

MARCELO ALMEIDA RUIVO DOS SANTOS

**BEM JURÍDICO E TÉCNICA DE TUTELA:  
LIMITES MATERIAIS PARA A CONSTITUCIONALIDADE DO ILÍCITO DE  
GESTÃO FRAUDULENTA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: sistema penal e violência

Orientador: Prof. Dr. Emil Albert Sobottka  
Co-orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila

Porto Alegre  
2008

MARCELO ALMEIDA RUIVO DOS SANTOS

**BEM JURÍDICO E TÉCNICA DE TUTELA:  
LIMITES MATERIAIS PARA A CONSTITUCIONALIDADE DO ILÍCITO DE  
GESTÃO FRAUDULENTA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovada pela Banca Examinadora em 26 de março de 2008.

Banca Examinadora:

---

Orientador: Prof. Dr. Emil Albert Sobottka  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Brasil

---

Prof. Co-orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Brasil

---

Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Brasil

---

Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto  
Universidade Luterana do Brasil – Brasil

## RESUMO

A criminalidade financeira representa um papel estratégico no cenário do Direito Penal Secundário, em razão da amplitude e da intensidade do impacto capaz de proporcionar na economia tanto global, quanto local. A disciplina constitucional do sistema financeiro autoriza a intervenção penal a fim de tutelar fundamentalmente os seus valores conformadores, de modo que a legitimidade de aplicação dos dispositivos da Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86) não pode romper a delimitação oportunizada pelo modelo constitucional de crime como ofensa a bens jurídicos.

O delito de gestão fraudulenta, em especial, foi arquitetado de modo a tutelar um complexo bem jurídico supra-individual de titularidade difusa: por um lado, o crime protege a verdade e a transparência e, por outro, o patrimônio. Em razão disso na parte objetiva do tipo penal, a técnica de tutela da gestão fraudulenta aproxima-se bastante da apresentada na tipologia do crime de resultado cortado, uma vez que conjuga tanto a ofensa de dano/violação, quanto de perigo/violação.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de tratar-se de um crime de mera desobediência à lei – segundo o qual a consumação do delito depende apenas da prática da conduta, independentemente da ocorrência do resultado desvalioso – não se apresenta adequada aos limites materiais do Direito Penal.

**Palavras-chave:** Gestão fraudulenta – Limites materiais – Ofensividade – Bem jurídico – Técnica de tutela

## RESUMEN

La criminalidad financiera representa un papel estratégico en el cenario del Derecho Penal Secundario, en razón de la amplitud y de la intensidad del impacto que se puede ocasionar en la economía tanto global, como local. La disciplina constitucional del sistema financiero permite la intervención penal en el sentido de tutelar sus valores conformadores. Luego, la legitimidad de la aplicación de los dispositivos de la Ley 7.492/86, Ley de los Crimenes contra el Sistema Financiero Nacional, exige una delimitación conforme el modelo constitucional de crimen como ofensa a bienes jurídicos.

El delito de gestión fraudulenta, en especial, fue arquetizado de modo a tutelar un complejo bien jurídico supra-individuales de titularidad difusa: por un lado, protege la verdad y la transparencia y, en otro, el patrimonio. En la parte objetiva de tipo penal, la técnica de tutela de la gestión fraudulenta aproximase bastante con el crimen del resultado cortado, una vez que conjuga tanto una ofensa de dano/violación, como una ofensa de peligro/violación. El entendimiento doctrinario y jurisprudencial en el sentido de que se trata de un crimen de mera desobediencia a la ley – en que para la consumación del crimen independe de la ocurrencia del resultado desvaloroso – no se presenta adecuada a los límites materiales del Derecho Penal.

