

# Considerações sobre a Lei 7492/86: balizas dogmáticas e constitucionais aos crimes de perigo abstrato

**Bruno Queiroz Oliveira**

*Advogado da Caixa no Ceará*

*Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela  
Universidade Estácio de Sá/RJ*

*Mestre em Direito Público pela Universidade  
Federal do Ceará*

*Professor de Direito Penal na Faculdade Christus e no  
Programa de Pós-Graduação em Direito Penal e  
Processo Penal da Escola Superior do Ministério  
Público do Ceará*

## RESUMO

Estudo breve sobre os aspectos controvertidos em relação à Lei 7492/86 e os crimes nela previstos. O artigo analisa a importância do bem jurídico tutelado (Sistema Financeiro Nacional) e os equívocos praticados pelo legislador ao criar tipos penais abertos e de perigo abstrato, com grave ofensa aos princípios limitadores do direito penal.

Palavras-chave: Sistema Financeiro Nacional. Perigo Abstrato. Bem Jurídico. Princípios Limitadores do Direito Penal.

## ABSTRACT

Brief study about the controversial aspects to the 7492/86 law and the crimes foreseen on it. The essay analyses the significance of the legal ward belonging (National Financial System) and the mistakes made by the lawmaker on creating open criminal types and of abstract danger, with serious offense to the limiting principles of the criminal law.

Keywords: National Financial System. Abstract danger. Legal belonging. Limiting principles of the criminal law.

## Introdução

Há 23 anos, entrou em vigor a Lei 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional. O objetivo da lei era tutelar a estabilidade do sistema financeiro, bem jurídico de cunho supra-individual, justamente porque interessa a toda coletividade.

O então novo diploma pretendia reprimir as condutas lesivas ao Sistema Financeiro Nacional, compreendido como estrutura jurídica fundamental ao pleno desenvolvimento da Nação. Decorridas mais de duas décadas, percebe-se que a lei não cumpriu os seus objetivos. Infelizmente, não foi feliz o legislador na criação dos tipos penais de perigo abstrato. Além disso, a ausência de boa técnica legislativa, em diversos tipos penais, tornou impossível o objetivo da legislação.

A Carta Magna ampara, em seu artigo 173, princípios gerais da atividade econômica, estipulando a responsabilização por atos que venham a ser praticados contra a ordem econômica e financeira. Constatam-se, no entanto, em sua maioria, tipos penais que não trazem em sua descrição normativa hipóteses de perigo concreto.

Atualmente, a discussão em torno da legitimidade dos crimes de perigo abstrato é tema importante no cenário penal.<sup>1</sup> O problema reside em conciliar a criação dos tipos penais de perigo abstrato em cotejo com os princípios limitadores do Direito Penal, mormente no que diz respeito à culpabilidade e lesividade. Com o fenômeno da constitucionalização do Direito Penal, o perigo concreto constitui pressuposto à tipificação penal. A sanção penal somente se justifica nas hipóteses em que a conduta do agente tenha submetido o bem jurídico tutelado ao menos a um perigo real, sob pena de não restar legitimada a intervenção penal. Por outro lado, a sociedade de risco exige atuação mais dinâmica e eficaz da Ciência Penal, no afã de atendimento das novas demandas oriundas do crime organizado, terrorismo, da criminalidade econômica, do tráfico de pessoas, dos delitos eletrônicos praticados via *internet*. Tudo isso compõe o quadro da sociedade pós-industrial em que vivemos. Eis o objeto do Direito Penal Econômico.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> O crime de perigo concreto é aquele que precisa ser comprovado, ou seja, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo, portanto, somente é reconhecível mediante uma valoração subjetiva da probabilidade da superveniência de um dano. O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Este não precisa ser comprovado, pois a lei se contenta com a mera conduta que pressupõe perigosa. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008 v.1: parte geral. . p.213.

<sup>2</sup> Paulo Silva Fernandes ressalta que o crime por excelência da era global é o crime econômico. Para ele, é o multiplicar, em termos inéditos, tanto da *criminalidade econômica* como da *delinquência de colarinho branco*, como ainda e por último, dos *crimes of the powerful*, em larga escala, de circuitos criminosos que englobam a circulação de grandes capitais e a movimentação de inúmeras pessoas e organizações, frequentemente à escala internacional ou global, em prol de um fim comum, a obtenção de *lucros fabulosos* provenientes da prática criminosa, tudo isto a colocar novos e difíceis problemas ao Direito Penal de cunho clássico. FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p.48.

