

CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL *

MANOEL PEDRO PIMENTEL

1. A edição da Lei 7.492, de 16.6.86, criminalizando condutas atentatórias ao Sistema Financeiro Nacional, longe de preencher a lacuna sentida no setor, suscitou maiores dúvidas e gerou perplexidade.

Parece que, mais uma vez, o legislador preferiu o concurso de técnicos da área econômico-financeira, prescindindo da colaboração de juristas especializados em matéria penal, tal como acontecera em recente passado.

2. Um ligeiro histórico demonstra que esta lei é o epílogo de um processo, iniciado em 1964, quando modificou-se radicalmente o esquema econômico, financeiro e tributário do País.

Lidando com o problema, os técno-burocratas sentiram a necessidade de reforçar as sanções aos comportamentos ofensivos aos interesses do Estado, nesta área, socorrendo-se das penas afilivas, próprias do Direito Penal. Todavia, não tomaram o cuidado de se valerem dos conhecimentos especializados de juristas penais, para uma correta elaboração legislativa. As Leis 4.595, 4.728 e 4.729, por exemplo, foram editadas sob inspiração dos economistas, violentando rudimentares princípios da dogmática penal, quando projetada no campo do Direito Positivo.

Mereceram, por isso, as mais duras críticas dos doutos, salientando-se a que foi feita por Nélson Cândido Motta, em trabalho apresentado à II Reunião das Bolsas e Mercados de Valores da América: "Essa escalada dos economistas às fontes do Direito escrito, do ponto de vista técnico-jurídico, foi como uma incur-são de macacos em casa de louças."

Heleno Cláudio Fragoso, em comentário publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, afirmou: "Verifica-se que o governo vem lançando mão da ameaça penal indistintivamente, num conjunto de leis altamente defeituosas, que levam os juristas à perplexidade. Tem-se a impressão de que as leis no Brasil são hoje feitas clandestinamente, e, no que tange ao Direito penal, são feitas por leigos."

Estas críticas foram endossadas pelos mais eminentes penalistas, que exigiram reformulação da legislação especial, para adequá-la aos princípios dogmáticos vigentes no Direito Penal, e que deveriam refletir-se no *jus positum*.

3. O assunto não deixou de ser preocupante para o Banco Central do Brasil, que se ressentia das falhas da legislação em vigor, principalmente após a edição da Lei 6.024, de 13.3.74, dispondo sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras. A prática provou que o sistema adotado

* Seminário sobre Mercado de Capitais para a Magistratura e Ministério Público. Conferência pronunciada em 16.10.87.

era deficiente, carecendo de prontos e corretos ajustamentos, para que não permanecessem impunes numerosos comportamentos vetados pela Lei 6.024/74.

A numerosa casuística acumulada pelo Banco Central mostrava a necessidade de um ajustamento normativo. Para realizá-lo, a Diretoria do Banco Central constituiu um “Grupo de Trabalho” que teria a incumbência de propor medidas que tornassem possível o enquadramento penal de certas condutas e acelerasse os procedimentos de intervenção e de liquidação extrajudicial das instituições financeiras, bem como reprimisse abusos no mercado de capitais, prescrevendo sanções penais para punir os responsáveis pelos continuados desmandos.

Entre as conclusões a que chegou o “Grupo de Trabalho”, e que foram encampadas pelo Departamento de Controle de Operações Especiais do Banco Central, uma se referia à reforma da legislação penal aplicável, invocando-se os precedentes anotados na casuística, e que reclamavam previsão legal adequada para aplicação de severas punições, até então frustradas pela ausência de legislação pertinente.

Elaborou-se, então, um Parecer, acompanhado de anteprojeto de lei, encaminhados ao Departamento Jurídico do Banco Central (Parecer DEOPE/GABIN-81/004, de 10.2.81). Examinado o anteprojeto pelo Chefe Adjunto do Jurídico, José Bonifácio D. de Andrada, foi o mesmo rejeitado, pelas imperfeições que continha, sugerindo-se seu envio à Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal, recém designada pelo Ministro da Justiça, pela Portaria 518, de 6.9.83, o que foi feito.

Esse anteprojeto era muito ruim. Integrei a Comissão de Reforma e tive oportunidade de examiná-lo, concluindo pela procedência das críticas feitas pelo Chefe Adjunto do Departamento Jurídico do Banco Central, que, nesta altura, também integrava a referida Comissão. Tratava-se de um trabalho bem intencionado, mas realizado por pessoas leigas em Direito Penal. Eram muitas as suas impropriedades, além de orientar-se basicamente pelo errôneo critério de apoiar a repressão somente na severidade das penas, acreditando piamente no fator intimidativo da pena, já comprovado inoperante quando se trata de comportamentos próprios do criminoso de colarinho branco.