**Palabras-clave:** Gestión fraudulenta – Límites materiales – Ofensividad – Bien jurídico – Técnica de tutela.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1. BREVES NOTAS SOBRE A CONFIGURAÇÃO SOCIOECONÔMICA E AXIOLÓGICA DA QUESTÃO FINANCEIRA .....</b>	<b>14</b>
2.1. AS DIRETRIZES DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A RELEVÂNCIA ESTRATÉGICA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL .....	21
2.2. A DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO TUTELADO NOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO: FUNÇÃO ESSENCIAL, DEVER ESPECIAL À VIDA ECONÔMICA OU BEM JURÍDICO-PENAL COM RESSONÂNCIA CONSTITUCIONAL?.....	45
<b>3. EXPLICITAÇÃO E CONVOCAÇÃO DA CONCREÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL .....</b>	<b>59</b>
3.1. A LEI DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (7.492/86): DESVELANDO OS SENTIDOS REITORES DO UNIVERSO FINANCEIRO. ....	59
3.2. A CONCREÇÃO DO BEM JURÍDICO SUPRA-INDIVIDUAL TUTELADO NO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA.....	70
3.3. O ÂMBITO DE TUTELA NO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA (ART. 4º, CAPUT). CONTRIBUTO COMPREENSIVO MEDIANTE UMA RECUPERAÇÃO DO CRIME DE RESULTADO CORTADO.....	82
<b>4. O ÂMBITO DE TUTELA DO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA (ART. 4º, CAPUT). CONTRIBUTO COMPREENSIVO MEDIANTE UMA RECUPERAÇÃO DO CRIME DE RESULTADO CORTADO.....</b>	<b>85</b>
4.1. VARIAÇÕES DAS COMPREENSÕES DOCTRINÁRIAS A RESPEITO DA TÉCNICA DE TUTELA DO CRIME DE RESULTADO CORTADO. ....	85
4.2. A TIPOLOGIA DO CRIME DE RESULTADO CORTADO SOB O LUME DA EXIGÊNCIA DE OFENSIVIDADE. AS VIRTUDES DELIMITADORAS DO DESVALOR DA AÇÃO QUANDO TRABALHADO SOB ORIENTAÇÃO DO DESVALOR DO RESULTADO. ....	97
<b>5. ÂMBITO DE PROTEÇÃO E HIPÓTESES OFENSIVAS LEGITIMAMENTE PROIBIDAS NO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA.....</b>	<b>110</b>
5.1. A HERMENÊUTICA DO ILÍCITO-TÍPICO DE GESTÃO FRAUDULENTA (ARTIGO 4º, CAPUT). APROXIMAÇÕES COM MODELO DO CRIME DE RESULTADO CORTADO. ....	110
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>138</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>141</b>

## INTRODUÇÃO

A presente investigação está situada em um espaço de tempo marcado pelo inequívoco crescimento da importância do mundo das finanças na realidade contemporânea. Em razão disso, no primeiro capítulo, busca-se identificar, em breves linhas, quais são os elementos socioeconômicos e axiológicos que configuram a questão financeira, de maneira a tornar possível uma compreensão ampliada sobre o reconhecimento que a ordem jurídica nacional confere ao tema. Ampliação de perspectiva que, para um satisfatório caminhar, deve, obrigatoriamente, procurar saber se há pontos de consonância e, ainda, quais seriam esses – na opinião dos analistas financeiros do mercado – a respeito do cuidado que deve ser ofertado ao desenvolvimento financeiro nacional e mundial. Também como, investigar a existência de elementos suficientemente claros e consistentes aptos a orientar os influxos político-criminais sobre o controle e prevenção de práticas economicamente negativas por meio de instituições financeiras. Mais do que isso, procurar-se-á traçar pontos de apoio e de fundamentação, que servirão como premissas para que os passos seguintes não fiquem obrigados ao constante retomar ou explicar de cada um dos elementos trabalhados na parte inicial.

O enfrentamento jurídico, propriamente, tem início no primeiro tópico do segundo capítulo, sendo conduzido por uma interrogação de base que acompanhará esta exposição até as suas últimas linhas: haveria viabilidade constitucional, condicionante e condicionada por critérios normativos seguros, para a aplicação legítima do crime de gestão fraudulenta do artigo 4º, *caput* da Lei 7492/86?

Para a resposta da questão acerca da controvertida constitucionalidade do crime de gestão fraudulenta das instituições financeiras, mostra-se necessário um olhar

cauteloso voltado aos referenciais instituintes do ordenamento. Faz-se mister estudar a previsão constitucional do Sistema Financeiro Nacional, bem como identificar qual relação esta parte do ordenamento guarda com o corpo constitucional. Aliás, imprescindível é o esclarecimento de quais são os vetores estruturantes dessa área da ordem econômica, atentando para qual é a natureza tipológica do preceito do artigo 192 da Constituição da República Federativa do Brasil e quais são os efeitos jurídicos produzidos, bem como a avaliando a existência de valor dotado de dignidade penal, mesmo que não previsto expressamente, capaz de fundamentar a restrição de direitos fundamentais por normas infraconstitucionais.

No tópico seguinte, após a delimitação e esclarecimento acerca das relações próximas e fecundas entre a Constituição e o Direito Penal, será momento de estudo do conteúdo da tutela penal, que, enquanto instrumental dogmático, obrigatoriamente deve observar os ditames de legitimidade do Estado Democrático de Direito. O tema a ser enfocado poderá ser sintetizado em uma pergunta que versa sobre a definição o objeto de tutela nos crimes contra o sistema financeiro: em relação ao modelo constitucional de crime, seria legítima a tutela de uma função essencial, dever especial à vida econômica ou, tão-somente, bem jurídico-penal com ressonância constitucional?

