

RODRIGO DE GRANDIS

O DELITO DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL
E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

PREFÁCIO

O livro de Rodrigo de Grandis sobre o delito de infidelidade patrimonial é dessas monografias que, apesar de não terem sido escritas sob a minha orientação, e sim de meu querido tio Vicente, tenho prazer em apresentar. De Grandis produziu um trabalho singular, por toda uma série de razões. A mais notável me parece ser a segurança com que o trabalho se move sobre dois entrecruzamentos entre objetos e perspectivas que, à primeira vista, se excluem.

O *primeiro entrecruzamento* diz respeito ao *objeto*: o trabalho, que em si tem por tema um delito da *Parte Especial*, a infidelidade patrimonial, e que expõe e desenvolve a melhor doutrina a respeito desse delito e de sua inserção no sistema da proteção penal do patrimônio (recorrendo, especialmente, a ideias de Bernd Schünemann, que foram recepcionadas no Brasil por Alaor Leite e Adriano Teixeira), esforça-se por conectar essas considerações com o que existe de mais moderno em relação à própria *Parte Geral* (em especial, às teorias do bem jurídico e da imputação objetiva). A tradicional desconexão entre Parte Geral e Especial, que se pode verificar principalmente, mas não apenas, na doutrina brasileira, em que a Parte Geral se mostra aberta a novos impulsos, como à imputação objetiva e ao domínio do fato, ao passo que a Parte Especial permanece, fundamentalmente, nos moldes delineados por Hungria e Fragoso, é superada com maestria por de Grandis. Ele consegue evitar tanto o tradicional isolacionismo da Parte Especial, quanto um reducionismo simplório, que crê que modernizar a Parte Especial é desconsiderar a lógica interna do tipo em questão e reconduzi-lo a figuras da Parte Geral.

O *segundo entrecruzamento* diz respeito à *perspectiva*: o trabalho é, a um tempo, *dogmático e político criminal*, escrito *de lege lata e de lege ferenda*. Após

desenvolver o injusto do delito de infidelidade patrimonial, o que é construído de *lege ferenda*, o trabalho retorna ao direito positivo brasileiro, cuja capacidade de “captura” desse conteúdo de ilicitude é posta à prova. Com isso, o trabalho faz vir a lume uma série de lacunas, que não se tornaram ainda manifestas, apenas porque não se levam a legalidade e a proibição de analogia suficientemente a sério, e formula uma proposta de reforma legislativa, no sentido de fechar essas lacunas por meio de um delito geral de infidelidade. Se a redação proposta para desse delito geral merece acolhida, não cumpre a mim, na qualidade de apresentador do livro, julgar. O que, sim, considero inquestionável, é que a proposta de de Grandis fornece o ponto arquimédico para qualquer debate a respeito da introdução desse delito em nosso ordenamento jurídico. Com isso, de Grandis também dá um exemplo de como decisões em favor da introdução de tipos penais deveriam ser tomadas: antecedidas de uma reflexão sobre a existência de um injusto autônomo e da verificação, com base numa minuciosa análise do direito positivo, quanto a se aquilo de que já dispomos oferece uma resposta adequada àquele injusto autônomo. Política criminal não pode contentar-se em ser matéria de decisão; ela contém, em boa parte, questões de conhecimento.

Essas palavras hão de bastar; é hora de deixar que o leitor se volte ao livro. Concluo com o desejo de que o trabalho receba a atenção que merece e com um caloroso cumprimento ao autor e amigo, que espero em breve reencontrar.

Berlim, 26 de janeiro de 2022

LUÍS GRECO

Professor Catedrático de Direito Penal,
Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro
e Teoria do Direito Penal da Universidade Humboldt de Berlim

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que me foi dada a oportunidade de escrever estas linhas de apresentação do trabalho de RODRIGO DE GRANDIS que foi a tese com que conquistou o título de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada **O DELITO DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL E O DIREITO PENAL BRASILEIRO**.

A obra propõe a criação de um tipo penal abrangente de diversas condutas da atualidade e desde logo suscita uma pergunta:

Direito penal mínimo e mais um crime?

Algumas observações prévias encaminham a resposta.

Na evolução dos sistemas ou métodos punitivos, no correr dos séculos, especialmente o anterior e atual, houve duas modificações importantes, uma no campo dos bens jurídicos a serem tutelados e outra no campo da criminalidade.

No passado dois tipos de bens jurídicos predominavam: os individuais e a tutela do Estado, qualquer que fosse a sua forma. No que se refere ao criminoso as normas punitivas focalizavam o criminoso individual. Nesse período nada ou pouco se pensava sobre direitos coletivos: talvez, historicamente os primeiros delitos visando à tutela coletiva foram os falimentares. No que concerne ao criminoso, havia a figura do concurso e o crime de quadrilha ou bando.

