

IZABELLA DINIZ DOS SANTOS MOREIRA

**A RESPONSABILIZAÇÃO DE
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS
IRREGULARES PELA PRÁTICA
DO CRIME DE GESTÃO
FRAUDULENTA:**

Uma interpretação teleológica da Lei nº 7.492/86



IZABELLA DINIZ DOS SANTOS MOREIRA

**A RESPONSABILIZAÇÃO DE
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS
IRREGULARES PELA PRÁTICA DO
CRIME DE GESTÃO
FRAUDULENTA**

**UMA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA
LEI Nº 7.492/86**



Fortaleza-CE

2019

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanuel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Os Autores

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

MOREIRA, Izabella Diniz dos Santos

A RESPONSABILIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS
IRREGULARES PELA PRÁTICA DO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA:
UMA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA LEI Nº 7.492/86

Editora DINCE 2019. 197 p. Impresso

ISBN [978-85-7872-631-7](#)

CDD: 341.55

1. Crimes contra Sistema Financeiro Nacional.
2. Instituição Financeira. 3. Gestão Fraudulenta

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

Dedico este trabalho aos meus pais, que jamais mediram esforços para me proporcionar uma educação jurídica de qualidade, bem como me ensinaram que a busca pela justiça e pela igualdade começa com trabalho árduo e estudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Professor Valério Mazzuoli, uma vez que não poupou esforços para que este trabalho se tornasse uma verdadeira ferramenta de conhecimento e aprendizado para juristas e admiradores do Direito Penal, à Escola Superior do Ministério Público, que sempre zelou pela qualidade das aulas ministradas em sua academia, e, por esta razão, sempre incentiva seus alunos a buscar o melhor conteúdo jurídico disponível para a confecção de seus trabalhos, e, por fim, a Procuradoria da República de Mato Grosso, unidade do Ministério Público Federal que fez despertar em mim a necessidade de se estudar a matéria ora tratada e conseqüentemente melhorar a qualidade dos trabalhos desenvolvidos perante a Justiça Federal.

“A *Ratio Legis* revela a valoração ou ponderação dos diversos interesses que a norma jurídica disciplina e, sendo o intérprete um colaborador do legislador, a sua importância é fundamental”.

Antônio dos Santos Justo

APRESENTAÇÃO

A atuação de Instituições Financeiras irregularmente constituídas a margem do Sistema Financeiro Nacional é uma realidade que se alastra cada vez mais no mercado brasileiro, e conseqüentemente coloca em risco a credibilidade das operações que visam a circulação de ativos e passivos no país. Atualmente, estes operadores financeiros clandestinos, em que pese sejam majoritariamente responsabilizados penalmente pela prática do crime tipificado no artigo 16 da Lei 7.492/89, nem sempre recebem uma resposta penal proporcional ao gravame de suas condutas.

Isso ocorre pois, por muitas vezes, além de fazerem operar Instituição Financeira sem as devidas autorizações dos Órgãos Regulatórios, praticam atos de gestão eivados de fraude e ardil, de modo que, embora incorram nas elementares do crime de Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira (artigo 4º da Lei 7.492/86), não são responsabilizados por esse delito. Nestes casos, a jurisprudência pátria não por poucas vezes adota uma interpretação restritiva do referido tipo penal, ao entender que se trata de crime próprio a ser praticado tão somente por gestores que atuam em instituições oficiais, regularmente constituídas e autorizadas pelo Banco Central.

Contudo, ao fazer uma interpretação teleológica e literal da lei que disciplina esses dois crimes, é possível verificar que o legislador optou por definir quem são as Instituições Financeiras a que se referem os delitos ali previstos (art. 1º da Lei 7.492/86), bem como os gestores a que se destinam estas penas (art. 25 da Lei 7.492/86), dentre os quais se incluem aqueles que operam as Instituições não autorizadas a exercer atividades típicas do Sistema Financeiro Nacional, razão pela qual é possível que eles sejam responsabilizados por ambas condutas típicas em concurso de crimes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI 7.492/86	19
1.1 O CONCEITO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEGUNDO A ORDEM JURÍDICA NACIONAL	35
2 OPERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA IRREGULAR: A PREVISÃO DO ARTIGO 16 DA LEI 7.492/86	55
2.1 CASOS PRÁTICOS E RECORRENTES DE OPERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA IRREGULAR	79
3 O DELITO DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (ART. 4º DA LEI 7.492/86	101
3.1 CASOS PRÁTICOS E EMBLEMÁTICOS QUE ENVOLVERAM CONDENAÇÕES PELO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA	137

4 A RESPONSABILIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS IRREGULARES PELO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA	157
4.1 JURISPRUDÊNCIA DESFAVORÁVEL À CONDENAÇÃO DE GESTORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA IRREGULAR PELA PRÁTICA DOS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 4º E 16 DA LEI 7.492/86 EM CONCURSO DE CRIMES	160
4.2 JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL À CONDENAÇÃO DE GESTORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA IRREGULAR PELA PRÁTICA DOS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 4º E 16 DA LEI 7.492/86 EM CONCURSO DE CRIMES.....	173
CONCLUSÃO	185
REFERÊNCIAS	189

INTRODUÇÃO

A interpretação teleológica de uma lei tem por finalidade buscar a sua razão de ser, o objetivo pela qual foi criada, bem como seu papel no ordenamento jurídico e na sociedade que se submete à ela.

Segundo VENOSA, este método hermenêutico de interpretação visa aplicar a lógica de que “se uma lei, por exemplo, foi editada para diminuir ou evitar a inflação monetária, para restringir o consumo, nesse sentido deve ser interpretada”¹.

Posto isto, ao se deparar com a “*Ratio Legis*” da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86), percebe-se que sua edição pelo legislador ordinário foi norteadada por um anseio social de repressão ao alto escalão da criminalidade econômica do final do século XX, o qual cotidianamente saía impune dos atos de gestão praticados no exercício de suas atividades, e que trazia prejuízos incalculáveis ao sistema de circulação de riquezas do país.

Assim, considerando que a exigência social se vincula a manutenção da segurança no tocante a alocação de recursos financeiros no tempo e no espaço, o legislador editou a sobredita norma para proteger

¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 177.

alguns bens jurídicos que sustentam a economia do país: a higidez e credibilidade do Sistema Financeiro Nacional bem como o patrimônio dos investidores e correntistas que utilizam deste sistema para movimentar/guardar suas riquezas.

Os alvos da sobredita legislação extravagante, conforme será exposto adiante, são os gestores de Instituições Financeiras, que a partir da publicação da Lei 7.492/86 puderam ser penalmente responsabilizados pelos atos de gerência executados no interior de seus estabelecimentos, e que não estivessem em consonância com a Ordem Jurídica.

Embora as atividades mais conhecidas por este ramo sejam aquelas exercidas pelos Bancos propriamente ditos (intermediação e captação de recursos monetários), percebe-se que ao longo do tempo o rol de atividades deste segmento expandiu significativamente, razão pela qual o legislador, pensando no dinamismo e na volatilidade inerente a este mercado, exigiu que aqueles que quisessem executar as atividades típicas destes estabelecimentos passassem pelo crivo dos Órgãos Regulatórios, em especial do Banco Central do Brasil – BACEN.

Além disso, para manter uma proteção eficaz sobre o Sistema Financeiro Nacional, bem como o controle do Estado sobre as atividades executadas por seu intermédio, aquele optou por bem imputar aos chamados operadores de Instituições Financeiras clandestinas ou irregulares (leia-se: aqueles que não se apresentaram perante o Banco Central para solicitar autorização para funcionar) o crime de “Operação de Instituição Financeira sem autorização do Banco Central

ou com autorização obtida mediante fraude” (artigo 16 da Lei 7.492/86), justamente para evitar que este segmento agisse à margem de sua fiscalização.

Contudo, mesmo com a ampla proteção trazida pelo legislador, as normas impositivas sobre a matéria, em especial aquela atinente ao licenciamento do Banco Central para executar atividade típica de Instituição Financeira, não foram suficientes para erradicar a atuação destes agentes no mercado paralelo.

Ao contrário, o que se vê atualmente na prática forense é que estes agentes criminosos preferem manter suas atividades altamente lucrativas à margem do que dispõe o Ordenamento Jurídico, e, para tanto, passaram a adotar métodos sofisticados de execução de operações típicas de Instituição Financeira, de modo a ludibriar todo o aparato integrante do Sistema Oficial.

Em outras palavras, a criminalidade econômica contemporânea vem dispondo de instrumentos cada vez mais fraudulentos, ardilosos e aptos a dissimular o exercício destas atividades, notoriamente para continuar operando no segmento a luz de rendimentos estratosféricos e sem as imposições dos Órgãos oficiais.

Uma das razões para a manutenção dessas atividades se deve ao fato de que a pena imputável para este crime é muito pequena em comparação ao lucro

que eles obtêm neste mercado paralelo (de 01 a 04 anos²).

Porém, verifica-se que a mesma lei que criminaliza as sobreditas atividades exercidas a margem do Sistema Financeiro Nacional também tipifica como delito a conduta de “gerir fraudulentamente instituição financeira” (artigo 4º da lei 7.492/86), cujo objetivo é verificar a lisura e a capacidade que as operações financeiras celebradas por uma Instituição têm de ludibriar terceiros quanto às reais condições em que foi executada.

No entanto, a comunidade jurídica tende a interpretar este último dispositivo legal como uma norma a ser aplicada somente aos administradores de Instituições Financeiras que atuam com autorização do Banco Central, pois, em tese, somente eles estariam sujeitos às regras impostas pelas autoridades do Sistema Financeiro Nacional.

Dessa maneira, surge o intrigante questionamento se os operadores de Instituições Financeiras clandestinas ou irregulares podem ser responsabilizados pela prática do crime de gestão fraudulenta, se, no caso concreto, restarem configuradas as suas elementares, bem como atenderem a finalidade legítima da Lei 7.492/86, ou seja, a proteção da

² BRASIL. **Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

credibilidade e higidez do Sistema Financeiro Nacional e do patrimônio de seus usuários.

Para solucionar a questão, é de suma importância compreender o que se entende por Sistema Financeiro Nacional, o contexto social para a edição da Lei 7.492/86, os bens jurídicos tutelados pela norma e quais atividades e circunstâncias devem estar presentes em um estabelecimento financeiro para que seja considerado Instituição Financeira para fins penais.

Demonstradas estas considerações, mister ser faz uma análise criteriosa sobre as elementares e características que norteiam os crimes tipificados nos artigos 4º e 16 da Lei 7.492/86, a forma como eles vêm sendo executados pelos agentes integrantes criminalidade econômica, e, por fim, qual o entendimento assentado pelos Tribunais Superiores sobre esta temática, em especial a que se refere a condenação destes operadores clandestinos pela prática do crime de gestão fraudulenta em concurso de crimes.

Tudo isto mediante a utilização do método teleológico interpretação jurídica, justamente para que se possa averiguar se a possibilidade desta imputação penal está em consonância com a finalidade querida pelo legislador quando da edição da Lei dos Crimes de Colarinho Branco.

Por fim, menciona-se que o presente estudo trará significativas contribuições para o meio acadêmico, para a prática forense e para a sociedade em geral, uma vez que exibirá instrumentos efetivos de argumentação jurídica para coibir a atuação de operadores financeiros

clandestinos, que não só ignoram os trâmites formais impostos pelos Órgãos de Fiscalização para o regular funcionamento do Sistema Financeiro, mas também dispõe de artifícios fraudulentos para executar suas atividades.

CAPÍTULO 1

O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI 7.492/86

A lei 7.492/86, promulgada em 11 de julho de 1986 e conhecida como a Lei dos Crimes de Colarinho Branco, ante a peculiar característica dos agentes que normalmente cometem os crimes ali previstos, foi editada com a finalidade de combater a criminalidade econômica que envolve as mais diversas instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional.

Este sistema vem regulado pela Carta Magna de 1988 no artigo 192, o qual, embora não esclareça seu conceito de forma objetiva, traz em seu teor parâmetros e princípios que devem regular suas atividades cotidianas, bem como atribui status constitucional a sua tutela jurídica:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do

capital estrangeiro nas instituições que o integram.³

Assim, é possível concluir que o Sistema Financeiro Nacional, ao gerenciar suas atividades típicas, deve sempre promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir os interesses da coletividade.

Contudo, para Leonardo Vizeu Figueiredo, os nortes de atuação das entidades que integram o Sistema Financeiro Nacional vão além daqueles dispostos no artigo 192 da CF/88, devendo elas se adequarem para concretizar também os demais objetivos da República Federativa do Brasil, tais como a redução das desigualdades sociais e regionais, a erradicação da pobreza e da marginalização e o bem estar de todos independente de sua raça, cor ou origem, assim como dispõe o artigo 3º da Carta Constitucional:

Em que pese não ser uma norma materialmente constitucional, o legislador constituinte positivou o sistema financeiro nacional na Carta Política de 1988 em caráter formalmente constitucional, estabelecendo objetivos a serem observados por todas as entidades que o integram, a saber, promoção do desenvolvimento equilibrado do País e

³ BRASIL. **Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.**

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

subserviência aos interesses da coletividade (art. 192). Observe-se que os objetivos fundamentais da República encontram-se positivados no art. 3º da CRFB, cujo texto engloba, em última análise, os objetivos delineados no art. 192.

Assim, uma exegese sistemática e extensiva do art. 3º combinado com o art. 192, nos remete que na consecução de suas atividades, toda a atuação de entidades financeiras e congêneres deverão atender a um plano maior de políticas públicas estabelecidas pelo legislador, seja constituinte, seja ordinário, conciliando-se a obtenção do lucro, fim maior e precípua de toda a atividade empresarial, com a persecução dos interesses da coletividade e o atingimento do desenvolvimento racional e sustentável da nação.

Nessa linha, podemos conceber que as políticas públicas voltadas para o sistema financeiro nacional devem traduzir, por meio de uma leitura sistêmica e extensiva do texto constitucional, a consecução dos próprios objetivos fundamentais da República, materializados nos incisos do art. 3º, devendo toda a atividade financeira exercida pelo particular ser orientada em um planejamento econômico voltado para: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das

desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos.⁴

Dessa maneira, considerando que a Lei Maior do Estado brasileiro disciplinou somente as bases de formação e atuação do Sistema Financeiro Nacional, e se omitiu na regulamentação de seu conceito, coube a doutrina, na sua inerente função de facilitar o entendimento das normas e trazer uma visão conglobada dos institutos regulados pelo Ordenamento Jurídico Pátrio, esclarecer a definição de Sistema Financeiro Nacional.

PAULSEN, ao citar Eduardo Fortuna e Marcelo Almeida Ruivo, define o Sistema Financeiro Nacional como:

Um conjunto de Instituições que se dedicam, de alguma forma, ao trabalho de propiciar condições satisfatórias para a manutenção de um fluxo de recursos entre poupadores e investidores. É um elemento dinâmico no processo de crescimento econômico, uma vez que permite a elevação das taxas de poupança e de investimento. O sistema financeiro intermedia e viabiliza grande parte das relações econômicas [...]⁵

⁴FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 274.

⁵PAULSEN, Leandro. **Crimes Federais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Sarava Jur, 2018. p. 294.

O Banco Central, um dos Órgãos máximos do referido Sistema, o define como “*um conjunto de entidades e instituições que promovem a intermediação financeira, isto é, o encontro entre credores e tomadores de recursos*”⁶, sendo ele também o responsável por permitir que pessoas físicas ou jurídicas promovam a circulação de ativos, o pagamento de dívidas e o investimento seu patrimônio monetário.

Posto isso, o Sistema Financeiro Nacional pode ser definido como um conglomerado de Instituições, normas e diretrizes juridicamente constituídas, que tem por objetivo viabilizar a circulação de recursos financeiros no País, mediante captação, alocação e mobilização destes no tempo e no espaço.⁷

Nesta senda, considerando que a Assembleia Constituinte de 1988 elencou na Carta Magna os parâmetros gerais de atuação do Sistema Financeiro Nacional e a doutrina o conceituou para fins didáticos, coube então ao legislador infraconstitucional, por meio de Lei complementar, a tarefa de editar as demais normas capazes de organizar e estruturar o sobredito sistema, assim como determinou também o artigo 192 da CF/88.

⁶BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sistema Financeiro Nacional.**

Disponível em:

<<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn>> Acesso em: 03 ago. 2019.

⁷BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Crimes Federais.** 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p.592.

Em que pese esta tarefa tenha sido atribuída a ele há mais de 30 anos, até os dias atuais ela não foi cumprida, de modo que quem supre o papel de norma regulamentadora do Sistema Financeiro Nacional é a Lei 4.595/64, a qual, além de ter sido editada logo quando o Estado Brasileiro começou a estruturar juridicamente o seu Sistema Financeiro, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com *status* de Lei Complementar.

Dessa forma, a primeira questão normatizada pela sobredita legislação foram os Órgãos oficiais que integram o Sistema Financeiro Nacional, os quais estão dispostos em seu artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º O sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído:

I - do Conselho Monetário Nacional;

II - do Banco Central do Brasil;

III - do Banco do Brasil S. A.;

IV - do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;

V - das demais instituições financeiras públicas e privadas.⁸

⁸BRASIL. **Lei n. 4.595 de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em:

No entanto, diante da rapidez com que as atividades que envolvem o Sistema Financeiro Nacional evoluem, o rol de instituições que o compõe ampliou significativamente desde a promulgação da lei em 1964, razão pela qual atualmente, para fins didáticos, antes de indicar quais são os integrantes do Sistema Financeiro Nacional, a doutrina costuma dividi-lo em três subsistemas específicos, organizados em razão das competências basilares exercidas pelos seus Órgãos.

São eles o sistema normativo, o sistema de supervisão e o sistema de operação.

O sistema normativo, como próprio nome sugere, é o responsável por “determinar regras gerais para o bom funcionamento do sistema”⁹, e é composto pelo Conselho Monetário Nacional, Conselho Nacional de Recursos Privados e pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

Já o sistema de supervisão é aquele que faz com que os “integrantes do sistema financeiro sigam as regras definidas pelos órgãos normativos”¹⁰, ou seja, ele

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 03 ago. 2019.

⁹BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sistema Financeiro Nacional.**

Disponível em:

<<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn>> Acesso em: 29 jul. 2019.

¹⁰BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sistema Financeiro Nacional.**

Disponível em:

<<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn>> Acesso em: 29 jul. 2019.

fiscaliza as operações realizadas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional e observa se as mesmas atenderam as normas impostas pelo sistema normativo. Atualmente ele é composto pelo Banco Central do Brasil (BACEN), pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC).

Por fim, último subsistema é o de operação, o qual exerce suas atividades no sentido de viabilizar a realização das operações financeiras que fomentam o Sistema Financeiro Nacional. Em outras palavras, os integrantes do sistema de operação são aqueles que “ofertam serviços financeiros, no papel de intermediários”¹¹, e promovem a circulação de riquezas no País.

Dentre os exemplos que integram este subsistema, destacam-se a bolsa de valores, as sociedades seguradoras, as sociedades de capitalização, as entidades abertas de previdência privada, os fundos de pensão, casas de câmbio, dentre outros.

Insta salientar que é neste último subsistema (o sistema de operação) que se encontram as grandes protagonistas a serem estudadas no presente trabalho,

¹¹BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sistema Financeiro Nacional.**

Disponível em:

<<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn>> Acesso em: 29 jul. 2019.

ou seja, as instituições financeiras, que, conforme será elucidado adiante, são as principais responsáveis por captar recursos financeiros, próprios ou de terceiros, e injetá-los na economia formal do País.

Diante destas considerações iniciais, observa-se que o principal Bem Jurídico tutelado pela Lei dos Crimes de Colarinho Branco é o próprio Sistema Financeiro Nacional, sua higidez, bom funcionamento e credibilidade das suas operações, as quais devem sempre primar pelos objetivos e nortes previstos na Constituição Federal.

José Paulo Baltazar Júnior, ao citar um julgado de ROSA, elucida em sua obra de maneira simplória como se opera a dinâmica do Sistema Financeiro Nacional bem como o momento em que há uma ruptura nos seus mecanismos de funcionamento, e que levam a necessidade do direito penal, por meio da Lei 7.492/86, dispor de seus instrumentos repressivos para restabelecer a ordem:

Enquanto de um lado está a abstenção de consumo, que gera poupança, do outro está a demanda por recursos financeiros para consumo dos mais variados bens. Tendo em vista a escassez de recursos financeiros dos setores que necessitam consumir, as instituições financeiras - que captam poupanças formadas pelos grupos que se abstiveram do consumo - repassam a outro segmento tais recursos mediante o pagamento de juros. E é justamente desta circulação de riquezas que decorre o desenvolvimento econômico. Proporcionalmente à velocidade desta movimentação financeira, surgiram os riscos de quebra desta cadeia

de trocas. Problema haverá quando a instituição financeira não conseguir mais assegurar ao poupador ou ao investidor o resgate imediato de seus recursos, transformando o dinheiro virtual em mero título a ser cobrado litigiosamente. Muitas vezes essas dificuldades de honrar compromissos decorrem de fatores aleatórios à vontade da instituição financeira, geralmente atrelada ao panorama político global, entretanto, em outras ocasiões esse pacto é rompido pela má gestão dessas instituições financeiras. Daí a necessidade de se construir um sistema com regras claramente definidas, solidificado num controle público transparente das movimentações realizadas pelas instituições que o compõe, a ponto de salvaguardar a confiança dos investidores nesse mercado financeiro. E é tal confiança que assegura os depósitos que viabilizam o já mencionado repasse de recursos aos segmentos sociais que necessitam consumir (...) Sem um sistema financeiro íntegro temos a diminuição da riqueza circulante ou o menor acesso ao crédito, impedindo-se o desenvolvimento do país. A objetividade jurídica, portanto, nos crimes contra o sistema financeiro é a higidez do meio circulante garantindo-se a integridade da riqueza no país, sua boa circulação e o acesso igualitário ao crédito o que importa fator de progresso econômico (...)¹²

¹²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação

Por outro lado, a comunidade jurídica costuma elencar ainda o patrimônio dos investidores que confiam seus recursos à guarda de Instituições que trabalham sob a égide (ou não) do Sistema Financeiro como bens jurídicos tutelados pela Lei 7.492/86.

Contudo, é praticamente unânime naquela o entendimento de que a proteção deste bem jurídico é subsidiária, uma vez que o objetivo central da referida norma é manter a higidez do sistema como um todo, mediante a previsão de condutas típicas que podem colocar em cheque a credibilidade deste segmento perante a própria população do País, e até mesmo o mercado internacional.

Nas palavras de STOCCO:

Nos crimes contra o sistema financeiro o objeto material, ou bem jurídico tutelado (tipo objetivo ou “objetividade jurídica”), não é apenas o patrimônio ou a riqueza do investidor, mas a ordem jurídica no plano financeiro; a segurança econômica e jurídica dos aportes colocados à guarda das instituições financeiras. É, portanto, a proteção da correta e adequada captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, bem como a correção na atividade de distribuição, negociação, intermediação e

Criminal nº 20017107001562-1. Desembargador Relator Fabio Bitencourt Rosa. Porto Alegre, RS. 10 de dezembro de 2002 *apud* BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Crimes Federais**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p.590.

administração de valores mobiliários
[...].¹³

Na mesma linha argumenta TASSE:

Destarte, quando são analisados os crimes contra o sistema financeiro nacional, embora exista um bem jurídico particular que pode ser afetado, não é o ataque a este que produz a tipicidade penal, ante sua característica supra-individual, mas a lesão ao bem jurídico coletivo. A questão central é a da confusão, comumente ocorrida, em imaginar-se a tutela necessária à caracterização dos crimes contra o sistema financeiro nacional sobre o patrimônio de instituições financeiras ou de investidores, quando, em verdade, o atingimento a estes bens é secundário, em face do valor efetivamente tutelado, para que se tenha a incidência dos tipos da Lei nº 7492/86. Com o objetivo de tornar clara a questão, vale refletir que o bem jurídico, patrimônio da instituição ou de investidores, por si só não pode servir para o enquadramento de determinada conduta na tipificação específica da Lei nº 7492/86, pois, ter-se-ia mero confronto com os crimes contra o patrimônio. O bem jurídico que dá margem a que se fale em tipificação, na forma da Lei nº 7492/86, é o sistema financeiro nacional e não o

¹³STOCCO, Rui. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. 1. ed. em *ebook*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

patrimônio da instituição e de investidores que, é bem verdade, podem estes ser reflexamente atingidos, sem que, com isso, fale-se em delito contra o sistema financeiro nacional, pois só o ataque ao bem jurídico efetivo de tutela é que preenche as exigências tipológicas.¹⁴

Assim, considerando que a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional tipifica condutas que agridem diretamente as instituições e operações que viabilizam a circulação de riquezas no país, e que sua atuação sempre é voltada para o bem estar da coletividade, de maneira predominantemente impessoal, pode-se afirmar que os bens jurídicos tutelados por ela são de natureza supraindividual.

Segundo COIMBRA:

São crimes do Direito Penal Econômico, conhecidos por 'crimes de colarinho branco'. São crimes supraindividuais, visto que os eventuais danos, prejuízos ou ameaça atingirão pessoas indeterminadas, ou seja, a coletividade. Sob o ponto de vista da criminologia, o Direito Penal Econômico visa à proteção da confiança que a sociedade deposita nas relações econômicas, agregando-se a lesão ou a

¹⁴TASSE, Adel El. **O Bem Jurídico nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-bem-juridico-nos-crimes-contra-o-sistema-financeiro-nacional/2372>> Acesso em: 21 jul. 2019.

ameaça de lesão a bens juridicamente tutelados. O Direito Penal Econômico é o conjunto de normas jurídicas que tem por objetivo sancionar condutas que lesionem ou ameacem de lesão bens juridicamente tutelados no âmbito das relações econômicas”¹⁵

Diante deste cenário, percebe-se que a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional foi promulgada para atender os anseios da sociedade que ao final do século XX exigia a edição de um diploma legal voltado para a repressão dos abusos cometidos pelos grandes administradores de instituições financeiras, os quais enriqueciam ilícitamente às suas custas, e não eram adequadamente punidos pelo Estado.

Porém, em que pese a boa intenção do legislador ao compor o texto normativo solicitado pela nação, Roberto Podval em sua obra formaliza uma grande crítica à Lei 7.492/86, uma vez que na sua concepção e na de muitos juristas da época ela estava eivada de tipos penais abertos que davam margem a aplicação do direito penal injusto e potencialmente violador de direitos e garantias fundamentais:

¹⁵COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional. Lei nº 7.492/96.** Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj037654.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2019.