Rejeitado esse anteprojeto, a Comissão de Reforma cuidou da matéria em um novo Título do Código Penal, denominado “Dos crimes contra a ordem econômica, financeira ou tributária”. O trabalho foi publicado para receber críticas e sugestões, recebendo valiosa contribuição analítica da Procuradoria-Geral do Ministério da Fazenda, que possibilitou seu aperfeiçoamento pela Comissão de Reforma. Entregue ao Ministro da Justiça em 18.10.84, era uma obra acabada, sistemática e orgânica, cuidando da matéria até então inédita ou esparsa na legislação extravagante, um trabalho verdadeiramente pioneiro.

Infelizmente, aproximando-se o final do Governo João Figueiredo, não foi encaminhado esse anteprojeto ao Congresso Nacional. Persistiu, portanto, a lacuna. Para preenchê-la, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional — depois da mudança de governo — retomou seu anteprojeto originário, tentando transformá-lo em Projeto de Lei, sem obter êxito.

4. Contudo, o Dep. Nilson Gibson apresentou à Câmara dos Deputados um Projeto de Lei, que tomou o n.º 273, tratando dos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômica, que guardava muita semelhança com o anteprojeto da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e, como aquele, apresentava muitos defeitos.

Apresentado um substitutivo pelo Dep. João Herculino, foi este aprovado e encaminhado ao Senado Federal, onde sofreu outra emenda substitutiva apresentada pelo Sen. José Lins, adotada por sugestão do Sen. Hélio Gueiros, rel. da matéria na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Voltando à Câmara dos Deputados, o voto do rel., Dep. João Gilberto, propôs a adoção do substitutivo do Senado Federal, com a observação de que "o projeto sai imperfeito e reclamará a curto prazo nova legislação para revisar alguns de seus pontos. Infelizmente, não nos é dada mais a possibilidade de correção pelo estágio em que se encontra o processo legislativo."

Subindo à sanção presidencial, o Projeto foi convertido na Lei 7.492, de 16.6.86, e, nessa mesma data, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional a Mensagem 252, na qual expunha a decisão de vetar parcialmente o Projeto, alcançando suas partes polêmicas, para resolver alguns problemas mais sérios.

Entretanto, muitos outros permaneceram, chegando o Presidente da República a afirmar, na Mensagem, que: "As críticas ao resultado dos trabalhos da Comissão de Juristas, feitas por quantos desejaram trazer-lhe aperfeiçoamentos, estão em fase final de catalogação e avaliação, para eventual incorporação ao anteprojeto, o qual, tão logo esteja em condições de ser apreciado pelo Congresso Nacional, encaminharei como projeto de lei à apreciação de Vossas Excelências."

A Lei 7.492/86, que passaremos a comentar em alguns de seus aspectos, é, portanto, uma lei que se ressentiu de confessados defeitos e imperfeições, nela permanecendo erros apontados pela crítica.

É desalentador constatar que, ao sancionar a lei, o Presidente da República reconheça, sem rebuços, que se trata de diploma legal falho, defeituoso e que deverá ser revogado brevemente. Concluiu-se que todo o esforço de adaptação a essa legislação, tudo o que sobre ela se decidiu nos Tribunais, ou que a seu respeito se discutiu ou escreveu, ficará inteiramente perdido, por inútil.

Preocupa-nos, por outro lado, a existência de um risco inafastável de, como tantas outras leis, tornar-se definitivo o que foi promulgado para vigorar apenas temporariamente. E, se tal acontecer, durante muito tempo será aplicada uma lei reconhecidamente imperfeita, incapaz de servir para a conveniente punição dos criminosos de colarinho branco, contrariando a idéia generosa, tão acalentada, de adotar-se, como consta da Mensagem 252, uma "provisão de norma geral capaz de coibir a prática, hoje cada vez mais freqüente, de formas delituosas hodiernas, emergentes das atividades das instituições financeiras."

Nossa impressão pessoal, que não discrepa da opinião da maioria dos especialistas, é no sentido de que esta lei, pelos seus defeitos e imperfeições, não aprimorou a disciplina repressiva dos crimes contra a ordem econômica, e que continuará a prevalecer a impunidade relativamente à maior parte desses crimes e de outros congêneres.

O tempo de que dispomos para fazer nossos comentários não nos permitirá abordar todos os problemas que a Lei 7.492/86 suscita. Escolheremos alguns, que nos parecem prioritários, tendo em vista a finalidade deste trabalho.

