

**TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO ADMINISTRADO
POR TERCEIRO NO SISTEMA FINANCEIRO (UM BREVE
COMPARATIVO DA INFIDELIDADE ALEMÃ, PORTUGUESA E
ITALIANA COM A GESTÃO FRAUDULENTA BRASILEIRA)**

*PENAL PROTECTION OF ASSETS MANAGED BY A THIRD PERSON IN THE FINANCIAL
SYSTEM (A BRIEF COMPARATIVE OF THE GERMAN, PORTUGUESE AND
ITALIAN INFIDELITY WITH THE BRAZILIAN FRAUDULENT MANAGEMENT)*

MARCELO ALMEIDA RUIVO

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Pesquisador convidado no Max-Planck-
-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht em Freiburg im Breisgau, Alemanha (2009,
2011-2012, 2014 e 2016). Professor de Direito Penal das Faculdades de Direito do IPA (Porto Alegre) e
da Ulbra (Torres).
marceloaruivo@gmail.com

Recebido em: 24.05.2016

Aprovado em: 11.07.2016

Última versão autor: 09.08.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional; Financeiro e Econômico

RESUMO: Há diferentes formas de tutelar o patrimônio administrado por terceiro no âmbito do sistema financeiro, que decorrem das tradições dogmáticas e opções político-criminais de distintos países. O presente artigo compara o direito penal alemão, português, italiano e brasileiro a respeito da descrição do fato proibido, do bem jurídico e sua titularidade e da técnica de tutela. Por fim, identifica diretrizes dogmáticas e político-criminais capazes de orientar a análise jurídico-penal dos diversos modelos.

ABSTRACT: There are different forms of protection of the property managed in the financial system, arising from the theoretical traditions and criminal policy options of different countries. This article compares the German, Portuguese, Italian and Brazilian criminal law regarding the description of the forbidden fact, the legal good and its ownership and protection technique. Finally, identifies theoretical and political-criminal guidelines able to direct the criminal legal analysis of the various models.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão fraudulenta – Infidelidade patrimonial – Bem jurídico – Patrimônio – Sistema financeiro.

KEYWORDS: Fraudulent management – Patrimonial infidelity – Legal good – Property – Financial system.

SUMÁRIO: 1. Introdução ao problema. 1.1 A economia financeira e a tutela penal do patrimônio administrado por terceiro. 1.2 Características do fenômeno criminológico. 2. Os ordenamentos dos países europeus. 2.1 Alemanha. 2.2 Portugal. 2.3 Itália. 2.3.1 O modelo geral da infidelidade patrimonial (art. 2634, CC). 2.3.2 O modelo subsidiário e específico da gestione infedele (art. 167, Testo único). 3. As particularidades do modelo brasileiro quanto ao bem jurídico supraindividual e à técnica de tutela do perigo abstrato. 3.1 A lei dos Crimes contra a Economia Popular de 1951. 3.2 A lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional de 1986. 4. Conclusões. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO AO PROBLEMA

1.1 *A economia financeira e a tutela penal do patrimônio administrado por terceiro*

É notável a contemporânea conscientização a respeito da importância do sistema financeiro nacional e global na realidade econômica, bem como do relevante papel que a atividade regulatória e punitiva estatal desempenha.¹ O amplo processo de “financeirização econômica”² não é recente, haja vista que a economia financeira já adquiriu autonomia relativa e superou o crescimento da economia real de onde se origina. Grande parte da riqueza na atualidade está acumulada na forma de valores financeiros, que, no plano microeconômico, assumem papel imprescindível ao viabilizar uma gama de negócios da vida cotidiana e, no âmbito macroeconômico, ao sustentar e financiar a atividade produtiva.³

1. Sobre o papel regulamentador para a eficiência dos mercados, ALEXANDRE; MARTINS; ANDRADE; CASTRO; BAÇÃO. *Crise financeira internacional*, p. 104 e 110. Especificamente quanto à intervenção penal do Estado, ver outros autores em RUIVO. *Criminalidade financeira*, p. 15 e ss., especialmente, p. 21.
2. Sobre isso, CHESNAIS. *A mundialização do Capital*, p. 29; DUPONT. *Dictionnaire des risqué*, p. 325; ALTVATER. “Uma nova arquitetura financeira”, p. 89 e 101 e, no direito penal, PEDRAZZI. “La riforma dei reati contro il patrimonio”, p. 351; MARINUCCI; DOLCINI. *Corso di diritto penale*, 2001, v. 1, p. 550; FOFFANI. “Escândalos econômicos”, p. 34; FOFFANI. “Sicurezza’ dei mercati e del risparmio”, p. 1922; RUIVO. *Criminalidade financeira...*, Cit., p. 16-18.
3. Eventualmente, FOFFANI. “Le fattispecie di infedeltà patrimoniale”, p. 336; FOFFANI. “Art.167 Gestione infedele”, nm. 1, p. 685.

Esse cenário é reconhecido na reprovação penal da infidelidade e de fraudes nos procedimentos de concessão de crédito em diversos países,⁴ mesmo assim a temática é ainda pouco investigada sob o prisma comparativo. Os crimes de infidelidade e de fraude na administração patrimonial no espaço de atuação financeiro apresentam diferentes elementos constitutivos, finalidades e âmbitos de proteção, de acordo com as distintas descrições ilícito-típicas e as culturas jurídico-penais, das quais são expressão positiva. Em especial, enfoca-se o núcleo e o fundamento primeiro de existir da incriminação, nomeadamente o conteúdo tutelado na norma penal. Com isso também se afere a adequação contemporânea da doutrina da exclusiva proteção do bem jurídico neste centro problemático. Bem se sabe que o processo de desenvolvimento e de afirmação histórica do bem jurídico-penal não transcorre sem evidenciar uma série de oposições oriundas de variadas orientações penais, proponentes da ampliação dos limites do ilícito. Os chamados crimes especiais, nos quais o destinatário da norma manifesta um especial dever com o bem jurídico, costumam ser convocados como argumento crítico à capacidade de resposta do bem jurídico.

Em síntese, há dois pontos de partida para a compreensão do ilícito e do direito penal. Um deles de conteúdo axiológico, que propõe o estudo do âmbito antropológico de reconhecimento e de interação com o valor.⁵ Desde esse diagnóstico, realiza a identificação da relação antropológica de cuidado para evitar situações ofensivas (cuidado-de-perigo), bem como das condutas que ofendem de modo insuportável essa relação.⁶ Tais elementos serviriam de base para a constituição do ilícito, o delineamento do âmbito de proteção penal e, portanto, para a criminalização da conduta.

