

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial
Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfour

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa da edição atual: Lucas Kfour

Capa da edição anterior: Nelo Pimentel

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Pimentel, Manoel Pedro

Crimes contra o sistema financeiro nacional : comentários à lei 7.492, de 16.6.86 / Manoel Pedro Pimentel. -- 2. ed. rev. e atual. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Bibliografia.
ISBN 978-65-5614-111-4

1. Infrações econômicas - Brasil 2. Instituições financeiras - Brasil I.
Título.

20-37446

CDU-343.53:347.73(81)(094)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Crimes contra o sistema financeiro nacional : Legislação : Direito
343.53:347.73(81)(094)
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

MANOEL PEDRO PIMENTEL

CRIMES CONTRA O SISTEMA
FINANCEIRO NACIONAL

COMENTÁRIOS À LEI 7.492, DE 16.6.86

PREFÁCIO DE MIGUEL REALE JUNIOR

2ª EDIÇÃO | REVISTA E ATUALIZADA

REVISADO E ATUALIZADO POR:

- * MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO
- * JULIANO BREDÁ
- * HELENA REGINA LOBO DA COSTA
- * NICOLE TRAUZYNSKI
- * ELISA FERNANDES BLASI

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS

qual, tão logo esteja em condições de ser apreciado pelo Congresso Nacional, encaminharei como projeto de lei à apreciação de VV. Exas”.

A Lei 7.492/86 que passaremos a comentar é, portanto, uma lei que se ressentiu de confessados defeitos, de imperfeições manifestas, não tendo sido escoimados os erros apontados pela crítica oferecida pelos juristas que, a respeito, enviaram colaboração ao Congresso Nacional.

CAPÍTULO II

CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

LEI 7.492, DE 16 DE JUNHO DE 1986

Define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências.

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º – 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 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.

COMENTÁRIOS

MANOEL PEDRO PIMENTEL

1. A Lei 7.492, de 16.6.86 foi editada para punir os crimes contra o sistema financeiro nacional. Estaria, portanto, enquadrada dentro do Direito Penal financeiro. Todavia, não seria correto colocar a matéria sob esse enfoque.

O Direito financeiro, por definição, está radicado na Ciência das Finanças. Sua existência é reconhecida em função de uma exigência de atuação normativa do Estado, regulamentando juridicamente o complexo das atividades finalisticamente dirigidas à arrecadação da receita e ao programa de despesa pública, bem como relacionadas com o orçamento do Estado, sua execução, e o crédito público.

A expressão *Direito financeiro*, portanto, tem uma particular conotação, referindo-se às finanças públicas, à política financeira do Estado. Geraldo Ataliba ensina com clareza que: "Constituindo a atividade financeira do Estado no levantamento de recursos financeiros, sua administração e dispêndio e sendo toda essa atividade regulada pelo Direito, surgiram normas jurídicas — informadas por princípios jurídicos peculiares — tendo esta atividade por objeto. Este conjunto sistemático e orgânico de normas recebeu — em razão da natureza do seu objeto — a designação de Direito financeiro. Pode, portanto, ser assim conceituado o Direito financeiro: Conjunto de princípios e normas jurídicas que regem a atividade financeira do poder público".¹

Se é esse o conceito de Direito financeiro, a definição do *Direito Penal financeiro* só pode estar adstrita ao objeto do Direito financeiro, uma vez que dele promana. Portanto, o Direito Penal financeiro tem como objeto jurídico precípuo a boa e segura condução da política financeira do Estado, considerado como um complexo conjunto de atividades que visam à consecução desse fim. Não se trata somente de um *bem*, mas igualmente dos *interesses* ligados a essa política financeira, estabelecida pelo Poder Público. Eis aí o objeto da proteção que o Direito Penal financeiro abarca.

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

Outros bens ou interesses não ligados diretamente a essa política, estão fora do âmbito do Direito Penal financeiro, sendo abrangidos pelos princípios normativos mais amplos do *Direito Penal econômico*.

Assim sendo, as figuras contempladas no art. 1.º, sob exame, e seu parágrafo único, não estão marcadas rigorosamente pelo sinete do Direito Penal financeiro. A instituição financeira, seja pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, "que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros; a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual", não são entidades ligadas ao Direito financeiro, em sentido estrito, pois suas relações são com o Direito econômico.

Portanto, embora a lei faça referência ao *Sistema Financeiro Nacional*, esta expressão deve ser entendida com sentido amplo, de mercado financeiro, ou mercado de capitais, abrangendo os seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer outro tipo de poupança, que se situam no âmbito do Direito econômico, e não do Direito financeiro.

Neste erro incorreram todos os Anteprojetos mencionados, referindo-se aos crimes que atentam contra a ordem econômica, como se fossem delitos de caráter financeiro. O próprio Anteprojeto elaborado pela Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal incidiu no equívoco. Dispondo, em um Título especial, a respeito dos crimes contra a ordem econômica, financeira ou tributária, arrolou, no Capítulo II comportamentos que atentam contra a ordem econômica, não definindo um só delito que se relacione estritamente com a ordem financeira, que é o *nomen juris* desse Capítulo.