5. A Lei 7.492, de 16.6.86 foi editada para punir os crimes contra o sistema financeiro nacional. Estaria, portanto, enquadrada no Direito Penal Financeiro. Todavia, não é correta essa colocação. O Direito Financeiro, por definição, está radicado na Ciência das Finanças. Sua existência é reconhecida em razão de uma exigência de atuação normativa do Estado, regulamentando juridicamente o complexo de atividades finalisticamente dirigidas à arrecadação da

receita e ao programa de despesa pública, bem como as relacionadas com o orçamento do Estado, sua execução e o crédito público.

A expressão *Direito Financeiro*, portanto, tem uma conotação particular, referindo-se às finanças públicas e à política financeira do Estado. Se é esse conceito de Direito Financeiro, a definição de *Direito Penal Financeiro* só pode estar adstrita ao objeto do Direito Financeiro, uma vez que dele promana. Portanto, o Direito Penal Financeiro tem como objeto precípua a boa e segura execução da política financeira do Estado, considerado tal objeto jurídico como um complexo conjunto de atividades que visam à consecução desse fim. Não se trata somente de uma *bem*, mas igualmente de *interesses* ligados a essa política financeira, traçada pelo poder público. Eis aí o objeto da proteção que o Direito Penal Financeiro abarca.

A rigor, e em face do exposto, o Direito Penal Financeiro deve ocupar-se somente das condutas lesivas ou perigosas que atentem contra bens ou interesses vinculados à política financeira do Estado, isto é, o *levantamento de recursos financeiros, sua administração e dispêndio*.

Outros bens ou interesses não vinculados diretamente a essa política estão fora do âmbito do Direito Penal Financeiro, sendo abrangidos pelos princípios normativos mais amplos do *Direito Penal Econômico*. Assim sendo, as figuras penais previstas nesta Lei 7.492/86, embora denominadas *crimes contra o sistema financeiro nacional*, devem ser entendidas com sentido amplo, de mercado financeiro, mercado de capitais, abrangendo os seguros, o câmbio, os consórcios, a capitalização ou qualquer outro tipo de poupança, que, na verdade, situam-se no campo do *Direito Econômico*, e não do *Direito Financeiro*.

Consoante nosso entendimento, estes crimes deveriam ser denominados contra a *ordem econômica*, pois os delitos contra a *ordem financeira* são aqueles que atentam contra a ordem financeira propriamente dita, a política financeira do Estado, o emprego irregular de verbas públicas, o excesso de exação, a violação de sigilo ou a fraude em concorrência pública, os contratos irregulares de serviços ou de obras públicas, e outros semelhantes, muitos deles já previstos no Código Penal vigente como crimes praticados contra a Administração.

Por isso mesmo, quando a lei especial define condutas lesivas ou perigosas, que atentam contra o sistema financeiro, embora na verdade sejam infrações contra o sistema econômico, o que acontece é resultar uma limitação explícita, pelo princípio geral da reserva legal, e somente o que estiver previsto na lei especial pode ser considerado crime de caráter financeiro, em sentido amplo.

6. É amplíssimo o conceito de *instituição financeira*, fixado pelo art. 1.º da Lei 7.492/86, acrescido ainda mais com as disposições contidas nos incs. I e II do parágrafo único deste artigo, que equipara à instituição financeira a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros, bem como a pessoa natural que exerça quaisquer atividades referidas no artigo, ainda que de forma eventual.

Sabemos que a amplitude do conceito de instituição financeira se deveu, em grande parte, à casuística acumulada pelo Banco Central, através de sucessivas experiências com as mais diversas entidades que lidavam com recursos de terceiros ou com títulos ou valores mobiliários. Em sentido estrito, as instituições financeiras, públicas ou privadas, estão enumeradas no art. 1.º da Lei 4.595/64, que dispõe: "O Sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente lei, será constituído: I — do Conselho Monetário Nacional; II — do Banco Central da República do Brasil; III — do Banco do Brasil S.A.; IV — do Banco

Nacional do Desenvolvimento Econômico; V — das demais instituições financeiras públicas e privadas.”

Segundo a lição de Aloysio Lopes Pontes, em seu livro *Instituições Financeiras Privadas*, seria esta a lista: a) Sociedades de Financiamentos e Investimentos; b) Fundos de Investimentos; c) Bancos de Investimentos; d) Sociedades de Crédito Imobiliário; e) Cooperativas de Crédito; f) Associações de Poupança; g) Bolsa de Valores; h) Empresas Corretoras; e, i) Empresas Distribuidoras.

A redação do art. 1.º da lei que examinamos, ampliou, para os efeitos penais, essa conceituação, como vimos, incluindo “a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros”, acrescentando, mais, “a pessoa natural que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.”