Essa sociedade complexa e em contínua expansão, onde a violência toma proporções cada vez maiores, dá azo ao surgimento do Direito Penal de Risco, caracterizado por excessiva intervenção estatal e por uma legislação simbólica, desprovida de princípios axiológicos ou garantistas.

O objetivo do presente artigo é tecer breves considerações sobre a Lei 7.492/86 e seus tipos penais, no contexto dos princípios que limitam a atuação punitiva estatal.

## 1 A sociedade de risco contemporânea e o direito penal econômico

Modernamente, risco foi objeto de tratamento sob o prisma sociológico. Há quem diga que risco não é necessariamente um conceito da esfera jurídica. Tal conceito, no entanto, diz respeito muito de perto ao mundo jurídico e, entrou, por motivos óbvios, na ordem do dia. Quem o trouxe à baila foi o sociólogo alemão Ulrich Beck.<sup>3</sup>

A sociedade moderna aponta inúmeras alterações de paradigma em diversos campos do conhecimento humano. O Direito Penal não teve outro destino, de modo que, nos dias atuais, muitas respostas são ofertadas pela doutrina em relação à crise de identidade pela qual vem passando a Ciência Penal. Desde tendências nitidamente abolicionistas, passando pelo Direito Penal do Inimigo, de Jakobs,<sup>4</sup> ou pelo Direito de duas ou de três velocidades, defendido por Silva Sanches,<sup>5</sup> diversos são os caminhos possíveis.

<sup>3</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jimenez; Maria Rosa Borrás. São Paul: Paidós, 1998.

<sup>4</sup> Gunter Jakobs é catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, diretor e um dos criadores do Seminário de Filosofia Jurídica na referida Universidade. Para ele, existem determinados sujeitos que devem ser despojados da categoria de cidadãos e ser tratados como meras fontes de perigo. O Estado, portanto, deve neutralizá-los.

<sup>5</sup> O tema velocidades do Direito Penal é tratado pelo professor Silva Sanches, que divide o Direito Penal em três velocidades, vale dizer, Direito Penal de primeira, segunda e terceira velocidade. A primeira velocidade, representada pelo Direito Penal da Prisão, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. A segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras podem experimentar uma flexibilização proporcional e menor intensidade da sanção. A terceira velocidade, por seu turno, representa a pena privativa de liberdade com ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. SANCHES, Jesus-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.148.

A utilização irresponsável do recurso da tipificação de crimes de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos de maior magnitude pode ser tida como verdadeira formação de um Direito Penal de Perigo, a exemplo do que ocorrera na Alemanha nazista. A utilização deste recurso possui forte relação com a produção social de grande parte da riqueza, que vem acompanhada por igual produção de riscos. Na medida em que são alcançados maiores índices de forças produtivas humanas e tecnológicas, surgem muitos riscos até então desconhecidos. Também a dificuldade de prova, nesse peculiar segmento de crimes financeiros e econômicos, estimulou os legisladores modernos na tipificação dos crimes de perigo.<sup>6</sup>

O aparecimento de novos bens jurídicos está a exigir uma tutela diferente. Daí ser legítimo afirmar que o Direito Penal clássico, que servira à sociedade industrial do final do século passado, já não responde satisfatoriamente a este novo estágio de desenvolvimento social e econômico da sociedade pós-moderna. O risco, de todo modo, é inerente ao desenvolvimento econômico e social. Ocorre que, seguramente, os níveis de mortalidade e perigo impostos à humanidade jamais atingiram proporções tão gigantescas, em curto tempo. Sobre a sociedade de risco e a função do Direito Penal, na tutela de bens jurídicos supra-individuais, Silveira esclarece:

Sem dúvida, a própria noção de sociedade de risco e o próprio conceito de risco permitido em direito penal guardam proximidade extremada com a questão do perigo. O risco tolerável e o perigo penalmente relevante, hão, em última análise, de dar pedra de toque ao desenvolvimento de um novo direito repressivo que se pretende estruturar, no caso, o Direito Penal do Perigo, cada vez mais presente nos dias de hoje.<sup>7</sup>

O grande desafio, portanto, é conciliar, em um Estado Social e Democrático de Direito, a utilização de um Direito Penal de Perigo, ou ainda quais limites o Estado deve impor Direito Penal por ocasião da criação de figuras de perigo abstrato? Quais são os limites dogmáticos ao Direito Penal de Perigo? Não se estaria com o direito de perigo maculando princípios fundamentais à seara penal?

<sup>6</sup> COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Econômico. In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.111.

<sup>7</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.49.