Outro de cunho sociológico, que prefere a descrição do funcionamento de obrigações e expectativas sociais, de onde decorreria a imposição jurídica

4. Apenas a título de exemplo, pode ser referido na Alemanha, KINDHÄUSER. “§266 Untreue”, 2010, nm. 77, p. 1969; FISCHER. “§266 Untreue”, 2012, p. 1959 e, na Itália, FOFFANI. “L’infedeltà patrimoniale”, 1995, p. 457; FOFFANI. *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi*, 1997, p. 531; FOFFANI. “Art.167 Gestione infedele”... Cit., p. 685-690.

5. Ainda que admitindo não apenas valores pessoais, como também interesses, DIAS. *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais da doutrina do crime*, 2007, p. 114 e COSTA. *Noções fundamentais de direito penal*, 2012, p. 179. E, exatamente como aqui defendido, no Brasil, D’AVILA. “Aproximação à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo”, 2009, p. 21, 29-30.

6. COSTA. *Noções fundamentais*... Op. cit., p. 20 e 173-174; D’AVILA. “Aproximação à teoria da...” Op. cit, p. 23 e ss.

de deveres e a afirmação jurídica das expectativas.⁷ Momento marcante desse entendimento encontra-se no direito penal nacional-socialista, quando foi defendida a noção do “crime como lesão de dever”⁸ no sentido de uma proposta superadora do “direito penal do bem jurídico do passado” pelo “direito penal da traição e do princípio do modo de pensar”.⁹ No final do século passado, ocorreu a renovação de algum interesse por esse modo de conceber o ilícito. O fenômeno criminológico característico dos crimes de infidelidade patrimonial – no qual a lealdade do administrador para com o titular do patrimônio administrado – é tomado como alicerce para incriminações. Defende-se a hipertrofia do valor lealdade informacional¹⁰ – mesmo em detrimento do patrimônio – para se concluir não propriamente por um crime vinculado de ofensa ao patrimônio, mas por um crime de dever.¹¹

Aqui o objeto de estudo extrapola os limites pontuais da parte especial, manifestando relação essencial com o núcleo da doutrina geral do direito penal e mesmo ao fundamento do ordenamento penal. Para além da análise e interpretação da legislação nacional comparada, este estudo almeja a reflexão sobre traços comuns do fenômeno criminológico e de semelhantes juízos axiológicos acerca do desvalor do fenômeno em diferentes ordens jurídicas. A partir disso, busca diretrizes dogmáticas e político-criminais capazes de servir como fio condutor da análise jurídico-penal dos modelos de incriminação dos diversos países.

1.2 Características do fenômeno criminológico

A infidelidade patrimonial em geral caracteriza-se pela existência de um(a) administrador patrimonial – responsável pela gestão de bens e direitos de terceiro, afastado da administração desses – em razão de lei, contrato ou encargo,¹² que (b) viola a confiança que lhe concederam,¹³ (c) ao praticar conduta

7. JAKOBS. *Strafrecht*, nm. 3-8, p. 35-38 e, sem deixar de referir a importância do bem jurídico e da pena como defensora da norma de tutela do bem jurídico, KINDHÄUSER. “Logik des Verbrechensaufbaus”, p. 84.

8. SCHAFFSTEIN. “Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?”, p. 105.

9. SCHAFFSTEIN. *Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 11.

10. Em sentido crítico RUIVO. *Criminalidade financeira*, cit., p. 103-105.

11. Contrários à substituição da tutela de bens jurídicos pela tutela de deveres, GRECO. *Lebendiges und Totes in Furbachs Straftheorie*, p. 353; MARTINS. “Der Begriff des Interesses”, p. 257-258.

12. FOFFANI, „Art.167 Gestione infedele“, cit., p. 685.

13. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD; “§266 Untreue”, nm. 1, p. 576; JOECKS, “§266 Untreue”, n. 1, p. 651.

que ofende objetos patrimoniais, colocados sob sua esfera de decisão administrativa¹⁴ acerca do melhor rumo a ser empreendido. Alguns consideram ser um “crime de relação”, no qual o acesso do autor do delito ao patrimônio depende de prévia permissão dada pela vítima.¹⁵ Todavia o fenômeno em questão não se restringe aos casos nos quais a vítima institui a pessoa do administrador e assim se funda uma relação personalíssima. Há situações – cada vez mais frequentes – em que o administrador, embora goze de confiança, não se encontra numa relação personalíssima, senão formal empresarial ou imposta pela lei, v.g., o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Importa especialmente a infidelidade na gestão patrimonial ocorrida no âmbito do mercado financeiro, mediante a conduta de administrador de patrimônios e interesses patrimoniais de terceiros, capacitado para trabalhar com intermediação financeira.

Enfoca-se, particularmente, alguns elementos dogmáticos, nomeadamente (a) a descrição do fenômeno ou fato proibido, bem como a razão manifestada para a criminalização, (b) o bem jurídico tutelado, (c) a titularidade do bem jurídico e (d) a técnica de tutela do ilícito-típico. A análise restringir-se-á o seu campo de atenção aos ordenamentos alemão, português, italiano¹⁶ e brasileiro.

2. OS ORDENAMENTOS DOS PAÍSES EUROPEUS

2.1 Alemanha

O crime de infidelidade (*Untreue*) disposto no § 266 do Código Penal alemão (StGB)¹⁷ possui uma longa tradição jurídica de discussão doutrinal

14. KINDHÄUSER. “§266 Untreue”, 2010, nm. 43, p. 1952.

15. NELLES. *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*, p. 5.

16. A escolha dos três países, entre outros possíveis, não foi aleatória. O estudo do direito penal alemão justifica-se em razão das reconhecidas amplitude e profundidade científicas dedicadas à questão. A investigação do direito penal português assenta-se na inevitável proximidade histórico-cultural que o país europeu mantém com o Brasil. A atenção ao direito penal italiano funda-se na semelhança da disciplina legal da tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro.

17. “§ 266 Untreue – (1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis

acerca dos elementos estruturais e dos limites de interpretação.¹⁸ A redação legal é bastante abrangente de modo a abarcar amplíssima variedade de condutas ofensivas ao patrimônio, independente das peculiaridades do campo de inserção¹⁹.