1 Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito das Finanças, Direito Financeiro e Tributário, Ed. RT, São Paulo, 1969. p. 33.

Tratando de instituições financeiras públicas ou privadas, sua gestão, os títulos ou valores mobiliários por elas negociados e outras condutas relacionadas com o mercado mobiliário, o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal intitulou o Capítulo II, como vimos, com o nome *Crimes contra a ordem financeira*, quando, de fato, o que ali se contempla são crimes contra a ordem econômica.

Consoante nosso entendimento, os crimes de caráter financeiro seriam aqueles que atentassem contra a ordem financeira, a política financeira do Estado, como o emprego irregular de verba, o excesso de exação, a violação de sigilo de proposta de concorrência pública, a fraude em concorrência pública, os contratos irregulares de serviços ou de obras públicas, e outros semelhantes, muitos deles previstos no atual Código Penal como crimes praticados contra a Administração.

O mesmo defeito é notado no Anteprojeto elaborado pela Comissão criada pelo Dec. 91.159, de 18.3.85. Os *crimes financeiros* que definiu, na sua grande maioria, são crimes contra a ordem econômica.

Observa-se que esta lei sob exame aperfeiçoou o tratamento da matéria, eliminando alguns erros cometidos pelo legislador, no passado, quando da edição de outros diplomas penais especiais. Assim é que as leis especiais de caráter penal não se devem referir aos princípios gerais vigorantes no Direito Penal comum, salvo quando expressamente dispuserem de forma contrária, v.g., em matéria de extinção da punibilidade, de concessão da fiança ou da suspensão condicional da pena.

O que não pode ser aceito é que a lei penal especial repita, por exemplo, que não há crime sem lei anterior que o defina, ou que somente infringem a lei os fatos nela previstos, ou, ainda, que a lei nova não retroage, salvo quando for mais benigna para o réu.

É evidente que os princípios gerais do Direito Penal comum se aplicam ao Direito Penal especial, ressalvadas as hipóteses em que a lei especial disponha de modo contrário, exceções que são raras.

Por isso mesmo, quando a lei especial define condutas lesivas ou perigosas, que atentam contra o sistema financeiro, embora na verdade sejam infrações contra o sistema econômico, o que acontece é resultar uma limitação expressa, pelo princípio geral da reserva legal, e somente os fatos previstos na lei penal especial serão considerados crimes de caráter financeiro.

2. Feitas estas observações, passemos à análise propriamente dita do texto deste art. 1.º e seu parágrafo único. Entendeu o legislador que seria necessário conceituar o que é uma *instituição financeira*, para os efeitos penais. Considerou instituição financeira "a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários".

É amplíssimo o conceito, alargado ainda mais com as disposições dos ns. I e II, do parágrafo único deste artigo, que equipara à instituição financeira a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros, bem como a pessoa natural que exerça quaisquer atividades referidas no artigo, ainda que de forma eventual.

Sabemos que a amplitude do conceito de instituição financeira se deveu, em grande parte, à casuística acumulada pelo Banco Central, através de sucessivas experiências com as mais diversas entidades que lidavam com recursos de terceiros ou com títulos ou valores mobiliários.

A rede de proteção lançada pelo art. 1.º e seu parágrafo único foi trançada com malha fina, para que não escapasse conduta alguma, lesiva ou perigosa, contra o Sistema Financeiro Nacional, razão pela qual o dispositivo legal tornou-se excessivamente amplo.

Originariamente esse art. 1.º era ainda mais extenso, uma vez que aludia também a “recursos financeiros próprios ou de terceiros” (grifamos). A palavra “próprios” foi vetada pelo Presidente da República, na Mensagem 252, com a seguinte justificativa: “No art. 1.º, 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; no caso de usura, a legislação vigente já apenas de forma adequada quem a praticar. Por outro lado, o art. 16 do Projeto alcança as demais hipóteses possíveis, ao punir quem opera instituição financeira sem a devida autorização”.

Não obstante essa oportuna restrição, persiste a amplitude do conceito de *instituição financeira*, o que poderá gerar sérias dúvidas quanto à correta aplicação do dispositivo. Em sentido estrito, as instituições financeiras públicas ou privadas estão enumeradas no art. 1.º da Lei 4.595, de 31.12.64, que dispõe: “O Sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente lei, será constituído: I – do Conselho Monetário Nacional; II – do Banco Central da República do Brasil; III – do Banco do Brasil S/A; IV – do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; V – das demais instituições financeiras pública e privadas”.

Aloysio Lopes Pontes, em seu livro *Instituições financeiras privadas*² apresenta o elenco dessas instituições: a) Sociedades de Financiamentos e Investimentos; b) Fundos de Investimentos; c) Bancos de Investimento; d) Sociedades de Crédito Imobiliário; e) Cooperativas de Crédito; f) Associações de Poupança; g) Bolsas de Valores; h) Empresas Corretoras; i) Empresas Distribuidoras.

