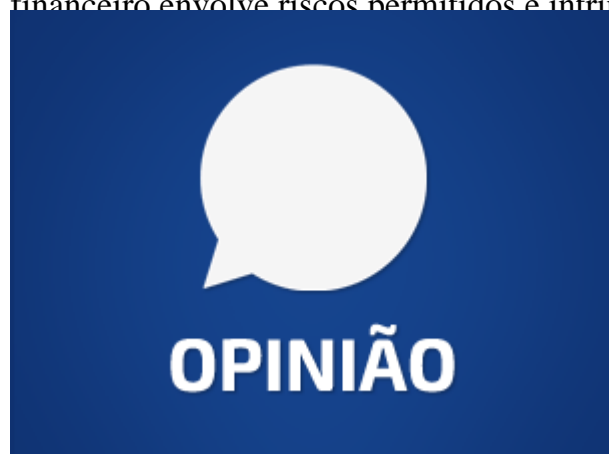




## Rutis e Bernardes: Impossibilidade da imputação de gestão fraudulenta

O Marco Legal dos Criptoativos incluiu oficialmente as *exchanges* no rol de instituições financeiras referenciadas nos crimes contra o sistema financeiro nacional (artigo 1º, p.u., Lei nº 7.492/86). Quando entrar em vigor (junho de 2023), é provável que ele vá renovar o afã acusatório em torno dos excessivamente abertos tipos penais de gestão fraudulenta e temerária (artigo 4º, *caput* e p.u.). Aqui, parece haver uma dificuldade dos órgãos acusatórios em compreender que a atividade no mercado financeiro envolve riscos permitidos e intrínsecos nos quais só haverá relevância penal quando existir

vo.



A lógica que impera nas denúncias é de que, se houve um

prejuízo, houve temeridade ou fraude. Mais, toda e qualquer pessoa que participou do processo decisório que culminou no investimento ruim seria penalmente responsável. Olvida-se completamente a inexistência de responsabilidade penal pela simples detenção de cargo.

Um exemplo ilustra o equívoco. O presidente da instituição X decide, depois de pareceres técnicos favoráveis, pelo aporte Y que tinha déficits ocultos não apontados pelo setor responsável. X é responsável? Aparentemente não, pois agiu de acordo com a confiança nos outros setores. Porém, na lógica acusatória, seria possível a imputação na modalidade comissiva (X decidiu pela aprovação do aporte e, por isso, é responsável) ou comissiva por omissão (por não ter notado o erro da equipe técnica, X violou o dever de garantidor enquanto supervisor). Essa narrativa foi repetida inúmeras vezes na Operação Greenfield.

Nesse contexto, proliferam acusações que explícita ou veladamente falam que houve a realização dos referidos tipos na modalidade omissiva imprópria. Ocorre que essa dinâmica é impossível. Vejamos o porquê.

Inicialmente, é preciso rememorar a clássica lição que distingue os crimes de acordo com a descrição de um resultado natural no tipo penal: material, formal e de mera conduta.



Crime material é aquele que prevê no tipo um resultado naturalístico que se quer evitar. No crime formal, também há essa descrição, mas apenas no primeiro a consumação do delito depende da realização dessa consequência do comportamento típico. Na modalidade de mera conduta, não há nenhuma descrição do fruto da conduta proibida, apenas se discorre sobre uma postura que se quer impedir.

O *caput* e o parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 7.492/86 são diretos: "*Artigo 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena — Reclusão, de três a 12 anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena – Reclusão, de dois a oito anos, e multa*". A simples leitura já mostra que se trata de delitos de mera conduta.

Apesar da clareza da categoria, a conclusão não é uma unanimidade nas decisões jurisprudenciais, pois são muitos os precedentes que os descrevem como formais (STJ, AgRg no AREsp nº 926.372/SP e AgRg no REsp 1133948/RJ). No nosso sentir, o que anima o equívoco é uma mistura de conceitos.

Quem defende a ideia de crime formal afirma que o resultado dos tipos seria o perigo à ordem econômica decorrente do extrapolar do risco permitido ou do emprego de fraude no exercício da gestão. O problema dessa lógica é a confusão da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado com a descrição de um resultado no tipo penal. Toda conduta que atrai a intervenção do Direito Penal causa algum grau de ameaça/lesão ao bem jurídico, mas nem por isso todo crime é um crime de resultado.

Nas palavras de Ana Carolina Carlos de Oliveira: "*os delitos de resultado definem-se pela separação entre ato e resultado, de tal modo que importa somente definir se a ação acarreta um resultado distanciado, espaço-temporalmente, da conduta*". (OLIVEIRA, 2019, p. 108). Nessa perspectiva, os delitos de mera conduta, mesmo quando efetivamente acarretam perigo concreto ou abstrato, não são delitos de resultado, pois sua consequência é "*concomitante com a atividade proibida do tipo, e não guarda qualquer distanciamento temporal entre a conduta e o resultado*" (OLIVEIRA, 2019, p. 107).