O crime de infidelidade patrimonial alemão apresenta duas espécies delitivas, na primeira parte do ilícito-típico, na forma de tipo de abuso (*Missbrauchstabestand*) e, na segunda, na qualidade de tipo de quebra da fidelidade (*Treubruchstabestand*).²⁰ Entende-se pelo tipo de abuso, a conduta daquele que excede a disponibilidade que tem sobre o patrimônio de outros ou o dever que tem diante do patrimônio de outras pessoas físicas ou jurídicas, em razão da lei, encargo oficial (*behördlichen Auftrag*) ou negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*) concedente de autorização (*eingeräumte Befugnis*).²¹ O tipo de quebra de

zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) § 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend". Em espanhol, segundo a tradução de Luis Rojas "El que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le hay impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflinge un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa" (ROJAS. "El tipo de administración desleal", p. 139).

18. A reflexão sobre o crime de infidelidade na doutrina alemã remonta, ao menos, a segunda metade do século XIX, tendo como exemplo o escrito de Merkel de 1867 em que leva cabo a análise da infidelidade em conjunto com o crime de estelionato (*Betrug*), MERKEL. *Lehre von Strafbaren Betrüge*, 1867. E, portanto, não é por menos que tenha servido de inspiração para a tutela de bens em outras ordens jurídicas em outras ordens jurídicas, por exemplo, Portugal e, ainda mais, ostensivamente Colômbia.
19. São cobertos pelo mesmo ilícito de infidelidade patrimonial, por exemplo, a contabilidade paralela ou "caixa 2" (*Schwarze Kasse*) da empresa e as doações para financiamento de partidos políticos (*Perteinspendenverfahren*), sobre isso ver DIERLAMM. "Untreue §266", respectivamente, nm. 244-249 e 250-258, p. 627-629 e 214-218, p. 629-631. Para uma lista de atividades que a jurisprudência reconhece e nega a responsabilidade penal por infidelidade, ver FISCHER. "§266 Untreue", respectivamente, nm. 48 e 49, p. 1949-1952 e 1952-1953.
20. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. "§266 Untreue", Op. cit., nm. 1, 13 e 23, p. 576, 579 e 582; KÜHL. "§266 Untreue", nm. 5 e 9, p. 1298 e 1301; FISCHER. "§266 Untreue", Op. cit., nm. 6, 9 e 33, p. 1937, 1938 e 1945; DIERLAMM. "Untreue §266", nm. 32 e 161, p. 563 e 600.
21. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD; "§266 Untreue", Op. cit., nm. 13, p. 579; FISCHER. "§266 Untreue", cit., n. 9, p. 1938.

fidelidade consiste na lesão do interesse patrimonial de terceiro, praticada por aquele que apresenta poder de atuação, estando obrigado a defender os interesses, por força de lei, encargo oficial (*behördlichen Auftrag*), negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*) ou relação de fidelidade impositiva de dever.²²

Trata-se de delito inserido na tipologia clássica dos crimes contra o patrimônio²³ com especial destaque não apenas para o patrimônio concretamente em si, mas também para os interesses patrimoniais. O conceito de patrimônio é compreendido conforme a doutrina jurídico-econômica, segundo a qual o patrimônio não se restringe apenas aos efetivos direitos do titular, mas também inclui “sólidas expectativas” econômicas, que são reconhecidas pelo direito.²⁴ Certo é que o problema da definição do conceito perde consideravelmente relevância no caso em questão, dado que só interessa aquele patrimônio afeito ao sistema financeiro. Por outro lado, o abuso da fidelidade e quebra da confiança são apenas os meios de lesar o patrimônio, de modo que os valores fidelidade e confiança não alcançam reconhecimento a título de bem jurídico tutelado.²⁵

A técnica de tutela adotada para a proteção do conteúdo de tutela é a tradicional dos delitos de lesão ao bem jurídico, constando o resultado “prejuízo ao patrimônio” como imprescindível para a configuração do crime.²⁶ Os chamados negócios de risco – ainda que tragam prejuízo ao patrimônio – não caracterizam por si só algum abuso de confiança ou quebra do dever de fidelidade. Pois o risco é inerente à atividade em questão, expressando-se na amplitude

22. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD; “§266 Untreue”, Op. cit., nm. 23, p. 582; FISCHER. “§266 Untreue”, cit., nm. 33, p. 1945.

23. Encontra-se o patrimônio (*Vermögen*) como o único bem jurídico tutelado na decisão do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE, v. 126, p. 170) e do Tribunal Federal Alemão (BGHSt, v. 14, 1960, p. 47; BGHSt v. 43, 1998, p. 297), assim como é destacado pela majoritária doutrina HEFENDEHL. *Vermögensgefährdung*, p. 82; MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. “§266 Untreue”, Op. cit., nm. 1, p. 576; SCHÜNEMANN. “§266 Untreue”, nm. 28, p. 25; PERRON. “§266 Untreue”, nm. 1, p. 2428; FISCHER. “§266 Untreue”, cit., nm. 2, p. 1936; JOECKS. “§266 Untreue”, nm. 2, p. 651; DIERLAMM. “Untreue §266”, Op. cit., nm. 1, p. 445.

24. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. “§266 Untreue”, cit., nm. 2, p. 576.

25. HEFENDEHL. *Vermögensgefährdung*, p. 82; MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. “§266 Untreue”, Op. cit., n. 1, p. 576.

26. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. “§ 266 Untreue”, Op. cit., n. 3 e 40, p. 576 e 587; KÜHL. “§266 Untreue”, Op. cit., n. 16, p. 1305; DIERLAMM. “Untreue §266”, Op. cit., n. 2 e 201, p. 553 e 613.

das variáveis a considerar e igualmente na necessidade de decidir dentro do âmbito daquilo que está em conformidade ao dever.²⁷

A violação do dever indicativa da relevância penal do prejuízo patrimonial depende do fato do gestor ter realizado atos fora do âmbito do risco juridicamente permitido para tal atividade.²⁸ Igualmente não há relevância penal no dano ao patrimônio se o gestor praticar uma conduta que não exceda o risco considerado aceitável, mesmo que trate de uma situação na qual se percebe a insuficiência ou a até inexistência de concretos limites do seu círculo de dever (*Pflichtenkreis*).²⁹

Especificamente, no caso de financiamento de investimentos, há diretrizes basilares a orientar a conduta dos titulares do poder de decisão nos processos para a concessão de crédito por bancos ou caixas de poupança, o que os obriga a executar a avaliação do risco do empréstimo. Caso intencional ou negligentemente não venham a cumprir com o dever bancário de informação e comprovação (*bankübliche Informations- und Prüfungspflicht*) dos dados essenciais apresentados pelo solicitante do crédito, causam a lesão ao dever de fidelidade (*Treupflichtverletzung*).³⁰ Isso não quer dizer que toda operação de “concessão problemática de crédito” signifique por si só infidelidade, de modo que mesmo com a concretização da perda posterior, nem sempre se estará diante de um indício de concessão do crédito com violação do dever.³¹ Mesmo assim, a doutrina majoritária afirma ser desnecessário a prova de que a violação do dever de fidelidade seja grave para a realização do tipo.³²