A temática proposta tem como horizonte compreensivo o processo de desenvolvimento e estruturação do Direito Penal Secundário. Isto é, no alargamento do espectro de intervenção penal para campos da vida – nos quais, até então, inexistia a tutela jurídica ou estava a encargo de outras searas do direito – é que os discursos político-criminais, muitas vezes, têm defendido incriminações de exceção ou incriminações conduzidas por técnicas alternativas, nomeadamente a tutela de funções primordiais para a vida em sociedade. Ao fim, pretende-se identificar qual o modelo constitucional de crime, assim como as suas virtudes normativas para a delimitação da ilicitude material.

No terceiro capítulo, por um dever de coerência com a argumentação a ser desenvolvida, será realizado momento descritivo conceitual do universo financeiro para fins penais, de maneira a permitir, posteriormente, a investigação acerca dos sentidos reitores da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Assim, uma vez delimitado os valores capazes de servir como orientadores político-criminais, nos

próximos tópicos, tratar-se-á de investigar qual é exatamente o bem jurídico digno penalmente e qual a forma de tutela oferecida pela norma do artigo 4º, *caput*.

Considerando que o trabalho não se esgota na confrontação das hipóteses de eventuais objetos de tutela identificados pela doutrina, o avançar em alguns aspectos propositivos faz-se necessário. Nesse sentido, o segundo tópico versa sobre a forma como se dá a concreção do bem jurídico supra-individual na tutela no crime de gestão fraudulenta. Terreno esse que se mostra nebuloso e insuficientemente explorado, no qual a tônica do rigorismo analítico fica mais a conta de estudos específicos, objeto da inteligência de pareceristas, que, propriamente, abordagens científicas sistematizadas.

Nesse estágio de desenvolvimento, será necessária uma delimitação cuidadosa do objeto de tutela dos delitos de gestão, levando em conta que os desdobramentos da postura adotada comprometem os encaminhamentos a serem realizados posteriormente. A pretensão de oferecer um contributo ao acerto dos critérios de imputação do ilícito traz consigo a obrigação de adotar uma postura intencionalmente insatisfeita com definições *lato sensu* incapazes de indicar a forma de ofensa desempenhada pelas condutas proibidas na maioria das vezes. Para uma melhor apreciação das variadas hipóteses, será formado um quadro composto pelos principais entendimentos doutrinários acerca do bem jurídico tutelado na norma, e, assim, tão-somente depois disso, avançar-se-á a nossa concepção sobre o objeto de tutela.

Posteriormente, após o reconhecimento do bem jurídico-penal tutelado no crime de gestão fraudulenta, partir-se-á para a identificação da técnica de tutela empregada na redação do ilícito. Tentar-se-á uma aproximação do ilícito do artigo 4º, *caput* com os crimes doutrinariamente chamados de resultado cortado. Todavia, não sem antes se examinar as variadas compreensões sobre a forma de configuração e, sobretudo, de acerto do resultado da conduta. Considerar-se-á, como um mote de reorientação da compreensão categorial geralmente apresentada acerca da tipologia do resultado cortado, que a exigência constitucional de ofensividade poderá trazer notáveis progressos em termos de clareza e adequação.

E, por fim, no último tópico, após o ajustamento normativo da realidade típica do crime de resultado cortado, buscar-se-á obter alguns benefícios discursivos na

hermenêutica do crime de gestão fraudulenta. A finalidade de tal proceder consiste na expectativa de que a forma como a parte objetiva do ilícito-típico de resultado cortado é tradicionalmente estruturada sirva de exemplo para a identificação das modalidades ofensivas necessárias para a realização típica da gestão fraudulenta. Ou seja, encerra-se a investigação com a pretensão de identificar critérios normativos aptos a guiar a aplicação segura do crime de gestão fraudulenta, segundo os requisitos de legitimidade material.

## CONCLUSÃO

De tudo que foi investigado e desenvolvido, pode-se destacar, ainda que parcialmente, algumas proposições finais:

1. Os movimentos de financeirização e de monetarização da riqueza impõem a necessidade de uma tutela jurídica adequada ao tratamento da complexa e dinâmica questão econômico-financeira. A criminalidade financeira, não raras vezes, tende a produzir reflexos econômicos – quer pela amplitude, quer pela intensidade das conseqüências – irrestritos ao âmbito no qual foi praticada a conduta.

