

ART. 4.º, LEI 7.492/1986

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Bem jurídico e sujeitos do delito – 3. Tipicidade objetiva e subjetiva – 4. Pena e ação penal.

Art. 4.º 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.

I – DOUTRINA

1. Introdução

A Lei 1.521, de 26.12.1951 (Lei de Economia Popular), no artigo 3.º, IX, define como delito contra a economia popular “gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de 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”. Note-se que essa disposição tem uma redação mais extensa e casuística do que a contida no artigo 4.º da Lei 7.492/1986, por enumerar quais as instituições financeiras por ela abrangidas.

Entretanto, o legislador, ao editar a presente lei, optou por conceituar no artigo 1.º o que vem a ser instituição financeira, e na figura típica do artigo 4.º versa sobre a forma de dirigi-la. Com isso evitou o inconveniente de estabelecer um rol taxativo, tal

como ocorreu na Lei 1.521/1951, que tende a desatualizar-se em razão da dinamicidade do sistema financeiro, que pode torná-la inaplicável, por falta de previsão expressa de determinada instituição financeira.

2. Bem jurídico e sujeitos do delito

Tutelam-se a higidez da gestão das instituições financeiras e das atividades daí decorrentes, com a conseqüente proteção do patrimônio da instituição financeira e dos investidores (delito pluriofensivo).³⁵

Sujeito ativo do delito é somente a pessoa que pode gerir a instituição financeira (delito especial próprio), e que se encontra especificada no artigo 25 da Lei 7.492/1986, assim redigido: “São penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (*vetado*). § 1.º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (*vetado*) o interventor, o liquidante ou o síndico”. Nada obsta, contudo, a participação de terceiros estranhos à instituição financeira na realização do delito.

35. Sobre o tema, vide SILVA, P. C. da. *Tutela penal do sistema financeiro nacional: reflexões dogmáticas sobre o artigo 4.º da Lei 7.492/1986*. 2001. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Maringá.

Entende-se por *controlador e administradores*³⁶ de instituição financeira os *diretores* (pessoas que administram ou gerenciam um estabelecimento mercantil ou empresarial³⁷) e os *gerentes* – pessoas autorizadas a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhes foram outorgados (art. 1.173, CC).³⁸ *Interventor*, por sua vez, designa a pessoa nomeada para assumir determinada administração ou governo, enquanto perdurar a intervenção.³⁹ Noutras palavras: é o agente que estará desempenhando específicas funções durante todo o processo de intervenção.⁴⁰ Cabe a ele

arrecadar, mediante termo, todos os livros da entidade e os documentos de interesse da administração; levantar o balanço geral e o inventário de todos os livros, documentos, dinheiro e demais bens da entidade, ainda que em poder de terceiros, a qualquer título (art. 9.º, Lei 6.024/1974).

O termo *liquidante* se refere ao indivíduo encarregado de “proceder à liquidação das sociedades dissolvidas”, cujas funções consistem em “ultimar os negócios sociais, realizando o ativo, pagando o passivo e distribuindo o remanescente se houver entre os sócios ou acionistas”;⁴¹ o *síndico* – atualmente denominado administrador judicial – pela Lei 11.101/2005 (Lei de Falências), deve ser “profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada” (art. 21, Lei 11.101/2005). É nomeado pelo juiz e responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial (art. 21, parágrafo único, Lei 11.101/2005).

É importante enfatizar que a Lei 7.492/1986 equiparou o interventor, o liquidante e o síndico (administrador judicial) aos administradores de instituição financeira (art. 25, § 1.º).

36. Sobre esses conceitos, na doutrina italiana, vide MUSCO, E. *Diritto Penale Societario*, p. 17 e ss. Os administradores são dotados de poderes de iniciativa, execução, decisão e de representação da sociedade mercantil.

37. Cf. DINIZ, M. H. *Dicionário Jurídico*, 2, p. 185.

38. ‘Art. 1.172. Considera-se gerente o preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência.’ Sobre a figura do *gerente* nas sociedades em comandita por ações, vide MENDONÇA, J. X. C. de. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, II, III, p. 252-257. O gerente é, na verdade, ‘uma espécie de gestor sem propriedade que se contrapõe, na hierarquia social atual, aos proprietários sem gestão’ (REQUIÃO, R., op. cit., 2, p. 183).