## 2 Dos delitos da gestão fraudulenta e gestão temerária: art. 4.º da Lei 7.492/86

A Lei 7.492/86, após definir o que é instituição financeira (art. 1º), bem assim depois de determinar que a estas se equiparam as pessoas jurídicas ou físicas nas circunstâncias listadas no parágrafo único do artigo inaugural, cuida de listar os crimes em espécie. Dentre estes, a gestão fraudulenta e a gestão temerária, dos quais se ocupa o art. 4º, *caput* e parágrafo único.<sup>8</sup> Deles já se ocupava a antiga Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51), sem, no entanto, fazer qualquer distinção entre as duas modalidades. O bem jurídico tutelado nos crimes em análise é a estabilidade e higidez do sistema financeiro nacional, fator indispensável à execução da política econômica do Governo Federal. Em segundo plano, protegem-se também o patrimônio e os interesses dos investidores, além do próprio mercado financeiro das terríveis consequências de uma eventual quebra de instituição financeira, a exemplo do ocorrido no Banco Santos, em 2005, fato que ocasionou prejuízo a milhares de investidores.

Para correta análise da adequação do art. 4º ao princípio da legalidade, que imperiosamente deve contornar todas as normas de Direito Penal, deve ser tomado o fato de que o referido princípio, traduzido no aforismo *nullun crime nulla poena sine lege praevia* está desdobrado em três postulados, a saber: I) o da reserva legal, que diz respeito às fontes das normas penais incriminadoras; II) o da determinação taxativa, que concerne à enunciação dessas normas; III) o da irretroatividade, que trata da validade das normas penais em relação ao tempo.

A tipicidade da conduta tem como núcleo central o verbo gerir, seguido do advérbio fraudulentamente. No parágrafo único, consta o substantivo gestão, seguido do adjetivo temerária. A fórmula excessivamente vaga e abrangente, decerto, é motivo de insegurança jurídica porque não fornece ao aplicador da lei, e muito menos ao dirigente de instituição financeira, o necessário conhecimento acerca de quais condutas efetivamente caracterizam os delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária. Aliás, uma das funções mais importantes do tipo penal é justamente a função de garantia, intimamente relacionada ao princípio da legalidade, que proíbe a existência de crimes ou penas sem prévia definição legal da conduta.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Eugênio Raúl Zaffaroni utiliza a expressão tipo-garantia para designar o princípio da legalidade em matéria penal. ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.423.

Na gestão temerária, o legislador deferiu ao magistrado o poder de ditar o conteúdo descritivo do tipo penal, característica bem típica de regimes penais autoritários e excessivamente repressores. Nesse sentido, o professor Nilo Batista adverte para o fato de que “a função de garantia exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos.”<sup>10</sup>

Nesta senda, o Direito Penal Mínimo, de viés garantista e norteador pela perspectiva de constitucionalismo contemporâneo, não admite a criação de tipos penais excessivamente abertos, ou normas penais em branco, que deixam ao arbítrio de autoridades administrativas o poder de definição da conduta criminoso no âmbito abstrato. Também a presença de elementos normativos em demasia torna obscura a correta caracterização do agir criminoso e deixa a descoberto o cidadão contra os rompantes de autoritarismo do Estado.

É bem verdade que, por gestão temerária, deve ser entendida qualquer atuação ruínosa dos gestores das instituições financeiras, com total assunção dos riscos de tal conduta. Como exemplos de tal crime serviriam, em tese, a prática reiterada das seguintes condutas: realização de operações especulativas de elevado risco, autorização para operações de crédito ou financiamento sem as correspondentes garantias ou a concessão de crédito a empresas notoriamente inadimplentes. É importante salientar que o risco, no mercado financeiro, constitui um de seus componentes fundamentais. Desse modo, não se confunde a gestão temerária com o negócio arriscado, que é próprio da atividade do administrador de instituição financeira. Não é apenas a operação que constitui o crime. Nesse sentido, a lição de Frágoso. Senão vejamos:

O mercado financeiro é essencialmente envolto em operações de risco, sensível às oscilações de taxas de juros e de cotações dos títulos, onde o gestor dos negócios muitas vezes se vê na “ponta errada”, ou seja, comprando ou vendendo títulos no momento errado, resultando prejuízo que, à primeira vista, pode parecer resultado de operação temerária.<sup>11</sup>

Gestão fraudulenta é a administração marcada por manobras desleais, com o objetivo de obter indevida vantagem em prejuízo alheio. Aqui, embora o tipo penal também tenha características de

<sup>10</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p.78.