Este acréscimo — *ainda que de forma eventual* — é extraordinariamente amplo, e certamente criará dificuldades de interpretação, quando se cuidar da responsabilidade penal estruturada nos termos do art. 25 e seu parágrafo único desta mesma lei.

Por outro lado, não estando disciplinada a sistemática para a caracterização do *poder de controle* das instituições financeiras, esta lacuna será preenchida, acreditamos, por interpretação extensiva, trazendo natural insegurança à aplicação da lei. O Anteprojeto elaborado pela Comissão criada pelo Dec. 91.159/85, tratou do assunto em um capítulo especial, sob a rubrica *Controle das Instituições Financeiras Privadas*. Entretanto, o art. 1.º da lei que examinamos, nada dispôs a respeito.

Quanto aos riscos que advirão para as pessoas naturais que, *de forma eventual*, exerçam quaisquer das atividades referidas neste artigo, vamos recordar o que disse Paulo Salvador Frontini, em artigo publicado na *Revista de Direito Mercantil*: “Percebe-se, ademais, que os delitos de maior repercussão econômica, nos grandes centros, se sucedem através de uma sucessão encadeada de atos, camuflados como ou em meio a atividades empresariais; e em sua execução interferem inúmeros intermediários, agindo geralmente de boa fé. A má fé existe apenas naqueles poucos situados à cúpula do negócio, pessoas que pouco aparecem, que não se fazem ver, que dão ordens a serem executadas por terceiros. É a realidade dos grandes organismos, das estruturas administrativas requintadas, que se pronunciam através de agentes e prepostos, em tom impessoal, distante e inacessível.”

Poderão, assim, ser alcançados os intermediários de boa fé, ficando a salvo os verdadeiros mentores, responsáveis pelos atos ilícitos. A intenção do legislador, que deve ser reconhecida como boa, não atingiu o objetivo, apesar do elástico conferido ao conceito de instituição financeira, gerando, ao revés, justificado temor de que a aplicação da lei acabe, como sempre, no campo dos crimes econômicos, alcançando apenas os *homens de palha*, permanecendo impunes os verdadeiros autores dos delitos, resguardados pelas “estruturas administrativas requintadas.”

7. Isto nos leva ao encontro da questão do *sujeito ativo* dos crimes contra o sistema financeiro nacional. O art. 25 e seu parágrafo único da Lei 7.492/86, assim se inscrevem: “Art. 25 — São penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes. Parágrafo único — Equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou o síndico.”

Este dispositivo resultou do texto final da lei votada pelo Congresso Nacional, após o veto presidencial, pois originariamente incluía a expressão “e membros de conselhos estatutários”, abrangida pelo veto contido na Mensagem 252, “porque, de abrangência extraordinária, institui uma espécie de responsabilidade solidária, inadmissível em matéria penal.”

Saiu reforçado, assim, o princípio da responsabilidade subjetiva imperante no Direito Penal, e que vem sendo, hodiernamente, posto em xeque por doutrinadores preocupados com a posição cada vez mais saliente das pessoas jurídicas no mundo dos negócios, com crescente influência na emergente delinquência contra o ordem econômica.

O brocardo *societas delinquere non potest* vê diminuir gradativamente sua assertividade, e os estudiosos do Direito Penal buscam meios não-heterodoxos para solucionar o problema, a fim de não sacrificar o princípio da *culpabilidade subjetiva*, consagrado na parêmia *nullum crimen sine culpa*, por os opositores pretendem substituir pelo princípio da *responsabilidade por risco*.

Forçoso reconhecer que, *de lege ferenda*, será possível, em tese, modificar o *status quo*. Mas, também é preciso levar em conta que tal modificação trará em seu bojo graves conseqüências, que ainda não conhecemos em toda a extensão. Entretanto, vigentes os postulados da *responsabilidade subjetiva*, não há como punir a pessoa jurídica, e os crimes praticados em nome da empresa somente podem ser apenados através da apuração da responsabilidade individual dos representantes sociais, e desde que comprovada sua efetiva participação nos fatos. Responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, nos apertados limites do *Direito Penal da Culpa*, é solução dogmaticamente inaceitável.

8. Certo está o legislador, portanto, quando define, neste art. 25, a responsabilidade das pessoas físicas, controladores e administradores da instituição financeira.

Idêntica ressalva fizera a Lei 4.595/64, em seu art. 44, § 7.º, ao dispor que à pena de detenção ficariam “sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores”. Embora deficiente a redação, este dispositivo manteve coerência com a orientação predominante, no sentido de não dar à pessoa jurídica a condição de sujeito ativo de crime.

