

O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE NO DIREITO PENAL NO ÂMBITO DO DELITO DE GESTÃO TEMERÁRIA: BREVE ANÁLISE À LUZ DO ENTENDIMENTO DA SEGUNDA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Felipe Marcone Santos Silva¹

RESUMO: O artigo controverte-se com o entendimento pacificado da segunda turma do Supremo Tribunal Federal, no que tange a constitucionalidade, no âmbito do princípio da taxatividade no direito penal, do crime de gestão temerária, tipificado no Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, cujo objetivo é verificar se o tipo penal incriminador obedece aos pressupostos da taxatividade (*lex certa*). Após análise detida dos argumentos apresentados pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, em contraponto com as bases que fundamentam o princípio da taxatividade no direito penal, ao final, será apresentada uma crítica a esse posicionamento do tribunal constitucional brasileiro e suas repercussões ao direito penal brasileiro.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Taxatividade no Direito Penal. Gestão Temerária. Supremo Tribunal Federal.

.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2018, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de constitucionalidade, em específico em relação à taxatividade no direito penal, do delito de gestão temerária, tipificado no Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86².

Exposto de modo sucinto, fora suscitada à Corte a inconstitucionalidade do supracitado artigo, sob o fundamento de que teria o legislador faltado com uma delimitação mínima acerca da conduta proibida, indo de encontro com a taxatividade (*lex certa*), gerando insegurança jurídica.

¹ Mestrando em Direito Penal na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogado.

² STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018.

Segundo entendimento da segunda turma do Supremo Tribunal Federal, fundamentando seu posicionamento em jurisprudências correlatas, em especial o HC nº 104.410/RS (rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 27/03/2012), o Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, não apresenta indeterminação em grau suficiente para configurar ofensa constitucional a taxatividade no direito penal, “porquanto perfeitamente apreensível no contexto das condutas de natureza formal tipificadas no âmbito do direito penal econômico.”³

O presente estudo visa examinar, particularmente, se o delito de gestão temerária incorre em ofensa ao princípio da taxatividade no direito penal (*lex certa*), gerando insegurança jurídica, arguição que fora rejeitada no julgamento da segunda turma do Supremo Tribunal Federal.

1.1 MÉTODO APLICADO

Com a finalidade de propor um debate profundo sobre o tema apresentado na pesquisa, as soluções propostas pelos ministros da Corte Constitucional quanto ao entendimento de constitucionalidade, em específico em relação à taxatividade no direito penal, do delito de gestão temerária, tipificado no Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86⁴, serão alvos de severas críticas.

Sob a premissa do conceito de falseabilidade⁵, conceito da filosofia da ciência proposto pelo filósofo austríaco Karl Popper na década de 1930, que define a propriedade de uma teoria, hipótese, ideia ou asserção poder ser refutada ou mostrada falsa, buscar-se-á refutar os argumentos apresentados no acórdão sob análise.

A teoria da Falseabilidade de Popper contrapõe o pensamento indutivo (Bacon)⁶ – a partir de experiências particulares formula teorias gerais. Um singular falso no conjunto universal pode falsear o universal.

Para melhor compreensão da questão posta e antes de ingressar no tópico nuclear, apresentaremos breve síntese dos pressupostos da taxatividade no direito penal e de que forma

³ STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018. Pp.01.

⁴ STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018.

⁵ POPPER, Karl Raymund. Lógica das Ciências Sociais. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasil. 2004. 3ª Ed.

⁶ BACON, Francis. Novum Organum. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. EbooksBrasil.org.2002.

ela é posta aos tipos penas abertos. Em seguida, analisaremos acerca da presença da taxatividade, no que toca o delito de gestão temerária e abordaremos críticas aos fundamentos apresentados pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal na decisão exarada em 2018 e as repercussões desse entendimento no direito penal brasileiro.

2 BREVE SÍNTESE DO HC nº 104.410/RS - 2ª TURMA DO STF

No ano de 2018, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de constitucionalidade, específico em relação à taxatividade, do delito de gestão temerária, tipificado no Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86⁷.

