toda vez que não incida o especial fim de obter uma vantagem para o próprio administrador ou para um terceiro[883].

Nesse passo, note-se que a forma sugerida para a composição do elemento especial do injusto contenta-se com a busca de vantagem de "qualquer natureza", de sorte que a *Untreue* dispensa o *animus lucri faciendi*, como, por sinal, tem preconizado a doutrina majoritariamente. E, como adiantado anteriormente, mesmo a perseguição de um benefício econômico ao patrimônio administrado não afasta o crime de administração desleal, pois a tipicidade da conduta deve ser compreendida no plano da tipicidade objetiva, mais precisamente na ruptura do dever de salvaguarda incidente sobre o agente.

5.2.3. As penas do delito de infidelidade patrimonial brasileiro

Uma vez analisados os principais requisitos objetivos e subjetivos que compõem o tipo penal de infidelidade patrimonial proposto, é chegado o momento de justificar o preceito secundário que foi selecionado para o art. 168-B do Código Penal.

Antes, contudo, é preciso relembrar que, afora encontrar-se jungido indissociavelmente ao princípio da legalidade estrita[884], e, por conseguinte, mostrar-se necessariamente determinado[885] ao estabelecer, com rigorosa precisão, os patamares mínimo e máximo do castigo que se imporá ao autor do crime, o apenamento previsto na segunda

---

[882] Como destaca Nieto Martín, as ferramentas da teoria da imputação objetiva podem não ser convenientes para a adequada aferição do que é e o que não é permitido. Dessarte, a "colocação em perigo da empresa buscando um benefício egoísta ou de um terceiro é sem dúvida um fato merecedor de pena, que se distingue com claridade de simples erros de gestão. No mundo dos negócios existe sempre risco, de modo que se este ao final se transforma em prejuízo estará onipresente a sombra do dolo eventual". NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 287, tradução livre.

[883] Em sentido semelhante, SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *Delitos societarios y conductas afines*, cit., p. 651.

[884] Art. 5º, XXXIX, da Constituição da República.

[885] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general, t. I, cit., p. 141.

parte do tipo penal deve também revelar-se condizente e proporcional ao desvalor do comportamento e do resultado erigidos à condição de delito pelo legislador[886].

Para além de prestigiar o próprio postulado constitucional da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico que norteia o Direito Penal[887], essas indeclináveis obrigações de índole político-democrática não se restringem à pena privativa de liberdade, alcançando, com igual intensidade, as outras sanções, como as penas restritivas de direitos, a pena de natureza pecuniária e as penas acessórias[888].

Some-se a isso o fato de que, na seara dos crimes contra o patrimônio, tem sido notada uma certa incompatibilidade entre as penas abstratamente cominadas a cada um dos crimes, mormente quando cotejadas com figuras penais preordenadas à proteção de bens jurídicos supostamente mais relevantes, como a integridade física[889]. Esse descompasso exsurge, inclusive, quando da comparação entre os próprios crimes patrimoniais, suscitando o que Alamiro Salvador Netto denomina de "desproporção interna", como se depreende, *verbi gratia*, do cotejo entre os delitos de furto e de dano[890].

Em observância a todas essas considerações, propomos ao cometimento do art. 168-B do Código Penal a pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. Julgamos conveniente prever sanção um pouco mais severa do que aquela cominada ao delito de apropriação indébita e idêntica à do crime de estelionato. Conquanto reconheçamos que o desvalor da infidelidade patrimonial é sensivelmente mais intenso do que o dos crimes dos arts. 168 e 171 do Código Penal, haja vista a privilegiada posição do sujeito em face do bem jurídico tutelado, ou, mais precisamente, a sua enorme capacidade de disposição sobre o

---

[886] Tem-se entendido que o princípio da proporcionalidade tem assento no art. 5º, *caput*, da Constituição da República: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 28-29. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais,* cit., p. 184.

[887] COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade da pessoa humana:* teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: RT, 2008. p. 59 e ss.

[888] FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 94.

[889] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada,* cit., p. 26-27.

[890] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 27-28. De acordo com Velludo Neto, particularmente em relação aos crimes contra o patrimônio, nota-se que a configuração da conduta, ou mesmo a forma através da qual ela é perpetrada, constitui uma modalidade de seletividade da aplicação da lei penal. Esta seletividade se torna patente diante dos comportamentos considerados ilícitos pelo legislador, pelo elevado grau de severidade da pena cominada, e, evidentemente, pelo perfil dos sujeitos que atentam contra a propriedade alheia (p. 156-157).

patrimônio de terceiro, norteamo-nos pela preservação de uma *coerência interna* entre as agressões patrimoniais previstas no Código Penal brasileiro[891].

Nada obstante, a fim de promover proporcional reprimenda a fatos delituosos que apresentariam acentuado desvalor na conduta e no resultado, projetamos uma *causa especial de aumento de pena* no patamar variável de um a dois terços quando o crime for cometido na administração de pessoa jurídica de direito privado. Como salientamos no início do item 5.2 deste estudo acadêmico, o desvalor da conduta se assenta no singular papel das pessoas jurídicas na economia moderna e na constatação de que muitos dos sofisticados atos puníveis são praticados majoritariamente por intermédio de sociedades empresárias. Ao mesmo tempo, o desvalor do resultado criminoso radica no fato de que o prejuízo patrimonial da *Untreue* concretizada no ambiente societário possui a aptidão de abarcar elementos patrimoniais mais amplos e pulverizados, quer pela proteção imediata conferida ao patrimônio social da pessoa jurídica, quer em razão da tutela mediata atribuída aos interesses sociais e patrimoniais dos cotistas e acionistas.

Acreditamos, ainda, que a previsão de uma causa especial de aumento de pena em patamar variável outorgará ao juiz sentenciante a imperiosa discricionariedade para especificar qual será a sanção necessária e suficiente para reprovar e reprimir o crime de administração infiel por ocasião da realização da última fase de dosimetria de pena[892].

Sob outro giro, também previmos que, se o crime for cometido na administração de instituição financeira, assim consideradas aquelas definidas no art. 1º da Lei n. 7.492/1986, a pena será de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

---

[891] Nesse diapasão, veja-se que o modelo espanhol de administração desleal remete seu preceito secundário aos crimes de estafa (estelionato) e de estafa qualificada, previstos, respectivamente, nos artigos 249 e 250 do Código Penal. O mesmo ocorre no Código Penal português, que comina à infidelidade a mesma pena abstratamente estipulada (pena de prisão até 3 anos ou pena de multa) ao delito de furto (artigo 203º), abuso de confiança (artigo 205º), correspondente à nossa apropriação indébita, dano (artigo 212º), e burla (artigo 217º), figura análoga ao nosso estelionato. Por fim, no Direito Penal alemão detecta-se a mesma preocupação com a uniformidade de penas, pois o delito de infidelidade patrimonial (§ 266 do StBG), castigado com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com multa, tem a mesma sanção dos crimes de furto (§ 242 do StBG), da apropriação indébita qualificada (§ 246, 1, do StBG) e de estelionato (§ 263 do StBG).

[892] Que não dispensa a motivação ante o preceito constitucional estampado no art. 93, IX, da Constituição da República, vedando-se, por consequência, alusões genéricas para fundamentar a aplicação da causa de majoração da reprimenda. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 555.