<sup>11</sup> FRAGOSO, Fernando. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. In: **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.689.

extrema abertura, a doutrina penal oferece maiores subsídios sobre a definição de fraude, como vetor para a correta interpretação penal. A utilização de expedientes desonestos para desviar ativos da instituição, a famosa maquiagem de balanços para lesar os investidores, bem como a simulação de operações para mascarar resultados financeiros são exemplos da gestão fraudulenta.<sup>12</sup>

Os dois crimes são de mera conduta, podendo ou não vir a se concretizar o prejuízo, bastando para consumação da gestão fraudulenta ou temerária, com o requisito da habitualidade. Araújo alerta para outra perigosa forma de restrição de garantias individuais, o qual denomina de “delitos obstáculo”. Segundo esse autor, esses delitos consistem em incriminar o legislador uma conduta preliminar, anterior ao resultado de dano que se quer evitar, na qual presume o perigo e estabelece o objeto da proibição. A justificativa está em que os crimes financeiros violam bens jurídicos supra-individuais.<sup>13</sup>

Como se vê, tais delitos carecem de melhor definição legal, de modo que a redação do artigo 4.º da Lei 7492/86 é absolutamente omissa em relação ao conteúdo da norma proibitiva, devendo ser totalmente integrada pela discricionariedade do juiz. No caso da gestão temerária, tal omissão agrava-se ainda mais, levando-se em consideração o fato que, no mercado financeiro, o risco de uma determinada operação poderá ser incrementado por acontecimentos posteriores à conduta e imprevisíveis ao agente, tornando o negócio até então celebrado em condições seguras em ato de temeridade, passível de punição na seara penal.

### 3 Do delito previsto no artigo 17 da Lei 7.492/86

O artigo 17 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional tornou delituosa a conduta de tomar empréstimo ou receber adiantamento quaisquer das pessoas mencionadas no artigo 25 da referida lei ou ainda deferi-lo a controlador, administrador, membro do conselho estatutário, aos respectivos cônjuges e parentes ali nominados, e ainda, às empresas controladas por quaisquer das pessoas físicas mencionadas no *caput* do artigo.<sup>14</sup> Ao que

<sup>12</sup> TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2000. p.53.

<sup>13</sup> ARAÚJO JR. João Marcello de. **Dos Crimes Contra a Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.50.

<sup>14</sup> Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a

tudo indica, a intenção do legislador fora tutelar o equilíbrio financeiro da instituição contra práticas abusivas ou nepotistas, que têm o condão de abalar a confiança dos poupadores e investidores no sistema financeiro.

Maia denomina a situação descrita no tipo penal como “megalomania do administrador”, para indicar que o sujeito ativo considera a instituição financeira como se fosse algo dele, de tal forma que ele possa atuar ao sabor da sua conveniência, dispensando todo tipo de favores aos amigos e apaniguados, a expensas da companhia.<sup>15</sup> Interpretando o dispositivo em tela, com suporte no bem jurídico tutelado, verifica-se que o objetivo da norma foi no sentido de coibir práticas nepotistas em detrimento do patrimônio da instituição, ou seja, a *mens legis* tem por objetivo punir a prática dessas operações quando praticadas em condições altamente favorecidas, embora esta última parte não conste do texto legal.

A grande crítica que se faz ao legislador é que a lei presume, equivocadamente, que todos os autores e todas as situações de empréstimos e operações realizadas nas condições narradas no tipo penal são ilícitas, apenas pela situação de parentesco ou pela condição do indivíduo na qualidade de controlador, administrador ou membro do conselho estatutário. O tipo penal previsto no artigo 17 levou muitos aplicadores do Direito a interpretações absurdas, como, por exemplo, a proibição de conceder cheque especial para os diretores de algumas instituições financeiras. Em algumas instituições, continua sendo terminantemente proibida a concessão de crédito rotativo ou modalidades de empréstimos aos parentes de membros da alta administração dessas instituições, o que se configura desarrazoado, em hipóteses nas quais inexistente qualquer tipo de favorecimento ou benesse. A lógica desse dispositivo, no dizer de Poval, é a pura desconfiança, desprovida de qualquer elemento indicativo de ilicitude.<sup>16</sup>

---

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

<sup>15</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 50.

<sup>16</sup> PODVAL, Roberto. Crimes contra o sistema financeiro. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.) **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002. p.70.

A doutrina diverge ainda acerca da parte do final do *caput* do citado artigo. Nesse dispositivo, o legislador pune a conduta de conceder empréstimos à empresa controlada pela própria instituição, visando a coibir eventual promiscuidade entre coligadas e partindo da premissa de que todo e qualquer empréstimo realizado nestas condições seria prejudicial aos interesses dos investidores e acionistas.