À época do julgamento, a segunda turma da Corte Constitucional enfrentou dois argumentos principais que entendiam pela inconstitucionalidade do dispositivo por ofensa a taxatividade no direito penal. O primeiro deles indicava que o referido dispositivo, haja vista que o tipo penal (se a gestão é temerária) não descreve qual vem a ser o comportamento proibido, deixando a critério da doutrina e da jurisprudência a definição e a abrangência do delito de gestão temerária, ferindo o princípio da taxatividade no direito penal (*lex certa*). O segundo argumento enfrentado pela Corte Constitucional dizia respeito que na descrição típica do delito de gestão temerária o legislador não delimitou minimamente a conduta proibida, ofendendo o princípio da taxatividade no direito penal (*lex certa*), gerando insegurança jurídica.⁸

Após sopesar os argumentos apresentados, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento que o Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, não apresenta indeterminação em grau suficiente para configurar ofensa ao princípio da taxatividade no direito penal (*lex certa*).⁹

Para fundamentar seu entendimento, foram apresentados dois argumentos. O primeiro deles indica que a indeterminação do tipo penal sob análise não se mostra em grau suficiente para configurar ofensa ao princípio da taxatividade no direito penal (*lex certa*), “porquanto perfeitamente apreensível no contexto das condutas de natureza formal tipificadas no âmbito

⁷ STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018.

⁸ STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018. Pp. 07.

⁹ STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018. Pp. 11.

do direito penal econômico, visando a coibição de fraudes e descumprimentos de regras legais e regulamentares que regem o mercado financeiro.”

Já o segundo argumento, indica a impossibilidade de previsão e descrição de todos os atos temerários que poderiam ser praticados em uma instituição financeira, o que levou o legislador a valer-se do elemento normativo do tipo traduzido no adjetivo “temerária”, absolutamente válido no direito penal, em especial em tipos penais abertos.¹⁰

Por fim, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal pontuou que a reserva legal penal contempla, igualmente, o princípio da determinabilidade ou da precisão do tipo penal (*lex stricta*) e que no tipo penal em apreço, o indivíduo há de ter condições de saber o que é proibido ou permitido. Continua a Corte, apontando que embora não se possa impedir a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, é certo que o seu uso não deve acarretar a não determinabilidade objetiva das condutas proibidas, assegurando que no delito de gestão temerária, o uso da palavra “temerária” não tornaria o disposto indeterminado, ofendendo o princípio da taxatividade no direito penal (*lex certa*).

O problema específico que interessa analisar, neste artigo, é verificar se o tipo penal incriminador disposto no Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, obedece aos pressupostos do princípio da taxatividade no direito penal (*lex certa*). Isso exige não apenas a apreciação dos fundamentos reportados pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, como também submetê-los à crítica a partir da dogmática penal.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: PRESSUPOSTOS DO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE NO DIREITO PENAL

3.1 BREVES OBSERVAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Constituição Federal de 1988, estabelece no art. 5º, inciso XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. O dispositivo constitucional apresentado cuida do princípio da legalidade ou da reserva do legal, estrita em matéria penal que pode ser observado, também, no art. 1º do Código Penal Brasileiro.

¹⁰ STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018. Pp. 12.

Derivado e fundamentado na própria ideia do Estado de Direito, baseado, especialmente, no princípio liberal e nos princípios democráticos da separação dos poderes, o princípio da legalidade enuncia que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrear-se em lei. Outrossim, afirma que a criminalização de uma conduta somente pode ser tomada por quem dispõe de legitimidade democrática.¹¹

O princípio da legalidade, conforme elucida Eduardo Viana, acompanha o direito penal desde o momento em que esse assume o *status* de disciplina científica. O professor salienta que a fórmula latina *nullum crimen sine lege*, criada por *Feuerbach*, salvo os períodos mais agudos de ruptura, característicos de modelos de Estados totalitários, segue em pleno vigor na dogmática penal, firmando as bases de sua atuação legítima.¹²

Ainda sobre os aspectos históricos¹³ e, principalmente, o que torna o princípio da legalidade marca irrenunciável do Estado de Direito, Manuel da Costa Andrade, aponta que a exigência da legalidade fez o seu aparecimento com o iluminismo, conhecendo a consagração com o triunfo do liberalismo. O professor chama atenção que entre as suas bandeiras, o princípio da legalidade privilegia a imposição do recuo, da limitação e do controle das intervenções do poder – e particularmente da intervenção penal – na esfera do cidadão. Tal exigência, fora um marco para o arbítrio dos juízes e para uma previsibilidade de sua atuação e, reflexamente, a tutela da confiança, da liberdade e da segurança.¹⁴

O princípio da legalidade, contém, em verdade, duas normas basilares a serem extraídas: *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*¹⁵. Não há crime sem lei anterior e, igualmente, não há pena sem lei precedente que a comine. Isto quer dizer que por mais reprovável que seja a conduta, somente poderá ser tocada pelo direito penal se houver lei prévia que considere a conduta como crime, bem como, a fórmula *nulla poena sine lege* (não

¹¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 687.