A partir do último quarto do século XX desenvolveu-se grande preocupação sobre os delitos de violação de direitos coletivos (individuais homogêneos, coletivos propriamente ditos e difusos). Assim, no Brasil tivemos a incriminação de lesões ou perigo de lesão contra o sistema financeiro, contra a ordem econômica, contra o consumidor, contra o meio ambiente.

Paralelamente a criminalidade se organizou em âmbito local e multinacional. Avultou o problema do terrorismo internacional.

Não é de se dizer que o Direito Penal tenha abandonado os direitos individuais ou que anteriormente já não existisse o crime organizado. As novas formas de criminalidade, porém, desafiam o Direito Penal. No aspecto dos bens jurídicos, já foram mencionados alguns campos agora incriminados; no aspecto dos criminosos instituiu-se o crime de organização criminosa e pensa-se em estender a polêmica criminalização da pessoa jurídica.

Há de se convir, porém, que o Direito Penal ainda não encontrou seu rumo adequado quer na sua função de atender às demandas dos bens jurídicos difusos e coletivos quer quanto ao combate da criminalidade organizada. Vários são os caminhos sugeridos: ampliação do direito administrativo sancionador, ampliação da criminalização da pessoa jurídica e até a adoção medidas extremadas ditadas pela concepção do direito penal do inimigo. Nenhuma, porém, alcança o que se deseja de eficácia, segurança e preservação das liberdades das pessoas.

Enquanto isso, a doutrina penal dá sua contribuição modernizando o Direito Penal que temos, como faz a obra que agora tenho a satisfação de prefaciá-la.

A “Modernização da Legislação Penal” foi o nome da Comissão presidida pelo saudoso Ministro Francisco de Assis Toledo, criada junto ao Ministério da Justiça de que participei em 1996 e que produziu diversos projetos convertidos em lei de ajuste do Código Penal exatamente com o critério do trabalho de RODRIGO DE GRANDIS, propondo alterações na parte geral e na parte especial, sendo que, quanto a esta, a criação de tipos penais respeitasse o direito penal necessário, mediante, se fosse o caso, a revogação de dispositivos ultrapassados.

Isso aqui é feito. Propõe-se a criação do delito de Infidelidade Patrimonial, mas paralelamente revogam-se textos abrangidos, absorvidos, deslocados ou anacrônicos.

Assim é o trabalho acadêmico: faz-se uma proposta científica e substancialmente sustentada para que a comunidade e os órgãos legislativos discutam e sobre ela, façam suas ponderações e eventuais aperfeiçoamentos.

O tipo sugerido, respeitador da técnica penal de incriminação apresenta alguma complexidade. Trata-se de um tipo estruturalmente de resultado, de conduta vinculada e com um elemento subjetivo específico.

A norma jurídica é um preceito verbalizado em uma fórmula linguística, porque essa é a forma de comunicação do Direito.

A comunicação contida na norma, porém, sofreu e sofre uma série de interferências, de modo que desde a ideia que norteou a sua elaboração até sua

aplicação prática o caminho é de tal forma perturbado por influências que pode vir a resultar em preceito totalmente diferente do originalmente concebido.

A primeira limitação ou submissão que sofre a ideia é a da linguagem. O que resulta escrito jamais é o que foi concebido. A linguagem é um molde a que se submete o pensamento e esse molde é limitativo, porque incompleto e nem sempre nele cabe a amplitude e a conformação de um pensamento. É o mesmo que colocar uma massa maleável e multiforme numa caixa retangular. O que era multiforme passou a ser retangular.

Ainda que a vontade do legislador possa ser levada em consideração na apreciação do conteúdo da norma, o que vale é o que está enquadrado no modelo da linguagem, que é a mensagem transmitida aos destinatários da norma, as pessoas em geral e o juiz.

Há que se considerar, nesse processo comunicativo (emissor -> receptor) uma série de influências que podem modificar o que se pretendia comunicar, podendo essas interferências ser endógenas ou exógenas.

As endógenas são as decorrentes da própria linguagem, que é dinâmica e imprecisa, já que os termos têm a tantas vezes referida “*vaguidad*”, apontada por GENNARO CARRIÓ. Interessante paradoxo: de um lado a linguagem é a caixa que conforma e deforma a ideia, de outro ela própria é vaga e fluida.

As influências exógenas são de diversas origens e naturezas, bastando referir algumas.

Os comportamentos sociais e o entendimento da sociedade sobre as coisas mudam o sentido da linguagem. Basta referir, exemplificando, a expressão “ato obsceno” do Código de 1940. Seu significado atual evidentemente não é o mesmo da época em que a lei entrou em vigor.

Os receptores da norma são dotados de preconceitos (no sentido de terem formação diferente e concepções diferentes sobre as coisas). Suas concepções pessoais influem na interpretação e aplicação da norma.

A carga emotiva e social do fato altera o rigor com que será tratado. O atropelamento de uma criança é emotivamente mais grave do que de um adulto.