É bem verdade que defendemos a descriminalização de condutas de pouca importância social, defendemos assim, o que se conhece por direito penal mínimo. Da mesma forma, é certo que entendemos ser correta a criminalização dos chamados delitos econômicos que produzem, com uma intensidade muito maior, lesão a toda sociedade. Porém, o grande problema é a forma encontrada por nossos legisladores para punir tais delitos. Vejamos.

O uso de tipos penais abertos, os utilizadíssimos crimes de perigo abstrato, bem como o retorno da responsabilidade objetiva, se, por uma, possibilitam a punição dos autores dos chamados crimes de colarinho branco, por outra, criam um estado de insegurança social, ferindo flagrantemente o princípio da legalidade. [...] ¹⁶

Portanto, uma vez esclarecidos o conceito de Sistema Financeiro Nacional, suas atividades e consequentemente o bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/86, mister se faz a análise das grandes protagonistas deste sistema, e que formalizam a maior

¹⁶ FRANCO, Alberto Silva. NINNO, Jefferson. SILVA, José Júnior. BETANHO, Luis Carlos. MORAES, Maurício Zanoaide. PODVAL, Roberto. STOCO, Rui. FELTRIN, Sebastião Oscar, NINNO, Wilson. **Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7 ed. rev. ampl. atual. Vol 01. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p.820.

parte das operações que o sustentam: as Instituições Financeiras.

Afinal, são os seus administradores que compõem o público alvo das condutas tipificadas nos artigos 4 e 16 da Lei 7.492/86, e que são o objeto central de discussão do presente trabalho acadêmico.

1.2 O CONCEITO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEGUNDO A ORDEM JURÍDICA NACIONAL.

A grande importância dada ao tema que envolve o Sistema Financeiro Nacional e os seus participantes fez com que o próprio legislador definisse o que vem a ser uma Instituição Financeira, quais são as suas atividades elementares bem como o que elas necessitam para que possam atuar no mercado de forma regular.

Assim, para a Lei 4.595/64 (Art. 17), a qual, conforme exposto anteriormente, é uma das principais fontes reguladoras do Sistema Financeiro Nacional, Instituição Financeira é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que exerce a atividade de coleta, intermediação e aplicação de **recursos próprios ou de terceiros**, bem como a custódia do valor de propriedade de terceiros, seja em caráter permanente ou habitual:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação

em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.¹⁷

Além disso, o §1º do Artigo 18 da sobredita legislação prevê ainda formas equiparadas de Instituição Financeira, as quais também se submetem as regras gerais previstas na Lei que regulamenta o Sistema Financeiro Nacional como um todo, tais como as bolsas de valores, as companhias de seguro e de capitalização, as sociedades distribuidoras de prêmios, dentre outras.

Nesse sentido:

Art. 18. [...]

¹⁷BRASIL. **Lei n. 4.595 de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.¹⁸

Nas palavras de FIGUEIREDO:

Por instituições (ou entidades) financeiras pode-se entender toda pessoa jurídica, seja pública, seja privada, constituída em torno da persecução do seguinte objeto social:

¹⁸BRASIL. **Lei n. 4.595 de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

coleta de recursos financeiros, próprios ou de terceiros investidores ou poupadores, efetuando sua respectiva intermediação ou aplicação, em moeda corrente ou estrangeira, bem como a custódia de valores de terceiros proprietários. [...] Em que pese a Constituição da República Federativa do Brasil não fazer menção expressa, no *caput* do art. 192, às entidades que compõe e fazem parte do sistema financeiro nacional, são consideradas entidades congêneres às instituições financeiras, uma vez que igualmente são subordinadas as normas princípios e regras do sistema financeiro nacional: as bolsas de valores, as empresas de seguro, de previdência e de capitalização; as cooperativas de crédito (estas com menção expressa no art. 192 da CRFB); as sociedades distribuidoras de prêmios, sejam em espécie, móveis ou imóveis; bem como as entidades físicas ou jurídicas que objetivam a compra e venda de ações e títulos mobiliários.¹⁹

No entanto, mesmo que o legislador tenha imposto um conceito formal de Instituição Financeira no Ordenamento Jurídico Pátrio, os Órgãos Governamentais e Judiciais tiveram grandes dificuldades em averiguar no caso concreto a efetiva operação de uma instituição financeira no mercado.

¹⁹FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 277.

Por esta razão, Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira, Procurador da área administrativa e criminal do Banco Central, entendeu por bem analisar e registrar em seu trabalho, de maneira crítica, o que a maioria dos Órgãos Administrativos de Controle averiguam no caso concreto para checar a existência e a operação de uma Instituição Financeira.

Para ele, Instituições Financeiras restam devidamente caracterizadas aos olhos do Estado quando i) exercem a atividade de coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros; ii) possuem finalidade lucrativa; iii) executam suas atividades com habitualidade mínima e iii) ofertam recursos em caráter público.

Nesse sentido:

O que se tem atualmente, no âmbito dos órgãos governamentais que deliberam sobre o sistema financeiro nacional, é a orientação que não define, mas apenas conceitua Instituição Financeira e atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira, fazendo-o de uma maneira que nos parece, data vênia, muito casuística e que consiste na aferição da presença concomitante dos seguintes requisitos, que devem informar se a atividade investigada imprescindia ou não da prévia autorização governamental: **coleta, intermediação e aplicação de recursos, fim lucrativo, habitualidade mínima e caráter público da oferta de recursos**. Significa que, a princípio, somente em se podendo comprovar a

presença de todos os pressupostos supracitados, poder-se-ia instaurar procedimento administrativo e processo criminal contra o agente financeiro desautorizado.²⁰

Posto isso, as atividades de “coleta” e intermediação” se referem ao manuseio de recursos de terceiros que confiam a guarda de seu patrimônio monetário a uma instituição financeira integrante (ou não) do Sistema Financeiro Nacional. Já a de “aplicação” se refere tanto o uso de recursos próprios como de terceiros, e consiste em simplesmente destina-los a uma finalidade específica.

A finalidade lucrativa não necessita de maiores comentários, haja vista que é inerente a toda atividade comercial, seja bancária ou não. Afinal, nenhuma empresa é constituída para prestar serviços sem objetivar uma determinada remuneração por eles. No caso das instituições financeiras, esta remuneração é realizada por meio da cobrança de taxas e juros, as quais incidem sobre todas as operações que a instituição executa em seu favor.

A habitualidade mínima, segundo MORAIS, é um pressuposto que gera muita polêmica no meio

²⁰OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. **As instituições Financeiras no Direito Pátrio: definição e caracterização de atividade própria ou exclusiva.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/477/r14209.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 31 de jul. 2019. (grifo nosso)

jurídico e empresarial, haja vista que até o momento não há um critério objetivo sobre o que se entende por habitualidade ou quantas operações são necessárias para configurar o pressuposto em comento, fato que dá margem a inúmeras interpretações subjetivas, que podem trazer insegurança jurídica no campo prático.

Nas palavras de MORAIS:

“Habitualidade” é um vocábulo deveras subjetivo. O que seria habitual em matéria de concessão de financiamentos? Uma vez por mês, uma vez por semana? A Lei nº 8.906/94, por exemplo, considera atividade advocatícia habitual, para fins de inscrição suplementar na OAB, o manejo de cinco causas por ano. 78 Revista de Informação Legislativa Enfim, cada administrador, cada advogado, cada membro do Parquet, cada magistrado pode ter uma idéia própria de habitualidade, o que dificulta a essencial transparência e coordenação dos atos estatais e redundam em instabilidade na aplicação de sanções.²¹

²¹OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. **As instituições Financeiras no Direito Pátrio: definição e caracterização de atividade própria ou exclusiva.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/477/r14209.PDF?sequence=4>> Acesso em: 31 de jul. 2019.

Por fim, o caráter público da oferta de recursos sugere que a Instituição que atua como Financeira deve expor suas atividades à um número razoável de pessoas, e não ofertá-las tão somente a um grupo seletivo. Todavia, o sobredito jurista acredita que este pressuposto também se revela frágil, uma vez que o que verdadeiramente importa para a caracterização de uma Instituição Financeira é a atividade que ela exerce, e não a sua publicidade.

Inclusive, este fato se mostra cada vez mais congruente no quesito prático, ao analisar como são executadas as atividades de uma Instituição Financeira clandestina ou irregular, as quais, conforme o próprio nome já diz, muitas vezes não ofertam os serviços típicos de Instituição Financeira ao mercado nacional, e nem por isso elas deixam de ser consideradas como tal.

Ora, aqui novamente se estaria atribuindo a uma circunstância menor o valor de requisito intrínseco. Efetivamente, não é necessário que a oferta de recursos financeiros tenha caráter público, cediço ainda que o simples fato de publicizar a notícia da prática ilegal de atividades de financiamento não é, só por si, criminosa ou administrativamente reprovável. O que importa, repita-se, é a atividade em si.²²

²²OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. **As instituições Financeiras no Direito Pátrio: definição e caracterização de atividade própria ou exclusiva.** Disponível em:

Diante deste cenário, em que pese a Lei 4.595/64 traga um amplo conceito de Instituição Financeira, que engloba inúmeras atividades que regem o mercado e a economia nacional, este não foi integralmente adotado pelo legislador quando editou a Lei dos Crimes de Colarinho Branco, o qual optou por dar uma definição sutilmente distinta para a temática, no intuito de se adequar ao objetivo maior da legislação de cunho penal: proteger o Sistema Financeiro Nacional como um todo.

Dessa forma, de acordo artigo 1^a da Lei nº 7.492/86, Instituição Financeira é a pessoa jurídica de direito público ou privado cuja atividade envolva a captação, intermediação ou aplicação de **recursos financeiros de terceiros**, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação e administração de valores mobiliários.

Além disso, assim como a Lei 4.595/64, o mesmo dispositivo legal prevê formas equiparadas de Instituições Financeiras, quais sejam as pessoas jurídicas que capturem ou administrem seguros, câmbios, consórcios, capitalizações ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros, bem como a pessoa física que exerce uma das atividades elencadas no dispositivo legal, seja de forma habitual ou eventual.

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/477/r14209.PDF?sequence=4>> Acesso em: 31 de jul. 2019.

Nesse sentido:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, **a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros**, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.²³

Diante deste cenário, ao verificar os dois conceitos positivados no Ordenamento Jurídico, é possível concluir que tanto a definição trazida pela Lei 4.595/64 como aquela da Lei 7.492/86 consideram as mesmas atividades como típicas de Instituição

²³ BRASIL. **Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>. Acesso em: 03 ago. 2019. (grifo nosso)

Financeira, com exceção de uma elementar, que faz toda a diferença no momento de imputar crimes aos agentes que atentam contra o Sistema Financeiro Nacional.

Enquanto a Lei 4.595/64 entende que a coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios configura atividade típica de Instituição Financeira, a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro exclui esta possibilidade das suas disposições.

Em outras palavras, para aplicação do direito penal e dos crimes elencados na Lei 7.492/86, a Instituição Financeira investigada não pode dispor de recursos próprios para executar suas atividades, devendo apenas utilizar recursos de terceiros para que seus administradores sejam objeto de Tutela Penal.

Sobre o tema, dispõe Sebastião de Oliveira Lima e Carlos Augusto Tosta de Lima:

De um modo geral, os conceitos são muito semelhantes, uma vez que ambas as leis, em sua quase totalidade, apenas utilizam de palavras sinônimas. Assinalem-se alguns exemplos. A Lei nº 4.595/64 fala em coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros, enquanto a Lei 7.492/86 refere-se a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros. Ora, coleta e captação de recursos financeiros significam a mesma coisa. Da mesma forma, o primeiro dos aludidos diplomas legais fala em companhias de seguros e de capitalização, enquanto que o

segundo menciona a pessoa jurídica que capte ou administra seguros ou capitalização, conceitos esses que se equivalem. Outros exemplos poderiam aqui ser mencionados. A grande diferença existente entre ambas é que a Lei nº 4.595/64 inclui, no conceito de Instituição Financeira, a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, enquanto que a Lei nº 7.492/86 limita, para efeitos penais, a prática daqueles atos apenas no que diz respeito aos recursos de terceiros [...].²⁴

José Paulo Baltazar Júnior também assevera:

Da leitura do art. 17 da Lei 4.595/64 e do art. 1º da LCSFN, ressaí que o conceito de instituição financeira em sentido penal é, ao menos neste aspecto, mais restrito que a Lei disciplinadora do mercado financeiro, uma vez que naquela somente será assim considerada a instituição que operar com recursos de terceiros (...), enquanto nesta a circunstância de utilizar recursos próprios não afastará a qualidade de instituição financeira [...].²⁵

²⁴ LIMA, Sebastião de Oliveira. LIMA, Carlos Augusto Tosta. **Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 11.

²⁵ BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Editora Sarava Jur, 2017. p. 595.

Insta salientar que a redação original do respectivo artigo previa a inclusão das pessoas físicas ou jurídicas que utilizavam de recursos próprios para executar atividades típicas do Sistema Financeiro Nacional como sujeitos passíveis de responsabilização pelos crimes descritos na Lei 7.492/86.

Contudo, tal trecho do dispositivo legal foi vetado pelo Presidente da República que sancionou a Lei dos Crimes de Colarinho Branco, José Sarney, sob o argumento de que as pessoas que utilizam de recursos próprios para praticar crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de certa forma, não trazem prejuízos para a coletividade ou para o próprio sistema.

Segundo a respectiva autoridade do Poder Executivo, caso a lei mantivesse a redação original do dispositivo legal, provavelmente atingiria os pequenos investidores individuais, os quais notoriamente não eram o público alvo da sobredita legislação.

Nesse sentido:

No art. 1º, a expressão "próprios ou", porque é demasiado abrangente, atingindo o mero investidor individual, o que obviamente não é o propósito do legislador. Na aplicação de recursos próprios, se prejuízo houver, não será para

a coletividade, nem para o sistema financeiro[...].²⁶

Em que pese a restrição do campo de atuação da norma trazida pelo veto presidencial, em contrapartida este posicionamento reforça a natureza supraindividual e difusa do bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/86, o qual, conforme elucidado anteriormente, objetiva resguardar primordialmente o sistema financeiro em si e a coletividade que dispõe deste para circular seus recursos financeiros.

Por outro lado, o conceito de Instituição Financeira disposto na Lei 7.492/86 foi demasiadamente criticado pela comunidade jurídica, tendo em vista que sua regulamentação resultou em um texto muito amplo, especialmente no que diz respeito ao inciso II, parágrafo único do artigo 1º da referida legislação, o qual colocou a pessoa física que exerce atividade típica de instituição financeira, ainda que eventualmente, como equiparada à entidade ora estudada para fins penais.

Segundo César Roberto Bitencourt e Juliano Breda, a expressão “ainda que de forma eventual” expande excessivamente o campo de atuação da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, fato que pode dar ensejo a injustiças no campo prático com

²⁶BRASIL. **Mensagem de Veto nº 252 de 16 de junho de 1986.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7492-16-junho-1986-367988-veto-28247-pl.html>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

relação a pessoas físicas que exercem as atividades dispostas no artigo 1º da Lei 7.492/86, sem, contudo, ofender diretamente o bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, o sistema financeiro como um todo.

Aliás, BITENCOURT e BRENDA vão além, dizendo que esta previsão, a depender do caso concreto, pode gerar certa contrariedade com as disposições do artigo 16 da Lei 7.482/96, o qual prevê o crime de Operação de Instituição Financeira Irregular.

Todavia, o mesmo doutrinador entende que, para esta disposição fazer sentido no plano jurídico, é fundamental que o operador do direito analise se as condutas da pessoa que pratica a atividade de instituição financeira de forma eventual de fato se enquadram nas disposições do artigo 1º da Lei 7.492/86 e se ofendeu interesses tutelados pela Lei dos crimes de Colarinho Branco.

Nesse sentido:

A grande discussão gira em torno da expressão 'ainda que de forma eventual' mencionada no inciso II, isso porque acaba estendendo de maneira extrema a incidência penal da Lei 7.492/86 [...] Obviamente, não é razoável tratar o particular que pratica uma operação de captação e intermediação de recursos de terceiros como se constituísse uma instituição financeira. Se assim fosse possível, bastava que um indivíduo captasse recursos de dois ou três amigos, com a promessa de aplica-los

no sistema financeiro, para que a lei o considerasse para fins penais equiparado ao presidente de um banco múltiplo. De outro lado, parece contraditória a previsão do art. 2º, em face do crime descrito no art. 16 da Lei 7.492/86 [...]. Ora, qual o sentido da equiparação se a atividade clandestina destinada a prática das operações privativas das instituições financeiras já é punida de modo específico? Na realidade, a previsão só ganhará significado na medida em que a pessoa natural exerça as atividades referidas no artigo 1º, ainda que de forma eventual, atingindo de modo inequívoco os interesses tutelados pela lei.²⁷

Independente das inúmeras críticas feitas pela comunidade jurídica ao conceito de Instituição Financeira na Lei nº 7.492/86, o fato é que este deve ser adotado pelos Tribunais quando se depararem com a ocorrência de algum dos crimes previstos na norma, sobretudo porque ele é o que está em consonância com os interesses tutelados pela Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

De todo modo, é possível concluir que o conceito inculcado na legislação em comento foi editado para coibir tão somente a conduta daqueles que exercem atividades típicas de Instituição Financeira, sem a

²⁷BITENCOURT, César Roberto. BRENDA, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Contra o Mercado de Capitais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 11.

observância dos ideais previstos na Constituição Federal, não se preocupando com os investidores individuais que dispõem do mercado para guardar seu patrimônio, fomentar sua qualidade de vida e até mesmo fazer com que ele gere bons rendimentos para seu sustento.

Dessa maneira, uma das formas encontradas pelo legislador para exercer controle sobre essas atividades foi determinar, de forma prévia e legalmente positivada, que as Instituições Financeiras obtivessem uma autorização legítima do Banco Central ou do Poder Executivo para operarem no mercado oficial, assim como dispõe o *caput* do artigo 18 da Lei 4.595/64 bem como o artigo 10, inciso X da mesma Lei:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

[...]

X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

- a) funcionar no País;
- b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;
- c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;
- d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;

e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;

f) alterar seus estatutos.

g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário

[...]

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.²⁸

BALTAZAR defende em sua obra a importância deste procedimento de autorização formalizado pelo Banco Central, sob o argumento de que o meio que envolve as atividades ora em comento é extremamente propício para a prática de condutas atentatórias a ordem jurídica.

Na sua visão, a exigência de um processo de autorização para fazer operar instituição financeira é uma solução eficaz e segura para que Órgãos de Controle averiguem no caso concreto a credibilidade e idoneidade dos administradores que desejam lucrar no mercado financeiro.

²⁸BRASIL. **Lei n. 4.595 de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

Nesse sentido:

A exploração de atividades no sistema financeiro é livre à iniciativa privada, mas depende de autorização governamental, tendo em vista que o setor financeiro é sensível, podendo ser utilizado como meio para o cometimento de outros crimes daí a importância do procedimento administrativo de autorização (CC, arts. 45 e 51) no qual são verificadas as idoneidades técnica, moral e econômica dos interessados em atuar em tal mercado, o que é da tradição não somente no Brasil, mas também em Portugal (Veiga: 583) e na maioria dos demais países (Turczyn: 342). A medida é recomendada, a propósito, nos itens 14 e 27 das 40 Recomendações do GAFI [...] ²⁹

Portanto, caso uma pessoa física ou jurídica exerça atividades típicas de Instituição Financeira, mediante disposição de recursos de terceiros, sem o cumprimento deste pressuposto essencial e atentando contra o bem jurídico tutelado pela Lei dos Crimes de Colarinho Branco incorrerá na prática do crime previsto no artigo 16 da Lei 7.492/86, cujas normas e regulações serão melhor esclarecidas no seguinte capítulo.

²⁹BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Editora Sarava Jur, 2017. p. 669.

CAPÍTULO 2

OPERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA IRREGULAR: A PREVISÃO DO ARTIGO 16 DA LEI 7.492/86.

Conforme exposto anteriormente, as pessoas físicas ou jurídicas que decidam atuar no mercado financeiro de forma legal, ofertando e exercendo alguma das atividades elencadas no art. 1º da Lei 7.492/86, deverão ingressar com um procedimento de autorização perante o Banco Central.

Todavia, caso ela execute atividade típica de Instituição Financeira (ou atue como Instituição Financeira de Fato), mediante captação e intermediação de recursos de terceiros, ou exercício de atividades de seguro, consórcio, câmbio ou poupança, sem a devida autorização dos Órgãos regulatórios, incorrerá na prática do crime de tipificado no artigo 16 da sobredita Legislação extravagante:

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.³⁰

Este dispositivo penal tem por objetivo proteger a higidez do Sistema Financeiro Nacional oficial, cujas instituições devem operar com extrema lisura para atingir os fins previstos na Constituição Federal, bem como os investidores/usuários de boa-fé, que aportam seus recursos neste mercado paralelo na ilusória crença de que receberão um retorno financeiro adequado, ou de que seu patrimônio monetário estará protegido.

Nas palavras de BITENCOURT:

O bem jurídico tutelado, novamente, é a inviolabilidade e credibilidade do sistema financeiro, zelando pela regularidade e a correção do bom funcionamento e da operacionalização das instituições financeiras. Para o bom e regular funcionamento do sistema financeiro, é indispensável que se assegure a correção e a regularidade de todas as instituições financeiras. Tutela-se, igualmente, o patrimônio e os interesses econômico-financeiros dos investidores e das próprias instituições

³⁰ BRASIL. **Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>. Acesso em: 16 ago. 2019.

financeiras, bem como dos acionistas das referidas instituições.³¹

Dessa maneira, o legislador, ao prever esta conduta típica no ordenamento jurídico brasileiro, entendeu por bem repreender aqueles que executam atividades típicas de instituição financeira de forma clandestina ou sem a observância das licenças impostas pelos Órgãos Superiores do Sistema Financeiro Nacional.

Para PAULSEN, a previsão desta conduta criminosa na Lei 7.492/86 se mostra imprescindível, tendo em vista a necessidade de uma repressão eficaz a esses agentes que fazem operar Instituições Financeiras a margem do Sistema Financeiro oficial, colocando em risco a higidez e o bom funcionamento das instituições que atuam no meio de forma legal:

A importância dessa tutela está na rígida regulamentação que envolve o setor e na necessidade de fiscalização por parte das autoridades, de modo que se assegure que as operações financeiras, das mais variadas naturezas, estejam sendo realizadas em

³¹BITENCOURT, César Roberto. BREDÁ, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 176.

conformidade com as normas e por instituições habilitadas para tanto.³²

Assim, considerando que o número de operadores clandestinos e irregulares que atuam no mercado sem qualquer tipo de supervisão estatal vem crescendo paulatinamente ao longo dos anos, é perspicaz a postura do legislador em trazer esta conduta reprovável para a seara do Direito Penal.

No entanto, a previsão deste fato típico na Lei 7.492/86 não foi novidade no momento de sua publicação, uma vez que a Lei 4.595/64 já responsabilizava penalmente aqueles que exerciam atividade típica de Instituição Financeira sem a autorização do Banco Central em seu artigo 44, § 7º.

Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente.

§ 7º Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 a 2 anos, ficando a está sujeitos,

³²PAULSEN, Leandro. **Crimes Federais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Sarava Jur, 2018. p. 305.

quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores.³³

Segundo a melhor doutrina, esta disposição penal foi revogada pela Lei específica dos crimes contra o sistema financeiro nacional, em razão da previsão contida no artigo 2º, §1º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), cujo teor determina a revogação de normas legais anteriores que fossem inteiramente regulamentadas por nova lei:

Nesse sentido:

Este delito já vinha previsto pela Lei 4.595, de 31-12-2964, artigo 44, § 7º que penalizava com detenção de um a dois anos e multa. Editada a Lei nº 7.492, de 16-6-1986, ora em exame, ficou aquela disposição legal implicitamente revogada por força do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil e segundo o qual o dispositivo legal, que for totalmente

³³BRASIL. **Lei n. 4.595 de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

cuidado por lei posterior, fica revogado.
É o que acontece aqui.³⁴

Embora a conduta típica já fosse prevista no Ordenamento Jurídico como crime, PRADO assevera que a nova redação da Lei 7.492/86 foi extremamente benéfica para a proteção do Sistema Financeiro Nacional, uma vez que agravou a pena aplicável aos gestores que incorrem na prática do crime em comento (de detenção de 01 a 02 anos para reclusão de 01 a 04 anos), bem como ampliou a incidência da norma no caso concreto.

Isso ocorre pois o delito em comento passou a ser imputável não só as pessoas que fazem operar Instituição Financeira sem autorização do Banco Central, mas também àquelas que a colocam em funcionamento mediante apresentação de declarações falsas perante os Órgãos de controle.

Em outras palavras, atualmente o tipo abarca tanto as instituições financeiras que atuam na clandestinidade como aquelas que atuam com autorização viciada, na qual se obteve a concordância do Órgão de Controle, mas mediante a utilização de algum tipo de fraude ou ardil.

³⁴LIMA, Sebastião de Oliveira. LIMA, Carlos Augusto Tosta. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2003. p. 83.

Nesse sentido:

O delito consoante no artigo 16 da Lei 7.492/89 fora previsto anteriormente na Lei 4.595/1964, em seu art. 44, §7º, com a seguinte redação: “Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste art. e detenção de 01 (um) a 2 (dois) anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores. Entretanto, além das sanções penais serem diversas, não se previa expressamente o emprego do *falsum* para a obtenção fraudulenta de licença para fazer operar instituição financeira. Ademais, o uso do adverbio *devidamente* antes da expressão autorizadas, consoante prescreve antigo dispositivo da Lei 4.595/1964, demonstra que qualquer autorização obtida irregularmente equivaleria à própria ausência de autorização [...]”³⁵

Colocadas estas considerações iniciais, o núcleo do tipo penal em questão consiste em “Fazer Operar Instituição Financeira”, que significa colocar em funcionamento um estabelecimento que execute

³⁵PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 239.

alguma das atividades elencadas no artigo 1º da Lei 7.492/86. Além disso, conforme esclarecido anteriormente, exige-se que este estabelecimento comece a operar sem autorização do Banco Central, ou com autorização obtida mediante vícios.