O Tribunal Superior alemão elencou os casos de violação do dever de fidelidade relacionados à concessão de crédito: (1) negligência com o dever de in-

27. Assim, BGH, v. 46, p. 34 e, no mesmo sentido, KINDHÄUSER. “§ 266 Untreue”, 2010, n. 77, p. 1969.

28. FISCHER. “§266 Untreue”, n. 63 e 64, p. 1957. Argumenta Kühl – com base na decisão do BGHSt v. 417, p. 84 cujo dispositivo dispõe sinteticamente ser o negócio de risco contrário ao dever (*Pflichtswidrig*) toda vez que “não observa o enquadramento estabelecido para si” – não se poder justificar o abuso diante de uma situação que não caracteriza a quebra do dever” (KÜHL. “§266 Untreue”, Op. cit., n. 7, p. 1300).

29. Assim, vasta doutrina, por exemplo, ROSE. “Die strafrechtliche Relevanz von Risikogeschäften”, 2005, p. 289, para maiores detalhes, ver KÜHL. “§266 Untreue”, n. 7, p. 1300.

30. FISCHER. “§266 Untreue”, Op. cit., n. 48 e 71, p. 1950 e 1959. Nesse sentido, BGHSt, v. 46, p. 32 e v. 47, p. 152.

31. FISCHER. “§266 Untreue”, Op. cit., n. 70, p. 1959.

32. FISCHER. “§266 Untreue”, Op. cit., n. 64, p. 1957.

formação; (2) atuação fora do âmbito de decisão autorizado ou de uso próprio; (3) transgressão dos limites máximos para a concessão de crédito; (4) ações de ocultação ou falsas informações diante da corresponsabilidade ou órgão de controle e vigilância; (5) ação consciente contra o cuidado comercial diante do risco de perda incrementado extraordinariamente.³³

Nas operações de concessão de crédito significativamente arriscadas, os limites do risco aceitável para as instituições de crédito devem ser observados segundo os parâmetros estabelecidos na Lei sobre o Sistema de Crédito (*Gesetz über das Kreditwesen – KWG*) para assegurar liquidez e evitar a perda do próprio capital, respectivamente nos §§ 11 e 10 do KWG. Deve ser observado, por fim, ainda quando inexistir limitação legal específica acerca do risco permitido para a realização do negócio, que a operação jamais pode assumir um patamar de risco tão alto, de modo a colocarem perigo mesmo a continuidade da existência da instituição financeira.³⁴

2.2 Portugal

O Código Penal português estipula o crime de infidelidade patrimonial no art. 224, com tipologia descritiva do ilícito não muito distante da expressão alemã.³⁵ Consta, no ponto número 34 da Exposição de Motivos do Código, que se trata de crime, cuja finalidade é proibir situações em que não existe “a intenção de apropriação material, mas tão só a intenção de provocar um grave prejuízo patrimonial”. A fonte inspiradora, segundo o dizer da Comissão de Revisão do Código Penal de 1996, teria sido o antigo art. 159 (*Ungetreue Geschäftsbesorgung*) do Código Penal suíço na versão anterior a 1995.³⁶ Visou-se uma formulação

33. BGHSt v. 46, p. 32. Sobre isso, ver FISCHER. “§266 Untreue”, Op. cit., n. 71, p. 1959.

34. FISCHER. “§266 Untreue”, Op. cit., n. 67a, p. 1958.

35. “Artigo 224.º – Infidelidade. 1 – Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. 2 – A tentativa é punível. 3 – O procedimento criminal depende de queixa. 4 – É correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 206.º e na alínea a) do artigo 207.º.”

36. Atualmente, o mesmo crime encontra-se com a redação ampliada e recebeu a renumeração de artigo 158 e assim dispõe “Art. 158 – *Ungetreue Geschäftsbesorgung* – 1. Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt

típica mais ampla que os limites estabelecidos tanto pelo crime de *Untreue* do § 266 do StGB alemão, quanto o crime de *Untreue* do § 153 do StGB austríaco.

A doutrina portuguesa é clara ao identificar o patrimônio, vislumbrado numa especial relação de confiança fática, como o bem jurídico tutelado.³⁷ É por isso que se afirma textualmente que o crime não objetiva também “a proteção do bem jurídico fidelidade ou lealdade pessoal”.³⁸ Na condição de vítima da conduta ofensiva, apresenta-se aquele titular direto do interesse patrimonial ofendido,³⁹ o que indica um bem jurídico individual.

Apesar de não se encontrar atenção doutrinal especialmente dedicada ao tema, a descrição do ilícito permite concluir que o crime de infidelidade português é apto para tutelar bens jurídicos patrimoniais envolvidos em relações do sistema financeiro. Relações em que nomeadamente o gestor desfruta de autonomia⁴⁰ e especial confiança por parte daquele que está afastado da gestão do seu patrimônio estão incluídas nos conceitos de “dispor” e “fiscalizar” ou, em síntese, “administrar”. Ademais, entende-se o conceito de “interesses patrimoniais” com amplitude suficiente para abarcar para além dos bens móveis ou imóveis, também os “direitos de crédito” e as “expectativas juridicamente fundadas”.⁴¹

A técnica de tutela adotada para a proteção do bem jurídico patrimônio é a própria do crime de dano, sendo exigível para a consumação do delito que

oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Wer als Geschäftsführer ohne Auftrag gleich handelt, wird mit der gleichen Strafe belegt. Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren erkannt werden. 2. Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, die ihm durch das Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft eingeräumte Ermächtigung, jemanden zu vertreten, missbraucht und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. 3. Die ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt”.

37. CARVALHO. “Art. 224 infidelidade”, § 5.º, p. 364; ALBUQUERQUE. “Artigo 224º Infidelidade”, n. 2, p. 698.

38. CARVALHO. “Art. 224 infidelidade”, Op. cit., § 5.º, p. 364.

39. Na jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa, encontra-se mesmo o acórdão que considerou num caso de infidelidade na gestão de uma sociedade empresarial que o patrimônio ofendido era da própria sociedade e não propriamente dos respectivos sócios (TRL, de 22.09.2005 in CJ, XXX, 5, 41), assim em ALBUQUERQUE. “Artigo 224º Infidelidade”, Op. cit., n. 2, p. 698.