Da mesma forma, a *lei sobre mercado de capitais*, em seu art. 73, § 2.º, deduziu a responsabilidade dos diretores, quando se tratasse de pessoa jurídica, assentando: “A violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de um a três anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores.”

Acertando no princípio maior, errou o legislador quando aludiu a *todos os seus diretores*. É que, sendo subjetiva a responsabilidade criminal, não pode recair indistintamente sobre *todos os diretores*, mas somente sobre os que tiverem participação efetiva no fato delituoso.

Sem que isto desculpe os seus graves defeitos, a Lei 4.729/65 (Crimes de sonegação fiscal, observou técnica mais apurada na definição da responsabilidade penal dos administradores, estatuindo, em seu art. 6.º: “Quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal.”

Observa-se, neste último dispositivo, a preocupação do legislador de referir-se à responsabilidade subjetiva, colocando a relação necessária entre a ligação à pessoa jurídica e a prática ou o concurso para a prática da infração penal.

Sem essa ligação correspondente à responsabilidade subjetiva inexistente culpa-penal, quer sob a forma de autoria direta, quer sob a forma de co-autoria ou de participação. O *versari in re illicita* foi banido do Direito Penal da Culpa, não podendo alguém ser presumido culpado somente pela presença de indícios objetivos de responsabilidade.

Mera presunção de culpa, decorrente do fato de ser o agente diretor de uma empresa, não pode alicerçar uma denúncia criminal. A submissão de um cidadão aos rigores do processo penal exige um mínimo de prova de que tenha praticado o ato ilícito, ou concorrido para a sua prática. Se tal inexistir, haverá o que se denomina o *abuso do poder de denúncia*, lembrando o Min. Victor Nunes Leal, em memorável voto, que “o poder de denúncia não existe para atormentar as pessoas, para criar dificuldades aos seus negócios, para cercear a liberdade de locomoção; a denúncia é um instrumento confiado ao Ministério Público, para fazer atuar a lei penal, para defender a sociedade contra os criminosos, para reprimir os crimes que tenham sido cometidos. Se o resultado da denúncia é a sujeição de pessoa inocente à ação penal, em princípio está caracterizado o abuso.” (RTJ 35/531).

Esta é a melhor doutrina, consagrada pela jurisprudência, andando certo o legislador que, no atual estágio da dogmática penal, resolve a responsabilidade criminal da pessoa jurídica nas pessoas dos seus diretores ou administradores, *que tiverem relação com o fato incriminado, e não apenas porque são diretores ou administradores.*

9. Nos termos do art. 25 da lei examinada, podem ser sujeito ativo das infrações nela contempladas, como *sujeito ativo próprio*, “o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes.”

Nosso entendimento é no sentido de que o vocábulo *gerente*, designa os agentes responsáveis pela condução da instituição financeira, participando da *administração superior da empresa*, e não os meros gerentes que exercem atividade subalterna em agências ou filiais, empregados assalariados modestos, que respondem por parcelas mínimas do conjunto empresarial, não participando das decisões relevantes e de magnitude na vida empresarial.

Esta ressalva, entretanto, tem cabimento apenas relativamente aos crimes em que a cobrança da responsabilidade seja dirigida contra os que tomam as decisões de cúpula, uma vez que mesmo os gerentes de agências ou de filiais serão sujeitos ativos de outros crimes, previstos na órbita da sua competência exclusiva. A questão deverá ser examinada caso a caso.

Esta observação tem inteira pertinência, por exemplo, em relação ao crime previsto no art. 17 e seu parágrafo único desta lei, cujo dispositivo, segundo entendemos, não se aplicaria aos gerentes de agências ou de filiais, quando autorizados pelas autoridades superiores a proceder como descrito no referido artigo e seu parágrafo único.

O parágrafo único do art. 25 equipara aos administradores de instituição financeira o *interventor, o liquidante e o síndico*. O Projeto aprovado pelo Congresso Nacional continha outras expressões, vetadas pelo Presidente da República, com esta justificativa: “No parágrafo único do art. 25, a expressão ‘os mandatários gestores de negócios ou quaisquer pessoas que atuem em nome ou no interesse de instituição financeira ou das pessoas referidas no *caput* deste artigo, inclusive’, porque o enunciado estende os efeitos da lei a meros subordinados, cuja atividade laboral é desenvolvida em instituições financeiras, alcançando tam-

bém terceiros que atuem em nome ou no interesse, ainda que de caráter estritamente particular, dos administradores das referidas instituições.”