Inclusive, é importante mencionar que a expressão “devida autorização” presente no texto legal do crime em comento engloba ainda as entidades que tenham autorização para operar e oferecer determinados serviços típicos de Instituição de Financeira, mas acabam por exceder os limites de sua autorização, assim como registra Leandro Paulsen em sua obra:

Veja-se que o tipo penal penaliza tanto quem opera instituição financeira sem a devida autorização, como quem opera instituição financeira ostensiva, aparentemente regular, mas cuja autorização tenha sido obtida mediante declaração falsa. A referência à autorização “devida” explica-se pelo fato de que pode, a instituição, estar autorizada a operar, mas não determinadas carteiras ou não em alguns lugares, de modo que a situação formal da empresa pode não corresponder à sua atuação real. Nessas hipóteses, haverá uma autorização, mas não com a dimensão da atividade realizada pela instituição financeira. Assim, estará operando “sem a devida autorização”, de modo que restará caracterizado o crime. Envolve, desse modo, não apenas fazer operar instituição clandestina, mas fazer operar instituição financeira ostensiva, com

extrapolação da autorização que possui.
36

Outrossim, diferente da maioria dos crimes previstos na Lei 7.492/86, o delito de fazer operar instituição financeira irregular ou clandestina possui natureza comum, e pode ser praticado por qualquer pessoa que exerça uma das atividades típicas de instituição financeira, sem estar devidamente autorizada para tanto.

Posto isso, uma das grandes controvérsias acerca deste crime diz respeito ao fator habitualidade no exercício das atividades elencadas no artigo 1º da Lei 7.492/86. Tal fato se justifica, pois parte da doutrina entende que para a consumação deste crime é imprescindível que haja reiteração de condutas típicas de instituição financeira, enquanto outros acreditam que basta uma única operação para configurar o delito em comento.

BREDA e BITENCOURT, são adeptos da primeira corrente, pois em sua visão o núcleo do tipo “Fazer operar” pressupõe a repetição de atos exclusivos de instituição financeira que se protraiam no tempo, de modo que o crime em questão teria natureza não só habitual, mas também permanente:

³⁶PAULSEN, Leandro. **Crimes Federais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2018. p. 305.

“Fazer operar instituição financeira” não se confunde com “realizar operação financeira como se instituição financeira fosse”, ao contrário do que vem sendo interpretado no cotidiano forense, quer pelas infundadas denúncias oferecidas pelo *Parquet*, que pelas equivocadas sentenças que as recepcionam, como se referissem à infração penal descrita no art. 16 *sub examen*. [...] Fazer operar exige a reiteração, a repetição, ou seja, a prática insistentemente repetida de atos privativos de instituição financeira. Revela-se consequentemente atípica a prática de uma ou outra conduta ainda que genuinamente privativa de instituição financeira tais como uma ou outra operação de câmbio ou eventual captação de recurso de terceiro. Na verdade, este tipo penal representa uma simbiose de crime habitual e crime permanente. Com efeito, *fazer operar instituição financeira* é, ao mesmo tempo, crime habitual e permanente na medida em quem sua execução se alonga protraindo-se no tempo, supondo a reiteração com habitualidade dessa modalidade de conduta proibida.³⁷

BALTAZAR também é simpático a este posicionamento: “Para a (...) corrente que considero acertada, uma vez que a própria redação assim o

³⁷BITENCOURT, César Roberto. BRENDA, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 177.

indica, é exigida a habitualidade para a configuração do delito”.³⁸

Por outro lado, Luiz Régis Prado, Rogério Sanches Cunha e Fábio Roque Araújo asseveram que a habitualidade criminosa é dispensada para a configuração do referido delito, haja vista que o artigo 1º, inciso II da Lei 7.492/86 equipara a instituição financeira as pessoas que exerçam suas atividades típicas ainda que de forma eventual:

A consumação se dá com a efetiva operação de instituição financeira, não se exigindo a produção de resultado consistente no efetivo proveito do autor ou em prejuízo de investidores. Ademais, não se trata de crime habitual, razão pela qual não se exige a constância da conduta. [...] ³⁹

Verifica-se a consumação com a efetiva operação da instituição financeira, sendo necessário comprovar se o agente obteve vantagem ou não. É dispensável o requisito da habitualidade, sendo suficiente a prática de um único ato para configurar-se o delito. [...] ⁴⁰

³⁸BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Editora Sarava Jur, 2017. p. 671.

³⁹CUNHA, Rogério Sanches. ARAÚJO, Fábio Roque. **Crimes Federais**. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2016. p. 428.

⁴⁰PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 241.

A jurisprudência pátria também não é uníssona sobre a questão:

PENAL. OPERAÇÃO BEMOL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OPERAÇÃO IRREGULAR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EVASÃO DE DIVISAS. LAVAGEM DE DINHEIRO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRELIMINARES. IN ÉPCIA DA DENÚNCIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. [...] **A configuração do crime previsto no artigo 16 da Lei 7.492/86 demanda a demonstração de um mínimo de habitualidade, pois "fazer operar instituição financeira" é diferente de "realizar operação financeira", que pode constituir fato isolado ou eventual.** 5. O crime previsto no artigo 16 da Lei nº 7.492, de 1986, admite a participação de outras pessoas, que contribuam de alguma forma para a consecução do crime, nos termos do artigo 29 do Código Penal. **6. Demonstrado que o crime previsto no artigo 16 da Lei nº 7.492, de 1986, constitui delito autônomo, revela-se inaplicável o princípio da consunção entre o crime de fazer operar instituição financeira sem autorização e o crime de evasão de divisas.** 7. A evasão de divisas não se restringe à remessa física de dinheiro, em espécie, para o exterior. Ao contrário, grande parte das operações irregulares não envolve transporte físico de moeda. Essa sistemática não é nova, sendo adotada desde que instaurado o comércio internacional mediante

mecanismos de contrato de fechamento de câmbio de exportação e importação. Atualmente, os recursos tecnológicos disponíveis permitem o envio de dinheiro ao exterior por meio de transações financeiras, contratos de câmbio, ordens de pagamento, sem que tais operações deixem de caracterizar a transferência da disponibilidade financeira para o exterior, a qual, se realizada de forma irregular, caracteriza a evasão de dívidas. 8. A utilização do sistema informal e irregular denominado "dólar-cabo", que torna possível a obtenção de disponibilidade financeira no exterior sem a remessa oficial do dinheiro através dos mecanismos legalmente permitidos, ou seja, através do sistema financeiro (artigo 65 da Lei nº 9.069, de 1995), configura o delito de evasão de divisas. 9. Confirma-se as condenações pela prática do crime previsto no artigo 16 da Lei nº 7.492, de 1986, quando demonstrado que os réus, de forma voluntária e consciente, fizeram operar instituição financeira, sem autorização. 10. Comprovada a lavagem de dinheiro oriundo de delitos antecedentes praticados pelo réu e por terceiros, confirma-se a condenação às penas do artigo 1º da Lei nº 9.613, de 1996. 11. Para a comprovação da materialidade do crime de lavagem de dinheiro basta a demonstração da existência de indícios do crime antecedente, pois não há dependência entre o julgamento do crime de lavagem de dinheiro e o da infração penal antecedente. 12. O depósito em contas de terceiros para ocultar dinheiro proveniente do crime tem

sido reconhecido como suficiente para a caracterização da lavagem de dinheiro. 13. O crime de lavagem de dinheiro admite dolo eventual. 14. Sendo o fato típico e não havendo excludentes de ilicitude e de culpabilidade, confirma-se a condenação dos réus pela prática dos crimes de evasão de divisas e de organização criminosa. 15. Absolve-se da imputação do crime de evasão de divisas os corréus em relação aos quais não há prova suficiente de autoria [...]

(ACR - APELAÇÃO CRIMINAL 5017347-36.2015.4.04.7000, MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, TRF4 - SÉTIMA TURMA, 13/10/2017.)⁴¹

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. MATERIALIDADE. CONCEITO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA LEGALMENTE DETERMINADO. TIPO PENAL QUE PRESCINDE DE HABITUALIDADE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUTORIA COMPROVADA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONFISSÃO.

⁴¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5017347-36.2015.4.04.7000. Desembargador Relator Márcio Antônio Rocha. Porto Alegre, RS, 13 de outubro. de 2017. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal>> Acesso em: 18 ago. 2019. (grifo nosso)

CONTINUIDADE DELITIVA. PENA DE MULTA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. 1. Extinção da punibilidade em relação ao réu José Luiz da Gama Silva, com fundamento no inciso I do artigo 107 do Código Penal. 2. O conceito de instituição financeira é legalmente determinado e a intermediação de recursos também configura atividade típica (Lei nº 4.595/64, art. 17; Lei nº 7.492/86, art. 1º). As provas juntadas aos autos deixam claro que houve a efetiva captação e aplicação de recursos de clientes pela empresa do acusado. **3. O crime previsto no art. 16 da Lei nº 7.495/86 não exige a caracterização da habitualidade para sua consumação.** 4. Trata-se de crime formal, que prescinde de resultado naturalístico para a sua consumação. O bem jurídico tutelado pelos crimes contra o sistema financeiro não é material ou patrimonial, mas sim o equilíbrio e a higidez do próprio sistema. O número de clientes lesados, bem como a existência e a extensão dos danos a estes são irrelevantes. Princípio da insignificância não aplicável. 5. A autoria delitiva deflui do fato de o réu ser sócio e administrador da empresa, o que foi comprovado por documentos societários, pelos interrogatórios e pelos depoimentos das testemunhas. 6. Pena-base fixada acima do mínimo legal, pois a culpabilidade e as consequências do crime ultrapassam a normalidade esperada para o tipo penal. 7. Aplicação da circunstância atenuante da

confissão. Mesmo quando imbuída de teses defensivas, discriminantes ou exculpantes, deve ser considerada na graduação da pena, nos termos do art. 65, III, "d", do Código Penal. Precedentes do STJ. 8. A fixação do aumento da pena em razão da continuidade delitiva (CP, art. 71) deve ser proporcional à quantidade de ações perpetradas ou ao período de tempo pelo qual se prolongou. 9. Readequação da pena de multa, em consonância com os critérios adotados para a fixação da pena privativa de liberdade. 10. Fixado o regime aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, substituída por restritivas de direito. 11. Apelação do Ministério Público Federal desprovida e apelação do réu parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 31862 - 0600646-96.1995.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, julgado em 10/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/11/2015)⁴²

Em que pese os robustos argumentos apresentados pelos adeptos da primeira corrente (exigência de habitualidade criminosa para a configuração do delito), é certo que a Lei dos Crimes

⁴²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 31862 ou 0600646-96.1995.4.03.6181. Desembargador Relator Nino Toldo. São Paulo, SP, 16 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/>> Acesso em: 18 ago. 2019. (grifo nosso)

contra o Sistema Financeiro Nacional deve ser interpretada a luz do conceito geral de Instituição Financeira disposto no seu artigo 1º.

Por conseguinte, se o dispositivo legal considera que instituição financeira para fins penais também é a pessoa física ou jurídica que exerce as atividades do art. 1º de modo eventual, este padrão hermenêutico deve ser adotado em todos os momentos que a lei trata das instituições financeiras como alvo de sua tutela jurídica, inclusive no delito do artigo 16 da Lei 7.492/86.

Outro ponto importante acerca do crime de operação de instituição financeira irregular ou clandestina é a sua natureza de mera conduta, a qual não exige que haja resultado naturalístico, consistente em prejuízos a eventuais investidores ou proveito econômico em favor de seus gestores.

Tal entendimento é majoritário na jurisprudência, tendo em vista que o bem jurídico primário tutelado pela norma penal é o Sistema Financeiro Nacional como um todo, assim como pode ser observado nos seguintes julgados proferidos pelos Tribunais Regionais Federais da 3ª e 4ª Região:

PENAL.PROCESSO PENAL. **CRIME PREVISTO NO ARTIGO 16 DA LEI 7492/86.** OPERAR CASA DE CÂMBIO CLANDESTINA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. DESNECESSIDADE DE O AGENTE ESTAR DOTADO DE ESPECIAL QUALIFICAÇÃO JURÍDICA,

OU SEJA, SER RESPONSÁVEL POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TIPICIDADE DA CONDUTA. **PRESENÇA DE DANO AO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PRESENÇA DO DOLO INERENTE AO DELITO.** DESNECESSIDADE DE SEREM DE TERCEIROS OS RECURSOS UTILIZADOS NO CÂMBIO DA MOEDA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DA DEFESA NÃO PROVIDO. 1. Restou provado, nos autos, que o apelante fazia operar nos fundos de sua loja de computação gráfica, uma casa de câmbio de moeda estrangeira, sem a devida autorização do Banco Central do Brasil. A materialidade do delito restou provada pelo auto de apresentação e apreensão e pelo laudo de exame em material, que concluiu serem os objetos apreendidos próprios para a atividade de câmbio de moeda. A autoria do delito restou demonstrada pela própria versão do acusado que admitiu que operava a casa de câmbio no passado, porém sem a ciência de que se tratava de atividade ilícita, pelos testemunhos e pelas circunstâncias em que ocorreu a apreensão dos objetos existentes em seu estabelecimento comercial. 2. A lei não exige que o agente tenha que estar dotado de especial qualificação jurídica para o cometimento do delito em questão, não havendo qualquer previsão legal no sentido de que somente o responsável por instituição financeira pode ser responsabilizado penalmente por operar casa de câmbio clandestina. 3. A lei também não faz qualquer distinção entre operar casa de câmbio clandestina, com recursos

próprios ou de terceiros. Onde o legislador não distinguiu, não pode o intérprete fazê-lo. 4. O fato é típico até porque se amolda, perfeitamente, ao dispositivo contido no artigo 16 da lei 7492/86, que exige, tão somente, conduta de operar câmbio de moeda, sem a autorização do BACEN. 5. A conduta empreendida pelo acusado, por longos anos, causou dano ao Sistema Financeiro Nacional, no que diz respeito à sua credibilidade, solidez e estabilidade, em face das instituições financeiras que o compõem, e em face dos investidores internos e externos, que precisam contar com a regularidade, normalidade e legalidade da atividade econômica e financeira do país. **6. Ademais, o delito em questão é de mera conduta e não exige, para a sua configuração, um prejuízo econômico efetivo em detrimento do bem tutelado.** 7. O dolo na prática delitiva restou demonstrado, visto que o réu era empresário de longa data e estava familiarizado com a atividade de troca de moeda estrangeira, haja vista os objetos próprios para essa atividade que foram apreendidos em sua loja. Ademais, sendo advogado, não poderia desconhecer a vedação legal. Por fim, atuava de forma sorrateira e clandestina, em sua loja, mantendo uma fachada de legalidade, com a atividade de computação gráfica que exercia na frente do estabelecimento comercial, para esconder a atividade criminosa que empreendia nos fundos. 8. Condenação

mantida. Recurso da defesa não provido.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 9477 - 1301644-77.1997.4.03.6108, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, julgado em 17/12/2002, DJU DATA:18/02/2003 PÁGINA: 616)⁴³

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART.16 C/C ART. 1º, II, DA LEI Nº 7.492/86. FAZER OPERAR SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO, INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TIPICIDADE. CRIME PERMANENTE E DE MERA CONDUTA. OPERAÇÃO ESQUIFE. REALIZAÇÃO DE CÂMBIO ILEGAL POR PESSOAS FÍSICAS. PROVAS. ERRO DE PROIBIÇÃO. ART. 21 DO CP. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO DE 06 ACUSADOS. MEDIDA IMPOSITIVA. DOSIMETRIA. EXAME. PENA NO MÍNIMO LEGAL. RESTRITIVAS DE DIREITOS. AFASTAMENTO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 44, § 2º DO CP. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. 1. O objetivo do tipo penal descrito no art. 16 da Lei 7.492/86

⁴³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 9477 ou 301644 - 77.1997.4.03.6108. Desembargadora Relatora Ramza Tartuce. São Paulo, SP, 18 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/>> Acesso em: 18 ago. 2019. (grifo nosso)

é o de proteger a higidez do Sistema Financeiro Nacional, rechaçando a atuação de instituições financeiras no País que não tenham a prévia autorização do Banco Central para funcionar. **Assim, independentemente do efetivo prejuízo causado pela conduta dos agentes, a Lei nº 7.492/86 tem como objetivo primário a proteção do sistema financeiro nacional, mas não pode ignorar a confiança depositada nas operações praticadas pelas instituições financeiras, protegendo-as, ainda que secundariamente.** 2. A fraude requerida pelo tipo diz respeito à licença a que se referem os arts. 10, inciso X, "d", e 18 da Lei nº 4.595/64, ou seja, a autorização prévia de funcionamento concedida pelo Banco Central do Brasil às instituições financeiras. 3. **É crime de mera conduta e de natureza permanente.** na medida em que a execução se alonga no tempo, supondo a reiteração com habitualidade da conduta proibida, ou seja; basta tão somente que o agente se faça passar como instituição financeira clandestina com o fito de realizar operações de captação ou administração de seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros, sem a devida autorização dos órgãos competentes. 4. Esta Corte já firmou o entendimento de que a pessoa física pode equiparar-se à instituição financeira quando houver captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros,

ainda que de forma eventual. 5. Para a configuração do tipo penal inserto no art. 16 da LCSFN não há necessidade de que o agente ou grupo de pessoas possuam estabelecimento físico (*commerciun locus*) onde façam funcionar instituição financeira desautorizada. Nos tempos modernos, registre-se, até pelo meio virtual (internet) é possível a implementação de uma atividade similar à margem da lei. 5. No caso concreto, após longo período de tempo de atividade investigatória no bojo da Operação Esquife foram colhidos diversos elementos probatórios, tais como interceptações telefônicas, filmagens e prisão em flagrante, apontando que alguns dos réus desta ação penal, efetivamente fizeram operar instituição financeira sem a devida autorização com a conduta de realizar câmbio ilegal de moeda estrangeira e nacional na cidade de Uruguaiana/RS. 6. O argumento defensivo de fragilidade da prova indiciária mostra-se improcedente, porquanto mediante o crivo judicial conjugado das interceptações telefônicas, filmagens e dos testemunhos prestados sob o contraditório, restaram sobejamente comprovadas a materialidade delitiva, autoria e dolo no tocante a seis dos denunciados. 7. O agente incorre no erro de proibição, quando faz um juízo equivocado sobre aquilo que lhe é permitido fazer na vida em sociedade. 8. No caso dos autos, é inadmissível que os réus acreditassem ser lícita, a costumeira atividade de fazer câmbio ilegal como pessoa física. Afasta-se,

portanto, a tese de erro de proibição, quando exsurge dos autos que a despeito das constantes notícias veiculadas pelos órgãos de comunicação a respeito de pessoas que são presas por fazer operar instituição financeira ao arrepio da legislação, ficou comprovado que seis dos réus participaram ativamente durante aproximadamente dois anos na operação de aparato típico ao de uma instituição financeira. 9. Em reexame das provas solicitado pelo Ministério Público em relação às condutas de dois recorridos, constata-se ser imperiosa a sua condenação, pois efetivamente fizeram operar de forma desautorizada instituição financeira por equiparação, ao realizar câmbio de numerário nacional e estrangeiro na cidade de Uruguaiana/RS no período indicado na denúncia. 10. Dosimetria. Apenamento de 04 (quatro) corréus mantido nos termos operados no primeiro grau, uma vez que, em estrita obediência ao disposto no art. 68 do Código Penal, o ilustre julgador singular devidamente fundamentou e individualizou todas as etapas da dosimetria, tendo fixado as privativas de liberdade e multa nos termos do estabelecido no estatuto Repressivo. 11. As sanções corporais foram corretamente substituídas por restritivas de direitos, afastando-se nesta instância a prestação pecuniária, no tocante a um dos réus, em face da previsão contida no art. 44, § 2º do CP. 12. Execução provisória da pena autorizada, conforme entendimento

firmado pelo STF (HC 126.292). Súmula 122 TRF4.

(TRF4, ACR 5025721-66.2014.4.04.7100, SÉTIMA TURMA, Relatora SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, juntado aos autos em 14/09/2017)⁴⁴

Diante deste cenário, considerando que o crime de Operar Instituição Financeira Irregular é de natureza comum, não exige habitualidade para restar configurado e nem efetivo prejuízo aos investidores (crime de mera conduta), é possível perceber que este tipo se preocupa, basicamente, com o processo de regularização do estabelecimento que exerce atividade típica deste segmento e com a necessidade do Estado em manter o controle sobre estas operações, as quais, uma vez formalizadas irregularmente, podem trazer prejuízos imensuráveis à higidez do sistema como um todo.

Portanto, inúmeras são as hipóteses em que cotidianamente agentes criminosos se enquadram nesta figura penal, sendo que as que mais se destacaram durante as pesquisas realizadas para a confecção do presente trabalho foram aquelas que

⁴⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5025721-66.2014.4.04.7100. Desembargadora Relatora Salise Monteiro Sanchotene. Porto Alegre, RS, 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal> > Acesso em: 18 ago. 2019. (grifo nosso)

envolveram operações de câmbio, consórcio e fomento mercantil (*Factorings*), de modo que se mostra relevante para a temática aqui tratada alguns esclarecimentos sobre a relação entre estas atividades e o crime do art. 16 da Lei 7.492/86.

2.1 CASOS PRÁTICOS E RECORRENTES DE OPERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA IRREGULAR

O primeiro caso de operação de Instituição Financeira irregular/clandestina que merece atenção para o presente estudo é aquele que envolve as operações de câmbio, as quais, nas palavras de SANDRONI, citado por PRADO, são aquelas consistentes na venda, troca ou compra de “valores em moedas de outros países ou papéis que representem moedas de outros países”⁴⁵.

Nesta senda, ao realizar uma pesquisa na Jurisprudência dos Tribunais Federais do País, observou-se uma grande quantidade de casos concretos que levaram a condenações pelo crime do artigo 16 da Lei 7.492/86 e que envolviam empresas

⁴⁵SANDRONI, Paulo. Novíssimo dicionário de Economia apud PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 183.

ou pessoas que celebravam operações de câmbio, sem estarem licenciadas pelo Banco Central.

Dessa forma, os casos mais recorrentes revelaram que os gestores destas casas de câmbio não só atuavam como instituição financeira clandestina, mas também formalizavam a remessa de valores para o exterior, sem os registros exigidos pelos Órgãos de Controle e a margem do Sistema Financeiro Oficial, com a finalidade de evadir divisas, de modo que além de serem denunciados pelo crime de Operação de Instituição Financeira irregular (art. 16 da Lei 7.492/86), acabavam por responder também pela prática do crime tipificado no artigo 22 da Lei 7.492/86 (Evasão de Divisas).

Além disso, a depender da forma como seus gestores encaminhavam os valores para o exterior, e se tinham por finalidade ocultar a propriedade ou origem dos recursos que estavam sendo transferidos, estes também incorriam na prática do crime de lavagem de capitais (Lei 9.613/98), assim como pode ser observado nos dois julgados colacionados a seguir:

EMENTA: PENAL. OPERAÇÃO BEMOL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. **OPERAÇÃO IRREGULAR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EVASÃO DE DIVISAS. LAVAGEM DE DINHEIRO.** ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRELIMINARES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO.

COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. [...] 4. A configuração do crime previsto no artigo 16 da Lei 7.492/86 demanda a demonstração de um mínimo de habitualidade, pois "fazer operar instituição financeira" é diferente de "realizar operação financeira", que pode constituir fato isolado ou eventual. 5. O crime previsto no artigo 16 da Lei nº 7.492, de 1986, admite a participação de outras pessoas, que contribuam de alguma forma para a consecução do crime, nos termos do artigo 29 do Código Penal. 6. **Demonstrado que o crime previsto no artigo 16 da Lei nº 7.492, de 1986, constitui delito autônomo, revela-se inaplicável o princípio da consunção entre o crime de fazer operar instituição financeira sem autorização e o crime de evasão de divisas.** 7. A evasão de divisas não se restringe à remessa física de dinheiro, em espécie, para o exterior. Ao contrário, grande parte das operações irregulares não envolve transporte físico de moeda. Essa sistemática não é nova, sendo adotada desde que instaurado o comércio internacional mediante mecanismos de contrato de fechamento de câmbio de exportação e importação. Atualmente, os recursos tecnológicos disponíveis permitem o envio de dinheiro ao exterior por meio de transações financeiras, contratos de câmbio, ordens de pagamento, sem que tais operações deixem de caracterizar a transferência da disponibilidade financeira para o exterior, a qual, se realizada de forma irregular, caracteriza

a evasão de dívidas. 8. A utilização do sistema informal e irregular denominado "dólar-cabo", que torna possível a obtenção de disponibilidade financeira no exterior sem a remessa oficial do dinheiro através dos mecanismos legalmente permitidos, ou seja, através do sistema financeiro (artigo 65 da Lei nº 9.069, de 1995), configura o delito de evasão de divisas. 9. Confirma-se as condenações pela prática do crime previsto no artigo 16 da Lei nº 7.492, de 1986, quando demonstrado que os réus, de forma voluntária e consciente, fizeram operar instituição financeira, sem autorização. 10. **Comprovada a lavagem de dinheiro oriundo de delitos antecedentes praticados pelo réu e por terceiros, confirma-se a condenação às penas do artigo 1º da Lei nº 9.613, de 1996.** 11. Para a comprovação da materialidade do crime de lavagem de dinheiro basta a demonstração da existência de indícios do crime antecedente, pois não há dependência entre o julgamento do crime de lavagem de dinheiro e o da infração penal antecedente. 12. O depósito em contas de terceiros para ocultar dinheiro proveniente do crime tem sido reconhecido como suficiente para a caracterização da lavagem de dinheiro. 13. O crime de lavagem de dinheiro admite dolo eventual. 14. Sendo o fato típico e não havendo excludentes de ilicitude e de culpabilidade, confirma-se a condenação dos réus pela prática dos crimes de evasão de divisas e de organização criminosa [...]