¹² VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. **Revista Científica do CPJM**, v. 1, n. 02, 2021, p.100 e ss.

¹³ Sobre o tema, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 140 e ss.

¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. O princípio constitucional *nullum crimen sine lege* e a analogia no campo das causas de justificação. In: **Revista de Legislação e Jurisprudência**, n. 3924 e 2925, 2001, p. 76.

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, tomo 1. Questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 165 e s.

há pena sem lei precedente que a comine), indica que a sanção criminal somente poderá ser aplicada se previamente prevista em lei¹⁶.

Essas considerações denotam que o princípio da legalidade é, em verdade, uma imposição de limites ao Estado de Direito, derivados do período iluminista que, em suma, buscava conter os avanços do Estado, firmando que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrear-se em lei.

Dentro desse panorama, cabe destacar, que para justificar a restrição do exercício de poder punitivo do Estado, a dogmática jurídica apresenta argumentos de ordem política (fundamentos extrassistêmicos) e jurídico- penais (fundamentos sistêmicos)¹⁷. Todavia, o presente trabalho não pretende discorrer sobre os âmbitos de justificação da limitação do poder Estatal – tanto por espaço, quanto por pertinência metodológica do trabalho -, cabendo, apenas, informar sobre os âmbitos de justificação.

Continuando, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXXIX, bem como o art. 1º do Código Penal Brasileiro, materializaram o princípio da legalidade sob a seguinte expressão: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. A fórmula, por sua vez, sumariza quatro cânones fundamentais dirigidos, simultaneamente, ao legislador e ao magistrado: exclusão do costume como fonte do direito penal (*lex scripta*); proibição de retroatividade (*lex praevia*); mandado de determinação (*lex certa*), proibição de analogia (*lex stricta*).¹⁸

Aqui, novamente, por critérios metodológicos e, também, com fins de perquirir o problema apresentado no presente trabalho, examinaremos, particularmente, a taxatividade, no âmbito do delito de gestão temerária e se o tipo penal em apreço ofende ou não a taxatividade (*lex certa*), gerando insegurança jurídica, arguição que fora rejeitada no julgamento da segunda turma do Supremo Tribunal Federal.

3.2. O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE NO DIREITO PENAL

¹⁶ Cf, ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, tomo I. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 137 e ss.

¹⁷ Sobre o tema, VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. **Revista Científica do CPJM**, v. 1, n. 02, 2021, p. 103 e ss.; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 77; BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p 707 e ss.

¹⁸ VIANA, op. cit., p. 108 e ss.

A taxatividade, que reside na determinação do fato típico, é corolário do modelo finalista adotado pela dogmática penal jurídica brasileira. A delimitação concreta da conduta tipificada como criminosa (*lex certa*) e a certeza, suficiente, dessa delimitação é, sem dúvidas, o problema que se apresenta quando indaga-se: a lei penal é suficientemente determinada? Até onde a lei penal pode deixar margem para indeterminação?

Conforme o princípio da taxatividade no direito penal, os tipos penais devem ter a redação mais clara possível e evitar remissões a conceitos extensivos¹⁹. A razão do mandato de determinação reside quando a lei penal é tão clara que traduz de forma efetiva a vontade do legislador (representação popular), não deixando margem a resolução subjetiva e arbitrária do julgador²⁰.

Roxin²¹ aponta que a punibilidade deve estar legalmente determinada antes do fato, senão seria o juiz que determinaria, no momento de julgar, qual conduta estaria tipificada como criminosa, indo de encontro com a proibição de leis penais indeterminadas (*lex certa*).

Neste sentido, cabe sempre indagar: qual o grau de determinação suficiente a lei para que esteja de acordo com o princípio da legalidade, em especial à taxatividade? Isso porque, obrigar o legislador a regular todas as conjecturas -imagináveis e inimagináveis - para a formulação de uma lei penal é, por óbvio, tarefa impossível, ao passo que restaria confusa, extensa e pouco manejável a lei penal. Entretanto, por outro lado, a indeterminação legal desaguaria, inequivocamente, conforme apresentado em linhas pretéritas, em uma ofensa direta ao princípio da taxatividade no direito penal.