O art. 1.º e seu parágrafo único ampliaram de modo extremamente abrangente o conceito. Basta ver o que dispõe o n. I do parágrafo único, considerando instituição financeira “a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros”, enquanto que o n. II, mais agressivo, inclui “a pessoa natural que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual”.

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

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

Quanto aos riscos que advirão para as pessoas naturais que, *de forma eventual*, exerçam quaisquer das atividades referidas neste artigo, vamos recordar o que foi dito a respeito de assunto conexo por Paulo Salvador Frontini, jurista que atingiu o mais elevado cargo do Ministério Público paulista: “Percebe-se, ademais, que os delitos de maior repercussão econômica, nos

2 Ed. Forense, Rio, 1.ª ed., 1973.

grandes centros, se sucedem através de uma sucessão, encadeada de atos, camuflados como ou em meio a atividades empresariais; e em sua execução interferem inúmeros intermediários, tais como prepostos, corretores, publicitários, agindo geralmente de boa-fé. A má fé existe apenas naqueles poucos situados à cúpula do negócio, pessoas que pouco aparecem, que não se fazem ver, que dão ordens a serem executadas por terceiros. É a realidade dos grandes organismos, das estruturas administrativas requintadas, que se pronunciam através de agentes e prepostos, em tom impessoal, distante e inacessível”.³

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

3 Na Mensagem 252/86, em que após vetos ao Projeto que se transformou na Lei 7.492, de 16.6.86, o Presidente da República assinalou que este diploma legal teria existência efêmera, dizendo: “As críticas ao resultado dos trabalhos da Comissão de Juristas, feitas por quantos desejaram trazer-lhe aperfeiçoamento, estão em fase final de catalogação e avaliação, para eventual incorporação ao anteprojeto, o qual, tão logo esteja em condições de ser apreciado pelo Congresso Nacional, encaminharei como projeto de lei à apreciação de VV. Exas”.

E acrescentou: “Sem embargo da providência acima referida, entendi dar sanção ao Projeto que o Congresso houve por bem aprovar”.

É desalentador constatar que, ao sancionar uma lei, o Presidente da República reconheça, de público, que essa lei é falha, defeituosa, e que brevemente será revogada. Todo o esforço de adaptação a essa nova lei, tudo o que sobre ele se decidir nos Tribunais, toda a jurisprudência que a respeito da sua aplicação se formar, tudo o que sobre ela se escrever, ficará inteiramente perdido, por inútil.

Mesmo os países ricos não se podem dar ao luxo de editar leis de efêmera vigência. E, é claro, não o fazem. Não apenas pela razão econômica, mas porque sabem que legislar é coisa séria. Se o Presidente da República reconheceu que a lei é falha, que necessitava de aprimoramento, por que não aguardou um pouco mais, para incorporar ao Projeto as melhorias necessárias, já sugeridas por especialistas, em lugar de sancioná-la, como a sancionou, dedicando-lhe ao mesmo tempo um primoroso epítáfio?

Nada justifica semelhante procedimento, nem mesmo a razão política de evitar, com empenho, melindrar talvez o Congresso Nacional.

E, o que é mais preocupante, há o risco de tornar-se definitivo o que foi feito provisoriamente. E, se tal acontecer, teremos durante muitos anos uma lei imperfeita, incapaz de punir convenientemente os criminosos do colarinho branco, contrariando a idéia que foi tão alardeada, como consta da Mensagem 252, de “provisão de norma geral capaz de coibir a prática, hoje cada vez mais freqüente, de formas delituosas hodiernas, emergentes da atividade das instituições financeiras”.

Nossa impressão pessoal, que não discrepa do pensamento da maioria dos especialistas, é no sentido de que esta lei, pelos seus defeitos e imperfeições, não aprimorou a disciplina

3 Ob. e loc. cit., p. 42.

repressiva dos crimes contra a ordem econômica, e continuará a prevalecer a impunidade para a maior parte desses e de outros delitos congêneres.

Em nosso livro *Direito penal econômico*⁴ alertamos: “Pensamos, até mesmo, que é mais importante a certeza da efetiva aplicação da lei penal do que a própria cominação das sanções graves. Estas se tornam inúteis, se o réu consegue furar o bloqueio da repressão, usando dos recursos já aludidos, da corrupção administrativa, do prestígio político ou social, ou então se põe a perder todo o trabalho da Justiça Criminal por causa de leis malfeitas, cujas falhas ensejem os torneios de interpretações em que se empenham hábeis advogados, com justificado sucesso”.

Esse pensamento persiste e está confortado pela edição da lei sob análise.