E, queiramos ou não, a divulgação dos meios de comunicação também influencia a atuação da norma.

Isto só no campo de influências ou preconceitos normais e legítimos, porque também podem atuar, ainda que de forma velada ou escondida, preconceitos abomináveis e viciosos.

Independentemente de todas essas circunstâncias e sabendo que influenciam a aplicação da norma, é útil, inclusive para a identificação do momento da consumação, da presença, ou não, de seus elementos constitutivos, a identificação de sua estrutura, no que concerne à descrição típica do crime.

Mas o que é tipo?

O tipo é uma abstração descritora da realidade dotada do sentido que lhe atribui o direito. Todo tipo jurídico tem um grau de fluidez, que pode ser maior ou menor conforme o tema de que trata ou o ramo do Direito a que se refere. Dos tipos sancionatórios exige-se um menor grau de fluidez, em virtude da necessidade de segurança jurídica, daí o chamado princípio da tipicidade no Direito Penal, que decorre do princípio da legalidade estrita e que constitui a fragmentariedade desse ramo do Direito.

Analisando a estrutura dos tipos penais, é possível simplificá-la em quatro modelos básicos.

CRIMES:

- 1) de (conduta livre) ----- **RESULTADO**
- 2) **CONDUTA** + + + + **RESULTADO**
- 3) **CONDUTA** -----(resultado inexistente ou irrelevante)
- 4) **CONDUTA** + + + + **FIM** (resultado apenas visado)

No primeiro caso, incide a norma penal se o agente, mediante qualquer ação ou omissão relevante dá causa a um resultado qualquer que seja a conduta naturalística que o determine. Daí dizer-se que são crimes de resultado de conduta livre. Observe-se que resultado, no direito penal e processual penal não tem sentido unívoco. Ora o termo é utilizado para designar qualquer alteração do mundo exterior, como a própria conduta, quando se assegura que “não há crime sem resultado”, significando aí que não há crime sem exteriorização, confirmando o brocardo “*cogitationem nemo patitur*”. Ora se usa “resultado” como o evento diferente da conduta, dizendo-se, então, que há crimes de mera conduta que não têm resultado nesse sentido. Exemplo de crime com a estrutura nº 1, agora comentada é o homicídio. O que caracteriza o crime é o resultado morte, qualquer que tenha sido a ação ou omissão do agente para alcançá-lo.

Nos crimes da segunda estrutura, a lei exige que ocorra um resultado, mas que deve ser alcançado mediante a prática de determinada conduta, de modo que o resultado, em si, não é penalmente relevante se não for obtido por intermédio da conduta prevista na lei. No Direito Penal comum crime com essa estrutura é o estelionato: “obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, *mediante.....*”. Diz-se, então, que se trata de crime de resultado de conduta vinculada.

No terceiro modelo estrutural, o crime se perfaz com a conduta descrita, independentemente da existência de resultado (crimes de mera conduta) ou se o resultado, mesmo podendo existir, não se indaga para fins penais (crimes formais).

Finalmente, na quarta estrutura, a descrição típica focaliza determinada conduta, mas inclui uma finalidade específica ou outro elemento subjetivo especial, como ocorre no crime de associação criminosa.

Evidentemente essas são estruturas básicas ou simplificadas, já que o legislador pode combiná-las ou adotar outras mais complexas, por exemplo com a inclusão de elementos normativos ou quando adota a figura da norma penal em branco.

O delito proposto pelo Autor combina as estruturas 2 e 3, daí já se ter dito que se trata de um tipo estruturalmente de resultado, de conduta vinculada e com um elemento subjetivo específico, com uma consistência típica muito bem definida.

Eis aí a proposta e sua fundamentação digna de um doutorado. De alto valor técnico e acadêmico.

Não quer dizer que tenhamos que concordar integralmente com ela. Eu, por exemplo, entendo que a ação penal deveria ser pública incondicionada e não condicionada à representação como proposto, porque na grande maioria de casos de infidelidade patrimonial da atualidade os direitos lesados são de coletividades de pessoas, como ocorre com fraudes via meios eletrônicos.

A obra, portanto, merece ser lida, meditada e quiçá a proposta possa ser convertida em lei, com as pertinentes sugestões dos estudiosos, porque será valiosa modernização da legislação penal.

VICENTE GRECO FILHO

Professor Associado de Direito Processual
e Titular Sênior de Direito Penal
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

AGRADECIMENTOS

Este trabalho deriva substancialmente da tese de doutorado apresentada no ano de 2018 junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aprimorada pelas críticas e sugestões da banca composta pelos professores Vicente Greco Filho (orientador), Helena Regina Lobo da Costa, Pierpaolo Cruz Bottini, João Daniel Rassi, Marcelo Costenaro Cavali e João Paulo Orsini Martinelli. Ao Professor Vicente Greco Filho agradeço a orientação sempre segura e o compartilhamento de seus enciclopédicos conhecimentos. Ao Professor Renato de Mello Jorge Silveira, por me abrir as portas do “depósito das águas” da Universidade Pompeu Fabra, de Barcelona, e por me apresentar a Professora Nuria Pastor Muñoz, a quem também agradeço pelas pacientes observações dedicadas à minha pesquisa. Ainda da Pompeu Fabra, a minha gratidão à colega Ana Carolina Oliveira, pela sempre frutífera troca de ideias e pelo apoio logístico em Barcelona, além de riquíssimas sugestões acerca da doutrina espanhola.