*A ratio* da proibição de empréstimos de instituições financeiras a suas controladas é a chamada autoconcentração do risco, prejudicial à saúde da instituição autoconcentrada e, por consequência, de todo o sistema. Traduza-se: se uma instituição financeira empresta para empresa do grupo com outro objeto social, o risco do empréstimo fica sendo o desempenho de um dos braços do próprio grupo; se a tomadora fracassar em seus negócios, o grupo perde duas vezes; na tomadora, pelo seu fracasso, e, na instituição financeira, pela inadimplência da devedora. É possível, portanto, que esse tipo de negócio ponha em risco o bem jurídico, significando perigo potencial à estabilidade do sistema financeiro.<sup>17</sup>

O Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região firmou entendimento no sentido de que a conduta prevista na parte final do artigo 17 da Lei 7.492/86 é crime de perigo abstrato, devendo ser punida pelo simples desvalor da conduta, não sendo necessária qualquer lesão patrimonial:

Ementa Penal. Processo Penal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Artigo 17 da lei 7.492/86. Crime formal que prescinde de resultado danoso no campo material. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Recurso ministerial provido. 1. O delito previsto no artigo 17 da lei 7.492/86 é de mera conduta e prescinde, para sua tipificação, de qualquer resultado danoso no campo material. 2. A norma incriminadora visa proteger a confiança e a credibilidade do sistema financeiro nacional, com um todo, o que é imprescindível para atrair o capital de investidores nacionais e internacionais, que irá incrementar o crescimento da economia do país. 3. Assim, não importa para sua caracterização a potencial ou efetiva lesão patrimonial causada pela conduta criminosa, até porque o crime é formal e de perigo abstrato. 4. E, mesmo que assim não fosse, levando em conta que a operação ilegal de empréstimo a empresa coligada montava a valor equivalente a 771,39 salários mínimos, conclui-se pela inaplicabilidade do princípio da in-

<sup>17</sup> MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra o sistema financeiro: as triangulações e a doutrina da Estrada de Santos. *In: Revista do Advogado*, n. 33, out/98,

significância, pois se tratava de valor expressivo.5. Recurso ministerial provido, para manter o recorrido no pólo passivo da ação penal, determinando-se o seu regular prosseguimento. (TRF 3, Recurso Criminal 2708. Processo 2000.61.81.006328-2 SP, decisão 24.06.2003).<sup>18</sup>

Não merece guarida tal entendimento. A idéia de promiscuidade entre coligadas pelo fato da realização do empréstimo desvinculada de outros elementos indiciários de ilicitude constitui presunção de culpabilidade absolutamente descabida. A realidade nas instituições financeiras mostra que eventual abrandamento das medidas de avaliação de risco de crédito nas operações de mútuo, praticadas por instituições financeiras, não decorre do fato de ser o tomador do empréstimo uma empresa controlada ou coligada. Por sinal, em havendo a concessão de empréstimos sem as garantias de estilo, como por exemplo, empréstimos que favorecem empresas sabidamente inadimplentes, tais atos poderão caracterizar gestão temerária, independentemente de a empresa beneficiária figurar na posição de controlada ou coligada.<sup>19</sup>

#### 4 Do delito de evasão de divisas

O artigo 22 da Lei 7.492/86 prevê o delito de evasão de divisas.<sup>20</sup> Trata-se de norma penal em branco, uma vez que o regramento atinente à política cambial do Estado está definido mediante circulares e resoluções baixadas pelo Poder Executivo Federal, por intermédio do Conselho Monetário Nacional, Banco Central e Secretaria da Receita Federal. A tutela da norma penal, nesse caso, cumpre duplo objetivo: em primeiro plano, a regularidade do funcionamento do mercado cambial. Em segundo, a própria regularidade da arrecadação tributária, na medida em que a remessa ilegal de valores ao exterior pode acobertar ilícitos de natureza tributária.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região. Recurso criminal 2708. Processo n.º 2000.61.81.006328-2/SP. Decisão 24.06.2003. Disponível em: < [www.trf3.gov.br](http://www.trf3.gov.br) > Acesso em: 07.08.2009.

<sup>19</sup> TÓRTIMA. 2000. p.122.

<sup>20</sup> Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

<sup>21</sup> Não obstante, o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que o delito de evasão de divisas não constitui crime meio para o delito de sonegação fiscal, pois se tratam de bens jurídicos diferentes. HC 87208, rel. César Peluso. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em: 10.08.2009.