COMENTÁRIOS

HELENA LOBO DA COSTA

Os sistemas financeiros brasileiro e mundial mudaram muito desde a edição inaugural da obra de Manoel Pedro Pimentel. No Brasil, superou-se um período crônico de inflação acentuada, alteraram-se substancialmente as políticas monetária e cambial, e houve modificações significativas na estrutura do sistema, com alterações de controle, liquidações, fusões e uma relevante concentração de instituições financeiras. Os avanços tecnológicos aumentaram exponencialmente a velocidade de realização das transações, permitiram a superação de fronteiras nacionais e estabeleceram novos desenhos às operações financeiras. Além disso, o surgimento das moedas virtuais também trouxe novas características e desafios ao mercado financeiro, embora o Brasil ainda não tenha regulado as chamadas criptomoedas.

As novas configurações do ambiente financeiro, contudo, não demandaram da lei alterações no conceito de instituição financeira, pelo fato de tratar-se de conceito amplíssimo, conforme já destacava criticamente Manoel Pedro Pimentel. A insegurança jurídica trazida pela amplitude conceitual revela-se ainda mais grave pelo fato de o conceito penal ser mais amplo do que o adotado pela própria regulação do sistema financeiro nacional. Isto gera desorientação ao destinatário da norma, que precisa ter conhecimento jurídico muito específico para compreender o regime jurídico aplicável.

É importante, ainda, observar que o conceito de instituição financeira para fins penais é distinto do geral, estabelecido pelo artigo 17 da Lei n. 4.595/64, que assim versa:

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.

O dado fundamental para distinguir o que é instituição financeira para fins penais do conceito geral de instituição financeira consiste na origem dos recursos financeiros. A Lei n. 7.492/86 cinge seu conceito de instituição financeira àquelas que operam com recursos de terceiros, ao

4 Ed. RT, São Paulo, 1973, p. 94.

passo que a Lei n. 4.595/64 inclui também as que operam com recursos próprios⁵. Quanto ao restante da definição, há praticamente coincidência entre as duas leis.

O Banco Central arrola as instituições financeiras, integrantes do Sistema Financeiro Nacional ao lado dos órgãos de regulação, como sendo as seguintes: bancos e caixas econômicas, corretoras de câmbio, *fintechs*, administradoras de consórcio, cooperativas de crédito, corretoras e distribuidoras de valores mobiliários, instituições não bancárias (sociedades de crédito, financiamento e investimento, companhia hipotecária, agência de fomento, sociedade de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte, associação de poupança e empréstimo, sociedade de arrendamento mercantil e sociedade de crédito imobiliário)⁶.

A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal não são considerados instituições financeiras, mesmo quando emitem ou distribuem títulos da dívida pública (que são títulos mobiliários) ou praticam condutas semelhantes. Assim, o administrador público responsável por tais entes, no que se refere a essas atuações, não responde pelos crimes previstos na Lei n. 7.492/86⁷.

No que se refere às instituições financeiras por equiparação, no âmbito penal, aquelas previstas no inciso I do parágrafo único abrangem as que desempenham atividades de captação ou administração de “seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros”.

Aqui, cabe expor algumas situações que foram debatidas pela jurisprudência nacional ao longo da aplicação da Lei n. 7.492/86.

A primeira delas refere-se às empresas de *factoring* ou fomento mercantil. No contrato de *factoring*, não há captação de recursos de terceiros, mas sim aportes feitos pelos próprios sócios, empréstimos bancários, entre outros. A sociedade adquire, com esses valores, direitos creditórios de terceiros. Assim, não se caracterizam como instituições financeiras – embora, caso sua atividade seja desnaturada e passem a captar recursos de terceiros, possam vir a ser consideradas como instituição financeira.

As administradoras de cartões de crédito não são consideradas instituições financeiras para fins penais⁸, embora, em 2004, o Superior Tribunal de Justiça tenha editado a Súmula n. 283, que afirma serem elas instituições financeiras, e, por isso, poderem cobrar juros remuneratórios sem as limitações da Lei de Usura. Ocorre que o próprio Banco Central não

5 Importante, ainda, mencionar que a Lei n. 13.506/2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, tem âmbito de aplicação ainda mais amplo, englobando não apenas as instituições financeiras, como também as demais instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil e os integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro, além de pessoas físicas e jurídicas que exerçam sem autorização atividade sujeita à supervisão ou à vigilância do Banco Central, prestem serviço de auditoria independente para as instituições abrangidas pela lei ou de auditoria cooperativa, bem como atuem como administradores, membros da diretoria, do conselho de administração, do conselho fiscal, do comitê de auditoria e de outros órgãos previstos no estatuto ou no contrato social das instituições sujeitas à citada lei.

6 <https://www.bcb.gov.br/estabilidade/financeira/instituicoesnaobancarias>. Acesso em 03/03/2020.

7 Supremo Tribunal Federal, AP 351/SC, Rel. Min. Marco Aurélio e Inq. 1690/PE, Rel. Min. Carlos Velloso.

8 Contrariamente, vide: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 320-321.

as considera instituições financeiras, sendo tidas como instituições de pagamento, que não podem praticar atividades típicas de instituições financeiras, exclusivas daquelas instituições autorizadas pelo Banco Central.