Ao contrário do que foi proposto para o § 2º do art. 168-B, estabelecemos no § 3º uma *forma qualificada de infidelidade patrimonial* [893] com apenamento diverso e sensivelmente mais grave do aquele previsto na cabeça do artigo para a modalidade fundamental de *Untreue*. Para nós, justifica-se este procedimento à vista do desvalor mais acentuado dos comportamentos perpetrados no ambiente das instituições financeiras. Como referimos alhures, a verificação do injusto não pode olvidar a relevante função de tais entes na captação da poupança popular e na intermediação de recursos financeiros entre os vários agentes econômicos. Sendo assim, a infidelidade patrimonial levada a efeito no exercício da administração de uma instituição financeira tem, para além da produção do dano patrimonial que lhe é inerente, a capacidade real de gerar pânico e uma subsequente corrida bancária. Dessarte, como os bancos funcionam de forma muito alavancada e com enorme descompasso em termos de liquidez entre seus passivos e ativos, essa busca desenfreada e simultânea pela retirada dos recursos depositados em uma instituição cuja higidez foi colocada sob suspeita pode concretamente ensejar a insolvência de outras instituições financeiras ante a ocorrência do "efeito dominó". Ao fim e ao cabo, essa corrida bancária traz consigo a possibilidade nada desprezível de produzir um efetivo risco sistêmico a toda a economia nacional.

Todas essas circunstâncias não poderiam, portanto, passar ao largo da construção de um modelo de administração desleal que, tal como os seus congêneres internacionais, aspira a ser o "dispositivo central do direito penal econômico brasileiro".

Por fim, sugerimos a inabilitação temporária pelo prazo de até 5 (cinco) anos para o exercício do cargo de administrador de pessoa jurídica de direito privado como *pena autônoma* do crime de infidelidade patrimonial brasileiro. Pareceu-nos que a *Untreue* representa o ambiente propício para essa forma de sanção[894]. Com efeito, considerando que o injusto que lastreia o delito se baseia na ruptura de um dever de salvaguarda patrimonial e

---

[893] Efetivamente, não se confundem as causas de aumento ou de diminuição de pena com as qualificadoras, visto que estas constituem tipos penais independentes, embora derivados de outro, chamados fundamentais. A diferença, com efeito, não é ociosa, e reflete sobretudo no procedimento escalonado de dosimetria de pena. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal,* cit., v. 1, p. 762; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*, cit., p. 189.

[894] NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, cit., p. 292. Também Miguel Reale Júnior, em comentário específico sobre uma eventual infidelidade patrimonial brasileira, conquanto proclamando a natureza substitutiva da interdição: "A sanção a ser prevista, como substitutiva da pena privativa de liberdade, há de ser a interdição temporária do exercício de cargo ou função de direção de empresa comercial de qualquer natureza, bem como de sociedade civil de fins lucrativos". *Experiências do direito*, cit., p. 239.

correspondente produção de dano, a inabilitação temporária guarda pertinência com o desvalor do comportamento desleal. Ao mesmo tempo, ela emerge como reprimenda necessária e suficiente para a reprovação do delito, revelando-se, assim, proporcional, mormente porque estipulada com prazo máximo de duração[895].

Nesse contexto, recorde-se que o Código Penal brasileiro contempla a possibilidade de aplicar-se a interdição temporária de direitos cristalizada na proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público para a generalidade dos delitos em caráter alternativo[896], enquanto outros Diplomas Legislativos específicos, como o Código de Trânsito Brasileiro[897] e a Lei de Lavagem de Dinheiro[898], permitem-na como *pena autônoma* em relação à pena privativa de liberdade. A Lei n. 9.613/1998 merece destaque especial dada a similitude de fundamentos com a sugestão formulada no art. 168-B, § 4º, do Código Penal, por prever, em caso de condenação pelo delito de lavagem de dinheiro, a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada. De fato, as razões político-criminais que impedem que alguém exerça cargo de direção de pessoa jurídica em cujo contexto foi praticado o delito de reciclagem de valores parecem ser as mesmas que conduziriam à interdição temporária pelo prazo de até cinco anos para o exercício da administração de pessoa jurídica de direito privado no âmbito da infidelidade patrimonial.

Nesse tom, ainda vale ressaltar que a mera previsão abstrata da interdição temporária no preceito secundário da norma penal proposta nesta oportunidade não será suficiente para a sua implementação por ocasião da sentença condenatória, senão através de *motivada decisão* na qual se explicitarão as razões através das quais tal sanção se afigura necessária, notadamente quando cumulada com a pena privativa de liberdade.

---

[895] Salientando a importância da inabilitação temporária para os crimes econômicos, destaca Percy García Cavero que, em termos preventivos, parece muito mais eficaz uma pena de inabilitação efetiva do que uma pena privativa de liberdade suspensa condicionalmente. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*, cit., t. I, p. 920.

[896] Cf. art. 47, III.

[897] Cf. art. 292 da Lei n. 9.503/1997.

[898] Cf. art. 7º, II, da Lei n. 9.613/1998.

No mais, se o comportamento que traduzir a administração desleal também der azo a eventual sanção de inabilitação temporária na esfera administrativa, como sucede atualmente com as penalidades de atribuição da Comissão de Valores Mobiliários[899] e do Banco Central do Brasil[900], o citado princípio constitucional da proporcionalidade, no seu especial consectário da proibição de excesso, e a vedação do *bis in idem*, aconselharão que a inabilitação administrativa seja *computada* na inabilitação determinada pelo juiz criminal, aplicando-se, por analogia, a regra do art. 8º do Código Penal, que dispõe que "a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas".

5.3. A ação penal do delito de infidelidade patrimonial brasileiro

Por força do que dispõe o art. 100, *caput*, do Código Penal brasileiro, vigora em nosso Direito processual penal a regra de que a "ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido". Tal princípio já existia implicitamente no Brasil mesmo antes da reforma empreendida pela Lei n. 7.209/1984[901].

Essa circunstância por si só demonstra a predileção do legislador nacional por atribuir ao Ministério Público a legitimidade para impulsionar a ação penal sem submetê-la

---

[899] Cf. art. 11 da Lei n. 6.385/1976: "A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de Sociedades por Ações), de suas resoluções e de outras normas legais cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente: (...) IV – inabilitação temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; V – suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VI – inabilitação temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VII – proibição temporária, até o máximo de vinte anos, de praticar determinadas atividades ou operações, para os integrantes do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; VIII – proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários".

[900] Cf. art. 5º e ss. da Lei n. 13.506/2017: "São aplicáveis as seguintes penalidades às pessoas mencionadas no art. 2º desta Lei, de forma isolada ou cumulativa: (...) V – inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de pessoa mencionada no *caput* do art. 2º desta Lei. Art. 8º A penalidade de inabilitação implicará o impedimento de atuar em cargos cujo exercício dependa de autorização do Banco Central do Brasil. (...) Art. 9º As penalidades previstas nos incisos III, IV, V e VI do *caput* do art. 5º desta Lei serão restritas às hipóteses em que se verificar a ocorrência de infração grave.

§ 1º O prazo das penalidades previstas nos incisos III, IV e V do *caput* do art. 5º desta Lei não excederá o período de 20 (vinte) anos. (...)".

[901] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Forense, 1961. v. 1. p. 337.

a condição de qualquer espécie. Sendo assim, o manejo da ação penal pública condicionada à representação ou à requisição do Ministro da Justiça e da ação penal de iniciativa privada[902] fica reservado para aqueles específicos e pontuais casos nos quais a lesão seja considerada tênue, a índole particular de determinados comportamentos puníveis e a possibilidade iminente de *strepitus fori* possam causar mal maior do que a impunidade do próprio crime à sociedade, ou cuja produção da prova ou a constatação da lesividade da conduta dependa exclusivamente da iniciativa da vítima[903]. Isso sem falar, obviamente, da denominada ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, mercê de sua expressa previsão constitucional[904], exercitável pelo ofendido apenas quando a ação penal pública não for intentada pelo Ministério Público no prazo legal.