2. O Sistema Financeiro Nacional encontra ressonância constitucional, no sentido de indicar as diretrizes a serem protegidas, com maior especificidade, pela legislação ordinária. Tutela infraconstitucional que adequadamente pode ocorrer por meio da intervenção penal, desde que em consonância com os limites materiais ou, em outras palavras, os fundamentos normativos disciplinares do Direito Penal.

3. Em que pese a destacada relevância político-criminal da intervenção penal no Sistema Financeiro Nacional, tal realidade não justifica a criação de um espaço de exceção nas ordens jurídico-constitucional e jurídico-penal. As linhas de força e de atração entre os dois ordenamentos estabelecem o modelo constitucional de crime como ofensa a bens jurídico-penais. Assim sendo, nem a dificuldade de reconhecer quais são os valores preponderantes, nem o problema de encontrar valores com concretude e especificidade suficientes para ostentar dignidade penal são justificativas plausíveis para a criminalização de condutas por meio de exceções ou de alternativas jurídico-teóricas.

4. No âmbito do sistema financeiro, a tutela penal de funções socioeconômicas ou de funções governamentais – além de implicar na inobservância do modelo constitucional de crime – não se mostra um recurso necessário, pois é possível o reconhecimento de valores conformadores e estruturantes da sua realidade operatória. Nessa linha, trata-se a confiança de um pressuposto fundamental, que impregna toda e qualquer relação econômica, o que, ainda em específico, no dinamismo das práticas

financeiras apresenta-se intensificado. A confiança no Sistema Financeiro Nacional, mesmo que incapaz de ser protegida em toda a sua amplitude, pode ser tutelada penalmente quando concretizada em bens jurídicos com dignidade penal.

5. O crime de gestão fraudulenta – previsto no *caput* do artigo 4º – tutela um bem jurídico-penal supra-individual complexo de caráter dúplice, ou seja, protege, de um lado, a verdade e a transparência e, de outro, o patrimônio. Valores que devem ser entendidos, na esteira das linhas caracterizadoras do Direito Penal Secundário, como bens jurídicos que extrapolam a singularidade dos indivíduos diretamente ligados à vida da instituição financeira. Para além do interesse de sócios, investidores, trabalhadores e credores, trata-se de bem jurídico supra-individual de titularidade difusa.

6. A controvertida técnica de tutela do resultado cortado pode ser normativamente recuperada, e, desse modo, oferecer contributo significativo à hermenêutica do crime de gestão fraudulenta, se olhada a partir da exigência constitucional de ofensividade. A doutrina, geralmente, tem sustentado a incongruência entre as partes subjetiva e objetiva do tipo, pois tem como pressuposto que para a consumação do crime não se faz necessário a efetivação do resultado ofensivo intencionado pelo agente.

7. A suposta incongruência típica do ilícito de resultado cortado não persiste caso seja seguido como referencial o modelo constitucional de crime, isto é, a consumação do delito somente vem a ocorrer na hipótese da intenção do agente – elemento subjetivo especial do tipo – resultar em ofensa aos bens jurídicos tutelados. Em termos objetivos, o ilícito-típico de resultado cortado, normalmente, decorre da combinação de duas técnicas de tutela para a proteção de bens jurídicos distintos, por isso a conduta deve causar uma “ofensa de dano/violação” a um primeiro bem jurídico e, ainda, uma “ofensa de perigo/violação” a um segundo bem jurídico.

8. A gestão fraudulenta – enquanto entendida como crime de mera desobediência ou crime de violação de dever legal, sem qualquer preocupação com o acerto material do resultado jurídico da fraude – não desfruta de legitimidade constitucional, o que, por certo, reivindica uma compreensão hermenêutico-aplicativa adequada ao modelo constitucional de crime como ofensa a bem jurídico-penal.

9. A atual redação do ilícito-típico de gestão fraudulenta – em semelhança a estrutura objetiva do crime de resultado cortado – foi arquitetada de maneira a tutelar o patrimônio, em uma condição mais protegida, e o bem jurídico verdade e transparência em uma posição ofensivamente mais vulnerável. Nesse entender, para que a fraude denote relevância penal deve provocar ofensa de dano/violação à verdade e a transparência e, ao menos, ofensa de perigo/violação ao patrimônio. A ofensa de perigo/violação deve ser compreendida como portadora de desvalor de resultado característico do perigo abstrato, o qual tem como designação a interferência desvalorosa na esfera de manifestação do patrimônio, apresentando acerto material por meio da categoria “possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico”.

10. Uma vez adequadas às exigências constitucionais para o acerto material do resultado da conduta de gestão fraudulenta, o ilícito-típico adquire plena legitimação normativa e constitucional, tornando-se apto ao desempenho da tarefa político-criminal de tutela de valores imprescindíveis para o Sistema Financeiro Nacional.