Da Alemanha, os professores Luís Greco e Alaor Leite me incentivaram a estudar a Untreue e forneceram preciosas sugestões bibliográficas, cedendo, inclusive, material próprio. Aliás, foi em um curso do professor Luís Greco ministrado no dia 23 de setembro de 2014 em Göttingen, Alemanha, que pela primeira vez ouvi o termo “infidelidade patrimonial” e a sua relevância para o Direito Penal europeu continental. É muito provável que Luís não o saiba, mas sua aula representou a faísca que produziu o livro ora publicado.

O professor Rafael Mafei Rabelo Queiroz foi fundamental nas orientações metodológicas e um dos primeiros a dizer que o projeto de doutorado “ficava em pé”.

Minha gratidão à amiga e professora Heloisa Estellita pelo estímulo constante.

À Lucia Lopes Mansur, minha sogra, por cuidar do neto Theodoro enquanto eu escrevia o trabalho que ora ganha estampa. Por fim, meu carinhoso agradecimento à minha esposa, Carolina Mansur da Cunha de Grandis, diante do apoio incondicional e por acompanhar, lado a lado, todo o processo de elaboração do trabalho acadêmico.

SUMÁRIO

Prefácio – LUÍS GRECO	9
Apresentação – VICENTE GRECO FILHO	11
Agradecimentos	17
Sumário	19
INTRODUÇÃO	23
1. MODELOS DE INCRIMINAÇÃO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL	29
1.1. Notas introdutórias	29
1.2. Infidelidade patrimonial como tipo penal genérico	30
1.2.1. Alemanha	30
1.2.2. Argentina	35
1.3. Infidelidade patrimonial como delito societário	37
1.3.1. Itália	37
1.3.2. Perú	40
1.3.3. O Projeto de <i>Corpus Iuris</i>	43
1.4. Infidelidade patrimonial como “tipo conjugado”	44
1.4.1. Espanha	44
1.4.2. Portugal	49
1.5. Balanço	52
2. O INJUSTO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL	55
2.1. O injusto do crime de infidelidade patrimonial	55

2.1.1. Considerações de política criminal	55
2.1.2. Direito Penal e crise financeira	59
2.2. Síntese conclusiva	66
3. CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS SOBRE O DELITO DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL.....	69
3.1. O bem jurídico do delito de infidelidade patrimonial	69
3.1.1. O conceito de patrimônio no delito de infidelidade patrimonial	71
3.1.1.1. A concepção jurídica de patrimônio	72
3.1.1.2. A concepção econômica do patrimônio	75
3.1.1.3. A concepção mista jurídico-econômica do patrimônio e seus critérios corretivos	78
3.1.1.4. A concepção pessoal e a concepção funcional do patrimônio	81
3.1.1.4.1. Concepção pessoal de patrimônio: aplicação às pessoas jurídicas?	85
3.1.1.5. A concepção dinâmica do patrimônio: breves considerações	88
3.1.2. A alteridade do patrimônio no crime de infidelidade patrimonial.....	89
3.1.3. Conceito de patrimônio no Direito Penal brasileiro	92
3.1.4. Conclusão: qual o conceito de patrimônio do crime de infidelidade patrimonial?.....	96
3.2. Sujeito ativo e sujeito passivo do crime de infidelidade patrimonial.....	109
3.2.1. Sujeito ativo.....	109
3.2.2. Sujeito passivo.....	112
3.3. Fontes do dever de garante no crime de infidelidade patrimonial	115
3.4. Conteúdo do dever de garante no crime de infidelidade patrimonial	119
3.5. Questões de autoria e de participação no crime de infidelidade patrimonial.....	124