Sob esse contexto, o legislador brasileiro parece ter reservado as ações penais públicas para o processamento dos comportamentos que lesam bens jurídicos indisponíveis e de notório interesse público, relegando as ações penais de iniciativa privada para aqueles casos em que o interesse particular se sobrepõe ao interesse público[905].

No Código Penal brasileiro, a maior parte dos delitos contra o patrimônio se processa mediante ação penal pública incondicionada. Deveras, à exceção do crime de furto de coisa comum (art. 156 do CPB), de "tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento" (art. 176 do CPB), e das situações arroladas no art. 182 do Estatuto Penal brasileiro[906], a que se procede mediante representação do ofendido ou representante legal, e dos delitos de dano praticado

---

[902] Como corretamente destaca Vicente Greco Filho, a ação não é privada, mas apenas a sua iniciativa, como, aliás, prevê o citado art. 100 do Código Penal. Assim, "a ação penal é sempre pública em seu conteúdo, pois visa à atuação do *jus puniendi* do Estado, que é público. Pública ou privada é a iniciativa da ação". GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111.

[903] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 205; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 133 e ss. "Na ação penal pública condicionada – observa Cezar Roberto Bitencourt – há uma relação complexa de interesses, do ofendido e do Estado. De um lado, o direito legítimo do ofendido de manter o crime ignorado; de outro lado, o interesse público do Estado em puni-lo: assim, não se move sem a representação do ofendido, mas, iniciada a ação pública pela denúncia, prossegue até decisão final sob o comando do Ministério Público". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 1, p. 851.

[904] Art. 5º, LIX, da Constituição da República.

[905] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 238.

[906] Art. 182. Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo: I – do cônjuge desquitado ou judicialmente separado; II – de irmão, legítimo ou ilegítimo; III – de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita. Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: I – se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa; II – ao estranho que participa do crime; III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima (art. 163, parágrafo único, IV, do CPB), de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164 do CPB), de esbulho possessório (art. 161, II, do CPB), se a propriedade for particular e não houver emprego de violência, e de fraude à execução (art. 179 do CPB), que são levados a juízo mediante queixa-crime, todas as demais infrações penais são processadas pelo Ministério Público sem a imposição de condição.

Ora, se é verdade que a modalidade de ação penal se insere em um contexto de discricionariedade e conformação do legislador, não é menos verdadeiro que essa escolha não pode ocorrer de modo irresponsável, insensato e acrítico. Até porque, como bem observa Alamiro Velludo Salvador Netto, a natureza da ação penal eleita pelo legislador deflagra uma relevante valoração, seja em função da importância atribuída ao bem jurídico protegido, seja pela indicação do juízo de conveniência adotado pelo legislador, o que acarreta sensíveis repercussões no plano da criminalização secundária[907].

No caso específico dos delitos patrimoniais, a despeito da inegável relevância e do caráter público do bem jurídico, o acentuado interesse privado na sua preservação e seu caráter intrinsecamente *disponível* indicam a conveniência de se instituírem condições de procedibilidade para o exercício da *persecutio criminis in juditio* ou mesmo, em alguns casos bem pontuais, a imposição de ação penal privada, sobretudo para as agressões patrimoniais perpetradas sem violência ou grave ameaça à pessoa[908].

Atentos a essa perspectiva, propusemos que o delito brasileiro de infidelidade patrimonial fosse submetido à representação do ofendido ou de seu representante legal (cf. art. 168-B, § 5º). Julgamos que essa modalidade de ação penal pública melhor se coaduna à natureza disponível do bem jurídico tutelado (patrimônio) pela norma penal incriminadora[909]; com efeito, não raro a aferição do dano produzido pela administração desleal dependerá exclusivamente da iniciativa da vítima. Ademais, não se pode descartar a

---

[907] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 240.

[908] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*, cit., p. 240. Neste caso, como destaca Alamiro Velludo Salvador Netto, "à vítima competiria decidir a respeito da persecução, fórmula mais compatível com a característica da disponibilidade ínsita ao patrimônio e na qual a iniciativa do ofendido no caso concreto funcionaria como o demonstrativo da importância que ele confere à específica diminuição patrimonial suportada" (p. 241).

[909] Em sentido diverso, propugnando ação penal de iniciativa privada para a *Untreue*, REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Dever de lealdade do administrador na empresa e direito penal, cit., p. 239.

hipótese de a pessoa jurídica eventualmente prejudicada pelo administrador infiel deixar de promover a persecução penal motivada, por exemplo, pela necessidade de preservação da imagem e do crédito que ela cultiva perante a sociedade.

Seguimos, de resto, a tendência cristalizada no Projeto de Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado n. 156/2009), cujo art. 46 estabelece que será "pública, condicionada à representação, a ação penal nos crimes contra o patrimônio previstos no Título II da Parte Especial do Código Penal, quando atingirem exclusivamente bens do particular e desde que praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa".

Tratando-se de infidelidade patrimonial cometida no âmbito societário, entendemos que o comportamento incriminado atingirá o patrimônio da sociedade; será a pessoa jurídica, pois, o sujeito passivo do delito, como aludimos no item 3.2.2 da presente pesquisa. Destarte, somente a pessoa jurídica prejudicada poderá formular a representação para o Ministério Público promover a ação penal pública na forma do projetado art. 168-B, § 5º, do Código Penal e, eventualmente, compor o polo ativo da ação penal na condição de *assistente da acusação*. Neste caso, buscar-se-á alcançar direito diverso da pretensão punitiva envergada pelo Ministério Público, como o ressarcimento por danos materiais ou morais, haja vista que a sentença penal condenatória constitui título executivo judicial na forma do art. 515, VI, do Código de Processo Civil.

O mesmo sucederá no caso das sociedades anônimas. Eventual lesão patrimonial aos acionistas da companhia gerará, no limite, direito ao ressarcimento pelos danos sofridos e derivados da administração desleal exclusivamente na esfera cível, por assumirem eles somente a condição de *prejudicados do crime* e não de ofendidos.

5.4. A competência para o processo do delito de infidelidade patrimonial brasileiro

Por fim, a última nota de índole processual penal acerca da proposta de tipificação da infidelidade patrimonial veiculada nesta oportunidade diz respeito à competência para o processo e julgamento do delito. Em primeiro lugar, não se tratando de crime submetido à Jurisdição Militar ou Eleitoral, e não sendo o caso de competência originária em virtude da existência de foro por prerrogativa de função do sujeito ativo do delito de *Untreue*, a competência pertencerá à Justiça Comum. Em segundo lugar, uma vez assentada a competência da Justiça Comum, verificar-se-á a competência da Justiça Estadual ou Federal

para o processamento e o julgamento da administração infiel. A competência da Justiça Federal, que é especial em relação à da Justiça Estadual[910], incidirá se prevista uma das hipóteses delineadas no art. 109 da Constituição da República.

Tendo presente que a proposta formulada para o novel art. 168-B do Código Penal brasileiro protege exclusivamente o patrimônio privado, serão raras, quiçá inexistentes, as hipóteses de infidelidades patrimoniais processáveis perante a Justiça Federal. Mesmo o dano patrimonial produzido em detrimento das sociedades de economia mista, que possuem personalidade jurídica de direito privado, permaneceria submetido à Justiça Estadual, haja vista a Súmula n. 42 do Superior Tribunal de Justiça[911].