40. Bem salienta a doutrina a fundamentalidade da autonomia do gestor que provoca a vulnerabilidade do gerido, CARVALHO. “Art. 224 infidelidade”, Op. cit., § 9.º, p. 366.

41. CARVALHO. “Art. 224 infidelidade”, Op. cit., § 11, p. 366.

se configure o “prejuízo patrimonial importante” aos titulares dos interesses patrimoniais, tanto na forma de diminuição dos ativos, como também por meio do incremento do passivo patrimonial.⁴² Basta observar a literalidade da redação do ilícito-típico para visualizar que não está protegido o bem jurídico diante de eventuais graves perigos de dano.

Questão interessante, que deve ser salientada, diz respeito ao duplo critério, com dimensões objetivo-subjetivas, utilizado pelo direito português para determinar quando o prejuízo é importante. A dimensão objetiva orienta que se deve visualizar o “prejuízo em termos absolutos” e a dimensão subjetiva reporta qual a importância desse fato na vida particular da vítima.⁴³

Caso fosse apenas considerada parte objetiva do ilícito, a administração de baixa qualidade técnica ou má administração dos recursos causadora de prejuízo importante seria suficiente para a realização do tipo, contudo é preciso enfrentar o tipo subjetivo. O tipo subjetivo exige que o gestor efetivamente tenha apresentado intencionalidade gravemente violadora dos seus deveres para causar o prejuízo o que encaminha duas consequências hermenêuticas. A primeira afasta os referidos casos de baixa qualidade técnica da gestão, vez que a observação criminológica demonstra que, nesses casos, o objetivo final do administrador é propriamente o sucesso da gestão em proveito do titular do patrimônio, todavia emprega os meios incorretos para tanto.

A segunda indica que, em razão da amplitude da redação do ilícito, são proibidas todas aquelas condutas em que o gestor demonstra especial finalidade de beneficiamento pessoal ou de outra pessoa, o que caracterizaria o elemento subjetivo especial próprio dos crimes de intenção.

2.3 Itália

2.3.1 O modelo geral da infidelidade patrimonial (art. 2634, CC)

A ordem jurídico-penal italiana passou a atender a proposta doutrinal de reprimir a conduta do gestor que administra o patrimônio de terceiro de modo infiel ou mediante o abuso da confiança em si depositada depois da reforma do Código Civil de 2002,⁴⁴ o que já era previsto como crime em outras ordens

42. CARVALHO. “Art. 224 infidelidade”, Op. cit., § 12, p. 367.

43. CARVALHO. “Art. 224 infidelidade”, Op. cit., § 12, p. 367.

44. Consta, hoje, no Capítulo IV do título XI “*Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*” do Código Civil italiano com a seguinte redação o “Art. 2634 *Infedeltà patrimoniale – Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con*

penais europeias.⁴⁵ A razão da incriminação *Infedeltà patrimoniale* no art. 2634 do CC é mais percebida na necessidade sistemática de suprir a insuficiente tutela que, propriamente, em decorrência do esforço de aproximação e harmonização legislativa entre países.⁴⁶

O bem jurídico protegido é tanto o “patrimônio social” na sua complexidade, quanto também visto na perspectiva singular do “sócio individual”, o qual possui o direito de propor o início da ação penal.⁴⁷ A proteção é alcançada por meio da técnica de tutela do crime de dano ao bem jurídico, de modo que o crime consuma-se com a ofensa efetivamente lesiva ao patrimônio, quando praticada em situação que simultaneamente ocorre a “violação do dever de fidelidade”.⁴⁸

A lesão refere-se à “diminuição ou privação do complexo de valores” que perfazem o patrimônio na verificação “presente” e no enfoque “futuro” como “dano emergente” e “lucros cessantes”.⁴⁹ Dessa forma, a doutrina afirma não bastar a constatação do “perigo concreto” de ocorrência do resultado, pois, se eventualmente o perigo bastasse, traria significativa dificuldade na identificação do nexo de causalidade entre o ato de disposição e o dano patrimonial, especificamente naquelas hipóteses cujo dano é decorrente de uma “errônea política da empresa”.⁵⁰

2.3.2 O modelo subsidiário e específico da gestione infedele (art. 167, Testo unico)

O âmbito de proteção penal no ordenamento italiano especializa-se por meio do crime de “gestão infiel” do art. 167 do Decreto legislativo 58/1998,⁵¹

la reclusione da sei mesi a tre anni. La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale. In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo. Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa”.

45. Sobre isso PEDRAZZI. “Gli abusi del patrimonio sociale”, 1953, p. 537-538. Recentemente, RUGGIERO. “fattispecie di infedeltà patrimoniale”, p. 1368.

46. RUGGIERO. “fattispecie di infedeltà patrimoniale”, Op. cit., p. 1368.

47. RUGGIERO. “fattispecie di infedeltà patrimoniale”, Op. cit., p. 1369-1370.

48. RUGGIERO. “fattispecie di infedeltà patrimoniale”, Op. cit., p. 1369 e 1373-1374.

49. RUGGIERO. “fattispecie di infedeltà patrimoniale”, Op. cit., p. 1374.

50. RUGGIERO. “fattispecie di infedeltà patrimoniale”, Op. cit., p. 1374.

51. A gestão infiel no âmbito da intermediação financeira está prevista no “Testo único das disposições em matéria de intermediação financeira” especificamente no “Art. 167 Gestione infedele 1. Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, nella prestazione del servizio di gestione di portafogli di investimento su base individuale o del servizio

que, aliás, é o que sobretudo importa para o propósito do presente estudo comparado. O foco desse dispositivo são aquelas gestões de patrimônio adstritas às hipóteses de intermediação financeira.⁵²

Trata-se de um ilícito expressamente previsto como subsidiário, dirigido aos casos em que a conduta não realize crime de maior gravidade, conforme a locução legal “*salvo che il fatto costituisca reato più grave*”. Isto é, o âmbito de tutela do crime de *gestione infidele* em conjunto com o do crime de *confusione di patrimonio* (art. 158)⁵³ formam um espaço de proteção subsidiário, cuja finalidade é intervir penalmente nas hipóteses em que a conduta desvaliosa não realizar os crimes de *truffa*⁵⁴ e *appropriazione indebita*⁵⁵ do Código Penal italiano.⁵⁶

di gestione collettiva del risparmio, in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse, pone in essere operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da lire dieci milioni a lire duecento milioni”.