3.5.1. Introdução: delitos de domínio e delitos de infração de dever	124
3.5.2. Infidelidade patrimonial como infração de dever ou delito de domínio?	130
3.6. A ação típica do crime de infidelidade patrimonial	136
3.6.1. Comportamentos comissivos e omissivos (impróprios) na infidelidade patrimonial.....	138
3.7. O risco permitido no delito de infidelidade patrimonial.....	147
3.7.1. Realização de negócios de risco ou especulativos	157
3.8. O elemento subjetivo do crime de infidelidade patrimonial	162
3.9. A relevância do dano patrimonial no crime de infidelidade patrimonial	168
3.9.1. A consumação do crime de infidelidade patrimonial	171
3.9.2. A tentativa do crime de infidelidade patrimonial.....	176
4. MANIFESTAÇÕES “IMPLÍCITAS” DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	179
4.1. Considerações prévias	179
4.2. Infidelidade patrimonial e os crimes contra o patrimônio no Direito Penal brasileiro	180
4.2.1. Infidelidade patrimonial e apropriação indébita	180
4.2.2. Infidelidade patrimonial e estelionato	186
4.2.3. Infidelidade patrimonial e o delito de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações	187
4.3. Infidelidade patrimonial e peculato.....	191
4.4. Infidelidade patrimonial e o delito de emprego irregular de verbas ou rendas públicas	194
4.5. Infidelidade patrimonial e os crimes contra o sistema financeiro nacional.....	195
4.5.1. Notas introdutórias sobre a Lei n. 7.492/1986	195
4.5.2. Infidelidade patrimonial e a gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira.....	197
4.5.3. Infidelidade patrimonial e o delito de “apropriação indébita financeira”	205

4.5.4. Infidelidade patrimonial e o delito de “caixa dois”	214
4.5.5. Infidelidade patrimonial e o delito de empréstimo vedado ..	217
4.6. Conclusão: a necessidade de criação da infidelidade patrimonial brasileira	222
5. PROPOSTA PARA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	225
5.1. Considerações gerais acerca da elaboração de tipos penais.....	225
5.2. Requisitos dogmáticos do delito de infidelidade patrimonial brasileiro.....	230
5.2.1. Elementos objetivos do delito de infidelidade patrimonial brasileiro	233
5.2.1.1. A ação típica do delito de infidelidade patrimonial brasileiro	235
5.2.1.2. O resultado do delito de infidelidade patrimonial brasileiro	236
5.2.2. Elemento subjetivo do delito de infidelidade patrimonial brasileiro	238
5.2.3. As penas do delito de infidelidade patrimonial brasileiro ...	240
5.3. A ação penal do delito de infidelidade patrimonial brasileiro	244
5.4. A competência para o processo do delito de infidelidade patrimonial brasileiro	247
5.5. Proposta de revogação e derrogação de tipos penais brasileiros..	248
5.5.1. Da preservação (e reinterpretção) do crime de apropriação indébita.....	249
5.5.2. Da derrogação do crime do art. 177 do Código Penal.....	250
5.5.3. Da revogação do crime de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira	251
5.5.4. Da derrogação do crime de “apropriação indébita financeira”	252
5.5.5. Da revogação do crime de “caixa dois”	253
CONCLUSÃO	255
REFERÊNCIAS	259

INTRODUÇÃO

O presente trabalho representa, em grande medida, a tese de Doutorado que apresentei junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em agosto de 2018, com aprimoramentos e atualizações bibliográficas. A pesquisa centra-se no delito de *infidelidade patrimonial*, e, em síntese, pretende analisar a necessidade de sua criação no Direito Penal brasileiro. Em linhas gerais, o delito tipifica a conduta do sujeito que, ostentando um dever de proteção do patrimônio alheio, causa-lhe um dano mediante a quebra desse dever.

O delito de infidelidade patrimonial tem previsão em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, como na Alemanha (*Untreue*¹), Itália (*infedeltá patrimoniale*²), Espanha (*administración desleal*³) e Portugal (*infidelidade*⁴), voltando-se

1. § 266 do Código Penal (StGB) (tradução livre): Aquele que abusa da faculdade de dispor sobre o patrimônio alheio ou de obrigar a outro que lhe tenha sido outorgado por lei, mandato de autoridade ou negócio jurídico, ou lesione o dever de salvaguardar interesses patrimoniais alheios que lhe incumbem em razão de lei, mandato de autoridade, negócio jurídico ou relação de fidelidade e, desse modo, cause um prejuízo àquele cujos interesses patrimoniais tinha que proteger, será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com pena de multa.

2. Artigo 2634 do Código Civil (tradução livre): Os administradores, os diretores-gerais e os liquidantes que, tendo um interesse em conflito com o da sociedade visando para si ou para outrem um injusto lucro ou outro benefício, realizar ou concorrer à deliberação de atos de disposição de bens sociais, causando intencionalmente à sociedade um prejuízo patrimonial, serão punidos com reclusão de seis meses a três anos. A mesma é aplicável se o fato é cometido em relação a bens detidos ou geridos pela sociedade em nome de terceiros, causando a estes um dano patrimonial.

3. Artigo 252 do Código Penal (tradução livre): Serão puníveis com as penas do artigo 249 ou, em seu caso, do artigo 250, aqueles que tendo poderes para administrar um patrimônio alheio, emanados de lei, atribuídos pela autoridade ou assumidos mediante um negócio jurídico, os infrinjam excedendo-se no exercício delas, e desse modo causem um prejuízo ao patrimônio administrado. Se a quantia do prejuízo patrimonial não exceder 400 euros, se imporá uma pena de multa de um a três meses.