Tampouco as operadoras de planos de saúde podem ser equiparadas a instituições financeiras⁹, desde que não configuradas como seguradoras. Isto porque as operadoras de saúde não captam nem administram seguro-saúde, ou seja, não permitem a seus associados o reembolso ou pagamento por conta e ordem do associado das despesas médicas ou hospitalares.

A evidente abertura da norma tem dado ensejo a diversas discussões jurisprudenciais, em alguns casos até mesmo com o reconhecimento da incidência do erro de proibição¹⁰, em razão da já mencionada desorientação ao destinatário da norma. Difícil crer que alguém sem formação jurídica parta do pressuposto que uma sociedade que desempenha atividade de prestação de serviços funerários, com pagamento antecipado e parcelado, possa ser considerada instituição financeira.

O inciso II gera ainda mais discussões, em razão de equiparar a instituição financeira às pessoas físicas que exerçam “quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual”, o que poderia levar à desproporcional incriminação de pessoas que apliquem recursos próprios e de forma eventual como se instituições financeiras fossem. Tal redação tem sido reiteradamente criticada pela doutrina¹¹, havendo relevante proposta de interpretação restritiva, única passível de salvar o dispositivo:

“Obviamente, não é razoável tratar o particular que pratica uma operação de captação e intermediação de recursos de terceiros como instituição financeira propriamente dita. Seria a negação do tipo penal do artigo 16. Essa consideração legal deve ser compreendida como um dispositivo de natureza funcional.”¹²

9 Superior Tribunal de Justiça, CC 148.110-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura.

10 PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. LEI 7.492/86, ART. 16. ERRO DE PROIBIÇÃO. CP. ART. 21. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. FUNDAMENTO LEGAL. CPP, ART. 386. 1 – A sociedade civil destinada à prestação de serviços funerários, que capta pagamentos parcelados dos participantes comprometendo-se a arcar com as despesas em caso de morte do aderente ou de seus dependentes, deve obter autorização para a prática de suas atividades junto ao Ministério da Justiça, conforme determina o art. 18, V, da Lei 9.649/98, sob pena de infração ao art. 16 da Lei 7.492/86. 2 – Incorre em erro de proibição o representante legal de tal tipo de sociedade que supõe estar praticando negócio lícito quando, na verdade, ele depende de autorização estatal, mormente quando pairam dificuldades e dúvidas generalizadas sobre qual o órgão competente para dar tal tipo de licença. 3 – A absolvição pelo reconhecimento do erro de proibição deve ser fundamentada no art. 386, inc. V do Código de Processo Penal (circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena) e não no inciso III do mesmo dispositivo (não constituir o fato infração penal). 4 – Recurso a que se nega provimento. De fato, o desconhecimento da lei é inescusável, mas a ignorância da ilicitude da conduta não o é. Nesse contexto, procurando o réu operar no mercado regularmente, bem como atuando outras empresas de atividades semelhantes de forma análoga, é natural que ignorasse a ilicitude do fato, sendo razoável a ilação de que possuía a autorização necessária e suficiente para atuar no mercado.” (TRF 4, RSE 1999.04.010117989, 7ª Turma, Rel. Vladimir Passos de Freitas, DJ 10.04.2002, p. 661, v.u.).

11 COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 65. TORRIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei n. 7.492/86*. 3ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16.

12 BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 44-5.

Esclarecendo-se, a seguir, cuidar-se de norma existente para evitar a denominada “intromissão especulativa”¹³.

A jurisprudência, todavia, tem aceitado em alguns casos a aplicação a pessoas físicas sem as limitações impostas pela proposta interpretativa acima¹⁴.

Em conclusão, deve-se admitir que os muitos defeitos técnicos já apontados por Manoel Pedro Pimentel no que se refere ao conceito penal de instituição financeira permanecem e, hoje, já demonstraram todo o seu potencial para gerar insegurança jurídica e desorientação normativa, até porque a Lei n. 7.492/86, pensada para ser provisória, tornou-se permanente, apesar de todos os seus graves e amplamente reconhecidos defeitos.

DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Art. 2.º – Imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação, sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único – Incorre na mesma pena quem imprime, fabrica, divulga, distribui ou faz distribuir prospecto ou material de propaganda relativo aos papéis referidos neste artigo.

COMENTÁRIOS

MANOEL PEDRO PIMENTEL

1. Este artigo, no Projeto originário da Câmara dos Deputados, recebera esta redação: “Art. 2.º – Fabricar ou pôr em circulação, sem autorização da sociedade emissora, documento representativo de título ou valor mobiliário. Pena – Reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa. Parágrafo único – Na mesma pena incorre quem fabrica ou divulga material de propaganda relativo à circulação de documento referido neste artigo”.

A emenda senatorial, todavia, modificou o texto, dando-lhe a estrutura definitiva, que passou a constituir o art. 2.º da lei editada.