(TRF4, ACR 5017347-36.2015.4.04.7000, SÉTIMA TURMA, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 13/10/2017)⁴⁶

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. MOVIMENTAÇÃO ILÍCITA DE RECURSO FINANCEIRO. ART. 11 DA LEI Nº 7.492/86. CÂMBIO ILEGAL. ART. 16 DA LEI Nº 7.492/86. EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22 DA LEI Nº 7.492/86. LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1º, VI DA LEI Nº 9.613/98. QUADRILHA OU BANDO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ÓBITOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA FACE A ALGUNS DELITOS. MATERIALIDADE DELITIVA. AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DAS PENAS. REDUÇÃO DAS PENAS-BASE FIXADAS PELA SENTENÇA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. APELAÇÕES PROVIDAS E PROVIDAS EM PARTE. 1. [...]. 9. A inicial acusatória respaldou-se em Inquérito Policial instaurado em razão de

⁴⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5017347-36.2015.4.04.7000. Desembargador Relator Márcio Antônio Rocha. Porto Alegre, RS, 13 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal> > Acesso em: 20 ago. 2019. (grifo nosso)

investigações preliminares motivadas por notícia criminis acerca da realização de operações de câmbio em Fortaleza para intermediar a aquisição de grande volume de moedas estrangeiras; tendo sido requeridas e autorizadas judicialmente medidas de interceptações telefônicas, as quais demonstraram a participação de diversas pessoas, na cidade de Fortaleza-CE, nas práticas delitivas de câmbio ilegal e evasão de divisas através de operações "dólar cabo" (wire transfers), ou mesmo transporte físico de moeda para o exterior; as quais foram identificadas e vieram a figurar como corréus na ação penal em epígrafe. 10. O tipo penal do delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86 consiste em manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação. **A materialidade do art. 16 da Lei nº 7.492/1986 consiste em fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio. A conduta prevista no artigo 22 da Lei 7.492/1986 consiste no ato de o agente efetuar (realizar, fazer, executar, efetivar) operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País (delito comissivo), sendo, portanto, crime de mera conduta, pois não importa se com a operação de câmbio não autorizada ocorreu ou não a evasão de divisas do País. O delito de "lavagem de dinheiro" (art. 1º, VI, da Lei 9.613/98) abrange a**

ocultação e dissimulação dos valores provenientes da prática de crime contra o sistema financeiro nacional (evasão de divisas), quer em bens imóveis quer do próprio dinheiro. A associação de forma estável para a prática de crimes - operação desautorizada de câmbio (art. 1º, I e II c/c art.16 da Lei 7.492/86) e evasão de divisas (art. 22 da Lei 7.492/86) - materializa o tipo previsto no art. 288 do Código Penal. 11. A autoria e materialidade delitivas restaram devidamente comprovadas por laudos elaborados pelo Setor Técnico-Científico da Polícia Federal, perícias contábeis, mas, sobretudo, em razão de interceptações telefônicas realizadas durante as investigações policiais, com autorização judicial, tendo os conteúdos degravados sido corroborados pelas declarações colhidas pelos réus e testemunhas durante a instrução processual, tendo sido demonstrada intensa troca de moedas estrangeiras (operações de compra e venda sem autorização do Banco Central) e a remessa de valores para o exterior utilizando a modalidade "via cabo. A sentença, prolatada em 222 (duzentas e vinte e duas) páginas, apreciou exaustivamente os fatos apurados durante a investigação policial e as provas produzidas no curso da instrução processual, as quais se mostraram aptas a comprovar o cometimento dos crimes imputados aos réus pelo Parquet. [...]

(PROCESSO: 200481000236203, ACR - Apelação Criminal - 11536, DESEMBARGADOR FEDERAL JANILSON BEZERRA DE SIQUEIRA (CONVOCADO), Terceira Turma, JULGAMENTO: 15/12/2016, PUBLICAÇÃO: DJE - Data: 10/02/2017 - Página: 135)⁴⁷

Por outro lado, o segundo caso recorrente na jurisprudência pátria e que se amolda de maneira cotidiana no crime do artigo 16 da Lei 7.492/86 diz respeito às empresas que executam atividades de consórcio, as quais, no entendimento do Banco Central do Brasil, podem ser conceituadas como:

“A reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento”⁴⁸

⁴⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 200481000236203 ou 11536. Desembargador Relator Convocado Janailson Bezerra de Siqueira. Recife, PE, 10 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www.trf5.jus.br/>> Acesso em: 20 ago. 2019. (grifo nosso)

⁴⁸BANCO CENTRAL DO BRASIL. **O que é Administradora de Consórcios?** Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/administradoraconsorcio>> Acesso em: 20 ago. 2019.

Nestes casos, o que mais chamou a atenção foi o reconhecimento de empresas que ofereciam este tipo de serviço como instituições financeiras na acepção do artigo 1º da Lei 7.492/86, a responsabilização de seus gestores pelo delito do artigo 16, pois normalmente não detinham qualquer autorização do Banco Central para operar, bem como o afastamento de teses defensivas envolvendo erro de tipo e erro de proibição, ante a notória experiência de mercado de seus administradores:

CONFLITO NEGATIVO DE
COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA
ESTADUAL E A JUSTIÇA FEDERAL.
INQUÉRITO POLICIAL. VENDA
PREMIADA. CAPTAÇÃO DE
RECURSOS DE TERCEIROS.
EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÃO
FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE
AUTORIZAÇÃO DO BANCO
CENTRAL. CARACTERIZAÇÃO, EM
TESE, DO DELITO DESCRITO NO
ART. 16 DA LEI N. 7.492/86.
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA
FEDERAL. 1. O presente conflito
negativo de competência deve ser
conhecido, por se tratar de incidente
instaurado entre juízos vinculados a
Tribunais distintos, nos termos do art.
105, inciso I, alínea "d" da Constituição
Federal - CF. 2. O núcleo da
controvérsia consiste em definir se a
"venda premiada" de motocicletas
pode ser considerada uma simulação
de consórcio de forma que a conduta
descrita na denúncia possa se
subsumir em tipos penais

incriminadores descritos na Lei n. 7492/86, dentre eles, o crime tipificado no art. 16, consistente em operar instituição financeira, sem a devida autorização. Em outras palavras, discute-se se teria havido, em tese, prática de estelionato - tendo como vítima exclusivamente particulares - ou a prática de crime que afeta o sistema financeiro. 3. A venda premiada - ainda que levada a efeito sem autorização do Banco Central do Brasil e mesmo não caracterizando um consórcio puro - trata-se se um simulacro de consórcio, que capta e administra recursos de terceiros, de modo a se enquadrar no tipo penal previsto do art. 16 da Lei n. 7492/86.

O fato de o indivíduo contemplado não precisar mais arcar com prestações demonstra apenas o alto risco do negócio, diante da possibilidade de não se conseguir o ingresso de outra pessoa para sustentar a viabilidade de aquisição dos bens. 4. Ademais, ainda que não haja identidade perfeita entre a venda premiada e o consórcio, é evidente de que não se trata de venda comum, na medida em que a pessoa jurídica capta recursos de terceiros, podendo, portanto, ser considerada instituição financeira a teor do art. 1º da Lei n. 7.492/06. Precedente (RHC 50.101/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 27/11/2015). 5. No caso concreto, está caracterizado, em tese, crime contra o sistema financeiro, cuja análise e julgamento compete à Justiça Federal, tendo em vista que, conforme apurado

no inquérito policial, pessoa jurídica teria captado recursos de terceiros, sem autorização da autoridade competente, em atividade temerária diante da dificuldade de contemplação do sorteado na chamada venda premiada. 6. Conflito de competência conhecido para declarar que compete ao Juízo Federal da Vara Única de Redenção - SJ/PA, o suscitante.

(CC 160.077/PA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2018, DJe 19/10/2018)⁴⁹

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. **ARTIGO 16 DA LEI 7.492, de 16.06.1986.** PRELIMINAR REJEITADA. **PRÁTICA DE CONSÓRCIO SEM A AUTORIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL.** MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. **ERRO DE TIPO. INOCORRÊNCIA.** DOSIMETRIA MANTIDA. REJEITADO PLEITO DA DEFESA DE REDUÇÃO DO VALOR DA PENA DE MULTA. CONDIÇÃO SÓCIOECONÔMICA DO RÉU. RECURSO DA DEFESA NEGADO[...]. -

⁴⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito Negativo de Competência nº 160.077/PA. Ministro Relator Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF 10 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 21 ago. 2019. (grifo nosso)

A acusação formulada pelo órgão ministerial na denúncia não fica sujeita ao eventual procedimento administrativo levado a efeito pelo Banco Central do Brasil (inclusive às suas conclusões), tampouco por ação cível anulatória [...]. As provas constantes nos autos (oral e documental) foram conclusivas no sentido de que a conduta perpetrada pelo réu amolda-se perfeitamente ao tipo penal insculpido no artigo 16 da Lei n.º 7.492, de 16.06.1986. - **A pessoa jurídica da qual o acusado era o responsável, para todos os efeitos, equipara-se à instituição financeira,** nos termos que dispõe o artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da referida lex specialis, porquanto promovia a intermediação de recursos colhidos de terceiros. - **Os contratados entabulavam negócios com a empresa, com o objetivo precípuo de adquirir bens de consumo, mediante pagamento de prestações sucessivas para a aquisição de uma carta de crédito, havendo, inclusive, a previsão de sorteios.** - Aquisição de motocicleta, pagamento em prestações mensais por intermédio de boletos bancários, previsão contratual de sorteios, a relação dos sócios contemplados e os "em atraso", cobrança de taxa de administração, são dados que atestam eficazmente o desempenho das atividades de consórcio levados a efeito pela empresa, com a captação de poupança popular, em que pese uma denominação contratual distinta. - Inexistência de autorização do Banco Central do Brasil para operar ou a

funcionar no Sistema Financeiro Nacional. - Autoria e materialidade delitivas comprovadas. - **Afastada a tese de erro do tipo. Elemento subjetivo do tipo confirmado nos autos. O réu contava com larga experiência nesse tipo de contrato, tanto é que os próprios instrumentos firmados denotam nomenclatura contratual com o escopo de ocultar o seu real desiderato, qual seja a operação de instituição financeira por equiparação, por meio da atividade de consórcio.** Ademais, o increpado tinha consciência de sua conduta, tanto é que fatos similares ao dos autos já tinha sido objeto de apuração anteriormente. - Manutenção da condenação pela prática do delito estampado no artigo 16 da Lei n.º 7.492/1986. - Dosimetria da pena mantida. - Valor da pena de multa fixada considerando a condição socioeconômica do réu. - Preliminar afastada. - Apelação do réu a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 66506 - 0004757-11.2010.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em

04/06/2019, e-DJF3 Judicial 1
DATA:12/06/2019)⁵⁰

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ART. 16 DA LEI Nº 7.492/86. CONSÓRCIO. ERRO DE PROIBIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

PENA-BASE. REVISÃO. 1. Constitui crime contra o sistema financeiro nacional, fazer operar consórcio sem a devida autorização legal, previsto no art. 16 da Lei nº 7.492/86. Precedente. 2. O tipo penal em tela não exige resultado material, configura-se pela realização de atividade financeira, própria ou equiparada, por envolver recursos de terceiro. **3. Afastada a tese de erro de proibição, uma vez que os réus tinham experiência no ramo de consórcios e,** de qualquer forma, um deles, apesar de advertido pela autoridade policial da ilicitude de seu agir, permaneceu com a conduta delituosa. 4. Revisão da pena-base de um dos réus, aumentando-a, em razão do reconhecimento dele possuir maus antecedentes. 5. Apelações da defesa improvidas. Apelação da acusação parcialmente provida.

(TRF4, ACR 2001.04.01.006513-5, SÉTIMA TURMA, Relator JOSÉ LUIZ

⁵⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 66506 ou 0004757-11.2010.4.03.6000. Desembargador Relator Fausto de Sanctis. São Paulo, SP, 12 de junho de 2019. Disponível em: < <http://www.trf3.jus.br/> > Acesso em: 21 ago. 2019. (grifo nosso)

BORGES GERMANO DA SILVA, DJ
10/07/2002)⁵¹

Por fim, a última atividade comercial que, embora não seja típica de instituição financeira, regularmente é objeto de denúncia em razão do artigo 16 da Lei 7.492/86, é a de fomento mercantil, a qual, nas palavras de Luis Lemos Leite, pode ser definida da seguinte forma:

Factoring é uma atividade comercial mista atípica = serviços + compra de créditos (direitos creditórios) resultantes de vendas mercantis. *Factoring* é fomento mercantil, porque expande os ativos de suas empresas clientes, aumenta-lhes as vendas, elimina seu endividamento e transforma as suas vendas a prazo em vendas à vista. É prestação contínua de serviços de alavancagem mercadológica, de avaliação de fornecedores, clientes e sacados, de acompanhamento de contas a receber e de outros serviços conjugada com a aquisição de créditos de empresas resultantes de suas

⁵¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 2001.04.01.006513-5. Desembargador Relator José Luiz Borges Germano da Silva. Porto Alegre, RS, 10 de julho de 2002. Disponível em: < <https://www.trf4.jus.br/trf4/>> Acesso em: 21 ago. 2019. (grifo nosso)

vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo [...] ⁵²

Assim, considerando que a principal característica da atividade de fomento mercantil é a compra de créditos independentemente da prestação de garantias por parte daqueles que os cedem, no momento em que os administradores da *factoring* transferem os riscos do negócio para as mãos dos cedentes, elas passam a exercer atividade típica de instituição financeira na modalidade intermediação de recursos de terceiros, razão pela qual respondem pelo delito tipificado no artigo 16 da Lei 7.492/86 c/c o artigo 1º da mesma legislação:

Nesse sentido:

DIREITO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 16 DA LEI Nº 7.492/86. SOCIEDADE EMPRESARIAL DE FOMENTO MERCANTIL (FACTORING). **REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS E DE DESCONTOS DE TÍTULOS COM GARANTIA DE DIREITO DE REGRESSO. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA PRIVATIVA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.** MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. MANUTENÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. RECURSOS IMPROVIDOS. 1. Apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e pela Defesa

⁵²LEITE, Luiz Lemos. **Factoring no Brasil**. 11. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 4.

contra sentença do juízo da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte que julgou procedente ação penal para condenar os réus pelo cometimento do crime contra o Sistema Financeiro Nacional de fazer operar, sem a devida autorização, instituição financeira, previsto no Art. 16 da Lei nº 7.492/86. 2. A sociedade de fomento mercantil ou factoring é uma modalidade de empresa comercial que presta serviços e compra créditos de pessoas físicas ou jurídicas sem garantia. A prática de operações de descontos de títulos com garantia de direito de regresso, transferindo o risco aos clientes, desvirtua a essência das operações de factoring, caracterizando atividade típica de instituições financeiras, bem assim a intermediação de recursos financeiros e a realização de empréstimos, sobretudo mediante a cobrança de juros acima de 12% ao ano, fatos que tipificam o crime previsto no Art. 16 da Lei nº 7.492/86. 3. Materialidade e autoria comprovadas por meio de farto conjunto probatório consistente em documentos apreendidos em cumprimento a medida cautelar de busca e apreensão autorizada judicialmente, sobretudo cheques, notas promissórias, outros títulos de crédito e contratos particulares de confissão de dívida, além de depoimentos colhidos durante a instrução processual. 4. Caso em que a sentença valorou negativamente a culpabilidade de um dos agentes e as circunstâncias do delito, aplicando penas privativas de liberdade um pouco acima do mínimo legal, fixadas em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 1 (um) ano e 3

(três) meses de reclusão, sendo proporcional à reprovabilidade das condutas e as condições em que o delito foi praticado, envolvendo grande quantidade de operações financeiras ilegais. 5. Rejeitada a pretensão do Ministério Público Federal de valorar negativamente outras circunstâncias judiciais, referentes aos motivos do delito e consequências e ao comportamento da vítima. A busca de lucro fácil é elemento próprio do tipo penal, bem assim a concorrência desleal com as instituições financeiras autorizadas e, se o comportamento da vítima não influenciou na consumação do delito, tal circunstância deve ser tida como neutra sendo indevido, por isso, utilizá-la em desfavor dos apenados. 6. Recursos improvidos.

(PROCESSO: 00018504520144058400, ACR - Apelação Criminal - 13388, DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO DANTAS (CONVOCADO), Terceira Turma, JULGAMENTO: 05/04/2018, PUBLICAÇÃO: DJE - Data: 08/06/2018 - Página:112)⁵³

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 16 DA LEI Nº 7.492/1986. FACTORING. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL. MATERIALIDADE DELITIVA

⁵³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 13388 ou 00018504520144058400. Desembargador Relator Convocado Frederico Dantas. Recife, PE, 08 de junho de 2018. Disponível em: < <https://www.trf5.jus.br/> > Acesso em: 21 ago. 2019. (grifo nosso)

COMPROVADA. AUTORIA DELITIVA AFASTADA. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO DECRETADA EM 1º GRAU DE JURISDIÇÃO POR OUTRO FUNDAMENTO. - O contrato mercantil de factoring pode ser conceituado como sendo aquele no qual há uma relação jurídica entre duas empresas, em que uma delas entrega à outra um título de crédito, recebendo, como contraprestação, o valor constante do título, do qual se desconta certa quantia, considerada a remuneração pela transação (in Factoring, Arnaldo Rizzardo, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 13). Trata-se de negócio jurídico atípico em nosso sistema, de modo a ser possível cogitar-se da aplicação das regras atinentes à cessão de crédito previstas no Código Civil (arts. 286 e seguintes) a título de regência supletiva. - Desde que respeitados todos os aspectos e todas as características inerentes ao instituto, a atividade de factoring não pode ser equiparada àquelas desempenhadas por instituições financeiras na justa medida em que se depara com a execução de atividade de fomento mercantil estritamente comercial na qual há a celebração de negócio jurídico de compra de créditos vencíveis mediante o pagamento de certo preço previamente ajustado (normalmente com grande deságio) entre os celebrantes do contrato. - **Um dos aspectos necessários para que o negócio entabulado entre particulares (empresa de factoring e terceiro) seja efetivamente um contrato com natureza de fomento mercantil está**

na assunção, pela factoring, do risco próprio da atividade, qual seja, ao se comprar um título (o que, por certo, se faz com um valor de deságio em face daquele declarado na cártula), a factoring assume, necessária e consequentemente, os riscos naturais de inadimplência considerado o emitente do título como referencial (tanto que se procede ao deságio a que foi feita indicação como mecanismo a viabilizar o negócio e a proporcionar lucro ao empresário). - Tanto é assim que a doutrina especializada que se debruçou sobre o contrato mercantil de factoring (ou de fomento mercantil), de forma veemente, aponta que são características do expediente em tela a impossibilidade de se exigir garantia e de se exercer direito de regresso em face do apresentante do título justamente porque o risco da operação deve, por princípio e diante da natureza do negócio, ser integralmente considerado e assumido pela empresa de factoring. Tal posicionamento também ganha o beneplácito da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. - **Nesse diapasão, acaso presente no contrato de factoring cláusula na qual há a estipulação de que o apresentante do título fica obrigado, por qualquer expediente, a garantir o pagamento (vale dizer, a solvabilidade) do título de crédito (inclusive por meio de sua recompra), não mais se mostra possível cogitar-se de contrato de fomento mercantil ante a desnaturalização da operação, que passa a se assemelhar (e muito) com avença levada a efeito perante instituição financeira (na qual a**

obrigação entabulada é garantida das mais variadas formas - garantia fidejussória, garantia real, alienação fiduciária em garantia etc. - pelo tomador do crédito).

- Controverte-se neste feito situação afeta à atuação de empresa de factoring, especificamente para fins de configuração de sua atividade como própria de instituição financeira, a permitir (ou não) a realização do tipo penal insculpido no art. 16 da Lei nº 7.492/1986, que proíbe a seguinte conduta (culminando pena de reclusão de 01 a 04 anos e de multa): Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio. - Colhe-se dos autos a celebração de contrato de factoring no qual, a despeito de haver menção em indicada minuta contratual de que se estaria a celebrar um contrato de fomento mercantil em seus termos convencionais e com suas características precípua, há a existência, em mais de uma passagem, de cláusula contratual apta a desconfigurar a natureza jurídica do expediente uma vez que prevista a obrigação do faturizado (pessoa jurídica apresentante dos títulos de crédito) em recomprar as cártulas que não forem liquidadas a tempo e a modo estabelecidos. - Dentro de tal contexto, não se mostra crível asseverar que o contrato levado a efeito entre o faturizador e o faturizado constante desse feito teria natureza jurídica de factoring justamente porque há a previsão de cláusula de responsabilização a recair sobre

faturizado, de molde a fazer com que a avença reste unvida a expediente firmado por instituição financeira (que exige, para a realização dos seus afazeres, a apresentação de garantia por parte do tomador do crédito).

- Como consta dos autos ofício oriundo do Banco Central do Brasil dando conta que a empresa de factoring não se encontra registrada junto a tal ente público e porque o contrato celebrado entre o faturizador e o faturizado previa cláusula de garantia (materializada na obrigação do faturizado recomprar o título em caso de inadimplemento), cláusula esta que não se insere dentre aquelas próprias do contrato de fomento mercantil (cujo risco do negócio deve ficar integral e exclusivamente a cargo da empresa de factoring) tendo o condão de desnaturar a natureza jurídica da avença, nota-se que a empresa de factoring passou a atuar como instituição financeira na captação e na intermediação de recursos financeiros de terceiro (art. 1º da Lei nº 7.492/1986) sem que tivesse autorização para tanto, motivo pelo qual resta inconteste a materialidade delitiva ínsita ao crime previsto no art. 16 da Lei nº 7.492/1986. [...]

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 56992 - 0014358-51.2008.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 23/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/11/2018)⁵⁴

⁵⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 56992 ou 0014358-51.2008.4.03.6181.

Portanto, uma vez expostas as características e elementares essenciais para a caracterização do crime de Operação de Instituição Financeira irregular, bem como os casos concretos mais recorrentes que levam a responsabilização de seus gestores pela prática do sobredito crime, questiona-se se estes, uma vez condenados pelo crime do artigo 16 da Lei 7.492/86 podem ser responsabilizados por outros crimes previstos na nesta mesma norma legal, em um mesmo contexto fático.

Assim como foi exposto nos julgados colacionados acima, em especial aqueles que envolveram operações de câmbio, é possível perceber que o gestor de uma instituição financeira clandestina ou irregular pode ser condenado pelo crime do art. 16 da Lei 7.492/86 em concurso com outros da Lei 7.492/86, como por exemplo, o de Evasão de Divisas, disciplinado no art. 22 da mesma Lei.

Contudo, a grande problemática do presente estudo diz respeito a possibilidade de operadores de instituição financeira clandestina, enquadráveis no art. 16 da Lei 7.492/86, serem responsabilizados pela prática do delito de Gestão Fraudulenta, o qual é reconhecido por parte dos tribunais e da doutrina como um crime próprio

Desembargador Relator Fausto de Sanctis. São Paulo, SP, 05 de novembro de 2018. Disponível em: < <http://www.trf3.jus.br/> >
Acesso em: 21 ago. 2019. (grifo nosso)

a ser praticado tão somente por gestores de instituições financeiras regulares.

Dessa maneira, antes de verificar a possibilidade de haver condenação em concurso de crimes por estes dois delitos (art. 4º e 16 da Lei 7.492/86), mister se faz uma análise criteriosa do bem jurídico tutelado pelo crime de Gestão Fraudulenta, suas elementares e o que a jurisprudência entende ser necessário para a sua configuração no caso concreto.

CAPÍTULO 3

O DELITO DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (ART. 4º, *CAPUT*, LEI 7.492/86)

A primeira vez em que o Ordenamento Jurídico Pátrio tipificou como crime a conduta de gerir instituição financeira de forma fraudulenta ou temerária foi na legislação atinente aos Crimes Contra a Economia Popular (Lei 1.521/51), a qual no artigo 3º, inciso IX dispôs de uma redação extremamente criteriosa e de fácil enquadramento no campo fático:

Art. 3º. 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.⁵⁵

Segundo BITENCOURT, o referido dispositivo legal foi bem recebido pela comunidade jurídica porque previu expressamente que a gestão fraudulenta ou temerária dos estabelecimentos indicados no tipo deveriam necessariamente resultar em falência/insolvência da empresa ou violação a cláusulas contratuais com prejuízo de terceiros para serem objeto de atuação penal, fato que não deixava margem para interpretações extraordinárias pelos dos aplicadores do direito, bem como trazia segurança jurídica aos julgamentos:

[....] O vetusto diploma legal apresenta duas extraordinárias vantagens em sua estrutura típica, representadas pela exigência da satisfação de duas elementares típicas, que são verdadeiras condicionantes: “levando-as à falência ou a insolvência, ou não cumprindo qualquer

⁵⁵BRASIL. **Lei n. 1.521 de 26 de dezembro de 1951.** Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019. (grifo nosso)

das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados" [...] ⁵⁶

MUNDIN ao comentar o sobredito dispositivo legal também se manifestou positivamente a sua redação, e registrou em artigo publicado na Revista Legislativa datada de 1999 uma característica marcante dele, qual seja a sua natureza jurídica de crime de dano concreto:

[...] Naquela oportunidade, note-se, foram definidas as situações em que se caracterizaria a conduta típica, quais sejam, sempre que não se cumprissem cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados, ou sempre que a gestão anormal implicasse a falência ou insolvência da sociedade. O crime, pois, era tipicamente de dano concreto, não bastando para caracterizá-lo a mera conduta, se não geradora de efetivo prejuízo ou de efeitos palpáveis no mundo material [...] ⁵⁷

⁵⁶BITENCOURT, César Roberto. BRENDA, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Contra o Mercado de Capitais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 36.

⁵⁷OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. **Crimes de Gestão Fraudulenta e Gestão Temerária em Instituição Financeira**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502/r143-05.PDF?sequence=4&isAllowed=y>> Acesso em: 27. ago. 2019.

Contudo, o legislador, ao editar a Lei dos Crimes de Colarinho Branco, optou por dar ao tipo penal uma redação distinta daquela aplaudida pela boa doutrina: além de distinguir em dois crimes a conduta de gestão de instituição financeira apta a gerar responsabilidade penal (Gestão Fraudulenta x Gestão Temerária), também ampliou de sobremaneira a forma como elas poderiam ser praticadas.

Nesse sentido:

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.⁵⁸

Assim, percebe-se que os artigos que tratam da matéria são diferentes, pois na Lei dos Crimes contra a Economia Popular haviam consequências específicas a serem vislumbradas no caso concreto para que houvesse a consumação dos crimes de Gestão Fraudulenta e Gestão Temerária, ao passo que na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro houve dispensa

⁵⁸BRASIL. **Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

dessas elementares, ampliando o campo de incidência da norma.

Em outras palavras, é possível concluir que o legislador alterou a natureza jurídica do crime de Gestão Fraudulenta/Temerária, tornando-o um crime formal e de perigo, do qual não mais se exige a violação de cláusulas contratuais que tragam prejuízo a terceiros, a insolvência ou a falência da empresa para a sua consumação.