Não obstante, a teor do que preconiza a Súmula n. 122 do mesmo Superior Tribunal de Justiça, havendo conexão entre o crime de administração desleal e um crime de competência da Justiça Federal, como evasão de divisas, moeda falsa, corrupção ativa de funcionário público federal e lavagem de dinheiro internacional[912], ambos os delitos seriam processados e julgados pela Justiça Federal, preponderando esta, no caso, não porque ela é especial ou mais graduada que a competência da Justiça Comum Estadual, mas tão somente porque recebeu tratamento expresso no texto constitucional, enquanto a competência estadual se definiu pelas regras da exclusão e da residualidade[913].

5.5. Proposta de revogação e derrogação de tipos penais brasileiros

Na parte introdutória deste trabalho observamos que a pesquisa acadêmica caminharia sobre dois eixos principais. No primeiro, *de lege data*, preconizamos que a adequada compreensão do injusto sobre o qual se baseia a infidelidade patrimonial representa uma importante ferramenta para a releitura de tipos penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro que apresentam traços de infidelidade. Sob esse contexto, ponderamos que a ausência de uma compreensão exata da essência da administração desleal tem suscitado fricções com o princípio da legalidade e com a proibição da analogia *in malam partem*. Esse debate foi objeto de todo o Capítulo 4. No segundo, por força de uma

---

[910] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, cit., p. 145.

[911] "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento."

[912] Cujo fundamento reside no art. 109, V, da Constituição da República e no art. 2º, III, da Lei n. 9.613/1998.

[913] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, cit., p. 241.

perspectiva *de lege ferenda*, observamos que a criação do crime de administração infiel no Brasil ensejaria o necessário *realinhamento* de algumas infrações penais que vigem no Direito Penal nacional, e que isso, na prática, acarretaria uma proposta de descriminalização e de readequação do sistema penal de proteção ao patrimônio, com ênfase nas condutas perpetradas no âmbito do Direito Penal Econômico.

Pois bem. Uma vez conhecida a proposta de inserção do crime do art. 168-B no Código Penal brasileiro, e analisados os seus principais requisitos objetivos e subjetivos, bem como as repercussões processuais penais derivadas da sua implantação, impõe-se verificar, neste momento, como a infidelidade patrimonial deverá ser acomodada em face dos delitos que captam parcialmente a concepção de seu injusto.

Não temos, advirta-se desde logo, a pretensão de exaurimento. É nosso intento apenas conferir uma dose de racionalidade e de coerência interna àquele grupo de crimes cometidos por agentes que possuem uma posição privilegiada para atacar o bem jurídico, valendo-se de uma relação muitas vezes marcada pela confiança, como sucede com os casos da apropriação indébita (art. 168 do CPB), de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações (art. 177 do CPB), de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira (art. 4º da Lei n. 7.492/1986), de "apropriação indébita financeira" (art. 5º da Lei n. 7.492/1986) e de "caixa dois" (art. 11 da Lei n. 7.492/1986). É o que passamos a fazer, iniciando pelo delito de apropriação indébita.

5.5.1. Da preservação (e reinterpretação) do crime de apropriação indébita

O delito hodiernamente previsto no art. 168 do Código Penal brasileiro não precisa ser revogado ou derrogado. Ele apenas precisa ser *interpretado corretamente*. Isso significa que o seu raio de incidência típica deve ser balizado em conformidade com o injusto que o lastreia e em função dos requisitos dogmáticos que o delineiam enquanto infração penal patrimonial. Deveras, tendo presente que o comportamento típico da apropriação indébita se circunscreve à *apropriação de coisa alheia da qual o agente tem a posse ou a detenção*, o princípio da legalidade impõe que se repudiem interpretações que submetam ao alcance do tipo penal qualquer comportamento que não traduza estritamente a apropriação, ou seja, o ato de o sujeito ativo tomar a coisa para si com ânimo de dono. Assim, por exemplo, o *desvio em benefício de terceiro*, que, além de não ser previsto expressamente no art. 168 do Código

Penal, é impelido por elemento subjetivo diverso do *animus rem sibi habendi* que demarca a apropriação indébita.

No mesmo sentido, considerando que o objeto material do delito se restringe à coisa alheia móvel necessariamente corpórea, em nenhuma circunstância será admitida a apropriação de bens fungíveis. A solução conferida pela jurisprudência brasileira a tais casos, consoante demonstrado no item 4.2.1, incorre em patente violação do postulado da legalidade penal estrita e da vedação da analogia *in malam partem*.

Uma vez colocada a apropriação indébita em seu devido lugar mediante a readequação de seu âmbito de incidência, a aplicação do projetado art. 168-B do Código Penal ocorrerá sem maiores percalços à vista da inexistência de lacuna de punibilidade e das inúmeras diferenças dogmáticas com a infidelidade patrimonial. De fato, tendo em vista que a *Untreue* é produzida de dentro para fora, que ela tutela o patrimônio considerado globalmente, e não somente a propriedade, que o sujeito ativo ostenta abrangentes poderes de administração, que a ação típica se perfaz no exercício abusivo do patrimônio de terceiro, o que frequentemente vai muito além dos atos de mera apropriação, e que ela recai sobre qualquer espécie de bem que integra o patrimônio administrado, não somente sobre a coisa alheia móvel, parece-nos que essas duas modalidades de agressão patrimonial poderão conviver harmoniosamente no ordenamento jurídico penal brasileiro sem que haja necessidade de qualquer intervenção legislativa voltada à revogação ou à derrogação do delito do art. 168 do Código Penal.

5.5.2. Da derrogação do crime do art. 177 do Código Penal

O delito de “fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações” comporta, a nosso ver, revogação parcial, em ordem a evitar indevidas sobreposições típicas com o proposto crime do art. 168-B do Código Penal. Com efeito, tomada a proteção do patrimônio, a existência de um dever de proteção do bem jurídico e o fato de a ação típica recair sobre qualquer espécie de bem pertencente ao patrimônio da sociedade anônima em uma conjuntura de quebra dos deveres de lealdade e de diligência dos administradores confluem a administração desleal e o delito do art. 177 do Código Penal a um mesmo espaço de proteção penal que comporta certo reparo, sobretudo em face de alguns comportamentos arrolados no § 1º do art. 177 do CPB.

Concretamente: as condutas tipificadas no § 1º do art. 177 do CPB configuram, em essência, manifestações societárias abusivas e desmesuradas de administração do patrimônio da companhia, mediante a ruptura da obrigação de salvaguarda. Dessarte, com o advento do art. 168-B elas se tornarão ociosas, na medida em que a *Untreue* foi projetada como *tipo genérico de proteção a qualquer patrimônio*.

Sendo assim, para além de não se restringir ao patrimônio dos acionistas das sociedades por ações, o modelo de incriminação sugerido neste Capítulo apresentaria outras vantagens dogmáticas que impulsionariam a revogação do § 1º do art. 177. Sob esse prisma, a vinculação do bem jurídico ao patrimônio social do ente coletivo parece responder mais satisfatoriamente às questões de política criminal declinadas no item 2.1.1 do que à proteção ancorada exclusivamente no patrimônio dos acionistas da companhia.

Demais disso, a infidelidade patrimonial privilegia o princípio da ofensividade, na medida em que, como amplamente discutido no item 3.9, ela não prescinde da lesão ao patrimônio para se conformar tipicamente, ao revés do que ocorre com a infração societária do § 1º do art. 177 do Código Penal, que é um delito de perigo.

Ante tais motivos, salientando que a administração desleal contida no art. 168-B do Código Penal abrange satisfatoriamente os comportamentos ora delineados no § 1º do art. 177 do mesmo Diploma Legal, apresentando, ainda, outros benefícios dogmáticos, propomos a derrogação do art. 177 do Código Penal, mediante a supressão do § 1º, de modo que o tipo penal passará a ser redigido nos seguintes termos:

> Art. 177. Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:
>
> Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.
>
> § 1º (revogado)
>
> I – (revogado)
>
> II – (revogado)
>
> III – (revogado)

IV – (revogado)

V – (revogado)

VI – (revogado)

VII – (revogado)

VIII – (revogado)

IX – (revogado)

§ 2º Incorre na pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembleia geral.