A matéria foi objeto de manifestação por parte da Comissão Reforma da Parte Especial, que assim a concebera: “Art. 386 – Fabricar, criar ou emitir ações, debêntures, partes beneficiárias, títulos ou outros valores mobiliários ou papéis que os representem, sem autorização da sociedade emissora. Pena – Reclusão, de dois a seis anos e multa. Parágrafo único – Incorre na mesma pena quem fabrica ou distribui prospecto ou material de propaganda para a venda dos títulos ou papéis referidos neste artigo”.

13 *Ibidem*, p. 45.

14 Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.405.989-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para o acórdão Min. Nefi Cordeiro.

9. *Concurso de crimes e de pessoas.* O concurso de crimes é possível, v.g., quando o balanço divulgado tenha sido falsificado, hipótese em que haverá concurso entre o crime de *divulgação*, previsto nesta lei, e o crime de *falsidade material* ou *ideológica*, previstos nos arts. 297, 298 ou 299 do CP.

Em se tratando de *crime de mera conduta*, o *concurso de pessoas* fica restrito às hipóteses de instigação e auxílio. Se o concurso caracterizar-se pela prática concomitante de algum ato executivo do delito, o agente concorrente responderá pela autoria direta e não sob a forma indireta de concurso.

10. *Sanção penal.* A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Trata-se de penas cumulativas e não alternativas, sendo obrigatória, portanto, a imposição da pena pecuniária, além da afliitiva.

Aplica-se a este art. 3.º, como se aplica, aliás, a todos os crimes previstos nesta lei com pena de multa, o que ficou dito a respeito da sanção penal, quando do exame do art. 2.º desta lei.

Seria fastidioso repetir o que ali foi exposto, razão pela qual chamamos atenção para o comentário feito naquela oportunidade.

COMENTÁRIOS

JULIANO BREDA

Objeto Jurídico

Os bens jurídicos protegidos por esse tipo penal são, em primeiro plano, o patrimônio da instituição financeira relacionada à informação falsa ou prejudicialmente incompleta divulgada e, por isso, vítima potencial dos aspectos negativos decorrentes dos dados inverídicos, e o patrimônio de seus acionistas e de investidores que podem também ser atingidos pelas repercussões econômicas decorrentes da falsa informação.

A tutela penal dirige-se, ainda, ao Estado como guardião e detentor do monopólio de regulamentação, fiscalização e proteção do sistema financeiro nacional, potencialmente atingido pela divulgação de informações falsas sobre os seus integrantes.

Sujeitos ativo e passivo

O crime é comum e pode ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo qualquer qualidade ou condição especial do agente. O autor da divulgação da informação falsa ou prejudicialmente incompleta pode ser um dos agentes descritos no art. 25 da Lei nº 7.492/86 (controlador, administrador, diretores, gerentes, interventor, liquidante ou o síndico de instituição financeira) ou ainda o investidor ou qualquer outro indivíduo.

Sujeito passivo imediato será a instituição financeira em face da qual é divulgada a informação inverídica, seus acionistas, os investidores prejudicados e, ainda, o Estado, como responsável pelo sistema financeiro nacional.

Tipo Objetivo

O núcleo verbal *divulgar* significa veicular, dar conhecimento e publicidade, tornando pública a informação a um número indeterminado de pessoas.

Informação falsa ou prejudicialmente incompleta deve dizer respeito a aspectos diretamente relacionados à instituição financeira específica e não a determinado mercado (mercado de câmbio ou de valores mobiliários) ou aos fundamentos econômicos do país. Por exemplo,

será atípica eventual afirmação de que as instituições financeiras estão expostas a graves riscos financeiros em face de uma crise econômica internacional, ainda que o fato não seja verdadeiro.

Além disso, por *informação falsa* deve-se compreender a mensagem que veicula alteração da realidade, com a transmissão de dado inverídico ou fictício sobre determinado fato, estado ou operação de instituição financeira. *Prejudicialmente incompleta* é a informação que, sem alterar integral ou totalmente a realidade, apresenta uma relevante distorção ou manipulação indevida da realidade.

A informação pode ser objeto de divulgação por qualquer meio apto a dar-lhe publicidade, sem distinção quanto ao modo de execução.

Tipo Subjetivo

O dolo é o genérico, caracterizado pela vontade consciente de divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira, sem qualquer elemento específico ou especial fim de agir.

Não se exige, por exemplo, que o agente tenha por finalidade a obtenção de lucro, mas é necessário que o autor tenha consciência da falsidade e da natureza prejudicial da informação incompleta para a instituição financeira ou para terceiros.

Não há previsão de modalidade culposa.

Consumação e tentativa

É um crime instantâneo, de mera conduta e consuma-se independentemente da produção efetiva de determinado resultado. Como não há um distanciamento temporal entre a ação e o resultado, a tentativa é tecnicamente inadmissível.

Sanção Penal

As penas cominadas são de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, admitindo a celebração de acordo de não persecução penal.

Art. 4.º – Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único – Se a gestão é temerária:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

COMENTÁRIOS

MANOEL PEDRO PIMENTEL

1. A infração contemplada neste artigo já estava prevista no art. 3.º, IX, da Lei 1.521, de 26.12.51 (Lei de Economia Popular), que assim dispõe: "IX – gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização, sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e vendas de 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 pecúlio, 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”.