Nesse sentido:

O delito é formal e de perigo, sendo desnecessária a efetiva ocorrência de dano ou outro resultado material extremo a conduta do agente para a sua consumação [...]. Tanto é assim que não mais figura no tipo a elementar que exigia a falência ou a insolvência, presente na Lei 1.521/51, art. 3º, inciso X [...].⁵⁹

Para PIMENTEL, citado por Sebastião de Oliveira Lima e Carlos Augusto Tosta de Lima, a alteração legislativa foi extremamente infeliz, tendo em vista que se revelou um verdadeiro foco de insegurança jurídica, ante a possibilidade de múltiplas interpretações sobre como se configura o delito no campo prático, fato

⁵⁹BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 629.

que até mesmo poderia tolher a atuação dos gestores de instituições financeiras em suas atividades cotidianas:

[...] A tarefa do intérprete, relativamente a Lei de Economia Popular, é facilitada porquê há referência às condições objetivas de punibilidade, que aludem a falência ou à insolvência, ou ao não cumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. Ocorrendo estas condições, cria-se a condição para exame da gestão, aferindo-se, então, a ocorrência ou não do comportamento fraudulento, ou a existência de prejuízo pelo não cumprimento de qualquer das cláusulas contratuais [...]. Agora, com a redação extremamente genérica do artigo 4º e do seu parágrafo único, torna-se demasiadamente subjetiva a pesquisa dos elementos do delito. Ora, alargando desse modo a extensão do tipo objetivo, o legislador criou um monstro ameaçador, que poderá sobressaltar qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cerceando sua ação, inibindo sua iniciativa, porque poderá, em algum momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa, sem que existam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório.⁶⁰

⁶⁰PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987 *apud* LIMA, Sebastião de Oliveira. LIMA, Carlos Augusto Tosta. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 22.

Alguns doutrinadores inclusive defendem a inconstitucionalidade do dispositivo legal, sob o argumento de que ele ofende o princípio da reserva legal, em razão da ausência de descrição típica sobre qual conduta realmente se considera gestão fraudulenta ou temerária.

Nesse sentido, reporta-se às palavras de Roberto Podval:

Tanto na Gestão Temerária, quanto na Gestão Fraudulenta, deixou o legislador de definir quais condutas concretizariam os crimes em questão, embora haja, ao menos no que diz respeito a gestão fraudulenta, uma facilidade maior em definir a conduta, tendo em vista da exigência legal da configuração da fraude praticada pelo agente [...] Problema ainda maior encontra-se na prática da chamada gestão temerária. Nesse caso, não há na legislação penal qualquer referência ao que vem a ser uma gestão temerária, tratando-se de pois de uma figura tipicamente absolutamente indefinida, em afronta ao princípio da reserva legal. Essa flexibilização de princípios constitucionais, mesmo tendo como fundamento motivos justificáveis - como possibilitar a punição dos chamados criminosos do colarinho branco - não pode e nem deve ser aceita, pois acarreta uma grande insegurança social [...] Sobre o tema, nada mais caberia dizer em face da explícita inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei (por não trazer a norma a descrição da conduta passível de ser tipificada como fraudulenta ou temerária), não fosse o fato

de que tal norma, a despeito do vício insanável, continua a ser aplicada [...]⁶¹

Por outro lado, MAIA entende que a sobredita inconstitucionalidade não procede, haja vista que os bens jurídicos tutelados pela Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (higidez do sistema e lesão ao patrimônio dos investidores) estão aptos a fazer o papel de limitar a área de incidência dos referidos delitos, bem como porque o Direito Penal Brasileiro se mostrou simpático a adoção de tipos penais abertos:

De qualquer modo, não se constata a violação do princípio da Reserva Legal no dispositivo. A uma, porque sua objetividade jurídica, consubstanciada na garantia da indenidade econômico-financeira da instituição, em particular, e do próprio SFN, em geral, bem como indiretamente o interesse público na preservação da poupança dos particulares, é compatível com o cânone constitucional. A duas, porque ao lado de outros elementos culturais utilizados pelo legislador penal [...] é perfeitamente possível de delimitação conceitual concreta, ainda que de valoração mais

⁶¹FRANCO, Alberto Silva. NINNO, Jefferson. SILVA, José Júnior. BETANHO, Luis Carlos. MORAES, Maurício Zanoaide. PODVAL, Roberto. STOCO, Rui. FELTRIN, Sebastião Oscar, NINNO, Wilson. **Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7 ed. rev. ampl. atual. Vol 01. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.828.

permeável ao contexto histórico em que se dá sua leitura e reconhecimento.⁶²

Ademais, Luiz Régis Prado também assevera que a nova redação foi benéfica para a repressão dos crimes de colarinho branco, uma vez que o amplo conceito de instituição financeira previsto no artigo 1º da Lei 7.492/86, que é o utilizado para interpretar o Art. 4º da mesma legislação, fez com que o direito penal econômico acompanhasse a evolução e o dinamismo do mercado, o que não era possível com a redação dada pelo art. 3º, inciso IX da Lei 1.521/51, que prevê somente algumas instituições como alvo de tutela penal:

[...] o legislador, ao editar a presente lei, optou por conceituar no art. 1º o que vem a ser instituição financeira, e na figura típica do artigo 4º versa sobre a forma de dirigi-la. Com isso, evitou o inconveniente de estabelecer um rol taxativo, tal como a Lei 1.521/1951, que tende a desatualizar-se em razão da dinamicidade do sistema financeiro, que pode torna-la inaplicável, por falta de previsão expressa de determinada instituição financeira⁶³.

⁶²MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 60 *apud* LIMA, Sebastião de Oliveira. **LIMA, Carlos Augusto Tosta. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 25.

⁶³PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 193.

Independente do posicionamento dominante, o fato é que os crimes de gestão fraudulenta e temerária assim como registrados no artigo 4º da Lei 7.492/86 são os que estão em vigor quando o assunto envolve instituições financeiras que praticam uma das atividades elencadas no artigo 1º da mesma legislação, seja por um critério de sucessividade, seja por um critério de especialidade.⁶⁴

Assim, considerando que o tipo penal dá margem para inúmeras hipóteses de consumação no caso concreto, mister se faz o registro do que a doutrina e a jurisprudência vêm disciplinando acerca de seu bem jurídico e de suas elementares.

Porém, é importante relembrar que o presente trabalho tem por objeto analisar a incidência do crime de Gestão Fraudulenta no caso concreto, de modo que o de Gestão Temerária será abordado nesta oportunidade tão somente para fins didáticos, já que ambos são similares.

Posto isso, o bem jurídico tutelado pelos delitos em comento é o mesmo protegido pela Lei dos Crimes de Colarinho Branco como um todo, ou seja, a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional de forma primária e o patrimônio dos investidores que subsidiam a circulação de recursos no mesmo sistema de forma secundária.

O núcleo do tipo previsto tanto no *caput* como em seu parágrafo único consiste em “Gerir” Instituição

⁶⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2014. p. 763.

Financeira, o qual significa gerenciar, administrar, dirigir, organizar, controlar ou comandar⁶⁵, no caso, uma instituição financeira que execute uma das atividades previstas no art. 1º da Lei 7.492/86, dispondo de mecanismos fraudulentos/maliciosos/ardilosos (Gestão Fraudulenta) ou descuidados (Gestão Temerária).

Assim, a primeira importante discussão acerca do tema diz respeito à distinção entre os delitos de Gestão Temerária e de Gestão Fraudulenta, a qual antigamente não era relevante para fins de imputação penal, conforme exposto nos apontamentos introdutórios do presente capítulo.

PRADO, ao citar OLIVEIRA e TÓRTIMA, esclarece de forma clara qual a principal distinção entre os crimes em comento:

Distingue-se a gestão fraudulenta da gestão temerária no sentido de que “naquela se praticam atos ardilosos e bem orquestrados para a efetivação oculta de negócio naturalmente ilegal, enquanto nesta se submetem a riscos excessivos e irresponsáveis o patrimônio dos correntistas e investidores, que outrora confiaram nos freios de ousadia da Instituição Financeira”. Assim, “na primeira, o sujeito age dissimuladamente, (fraudar significa ludibriar, enganar, levar a erro

⁶⁵PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 195.

mediante ardil), operando através de artifícios engenhados para encobrir a fraude. Já na gestão temerária, o agente em regra atua abertamente, não necessitando de artifícios para executar as operações perdulárias ou de alto risco para o patrimônio da instituição e dos investidores”.⁶⁶

José Baltazar Júnior também os distingue na mesma perspectiva de PRADO, TÓRTIMA E OLIVEIRA. Porém, em sua obra frisa um fator importante com relação ao delito de Gestão Temerária: para que ele seja consumado, é necessário que os atos de descuido e imprudência ensejem um risco extraordinário aos próprios e cotidianos da atividade financeira.

Nesse sentido:

Gerir fraudulentamente, então, é administrar com má fé, de forma dirigida ao engano de terceiros, sejam eles sócios, empregados, investidores, clientes ou a fiscalização. São puníveis, então: “práticas quaisquer que de modo relevante alterem a verdade na documentação administrativa de empresas, realizadas pelo seu gestor ou a seu mando” (TRF4, AC 2001700138810, Néfi, 7ª T., u., 2.6.09).

⁶⁶OLIVEIRA, Leonarno Henrique Mundim Morais. **Crimes de Gestão Fraudulenta e Gestão Temerária em Instituição Financeira**. Revista de Informação Legislativa. 1999. p.51. TÓRTIMA, João Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional** *apud* PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 196.

Por Gestão Fraudulenta pode ser entendida aquela: “em que o administrador utiliza, continuada e habitualmente, na condução dos negócios sociais, artifícios, ardis, ou estratagemas para pôr em erro outros administradores da instituição ou seus clientes. [...] Gestão Temerária é aquela excessivamente arriscada. [...] Segundo o TRF4: “O risco desmedido – que caracteriza a gestão temerária de uma instituição financeira – é aquele que refoge aos limites da razoabilidade, constituindo uma verdadeira aventura com patrimônio de terceiros [...] **Ocorre que um certo grau de risco é característico do mercado financeiro [...] pois no lapso temporal compreendido entre a transferência do dinheiro ao tomador e ao cumprimento por este da obrigação de reembolso, vários fatos podem dificultar ou impedir o seu cumprimento** (Turczyn: 63). Aí reside a dificuldade na interpretação do elemento normativo do tipo. **Há que se estabelecer então a fronteira entre o arrojo no mercado financeiro e a aventura com os recursos dos investidores** (Tórtima: 54-55). Genericamente, este risco permitido, para usar a terminologia própria da teoria da imputação objetiva, (Callegari: 54-56), será ultrapassado quando violados os atos normativos oriundos do BACEN e do CMN [...]”⁶⁷

⁶⁷BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 622-623 e 636. (grifo nosso)

Diante deste cenário, pode-se perceber que a distinção entre os crimes em questão está primordialmente na fraude empregada pelo gestor da instituição financeira, no momento da administração de seu negócio. Enquanto na Gestão Fraudulenta o administrador executa operações com a finalidade de ludibriar e enganar terceiros quanto a real finalidade das operações, na gestão temerária o gestor não tem essa predisposição, de modo que sua atuação somente não observa os cuidados adotados pelo homem médio.

A segunda questão debatida para a caracterização dos referidos delitos diz respeito a necessidade do fator habitualidade para a sua configuração, ou seja, a imprescindibilidade de reiteração de atos típicos de instituição financeira para a consumação do crime, circunstância esta que poderia classificá-lo como um crime de natureza propriamente habitual.

A primeira corrente, aderida por Sebastião de Oliveira Lima e Carlos Augusto Tosta de Lima, defende que a repetição de atos de gestão é imprescindível para a configuração do delito, até mesmo pelo próprio significado da palavra que norteia o tipo (“Gestão”), que pressupõe a ocorrência de certo lapso temporal para a consumação:

[...] Colocamo-nos ao lado dos que entendem que o delito somente se perfaz quando a conduta é repetitiva, ocorrendo com habitualidade. Com efeito, a palavra *gestão* designa sempre um espaço de tempo em que a administradora dirige determinado organismo. Assim, quando dizemos que uma pessoa teve uma ótima ou péssima gestão, estamos referindo-nos

a todo período em que exerceu tal mister e não apenas um ou alguns atos por ela praticados. Em regra, a gestão abrange todo o período em que alguém administrou determinada entidade, espaço de tempo este previsto em lei ou no estatuto da empresa. Um ato, isolado, ainda que fraudulento ou temerário, não constitui uma gestão, e pode ser tido inclusive como estelionato, mas jamais como gestão fraudulenta [...]⁶⁸

Maria Thereza Assis Moura, ministra do Superior Tribunal de Justiça, também coaduna deste entendimento, dispondo que os crimes de Gestão Temerária e Gestão Fraudulenta são de natureza habitual própria:

PENAL E PROCESSUAL. CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO. 1. Embora exista controvérsia, com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, a tese mais plausível é de que o crime do art. 4º, parágrafo único da Lei nº 7.492/1986 (gestão temerária) exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de

⁶⁸LIMA, Sebastião de Oliveira. LIMA, Carlos Augusto Tosta. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 27.

uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com desmedido arrojo.

2. A descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão temerária. 3. Ainda mais, se como na espécie, demonstrado, de plano, ausente o elemento subjetivo, porque a conduta descrita na denúncia não revela temeridade, mas os riscos próprios da atividade econômico-financeira. 4. Habeas corpus concedido para trancar a Ação Penal n.º 2007.35.00.005946-2, em curso perante a 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, em relação à ora paciente.

(HC 97.357/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 18/10/2010)⁶⁹

PENAL E PROCESSUAL. CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO. 1. O crime do art. 4º, caput da Lei nº 7.492/1986 (gestão fraudulenta) é de mão própria e, pois, somente pode ser cometido por quem tenha poder de direção, conforme, aliás, rol expressamente previsto no art. 25. **Além disso exige para a sua**

⁶⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 97.357/GO. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 18 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 03 set. 2019.

consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma seqüência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com dolo, visando a obtenção de vantagem indevida em prejuízo da pessoa jurídica.

3. A descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão fraudulenta, como ocorre na espécie, onde o ora paciente está imbricado como mero partícipe, estranho aos quadros da instituição financeira, por ter efetivado uma operação na bolsa de valores, em mesa de corretora. 5. Habeas corpus concedido para trancar a Ação Penal n.º 2003.51.01503779-3, em curso perante a 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, em relação ao ora paciente, PAULO MÁRIO PEREIRA DE MELLO.

(HC 101.381/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 13/10/2011)⁷⁰

A segunda, e totalmente oposta a primeira, trilha seu entendimento no sentido de que a prática de um único ato típico de instituição financeira eivado de vício ou de imprudência por parte do gestor é capaz de afetar

⁷⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 101.381/RJ. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 13 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 03 set. 2019. (grifo nosso)

negativamente a saúde financeira do estabelecimento e a higidez do Sistema Financeiro Nacional, razão pela qual não há necessidade do fator habitualidade para configuração do crime.

Porém, os adeptos deste posicionamento destacam que caso haja reiteração de condutas o administrador maior da Instituição Financeira seria responsabilizado pelo crime uma única vez, de modo os delitos em comento seriam classificados como habituais impróprios ou acidentalmente habituais.

Este é o posicionamento de NUCCI, o qual em sua obra argumenta as razões pelas quais entende que esta última corrente é mais vantajosa para fins de direito penal:

[...] Em nosso entendimento, não se trata de crime habitual próprio [...] O exemplo trazido do Código Penal, concernente ao curandeirismo (art. 284) é elucidativo. Quem faz diagnóstico (art. 284, inciso III), uma vez na vida, sem ser médico, não se torna, obviamente, curandeiro e não afeta a saúde pública. Porém, aquele que se especializa nisso, atraindo várias pessoas e atuando de forma reiterada pode gerar efetivo transtorno à saúde pública, desviando doentes dos médicos e levando-os ao curandeiro. O mesmo não ocorre no tipo de gestão fraudulenta ou temerária. Uma única ação do administrador que envolva pela fraude (ou pelo elevado risco), pode ser suficiente para prejudicar seriamente a saúde financeira da

instituição. Logo, o delito não é habitual [...]”⁷¹

A jurisprudência mais atualizada do Superior Tribunal de Justiça também compartilha o entendimento da segunda corrente (julgados datados de 02/08/2019), tanto para o crime de Gestão Fraudulenta como para o crime de Gestão Temerária:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. TRF3. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (LEI N. 7.492/1986). **GESTÃO TEMERÁRIA** (ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA MESMA LEI). **ADMINISTRADOR DO BANESPA. BIS IN IDEM CONFIGURADO. ABSOLVIÇÃO. 1. O crime de gestão temerária de instituição financeira caracteriza-se como crime acidentalmente habitual, razão pela qual, embora um único ato seja suficiente para a configuração do crime, a sua reiteração não configura pluralidade de delitos. Precedentes do STJ e do STF.** 2. Na hipótese dos autos, mesmo sendo praticados os atos de gestão temerária em situações distintas e com aparentes finalidades diversas, de rigor a aplicação do posicionamento jurisprudencial consolidado, tanto no

⁷¹NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2014. p. 765.

Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o crime de gestão temerária de instituição financeira (art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986) é habitual impróprio ou acidentalmente habitual, pois um único ato pode ser suficiente para a configuração do crime, mas a repetição de atos não configura pluralidade de delitos. 3. Existindo a condenação anterior, transitada em julgado, do ora paciente Nelson Mancini Nicolau, também pela gestão temerária como administrador da mesma instituição, Banespa, segundo narram as denúncias, em datas próximas, com todos os atos praticados no mesmo exercício, no ano de 2006, configura-se o alegado bis in idem, envolvendo a Ação Penal n. 2006.03.00.026541-0, já transitada em julgado, e a Ação Penal n. 2006.03.00.008798-1, objeto do REsp n. 1.352.043/SP. 4. Ordem concedida para reconhecer o bis in idem e absolver o ora paciente Nelson Mancini Nicolau, nos termos do art. 386, VI, do CPP, das imputações constantes da Ação Penal n. 2006.03.00.0087981.

(HC 391.053/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 02/08/2019)⁷²

⁷²BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 391.053/SP. Ministro Relator Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 02 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>> Acesso em: 02 set. 2019. (grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. **GESTÃO FRAUDULENTA.** COMPROVAÇÃO.

REEXAME DE PROVAS. ATOS DE GESTÃO. CRIME HABITUAL IMPRÓPRIO. EMPRÉSTIMO VEDADO. MATERIALIDADE. PENA. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MODUS OPERANDI E CONSEQUÊNCIAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É firme o entendimento jurisprudencial de que o crime de gestão fraudulenta se classifica como habitual impróprio, de modo que basta uma única ação para que se configure.

2. Constatado o poder de gestão do acusado, com base no material cognitivo, não há como infirmar tal premissa sem que se faça nova incursão probatória. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. 3. O modus operandi e as graves consequências do delito, que culminaram com a necessidade de intervenção oficial na instituição financeira, justificam a fixação da pena acima do mínimo legal. 4. Agravo regimental não provido, com determinação de imediato cumprimento da pena.

(AgRg no AREsp 486.689/BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 02/08/2019)⁷³

⁷³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 486.689/BA. Ministro Relator

Diante deste cenário, ao analisar ambos posicionamentos, percebe-se que o segundo se mostra mais razoável e compatível com as características gerais dos crimes de Gestão Fraudulenta e Temerária.

Isso ocorre pois, considerando que se trata de crime de perigo e formal, que não exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação e que visa proteger a higidez e credibilidade do Sistema Financeiro Nacional em primeiro lugar, é notório que a análise de sua consumação não deve se basear na quantidade de operações e condutas realizadas pelo seu gestor, mas sim na potencialidade que elas tem de afetar negativamente a saúde financeira da empresa, e consequentemente do Sistema, de modo que o fator quantidade deveria influenciar tão somente na dosimetria da pena.

Outra questão pertinente a ser discutida sobre os delitos em questão diz respeito às pessoas que podem praticá-lo. Segundo Leandro Paulsen, a Gestão a que se refere os crimes de Gestão Fraudulenta e Temerária pressupõe o chamado “poder de decisão” sobre as atividades que ocorrem no interior da Instituição Financeira, de modo que os funcionários, gerentes e administradores que não detém o controle sobre a conclusão das operações aprovadas no âmbito daquela não podem ser responsabilizados por este delito:

Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 02 de agosto de 2019.

Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>> Acesso em: 02 set. 2019. (grifo nosso)

[...] A condução de um negócio, que caracteriza a gestão, pressupõe poder de decisão, de condução da atividade. O gestor não é alguém que se limite cumprir diretrizes, a executar ordens, mas que tem a liberdade e a responsabilidade de agir discricionariamente, tomando decisões que orientarão a operação da instituição [...] ⁷⁴

Este também é o entendimento trilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual ao se deparar com a polêmica da responsabilidade dos gerentes de agências bancárias pela prática dos crimes de Gestão Fraudulenta e Gestão Temerária ressaltou a indispensabilidade do sobredito Poder de Gestão ao formalizar a imputação do tipo penal:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ART. 25 DA LEI N. 7.492/86. GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA. **GERENTES DE AGÊNCIA BANCÁRIA. SUJEITO ATIVO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PODER DE GESTÃO.** AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ABSOLVIÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 22 DA LEI N. 7.492/86. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL ANTE O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO

⁷⁴PAULSEN, Leandro. **Crimes Federais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Sarava Jur, 2018. p. 297.

DA PRETENSÃO PUNITIVA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. A jurisprudência desta Corte é pela possibilidade de gerentes de agência bancária serem sujeitos ativos dos delitos de gestão fraudulenta e de gestão temerária, desde que na análise do caso concreto esteja configurada a atuação com uso de poderes próprios de gestão.** 2. Carece de prequestionamento a tese de ausência de poder de gestão para configuração do delito do art. 4º da Lei n. 7.492/86, embora tenha constado do voto vencido, conforme Súmula 320 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. O pleito absolutório carece de interesse recursal, porquanto o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pelo Tribunal de origem se equipara ao acolhimento da absolvição no que diz respeito aos efeitos da condenação. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1374090/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018)⁷⁵

⁷⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1374090/PR. Ministro Relator Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 03 set. 2019. (grifo nosso)

Até mesmo César Roberto Bitencourt, manifesto defensor da ideia de que gerentes de agência bancária não devem ser denunciados pelo crime de Gestão Fraudulenta, aduz que o critério do “Poder de Decisão” é o que deve nortear a responsabilidade penal de administradores de instituições financeiras:

A imputação da prática de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira a um simples gerente de agência beira a autêntica responsabilidade penal objetiva. Não se pode olvidar, em primeiro lugar, que a agência, casa ou unidade, regra geral, representam uma minúscula célula, quase que insignificante, nesse complexo mercado financeiro, cujo “centro nervoso” fica concentrado em suas matrizes, que elaboram as diretrizes que determinam o funcionamento de toda uma rede de agências. O setor gerencial, especialmente de agências ou de contas, fica com limitada ou quase nenhuma margem para decidir estratégias ou operações, e que são sempre as menos significativas, no emaranhado de negócios, que são objetos da atividade-fim das instituições financeiras. Quando, no entanto, se puder demonstrar que o gerente realmente detém poder decisório, independentemente das diretrizes determinadas pelo controle central da instituição financeira, e o fizer contrariando a boa práxis bancária, ou o uso corriqueiro dessas instituições, e, principalmente, desobedecendo orientação superior, autodeterminando-se, nessas hipóteses, criteriosamente examinadas, poder-se-á imputar-lhe a prática de gestão

fraudulenta, atribuindo-se-lhe a responsabilidade por gerir inadequadamente, pelo menos parte, de instituição financeira, desde que calcada em sérias e robustas provas.⁷⁶

Diante destas considerações, a doutrina costuma classificar o crime de Gestão Fraudulenta/Temerária como um crime próprio, que somente pode ser praticado por pessoas que detenham a condição especial de controlador, administrador, gerente, diretor, síndico, interventor e liquidante da Instituição Financeira, assim como prevê o artigo 25 da Lei 7.592/86, justamente porque são as figuras que normalmente detêm o domínio sobre as operações e contratos celebrados por intermédio dos estabelecimentos financeiros.

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, **o controlador e os administradores de instituição financeira**, assim considerados os **diretores, gerentes** (Vetado).

§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o **interventor, o liquidante ou o síndico**.⁷⁷

⁷⁶BITENCOURT, César Roberto. BRENDA, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 37.

⁷⁷BRASIL. **Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>. Acesso em: 04 set. 2019. (grifo nosso)

Alguns operadores do direito insistem em adotar a rígida ideia de que o crime de Gestão Fraudulenta/Temerária é de mão própria, que somente pode ser praticado pelo agente que detém a condição especial exigida pelo tipo, sem a possibilidade da participação de pessoas estranhas aos quadros da instituição financeira.

Nesse sentido, reporta-se a julgado de Maria Thereza de Assis Moura, datado de 13/10/2011:

PENAL E PROCESSUAL. CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO. 1. **O crime do art. 4º, caput da Lei nº 7.492/1986 (gestão fraudulenta) é de mão própria e, pois, somente pode ser cometido por quem tenha poder de direção, conforme, aliás, rol expressamente previsto no art. 25.** 2. Além disso exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com dolo, visando a obtenção de vantagem indevida em prejuízo da pessoa jurídica. 3. A descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão fraudulenta, como ocorre na espécie, onde o ora paciente está imbricado como mero partícipe, estranho aos quadros da instituição financeira, por ter efetivado uma operação na bolsa de

valores, em mesa de corretora. 5. Habeas corpus concedido para trancar a Ação Penal n.º 2003.51.01503779-3, em curso perante a 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, em relação ao ora paciente, PAULO MÁRIO PEREIRA DE MELLO.

(HC 101.381/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 13/10/2011)⁷⁸

Contudo, embora a qualidade de gestor da Instituição Financeira seja imprescindível para a imputação dos crimes tipificados no artigo 4º da Lei 7.492/86, é certo que, por se tratar de elementar do delito, nada impede que ela se comunique com particulares que não sejam os sujeitos próprios a que se refere o Crime de Gestão Fraudulenta/Temerária.