39. Cf. COMISSÃO de Redação. *Interventor*, FRANÇA, R. L. (Coord.). *ESD*, 46, p. 91; DE PLÁCIDO E SILVA, O. *Vocabulário Jurídico*, I, p. 507.

40. Estão sujeitas à intervenção as instituições financeiras privadas e públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, e só poderá ser realizada caso se verifiquem anormalidades nos negócios sociais da instituição financeira, tais como má administração; infrações a dispositivos bancários e impuntualidade e/ou presunção de insolvência. A intervenção será decretada de ofício pelo Banco Central do Brasil ou após ser requerida pelos administradores da instituição (desde que essa competência lhes seja conferida expressamente pelos próprios estatutos constitutivos da instituição) ou pelas Bolsas de Valores (apenas em corretoras a elas associadas). O prazo da intervenção não pode ser superior a seis meses, prorrogável uma única vez por

igual período por decisão do Banco Central do Brasil. Com a decretação da intervenção, ficam suspensas a exigibilidade das obrigações vencidas, a fluência do prazo das obrigações vincendas contraídas antes da decretação e a exigibilidade dos depósitos já existentes na data da decretação (cf. TZIRULNIK, L., op. cit., p. 44-47). A propósito da intervenção, vide ainda SANTOS, J. M. de C. (Org.). *Intervenção*. *REDB*, 29, p. 175 e ss.

41. BULGARELLI, W. *Liquidante de sociedade*. In: FRANÇA, R. L. (Coord.). *ESD*, 50, p. 169. Observe-se que a liquidação não produz os efeitos da falência, visto que ‘a sociedade não fica privada da administração dos seus bens; as suas obrigações não se tornam exigíveis; os seus contratos não se resolvem. Ao contrário, não obstante modificado o seu objeto, continua a existir durante a liquidação’ (MENDONÇA, J. X. C. de, op. cit., p. 222).

Sujeitos passivos são o Estado e o mercado financeiro, incluindo as instituições financeiras e os investidores.

3. Tipicidade objetiva e subjetiva

A conduta típica incriminada no artigo 4.º, *caput*, consiste em *gerir* (administrar, dirigir, organizar, controlar, comandar) fraudulentamente instituição financeira.

Vale salientar que “a instituição financeira como um todo, os seus livros, registros, balanços, operações, serviços, constituem o *objeto material* deste crime. Do seu exame é que poderá resultar a convicção e a prova material cabal de uma gestão fraudulenta ou temerária. A primeira, mais objetivamente, enquanto que a segunda [...] com elevada taxa de subjetividade”.⁴²

O termo *fraudulento* é elemento normativo com referência específica à possível concorrência de uma causa de justificação. Isso significa dizer que, estando ausente esse elemento, a conduta torna-se não só atípica como permitida.

Gestão fraudulenta significa gestão de instituição financeira com fraude, dolo, ardil ou com malícia, visando a obter indevida vantagem, independentemente de ser para si ou para terceiro (v.g., simulação de operações ou maquiagem de balanços para desviar ativos da instituição e enganar investidores, outras instituições financeiras ou as autoridades que fiscalizam o mercado).

No parágrafo único se prevê a *gestão temerária*. *Temerária* quer significar aquela que “é caracterizada pela abusiva conduta, que ultrapassa os limites da prudência, arriscando-se o agente além do permitido mesmo a um indivíduo arrojado. É o comportamento afoito, arriscado, atrevido.”⁴³

Podem ser citados, como exemplos de gestão temerária, “a prática reiterada das seguintes condutas: a realização de operações especulativas de desmedido risco,

deixarem os responsáveis pela instituição financeira de alertar os investidores quanto aos riscos de suas respectivas carteiras de aplicação não conservadoras, a violação de normas regulamentares ou usuais para diversificação das aplicações de risco, autorização para operações de empréstimo ou financiamento sem as correspondentes garantias, oferecimento de juros notoriamente superiores aos praticados no mercado para obter recursos e cobrir posição devedora, a dispersão de recursos em despesas não operacionais, inclusive com a prática de atos de liberalidade à custa da companhia (art. 154, § 2.º, a, da Lei 6.404/76) etc.”⁴⁴