52. FOFFANI. “Le fattispecie di infedeltà patrimoniale”, cit., p. 355.

53. “Art.168. *Confusione di patrimonio* 1. Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, nell'esercizio di servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, ovvero nella custodia degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide di un OICR, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, viola le disposizioni concernenti la separazione patrimoniale arrecando danno agli investitori, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da lire dieci milioni a lire duecento milioni”.

54. O estelionato ou burla (*truffa*) enquadra-se no Título XIII dos “Crimes contra o patrimônio”, Capítulo 2 relativo àqueles cometidos mediante fraude com a seguinte redação “Art. 640 *Truffa*. Chiunque, con artifizii o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a se' o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, e' punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 51 a 1032 . La pena e' della reclusione da uno a cinque anni e della multa da 309 a 1549 : 1) se il fatto e' commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare; 2) se il fatto e' commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'Autorita'. Il delitto e' punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante (1). (1) Comma aggiunto dalla L. 24 novembre 1981, n. 689”.

55. A apropriação indébita (*Appropriazione indebita*) enquadra-se no Título XIII dos “Crimes contra o patrimônio”, Capítulo 2 relativo àqueles cometidos mediante fraude com a seguinte redação “Art. 646 *Appropriazione indebita*. Chiunque, per procurare a se' o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, e' punito, a querela della persona offesa con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a lire due milioni. Se il fatto e' commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario, la pena e' aumentata. Si procede d'ufficio se ricorre la circostanza indicata nel capoverso precedente o taluna delle circostanze indicate nel n. 11 dell'articolo 61”.

56. FOFFANI. “Art.167 *Gestione infidele*”, cit., n. 3, p. 686. Para fins comparativos, especificamente no sentido que interessa à gestão fraudulenta brasileira, pode-se também

A especificidade da incriminação justifica-se, segundo a doutrina, em razão da complexidade e da “peculiaridade” do campo inserção, o que requer um instrumental apto à satisfatória tutela.⁵⁷ Para isso, a redação típica assenta-se sobre três elementos fundamentais – os dois primeiros, objetivos, e o terceiro, subjetivo: (1) a “*violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse*”, (2) a “*operazioni che arrecano danno agli investitori*” e (3) a intenção “*al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto*”.

O núcleo material, que determina objetivamente a conduta proibida, encontra-se no conceito de “*operazione*”. Conceito esse reconhecidamente “amplo e genérico”, mas supostamente destinado a excluir “comportamentos meramente omissivos” e determinar os contornos do ilícito “eventualmente habitual”.⁵⁸ Todavia, fenomenologicamente é possível que apenas uma única operação possa causar dano a um ou mais investidores inexistindo impedimento da redação do ilícito para verificar nesse caso a realização típica.⁵⁹

destacar o novo crime de *false comunicazioni sociali* do art. 2621 do Código Civil italiano, “Art. 2621 – *False comunicazioni sociali* – Salvo quanto previsto dall’articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l’intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, sono puniti con l’arresto fino a due anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi. La punibilità è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all’1 per cento. In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta. Nei casi previsti dai commi terzo e quarto, ai soggetti di cui al primo comma sono irrogate la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l’interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall’esercizio dell’ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell’impresa.”

57. FOFFANI. “Le fattispecie di infedeltà patrimoniale”, cit., p. 336-337.

58. FOFFANI. “Le fattispecie di infedeltà patrimoniale”, cit., p. 360 e, depois, FOFFANI. “Art.167 Gestione infedele”, cit., n. 2, p. 687.

59. FOFFANI. “Art.167 Gestione infedele”, cit., n. 2, p. 687.

Isso porque o bem jurídico tutelado é a “poupança” (*risparmio*) com expressa relevância na Constituição italiana⁶⁰ e inquestionável essencialidade na economia contemporânea.⁶¹ A doutrina apresenta a gestão infiel como um crime com titularidade supraindividual do bem jurídico, destinado a proteger tanto a poupança “individual”, quanto “coletiva” da clientela da instituição que realiza a intermediação financeira.⁶²

A técnica de tutela adotada pelo legislador para a proteção do patrimônio é a do crime de dano, sendo exigível, portanto, a ofensa ao patrimônio investido na operação por meio da desvalorização dos montantes aplicados ou mesmo da obtenção de um lucro menor que poderia ser obtido naturalmente com outra operação claramente mais vantajosa (*lucrus cessant*).⁶³ Deve-se notar que a taxatividade da redação do crime impede a responsabilização penal do gestor pela desvaliosa exposição do patrimônio a perigo de dano, em que pese a existência de manifestação de *lege ferenda* de parte da doutrina em sentido da necessidade de punição da ofensa de perigo.⁶⁴

O desinteresse legislativo por antecipação da tutela do patrimônio a fim de cobrir situações de perigo tem na sua base duas razões de diferentes naturezas, nomeadamente a dificuldade técnica de acerto do resultado de perigo no dinamismo complexo do sistema financeiro e a perplexidade político-criminal mediante tão somente a introdução do crime de infidelidade.⁶⁵

3. AS PARTICULARIDADES DO MODELO BRASILEIRO QUANTO AO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL E À TÉCNICA DE TUTELA DO PERIGO ABSTRATO

3.1 A lei dos Crimes contra a Economia Popular de 1951

A Lei dos Crimes contra a Economia Popular nº 1521/1951 foi a primeira a tratar de modo específico sobre o problema da tutela do patrimônio no

60. Consta no art. 47 da Constituição italiana “Art. 47 – *La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese*” (grifou-se).

61. FOFFANI. “Art.167 Gestione infedele”, cit., n. 1, p. 685.

62. FOFFANI. “Art.167 Gestione infedele”, cit, n. 2 e 5, p. 686 e 687.

63. FOFFANI. “Art.167 Gestione infedele”, cit., n. 3, p. 687.

64. FOFFANI. *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi*, cit., 1997, p. 531.

65. FOFFANI. “Art.167 Gestione infedele”, cit., n. 3, p. 687.

mercado financeiro. Estabelecia os crimes de gestão fraudulenta e temerária no art. 3.º, IX,⁶⁶ o qual nomeava exaustivamente todas as empresas entendidas como instituições financeiras. O bem jurídico tutelado era o patrimônio individual dos titulares da sociedade, protegido por meio da técnica de tutela do crime de dano.

Essa concepção político-criminal não se manteve na legislação posterior, em razão de quatro pontos críticos. Primeiro, o catálogo exaustivo de empresas tendia a uma rápida desatualização diante da velocidade das mudanças do mercado financeiro e, conseqüentemente, impedia a responsabilização penal por atos semelhantes em termos de desvalor, praticados em empresas diversas daquelas taxativamente previstas.