Viana²², em esforço argumentativo, aponta que a determinação da lei penal é posta tanto para o legislador – momento em que se exige para alcançar a precisão mais elevada possível – (**mandado de otimização**), como também para o intérprete (juiz penal), de modo subsidiário, contribuir no exercício de sua atuação para que se alcance o mais alto nível de precisão do tipo (**mandado de precisão**).

¹⁹ Sobre o tema, JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general, fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 88 e ss.

²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 146.

²¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte geral, tomo I. 2ª Ed. Madrid. Civitas. 1997, p. 141 e ss.

²² VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. **Revista Científica do CPJM**, v. 1, n. 02, 2021, p. 121 e ss.

Todavia, Viana conclui fazendo ressalvas a larga e indiscriminada utilização do mandado de prisão para suprir lacunas do poder legislativo, apontando que leis penais indeterminadas residem em ameaças ao princípio da legalidade - e da taxatividade no direito penal - e, em consequência, ao próprio Estado de Direito.”²³

4. O DELITO DE GESTÃO TEMERÁRIA: O DISCURSO EFICIENTISTA E A PSEUDO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

Em virtude da complexidade das relações sociais vigentes no século XXI, seguramente, é possível afirmar o aumento dos dispositivos penais. Roxin, sobre o tema, salienta que sociedades simples podem se organizar por meio de mandamentos básicos, todavia, em contraponto, modernas sociedades de massas carecem abrangentes regulamentações.²⁴

O professor aponta ainda que novos desenvolvimentos trazem consigo uma gama variada de dispositivos jurídicos, não apenas para decisões políticas, mas também para novos bens jurídicos que passam a necessitar de proteção, à exemplo, indica Roxin, ameaças ambientais e na forma do processamento de dados.²⁵

A sociedade pós-moderna reclama novos cuidados que outrora não existiam nas relações interpessoais. A partir do último terço do século passado, e especialmente nas últimas três décadas, operou-se nítida transformação no sistema penal, que se expandiu e aumentou seu rigor sob a pretensa justificativa da busca de uma maior segurança social.²⁶

Essa pretensa justificativa e expansão do direito penal feita de forma precipitada, com fins simbólicos, por vezes, levou os operadores do direito à uma desacertada dogmática penal, em especial, no que tange a teoria do delito, deformando princípios e garantias caros ao direito penal para, supostamente, garantir a proteção de bens jurídicos culturais.

Isto porque, o bem jurídico tratado pelo direito penal econômico (bens jurídicos culturais), certamente, não fazem parte do âmbito de proteção do direito penal tradicional que

²³ *Ibidem*.

²⁴ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 15.

²⁵ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 15.

²⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**. Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo. Vol. 10. Coord. Cláudio Brandão. 2º Reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. pp. 147.

outrora tratava sobre a vida, patrimônio, honra e liberdade sexual. O direito penal econômico resguarda bens jurídicos complexos à exemplo da ordem tributária; ativos financeiros; ordem econômica e, por isso, reclamam nova proteção não alcançada pela dogmática, tipicidade, comum. Dessa forma, criam-se tipos penais abertos, repletos de normais penais em branco e de elementos normativos, criando uma ruptura com a taxatividade prevista no direito penal tradicional.²⁷

A expansão do direito penal²⁸, em especial a partir do desenvolvimento do direito penal econômico que buscou regular as novas formas capitalistas fomentadas entre as décadas de 80 e 90 no Brasil, encampou o discurso eficientista em sua luta contra a criminalidade de colarinho branco.²⁹ O discurso do “eficientismo penal” (influenciado pelo movimento de “Lei e Ordem”)³⁰ ganha contornos ainda maiores no modelo de globalização neoliberal do século XXI e apresenta uma leitura do sistema penal como uma crise conjuntural de eficiência. Na retórica e na prática, observa-se, com nitidez, a construção de um conceito deturpado de eficiência do sistema de justiça criminal. O discurso funda-se em uma falsa contraposição de dois interesses igualmente legítimos e necessários: a aplicação da lei penal e a proteção de garantias individuais.³¹

O professor Misael Neto, em crítica acentuada ao eficientismo penal, revela que a elevação dos custos com o crime, ao contrário de garantir a segurança prometida, agrava o sintoma de pânico que permeia as sociedades pós-industriais, concluindo que a produção em larga escala de leis penais é utilizada como antídoto para os altos índices de criminalidade, que são difundidos por uma imprensa, muitas vezes, submissa a interesses meramente políticos.³²

²⁷ HIRECHE, Gamil Föppel el. **Da (I) Legitimidade da Tutela Penal da Ordem Econômica**: Simbolismo, Ineficiência e Desnecessidade do Direito Penal Econômico. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito. Recife. 2011. pp. 62.