O tipo penal descrito neste dispositivo é mais rico e expressivo do que o configurado no art. 4.º em exame, descendo a detalhes de identificação das entidades que menciona. Nota-se, entretanto, que a gestão fraudulenta ou temerária, para realizar o tipo penal previsto na Lei de Economia Popular depende de duas condições, contidas nas expressões; “levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”.

O Anteprojeto da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal havia proposto, inicialmente, uma redação diferente para o art. 391, assim consubstanciada: “Gerir, fraudulentamente instituição financeira ou entidade integrante do sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários, levando-os à insolvência ou à liquidação extrajudicial, ou temerariamente, assumindo o risco de fazê-lo: Pena – Reclusão, de dois a sete anos, e multa”.

O Ministério da Fazenda, ao emitir a Proposta de Emendas, sugeriu redação do teor seguinte: “Art. 391 – Gerir, fraudulenta ou temerariamente, instituição financeira, entidade integrante do sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários, seguradora ou qualquer outra que promova captação de poupança: Pena – Reclusão, de dois a sete anos, e multa”.

Esta sugestão foi acompanhada da seguinte justificativa: “A redação, como proposta no Anteprojeto, exige, para a concretização do tipo: a) o evento – insolvência ou liquidação extrajudicial – ou b) que os autores tenham assumido o risco de levar a entidade ao evento”.

“Por outro lado, o tipo abrange apenas as entidades integrantes do sistema financeiro ou de distribuição de títulos e valores mobiliários, deixando à margem as seguradoras e aquelas que operam no sistema de captação de poupança, a exemplo dos consórcios etc.”

“No caso, a norma penal deve completar o sistema jurídico infrapenal, que têm como objetivo primordial a regularidade e a boa administração das entidades do sistema financeiro. É o que se pretende com a redação proposta.”

A Comissão de Reforma não acolheu a sugestão contida na emenda, conservando a redação originária do Anteprojeto, corrigindo apenas a concordância na expressão “levando-os” para “levando-as”.

O art. 4.º da Lei 7.492/86, *sub examen*, mostra, com a sua redação, que o legislador optou por uma solução cirúrgica, eliminando todos os elementos circunstanciais existentes nos modelos mencionados, reduzindo drasticamente a extensão do tipo penal, quanto à redação, com o que aumentou o campo à interpretação.

A gestão *fraudulenta* ou *temerária* que era o *nomen juris* da infração do Anteprojeto da Comissão de Reforma e na emenda do Ministério da Fazenda, passou a ser objeto de especulação na lei atual, agravada pela circunstância de não mais existirem as *condições objetivas de punibilidade* propostas pela Comissão de Reforma, traduzidas pelas expressões: “levando-as à insolvência ou à liquidação extrajudicial, ou temerariamente, assumindo o risco de fazê-lo”.

Essas condições objetivas de punibilidade também estavam presentes no texto do art. 3.º, IX, da Lei 1.521/51, reveladas pelos vocábulos “levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo aos interessados”. Fixavam-se, com esta redação, os parâmetros para definir a existência da gestão fraudulenta ou temerária.

2. No art. 4.º que examinamos, tal não existe. O tipo conceitua a infração dizendo, apenas: “Gerir fraudulentamente instituição financeira”, completado, no parágrafo único: “Se a gestão é temerária”.

Ampliou-se campo deixado à interpretação, o que traz insegurança, tendo em vista a necessidade de manter-se o respeito ao princípio da reserva legal. Como elemento de interpretação, contamos com o conceito de gestão fraudulenta ou temerária, firmado relativamente aos dispositivos do art. 3.º, IX, da Lei 1.521/51.

Elias de Oliveira, o mais completo comentarista dessa lei, assentou: “Por *gestão fraudulenta* deve entender-se todo ato de direção, administração ou gerência, voluntariamente consciente, que traduza manobras ilícitas, com emprego de fraudes, ardis e enganosa. Ao passo que *gestão temerária* significa a que é feita sem a prudência ordinária ou com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigosas ou inescrupulosamente arriscando o dinheiro alheio”.²¹

A tarefa do intérprete, relativamente à Lei de Economia Popular, é facilitada por que há referência às *condições objetivas de punibilidade*, que aludem à 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 art. 4.º e do seu parágrafo único em exame, torna-se demasiadamente subjetiva a pesquisa dos elementos do delito.

3. Temos presente mais um tipo *anormal*, em razão dos elementos normativos, consistentes na expressão *fraudulentamente*, colocada na cabeça do artigo, e na palavra *temerária* inserida no parágrafo único.

Sendo um tipo anormal, há necessidade de estabelecer adequadamente se se encontra presente o elemento normativo, requisitado pela figura típica, para que o delito se caracterize.