Este veto inspirou-se nas mesmas razões que fundamentaram nossa opinião a respeito da responsabilidade criminal dos gerentes de agências, meros subordinados, como retro-exposta. A intenção do legislador não foi a de lançar uma rede tão longa, e de malhas tão finas, que alcançasse até mesmo pessoas que prestam serviços à instituição financeira como empregados, e que nenhuma responsabilidade têm relativamente às decisões tomadas pela alta administração, uma vez que delas nem mesmo participam.

Todavia, o interventor, o liquidante e o síndico, por disposição expressa do parágrafo único deste art. 25, têm responsabilidade idêntica à que cabe aos diretores e gerentes, pois administram a instituição financeira durante o período em que se processam a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência.

10. Já dissemos que não será possível, nos limites deste trabalho, desenvolver ampla análise da Lei 7.492/86. Mas, para finalizar, vamos enfrentar um problema importante, que deve ser colocado prioritariamente: a ação penal, nos crimes contra o sistema financeiro nacional.

A matéria vem tratada no art. 26, assim concebido: “A ação penal, nos crimes previstos nesta lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal. Parágrafo único — Sem prejuízo do disposto no art. 268 do CPP, aprovado pelo Dec.-lei 3.689, de 3.10.41, será admitida a assistência da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, quando o crime tiver sido praticado no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização dessa autarquia, e do Banco Central do Brasil quando, fora daquela hipótese, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização.”

Este dispositivo enuncia uma regra de atribuição funcional e, em consequência, estabelece também a competência privativa da Justiça Federal para processar e julgar os crimes previstos nesta lei.

Fixa atribuição funcional quando comete ao Ministério Público Federal a titularidade da ação penal. E, uma vez que faz tal reserva de iniciativa da ação penal ao Ministério Público Federal, tal colocação implica na coerente fixação de competência da Justiça Federal para o processo e julgamento da respectiva ação penal.

Esta explicitação legal parece-nos despendiosa, porque os crimes que atentam contra bens, serviços ou interesses da União, são, por força de lei, processados e julgados pela Justiça Federal de primeira instância, e, em grau de recurso, pelo Tribunal Federal de Recursos.

Ensina Frederico Marques (*Da competência em materia penal*, 1953, p. 55) que: “O processo criminal encontra na Constituição Federal os fundamentos e alicerces, os princípios e normas básicas das regras com que disciplina a atividade jurisdicional em face da *norma agendi* do direito punitivo. Já o reconhecera João Mendes Júnior ao dizer que os princípios processuais se encontram na Constituição e que o Direito Processual Penal se destina ao estudo das leis com que se opera a aplicação desses princípios. Nem por outra razão afirmou Manduca que o processo penal é um capítulo do Direito constitucional dos povos livres.”

A competência jurisdicional é, em primeiro lugar, fixada pelas normas constitucionais, e pode referir-se à competência *ratione personae* e *ratione materiae*. Relativamente a esta, a Constituição Federal, em seu art. 125, IV, dispõe: “Art. 125 — Aos Juizes federais compete processar e julgar, em primeira instância: IV — os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou

interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.

Comentando esse dispositivo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreveu que os crimes contra bens, serviços ou interesses da União, estão sujeitos à competência da Justiça Federal comum, se não forem do âmbito da Justiça Militar ou Eleitoral, acrescentando que: “Igualmente, cabem nessa competência os crimes contra bens, serviços e interesses da administração federal indireta cuja personalidade é de direito público: autarquias e empresas públicas.” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1974, 2.º v., p. 267).

No mesmo sentido é o ensinamento de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1*), observando que: “A lei que repute de outra competência o julgamento de tais crimes é inconstitucional”. O art. 6.º do AI 2/65, restabeleceu a Justiça Federal de primeira instância, conferindo-lhe, de acordo com a nova redação do art. 105, § 3.º, da Constituição Federal de 1946, competência para processar e julgar *os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas*, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

A Lei 5.010, de 30.5.66, modificada pelo Dec.-lei 253, de 28.2.67, ao reorganizar a Justiça Federal de primeira instância, consignou em seu art. 10, V, que: “Estão sujeitos à jurisdição da Justiça Federal: V — os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de entidades autárquicas federais, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.”

E, complementando, assentou o art. 13, que: “Compete aos Juizes Federais: I — processar e julgar, em primeira instância, as causas sujeitas à jurisdição da Justiça Federal (art. 10), ressalvado o disposto no art. 15.”

11. Por todas essas razões, parece-nos que o art. 26 não precisaria determinar a atribuição funcional do Ministério Público Federal, para promover a ação penal nos crimes previstos nesta lei especial, pois esta atribuição decorre do fato de funcionar, sempre, o Ministério Público Federal nas causas que correm perante a Justiça Federal. E esta tem sua competência definida pelas normas constitucionais e pela legislação ordinária citadas.