²⁸ Sobre o tema, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 27.

²⁹ Sobre o tema, SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho Branco**: versão sem cortes. Tradução: Clécio Lemos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2015.

³⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Estudos jurídicos e políticos**, v. 27, n. 52, p. 163-182, 2006.

³¹ DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança Urbana**: o modelo da nova prevenção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 95.

³² FRANÇA, Misael Neto Bidpo da. Imputação individual de crimes ambientais societários: um estudo sob o prisma do garantismo pena. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. 2012. Pp. 22.

Sob esse prisma, emerge no direito penal econômico, com a finalidade de proteger um novo bem jurídico cultural que carece de proteção, o sistema financeiro nacional, o delito previsto no parágrafo único do artigo quarto da lei 7.492 de 1986³³. O delito de gestão temerária, tipo penal inerente à conjuntura de expansão do direito penal apresentada e, por isso, incongruente com a tipicidade tradicional, em especial com a taxatividade do direito penal, é um tipo penal aberto, em branco e com impreciso elemento normativo que, sob fundamentos efficientistas, flexibiliza a taxatividade do direito penal (mandado de otimização e mandado de precisão) para sua (equivocada) aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, como será demonstrado no tópico seguinte.

A lei 7.492/86, que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, no parágrafo único do seu art. 4º, tipificou criminalmente a conduta de gestão temerária, crime com pena de reclusão de dois a oito anos, e multa. Todavia, o questionamento que nos apresenta nesse momento, enfrentada toda dogmática acerca do tema da legalidade, em especial a taxatividade no direito penal, é se o tipo penal em apreço está em conformidade com a taxatividade (*lex certa*), gerando segurança jurídica, ou não.

O primeiro elemento que precisa ser analisado para respondermos o problema apresentado no presente artigo, diz respeito ao mandado de otimização, dirigido ao legislador, no que tange ao maior e melhor grau de determinação na criação do tipo penal. Nesse âmbito, nos parece que a utilização do termo “temerário” não foi a melhor escolha.

Isto porque, temerário significa³⁴ arriscado; perigoso e a atividade empresarial de gestão, dentro do sistema financeiro nacional, por vezes, pode demonstrar-se arriscada, como também perigosa economicamente, sendo inerente da atividade desenvolvida o risco de perdas ou ganhos de capitais. À exemplo, o gestor de um fundo econômico de capital derivativo, especulativo ou de alavancagem, a todo momento, durante toda sua atividade de aporte e movimentações de capitais, está tomando decisões de gestão que implicam, diretamente, em elevados riscos financeiros a todos os envolvidos.

³³ Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

³⁴ DICIONÁRIO ONLINE PRIBERAM DE PORTUGUÊS. **Temerário**. Disponível em: <[temerário - Dicionário Online Priberam de Português](#)>. Acessado em: 05/08/2024 às 18:02.

A atividade desenvolvida por um gestor do exemplo acima descrito é, de forma inerente, arriscada, perigosa e é, justamente pelo tamanho do risco, que os ganhos podem ser extremamente elevados, bem como as perdas, também, podem ser extremamente consideráveis. O grau de indefinição do termo “temerário” no tipo penal do parágrafo único, do art. 4º, da Lei 7.492/86, pode incorrer na criminalização de condutas inerentes aos atos de gestão do próprio sistema financeiro nacional.

É compreensível que o legislador não tenha a possibilidade de prever todas as condutas arriscadas permitidas e não permitidas dentro do âmbito de gestão do sistema financeiro nacional. Entretanto, é necessário reconhecer que a imprecisão do termo temerário, fazendo-se presente, inclusive, em atividades de gestão inerentes ao sistema financeiro, converge para punibilidade de condutas atípicas e abarcadas por um risco permitido do próprio trabalho desenvolvido.