Distingue-se a gestão fraudulenta da gestão temerária no sentido de que “naquela se praticam atos ardilosos e bem orquestrados para a efetivação oculta de negócio naturalmente ilegal, enquanto nesta se submetem a riscos excessivos e irresponsáveis o patrimônio dos correntistas e investidores, que outrora confiaram nos freios de ousadia da Instituição Financeira”.⁴⁵ Assim, “na primeira, o sujeito age dissimuladamente (*fraudar* significa ludibriar, enganar, levar a erro, mediante ardil), operando através de artifícios engenhados para encobrir a fraude. Já na gestão temerária, o agente, em regra, atua abertamente, não necessitando de artifícios para executar as operações periculárias ou de alto risco para o patrimônio da instituição e dos investidores”.⁴⁶

44. TÓRTIMA, J. C., op. cit., p. 34.

45. OLIVEIRA, L. H. M. M. Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira. *RIL*, 143, 1999, p. 51.

46. TÓRTIMA, J. C., op. cit., p. 35. Nesse contexto, assevera com precisão o autor que deve ser respeitado, para melhor esclarecer a questão, o *risco permitido*, entendido como aquele que, ‘dentro de limites razoáveis, é insito à atividade negocial, sobretudo no terreno em que operam as instituições financeiras. Nas operações com os chamados derivativos, por exemplo, são bem conhecidas as incertezas desse mercado de índices ou preços futuros de mercadorias, no qual os investidores apos-

42. PIMENTEL, M. P., op. cit., p. 52.

43. PIMENTEL, M. P., op. cit., p. 51.

Crítica-se a expressão *temerária*, utilizada pelo legislador, pois, como não houve nenhuma distinção no caso de a gestão temerária trazer prejuízos ou benefícios, entende-se que é bastante sua ocorrência para que o delito reste configurado. Ao contrário, a Lei 1.521/1951 (art. 3.º, IX) foi mais precisa, tendo em vista que a gestão apenas poderia ser considerada *temerária* (ou *fraudulenta*), quando causasse prejuízo para os interessados.⁴⁷ É claro que, agindo dessa forma, o legislador de 1986 desprezou o princípio da legalidade, no aspecto da taxatividade ou determinação, e deixou para o julgador a delimitação exata desse conceito, ou seja, é o critério subjetivo que deverá ser utilizado para precisá-lo.⁴⁸

tam em cotações que oscilarão em torno de fatores um tanto aleatórios. Nada obstante, as incertezas naturais do mercado não devem ser encaradas como sinônimo de simples aventura com os recursos da empresa financeira e de seus clientes, cabendo aos gestores da primeira, através dos instrumentos de proteção (*hedge*) e controle que o próprio mercado oferece, administrar tais riscos e evitar situações capazes de acarretar sérios prejuízos aos investidores ou mesmo de levar a instituição à derrocada. Adotadas as cautelas devidas para a consecução de determinados fins lícitos (v.g., maior retorno financeiro em aplicação de renda variável), eventuais conseqüências adversas estariam no espectro do chamado *risco permitido*, reconhecido pela doutrina, nos delitos negligentes, como causa de exclusão do tipo de injusto [...]. De sorte que 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*" (op. cit., p. 35-37).

47. Nesse sentido, PIMENTEL, M. P., op. cit., p. 51-52.

48. Sobre esse aspecto, vide PITOMBO, A. S. A. de M. Considerações sobre o crime de gestão temerária de instituição financeira. In: SALOMÃO, H. E. (Org.). *Direito Penal Empresarial*, p. 51; AMODEO, F. Gestão fraudulenta – Crime contra o sistema financeiro nacional (art. 4.º da Lei 7.492/1986). In: SALOMÃO, H. E.