No *caput* do artigo consta a conduta de efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas. De acordo com a inteligência do dispositivo, para a consumação desse delito, não se faz necessária a efetiva remessa de valores ao exterior, mas apenas a realização de operação de câmbio com tal finalidade. O delito previsto no *caput* do artigo 22, portanto, é de perigo abstrato, não sendo necessária a efetivação da evasão de divisas, mas o simples fechamento do contrato de câmbio.

No parágrafo único, a conduta incriminada consiste em promover, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou manter depósitos não declarados à repartição competente. A primeira modalidade é delito material que exige efetiva remessa de recursos ao exterior. Já a segunda hipótese é delito habitual que exige a manutenção de depósitos no exterior, não se perfazendo tal crime com a prática de conduta isolada.

A realidade atual demonstra que a aplicabilidade do delito de evasão de divisas se encontra bastante prejudicada pelas normas que regem a remessa de recursos ao exterior. No tipo penal consta a ausência de autorização legal para caracterização de delito. Ocorre que, a rigor, pela legislação vigente de normas cambiais, não se pode mais exigir autorização das autoridades para a remessa de recursos. O que se exige, em verdade, é a comunicação de tal remessa ao Banco Central ou Receita Federal.

O caso mais comum deve ser realizado mediante declaração de porte de valores, disciplinada pela Instrução Normativa SRF n.º 619, datada de 07/02/2006, cuja apresentação é obrigatória pelo viajante que deixe o País ou nele ingresse portando valores em espécie, cheques ou cheques de viagem acima de dez mil reais ou o equivalente, quando em moeda estrangeira.<sup>22</sup>

No caso de remessa de valores ao exterior, o interessado deve se dirigir a um agente autorizado a operar no mercado de câmbio, que pode ser um banco, sociedade de crédito financiamento e investimento, sociedade corretora ou sociedade distribuidora, ou, ainda, a uma empresa conveniada de uma dessas instituições, e apresentar a documentação que lhe for solicitada para realizar a operação de câmbio. Tal documentação poderá variar de acordo com a modalidade de operação de câmbio. O agente deve informar a taxa de câmbio praticada, tarifa cobrada e procedimentos adicionais.<sup>23</sup> Incorre, também, nas penas do delito de evasão de divisas o agente que mantiver depósitos no exterior, não declarados ao Banco Central, em valores superiores ou equivalentes a

<sup>22</sup> Informações detalhadas sobre a declaração eletrônica de porte de valores podem ser encontradas no site [www.receitafederal.gov.br](http://www.receitafederal.gov.br). Acesso em 07.08.2009.

<sup>23</sup> Informações disponíveis em: [www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br). Acesso em: 07.08.2009.

US\$ 100.000,00, conforme as circulares BACEN n.º 3.225/2004, 3.278/2005 e 3.316/2006.

Desse modo, é ausente da legislação brasileira a obrigação do cidadão obter autorização das autoridades fazendárias ou do Banco Central para remessa de valores ou para o porte de valores em viagens internacionais, o que denota esvaziamento do tipo penal previsto no artigo 22, da Lei 7.492/86, ao menos na modalidade prevista na parte inicial do parágrafo único.

Por sinal, o delito de evasão de divisas tende a desaparecer do cenário criminal. O capitalismo financeiro, que dá as cartas no mercado internacional, propicia a utilização de outra modalidade de crime econômico: a lavagem de dinheiro, prevista na Lei 9613/98.<sup>24</sup>

## 5 Limites dogmáticos e constitucionais ao direito penal de risco

Definitivamente, a relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios limitadores do Direito Penal clássico pode ser tida como conflituosa. A necessidade do Estado de tutelar bens jurídicos importantes à coletividade não deve aniquilar outros valores fundamentais à sociedade, em especial, se tais valores funcionarem como garantia do cidadão contra eventuais arbitrariedades praticadas pelo Poder Público.