Por sua vez, quando analisa-se o segundo elemento, mando de precisão, voltado para o intérprete (juiz penal), de modo subsidiário, contribuir no exercício de sua atuação para que se alcance o mais alto nível de precisão do tipo, resta, também, conclusivo a ofensa do tipo penal sob análise ao princípio da taxatividade no direito penal. Isso porque o grau de indeterminação que vem do legislador primário é tão grande, abarcando, inclusive, condutas atípicas inerentes a atividade de gestão do sistema financeiro nacional, que o juiz penal não exerce uma atividade subsidiária, mas sim, principal, decidindo, *in casu*, qual conduta amolda-se ou não ao tipo penal, ficando, exclusivamente, sob seu critério e arbítrio determinar qual conduta é temerária à luz do tipo penal previsto.

Ao final, observa-se que o princípio da taxatividade no direito penal não cumpre seu papel de limitador do arbítrio estatal no tipo penal do parágrafo único, do artigo quarto, da Lei 7.492/86. A conduta criminalizada acaba sendo determinada por quem não detém legitimidade democrática e que deveria atuar, exclusivamente, de forma subsidiária. Nota-se que a ofensa ao princípio da taxatividade no direito penal do tipo da gestão temerária, ao invés de privilegiar a imposição do recuo, da limitação e do controle das intervenções do poder, agiganta o arbítrio estatal.

5. CRÍTICAS AO ENTENDIMENTO PACIFICADO DA SEGUNDA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO QUE TANGE A CONSTITUCIONALIDADE,

NO ÂMBITO DA TAXATIVIDADE NO DIREITO PENAL, DO CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA

5.1. A DECISÃO PROFERIDA PELA SEGUNDA TURMA DO STF

Inicialmente, cumpre tecer consideráveis críticas ao nível de fundamentação do julgado proferido pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal. Tanto em seu grau qualitativo, como também em seu grau quantitativo. A Corte Constitucional, que tivera a oportunidade de debater um tema tão caro ao direito penal, pecou na qualidade dos fundamentos utilizados na decisão, como também perdera a oportunidade de afetar o caso à toda Corte para aprimorar o debate sobre o princípio da taxatividade no direito penal, em especial em crimes atrelados ao direito penal econômico, em específico ao delito de gestão temerária.

Todavia, ultrapassada essa crítica inicial, enfrentaremos, a partir de agora, os argumentos deduzidos na decisão proferida no ano de 2018, pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, que pacificou entendimento de constitucionalidade, em específico em relação à taxatividade no direito penal, do delito de gestão temerária, tipificado no Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86³⁵.

À época do julgamento, a segunda turma da Corte Constitucional enfrentou dois argumentos principais que entendiam pela inconstitucionalidade do dispositivo por ofensa a taxatividade no direito penal: o dispositivo penal não descreveu qual vem a ser o comportamento proibido, deixando a critério da doutrina e da jurisprudência a definição e a abrangência do delito de gestão temerária (i); e o legislador não delimitou minimamente a conduta proibida (ii).³⁶

Após sopesar os argumentos apresentados, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento que o Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, não apresenta indeterminação em grau suficiente para configurar ofensa ao princípio da taxatividade no direito penal (*lex certa*), sob os seguintes argumentos: a indeterminação do tipo penal sob análise não se mostra em grau suficiente para configurar ofensa ao princípio da taxatividade

³⁵ STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018.

³⁶ STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018. Pp. 07.

no direito penal (*lex certa*), “porquanto perfeitamente apreensível no contexto das condutas de natureza formal tipificadas no âmbito do direito penal econômico, visando a coibição de fraudes e descumprimentos de regras legais e regulamentares que regem o mercado financeiro” (i); impossibilidade de previsão e descrição de todos os atos temerários que poderiam ser praticados em uma instituição financeira, o que levou o legislador a valer-se do elemento normativo do tipo traduzido no adjetivo “temerária”, absolutamente válido no direito penal, em especial em tipos penais abertos (ii).³⁷

Por fim, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal pontuou que a reserva legal penal contempla, igualmente, o princípio da determinabilidade ou da precisão do tipo penal (*lex stricta*) e que no tipo penal em apreço, o indivíduo há de ter condições de saber o que é proibido ou permitido. Continua a Corte, apontando que embora não se possa impedir a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, é certo que o seu uso não deve acarretar a não determinabilidade objetiva das condutas proibidas, assegurando que no delito de gestão temerária, o uso da palavra “temerária” não tornaria o disposto indeterminado, ofendendo o princípio da taxatividade no direito penal (*lex certa*).³⁸