4. Artigo 224º do Código Penal: 1 – Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico,

à proteção penal do patrimônio. Na Alemanha, por exemplo, o tipo penal de infidelidade patrimonial tem sido utilizado para viabilizar a imputação penal de condutas atreladas a doações a partidos políticos, à concessão de vantagens indevidas a particulares, ao pagamento de bônus excessivos aos administradores da pessoa jurídica, à criação de “caixa dois” na companhia e aos “negócios especulativos de alto risco”, fundamentando, inclusive, a penalização dos responsáveis pela crise financeira de 2008, que acarretou a quebra do banco norte-americano *Lehman Brothers* e a operação de resgate da seguradora *American International Group* pelo *Federal Reserve* dos Estados Unidos da América.

A relevância acadêmica do tema é proclamada à unanimidade pela doutrina estrangeira: Bernd Schünemann vislumbra na *Untreue* o delito econômico por excelência do nosso tempo⁵. Para Luís Greco, trata-se do “dispositivo central do direito penal econômico alemão”⁶, enquanto Silva Sánchez, ainda mais enfático, reputa-o como o “paradigma do delito do presente e do futuro”⁷. Até pela perspectiva da *corporate governance*, registram Foffani e Nieto Martín, existe a tendência a atribuir ao crime de infidelidade patrimonial um “papel promocional”, ou seja, um instrumento jurídico chamado a favorecer a implementação de uma nova e mais rigorosa ética nos negócios, especificamente na esfera da administração das empresas⁸. Aliás, foi justamente sob o âmbito de incidência do delito de infidelidade patrimonial que diversos casos relacionados à má ou abusiva gestão de sociedades empresárias na Alemanha foram penalmente dirimidos, como os rumorosos casos *Mannesmann-Vodafone* e *Siemens*.

Não obstante, no ordenamento jurídico brasileiro não se vislumbra semelhante tutela⁹, constatando-se, ao revés, a inexistência de figuras delitivas com a

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 3 anos ou com pena de multa. 2 – A tentativa é punível. 3 – O procedimento criminal depende de queixa. 4 – É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º e na alínea a) do artigo 207º.

5. SCHÜNEMANN, Bernd. La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy (Ed.). *La administración desleal de los órganos societarios*. Perú: Ara Editores, 2010. p. 15.

6. SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada “crise financeira”: falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 7.

7. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: B de F, 2013. p. 11.

8. FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán. Corporate governance y administración desleal: casos y problemas de derecho comparado europeo. *Revista Penal*, n. 17, 2006, España: Tirant lo Blanch. p. 113.

9. Note-se, em ordem a demonstrar a inexistência da tipificação penal da infidelidade patrimonial no Brasil, que o Supremo Tribunal Federal tem rejeitado pedidos de extradição com capitulação jurídica na *Untreue*, valendo-se, como fundamento, da inexistência de dupla tipicidade: Extradição n. 377, Rel. Min. Moreira Alves; Extradição n. 682-7, Rel. Min. Francisco Rezek; Extradição n. 789-1, Rel. Min. Maurício Corrêa. Contra: Extradição n. 1.078-6, Rel. Min. Gilmar Mendes.

aptidão para apreender a integralidade do injusto penal da administração desleal e proteger adequadamente o patrimônio alheio, aqui considerado em sentido global, isto é, para além da coisa alheia móvel e corpórea que constitui, por exemplo, o objeto material do crime de apropriação indébita (art. 168 do Código Penal brasileiro), ou, no máximo, infrações penais que apenas *tangenciam* a ideia de infidelidade patrimonial consolidada no Direito comparado, como sucede com o delito delineado no art. 177, § 1º, do Código Penal (Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedades por ações), incidente exclusivamente sobre as condutas praticadas no âmbito das sociedades por ações, e o crime do art. 4º da Lei n. 7.492/1986 (gestão fraudulenta e temerária), porquanto aplicável somente aos comportamentos fraudulentos e/ou temerários levados a efeito pelos controladores e administradores no contexto das instituições financeiras.

Ainda na Parte Especial do Código Penal configuram exemplos palpáveis dessa *captação incompleta* os delitos de peculato-desvio (art. 312) e de emprego irregular de verbas públicas (art. 315). Na legislação especial também é possível constatar outras manifestações fragmentárias de infidelidade, as quais atingem, em certa medida, o patrimônio, como sucede com o desvio de bens e valores (art. 5º da Lei n. 7.492/1986) e com o denominado delito de empréstimos vedados (art. 17 da Lei n. 7.492/1986).

A lacuna de punibilidade torna-se ainda mais evidente quando se tem presente a perpetração de agressões ao patrimônio alheio no ambiente do Direito Societário que não se inserem no raio de proteção dos tipos penais supramencionados, notadamente as sociedades limitadas, ou quando a administração infiel do patrimônio de terceiro ocorre por intermédio de uma pessoa física sem que ela se constitua verdadeiramente em apropriação para si ou outrem pela ausência do *ânimo de dono*.