A primeira baliza que se põe diante dos crimes de perigo abstrato é o Princípio da Lesividade. Segundo tal axioma, o Direito Penal somente deve interferir nas relações sociais quando existir lesão ou perigo de lesão a determinado bem juridicamente relevante. Desse modo, não merecem a tutela penal atitudes meramente internas, que não passam do plano da cogitação; condutas que não excedam o âmbito do próprio autor ou mesmo aquelas

<sup>24</sup> A lavagem de dinheiro difere do crime de evasão de divisas. No primeiro delito, existe relação de dependência com algum delito anterior, o que não ocorre no delito previsto no artigo 22 da Lei 7.492/86. O bem jurídico tutelado no crime de evasão de divisas é a política cambial do Estado, enquanto que no delito de lavagem de dinheiro, o bem jurídico tutelado é a administração da justiça. Interessante é registrar a possibilidade de ocorrência de concurso formal de crimes entre o delito de evasão de divisas e a lavagem de dinheiro, como no caso do agente que obtém quantia significativa de dinheiro por meio de atividade ligada ao tráfico de entorpecentes e, ato contínuo, remete tais valores ao exterior em desobediência à legislação pertinente (resoluções e circulares do Banco Central e da Receita Federal), com o objetivo de ocultar tais valores das autoridades brasileiras. Acreditamos não ser possível, nesse caso, a incidência dos princípios que regem o conflito aparente de normas, pois que as condutas lesaram bens jurídicos diferentes.

que não afetem qualquer bem jurídico.<sup>25</sup> Na precisa lição de Ferrajoli, a idéia de lesividade constitui fundamento de justificação da intervenção penal, numa perspectiva utilitarista. Senão vejamos:

Mas o princípio da lesividade impõe à ciência e à prática jurídica precisamente o ônus de tal demonstração. A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um bem jurídico e que sua lesão é um dano é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um bem penal significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena. Sob este aspecto, ao menos a partir de uma ótica utilitarista, a questão do bem jurídico lesionado pelo delito não é diferente da dos fins do direito penal: trata-se da essência mesmo do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretende alcançar.<sup>26</sup>

Outro ponto de atrito na teoria do Direito Penal de risco reside na sua compreensão diante dos princípios da culpabilidade, proporcionalidade e insignificância. O primeiro parece estar prejudicado ante a formulação de um juízo *ex ante*, por parte do legislador, no sentido de presumir o perigo, em razão da prática de determinada conduta, mesmo que, no caso concreto, nenhuma ameaça de lesão se cristalice em desfavor do bem jurídico. Ferrajoli estabelece as características fundamentais dos regimes autoritários e denomina de Direito Penal Máximo o modelo de atuação estatal que não considera a intencionalidade do delito, nesse sentido, a própria idéias de culpabilidade. Nessa perspectiva, qualquer mácula à noção utilitarista de lesividade atinge o princípio da culpabilidade, dando azo à punição de condutas não lastreadas em uma produção de dano ou de perigo relevante.<sup>27</sup>

O princípio da intervenção mínima, no Direito Penal, deve ser encarado sob dois aspectos primordiais. De início, deve ser entendido como um princípio de análise abstrata, servindo de orienta-

<sup>25</sup> Para Nilo Batista, o Direito Penal só pode, de acordo com o princípio da lesividade, proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente e que venham atingir bens jurídicos de terceiros, conforme o brocardo *nulla lex poenalis sine injuria*. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p.92.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.429.

<sup>27</sup> FERRAJOLI. 2006. p.76.

ção ao legislador no momento da criação ou da revogação de tipos penais. No segundo plano, até se confunde com a natureza subsidiária do Direito Penal, que deve ser alçado à qualidade de *ultima ratio*, em matéria de intervenção do Estado.

Trazendo este raciocínio para a criação das figuras de perigo abstrato, é preciso ponderar a real necessidade de intervenção do Direito Penal na tutela de determinados bens jurídicos. Outras formas de tutela e atuação do Estado também se mostram eficazes na persecução desse objetivo, *verbi gratia*, o poder de polícia do Estado, nos ilícitos de natureza ambiental. Não é difícil perceber que se tutelam, por meio dos crimes de perigo presumido, bens jurídicos que poderiam ser protegidos com bastante eficácia por intermédio de outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Civil. A Ciência Penal é inadequada e até morosa para oferecer resposta satisfatória na proteção de certos bens. Por outro lado, a utilização simbólica do Direito Penal sem o resultado esperado configura grave atentado à própria essência do Direito Penal, como *ultima ratio*.