5.1.1 Quanto ao primeiro argumento

A nova conjuntura socioeconômica que emergiu no final do século XX apresentou para o direito novas formas de organização político social. Dessas novas interações, condutas inerentes ao mercado financeiro, até então desconhecidas pelo público em geral e, principalmente, ao direito penal, passaram a integrar tipos penais com fins de, simbolicamente, responderem as novas formas de criminalização decorrentes desse novo cenário econômico e mundial e, nesse contexto, o delito de gestão temerária integra esse rol de desacertados tipos penais que ofendem garantias constitucionais basilares do direito penal.

Termos, expressões e jargões do mundo corporativo, até então nunca ouvidos por grande parcela da sociedade, passaram a integrar discussões jurídicas, em especial, no âmbito penal, com a finalidade de proteger novas formas de organização social. Se outrora termos já consolidados no imaginário social permeavam as discussões dogmáticas do direito penal,

³⁷ STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018. Pp. 11 e 12.

³⁸ STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018. Pp. 11.

nesse novo cenário, a consolidação de um imaginário social sobre novas ações e termos do mundo corporativo ainda mostra-se estranho à todos, em especial ao legislador.

A indeterminação do tipo penal, gestão temerária, é fruto da inserção de termos inerentes as novas formas de organização social e econômica no mundo pós-moderno e, ao contrário do que fora sustentado pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, mostra-se suficiente para configurar ofensa ao princípio da taxatividade no direito penal (*lex certa*).

A utilização do termo “temerário” ao tipo penal denota o desconhecimento do legislador em face de condutas inerentes ao sistema financeiro nacional, em especial ao âmbito empresarial, local em que a atividade de risco – “temerária” – é naturalmente abarcada pela gestão que se faz do negócio, à exemplo da gestão de fundos derivativos e de ações futuras, atividades iminentemente arriscadas e que atrai investidores, justamente, pelo grau de rentabilidade que o risco da atividade propõe.

A contrassenso do que fora sustentado pela Corte Constitucional, o termo “temerária” não é apreensível no contexto das condutas de natureza formal tipificadas no âmbito do direito penal econômico. Isto porque, sendo o risco inerente a atividade prestada pelo gestor em diversos âmbitos do sistema financeiro, o próprio legislador confunde atividades atípicas com atividades típicas dentro do direito penal. Outrossim, sendo uma atividade típica de gestão desse tipo de atividade, carece no gestor que está inserido em atividades dessa natureza um senso comum de culpa da ação que está sendo executada. Inexiste, portanto, potencial conhecimento da ilicitude.

A vagueza conceitual do legislador do que é juridicamente considerado como temerário revela o seu desconhecimento do mundo corporativo. Ao passo que a Corte sinaliza ser o termo “perfeitamente apreensível no contexto das condutas de natureza formal tipificadas no âmbito do direito penal econômico, visando a coibição de fraudes e descumprimentos de regras legais e regulamentares que regem o mercado financeiro”³⁹, na prática, a definição fica a cargo do intérprete, no caso concreto, que tem pouca ou nenhuma aproximação com a atividade de gestão empresarial de risco.

³⁹ STF. ARE 953446 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/06/2018. DJe em 24/08/2018. Pp. 11.

Ocorre que essa ausência de apreensão no contexto de condutas de natureza empresarial, acaba pela criação de tipos penais abertos, em branco e permeados de normatividade, flexibilizando caras garantias constitucionais, como a taxatividade.

5.1.2. Quanto ao segundo argumento

Por sua vez, quando analisa-se o segundo argumento utilizado pela Corte, referente a impossibilidade do legislador prever todos os atos temerários que poderiam ser praticados em uma instituição financeira, verifica-se que houve, em verdade, uma subversão do mandado de otimização, dirigido ao legislador, no que tange ao maior e melhor grau de determinação na criação do tipo penal.

É compreensível que o legislador não tenha a possibilidade de prever todas as condutas arriscadas permitidas e não permitidas dentro do âmbito de gestão do sistema financeiro nacional. Entretanto, é necessário reconhecer que a imprecisão do termo temerário, fazendo-se presente, inclusive, em atividades de gestão inerentes ao sistema financeiro, converge para punibilidade de condutas atípicas e abarcadas por um risco permitido da própria atividade desenvolvida.