5.5.3. Da revogação do crime de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira

A proposta de criação de uma forma qualificada de infidelidade patrimonial na hipótese de o delito ter sido cometido na administração de instituição financeira indica, a nosso ver, a necessidade de revogação do crime previsto no art. 4º da Lei n. 7.492/1986. Julgamos que a administração desleal alvitrada atende suficientemente às razões político-criminais que dão azo à tipificação dos comportamentos infiéis levados a efeito no âmbito das instituições financeiras, e, ao mesmo tempo, supera, em muito, a configuração dogmática atribuída pelo legislador brasileiro ao crime de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira na Lei n. 7.492/1986.

Deveras, afora as já conhecidas e fundamentadas críticas relacionadas à ausência de taxatividade, os dois crimes estampados no art. 4º da Lei n. 7.492/1986 não parecem proteger bem jurídico suficientemente delineado (bom funcionamento e higidez do sistema financeiro nacional), que possa, consequentemente, ser reconduzido à pessoa humana. Até mesmo a prevenção do denominado pânico financeiro e do risco sistêmico à economia nacional, conquanto mais palpável, melhor se amolda aos efeitos exógenos do comportamento infiel do que propriamente ao objeto de proteção da norma penal.

Além disso, embora a gestão fraudulenta e a gestão temerária de instituição financeira admitam apenas a modalidade dolosa, a formatação excessivamente lacônica desta última figura delituosa abre um perigoso espaço para que a gestão simplesmente equivocada seja

considerada temerária, notadamente na conjuntura dos negócios de risco ou especulativos. Vale dizer: ao não especificar um elemento especial do injusto no nível do tipo penal, o delito do art. 4º da Lei n. 7.492/1986 nebuliza os lindes entre o dolo (eventual notadamente) e a culpa, proporcionando a punição de alguém por um fato criminoso que o legislador, aparentemente, nem sequer previu[914].

De outro lado, não pode passar ao largo o fato de que a gestão fraudulenta e a gestão temerária de instituição financeira representam crimes formais. Dispensam, pois, a produção de qualquer resultado material (dano ou lesão) para a consumação. Em acréscimo, ambas as modalidades delitivas previstas no art. 4º da Lei n. 7.492/1986 veiculam crimes de perigo concreto. Esses aspectos suscitam, a nosso ver, graves problemas referentes à violação dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade, em especial quando se tem presente que o apenamento abstratamente cominado no preceito secundário é extremamente severo; toda a carga do injusto do art. 4º da Lei n. 7.492/1986 incide, outrossim, apenas sobre o comportamento típico.

A tipificação da infidelidade patrimonial teria, pois, o mérito de proporcionar proteção penal a todas as formas de agressão patrimonial a partir de dentro, desde que haja a quebra dos deveres de guarda, sem render-se, para tanto, a um formato de duvidosa constitucionalidade e de questionável regularidade dogmática, como ocorre atualmente com o art. 4º da Lei n. 7.492/1986. De resto, a pena sugerida de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, atende tanto ao desvalor do comportamento como ao desvalor do resultado, haja vista a necessidade indeclinável de se lesar o patrimônio da instituição financeira, consoante expusemos no item 5.2.3. Sendo assim, uma vez tipificada a *Untreue* no Brasil, propomos a supressão completa do art. 4º da Lei n. 7.492/1986.

---

[914] Sintomática, e na mesma medida esclarecedora, a observação de Manoel Pedro Pimentel: "A *forma culposa* não foi prevista. Entretanto, e aqui reside outro perigo da exagerada abertura do tipo objetivo, os léxicos apontam, como sinônimo do vocábulo *temerário*, a palavra *imprudente*. Poderá, portanto, ser interpretada como *gestão temerária* a simples *gestão imprudente*, embora esta se caracterize por tratar-se de comportamento meramente *culposo*, uma vez que a *imprudência* é uma das formas de culpa, consoante o disposto no art. 18, II, do CP. A confusão será possível, portanto, em razão da tautologia, que apresente a *imprudência* como causa de um comportamento *temerário*, que, por sua vez, teratologicamente, geraria um *crime doloso*. Ao redigir o parágrafo único do art. 4º, ora examinado, o legislador não deu conta de que a gestão *temerária* pode resultar de simples *imprudência*, e que seria aconselhável prever a *forma culposa* para esta modalidade de infração. Quanto à modalidade *gestão fraudulenta*, a culpa seria incompossível". PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 52-53.

5.5.4. Da derrogação do crime de “apropriação indébita financeira”

Sustentamos que o delito do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 seja derrogado para regular exclusivamente as apropriações de coisas alheias móveis e de dinheiro de que o sujeito tem a posse em razão da função desempenhada na instituição financeira. Desta forma, seriam suprimidos os comportamentos de “desviar” bem móvel em proveito próprio ou alheio, e de “negociar” direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito. Suprimir-se-ia, igualmente, a menção ao art. 25 da Lei n. 7.492/1986, em ordem a que o novel tipo penal alcance todos os sujeitos que detêm a posse vigiada de coisa alheia móvel ou de dinheiro por força de sua atividade profissional, e que, ao contrário da administração desleal, não possuem amplo poder de conformação do patrimônio alheio. Por conseguinte, o tipo penal hodiernamente previsto no art. 5º da Lei n. 7.492/1986 passaria a ter a seguinte redação:

> Art. 5º Apropriar-se, (revogado), de (revogado) coisa alheia móvel ou de dinheiro de que tem a posse:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa (modificado).
>
> Parágrafo único. (revogado)

As condutas extraídas do art. 5º da Lei n. 7.492/1986, nomeadamente o “desvio” e, sobretudo, a “negociação”, quedariam abrangidas pelo proposto art. 168-B, § 3º, do Código Penal, desde que cometidas por quem tenha o efetivo poder de controle sobre o patrimônio de outrem, reservando-se ao art. 5º da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional aqueles atos que o aproximam da forma fundamental de apropriação indébita (art. 168 do CPB). Nesse passo, entendemos que a manutenção de uma apropriação indébita no setor financeiro se justifica diante da peculiaridade da atividade desempenhada pelos entes bancários e pela qualificação da relação jurídica de custódia e depósito bancário. Daí por que a causa da posse da coisa alheia móvel ou do dinheiro deva estar assentada na atividade executada pela instituição financeira. O novo crime do art. 5º da Lei n. 7.492/1986 deixaria, ainda, de ser próprio, focando-se na proteção da propriedade da coisa alheia móvel ou do dinheiro dado em custódia ou em depósito, e não do patrimônio considerado globalmente, que entraria no espectro da *Untreue*.

Por derradeiro, diminuímos a pena originariamente cominada no preceito secundário do art. 5º da Lei n. 7.492/1986 a fim de aproximá-lo da apropriação indébita em sua forma

fundamental (art. 168 do CPB), com a ressalva de que a pena máxima abstratamente prevista é ligeiramente mais alta (cinco anos), por ser a apropriação cometida no contexto de uma relação de custódia financeira de recursos de terceiros.

5.5.5. Da revogação do crime de "caixa dois"

Consoante analisado no item 3.1.4 deste estudo acadêmico, a manutenção de recursos da sociedade em um "caixa dois" tem sido compreendida à luz do delito de infidelidade patrimonial, ainda que o administrador tenha adotado essa postura buscando beneficiar o patrimônio administrado. No caso, a tipicidade se baseia no fato de que a criação de uma contabilidade paralela diminui o poder de controle do titular do patrimônio em relação à atividade do administrador, e isso gera a quebra da relação de confiança e do dever de tutela, além de tornar mais difícil a recuperação do dinheiro.