Nenhuma dúvida pode ser levantada quanto ao fato de atentarem, os crimes contra o sistema financeiro nacional, contra bens, serviços e interesses da União. Tal circunstância, por si só, define a competência da Justiça Federal para o seu processo e julgamento.

O parágrafo único deste art. 26 trata da assistência ao Ministério Público, e pode ser assim esquematizado: a) o Banco Central do Brasil será admitido como Assistente do Ministério Público quando o crime, previsto nesta lei sob exame, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização; b) essa permissão não vigorará nos casos em que a infração for praticada no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, o que significa dizer que, quando esta Comissão for admitida como Assistente, o Banco Central não o será, e vice-versa.

Estas regras, consoante o disposto no referido parágrafo único, serão aplicadas sem prejuízo do disposto no art. 268 do CPP, que soa: “Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31.”

Poderão, assim, habilitarem-se como Assistentes, os *sujeitos passivos secundários*, que tiverem sofrido prejuízo decorrente da prática do crime, concorrendo, assim, com o Banco Central ou com a Comissão de Valores Mobiliários — CVM. Destarte, o Estado — que é sempre sujeito principal nesses delitos — poderá fazer-se representar como Assistente pelo Banco Central ou pela CVM. E, eventualmente, o particular ofendido, sendo sujeito passivo secundário, poderá habilitar-se, também, como assistente.

O Estado conferiu, por lei, ao Banco Central e à CVM a titularidade para representá-lo como Assistente do Ministério Público nessas ações. Acontece que se trata de *ação penal pública incondicionada*, isto é, ação em que a *pretensão punitiva* é de iniciativa do Ministério Público, independentemente de representação. Parece-me, portanto, que houve indevida acumulação. O Estado, como sujeito passivo, já está representado pelo Ministério Público, titular da ação penal pública. Porque, então, o mesmo Estado habilitar-se como Assistente do Ministério Público, ou seja, tautologicamente, assistente de si mesmo?

Acreditamos que, sem embargo de não ser ilegal esta situação, certamente é muito estranha, e poderá ensejar conflito entre os diversos representantes dos mesmos interesses estatais.

12. A assistência ao Ministério Público é admitida somente nas *ações penais públicas*, sejam *incondicionadas*, sejam *condicionadas*. Nas *ações penais privadas*, não se aplica o instituto. Quando admitida a assistência, o ofendido ou o seu representante legal atuará em caráter supletivo, cabendo ao Ministério Público a condução da prova e a direção a ser imprimida à acusação.

Cabe observar que, mesmo em se tratando do Banco Central do Brasil, ou da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, entidades já credenciadas por lei para atuarem como assistentes, deverão elas comparecer em Juízo para se habilitarem, devidamente representadas por advogado legalmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, e que não esteja proibido ou impedido de advogar. A representação das partes em Juízo deve obedecer às prescrições legais, sujeitando-se o ofendido ou o seu representante legal à disciplina estatuída nos arts. 268 e ss. do CPP, exercitando a função na conformidade dos ditames ali estabelecidos.

Queremos dizer com isso, que apesar da lei designar os órgãos oficiais que poderão representar o Estado como Assistente do Ministério Público, sua habilitação no processo não será automática, *ope legis*. Dependerá de pedido formal de assistência, dirigido ao juiz da causa, juntando-se a procuração com os poderes necessários, constando especialmente aqueles que confirmam ao procurador a condição de figurar como assistente, com as qualificações completas dos outorgantes e dos outorgados.

No caso, sendo o ofendido pessoa jurídica de Direito Público, tendo como seus representantes entidades oficiais, a procuração deverá indicar os requisitos e condições que comprovem a qualidade de representação legal do outorgante. Sobre o pedido será ouvido o representante do Ministério Público, obrigatoriamente. Este somente poderá opor-se ao pedido com fundamento em motivo de ordem legal, pois a lei já fixou as credenciais para esses órgãos públicos, descabendo, portanto, oposição fundada em motivos de conveniência ou de oportunidade.

13. Tornam-se imperiosas duas palavras a respeito do art. 27 desta lei, que reza: “Quando a denúncia não for intentada no prazo legal, o ofendido

poderá representar ao Procurador-Geral da República, para que este a ofereça, designe outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou determine o arquivamento das peças de informação recebidas.”

Este artigo conjugou as sistemáticas adotadas pelos arts. 28 e 29 do CPP, não fazendo a devida separação entre as distintas situações a que os mesmos se reportam, que são efetivamente diversas: pode o promotor não oferecer a denúncia no prazo legal, porque requereu o arquivamento do inquérito ou das peças informativas; e, pode não oferecê-la por desídia, deixando transcorrer o prazo legal cominado.