As implicações práticas são, pois, inegáveis. É conhecida a relevância, na atualidade, das sociedades empresárias no desenvolvimento da economia, marcada pelo desmembramento entre a titularidade das ações e a administração da sociedade. Na mesma medida, contudo, tem-se notado uma imensa gama de manobras no ambiente corporativo que atingem diretamente o patrimônio de acionistas e outras pessoas físicas ou jurídicas lesadas com a abusiva ou infiel gestão dos administradores, a ponto de essas manobras despertarem a atenção do Direito Penal, sobretudo do Direito Penal Econômico.

Sob esse contexto, a análise da jurisprudência brasileira e a leitura de algumas acusações criminais formuladas principalmente no âmbito do Direito Penal Econômico revelam que diversas condutas infiéis têm sido penalmente punidas de modo indevido pelo Poder Judiciário, em especial por intermédio de algumas *manifestações setoriais* de infidelidade na legislação penal brasileira, o que tem ensejado distorções dogmáticas em razão do manejo de figuras penais que, ao

menos sob o ponto de vista da tipicidade estrita, não se amoldam perfeitamente à conduta concretamente praticada, gerando, com isso, uma clara violação do princípio da legalidade.

Tudo isso, porém, foi paradoxalmente insuficiente para chamar a atenção do ambiente acadêmico brasileiro. De fato, à exceção da obra de Paulo José da Costa Jr., que, em conjunto com Cesare Pedrazzi, pioneiramente apontava, em 1973, a aparente lacuna das legislações de tipo latino, como o nosso, que não conheciam a figura genérica da infidelidade patrimonial¹⁰, dos estudos de Nilo Batista¹¹, Miguel Reale Jr.¹², e, mais recentemente e principalmente, Alaor Leite e Adriano Teixeira¹³, a doutrina nacional parece simplesmente ter ignorado a *Untreue*. Nem mesmo a Comissão de Juristas encarregada da elaboração de Anteprojeto de Código Penal, criada pelo Requerimento n. 756/2011, do Senador da República Pedro Taques, apercebeu-se do tema, a despeito da citada ampla e notória discussão europeia, e do fato de o Brasil figurar como signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), internalizada por intermédio do Decreto n. 5.687/2006, cujo art. 22, ao tratar da chamada *Malversação ou peculato de bens no setor privado*, conclama cada Estado a considerar “a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, a malversação ou peculato, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de quaisquer bens, fundos ou títulos privados ou de qualquer outra coisa de valor que se tenha confiado a essa pessoa por razão de seu cargo”.

Essa inércia não foi alterada em razão de alguns acontecimentos recentes envolvendo as pessoas jurídicas *Alstom*, *Siemens* e *Petrobras*, os quais evidenciam a necessidade de pesquisar o crime de infidelidade patrimonial em função da citada lacuna de punibilidade e da percepção de que ele representa um injusto penal que não tem sido suficientemente apreendido pelas infrações penais vigentes no ordenamento brasileiro.

10. PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Tratado de direito penal econômico: direito penal das sociedades anônimas*. São Paulo: RT, 1973. v. I. p. 180.

11. BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2000. p. 320-321.

12. REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Dever de lealdade do administrador na empresa e direito penal. In: *Experiências do direito*. Campinas: Millenium Editora, 2004. p. 233 e ss.

13. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, n. 1, Org. Luiz Antonio Câmara, Bibiana Fontella, Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 16-58.

Este livro tem, portanto, dois eixos principais. Sob a perspectiva do ordenamento jurídico posto, ou seja, *de lege data*, a tese caminhará no sentido de que o injusto típico da infidelidade patrimonial representa uma importante ferramenta na *releitura* de tipos penais que, de algum modo, apresentam alguns traços ou vestígios de infidelidade. *De lege ferenda*, analisar-se-á a necessidade de criação do crime de infidelidade patrimonial no Brasil, contemplando-se, em consequência, as justificativas de política criminal que sustentariam a implementação da versão brasileira de *Untreue*, bem como o estudo dogmático de todos os requisitos típicos do crime (bem jurídico, sujeito ativo, sujeito passivo, comportamento típico, elemento subjetivo e resultado), e a natureza da ação penal mais adequada, isto é, se a persecução penal mais eficiente para o crime de infidelidade patrimonial dar-se-á por intermédio de ação penal pública (incondicionada ou condicionada) ou de ação penal de iniciativa privada (queixa-crime).