Segundo, pretendia-se ampliar a proteção dos valores caros ao sistema financeiro, de modo a vencer os limites do bem jurídico individual patrimônio. Terceiro, considerando-se a dinâmica do mundo financeiro e os significativos riscos de crise econômica por contágio, compreendeu-se necessário reconhecer desvalor insuportável já no perigo de dano ao patrimônio. Quarto, entendeu-se que a moldura penal era insuficiente para a justa reprovação da conduta ofensiva aos valores do mundo financeiro, imprescindíveis para a economia na atualidade.

3.2 *A lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional de 1986*

A proposição da Lei 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, teve como objetivos primeiros a intensificação e a especificação da repressão penal de condutas ofensivas realizadas neste âmbito econômico. Previu dois crimes de gestão perigosa ao patrimônio no art. 4.º, *caput* e parágrafo único, respectivamente a gestão fraudulenta e temerária.⁶⁷

66. “Art. 3.º. São também crimes desta natureza: IX – gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados; Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros”.

67. “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.”

A diferença substancial entre a gestão temerária e a fraudulenta funda-se na tutela exclusiva do patrimônio na gestão temerária (art. 4.º, parágrafo único), ao passo que se tutela dois bens jurídicos em níveis diferentes de proteção na gestão fraudulenta (art. 4.º, *caput*).

Defende-se a “verdade e a transparência” das informações⁶⁸ prestadas pela instituição financeira ao público e aos órgãos de fiscalização e controle do sistema financeiro por meio da técnica de proteção do crime de dano.⁶⁹ A gestão fraudulenta em relação à gestão temerária significa a extensão da proteção patrimonial, que reconhece outro valor imprescindível para o resguardo do patrimônio neste âmbito de interação econômica. Protege, portanto, igualmente o patrimônio dos usuários do sistema financeiro, em uma clara dimensão supraindividual, do perigo de lesão.⁷⁰ Isto é, a proteção dos valores verdade e transparência ocorre apenas como meio de antecipação da tutela penal do patrimônio.

4. CONCLUSÕES

É possível destacar algumas conclusões a partir do estudo realizado. Primeiro, os modelos incriminatórios adotados nas quatro redações analisadas pode ser divididos em dois grupos, que igualmente fundam-se na proteção do bem jurídico patrimônio. A infidelidade alemã apresenta profundas semelhanças com a infidelidade portuguesa nos elementos típicos e na amplitude da cobertura, ao passo que o crime de *gestione infidele* italiano e o de gestão fraudulenta brasileiro indicam a preocupação específica com a tutela do patrimônio no sistema financeiro.

Segundo, os valores tutelados pela legislação brasileira são mais amplos que aqueles protegidos nas outras legislações. O crime de gestão fraudulenta

68. Semelhante é a preocupação dos penalistas europeus que elaboraram o projeto de harmonização da legislação penal europeia em matéria de crimes econômicos, destacando a “veracidade e integridade da informação societária de conteúdo econômico” como um dos três bens jurídicos estruturais do projeto dos chamados “eurodelitos”, assim FOFFANI. “Escândalos econômicos”, p. 34.

69. RUIVO. *Criminalidade financeira*, cit., p. 108; RUIVO. “Brevíssimas observações sobre a gestão fraudulenta na AP 470/STF”, p. 13.

70. RUIVO. *Criminalidade financeira*, cit., p. 108-109; RUIVO. “Brevíssimas observações sobre a gestão fraudulenta na AP 470/STF”, cit., p. 13; MATANZAZ. “A relevância criminal da gestão fraudulenta”, p. 738. Em sentido muito próximo, MALAN. “Bem jurídico tutelado pela lei 7.492/1986”, p. 779 e 784.

de instituições financeiras defende, em um primeiro momento, a verdade e a transparência da gestão, lesadas pela fraude, o que não alcança correspondência nos delitos de infidelidade, uma vez que não estão subscritos à tipologia dos crimes de fraude, mas, sim, de abuso de confiança.

Também o patrimônio protegido manifesta titularidade supraindividual na gestão fraudulenta, de modo a abarcar o patrimônio da sociedade, sócios, investidores e dos usuários do sistema financeiro. A formulação mais próxima à brasileira é novamente a da *gestione infedele* italiana, mesmo que essa proteja somente o patrimônio dos investidores individuais ou coletivos. Já os valores fidelidade, confiança e lealdade não alcançam tutela penal nos crimes de infidelidade alemão, português e italiano, bem como o patrimônio – na redação alemã e portuguesa – têm apenas titularidade individual, na forma do patrimônio da sociedade ou dos seus sócios.

Terceiro, evidencia-se que a técnica de tutela do crime de gestão fraudulenta é mais protetiva do patrimônio que a dos crimes de infidelidade. Os crimes de infidelidade têm como regra a descrição na forma de um crime de resultado danoso, dado que requerem a lesão ao bem jurídico para a sua consumação. Por outro lado, na gestão fraudulenta, a mera colocação do patrimônio em perigo caracteriza a ofensa significativa para a consumação do crime. Aliás, a incriminação brasileira adota especificamente a técnica de tutela do crime de perigo abstrato.

Quarto, não é correta a associação dos crimes de perigo abstrato aos crimes de mera desobediência à lei, sem qualquer produção do resultado ofensivo. Ao contrário, cabe à acusação provar todos os elementos da descrição do ilícito-típico, v.g. a conduta, o nexo de causalidade e o resultado de perigo abstrato de dano. Trata-se de uma exigência decorrente da legalidade e do conceito constitucional de crime como ofensa a bens jurídicos.

Por fim, os resultados obtidos com a pesquisa jurídica não permitem afirmar categoricamente qual seria o eventual melhor modelo. Existem argumentos político-criminais válidos tanto no sentido da maior, quanto da menor intervenção penal na liberdade do gestor, o que demanda a análise e ponderação específica entre a preservação do patrimônio e a proteção da liberdade. Além do mais, a indicação científica sobre a maior adequação e eficiência de algum modelo exige pesquisa empírica criminológica acerca do particular tratamento dado ao fenômeno em cada sistema penal.⁷¹

71. Sobre os limites científicos da pesquisa em direito penal, RUIVO. “Diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal”, 2016, p. 329.

5. BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “Artigo 224º Infidelidade”. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2. ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 698-700.
- ALEXANDRE, Fernando; MARTINS, Ives Gandra; ANDRADE, João de Sousa; CASTRO, Paulo Rabello de; BAÇÃO, Pedro. *Crise financeira internacional*, Coimbra: Imprensa da universidade, 2007.
- ALTVATER, Elmar. “Uma nova arquitetura financeira ou o bem-público global da estabilidade financeira”. *Globalização e justiça II*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CARVALHO, Américo Taipa de. “Art. 224 infidelidade”. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Comentário conimbricense do código penal. Parte especial, artigos 202 a 307*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, v. 2, p. 362-372.
- CHESNAIS, François. *A mundialização do Capital*. Tradução Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã Editora, 1996.
- COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- D’AVILA, Fabio. “Aproximação à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2009, v. 80, p. 7-34.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*. t. I., 2. ed., Coimbra: Coimbra editora, 2007.
- DIERLAMM. “Untreue §266” In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, §§ 263 – 358 StGB*. 2. ed. München: Beck, 2014, v. 5, p. 547-652.
- DUPONT, Yves. *Dictionnaire des risques*. Paris: Armand Colin, 2003.
- FISCHER, Thomas. “§266 Untreue”. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Auflage des von Otto Schwarz begründeten, in der 23. bis 37. Auflage von Eduard Dreher und in der 38. bis 49. Auflage von Herbert Tröndle bearbeiteten Werks)*. 59. ed. München: Beck, 2012, p. 1930-1992.
- FOFFANI, Luigi. *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d’impresa: profili penalistici*. Milano: Giuffrè, 1997.
- _____. “L’infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale”. *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*. Padova: CEDAM, 1995, p. 457-477.
- _____. “Le fattispecie di infedeltà patrimoniale nell’intermediazione del credito e nella gestione del risparmio”. In: BONINI, Sergio. *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*. Torino: UTET, 2002, p. 333-372.
- _____. “Art.167 Gestione infedele” In: PALAZZO, Francesco; PALIERO, Carlo, *Commentario breve alle leggi penali complementari*. 2. ed., Padova: CEDAM, 2007, p. 685-690.

- _____. “Escándalos económicos y reformas penales. Prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización”. *Revista penal*, 2009, n. 23, p. 33-40.
- _____. “‘Sicurezza’ dei mercati e del risparmio: il diritto penale dell’economia di fronte alle tensioni della ‘modernità’”. *Studi in onore di Mario Romano*. Napoli: Jovene editore, 2011, v. 3, p. 1921-1938.
- GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Fuerbachs Straftheorie, Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.
- HEFENDEHL, Roland. *Vermögensgefährdung und Exspektanzen: das vom Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriffs*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1991.
- JOECKS, Wolfgang. “§266 Untreue”. In: JOECKS, Wolfgang. *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*. 10. ed., München: Beck, 2012, p. 650-662.
- KINDHÄUSER, Urs. “Zur Logik des Verbrechensaufbaus”. In: KOCH, Harald. *Herausforderungen an das Recht, Alte Antworten auf neue Fragen?* Berlin: Berlin Verlag Spitz, 1997, p. 77-94.
- _____. “§266 Untreue”. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *St Strafgesetzbuch, [§§ 146 – 358]*. 3. ed.. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2010, v.2 , p. 1931-1989.
- KÜHL, Kristian. “§266 Untreue”. *Strafgesetzbuch, Kommentar*. 27. ed., München: Beck, 2011, p. 1296-1313.
- MALAN, Diogo. “Bem jurídico tutelado pela lei 7.492/1986”. In: BADARÓ, Gustavo. *Doutrinas essenciais – direito penal e processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2015, v. 4, p. 765-790.
- MARTINS. “Der Begriff des Interesses und der demokratische Inhalt der personalen Rechtsgutlehre”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, 2013, v. 125, p. 234-258.
- MATANZAZ, Sara. “A relevância criminal da gestão fraudulenta de instituição financeira”. In: BADARÓ, Gustavo. *Doutrinas essenciais – direito penal e processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2015, v. 4, p. 729-763.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità, Il reato: nozione, struttura e sistematica*. Milano: Giuffrè, 2001, v. 1.
- MARXEN, Klaus. *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

- MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred; “§ 266 Untreue”. *Strafrecht, ein Lehrbuch, Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 9. ed., Heidelberg: Müller, 2003, v. 1.
- MERKEL, Adolf. *Kriminalistische Abhandlungen, Die Lehre vom strafbaren Betrug*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1867, v. 2.
- NELLES, Ursula. *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*. Berlin: Duncker und Humblot, 1991.
- PEDRAZZI, Cesare. “Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori”. *Rivista Italiana di Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1953, n. 6, p. 529-583.
- _____. “La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l’economia”. In: CONTENTO, Gaetano. *Verso un nuovo codice penale: itinerari, problemi, prospettive*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 350-358. PERRON, Walter. “§266 Untreue”. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. ed., München: Beck, 2010, p. 2444-2478.
- RUGGIERO, Gianluca. “Profili di novità attinenti la fattispecie di infedeltà patrimoniale.” In: COTTINO, Gastone; BONFARTE, Guido; CAGNASSO, Oreste; MONTALENTI, Paolo. *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*. Bologna: Zanichelli editore, 2009, p. 1368-1381.
- ROJAS, Luis Emílio. “El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán.” *Revista Penal*, 2009, n. 23, p. 138-171.
- ROSE, Frank. “Die strafrechtliche Relevanz von Risikogeschäften – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH v. 4.2.2004 – 2 StR 355/03”. *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, Heidelberg: C. F. Müller, Juristischer Verlag, 2005, caderno 8, p. 281-293.
- RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. “Brevíssimas observações sobre a gestão fraudulenta na AP 470/STF”. *Boletim do IBCCRIM*, 2013, p. 12-13. _____. “Diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal”. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre: Gráfica Epecê, 2016, p. 325-343.
- SCHAFFSTEIN, Friederich. “Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?” *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935, v. 2, p. 97-105.
- _____. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935.
- SCHÜNEMANN, Bernd. “§266 Untreue”. In: JÄNKE, Burkhard; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; ODESKY, Walter, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar*. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 2005, v. 7, p. 1-153.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A relevância criminal da gestão fraudulenta de instituição financeira, de Sara Carvalho Matanzaz – *RBCCRim* 112/297-328 (DTR\2015\1991);
- Crime contra o sistema financeiro, de Nelson Nery Jr. – *Soluções Práticas de Direito – Nelson Nery Junior* 3/35-42 (DTR\2014\17296); e
- Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCRim* 111/157-176 (DTR\2015\241).

Veja também Jurisprudência

- RT955/471 (JRP\2015\701).