Nota-se que o fundamento utilizado pela Corte Constitucional faz uma inversão do mandado de otimização (voltados ao legislador) e o mandado de precisão (voltado para o intérprete – juiz penal). Isso porque, a Corte Constitucional sustenta que diante da impossibilidade do legislador prever todas as ações, o caráter subsidiário do intérprete, em seu mandado de precisão, tornar-se principal. O grau de indeterminação que vem do legislador primário é tão grande, abarcando, inclusive, condutas atípicas inerentes a atividade de gestão do sistema financeiro nacional, que o juiz penal não exerce uma atividade subsidiária, mas sim, principal, decidindo, *in casu*, qual conduta amolda-se ou não ao tipo penal, ficando, exclusivamente, sob seu critério e arbítrio determinar qual conduta é temerária à luz do tipo penal previsto.

Ao final, observa-se, portanto, que o segundo argumento utilizado pela Corte é, em verdade, uma subversão do mandado de otimização, dirigido ao legislador, no que tange ao maior e melhor grau de determinação na criação do tipo penal. Ao invés de privilegiar a imposição do recuo, da limitação e do controle das intervenções do poder, agiganta o arbítrio estatal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando- se a análise até aqui traçada, é possível tecer algumas considerações finais estabelecidas ao longo do presente estudo que derivam – necessariamente - do próprio caminho percorrido.

A *primeira consideração* a ser apresentada é que o crime de gestão temerária, tipificado no Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, ofende o mandado de otimização direcionado ao legislador.

Daí emerge uma *segunda consideração* de que o crime de gestão temerária, tipificado no Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, ofende, também, o mandado de precisão direcionado ao intérprete/ julgador.

A partir desse entendimento, exsurge uma *terceira consideração*: de que crime de gestão temerária, tipificado no Art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, ofende o princípio da taxatividade penal.

O direito penal de garantias, muito embora necessite ser repensado diante das vicissitudes da atualidade, precisa salvaguardar os direitos conquistados pela humanidade, a fim de conferir justiça e racionalização ao sistema de justiça criminal.

Tais direitos, positivados nos ordenamentos jurídicos do ocidente, servem de baliza ao Poder Judiciário, em suas decisões, o que se observa no Texto da CF/88, que consagra uma série de garantias penais hauridas, também, da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil ratificada.

Causa espécie que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição que é, adote entendimento que amplia os limites do sistema penal pátrio, ancorando-o em termos vagos que vulneram a taxatividade imposta pelo vetor da legalidade.

No concernente ao trilhar do Supremo Tribunal Federal, tem-se que a Corte Constitucional, que tivera a oportunidade de debater um tema tão caro ao direito penal, pecou na qualidade dos fundamentos utilizados na decisão paradigma. Como salientado, o STF ficou-se em conferir maior qualidade ao entendimento, quando deixou de afetar o caso à toda Corte, para aprimorar o debate sobre o princípio da taxatividade no direito penal, em

especial em crimes atrelados ao direito penal econômico, em específico ao delito de gestão temerária.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. O princípio constitucional nullum crimen sine lege e a analogia no campo das causas de justificação. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, n. 3924 e 2925, 2001, p. 72-77.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Estudos jurídicos e políticos**, v. 27, n. 52, p. 163-182, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

BACON, Francis. Novum Organum. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. EbooksBrasil.org.2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BECHARA, Ana Elisa. Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Coleção Ciência Criminal Contemporânea**. vol. 10. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**, tomo 1. Questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FRANÇA, Misael Neto Bispo da. Imputação individual de crimes ambientais societários: um estudo sob o prisma do garantismo pena. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. 2012.

HIRECHE, Gamil Föppel el. **Da (I)Legitimidade da Tutela Penal da Ordem Econômica: Simbolismo, Ineficiência e Desnecessidade do Direito Penal Econômico**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general, fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Tradução: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Tradução: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasil. 2004. 3ª Ed.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general tomo II. 1ª Ed. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid. Civitas. 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, tomo I. 2ª Ed. Tradução e notas de: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudios de derecho penal**. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. **Revista Científica do CPJM**, v. 1, n. 02, 2021. p. 96-125.