Em outras palavras, em que pese os crimes em comento sejam de natureza própria, a serem praticados tão somente pelo gestor da Instituição Financeira, caso um particular concorra para a sua consumação ele responderá pela mesma figura penal, por força dos artigos 29 e 30 do Código Penal, tendo em vista que a condição de detentor do “poder de gestão” dentro da Instituição Financeira é uma elementar do crime que,

⁷⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 101.381/RJ. Ministra Relatora Maria Thereza Moura de Assis. Brasília, DF, 13 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 03 set. 2019.

ainda que de natureza pessoal, se comunica aos demais agentes que contribuem para a consumação do delito:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CONCURSO DE PESSOAS. CARACTERIZAÇÃO. CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A DECISÃO CONDENATÓRIA. ATOS DE GESTÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. É firme a jurisprudência desta Corte segundo a qual o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal nela contida, sendo permitido ao magistrado conferir-lhes definição jurídica diversa, conforme dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal. Assim, factível a condenação do paciente por crime não capitulado na denúncia, mas que foi extraído dos fatos nela narrados. **2. O fato de o crime previsto no art. 4º da Lei n. 7.492/1986 ser próprio não impede a participação de pessoa despida da condição especial prevista no tipo (incidência do art. 29 do CP).** Nesse particular, a denúncia descreve que o agravante tinha o domínio final do fato sobre os ilícitos de gestão fraudulenta. 3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 115.151/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA

TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 17/10/2016)⁷⁹

Tanto é assim que o próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu como responsáveis penalmente pelo crime de Gestão Fraudulenta os clientes de instituição financeira que tomam empréstimos com base em informações fraudulentas:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. **CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA.** TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. 2. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO VERIFICAÇÃO. CONCURSO DE AGENTES. DIVISÃO DE TAREFAS. 3. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REMESSA À JUSTIÇA ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. GESTÃO FRAUDULENTA DEVIDAMENTE NARRADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 26 DA LEI N. 7.492/1986. 4. AUSÊNCIA DE DOLO. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. 5. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. O trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter

⁷⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 115.151/RJ. Ministro Relator Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF. 17 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 03 set. 2016. (grifo nosso)

excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2. Da leitura da denúncia, observa-se que a conduta imputada à recorrente está intimamente relacionada à gestão fraudulenta e temerária imputada aos responsáveis pela instituição financeira UNICRED POÇOS DE CALDAS, dessa forma, não é possível fazer uma análise dissociada das condutas individualmente, porquanto se trata de crime cometido em concurso de agentes, mediante divisão de tarefas. Portanto, pelo que consta da exordial, não há se falar em atipicidade. **3. Estando devidamente descrito o crime de gestão fraudulenta, praticada, em tese, pelos responsáveis pela instituição financeira, em concurso de agentes com os tomadores dos empréstimos supostamente fraudulentos, não há se falar em desclassificação do crime e, por consequência, em declínio da competência.** De fato, o art. 26 da Lei n. 7.492/1986, dispõe que "a ação penal, nos crimes previstos nesta Lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal". 4. Não é possível, na via eleita, aferir o elemento subjetivo do tipo nem se a conduta imputada foi praticada sob o pálio da exculpante da obediência hierárquica, sendo imprescindível, para analisar mencionadas alegações, a devida instrução processual, a qual, inclusive, já se encerrou na origem. 5. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC 64.045/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 23/08/2017)⁸⁰

Insta salientar que o texto original do sobredito dispositivo legal colocava também os membros de conselho estatutário e os mandatários ou gestores que atuam em nome da instituição financeira ou das pessoas referidas no seu *caput* como responsáveis penalmente pelos delitos tipificados na lei 7.492/86, em especial o de Gestão Fraudulenta.

Entretanto, o presidente José Sarney, que sancionou a Lei dos Crimes de Colarinho Branco, vetou a responsabilidade penal destes sujeitos pelos crimes ali descritos porque, no primeiro caso (membros de conselho estatutário), haveria uma espécie de responsabilidade solidária, não aceita pelo direito penal, e no segundo (mandatários e gestores que atuam em nome da Instituição) seriam atingidos meros subordinados que não detém o tão mencionado poder de decisão, e conseqüentemente o domínio do fato delituoso.

⁸⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 64.045/MG. Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF. 23 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 03 set. 2019. (grifo nosso)

Nesse sentido:

- No art. 25, a expressão “e membros de conselhos estatutários”, porque de abrangência extraordinária, institui uma espécie de responsabilidade solidária, inadmissível em matéria penal.
- 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 também terceiros que atuem em nome ou no interesse, ainda que de caráter estritamente particular, dos administradores das referidas instituições.⁸¹

Por fim, a última característica dos crimes de Gestão Fraudulenta/Temerária que merece atenção diz respeito ao elemento subjetivo do tipo, o qual sempre será o dolo, consubstanciado na vontade livre de praticar atos de instituição financeira fraudulentos ou imprudentes.

⁸¹BRASIL. **Mensagem de Veto nº 252 de 16 de junho de 1986.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/Msg/VepL7492-86.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

Não é necessária a finalidade específica de obter vantagem indevida ou prejudicar terceiros, nem é admitida a modalidade culposa dos crimes, claramente em razão da ausência de previsão legal.

Aliás, PRADO esclarece este último aspecto do tipo em sua obra, especialmente no que concerne ao delito de Gestão Temerária, tendo em vista que a imprudência inerente a esse crime é elemento típico de crimes culposos.

Porém, mesmo que seja necessária a conduta descuidada para a configuração do crime, tal circunstância não faz dele um delito que admite a modalidade culposa, assim como entendem alguns operadores do direito.

Nesse sentido:

[...] O tipo subjetivo é composto pelo dolo direto ou eventual, isto é, pela consciência e vontade do agente de gerir fraudulenta ou temerariamente instituição financeira (art. 4º, *caput* e parágrafo único). Não há previsão na modalidade culposa para o delito de gestão fraudulenta. Porém, é preciso clarificar que temerário significa arriscado, perigoso, arrojado, audacioso, afoito, imprudente. Assim, temerário também equivale a imprudente, uma das modalidades de culpa, É por isso que parte da doutrina afirma ter sido admitida implicitamente a modalidade culposa. Sem razão, todavia, visto que a previsão de culpa deve ser feita expressamente (regra

da excepcionalidade do delito culposos)
[...]”⁸²

Portanto, uma vez colocadas todas as elementares que marcam o tipo de Gestão Fraudulenta, e conseqüentemente de Gestão Temerária, neste ponto do trabalho é imprescindível que sejam expostos alguns casos práticos e marcantes da Jurisprudência Pátria que envolveram os crimes ora tratados, em especial o que dispõe de fraudes para sua configuração (Art. 4º, *caput*, Lei 7.492/86) uma vez que, conforme reiteradamente alertado, é o que detém pertinência temática com a problema apresentado nesta Monografia.

3.1 CASOS PRÁTICOS E EMBLEMÁTICOS QUE ENVOLVERAM CONDENAÇÕES PELO DELITO DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

Ao analisar o histórico de julgados nos Tribunais Pátrios que envolveram o delito de Gestão Fraudulenta, foi possível perceber que dois grandes processos marcantes a nível nacional tiveram condenações de gestores de Instituições Financeiras regulares pelo sobredito crime: o Processo do Mensalão (AP 470) e o

⁸²PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 198.

caso da Operação Lava Jato registrado sob o nº 5061578-51.2015.4.04.7000.

No primeiro caso (**“Mensalão”**), foi investigada uma Organização Criminosa criada para manter um esquema contínuo de pagamento de propinas em favor de Parlamentares e Partidos Políticos, com a finalidade de assegurar apoio político ao Partido da situação (Partido dos Trabalhadores - PT), a governabilidade do país durante seu mandato bem como o pagamento de dívidas pretéritas e futuras de campanha eleitoral.

Assim, a sobredita Organização foi estruturada em três núcleos distintos: o Núcleo Político (Delúbio Soares, José Genuíno, José Dirceu e Silvio Pereira), composto pelos representantes do partido da situação (PT) que desejava obter o respectivo apoio para governar; o Núcleo Operacional (Publicitários – Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano de Mello Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias dos Santos), responsável por arrecadar o dinheiro e distribuí-lo à chamada base aliada (Partidos e Parlamentares que dariam apoio político) e, por fim, o Núcleo Financeiro (Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Vinicius Samarane e José Augusto Dumont), cuja atribuição era facilitar a disponibilização de recursos financeiros em favor da Organização Criminosa, dispondo da estrutura completa de uma Instituição Financeira regular (Banco Rural).

Os integrantes destes núcleos, ao executarem seus papéis na estrutura previamente definida da Organização Criminosa, foram condenados não só pelo crime de Quadrilha tipificado no artigo 288 do Código Penal, mas também por diversos crimes contra a

Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional, tais como Corrupção Passiva, Ativa, Peculato, Lavagem de Dinheiro e Gestão Fraudulenta.

Posto isso, o Núcleo Financeiro, o qual se relaciona diretamente com o tema ora tratado, era composto por administradores do alto escalão do Banco Rural e colaborou com a Organização ao facilitar seu acesso a recursos financeiros ilícitos. Estes eram obtidos **mediante a aprovação de empréstimos fraudulentos** ao próprio Partido dos Trabalhadores e às empresas dos integrantes do Núcleo Operacional (SMP&B Comunicação LTDA., Graffiti Participações LTDA.), fato que fez os gestores do sobredito banco incorrerem na prática do crime tipificado no Art. 4º da lei 7.492/86.

Para realizar essas operações de mútuo, os administradores do Banco Rural praticaram inúmeras condutas irregulares, como por exemplo a realização de cadastros baseados em documentos falsos e informações inverídicas, a inobservância da capacidade financeira da pessoa jurídica tomadora do empréstimo e de seus avalistas, a aceitação de garantias inidôneas ou insuficientes para lastrear o contrato, a manipulação da classificação do risco da operação (*ratings*⁸³) bem como

⁸³Segundo o Banco Central do Brasil, “o rating ou classificação de risco é uma nota atribuída a um emissor de dívida (um país ou uma empresa, por exemplo). Essa nota é atribuída por instituição especializada na análise de crédito de acordo com a avaliação sobre a capacidade e a disposição para que esse emissor honre, pontual e integralmente, o serviço de sua dívida. O rating é instrumento relevante para o mercado, uma vez que fornece aos

a não observância dos pareceres negativos emitidos pelos setores de checagem da própria instituição.

Soma-se a isto o fato de que eles autorizaram inúmeras operações inócuas em benefício da Organização, tão somente para renovar a dívida preexistente e postergar a data para seu pagamento, sem exigir novas garantias aptas a dar segurança nos contratos, sem rebaixar a classificação do *rating* da empresa contratante (que já estava inadimplente a razoável período de tempo), nem registrar regularmente essas operações em seus livros contábeis.

Nesse sentido, reporta-se a trechos da decisão proferida pelo relator na AP 470/MG, Ministro Joaquim Barbosa:

[...] Em flagrante descumprimento desses preceitos normativos, os então principais dirigentes do Banco Rural S/A – nas questionadas operações de crédito formalmente realizadas com a SMP&B, notadamente no mútuo nº 345/0009/03 (de 26.5.2003, no valor de R\$ 19.000.000,00) e suas sucessivas renovações, dentre outras ilicitudes abaixo especificadas, **procederam à rolagem de dívidas com a incorporação de encargos**; realizaram estornos – nas diversas renegociações do mútuo original – de valores relativos aos encargos financeiros devidos em virtude

potenciais credores opinião independente a respeito do risco de crédito da dívida do emissor analisado". BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Glossário**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/glossario>> Acesso em: 09 set. 2019.

de atrasos; **e ainda mantiveram a mesma classificação de risco dos contratos anteriores,** continuando a registrar as receitas provenientes desses novos contratos. Além disso, o banco Rural, nessas operações de crédito, **chegou ao ponto de aceitar garantia inválida** (cessão dos direitos sobre o contrato da DNA Propaganda Ltda. com o Banco do Brasil), conforme apontado por seu próprio departamento jurídico, garantia essa que também foi oferecida e aceita no mútuo nº 552/0009/03, formalmente contraído pela Graffiti. Não bastasse tudo isso, **tal empréstimo também foi “rolado” mediante sucessivas renovações, muitas delas com parecer contrário dos próprios analistas de crédito do Banco Rural S/A [...]** Outro dado que reforça o caráter simulado dos empréstimos sob enfoque decorre das garantias aceitas pelo banco Rural para tais operações de crédito. **Essas garantias, ou eram inválidas, ou insuficientes diante dos altíssimos valores formalmente emprestados.** Com efeito, tanto no mútuo nº 345/0009/03 (formalmente celebrado entre o banco Rural e a SMP&B), quanto no mútuo nº 552/0009/03 (formalmente celebrado entre o banco Rural e a Graffiti), assim como em suas sucessivas renovações, aparecem como garantias a cessão fiduciária em garantia de direito referente **a contrato de prestação de serviços da DNA Propaganda Ltda. com o Banco do Brasil S/A, e a fiança de MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH e CRISTIANO PAZ** (fls. 115 e 134 do apenso 143). **50 Ocorre que**

a cessão de direito referente a contrato entre a DNA e o Banco do Brasil S/A foi alvo de parecer contrário da diretoria jurídica do próprio banco Rural, conforme aqui já destacado (fls. 136 do apenso 143). Além disso, mesmo que a cessão desse contrato celebrado entre a DNA e o Banco do Brasil pudesse ser aceita como garantia dos mútuos, o laudo 1666/2007 **demonstrou que essa (inválida) garantia era “significativamente inferior aos empréstimos concedidos”** (fls. 147 do apenso 143 – original com outros destaques) [...] O mesmo se verificou em relação à fiança de MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH e CRISTIANO PAZ, cujos patrimônios são também muito inferiores aos vultosos valores que teriam sido emprestados, segundo se extrai da análise feita no laudo 1666/2007, calcada em cadastros de clientes do próprio banco Rural. [...] Continuando a desvendar a cadeia de ilicitudes praticadas pelos então dirigentes do banco Rural, o laudo 1666/2007, ao cuidar especificamente **da classificação de risco das operações de crédito em questão, revela, dentre outros importantes fatos abaixo descritos, que a então diretoria daquela instituição financeira concedeu empréstimos não obstante a impontualidade nas amortizações e a existência de operações em prejuízo.** Também foi desconsiderada a inexistência de garantias ou a falta de liquidez delas. **Além disso, o banco Rural, em contrariedade com normas do CMN e das suas próprias normas internas, classificou as operações de crédito das pessoas jurídicas ligadas ao réu**

MARCOS VALÉRIO com diferentes riscos, embora pertencessem a um só grupo econômico, estivessem sendo objeto de rolagens e apresentassem garantias similares. **Mais do que isso, a instituição financeira ainda manteve o rating das operações de empréstimos com o PT, mesmo havendo sucessivas rolagens para os mútuos que não estavam sendo pagos** [...] Com o objetivo de esconder a realidade das operações questionadas, **o banco Rural também omitiu registros e livros contábeis, bem como manipulou esses eventos contábeis para simulação de fatos jurídicos** [...] Desse vasto manancial de provas, sobressai igualmente nítido que os principais dirigentes do banco Rural à época, justamente para encobrir o caráter simulado dessas operações de crédito, utilizaram-se, dolosamente, de mecanismos fraudulentos, tais como: (1) celebração de sucessivos contratos de renovação desses empréstimos fictícios, de modo a impedir que eles apresentassem atrasos; (2) incorreta classificação do risco dessas operações; (3) desconsideração da manifesta insuficiência financeira tanto dos mutuários, quanto das suas garantias; e (4) não observância tanto de normas aplicáveis à espécie, quanto de análises da área técnica e jurídica do próprio banco Rural.⁸⁴

⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal Originária nº 470/MG. Ministro Relator Joaquim Barbosa. Brasília, DF. 17 de

Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem condenar os Gestores do Banco Rural pela prática do crime tipificado no artigo 4º da Lei 7.492/86, ante as inúmeras condutas reprováveis praticadas por eles no exercício de suas atividades regulares, e que colocaram em risco a higidez e credibilidade do Sistema Financeiro Nacional:

ITEM V DA DENÚNCIA. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (ART. 4º da LEI 7.492/1986). SIMULAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS E UTILIZAÇÃO DE DIVERSOS MECANISMOS FRAUDULENTOS PARA ENCOBRIR O CARÁTER SIMULADO DESSAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO. ATUAÇÃO COM UNIDADE DE DESÍGNIOS E DIVISÃO DE TAREFAS. **PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.** O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º da Lei 7.492/1986) configurou-se com a simulação de empréstimos bancários e a utilização de diversos mecanismos fraudulentos para encobrir o caráter simulado dessas operações de crédito, tais como: (1) rolagem da suposta dívida mediante, por exemplo, sucessivas renovações desses empréstimos fictícios, com incorporação de encargos e realização de estornos de valores relativos aos encargos financeiros devidos, de modo a impedir que essas operações

dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470itemV.pdf>> Acesso em: 06 set. 2019. (grifo nosso)

apresentassem atrasos; (2) incorreta classificação do risco dessas operações; (3) desconsideração da manifesta insuficiência financeira dos mutuários e das garantias por ele ofertadas e aceitas pelo banco; e (4) não observância tanto de normas aplicáveis à espécie, quanto de análises da área técnica e jurídica do próprio Banco Rural S/A. Ilícitos esses que também foram identificados por perícias do Instituto Nacional de Criminalística e pelo Banco Central do Brasil. Crime praticado em concurso de pessoas, com unidade de desígnios e divisão de tarefas. Desnecessidade, para a configuração da co-autoria delitiva, de que cada um dos agentes tenha praticado todos os atos fraudulentos que caracterizaram a gestão fraudulenta de instituição financeira. Pela divisão de tarefas, cada co-autor era incumbido da realização de determinadas condutas, cujo objetivo era a realização do delito. **Condenação de KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO e VINÍCIUS SAMARANE, pelo cometimento do crime descrito no art. 4º da Lei 7.492/198.** Absolvição de AYANNA TENÓRIO TORRES DE JESUS (art. 386, VII, do Código de Processo Penal), contra o voto do relator [...]⁸⁵

⁸⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal Originária nº 470/MG. Ministro Relator Joaquim Barbosa. Brasília, DF. 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28BANCO+RURAL+GESTAO+FRAUDULENTA%29&base>

O segundo caso, que também registrou a participação de administradores de Instituições Financeiras regularmente constituídas sob a égide do Sistema Financeiro Nacional, envolve parte dos crimes investigados na Operação Lava Jato.

Dessa forma, a Ação Penal nº 5061578-51.2015.4.04.7000 tinha por objeto a instrução e julgamento de atos relativos a concessão e quitação de um empréstimo fraudulento aprovado por gestores do Banco Schahin (Salim Schahin e Milton Schahin) em favor de José Carlos Bumlai.

Este último, embora figurasse como parte legítima do contrato de mútuo, serviu apenas como pessoa interposta para arrecadar recursos financeiros em favor do Partido dos Trabalhadores, representado neste contexto pelo investigado, e agora condenado, João Vaccari Neto.

Segundo o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para viabilizar a concessão e quitação do sobredito negócio jurídico os executivos do Banco Schahin (Salim Schahin e Milton Schahin), em conjunto com José Carlos Bumlai, atuaram de forma ilícita, uma vez que aprovaram uma proposta creditória de cifra milionária (R\$ 12.176.850, 80 – doze milhões, cento e setenta e seis mil, oitocentos e cinquenta reais e oitenta centavos) **sem exigir garantias suficientes para lastrear a operação**, justamente

=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxvt5dpu> Acesso em: 06 set. 2019. (grifo nosso)

porque todos os envolvidos tinham pleno conhecimento de que os recursos seriam destinados ao partido que governava o País na época dos fatos (PT), o qual eventualmente beneficiaria o Grupo Schahin em alguma contratação pública.

Além disso, considerando que o cumprimento do acordo por parte do Partido dos Trabalhadores não foi executado de forma rápida, e que na data de vencimento do contrato de mútuo nem José Carlos Bumlai nem o partido político pagaram o empréstimo tomado para atender seus interesses, os executivos da Instituição Financeira promoveram sucessivos aditamentos contratuais com base nas mesmas garantias inidôneas prestadas inicialmente, e até mesmo concederam um novo empréstimo simulado a empresa de titularidade do próprio devedor José Carlos Bumlai (Agro Caieiras Participações LTDA.) para quitar o débito anterior, fato que também caracterizou o delito do artigo 4º, *caput*, da Lei 7.492/86.

Estas condutas visavam dar aparência de legalidade no negócio jurídico entabulado e postergar o pagamento da dívida até que os representantes do PT encontrassem uma forma de beneficiar o Grupo Schahin, dispendo da máquina pública federal que estava em suas mãos naquela época.

Como se não bastassem as irregularidades quando da concessão e renovação do empréstimo original, os irmãos Schahin também celebraram um contrato de cessão de crédito simulado com outra empresa do próprio Grupo (Schahin Securitizadora de

Créditos Financeiros S/A.), o qual, embora tivesse aparência de novo contrato, na realidade visava somente “rolar” a suposta dívida de José Carlos Bumlai até sua quitação integral, sem chamar a atenção de Órgãos de Controle.

Em outras palavras, o Banco Schahin, considerando que não mais pode renovar a dívida de José Carlos Bumlai pelos meios ordinários (aditamentos e contratos de mútuo), formalizou um contrato simulado de cessão de crédito em favor de outra empresa do mesmo grupo (Shcahin Securitizadora), para mais uma vez alterar a data de vencimento da dívida em favor do real beneficiário do mutuo contraído, qual seja, o Partido dos Trabalhadores.

Por fim, a quitação do empréstimo também operou de forma fraudulenta, uma vez que foi necessário celebrar outro contrato simulado de dação em pagamento entre a Shcahin Securitizadora e a empresa de José Carlos Bumlai. Este negócio, embora tivesse por objeto a entrega de embriões de gado de elite que, segundo funcionários da empresa de BUMLAI, nunca foram entregues ao seu verdadeiro beneficiário, foi somente um mecanismo utilizado pelos administradores da Instituição Financeira para dar quitação formal ao débito do PT.

Isso ocorre pois a verdadeira contraprestação do Partido dos Trabalhadores ocorreu por meio do direcionamento da licitação e da contratação da empresa do Grupo Schahin para operação do Navio Sonda Vitória 1000, cuja responsabilidade ficava a cargo de uma das maiores empresas brasileiras até os dias atuais: a Petrobrás.

Nesse sentido:

Como exaustivamente explanado, restou devidamente comprovado o papel essencial que o recorrente JOSÉ CARLOS BUMLAI teve na prática do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, uma vez que figurou como titular formal do empréstimo de aproximadamente R\$ 12 milhões contraído no Banco Schahin e ilicitamente destinado ao Partido dos Trabalhadores, tendo a vantagem indevida do crime de corrupção examinado no presente processo-crime se materializado através de sua quitação fraudulenta. Além disso - e mais importante - o conjunto probatório demonstra que **JOSÉ CARLOS BUMLAI sabia, desde a obtenção do empréstimo, durante a rolagem da dívida, até, finalmente, a quitação da obrigação, que o Banco Schahin estava lhe concedendo o crédito sem garantia suficiente e na condição de pessoa interposta, já que o dinheiro seria destinado ao Partido dos Trabalhadores, que, à época dos fatos, comandava a máquina pública federal.** Paralelamente, o verdadeiro beneficiário do dinheiro sempre foi conhecido pelos irmãos Scahin, sendo esta inclusive a razão pela qual o empréstimo foi concedido, **já que buscavam oportunidades de negócios com o Poder Público, que procuraram obter agradando ao Partido dos Trabalhadores.** De qualquer modo, essa discussão torna-se inócua quando se verifica que, embora a conduta delitiva

tenha se iniciado com o empréstimo originário de R\$ 12.176.850,80 concedido pelo Banco Schahin ao recorrente em 14/10/2004, não se está aqui diante de apenas um ato. **A denúncia, corroborada pelas provas colhidas ao longo do feito, aponta um complexo conjunto de condutas que se desenvolveram no Banco Schahin e na Schahin Securitizadora de Créditos Financeiros S/A ao longo dos anos de 2004 e 2009, período durante o qual houve a sucessiva rolagem da dívida original, tendo em vista que as partes formais da avença não tinham interesse em seu efetivo pagamento.** Consoante referi anteriormente, a materialidade do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira vem demonstrada pelos mesmos documentos que comprovam a existência dos crimes de corrupção ativa e passiva **perpetrados no bojo do contrato de operação do navio-sonda Vitória 10.000,** tendo em vista que a quitação fraudulenta do empréstimo contraído por JOSÉ CARLOS BUMLAI no Banco Schahin consistiu na principal vantagem indevida fornecida por MILTON e SALIM SCHAHIN. A autoria do crime está amplamente demonstrada e recai sobre SALIM SCHAHIN e MILTON SCAHIN, controladores do Banco Schahin, e sobre JOSÉ CARLOS BUMLAI, a título de participação. Todos esses três réus confessaram em juízo a conduta que lhes foi atribuída pelo Ministério Público Federal na peça incoativa, conforme já explicitado. **De fato, SALIM SCHAHIN e MILTON SCHAHIN admitiram, em suma, que o empréstimo foi concedido a JOSÉ CARLOS BUMLAI sem as garantias**

usuais em avenças daquela magnitude, pois sabiam que o verdadeiro beneficiário era o Partido dos Trabalhadores. Os três réus admitiram que a quitação foi fraudulenta, porquanto os embriões bovinos, dados em pagamento para a liquidação da dívida, jamais foram entregues pela Agro Caieiras Participações Ltda., pessoa jurídica constituída por JOSÉ CARLOS BUMLAI, para as propriedades rurais pertencentes ao Grupo Schahin, a saber, a Agropecuária Alto do Turiaçu Ltda. e a Agropecuária Maranhense S/A - Agromasa. A prova oral inclusive demonstrou que tais propriedades rurais sequer possuíam a tecnologia necessária a seu manuseio e armazenamento.⁸⁶

Posto isso, naquela oportunidade os desembargadores do Tribunal Regional Federal da 5ª Região entenderam estar presentes as elementares do crime de gestão fraudulenta até mesmo para pessoa estranha a administração da instituição financeira (José Carlos Bumlai):

⁸⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 5061578-51.2015.4.04.7000. Desembargador Relator do Acórdão Leandro Paulsen. Porto Alegre, RS, 30 de maio de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9026315&termosPesquisados=IGJhbmNvIHNjaGFoaW4gZ2VzdGFvIGZyYXVkdWxlbmRhIA==> Acesso em: 09 set. 2019. (grifo nosso)