Winfried Hassemer, penalista alemão, vinculado à Escola de Frankfurt, defende a intervenção do Direito Penal apenas na proibição de condutas que provoquem lesão ou perigo de lesão concreto a bens jurídicos de teor individual. Para ele, não é função do Direito Penal tutelar bens jurídicos de cunho supra-individual e os perigos decorrentes da sociedade de risco. Para tanto, o Direito deve lançar mão de outro ramo jurídico, denominado por Hassemer de Direito de Intervenção, que situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, com redução significativa de garantias individuais e novas formas procedimentais, no entanto, sem a cominação de pesadas sanções de caráter penal, sobretudo privativas de liberdade.<sup>28</sup>

O Princípio da Proporcionalidade, como limite dogmático à criação dos tipos de perigo abstrato, tem como função estabelecer o parâmetro da razoabilidade na fixação das sanções de natureza penal, de modo que esta seja compatível com a gravidade da conduta praticada pelo agente. Nesse sentido, Greco esclarece:

Podemos destacar dois momentos de aferição obrigatória da proporcionalidade das penas. Inicialmente, o primeiro raciocínio seria levado a efeito considerando as penas cominadas em abstrato. Como princípio implícito, podemos extrair o princípio da proporcionalidade do princípio da individualização das penas. Quando o legislador cria o tipo penal incriminador, proibindo ou

<sup>28</sup> *Apud* MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade de Risco e Direito Penal**. São Paulo: IBCRIM, 2005. p.97.

impondo determinado comportamento sob ameaça de uma sanção de natureza penal, esta sanção deverá ser proporcional à gravidade do mal praticado pelo agente com a prática da ação penal.<sup>29</sup>

Ocorre que o princípio da proporcionalidade não se ocupa apenas da importância do bem jurídico, de modo a legitimar a atuação penal. Em verdade, a gravidade da conduta é outro vetor de interpretação importante para justificar a tutela penal. Nos crimes de perigo abstrato, em razão da magnitude do bem jurídico tutelado, o legislador presume que o perigo ocorre com a mera prática da conduta prevista no tipo penal, mesmo que no caso concreto inexistia qualquer perigo. Assim, parece ofensivo ao princípio da proporcionalidade a aplicação de sanções penais, sobretudo privativas de liberdade, quando no caso concreto, ante a inexistência de perigo, a gravidade da conduta não justifique essa intervenção.

## Conclusão

O Sistema Financeiro Nacional é bem jurídico de caráter supra-individual, portanto, merecedor da proteção penal. No entanto, a Lei 7.492/86 compreende crimes de perigo abstrato, cuja consumação independe da ocorrência de qualquer situação de perigo no caso concreto (art. 17 e art. 22). Além disso, a gestão temerária é figura demasiadamente aberta, não oferecendo ao cidadão a necessária segurança jurídica, que constitui a principal função do tipo penal e do próprio princípio da legalidade.

A sociedade de risco impõe novas demandas ao Direito Penal, cabendo a este evoluir no sentido de continuar tutelando, com máxima eficiência, os bens jurídicos de maior relevância social, sem, no entanto, abrir mão de princípios tão caros ao Estado democrático de direito e, de tal modo, tão importantes quanto os bens jurídicos metaindividuais que se pretende tutelar.

Sob a perspectiva garantista, os crimes de perigo devem passar pelo crivo dos princípios limitadores do Direito Penal, mormente no que tange à lesividade, culpabilidade, intervenção mínima e proporcionalidade. Assim, é imperioso concluir pelo reconhecimento da presunção relativa de perigo nos crimes de perigo abstrato, possibilitando-se ao réu a oportunidade de realização da contraprova, de modo a comprovar inexistência de perigo no caso concreto, afastando, desse modo, a tutela de caráter penal.

<sup>29</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2005. p.111.

## Referencias

ARAÚJO JR. João Marcello de. **Dos Crimes Contra a Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jimenez; Maria Rosa Borrás; Paidós, 1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3.<sup>a</sup> Região. **Recurso criminal 2708**. Processo n.º 2000.61.81.006328-2/SP. Decisão 24.06.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br.> Acesso em 10.08.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas corpus n.º 87208**. Relator Ministro César Peluso. Disponível em: < www.stf.jus.br.> Acesso em 10.08.2009.

COSTA, José de Faria e ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Econômico, texto incluído na obra **Temas de Direito Penal Economico**, Roberto Podval (Org.), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra o sistema financeiro: as triangulações e a doutrina da Estrada de Santos. *In Revista do Advogado*. n. 33, out/98.

FRAGOSO, Fernando. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**, *in* Lições de Direito Penal, Parte Especial, de Heleno Cláudio Fragoso, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988.

COSTA, José de Faria e ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico, texto incluído na obra **Temas de Direito Penal Econômico**, Roberto Podval (Org.), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p.111.

SANCHES, Jesus-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

PODVAL, Roberto. **Crimes contra o sistema financeiro**. *In*. FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coords.) *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7.ed. São Paulo: RT, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade de risco e direito penal**. São Paulo: IBCRIM, 2005.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito penal Brasileiro**: parte geral. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.