Sob esse contexto, propomos a ab-rogação do crime do art. 11 da Lei n. 7.492/1986. Com efeito, preconizamos que o tipo genérico de administração desleal delineado no art. 168-B do Código Penal teria a aptidão de abarcar todas as situações de "caixa dois" perpetradas no contexto de todas as pessoas jurídicas. Aliás, a bem da verdade, a configuração atribuída à *Untreue* alcançaria até mesmo as contabilidades paralelas mantidas à margem da administração do patrimônio das pessoas físicas.

À semelhança do que sucedera com a gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira (cf. item 5.5.3), entendemos que sobejam virtudes dogmáticas no delito de administração infiel em comparação à infração penal do art. 11 da Lei n. 7.492/1986, as quais, por sua vez, justificariam a sua supressão do ordenamento jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, porque o crime de "caixa dois" não ostenta bem jurídico delimitado. Como adiantamos no item 4.5.4, a tutela de uma suposta "adequada execução da política econômica do Estado" oculta, em verdade, que o bem jurídico merecedor de proteção penal reside nos interesses patrimoniais da instituição financeira indevidamente administrada e, secundariamente, no patrimônio dos depositários, correntistas e demais clientes lesados pela criação da contabilidade paralela.

Em segundo lugar, porque, ao ser configurado como delito de mera conduta, o delito de "caixa dois" dispensaria a produção de resultado naturalístico, flertando perigosamente com o malferimento do princípio da ofensividade.

Em terceiro lugar, porque, ao não se apreender o injusto da administração desleal em sua inteireza, acaba-se por subsumir a contabilidade paralela nos crimes de sonegação fiscal e de falsidade ideológica, ignorando-se por completo a frustração da relação interna entre o administrador e o titular do patrimônio administrado, na medida em que a substituição do dono do patrimônio pela figura do administrador não retira a prerrogativa daquele de supervisionar a forma pela qual seus bens estão sendo administrados.

Dessarte, uma vez acolhido o art. 168-B do Código Penal e tipificado o delito de infidelidade patrimonial no Brasil, propomos a supressão integral do art. 11 da Lei n. 7.492/1986.

CONCLUSÃO

Da presente investigação podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. O injusto que fundamenta a criminalização da infidelidade patrimonial baseia-se na quebra do dever de proteção derivado da posição de garante assumida pelo administrador em face do patrimônio pertencente a um terceiro.

2. A ruptura da relação de fidúcia ou confiança estabelecida entre o administrador e o dono do patrimônio administrado corporifica apenas o meio ou instrumento através do qual o sujeito ativo comete a agressão patrimonial.

3. O que gera o dever de o administrador servir fielmente é a ampla capacidade de dispor dos bens de outrem à semelhança deste, ou seja, o poder concreto de controlar, de modo abrangente e sem intensa fiscalização, a esfera jurídica alheia.

4. Os deveres que incidem sobre o administrador do patrimônio alheio são abrangentes: refletem tanto *deveres positivos* voltados a uma atuação que incremente o patrimônio gerido como *deveres negativos*, os quais impõem a abstenção de qualquer comportamento com a potencialidade de produzir um prejuízo patrimonial.

5. O Direito Penal não pode ficar alheio às crises financeiras. Ainda que complexas ou sofisticadas, as condutas que ensejam a eclosão das crises econômicas são obra do ser humano e, nessa condição, são reconduzíveis a uma pessoa ou grupo de pessoas perfeitamente individualizáveis. Daí a necessidade de regramento penal na resolução dos casos considerados mais graves sem que se desnaturem as clássicas categorias de responsabilização criminal, enfatizando-se a posição de salvaguarda ou de garante daquele que exerce faticamente o poder de administrar o patrimônio de outrem.

6. O estudo dos modelos estrangeiros de incriminação da *Untreue* revela a necessidade de criação de, pelo menos, um "tipo genérico" de infidelidade patrimonial localizado entre os crimes contra o patrimônio da Parte Especial do Código Penal.

7. O delito de infidelidade patrimonial previsto como "tipo genérico" tem a aptidão de regular tanto as agressões patrimoniais mais singelas como as mais sofisticadas manobras praticadas no contexto de grandes corporações financeiras, assumindo, por conseguinte, uma posição de destaque no Direito Penal Econômico.

8. A concepção pessoal-funcional do patrimônio é a que melhor se adapta ao delito de administração desleal, na medida em que o dano patrimonial fica condicionado ao desvio ou à frustração das expectativas e finalidades assumidas por ocasião da gestão do patrimônio alheio com alguma potencialidade econômica.

9. Os fins perseguidos pelo titular do patrimônio compõem a relação interna criada com o administrador. Assim, eles necessariamente devem ser valorados na apreciação do risco permitido que sustentará a imputação penal no plano objetivo.

10. Não existe óbice para a compreensão do delito de infidelidade patrimonial como um comportamento omissivo impróprio ou comissivo por omissão.

11. O Brasil não possui um tipo penal capaz de apreender o injusto dos comportamentos que agridem o patrimônio "a partir de dentro", ou seja, por quem o tenha recebido com dever de proteção sob o contexto de uma relação jurídica de administração.

12. O Brasil contempla infrações penais que, em maior ou menor medida, a depender de seu lastro político-criminal e de sua configuração dogmática, apenas tangenciam o injusto do delito de infidelidade patrimonial, captando-o parcialmente.

13. A ausência do tipo penal de infidelidade patrimonial no Brasil e a apreensão parcial do injusto por outros tipos penais ensejam violações do princípio da legalidade e da proibição da analogia *in malam partem*. A necessidade de resposta penal a uma situação concreta convida o aplicador da norma a estender os requisitos dogmáticos de outros delitos com conteúdo patrimonial que não captam a essência da *Untreue*.

14. A lacuna de punibilidade também pode ser verificada em relação ao patrimônio das pessoas jurídicas, pois o ordenamento jurídico brasileiro não contempla infrações penais com a aptidão de tutelar todas as modalidades societárias existentes.

15. O legislador brasileiro ignora que as agressões patrimoniais não se restringem às instituições financeiras; a proteção penal do patrimônio social e do funcionamento em conformidade com os fins estipulados das demais espécies de pessoas jurídicas representam elementos de fundamental importância na sociedade capitalista.

16. Impõe-se a criação do crime de administração desleal no Brasil para colmatar as lacunas de punibilidade, promover uma eficaz implementação do sistema penal de proteção ao patrimônio quando a agressão partir de quem tem o dever de protegê-lo e impedir que o aplicador da norma penal incriminadora lance mão de analogias, interpretações analógicas,

interpretações extensivas e outros subterfúgios hermenêuticos que, mercê de atenderem a um chamado de justiça material e equidade para a resolução de uma situação concreta, frequentemente atentam contra o princípio da legalidade penal.

17. Propomos que seja criada a seguinte infidelidade patrimonial:

> Art. 168-B. Abusar dos poderes de administração de um patrimônio alheio que lhe foram incumbidos por lei, ordem legal ou negócio jurídico, com o fim de obter vantagem de qualquer natureza em benefício próprio ou de outrem, mediante infração do dever de salvaguarda, causando prejuízo ao patrimônio administrado:
>
> Pena – reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.
>
> § 1° Compreende-se como prejuízo patrimonial a diminuição do patrimônio, a perda de uma oportunidade fundamentada de obtenção de um incremento patrimonial esperado e a frustração de um fim almejado pelo titular do patrimônio.
>
> § 2º A pena aumenta-se de um a dois terços se o crime for cometido na administração de pessoa jurídica de direito privado.
>
> § 3° A pena será de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime for cometido na administração de instituição financeira, assim consideradas aquelas definidas no art. 1º da Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986.
>
> § 4º Sem prejuízo das penas previstas no caput deste artigo, o juiz poderá aplicar a pena de inabilitação temporária pelo prazo de até 5 (cinco) anos para o exercício do cargo de administrador de pessoa jurídica de direito privado.
>
> § 5º A ação penal proceder-se-á mediante representação.