DIREITO PENAL. DIREITO
PROCESSUAL PENAL. VIGÉSIMA
QUINTA APELAÇÃO DA "OPERAÇÃO
LAVA-JATO". QUESTÃO DE ORDEM
DESTACADA. ACORDO DE
COLABORAÇÃO PREMIADA.
SUSPENSÃO PROCESSUAL.
DESCABIMENTO ANTES DO TRÂNSITO
EM JULGADO DE CONDENAÇÕES
SUFICIENTES. PRELIMINARES. PEDIDO
DE CISÃO E SUSPENSÃO DO
PROCESSO EM RELAÇÃO A RÉUS
COLABORADORES. ÔBICE. PENDÊNCIA
DE APELOS PARA REDUÇÃO DAS
PENAS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO
PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA.
COMPETÊNCIA DA 13ª VARA FEDERAL
DE CURITIBA REAFIRMADA. INÉPCIA
DA DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.
OBRIGATORIEDADE E
INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.
INTERCEPTAÇÕES TELEMÁTICAS.
VIOLAÇÃO AO TRATADO DE
ASSISTÊNCIA MÚTUA EM MATÉRIA
PENAL ENTRE BRASIL E CANADÁ. NÃO
OCORRÊNCIA. MÉRITO. CORRUPÇÃO
PASSIVA (ART. 317, § 1º, DO CÓDIGO
PENAL). CORRUPÇÃO ATIVA (ART. 333,
PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO
PENAL). GESTÃO FRAUDULENTA DE
INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (ART. 4.º,
CAPUT, DA LEI N.º 7.492/86). NATUREZA
JURÍDICA. CRIME FORMAL E PRÓPRIO.
CRIME HABITUAL IMPRÓPRIO.
SUFICIÊNCIA DE UMA SÓ AÇÃO PARA
A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO.
DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME
DO ART. 19 DA LEI N.º 7.492/86.
IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DAS
PENAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E
LEGAIS. ART. 29, § 1º, DO CÓDIGO

PENAL. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONTROLE JUDICIAL DO ACORDO DE COLABORAÇÃO. USO DE TORNOZELEIRA ELETRÔNICA. FISCALIZAÇÃO. VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS. EXECUÇÃO DAS PENAS. PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. [...] 9. CORRUPÇÃO. Os tipos penais de corrupção tutelam o bom funcionamento da Administração Pública, a qual deve pautar-se pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Toda pessoa que exerce cargo, emprego ou função pública, seja em caráter efetivo, ou mesmo transitoriamente e ainda que sem remuneração, deve observar esses princípios na prática dos seus atos. Isso tanto no âmbito da administração direta (ente político) como da administração indireta (suas autarquias, funções, empresas públicas e sociedades de economia mista) e também das empresas contratadas ou conveniadas para a execução de atividade típica da Administração Pública. 10. Tipifica o delito de corrupção passiva a conduta de dirigente de estatal que outorga contrato a determinada empresa com o fim de obter, em contrapartida, vantagem indevida em favor de terceiros. Caso concreto em que a contraprestação espúria foi a quitação fraudulenta de empréstimo previamente tomado por agremiação político-partidária junto à empresa contratada. 11. Respondem, como coautores do crime de corrupção passiva, os agentes que auxiliaram o

dirigente da empresa estatal na interlocução ilícita junto aos ofertantes da vantagem indevida. 12. Tipifica o delito de corrupção ativa a conduta de dirigente de instituição financeira que, objetivando celebrar contrato com a PETROBRAS sem a devida concorrência, oferece, como contrapartida espúria a dirigente da estatal, a quitação fraudulenta de empréstimo concedido a agremiação político-partidária que lhe dá amparo no cargo. **13.GESTÃO FRAUDULENTA.** A criminalização da gestão fraudulenta de instituições financeiras, prevista no art. 4º da Lei n.º 7.492/86, visa a, em primeiro plano, tutelar a estabilidade e a higidez do Sistema Financeiro Nacional. Secundariamente, protegem-se os investidores e o próprio mercado financeiro das graves consequências decorrentes das potenciais quebras de instituições causadas pelos malfeitos de seus gestores. 14. Gerir fraudulentamente implica conduzir o negócio enganando, ludibriando, burlando, trapaceando, mediante falsidades, simulações, dissimulações, ocultações, omissões, desvios, condutas ardilosas ou outros artifícios. 15. O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira tem natureza formal, ou seja, configura-se independentemente da efetiva lesão à saúde financeira da instituição ou prejuízo dos investidores, poupadores ou assemelhados. Precedentes do STF (HC 95515, 2ª Turma, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, DJe 24.10.2008). 16. O crime de gestão fraudulenta é próprio, porém tal constatação não afasta a possibilidade da ocorrência de coautoria de terceiros estranhos à instituição. Se, por um lado, é certo que o autor da conduta

necessariamente precisa ostentar a especial qualidade de administrador para perfectibilizar todos os elementos do crime (art. 25 da Lei 7.492/86), é igualmente inegável que tal circunstância de caráter pessoal, quando conhecida pelos comparsas, comunica-se a todos os envolvidos (art. 30 do CP). 17. É desnecessária a prática habitual de atos fraudulentos para a caracterização do crime capitulado no art. 4º da Lei n.º 7.492/86, sendo possível que uma única conduta detenha relevância suficiente para consubstanciá-lo, aferível a partir das circunstâncias do caso concreto. Nesse viés, a jurisprudência classifica a gestão fraudulenta de instituição financeira como crime habitual impróprio. Precedentes. 18. Inviável a desclassificação para o crime do art. 19 da Lei n.º 7.492/86 (obtenção fraudulenta de financiamento) quando os gestores da instituição financeira são coautores da fraude. **19. Tipifica o crime de gestão fraudulenta a celebração de sucessivos contratos ideologicamente falsos de rolagem de dívida, bem como a outorga de quitação de empréstimo com base em negócio jurídico inexistente. [...]**⁸⁷

⁸⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 5061578-51.2015.4.04.7000. Desembargador Relator do Acórdão Leandro Paulsen. Porto Alegre, RS, 30 de maio de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9026315&termosPesquisados=IGJhbmNvIHJja>

Portanto, uma vez demonstrado o mais atualizado *modus operandi* de se praticar o crime de Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira, o qual normalmente envolve gestores de instituições que atuam no mercado financeiro oficial, questiona-se se este crime pode ser praticado por empresas que não se inserem formalmente neste meio, mas que ainda assim são classificadas como instituições financeiras de fato a luz da Lei 7.492/86.

É o que será respondido no último capítulo do presente trabalho.

CAPÍTULO 4

A RESPONSABILIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS IRREGULARES PELO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA

Diante das inúmeras discussões que envolvem o bem jurídico tutelado pela Lei nº 7.492/86, o conceito de Instituição Financeira para os fins penais e as elementares necessárias para a configuração dos crimes previstos nos artigos 4º e 16 da Lei dos Crimes de Colarinho Branco, surge o intrigante questionamento acerca da possibilidade de gestores de Instituições Financeiras de fato, enquadrados criminalmente no artigo 16 da Lei 7.492/89, serem responsabilizados pelo crime de Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira em concurso de crimes.

Em outras palavras: podem os administradores de Instituições Financeiras clandestinas ou não autorizadas pelo Banco Central praticar o crime de Gestão Fraudulenta, caso eles incorram nas elementares do tipo penal? Ou este delito é voltado tão somente para operadores de Instituições Financeiras regularmente constituídas?

Ao verificar os apontamentos trazidos pela doutrina sobre este questionamento, foi possível perceber que muitos autores se limitam a citar em suas obras decisões dos tribunais que se colocaram a favor ou contra a responsabilização de gestores que atuam a

margem do sistema financeiro pelo crime do art. 4º da Lei 7.492/86, ou, se traziam seu posicionamento, não se delongavam no assunto.

A título de exemplo, cita-se José Paulo Baltazar Júnior, doutrinador simpático a condenação destes administradores clandestinos pela prática do crime de gestão fraudulenta, e Guilherme Nucci, adepto da corrente desfavorável a sua condenação em concurso de crimes:

Em minha posição o delito tanto poderá ocorrer em instituição financeira regular, autorizada, quanto naquela que funciona sem autorização, caso em que haverá concurso formal com o delito do art. 16 [...] A interpretação contrária, ao argumento de que o art. 4º está dirigido somente a instituições financeiras regulares, acaba por deixar aquele que atua irregularmente em situação privilegiada [...] ⁸⁸

Checar: STJ: “A ideia de incriminação instituída pela Lei 7.492/86 levou em conta, de um lado, crimes praticados por agentes financeiros regulares e, de outro, por instituições que sem a autorização de funcionamento, invadem o mercado com a finalidade de realizar negócios escusos e contrários a higidez do sistema. Nesse pé, o tipo do crime de Gestão Fraudulenta de instituição financeira, representando o ato pelo qual o gestor, o diretor e o administrador da empresa atua contra os interesses do patrimônio dos investidores e

⁸⁸BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Crimes Federais**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 674.

clientes, bem assim, contra o próprio sistema financeiro, pressupõe a existência de empresa ou pessoa habilitada a atuar de forma legal, não se aplicando, por certo, aos agentes clandestinos, pois estes estão compreendidos no tipo do art. 16 da Lei 7.492/86” (REsp 897.656-PR, 6ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 11.12.2008, v.u)⁸⁹

Embora a doutrina não faça um juízo de valor tão profundo sobre o tema nos livros jurídicos, ao realizar uma pesquisa na jurisprudência dos tribunais pátrios, em especial as altas cortes deste país (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), foi possível perceber que seus Ministros argumentam ativamente sobre a questão para embasar seus votos, seja para condenar ou para absolver os chamados operadores financeiros clandestinos do crime de gestão fraudulenta.

Diante deste cenário, para melhor compreender os argumentos trazidos à baila que respondem as perguntas inicialmente levantadas no presente trabalho, nada melhor do que expor casos práticos julgados por eminentes juristas dos Tribunais Superiores do Brasil os quais, em primeira mão, enfrentaram a matéria e se posicionaram quanto ao tema.

⁸⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**: Vol. 02. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 787.

4.1 JURISPRUDÊNCIA DESFAVORÁVEL À CONDENAÇÃO DE GESTORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA IRREGULAR PELA PRÁTICA DOS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 4º E 16 DA LEI 7.492/86 EM CONCURSO DE CRIMES

Conforme exposto anteriormente, para os adeptos da primeira corrente o crime de gestão fraudulenta previsto no art. 4º da Lei 7.492/86 não pode ser praticado por gestores e administradores de Instituições Financeiras que operam sem autorização do Banco Central.

O argumento basilar que sustenta este posicionamento é o de que o legislador, ao editar a Lei dos Crimes de Colarinho Branco, optou por colocar em suas disposições tanto delitos voltados para aqueles que atuam sob a fiscalização do Banco Central, como delitos cujo público alvo seja qualquer tipo de instituição financeira (de fato ou de direito).

Assim, dentre os simpatizantes desta primeira corrente, cita-se como exemplo a d. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a qual ao ter contato com a matéria no Recurso Especial oriundo de um dos braços investigativos na operação “Farol da Colina” (RE 897.656/PR) esclareceu em seu julgado que o delito tipificado no art. 4º da Lei 7.492/86 é direcionado tão somente para gestores de Instituições Financeiras que atuam sob a égide do Sistema Financeiro Nacional.

O caso concreto do RE 897.656/PR se resumia em imputar ao investigado Reginaldo Perez Chavez (doleiro) os crimes de Operar Instituição Financeira sem

autorização do Banco Central, Gestão Fraudulenta, Evasão de Divisas e Lavagem de Dinheiro, haja vista que ele executou atividades de câmbio, mediante a transferência e a remessa de vultuosas quantias em dinheiro do Brasil para os Estados Unidos, por meio de uma conta corrente aberta em um banco na cidade de Nova Iorque (*Beacon Hill Service Corporation*) em nome de uma *offshore* constituída nas Ilhas Britânicas (Montana Enterprises LTD.), utilizando do sistema “dólar cabo”.

Sobre este sistema, registra-se os breves esclarecimentos do nobre Procurador da República Deltan Dalagnol, os quais levam a conclusão de que o método “dólar cabo” nada mais é que um regime de compensação de valores em contas correntes de diferentes titularidades, normalmente desvinculadas dos verdadeiros beneficiários das operações, criadas em países distintos, sem que haja uma transferência direta de recursos entre as partes da operação de câmbio:

[...] No sistema dólar-cabo (ou cabodólar) a remessa de recursos pode ocorrer em dois sentidos opostos [...]. No primeiro, o doleiro recebe no Brasil, em espécie ou mediante depósito, reais de seu cliente, efetuando, via internet banking ou mediante determinação ao gerente de sua conta no exterior, o débito no valor correspondente em moeda de conta que ele (doleiro) mantém no exterior, para crédito em favor de uma conta mantida no exterior por tal cliente ou por pessoa por este indicada. [...] No sentido oposto, o doleiro é quem compra moeda estrangeira por cabo: recebe em sua conta mantida no

exterior depósito em moeda estrangeira efetuado (direta ou indiretamente) por determinado cliente, entregando a este, no Brasil, o correspondente crédito em reais, em efetivo (“papel”) ou em depósito em conta do cliente ou por este indicada, ou em dólares em espécie (“papel”) [...] ⁹⁰

Diante deste cenário, o Tribunal de 2ª Instância (TRF da 4ª Região) absolveu o sobredito doleiro do crime de Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira, porque entendeu que não havia uma instituição financeira propriamente dita no caso concreto para que fossem praticados os chamados atos de gestão inerentes ao tipo do art. 4º da Lei 7.492/86, mas sim um **empreendimento ilícito**.

Eis a ementa do acórdão proferido em 2ª Instância:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E DE "LAVAGEM" DE DINHEIRO. COMPETÊNCIA DO JÚIZO ESPECIALIZADO DE CURITIBA.

⁹⁰CARLI, Carla Veríssimo. MENDONÇA, Andrey Borges. WELTER, Antônio Carlos. LIMA, Carlos Fernando. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. PALUDO, Januário. CAVALCANTI, José Robalinho. MORAES, Luciana Furtado. FRICHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro. WEBER, Patrícia Maria Nuñez. GRANDIS, Rodrigo. PRADO, Rodrigo Leite. ARAS, Vladimir. SARAIVA, Wellington Cabral. **Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2012. p.398.

RESOLUÇÃO Nº 20 DESTE TRF. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO NO INTERROGATÓRIO DO RÉU. ARTS. 4º, 16 E 22, PARÁG. ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. INEXISTÊNCIA DE CONCURSO FORMAL ENTRE O DELITO DE "GESTÃO FRAUDULENTA" COM OS DE "EVASÃO DE DIVISAS" E "OPERAR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEM AUTORIZAÇÃO". CONCURSO MATERIAL COM O CRIME DE "LAVAGEM" DE VALORES. ART. 1º DA LEI Nº 9.613/98. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. 1. A competência da justiça federal para julgamento e processamento do feito firmou-se na denúncia, *rationi loci*, devendo ser mantida até por aplicação analógica do art. 81 do CPP. Ademais, a Oitava Turma deste TRF já se manifestou que a Resolução nº 20 da Presidência desta Corte, de 20-05-2003, editada com amparo na Resolução nº 314 do CJF e na Lei nº 9.664/98, nada tem de ilegal ou inconstitucional, sendo descabida a alegação de incompetência do Juízo Especializado de Curitiba. Inocorrente ofensa ao Princípio do Juiz Natural. 2. Inexistente prejuízo à defesa do réu, quando devidamente assistido no interrogatório por advogado nomeado para o ato, não havendo falar em nulidade processual. 3. Demonstradas a autoria pelo denunciado e a materialidade dos

crimes descritos nos arts. 16 e 22, § único, da Lei nº 7.492/86, em continuidade delitiva, bem como do crime tipificado no art. 1º da Lei nº 9.613/98, ante a produção de grande quantidade de prova documental, além de eficiente prova testemunhal. Dolo consistente na vontade livre e consciente do réu em operar desautorizadamente instituição financeira por equiparação, bem como em evadir e ocultar valores para e no exterior, demonstrada a ciência da ilicitude das condutas na prova coligida. 4. Inexistência de concurso aparente de normas ou mesmo de concurso formal entre os delitos tipificados nos arts. 4º e 16 da lei que protege o sistema financeiro nacional, uma vez que não ficou caracterizada a prática da conduta descrita no art. 4º da Lei nº 7.492/86. **Se a empresa em questão não é considerada como instituição financeira de fato e de direito, mas um empreendimento ilícito, não há falar em "atos de gerência do negócio ilícito", sendo estes incompatíveis com o crime de gestão fraudulenta.** Este é crime próprio do gestor formal, sendo inadmissível norma penal que regule atividade ilícita. 5. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma do art. 44, I, CP, quando esta, em razão do concurso material dos crimes (art. 69, CP), fica superior a 04 (quatro) anos. 6. Facultado o regime semi-aberto para o cumprimento inicial da pena porque preenchidos os requisitos legais (art. 33, § 2º, "b", do CP).

(TRF4, ACR 2004.70.00.021788-4,
OITAVA TURMA, Relator LUIZ
FERNANDO WOWK PENTEADO, DJ
07/06/2006)⁹¹

Diante deste cenário, o Ministério Público Federal interpôs recurso ao Superior Tribunal de Justiça, momento em que a Ministra Maria Thereza assentou seu entendimento sobre o caso. Segundo ela, a Lei 7.492/86, embora tenha trago um conceito amplo de Instituição Financeira, que engloba até mesmo pessoas físicas que executem atividades típicas de instituição financeira de forma eventual, notoriamente excluiu aqueles que atuam a margem do Sistema Oficial da imputação do crime de Gestão Fraudulenta.

Para a Ministra, nas entrelinhas do tipo penal subentende-se que o crime era voltado para aqueles que descumprissem as regras impostas pelo BACEN (Sistema Normativo) e pelo próprio mercado financeiro (Sistema de Operação), de modo que somente as pessoas que se submetessem oficialmente a essas normas (no caso, os que ingressaram com um processo de licenciamento e que atuavam sob fiscalização dos

⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 2004.70.00.021788-4. Desembargador Relator Luiz Fernando Wowk Penteado. Porto Alegre, RS. 07 de junho de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php> Acesso em: 20 set. 2019. (grifo nosso)

Órgãos de Controle) poderiam ser responsabilizadas pelo referido crime.

Nesse sentido:

[...] Vista a descrição do evento, parece-me um pouco temerário seduzir-se, no caso, pela existência do crime, porque a empresa denominada MONTANA não detinha autorização para funcionar no Brasil. **Ora, a previsão legal faz, nas entrelinhas, alusão ao fato de a instituição ser autorizada, o que, obviamente, guarda certa proporção com a lógica do sistema, já que, como sabido, a gestão fraudulenta envolve a prática de atos contra os interesses da instituição regularmente constituída, equivalendo dizer que, na prática ilícita, o agente descumpriu as regras estabelecidas pelo Banco Central e pela praxe normal do mercado financeiro, que é, naturalmente, sujeito a detido regramento.** Sobre a discussão, aliás, esta Turma já se pronunciou quando do julgamento do HC 60.444/SP (DJ de 05/5/2008), no qual o objeto de análise era o art. 11 da Lei 7492/86, mas o tema de fundo era o mesmo: a impossibilidade de se imputar certas práticas delituosas típicas das instituições financeiras autorizadas aos agentes clandestinos do mercado. [...]⁹²

⁹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 897.656/PR. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF. 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>> Acesso em: 17 set. 2019. (grifo nosso)

Com a devida vênia, este argumento não parece razoável, pois, em primeiro lugar, independente se a instituição financeira e seus gestores estão atuando sob a égide dos Órgãos do Banco Central, é certo que todos aqueles que exercem as atividades típicas deste segmento devem se submeter a estas regras, de modo que se o operador financeiro clandestino escolhe não segui-las (ou finge que as desconhece), ele age tão na ilegalidade quanto aquele operador regular que também não segue as regras, mas dissimula seus atos para dar aparência de legalidade.

Aliás, ambos têm a capacidade de dissimular e cometer fraudes para praticar atos de gestão, bem como de colocar em cheque a higidez do Sistema Financeiro Nacional como um todo. Porém, enquanto um atua para ludibriar Órgãos de Estado quanto as fraudes que ocorrem nas operações formalizadas no interior de uma Instituição Financeira regularmente constituída, o outro engana para evitar que este descubra que está exercendo a própria operação típica de Instituição Financeira.

Em segundo lugar, o direito penal é um dos ramos do direito que mais se preocupa com a estrita legalidade, de modo que se o próprio legislador colocou na Lei dos Crimes de Colarinho Branco quais instituições financeiras se referem os crimes ali tipificados (artigo 1º da Lei 7.492/86), é notório que sua vontade era a de que todos os seus dispositivos legais fosse interpretados a

luz daquilo que ele regulamentou, e não deixar para a doutrina, e até mesmo para a jurisprudência, o trabalho de indicar quem está apto a responder por determinado delito ou não.

Afinal, a elaboração da Lei dos Crimes de Colarinho Branco, embora tenha sido confeccionada e publicada às pressas, tinha um objetivo central: proteger a higidez e credibilidade do Sistema Financeiro Nacional, de modo que todos os seus dispositivos legais, em especial o que diz respeito ao conceito de Instituição Financeira, também foi regulado para atingir esta meta.

Dando continuidade à sua linha de pensamento, a Ministra Maria Thereza sustenta sua tese também no fato de que a fraude não pôde ser tida como existente no caso concreto, uma vez que os próprios clientes que procuravam os doleiros para formalizar a remessa ou entrada de valores no país possuíam consciência de que as operações eram ilegais, circunstância que afastava a elementar do tipo.

Inclusive, a nobre julgadora afirma que esta condição era até mesmo o motivo pelo qual eles procuravam os operadores financeiros clandestinos, pois sua preferência era efetuar as remessas de dinheiro longe dos olhos fiscalizatórios do Estado, claramente para ocultar a origem, a propriedade e até o caminho dos recursos objeto da operação, fato que também afastava a incidência da norma penal em comento, ante a ausência de ato capaz de ludibriar alguém.

Reconduza-se o trecho do voto-condutor, segundo o qual “atos de gestão de negócio ilícito não podem ser regulados, diante do princípio da exclusiva proteção de bens

jurídicos”. Traduzindo esse segundo prisma do acórdão, tem-se que a controvérsia não supõe apenas o fato de a instituição financeira estar autorizada a funcionar, porquanto a anotação encampa outros elementos do tipo penal, sobretudo o que se refere à fraude do “ato de gestão”. O tipo do artigo 4º, conforme colação supra, além da designação de instituição financeira, exige a conjugação de outros dois elementos, tais como, o verbo “gerir” e o advérbio “faulementamente” que, por óbvio, qualifica a ação como de natureza criminosa. Segundo a doutrina, trata-se de crime próprio porque somente aquele que detém o poder de gerenciar, comandar, conduzir os negócios da instituição é que pode ser sujeito ativo, não podendo recair a conduta em pessoa que nada possa influir nos rumos da administração. O núcleo gerir, por sua vez, tem a idéia da prática de vários atos de administração, atos esses incomuns, como se verá do segundo elemento, ao regulamento da **instituição. Incrementando a conduta, reclama-se, então, a presença da fraude que, como se sabe, tem a noção do embuste, do erro de terceiro, na espécie, aquele que de alguma forma tem os interesses financeiros administrados pela instituição.** A propósito, há de se lembrar, pela vertente do caput do art. 1º da Lei 7492/1986, que a compreensão de instituição financeira está justamente na existência de sociedade de “captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, seja em moeda nacional ou estrangeira”. **Assim, no caso**

vertente, a gerência da suposta instituição financeira não corporificava em fraude contra terceiros, porque esses mesmos já sabiam das operações ilícitas, razão por que também foram denunciados pelo Ministério Público Federal, conforme se depreende do texto transcrito da denúncia. Em verdade, conforme o contexto acusatório, os terceiros utilizavam a dita “instituição financeira” com o objetivo de remessa de moeda, cuja origem não detinha lastro em operações legais, ao exterior, situação pretendida e conhecida pelos mesmos interessados [...]⁹³

Contudo, tal argumento também não prospera pois conforme exposto no Capítulo atinente ao Crime de Gestão Fraudulenta, a fraude visa iludir terceiros em geral quanto à realidade dos fatos, sejam eles os beneficiários da operação ou não, de modo que a prática dissimulada de ato típico de instituição financeira pode servir para induzir em erro os próprios Órgãos Oficiais do Sistema Financeiro Nacional, responsáveis por fiscalizar as operações bancárias que o sustenta.

Inclusive, em um dos casos citados naquele capítulo, qual seja o que envolveu a Operação Lava Jato e a concessão de empréstimo em favor de José Carlos

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 897.656/PR. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> > Acesso em: 17 set. 2019. (grifo nosso)

Bumlai e do Partido dos Trabalhadores (Ação Penal nº 5061578-51.2015.4.04.7000), foi possível perceber que todos os envolvidos no negócio jurídico estavam cientes das fraudes praticadas no âmbito da Instituição Financeira regular, e todos foram condenados pelo delito de gestão fraudulenta (até mesmo o cliente beneficiário do empréstimo José Carlos Bumlai), de modo que a indução em erro se deu tão somente para os Órgãos de Controle em questão.

Lado outro, é importante registrar que a Ministra Maria Thereza não foi a única magistrada do Superior Tribunal de Justiça a encampar este posicionamento, pois o Ministro Og Fernandes, ao ter contato com caso semelhante ao da respectiva Ministra, também entendeu que a coexistência dos crimes dos artigos 4º e 16 sobre a mesma conduta seria inviável.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DÓLAR-CABO. INÉPCIA DA INICIAL. IMPROCEDÊNCIA. CONDUTA SUFICIENTEMENTE DESCRITA. GESTÃO FRAUDULENTA E OPERAÇÃO ILEGAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INCOMPATIBILIDADE. LAVAGEM DE DINHEIRO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS. 1. Se a inicial acusatória narra adequadamente as condutas atribuídas ao paciente, preenchendo os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, fica afastada a tese de sua inépcia. **2. O cometimento do delito de gestão fraudulenta denota a existência de uma**

instituição financeira autorizada, enquanto a operação ilegal de instituição financeira pressupõe a existência de uma empresa que funcione como tal sem que lhe tenha sido permitir atuar dessa forma. A coexistência destes delitos, referindo-se à mesma conduta, é inviável. 3. A concretização do delito de ocultação de valores exige prévia conduta criminosa, devendo haver, ao menos, indícios de que os ativos remetidos ao exterior são objeto de crime. 4. Ordem parcialmente concedida para trancar a ação penal em trâmite contra o paciente, na parte em que se refere à suposta prática do crime de gestão fraudulenta e de ocultação de bens, direitos e valores, sem prejuízo do prosseguimento do processo, quanto às demais condutas. Extensão de efeitos dessa decisão ao corréu Sérgio Luiz Frizzo.