Acrescente-se que se trata de delito habitual, visto que a reiteração da prática delitativa é exigência do próprio tipo, estando a palavra *fraudulentamente* a indicar a repetição.⁴⁹

(Org.). *Direito Penal Empresarial*, p. 84-86; REALE JR., M. *Problemas penais concretos*, p. 14-17; ARAÚJO JR., J. M. de. Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do Código Penal de 1994. *RBCCrim*, 11, 1995, p. 156. Contrariamente, posiciona-se IVAN LIRA DE CARVALHO, afirmando que não há nenhuma lacunosidade no núcleo 'gestão temerária', pois sabe-se que temerário é tudo aquilo que é arriscado, imprudente, perigoso, arrojado, audacioso, precipitado, sem fundamento, sem base ou infundado. E, mais adiante, complementa: 'Cavucar iniquidades no artigo 4.º da Lei 7.492/1986, ao pueril argumento de que o preceptivo ostenta incabível largueza atentatória às garantias do cidadão, é querer – sem razão – desarmar o Estado de um sério instrumento que visa coibir o engodo em continuação que vem sendo registrado no âmbito das instituições financeiras' (Gestão fraudulenta ou temerária de entidade financeira: algumas controvérsias. *RT*, 765, 1999, p. 467 e 468). Nessa trilha, MAIA, R. T., op. cit., p. 60. Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira contradiz-se quando, no primeiro momento, afirma que a lei foi omissa na caracterização de cada conduta, apesar da diferença entre as penas abstratamente cominadas e, posteriormente, sustenta que não há violação do princípio da legalidade, apesar de conter certa dose de subjetividade (op. cit., p. 47 e 50).

49. Assim, GOMES, L. F. Notas distintivas do crime de gestão fraudulenta: artigo 4.º da Lei 7.492/1986 (a questão das 'contas fantasmas'). In: PODVAL, R. (Org.). *Temas de Direito Penal Econômico*, p. 358. Conforme sua concepção, 'um só ato, como se vê, não configura a gestão exigida pelo tipo'. Ainda sobre o assunto, vide SILVA, P. C. da, op. cit., p. 98. Acolhendo posição distinta, tem-se Rodolfo Tigre Maia quando afirma que 'trata-se de crime habitual impróprio, ou acidentalmente habitual, em que uma única ação tem relevância para configurar o tipo, inobstante sua reiteração não configure pluralidade de crimes' (op. cit., p. 58).

O tipo subjetivo é composto pelo dolo, direto ou eventual, isto é, pela consciência e vontade do agente de gerir *fraudulenta* ou *temerariamente* instituição financeira (art. 4.º, *caput* e parágrafo único).

Não há previsão da modalidade culposa para o delito de gestão fraudulenta. Porém é preciso clarificar que *temerário* quer significar arriscado, perigoso, arrojado, audacioso, afoito, imprudente. Assim, *temerário* também equivale a imprudente, uma das modalidades de culpa. É por isso que parte da doutrina afirma ter sido admitida implicitamente modalidade culposa.⁵⁰ Sem razão, todavia, visto que a previsão de culpa deve ser feita expressamente (regra de excepcionalidade do delito culposo).⁵¹

O delito em apreço se *consuma* com a gestão, fraudulenta ou temerária, independentemente de qualquer resultado (delito

de perigo abstrato e de mera atividade).⁵² Não é admissível a *tentativa*, por se tratar de delito habitual.

4. Pena e ação penal

Ao delito previsto disposto no artigo 4.º, *caput*, da Lei 7.492/1986, as penas cominadas são as de reclusão, de três a doze anos, e de multa. Para a conduta tipificada no parágrafo único, as penas estipuladas são de reclusão, de dois a oito anos, e de multa.

Como se observa, houve distinção pelo legislador no *quantum* das penas para os delitos de gestão *fraudulenta* e gestão *temerária*, a qual não se justifica, visto que não existe nenhuma razão para que assim tivesse procedido.

A ação penal é pública incondicionada para ambas as condutas.

50. Segue essa posição PIMENTEL, M. P., op. cit., p. 52-53.

51. Desse modo, explica-se, com razão, que, 'quanto à gestão temerária, cuida-se [...] do dolo eventual, consistente em assumir o agente o risco do resultado danoso ou perigoso. Ao contrário do que pode sugerir a expressão *temerária*, a mera imprudência do agente não chega a configurar o ilícito penal em tela, por ser inadmissível a punição penal de conduta apenas culposa, salvo quando a lei expressamente o permite (art. 18, parágrafo único, do Código Penal)' (TORTIMA, J. C., op. cit., p. 39-40). Assim também, PITOMBO, A. S. A. de M., op. cit., p. 52; CARVALHO, I. L. de, op. cit., p. 468.

52. Entendendo que se trata de crime de perigo concreto, e não abstrato, REALE JR., M., op. cit., p. 21; MAIA, R. T., op. cit., p. 58.