18. A proposta de criação do tipo penal de infidelidade patrimonial determinará a readequação de algumas infrações penais que vigem no Direito Penal nacional. Na prática, esse realinhamento acarretará a revogação e a derrogação de alguns crimes contra o patrimônio e contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492/1986).

19. O crime de apropriação indébita (art. 168 do CPB) não precisa ser revogado ou derrogado, mas apenas interpretado corretamente. Dessarte, seu raio de incidência típica

deve ser balizado em consonância com o injusto que o lastreia e em função dos requisitos dogmáticos que o delineiam enquanto infração penal patrimonial.

20. O delito do art. 177 do Código Penal deve ser derrogado tão somente para que o § 1º seja suprimido. As condutas tipificadas no § 1º do art. 177 do CPB configuram manifestações societárias abusivas de administração do patrimônio da companhia, mediante a ruptura da obrigação de salvaguarda, e, com a inserção do art. 168-B, tornar-se-ão ociosas, sobretudo porque a *Untreue* foi projetada como tipo genérico.

21. O crime de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira (art. 4º da Lei n. 7.492/1986) deve ser revogado. O modelo proposto de administração desleal atende suficientemente às razões político-criminais que justificam a tipificação dos comportamentos infiéis levados a efeito no âmbito das instituições financeiras. Além disso, o tipo penal sugerido para o art. 168-B do Código Penal supera a configuração dogmática atribuída pelo legislador brasileiro ao crime do art. 4º da Lei n. 7.492/1986.

22. O delito do art. 5° da Lei n. 7.492/1986 deve ser derrogado para regular exclusivamente as apropriações de coisas alheias móveis e de dinheiro de que o sujeito ativo tem a posse em razão da função desempenhada na instituição financeira, suprimindo-se, em consequência, os comportamentos de "desviar" bem móvel em proveito próprio ou alheio e de "negociar" direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito. Suprimir-se-ia, igualmente, a menção ao art. 25 da Lei n. 7.492/1986, para que o novo tipo penal alcance todos os sujeitos que detêm a posse vigiada de coisa alheia móvel ou de dinheiro por força de sua atividade profissional, e que, ao contrário da administração desleal, não possuem amplo poder de conformação e de disposição do patrimônio alheio.

23. O crime de "caixa dois" (art. 11 da Lei n. 7.492/1986) deve ser ab-rogado, quer porque a manutenção de contabilidade paralela encontra-se integralmente ao alcance típico da infidelidade patrimonial, quer porque o projetado art. 168-B do CPB ostenta inúmeras vantagens dogmáticas em comparação com o seu congênere financeiro.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas*). São Paulo: Saraiva, 2009.

ALESSANDRI, Alberto. *Reati in materia economica*. Torino: Giappichelli, 2012.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale:* parte speciale, I. 15. ed. Milano: Giuffré, 2008.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.* São Paulo: Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica, 1945.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BACIGALUPO, Silvina. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 13, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer, 2. sem. 2010. p. 123.

BAIGÚN, David; DARÍO BERGEL, Salvador. *El fraude en la administración societaria*: el art. 173, inc. 7, del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales. Buenos Aires: Depalma, 1991.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

BARBOSA, Henrique Cunha. Responsabilidade de administradores e controladores: o "caso Sadia" numa incursão "guerreiriana" para além do dever de diligência e da ação social. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La reforma de los delitos económicos:* la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles. Navarra: Thomson Reuters, 2015.

BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2000.

BENTO DE FARIA. *Código Penal brasileiro comentado*: parte especial (arts. 155 a 212). 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1959. v. V.

BENUSSI, Carlo. *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*. Milano: Giuffrè, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

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

BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral; t. 2º: fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves de. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARREÑO AGUADO, Julen A. Caso Enron. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Coord.). *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. 2. ed. 2011

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Comentários Conimbricense do Código Penal:* parte especial, t. II, artigos 202° a 307°. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

CASTILHO, Ela Wiecko V. 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, 2001.

CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORREIA, Eduardo. O crime de abuso de confiança (alguns problemas). *RLJ*, dir. Manuel Chaves e Castro, ano 93, Coimbra: Coimbra Ed., 1960-1961.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade da pessoa humana:* teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: RT, 2008.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUGAT MAURI, Miriam. La capacidad del derecho penal ante la mala gestión bancaria. *La Ley Penal*, n. 105, Sección Legislación Aplicada a la Práctica, Editorial Wolters Kluwer, nov.-dez. 2013.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios:* contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio Machado de. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. El significado político del derecho penal económico. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo; CALATAYUD MAROTO, Manuel. *Crisis financiera y derecho penal económico*. Madrid: Edisofer, 2014.

DÍAZ BARCO, Fernando. *El delito societario de administración* desleal: sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales n. 11/2002. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*: práctica y teoría. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Dialética, 2002.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*: arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II.

ESTELLITA SALOMÃO, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2001.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão:* estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios:* incluye la reforma del Código Penal de 2015. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch: 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Crisis económica y concursos punibles*. Diario La Ley, n. 7178, Sección Doctrina, 20 de mayo de 2009, año XXX, Ref. D-181, Editorial La Ley.

FELDENS, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). *Direito penal econômico*: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011.

FELDENS, Luciano; CARRION, Thiago Zucchetti. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86/2010, set.-out. 2010.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A codelinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Derecho penal:* parte general. Bogotá: Temis, 2006.

FOFFANI, Luigi. In: TIEDEMANN, Klaus (Dir.). *Eurodelitos:* el derecho económico en la Unión Europea. Coordinador de la edición española, Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004.

FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán. Corporate governance y administración desleal: casos y problemas de derecho comparado europeo. *Revista Penal*, n. 17, España: Tirant lo Blanch, 2006.

FORNACIARI, Gauthama. *Gestão fraudulenta e temerária:* um estudo jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 168 a 226). São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1958. v. 2.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial (arts. 293 a 361). São Paulo: José Bushatsky Editor, 1959. v. 4.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte especial. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1958. v. 1.

FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar:* sobre la imputación objetiva en derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004.

GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Política criminal en materia de delitos societarios:* nuevas tendencias en política criminal, una auditoría al Código Penal español de 1995. Argentina: Euros Editores, 2006.

GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Madrid: Editorial B de F, 2015.

GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos básicos de la reforma del delito de administración fraudulenta de persona jurídica en el Código Penal peruano. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Ed.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Perú: Ara Editores, 2010.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*: parte general. 2 ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007. t. I.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*. Lima: Palestra Editores, 2005.

GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa:* criterios de imputación. Barcelona: Bosch, 1999.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Límites penales a la remuneración de los administradores? Apuntes sobre business judgment rule, pay for performance y administración desleal. In: *Derecho penal económico.* Buenos Aires: B de F, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Caso "Argentia Trust". In: SANCHÉZ-OSTIZ, Pablo. *Casos que hicieron doctrina en derecho penal.* 2. ed. Madrid: La Ley, 2011.