(HC 197.569/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 17/11/2011)⁹⁴

Diante deste cenário, uma vez exposto o posicionamento da primeira corrente acerca da temática ora tratada, é imperioso neste momento a análise do

⁹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 197.596/PR*. Ministro Relator Og Fernandes. Brasília, DF, 17 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>> Acesso em: 23 set. 2019. (grifo nosso)

segundo posicionamento jurisprudencial, o qual defende a possibilidade de condenação de gestores de instituições financeiras clandestinas pelos delitos do art. 4º e 16 da Lei 7.492/86 em concurso de crimes.

4.2 JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL À CONDENAÇÃO DE GESTORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA IRREGULAR PELA PRÁTICA DOS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 4º E 16 DA LEI 7.492/86 EM CONCURSO DE CRIMES

A segunda corrente acredita que o tipo penal de Gestão Fraudulenta deve ser interpretado a luz da própria Lei de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a qual objetiva a proteção do Sistema como um todo, bem como expressamente prevê o que se entende por Instituição Financeira em seu artigo 1º e quem são os seus gestores suscetíveis de responsabilização (artigo 25 da Lei 7.492/86).

Os adeptos deste entendimento asseveram, em suma, que não há incompatibilidade entre os delitos em comento, haja vista que enquanto o primeiro (art. 4º da Lei 7.496/86) se preocupa com a lisura das operações propriamente ditas que são entabuladas no interior da instituição financeira (seja ela de fato ou de direito), o segundo (art. 16 da Lei 7.492/86) volta a sua atenção para seu regular funcionamento no mercado nacional.

Para melhor elucidar esta ideia, cita-se, primeiramente, o julgado proferido pelo Ministro Luiz Fux no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual se relaciona com a famosa Operação “Banestado” (*Habeas Corpus* nº 93.368/PR), que levou a condenação de inúmeros doleiros clandestinos que celebravam operações de remessa de valores no mercado paralelo para o exterior, em especial os Estados Unidos.

O caso concreto, muito parecido com o julgado pela Ministra Maria Thereza de Assis, visava denunciar e condenar Ernesto Albuquerque D’Andrea e Ernesto Vitorino Rosário D’Andrea pela prática dos crimes tipificados nos artigos 4º (Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira), 16 (Operação de Instituição Financeira sem autorização do Bacen) e 22 (Evasão de Divisas) da Lei 7.492/86, bem como por Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98).

Assim como Reginaldo Perez Chaves (RE 897.656/PR), os acusados operaram uma instituição financeira clandestina através de uma *offshore* constituída nas Ilhas Britânicas (*Parmed Investments Limited*) e de uma empresa de cobrança com sede no Brasil (Online Serviços de Cobrança LTDA.), as quais foram utilizadas para exercer atividades de câmbio e remessa de valores para o exterior em favor de terceiros, sem autorização ou fiscalização do Banco Central e mediante a dissimulação dos verdadeiros beneficiários das operações.

Por conseguinte, os denunciados serviram de uma conta corrente criada em nome da sobredita *offshore* no denominado “Merchant Bank” em Nova Iorque, e da estrutura de seu estabelecimento comercial

no Brasil, para movimentar em torno de 25 milhões de reais para fora do país, de maneira clandestina e a margem do sistema financeiro oficial, por meio do já conhecido sistema dólar cabo.

Dessa maneira, uma das linhas de argumentação da Defesa foi a inépcia da Denúncia em razão da imputação concomitante dos crimes de Operar Instituição Financeira Irregular e de Gerir Fraudulentamente Instituição Financeira, circunstância que, em sua visão, se mostrava contraditória, haja vista que este último delito somente se aplicava a gestores de instituições financeiras regulares.

Nesse sentido:

[...] Por fim, alegou inépcia da denúncia por articulação de imputações manifestamente contraditórias, pela clara impossibilidade de incriminação pelo crime de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei 7.492/86) juntamente com acusação da prática do crime de operar com instituição financeira ilegal (art. 16 da mesma Lei), uma vez que o artigo 4º só pode praticar o administrador da instituição financeira regular, devidamente autorizada, e o artigo 16, ao contrário, só pode ser cometido por administrador de instituição financeira irregular. Requer o reconhecimento da atipicidade da conduta prevista no art. 4º da Lei 7.492/86 [...] ⁹⁵

⁹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 93.368/PR. Ministro Relator Luiz Fux. Brasília, DF, 09 de agosto de 2011.

Contudo, o nobre ministro Luiz Fux entendeu por bem rejeitar a referida tese, sob o argumento de que os crimes do artigo 4º e 16 da Lei 7.492/86 não são incompatíveis entre si, pois podem ser imputados a um mesmo fato em concurso formal de crimes.

Tal fato se justifica justamente por causa dos objetivos centrais de cada tipo penal, já expostos logo no início deste item: enquanto art. 4º se preocupa com a lisura das operações que são celebradas no âmbito da Instituição Financeira de fato ou de direito, o artigo 16 coloca em foco o seu regular funcionamento no tocante a aspectos burocráticos formais de constituição.

Além disso, FUX relembra que o amplo conceito de instituição financeira imposto pelo legislador no artigo 1º da Lei 7.492/86 nos leva a conclusão de sua intenção jamais foi restringir o campo de incidência da Lei dos Crimes de Colarinho Branco, mas sim ampliá-lo, obviamente em prestígio ao próprio bem jurídico tutelado pela legislação extravagante em comento, ou seja, a higidez do Sistema Financeiro Nacional como um todo.

Nesse sentido:

Consoante o texto do artigo 1º, o legislador pretendeu ampliar a incidência penal da Lei 7.492/86 [...]

Assim, todo e qualquer ato fraudulento na administração de empresa de crédito deve estar abrangido pela figura penal [...] Não há que se fazer distinção entre instituições

Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 16 set. 2019.

regulares ou irregulares, para fins de subsunção ao tipo penal, pois a proteção deve recair sobre a lisura, a correção e a honestidade das operações atribuídas e realizadas pelas instituições financeiras e equiparadas. Enfim, o bem jurídico que se tutela é a credibilidade das instituições de crédito e a proteção ao erário [...] *In casu*, demonstrado nos autos que o paciente administrava instituição com aparente regularidade, não se mostra inviável a sua sujeição ao crime de gestão fraudulenta de instituição financeira [...] Em verdade, cinge-se a controvérsia à diferenciação entre as expressões legais “gestão fraudulenta” (art. 4º) e “fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa” (art. 16) [...] Segundo Paschoal Mantecca (in Crimes contra a Economia Popular e Sua Repressão. São Paulo, Saraiva, 1985, p.41) gestão fraudulenta “caracteriza-se pela ilicitude dos atos praticados pelos responsáveis pela gestão empresarial, exteriorizada por manobras ardilosas e pela prática consciente de fraudes”. Sobre o delito do art. 4º da Lei 7.492/86, Adel El Tasse (in Legislação Criminal Especial, Coordenador Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, Sistema Financeiro – Ade El Tasse, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 916/917) leciona que ao administrar ou gerir instituição financeira, o sujeito ativo o faz de forma fraudulenta, ou seja, meio enganoso, com má fé e intuito de ludibriar. **Nota-se que a gestão fraudulenta traz mais que um excesso de risco. O tipo exige um dolo específico, ou seja, uma vontade**

consciente do agente em praticar ato que dará aparência de legalidade a negócio ou a situação jurídica que, em sua natureza, é ilegal. Já a expressão “fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa” denota a exigência, para que não se incorra no tipo penal, de autorização ou que, existindo a mesma, não seja obtida mediante declaração falsa. Não se trata da qualidade daquela gestão, não se preocupando com a inibição daquela instituição que pretende demonstrar uma aparente legalidade, assim como o faz o artigo 4º. **O artigo 16 do diploma legal, diferentemente, visa tipificar a conduta àquele que deixa de atender a formalidade exigida pelo órgão competente, para que possa iniciar ou continuar sua operação.** O dispositivo se volta contra aquele que “faz operar” a atividade financeira em desacordo com tais exigências [...] Portanto são condutas que se mostram compatíveis, passíveis de imputação ao mesmo acusado, ao passo que gerir fraudulentamente se encarta na seara da má gestão da instituição, enquanto que, fazer operar sem a devida autorização diz respeito ao funcionamento irregular [...]⁹⁶ (grifo nosso)

⁹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 93.368/PR. Ministro Relator Luiz Fux. Brasília, DF. 09 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 16 set. 2019.

Este também foi o entendimento trilhado pelo Ministro Celso de Mello, o qual ao ter contato com a matéria em outro *Habeas Corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal, também relacionado ao caso “Banestado” (HC nº 117.270/DF), assentou seu entendimento na ideia de que os delitos dos artigos 4º e 16 não são incompatíveis entre si, seja pelo conceito abrangente de Instituição Financeira inculcado no artigo 1º da Lei 7.492/86, seja pelo fato de que os tipos penais detêm funções diferentes no contexto da Lei 7.492/86.

Aliás, no tocante a aplicação do conceito de instituição financeira inculcado no art. 1º da Lei 7.492/86 aos demais crimes da lei extravagante, o nobre julgador faz uma interessante comparação com outro conceito geral trazido pelo Direito Penal brasileiro, qual seja o de funcionário público para fins penais.

Para Celso de Mello, o conceito de Instituição Financeira disposto no artigo 1º da Lei 7.492/86 está para os crimes contra o sistema financeiro nacional, tal como o conceito de funcionário público inculcado no art. 327 do Código Penal está para os crimes contra a Administração Pública em Geral, de modo que é ilógico entender que o crime de gestão fraudulenta somente poderia ser aplicado para operadores financeiros autorizados pelo Banco Central, quando o dispositivo legal não prevê expressamente esta determinante.

Nesse sentido:

Como já ressaltado na decisão ora recorrida, a pretensão deduzida nesta sede processual não tem o beneplácito da

própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois esta Corte já se pronunciou no sentido de que se revestem de caráter autônomo as condutas tipificadas no art. 4º e no art. 16, ambos da Lei nº 7.492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de tal modo que o comportamento do agente que comete o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º) mostra-se também compatível com a prática do crime de operação de instituição financeira não autorizada (art. 16). É que o delito de gestão fraudulenta tanto pode ser cometido em instituição financeira autorizada quanto em instituição financeira não autorizada pelo Banco Central do Brasil (BACEN), sob pena de atribuir-se inadmissível tratamento privilegiado àquele – não importando se pessoa física ou jurídica –, que atua, ilegalmente, sem a necessária e prévia autorização do BACEN, nos diversos mercados que compõem o sistema financeiro nacional [...] Impende enfatizar, no ponto, até mesmo para constatação do caráter autônomo de que se revestem os crimes de gestão fraudulenta e de operação de instituição financeira não autorizada, **que o conceito normativo de instituição financeira, para fins penais, acha-se definido, de modo amplo e abrangente** (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, p. 1.138, item n. 4, 5ª ed., 2010, RT), **na própria Lei nº 7.492/86** (art. 1º e parágrafo único), que compreende, para esse específico efeito, pessoas naturais ou entidades que operem, sem autorização do Banco Central do Brasil, nos diversos segmentos que compõem o sistema

financeiro nacional: (a) mercado monetário, (b) mercado de crédito, (c) mercado de câmbio e (d) mercado de capitais (JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, “Crimes Federais”, p. 319, 6ª ed., 2010, Livraria do Advogado Editora, v.g.). Na realidade, a norma inscrita no art. 1º e respectivo parágrafo único da Lei nº 7.492/86 traduz verdadeira interpretação autêntica dada pelo próprio legislador quando edita diplomas legislativos de caráter geral, inclusive aqueles de conteúdo eminentemente penal, **como sucede, p. ex., com o art. 327 do Código Penal, que contém definição ampla e abrangente de “funcionário público” para efeito exclusivamente criminal** (CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Código Penal Comentado”, p. 1.419, itens ns. 1 e 2, 8ª ed., 2014, Saraiva, v.g.), **tal como ocorre com os preceitos legais acima referidos, que conferiram amplitude conceitual à noção mesma de “instituição financeira”, em ordem a alcançar, em razão de equiparação legal, entidades que operem sem autorização do Banco Central do Brasil ou, até mesmo, pessoas físicas, como os “doleiros”**, p. ex., tal como ressaltado pela doutrina (JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, “Crimes Federais”, p. 330, 6ª ed., 2010, Livraria do Advogado Editora) e pela jurisprudência dos Tribunais: [...] Vê-se, portanto, sob o aspecto que venho de referir, que a cláusula normativa consubstanciada no art. 1º e em seu parágrafo único da Lei nº 7.492/86 objetiva explicitar, mediante autêntica interpretação emanada do próprio legislador, o âmbito

de incidência material desse diploma legislativo, vinculando a compreensão e a incidência dos tipos penais nele definidos ao sentido claramente abrangente da expressão “instituição financeira”, inclusive para efeito de adequação de condutas aos elementos que compõem as estruturas típicas constantes do art. 4º e do art. 16 da legislação que define os crimes contra o sistema financeiro nacional.⁹⁷

Em suma, percebe-se que para os eminentes juristas Luiz Fux e Celso de Mello a condenação concomitante de gestores de instituições financeiras pelos crimes do art. 4 e 16 da Lei 7.492/86 se revela plenamente possível, haja vista que o primeiro crime se preocupa com a lisura e idoneidade das operações executadas pela instituição financeira, seja ela de fato ou de direito, ao passo que o segundo analisa apenas aspectos formais de regular funcionamento da instituição, de modo que um não exclui o outro.

Além disso, a ausência de previsão legal quanto a necessidade de autorização do Banco Central, seja no artigo 1º ou no 4º da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, impede que o operador do direito considere que o crime de Gestão Fraudulenta seja aplicado tão somente para instituições que atuam sob a égide dos Órgãos de Controle, razão pela qual a

⁹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 117.270/DF. Ministro Relator Celso de Mello. Brasília, DF, 06 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 17 set. 2019. (grifo nosso)

admissão de imputabilidade pelos dois crimes se revela viável, até mesmo por prestígio ao princípio da legalidade.

Por fim, é importante registrar uma reflexão sobre justiça levantada por ambos juristas da Corte Suprema em seus julgados e que merece atenção: ao adotar a interpretação legal de que os crimes do art. 4º e 16 são incompatíveis entre si, o direito brasileiro estaria privilegiando aqueles que atuam a margem do sistema financeiro nacional em detrimento daqueles que atuam sob a fiscalização do Banco Central, o que notoriamente não é aceitável.

Pode-se perceber que esta posição de privilégio, também suscitada por BALTAZAR⁹⁸, ocorre em razão das penas aplicáveis para os delitos em comento, pois a sanção para o delito de Operação de Instituição Financeira sem autorização do Banco Central é muito inferior ao de Gestão Fraudulenta⁹⁹, circunstância que, a depender do caso poderia não só acarretar impunidade sobre aqueles que praticam condutas notoriamente graves, mas também levar ao cúmulo de estimular este segmento a atuar no mercado paralelo.

Portanto, percebe-se que os julgados atinentes a condenação de administradores de instituições

⁹⁸ BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Crimes Federais**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 674.

⁹⁹ Pena para o crime de Operação de Instituição Financeira Irregular: 01 a 04 anos. Pena para o Crime de Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira: 03 a 12 anos.

financeiras clandestinas pelo crime de gestão fraudulenta, sejam eles favoráveis ou contra esta circunstância, revelam que a temática é extremamente relevante para o dia a dia dos Tribunais, uma vez que, a depender do posicionamento adotado, ela pode alterar diametralmente o espectro de pena a ser aplicado sobre aquele que está imerso na criminalidade econômica, razão pela qual o tema deve ser visto não só como uma questão de legalidade estrita, mas também de justiça.

CONCLUSÃO

Diante de todas as exposições realizadas no presente trabalho, conclui-se que a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional foi editada para atender uma exigência da sociedade do final do século XX, ou seja, a de se buscar uma tutela penal rígida sobre as atividades dos grandes administradores de Instituições Financeiras, os quais cotidianamente operavam seus estabelecimentos com a finalidade de enriquecer ilicitamente às custas da população em geral.

Por conseguinte, surgiu um diploma legal cujos dispositivos foram elaborados para tutelar dois bens jurídicos: em primeiro lugar, a higidez e a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional e de seus Subsistemas (Normativo, Supervisão e Operação) e, em segundo lugar, o patrimônio dos investidores e correntistas que aportam seus recursos monetários no sistema, na crença de que seu patrimônio está protegido de eventuais aventuras negociais.

Contudo, as Instituições Financeiras propriamente ditas, vistas por aquela sociedade como as verdadeiras vilãs do bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, evoluíram ao longo do tempo, e passaram a atuar não mais sob a égide do Mercado Oficial, mas sim em um sistema paralelo, afastado dos olhos fiscalizatórios do Estado.

O lado positivo deste contexto é o de que o legislador, acredita-se que ciente do dinamismo inerente

a este segmento, optou por bem colocar como alvo da Lei dos Crimes de Colarinho Branco Instituições Financeiras em seu sentido mais amplo, assim como dispõe o seu art. 1º, de modo que em seu campo de atuação incide tanto Instituições Financeiras de fato, administradas por pessoas físicas ou jurídicas que exerçam de modo cotidiano ou eventual uma das atividades ali elencadas, como as de direito, que passaram por um processo de autorização para funcionar pelo Banco Central.

Contudo, ao verificar a imputação penal destes operadores financeiros clandestinos e irregulares, percebeu-se que uma grande parte da jurisprudência pátria os responsabilizavam tão somente pela prática do crime disposto no artigo 16 da Lei 7.492/86, o qual, embora se trate de delito de natureza jurídica comum, de mera conduta e não habitual, se volta tão somente para o regular funcionamento do estabelecimento em si, que não passou por um processo de autorização no Banco Central ou, se passou, adquiriu a licença mediante repasse de informações inverídicas/fraudulentas.

No entanto, foi observado que estes agentes, além de exercerem atividades típicas de Instituição Financeira sem o devido licenciamento, normalmente cometiam inúmeras fraudes e dissimulações no intuito de gerir suas atividades e ludibriar Órgãos de Controle e terceiros em geral, mas não eram responsabilizados por estes atos formalmente, de modo que passou a se questionar sobre a possibilidade deles responderem pelo delito de Gestão Fraudulenta, tipificado no artigo 4º da Lei 7.492/86, em concurso de crimes com o artigo 16 da mesma lei.

Esse delito (artigo 4º da Lei 7.492/86), o qual possui natureza jurídica de crime próprio, habitual impróprio, formal e de perigo, tem por objetivo não só proteger os bens jurídicos tutelados pela Lei 7.492/86 como um todo, mas também a lisura das operações propriamente ditas que são celebradas no interior de uma Instituição Financeira.

Porém, parte da doutrina e da jurisprudência o via como um fato criminoso a ser praticado tão somente por gestores de Instituições Financeiras que se submetiam às regras do Banco Central, cuja condição pressupunha, em tese, passar por seu processo de autorização. Em outras palavras, só poderiam ser consideradas aptas a cumprir as regras impostas pelo BACEN aquelas Instituições Financeiras que se apresentassem a este Órgão e fossem autorizadas por ele para funcionar.

Além disso, os adeptos desta corrente argumentavam que as atividades exercidas por estes operadores enquadráveis no artigo 16 da Lei 7.492/86 eram consideradas ilícitas, de modo que se esta circunstância era conhecida pelos clientes que procuravam seus serviços, não haveria que se falar na configuração da elementar do tipo consistente na fraude. Afinal, não há como ludibriar alguém sobre uma circunstância ilegal da qual todos envolvidos no negócio têm conhecimento e inclusive concordam.

Contudo, ao verificar detidamente o objetivo central da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro

Nacional, em conjunto com as elementares e características dos crimes em comento, foi possível perceber que ambos são compatíveis entre si, uma vez que enquanto o tipificado no artigo 4º se preocupa com a honestidade e lisura com que são conduzidas as operações no âmbito da Instituição Financeira, o do artigo 16 se volta apenas para a aparência e o regular funcionamento do estabelecimento perante os Órgãos de Controle, razão pela qual um não poderia excluir o outro.

Aliás, adotar um posicionamento distinto seria o mesmo que não aplicar aquilo que o próprio legislador ordinário regulou acerca do que se entende por Instituição Financeira, a qual, conforme exaustivamente exposto, prescinde do requisito “autorização do Banco Central” para ser considerada como tal, ante a ausência de previsão desta determinante no artigo 1º da lei 7.492/86.

Outrossim, interpretação contrária a este posicionamento tolheria a proteção ao próprio bem jurídico tutelado pela Lei, ou seja, o Sistema Financeiro Nacional.

Por fim, conclui-se que a responsabilização dos gestores de Instituições Financeiras irregulares pelo crime de Gestão Fraudulenta também se revela como uma questão de justiça e coerência na aplicação do Direito Penal, haja vista que as penas aplicadas a eles pelo crime de Operação de Instituição Financeira sem autorização do Banco Central não fazem jus às fraudes e ilícitos que eles cometem para executar suas atividades, razão pela qual devem ser responsabilizados por ambos os delitos em concurso de crimes.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Crimes Federais**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **O que é Administradora de Consórcios?** Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/administradoraconsorcio>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sistema Financeiro Nacional**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn>> Acesso em: 03 ago. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Glossário**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/glossario>> Acesso em: 09 set. 2019.

BITENCOURT, César Roberto. BRENDA, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Contra o Mercado de Capitais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n. 1.521 de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm>.

Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 4.595 de 31 de dezembro de 1964.

Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>.

Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986. Define os

crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>.

Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Mensagem de Veto nº 252 de 16 de junho de 1986. Disponível em:

<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7492-16-junho-1986-367988-veto-28247-pl.html>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 486.689/BA. Ministro Relator Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 02 de agosto de 2019. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>

Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 115.151/RJ. Ministro Relator Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 17 de outubro de 2018. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1374090/PR. Ministro Relator Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito Negativo de Competência nº 160.077/PA. Ministro Relator Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 10 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 97.357/GO. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 18 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 101.381/RJ. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 13 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 197.596/PR. Ministro Relator Og Fernandes. Brasília, DF, 17 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>> Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 391.053/SP. Ministro Relator Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 02 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>> Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 64.045/MG. Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 23 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> > Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 897.656/PR. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> > Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal Originária nº 470/MG. Ministro Relator Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/ano/AP470itemV.pdf>> Acesso em: 06 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 93.368/PR. Ministro Relator Luiz Fux. Brasília, DF, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 117.270/DF. Ministro Relator Celso de Mello. Brasília, DF, 06 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/> > Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 31862 ou 0600646-96.1995.4.03.6181. Desembargador Relator Nino Toldo. São Paulo, SP, 16 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/>> Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 56992 ou 0014358-51.2008.4.03.6181. Desembargador Relator Fausto de Sanctis. São Paulo, SP, 23 de outubro de 2018. Disponível em: < <http://www.trf3.jus.br/> > Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 66506 ou 0004757-11.2010.4.03.6000. Desembargador Relator Fausto de Sanctis. São Paulo, SP, 12 de junho de 2019. Disponível em: < <http://www.trf3.jus.br/> > Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 9477 ou 301644 - 77.1997.4.03.6108. Desembargadora Relatora Ramza Tartuce. São Paulo, SP, 18 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/>> Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 2001.04.01.006513-5. Desembargador Relator José Luiz Borges Germano da Silva. Porto Alegre, RS, 10 de julho de 2002. Disponível em: < <https://www.trf4.jus.br/trf4/>> Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 2004.70.00.021788-4. Desembargador Relator Luiz Fernando Wowk Penteado. Porto Alegre, RS, 07 de junho de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php> Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5017347-36.2015.4.04.7000. Desembargador Relator Márcio Antônio Rocha. Porto Alegre, RS, 13 de outubro 2017. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal>> Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5025721-66.2014.4.04.7100. Desembargadora Relatora Salise Monteiro Sanchotene. Porto Alegre, RS, 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal>> Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 13388 ou 00018504520144058400. Desembargador Relator Convocado Frederico Dantas. Recife, PE, 08 de junho de 2018. Disponível em: < <https://www.trf5.jus.br/> > Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 200481000236203 ou 11536. Desembargador Relator Convocado Janailson Bezerra de Siqueira. Recife, PE, 10 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www.trf5.jus.br/>> Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 5061578-51.2015.4.04.7000. Desembargador Relator do Acórdão Leandro Paulsen. Porto Alegre, RS. 30 de mai. de 2018. Disponível em:<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9026315&termosPesquisados=IGJhbmNvIHNjaGFoaW4gZ2VzdGFvIGZyYXVkdWxlbmRhIA==> Acesso em: 09 set. 2019.

CARLI, Carla Veríssimo. MENDONÇA, Andrey Borges. WELTER, Antônio Carlos. LIMA, Carlos Fernando. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. PALUDO, Januário. CAVALCANTI, José Robalinho. MORAES, Luciana Furtado. FRICHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro. WEBER, Patrícia Maria Nuñez. GRANDIS, Rodrigo. PRADO, Rodrigo Leite. ARAS, Vladimir. SARAIVA, Wellington Cabral. **Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2012.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional. Lei nº 7.492/96**. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj037654.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. ARAÚJO, Fábio Roque. **Crimes Federais**. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. NINNO, Jefferson. SILVA, José Júnior. BETANHO, Luis Carlos. MORAES, Maurício Zanoaide. PODVAL, Roberto. STOCO, Rui. FELTRIN, Sebastião Oscar, NINNO, Wilson. **Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7 ed. rev. ampl. atual. Vol 01. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

LEITE, Luiz Lemos. **Factoring no Brasil**. 11. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

LIMA, Sebastião de Oliveira. LIMA, Carlos Augusto Tosta. **Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2014.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. **As instituições Financeiras no Direito Pátrio: definição e caracterização de atividade própria ou exclusiva**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/477/r14209.PDF?sequence=4>> Acesso em: 31 de jul. 2019.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. **Crimes de Gestão Fraudulenta e Gestão Temerária em Instituição Financeira**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502/r143-05.PDF?sequence=4&isAllowed=y>> Acesso em: 27. ago. 2019.

PAULSEN, Leandro. **Crimes Federais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Sarava Jur, 2018.

PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

STOCCO, Rui. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. 1. ed. em *ebook*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TASSE, Adel El. **O Bem Jurídico nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-bem-juridico-nos-crimes-contra-o-sistema-financeiro-nacional/2372>> Acesso em: 21 jul. 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.