Destaque-se, nesse passo, que a proposta de criação de uma infidelidade patrimonial brasileira não se limitará apenas ao reconhecimento de uma lacuna de punibilidade no ordenamento pátrio, hipótese que foi eloquentemente denunciada no estudo seminal de Alaor Leite e Adriano Teixeira¹⁴ - o qual representou, em larga medida, a provocação inicial para o desenvolvimento das presentes reflexões - mas à indicação de que a ausência de uma figura penal que apreenda com exatidão o conteúdo do injusto da administração desleal tem suscitado relevantes e concretas fricções com o princípio constitucional da legalidade e com a proibição da analogia *in malam partem*¹⁵. Por conseguinte, a proposta contida ao final desta obra não se circunscreverá à simples e inconsequente criação de mais um tipo penal, contemplando, igualmente, a possibilidade de uma ampla descriminalização e a decorrente readequação do sistema penal de proteção ao patrimônio, com ênfase nas condutas perpetradas no âmbito do denominado Direito Penal Econômico. Procuro evitar, com isso, um involuntário incentivo à “proliferação hipertrófica de tipos” de que recentemente têm padecido o Direito Penal brasileiro, sobretudo na seara dos crimes contra o patrimônio¹⁶.

14. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial, cit., p. 40 e ss.

15. Nesse sentido: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial, cit., p. 49 e ss.

16. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26-27. Em consequência, pretendo obstar a correta crítica de Alaor Leite no sentido de que, no Brasil, a tutela penal do patrimônio empreendida pelo nosso legislador representa um notável *paradoxo*, se compararmos o sistema vigente à luz da necessidade de criação de uma modalidade de infidelidade patrimonial: “quanto mais tipos, mais lacunas”. LEITE, Alaor. *Interpretação, analogia e sentido literal possível: o exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários (ou: réquiem a Nelson Hungria)*. In *Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti*. BUSATO, Paulo César; PLACHA SÁ, Priscilla; SCANDELARI, Gustavo Britta (Org.). Rio de Janeiro: LMJ. Mundo Jurídico, 2016, p. 260.

Observações terminológicas necessárias

Enquanto manifestação jurídico-penal internacional, o delito que consubstancia o objeto deste estudo apresenta várias denominações legais, as quais podem genericamente ser traduzidas, neste momento, como *infidelidade patrimonial*, *deslealdade patrimonial*, *administração desleal* e *administração infiel*. A diversidade de *nomen juris*, porém, não significa que estejamos diante de fenômenos substancialmente diferentes, e nem é suficiente para ocultar a essência do delito, porquanto atrelada indissociavelmente à necessidade de dano patrimonial efetivo mediante uma prévia violação do dever de proteção assumido faticamente por uma pessoa sobre o patrimônio de um terceiro.

Nesse sentido, o termo “infidelidade patrimonial”, tradução normalmente empregada para o delito alemão de *Untreue*¹⁷, parece ter o mérito de apreender, com uma dose maior de precisão, o injusto que fundamenta esta infração penal, sobretudo porque ele de antemão indica em seu frontispício o objeto de proteção penal (patrimônio)¹⁸.

Não obstante, ainda que assumamos que “todas as palavras que usamos para falar do mundo que nos rodeia, e de nós mesmos, são, ao menos, potencialmente vagas”¹⁹, em ordem a evitar indesejáveis confusões terminológicas, advirto, desde já, que as páginas que compõem a presente obra designarão o objeto pesquisado *indistintamente* como infidelidade patrimonial, administração desleal, administração infiel e, finalmente, *Untreue*, sem adotar qualquer posição sobre a (in)conveniência da adoção de tal ou qual denominação.

17. SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada “crise financeira”, cit., p. 14.

18. Nesse sentido, por exemplo, LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial, cit., p. 31.

19. CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 34.

1.

MODELOS DE INCRIMINAÇÃO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL

1.1. Notas introdutórias

Este capítulo destina-se à análise do tratamento conferido ao delito de infidelidade patrimonial nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Não se trata, registre-se desde logo, de um estudo de Direito Comparado²⁰, mas de um simples exame panorâmico sobre os principais modelos através dos quais o Direito Penal delinea a agressão interna, ou a partir de dentro, que traduz a essência do delito de administração desleal ou de infidelidade.

Esse exame será útil na medida em que proporciona conhecer o contexto político-criminal vigente à época da tipificação levada a efeito em cada sistema jurídico, bem como as características dogmáticas empregadas para a construção dos tipos penais.

20. Cabe aqui o prudente aviso de Tullio Ascarelli acerca do manejo do Direito Comparado: “Para que a obra do estudioso de direito comparado seja útil e não resulte apenas num amontoado de noções, são necessárias algumas advertências. Advertências muito simples, aliás, sem nenhuma pretensão de novidade, nem de originalidade. São, mais ou menos, as que sempre foram feitas pelos que se dedicam ao direito comparado. Bastaria, nesse sentido, relembrar o velho livro de Amari, que, em substância, faz a advertência em que se resume quanto vai dito nestas páginas: o que cumpre estudar é o *direito* comparado e não simplesmente a *legislação* comparada, a menos que se queira correr o risco de tirar conclusões que, pelo fato de não serem completas, poderiam ser, afinal, erradas”. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica, 1945. p. 8.