GÓMEZ-TRELLE, Javier Sánchez-Vera. Administración desleal y apropiación indebida*:* consecuencias de la distinción jurisprudencial. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ESPINAR, José Miguel Zugaldía (Coord.). *Dogmática y ley penal*: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Barcelona: Marcial Pons, 2004. t. II.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: *Autoria como domínio do fato:* estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor E. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: *Autoria como domínio do fato*: estudos

introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal:* parte especial. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. III.

GRECO, Rogério. *Direito penal:* parte especial, introdução à teoria geral da parte especial, crimes contra a pessoa. Niterói: Impetus, 2005. v. II.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad:* bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VII.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. V.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense. v. 1, t. 2.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense. v. IX.

ILHARRESCONDO, Jorge Marcelo. *Delitos societarios*. Buenos Aires: La Ley, 2008.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal.* Trad. André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general – fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal:* parte general. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Editorial Comares, 2002.

JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan. *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*. Barcelona: Wolters Kluwer, 2016.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Barcelona: Marcial Pons, 2006.

LAUFER, Daniel. *Artigo 25 da Lei n. 7.492/86:* problemas de autoria no âmbito jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LEÃES, Luís Gastão Pais de Barros. *Mercado de capitais e "insider trading"*. São Paulo: RT, 1982.

LEITE, Alaor. Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa: violação do dever como elemento misto – ora em branco, ora da valoração global do fato – do tipo?. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: os conceitos de autor e partícipe na ap 470 do Supremo Tribunal federal. In:

GRECO, Luís; LEITE, Alaor E. *Autoria como domínio do fato:* estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, n. 1, org. Luiz Antonio Câmara, Bibiana Fontella, Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LEITE, André Lamas. Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa no Código Penal português. *RBCCrim*, v. 97, São Paulo: RT, jul.-ago. 2012.

LONGOBARDO, Carlo. *L'infedeltà patrimoniale:* profili sistematici e di politica criminale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal:* parte geral, com observações à nova Parte Geral do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; ROSO CAÑADILLAS, Raquel. La administración desleal societaria en el derecho penal español. *InDret 3 – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abr. 2010.

MARINI, Consuelo. *Reati in materia economica*. Torino: Giappichelli, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Forense, 1961. v. 1.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa:* parte especial. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El delito societario de administración desleal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MATA Y MARTIN, Ricardo Manuel. Estructura fundamental del delito de administración desleal. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español:* estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi, 2001.

MAZZACUVA, Nicola; AMATI, Enrico. *Diritto penale dell'economia:* problemi e casi. 2. ed. Milano: CEDAM, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte especial. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 2.

MOYA BALLESTER, Jorge. *Deberes a cargo de los administradores en el derecho comparado*: la Ley 14700/2010. Madrid: Editorial La Ley, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal. In: NIETO MARTÍN, Adán. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memorian II*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001. v. 2 (Homenajes).

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?. *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002.

MUSCO, Enzo. *I nuovi reati societari.* 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

NAUCKE, Wolfgang. *El concepto de delito económico-político:* una aproximación. Madrid: Marcial Pons, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona: Editorial Praxis, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

PARGENDLER. Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e "business judgment rule" no direito brasileiro*. p. 9. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/11/art20151118-08.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2018.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal: a la vez, una reflexión sobre la naturaleza y las premisas del concepto jurídico-penal de patrimonio y sobre sus raíces históricas en la dogmática de la estafa. *InDret*, 4/2016, Barcelona, 2016.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La evolución del bien patrimonio en el seno del derecho penal patrimonial y económico. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013.

PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. ¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de octubre de 2013. *InDret*, 1/2015 – *Revista para el Análisis del Derecho,* Barcelona, jan. 2015.

PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. *El delito de administración desleal:* claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal. Barcelona: Atelier, 2016.

PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal societário*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Tratado de direito penal econômico:* direito penal das sociedades anônimas. São Paulo: RT, 1973. v. I.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Um novo sistema penal do direito penal:* considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional:* comentários à lei 7.492, de 16.6.86. São Paulo: RT, 1987.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal:* jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.

RAMOS, Maria Rita Oliveira. *Da importância do crime de infidelidade nos crimes contra o patrimônio*. Dissertação (Mestrado). Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014.

REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Dever de lealdade do administrador na empresa e direito penal. In: *Experiências do direito*. Campinas: Millenium Editora, 2004.

REQUENA JULIANI, Jaime. *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio:* posición de garante e imputación objetiva. Madrid: Dykinson, 2010.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

ROBLES PLANAS, Ricardo (Dir.). *La responsabilidad en los delitos especiales:* el debate doctrinal en la actualidad. Buenos Aires: B de F, 2014.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices:* la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Introducción a la edición española: dogmática de los límites al derecho penal. In: *Límites al derecho penal:* principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito:* fundamento y límites. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Estudios de derecho penal económico*. Navarra: Thomson Reuters, 2009.

ROJAS A., Luis Emilio. El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán. *Revista Penal*, n. 23, jan. 2009.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ROSAL BLASCO. Bernardo Del. Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del artículo 295 del Código Penal de 1995. In*:* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español:* estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi, 2001.

ROSS, Stephen A.; WESTERFIELD, Randolph W.; JAFFE, Jeffrey F. *Administração financeira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. I – fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general; t. II – especiales formas de aparición del delito. Pamplona: Thomson Reuters, 2014.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. e introdução Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática na imputação em direito penal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscherad. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

SADDI, Jairo. O sistema financeiro e as crises bancárias. In: *Temas de regulação financeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. Operações de crédito dentro de grupos financeiros: governança corporativa como complemento à regulação bancária. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos S. F. de; WARDE, Walfrido Jorge (Ed.). *Grupos de sociedades:* organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada:* a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Gerson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada “crise financeira”: falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Acerca de la cuadratura del círculo en la dogmática del perjuicio de peligro. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCIA CAVERO, Percy (Ed.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Peru: Ara Editores, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. Caso Mannesmann/Vodafone: acusación de administración desleal por infracción de deberes especiales jurídico-societarios. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Edit.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Peru: Ara Editores, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Coord.). *La administración desleal de los órganos societarios.* Barcelona: Atelier, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. La administración desleal de los órganos societarios*:* el caso Mannesmann. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Ed.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Peru: Ara Editores, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el lado subjetivo de la administración desleal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Edit.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Peru: Ara Editores, 2010.

SEGRELLES DE ARENAZA, Iñigo. El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas. *La Ley Penal*, n. 121, Sección Estudios, Editorial La Ley, 1º jul./1º ago. 2016.

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *Delitos societarios y conductas afines:* la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. 4. ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2017.

SERRANO CAÑAS, José Manuel. La incorporación de la business judgment rule al derecho español: el proyectado art. 226 de la ley de sociedades de capital. *La Ley Mercantil*, 6, Sección Sociedades, Editorial Wolters Kluwer, set. 2014.

SERRANO TÁRRAGA, Maria Dolores. Los negocios de riesgo y el delito de administración desleal. *Actualidad Penal*, n. 41, 5-11 nov. 2001.

SESSA, Antonino. *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: B de F, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. reimpr. Buenos Aires: Euros Editores, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Tiempos de derecho penal:* escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía. Buenos Aires-Argentina: Euros Editores, 2009.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial:* a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016 (Col. Ciência Criminal. Coord. Cláudio Brandão. v. 5).

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. t. I.

STAZJN, Rachel. *Sistema financeiro:* entre estabilidade e risco. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. 2. ed. rev., ampl. e atual., inclusive com comentários aos crimes de manipulação de mercado e uso indevido de informações privilegiadas introduzidos pela Lei n. 10.303/2001. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

VERA RIVERA, María Del Carmen. *El delito de administración desleal:* criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017

ZUCCALÀ, Giuseppe. *L'infedeltà nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1961.