Virtualmente, toda conduta criminalizada é capaz de ensejar um resultado naturalístico no sentido de que há uma alteração concreta na realidade após a adoção da conduta proibida pelo agente. Porém, é apenas nos crimes formais e materiais que esse resultado naturalístico se confunde com o resultado típico. Assim, a presença do perigo não é o traço característico, mas sim a existência ou não de uma consequência prevista na redação da norma criminalizadora.

Por tudo isso, tanto a gestão temerária quanto a fraudulenta são delitos de mera conduta: só descrevem uma ação proibida. O prejuízo ou a descredibilização do sistema financeiro nacional podem ser consequências da conduta do agente, mas, por não terem sido indicados no tipo, não alteram essa natureza.



Nesse sentido, lecionam os professores Cândido Albuquerque e Sérgio Rebouças em obra indispensável: *"Não nos parece que a gestão fraudulenta e a temerária sejam crimes formais, como afirma Cezar Bitencourt. Em primeiro lugar, a norma incriminadora não descreve um resultado. (...) mesmo para os que classificam a espécie como crime de perigo abstrato, a qualificação adequada seria a de crime de mera conduta (e não de crime formal), porque a norma não descreve um resultado"*.

(ALBUQUERQUE; REBOUÇAS. 2022, p.128). Por sinal, os celebrados docentes cearenses encontram apoio na jurisprudência, ainda que pontualmente (vide TRF1, APn nº 0033144-38.2016.4.01.0000 e STF, HC nº 87.440).

Não se desconhece, aqui, as fundadas críticas feitas contra a distinção tradicional entre os crimes materiais, formais e de mera conduta em prol de uma com base na exigência de realização do resultado naturalístico para a consumação da infração (delitos de mera conduta/delitos de atividade ou resultado, cf. ESTELLITA e CAVALI, 2022). Todavia, aqui se faz a escolha pela classificação dominante, pois, no tratamento dos delitos de gestão, não haverá diferença na conclusão seja qual for o critério. Além disso, o intuito aqui é mostrar um equívoco da práxis a partir da concepção mais difundida.

Firmada na compreensão da natureza do crime, torna-se intuitiva a incompatibilidade dos crimes de gestão com a comissão por omissão.

Ensinam João Paulo Martinelli e Leonardo Schimitt de Bem: *"A regra é lógica: nos crimes omissivos impróprios deve haver, por parte do agente (garante), a capacidade de agir com êxito para conjurar o perigo que ronda o bem jurídico, evitando ou tentando evitar sua transformação em dano com a materialização do resultado típico. Assim, nem todos os tipos comissivos podem ser realizados por omissão e, como tais, ficam excluídos dessa possibilidade os crimes que exigem uma conduta positiva e pessoal, como bigamia (artigo 235), e os de mera conduta, como o porte ilegal de armas (artigo 14 da Lei nº 10.826/03)"* (p. 709).

Ora, se não há resultado típico, não existe materialização de dano que se pretende evitar. O dever de garante se debruça sobre essa evitação, de modo que não faz sentido a figura do §2º do artigo 13 do CP sem ela.

Com vênias pela repetição, não se pode confundir, como faz parte da jurisprudência, a lesão ao bem jurídico com a lesão prevista no tipo penal, uma vez que o dever de garante é dirigido apenas sobre a última como consequência da redação do referido dispositivo. Além disso, dizer que as duas noções se igualam viola a legalidade penal, pois não se pode punir o agente que não impede algo não previsto em lei.

A responsabilização penal pela simples detenção de posição é inadmissível. Isso é uma lição básica de direito penal. Sabendo disso, infelizmente, os órgãos acusatórios passaram a adotar estratégias para dificultar a detecção desse tipo de imputação. No lugar de descrever comportamentos concretos e individuais do denunciado que culminaram na realização do tipo objetivo, dizem que ele tinha o dever de impedir o resultado que se verificou e que, por isso, é culpável.



Ao deixar claro que, na gestão temerária e na fraudulenta, não se pode falar em comissão por omissão, a intenção é retirar esse esconderijo argumentativo de pronto, tornando mais difícil o trabalho da acusação que se pauta na responsabilização objetiva. Providência de todo saudável para um Sistema Penal que se pretende minimamente racional.

## Referências

ALBUQUERQUE, Cândido; REBOUÇAS, Sérgio. *Crimes Contra Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492/1986 e à Lei 6.385/1976*. 1ª edição. São Paulo. 2022.

ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo Costenaro. *Crimes tributários são crimes de lesão ou de perigo, de mera conduta ou de resultado, formais ou materiais?* Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 7, nº 2, p. 353-370, 2022.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos De. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade por omissão de informações*. 1ª edição. São Paulo. 2019.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schimitt De. *Direito Penal Parte Geral: lições fundamentais*. 7ª edição. São Paulo. D'Plácido. 2022.

## Date Created

02/02/2023

## Author

redacao-conjur