Não explicitando as situações, este art. 27 permite interpretação ampla, ou seja: sempre que a denúncia não for oferecida no prazo legal, seja qual for a razão, o ofendido ficará com o direito de representar ao Procurador-Geral da República, para os fins expostos nesse artigo.

Teríamos, então, uma estranha e confusa consequência: o promotor de justiça federal, convencido da inexistência de justa causa para a ação penal, deixa de oferecer a denúncia e requer o arquivamento do inquérito; o juiz, acolhendo as razões do pedido, determina o arquivamento; a parte ofendida (um particular prejudicado) — como não houve denúncia no prazo legal — representa ao Procurador-Geral da República, almejando a denúncia, oferecida pelo Procurador-Geral, ou a designação de outro promotor para oferecê-la, ou, ainda, para que o Procurador-Geral, *sobrepondo-se à autoridade do juiz que já determinara o arquivamento do inquérito ou das peças informativas*, determine, por sua vez, e soberanamente, o arquivamento.

Este inusitado e esdrúxulo corolário nos leva a crer que o disposto no art. 27 em exame, não pode ser levado ao pé da letra, com tão ampla interpretação, mas deve ser interpretado restritivamente, valendo somente para a hipótese de não-oferecimento da denúncia no prazo legal por desídia, ou desinteresse do representante do Ministério Público. Somente neste caso seria aplicável o disposto neste art. 27. No caso de ser pedido o arquivamento pelo Ministério Público, a matéria continuaria a ser regulada pelo disposto no art. 28 do CPP, obedecendo-se a disciplina ali estabelecida.

14. Em nossa opinião, a questão deve ser posta em termos de permitir, abandonando-se a letra fria da lei, uma interpretação mais condizente com o espírito do dispositivo:

a) se o promotor de justiça federal requerer o arquivamento do inquérito, por fundadas razões que venham a ser acolhidas pelo juiz, o inquérito ou as peças informativas serão arquivados, e não caberá qualquer recurso, a não ser na hipótese de serem descobertas novas provas, consoante o enunciado da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal;

b) se o promotor de justiça requerer o arquivamento e o juiz considerar improcedentes as razões, determinará a remessa dos autos ao Procurador-Geral da República, nos termos do art. 28 do CPP;

c) se o promotor de justiça não oferecer denúncia ou não requerer o arquivamento no prazo legal, por desídia ou omissão, o ofendido (o Estado ou o particular) poderá representar ao Procurador-Geral da República para os fins constantes deste art. 27.

Portanto, vencido o prazo legal para o oferecimento da denúncia, na conformidade do disposto no art. 46 do CPP, caberá ao Estado, preferencialmente, usar do direito de representar junto ao Procurador-Geral da República. Se, entretanto, o Estado se omitir, o particular ofendido poderá fazê-lo.

Ao Procurador-Geral da República caberá, ao receber a representação, verificar se ocorreu efetivamente a hipótese prevista em lei. Se o resultado for positivo, deverá oferecer a denúncia, designar outro órgão do Ministério Público (promotor de justiça, subprocurador, procurador) para que o faça, ou determinar o arquivamento das peças de informação recebidas.

Esta última alternativa, embora decorra da letra expressa deste art. 27, não nos parece correta. O Procurador-Geral da República não pode *determinar* o arquivamento do inquérito ou das peças informativas, na hipótese de ter sido tal arquivamento requerido ao juiz e por este indeferido. O que o Procurador-Geral poderá fazer é *insistir no pedido de arquivamento*, “ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”, consoante a sistemática estabelecida pelo art. 28 do CPP.

Da decisão do Procurador-Geral da República não caberá recurso por parte do ofendido ou seu representante legal, caso insista no pedido de arquivamento e este seja deferido pelo juiz, salvo se surgirem novas provas, hipótese em que poderá ser requerido novo exame da matéria. Se for oferecida a denúncia, pelo próprio Procurador-Geral da República ou por outro órgão do Ministério Público por ele designado, o réu, se inconformado, não terá recurso ordinário do despacho que receber a denúncia, mas poderá usar a via extraordinária do *habeas corpus* para pedir o trancamento da ação penal.

15. São estas as observações que nos pareceram mais importantes, dentro das limitações de tempo e de espaço impostas ao presente trabalho. Muito mais poderia ser dito, mas o que foi exposto deixa bem claro que a Lei 7.492/86 é imperfeita, cheia de falhas e pessimamente redigida, sendo previsíveis as dificuldades que os intérpretes deverão enfrentar, buscando conciliar o seu texto com a realidade por ela normatizada e, sobretudo, com os princípios da dogmática penal, mais uma vez maltratada pelo legislador.