

Reflexões sobre o Direito Penal e a Ordem Constitucional Financeira

Evandro Fabiani Capano

O presente texto pretende uma crítica sobre o atual direito penal financeiro e os direitos do Homem e das liberdades públicas, explorando o choque que hodiernamente está a inviabilizar a conjunta caminhada do Direito Constitucional e do Direito Penal, sobretudo se levarmos em conta pontos de histórica intersecção destas disciplinas na defesa do ser humano.

Apontaremos, ainda que de forma abreviada, as doutrinas teleológicas da ciência penal aplicada às praxes realizadas no mercado, pois utilizando os conceitos de "risco proibido" e "incremento do risco", chegaremos a uma ferramenta para os aplicadores do direito quando do momento da aferição das condutas humanas, traçando de forma um pouco mais precisa a linha que separa a atividade lícita da criminosa na seara da ordem financeira.

Desta maneira, atentos ao objeto de estudo, parece-nos oportuno definir o conceito de atividade financeira.

Apontamos a existência de relações primárias de troca, consubstanciadas na simples troca de bens (res) por bens (res), também chamado de escambo. Em seguida a existência de trocas secundárias, sendo estas as realizadas entre bens (res) e o padrão estabelecido pelo Estado, ou seja, a pecúnia.

Por final, existem trocas terciárias, que envolvem a troca de pecúnia por pecúnia, sendo esta a troca financeira.

Com este arrimo, podemos definir como atividade econômica as relações de trocas existentes no mercado, podendo apresentarem-se de forma primária, secundária e terciária, sendo esta última espécie, a troca da pecúnia por pecúnia, a definida como "atividade financeira", gênero da "atividade econômica". (Orlando Soares, 2002).

Feita a circunscrição do objeto de estudo, avançamos para o fato de que a existência de um mercado financeiro cada vez mais dinâmico e complexo, a título de segurança jurídica, está a propiciar um Direito Penal Econômico que se afasta a largos passos dos cânones que dão segurança política ao cidadão, vulnerando princípios básicos das liberdades individuais previstas nas cláusulas pétreas constitucionais, criando, ao final, um ambiente hostil para a atividade empresarial, aumentando o custo de produção dos bens econômicos.

Exemplo que dá arrimo a esta ilação é o crime de gestão temerária, previsto no art. 4º, parágrafo único. Confira a dicção do texto legal:

"Art. 4º. 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."

Desta forma o parágrafo único do art. 4º acima transcrito vulnera de plano o princípio da legalidade e da taxatividade, tornando letra morta o brocardo nullum crime nulla poena sine praevia lege. O que consiste em gerir temerariamente? Quem está habilitado para julgar se a gestão foi temerária, em um ambiente como o mercado financeiro, onde o risco faz parte do cotidiano? Como ficam as históricas garantias contra o Leviatã?

Como resposta a este paradoxo entre o direito penal e a liberdade política, podemos apontar as teorias do direito que desenvolveram a distinção entre risco permitido e risco proibido. A conduta será imputável objetivamente ao agente que causar um resultado previsto em lei (típico), porém com o cometimento de um risco proibido.

Com estas luzes, voltamos a analisar o artigo 4º, parágrafo único da lei 7492/86, comentando um caso real em que tivemos a oportunidade de trabalhar. Um administrador de fundos DI deixou, alguns anos atrás, de prever a deflação que ocorreria no mercado, causando a perda nominal de valor pecuniário aos aplicadores do fundo, o que foi uma constante em quase todos os fundos, como resultado de correções determinadas pelo banco central brasileiro.

Experimentada a perda nominal no fundo administrado, alguns clientes, entre eles alguns outros operadores do direito, não se conformando com as perdas da aplicação, requereram a instauração de inquérito policial para averiguação do crime previsto no artigo 4º, parágrafo único da lei 7492/86, pelo que acabou processado criminalmente o administrador do fundo, já que a denúncia criminal fora recebida pelo magistrado.

Com este exemplo, patente a necessidade de uma ferramenta jurídica que nos forneça um parâmetro para aferição da conduta humana realizada, pois a "gestão temerária" neste caso apresentado dependeu da aferição pessoal de cada um dos operadores do direito envolvidos no caso, deitando por terra, como acima dito, toda a segurança jurídica que a dogmática do Direito Penal construiu por séculos.

Porém, realizada uma análise com o prisma da teoria teleológica de imputação objetiva sobre o crime, quando da análise da conduta humana do administrador do fundo, encontramos uma ferramenta jurídica para tornar um pouco menos subjetiva a aferição dos fatos, pois bastou comparar a atuação do administrador do fundo com a conduta realizada pelos outros administradores de fundos similares, que também experimentaram perdas substanciais, para de plano perceber que, segundo a valoração político-criminal da conduta humana, esta não tinha arranhado o bem jurídico tutelado, até porque não havia incorrido o administrador em nenhum risco proibido, aliás, risco consentido para quem aplica dinheiro no mercado.

Desta forma, não foi possível imputar objetivamente ao administrador a pecha de gerir temerariamente, o que somente se pode verificar com maior clareza com a utilização da ferramenta funcionalista ora apresentada em nosso socorro, trazendo

um pouco de garantia ao cidadão e aproximando novamente a doutrina penal como peça fundamental contra o arbítrio do Estado.