4. É claro que, na parte em que se refere às *instituições financeiras*, tornou-se revogado o n.º IX do art. 3.º, da Lei 1.521/51, uma vez que a lei nova dispôs expressamente sobre a matéria da gestão fraudulenta ou temerária de tais entidades, revogando, no art. 35, as disposições em contrário.

Mais do que um simples *concurso aparente de normas*, a lei nova se superpôs à Lei de Economia Popular, neste particular, revogando-a. Assim sendo, toda gestão fraudulenta ou temerária de entidade que seja considerada *instituição financeira*, nos termos da lei nova, será punida nos termos desta e não da Lei de Economia Popular.

5. *Objeto jurídico*. Este crime tem como *objeto jurídico* a boa execução da política econômica do Governo, primordialmente, pois está incluído entre as infrações contra o Sistema Financeiro Nacional.

Outros bens ou interesses jurídicos secundários também são defendidos, uma vez que a gestão fraudulenta ou temerária causa, ou pode causar, prejuízos ao mercado financeiro ou aos investidores.

Trata-se, portanto, de um crime *pluriofensivo*, como acontece, aliás, com quase todas as figuras delituosas previstas nesta Lei 7.492/86.

6. *Sujeitos ativo e passivo*. O *sujeito ativo* desta infração é *próprio*, pois somente as pessoas que tenham a condição de *gerir* a instituição financeira poderão ser sujeito ativo. Tais pessoas

21. *Crimes contra a economia popular*, Ed. Freitas Bastos, Rio, 1952, p. 154.

estão indicações no art. 25 da própria lei, sendo o controlador e os administradores da instituição financeira, "assim considerados os diretores, gerentes".

O Projeto incluía, também, os membros de conselhos estatutários, contemplando-os na cabeça do art. 25, a eles equiparando, no parágrafo único, "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 o interventor, o liquidante ou o síndico".

Todavia, consoante a Mensagem 252, o Presidente da República vetou parcialmente o art. 25 e também o seu parágrafo único, com esta justificativa: "— No art. 25, a expressão "e membros de conselhos estatutários", porque, de abrangência extraordinária, institui uma espécie de responsabilidade solidária, inadmissível em matéria penal".

E prossegue: "— 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".

Assim sendo, o sujeito ativo próprio dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional ficou sendo apenas pessoa que se caracterize como controlador ou administrador de instituição financeira, e que são os diretores e os gerentes, a eles se equiparando, por força do parágrafo único do art. 25, o interventor, o liquidante ou o síndico.

Sujeito passivo principal será, sempre, o Estado, atingido ou ameaçado na boa execução da política econômica do Governo. *Sujeitos passivos secundários* serão os investidores e o próprio mercado de capitais. Destarte, se não for eventualmente identificado um sujeito passivo secundário, no caso concreto, ainda assim o Estado é considerado ofendido, motivo pelo qual a este delito também se atribui a condição de *múltipla subjetividade passiva*.

7. *Tipo objetivo*. O crime consiste em *gerir fraudulentamente*, ou, então, *gerir temerariamente*. *Gerir* significa *administrar, dirigir, regular, comandar*.

Condição para a existência do delito, como elemento normativo do tipo, é que a gestão seja *fraudulenta* ou *temerária*. *Gestão fraudulenta* é aquela em que há *fraude*, através de engano, manobra ardilosa ou engenhosa, maliciosa ou dolosa, com o rito de prejudicar alguém ou de obter indevida vantagem para o agente ou para outrem. *Gestão temerária* é caracterizada pela abusiva conduta, que ultrapassa os limites da prudência, arriscando-se o agente além do permitido mesmo a um indivíduo arrojado. É o comportamento afoito, arriscado, atrevido.

Aqui se impõe aquela observação já ensaiada linhas atrás. Pode uma gestão ser *temerária* e, no entanto, bem sucedida, trazendo vantagens para a empresa. A Lei de Economia Popular, já vimos, somente considerava crime a gestão temerária de que resultasse prejuízo para os interessados. A lei atual, não. Não distinguiu. De acordo com a redação do art. 4.º, parágrafo único, basta que a gestão seja temerária, independentemente da existência de prejuízo ou mesmo de um dano potencial, o crime existirá.

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.

A falta de um elemento seguro na descrição do fato tipificado, conduz ao risco de entregar a definição da tipicidade a um critério eminentemente subjetivo, reduzindo duramente a garantia assegurada pelo princípio constitucional da reserva legal, repetido no art. 1.º do CP: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

8. *Objeto material*. A instituição financeira como um todo, os seus livros, registros, balanços, operações, serviços, constituem o *objeto material* deste crime. Do seu exame é que poderá resultar a convicção de uma gestão fraudulenta ou temerária. A primeira, mais objetivamente, enquanto a segunda, como dissemos, com elevada taxa de subjetividade.

9. *Tipo subjetivo*. O crime é *doloso*, ou seja, o agente deve ter a consciência e a vontade de gerir a instituição financeira de maneira fraudulenta ou temerária.

O tipo não requisita nenhum elemento subjetivo especial. A finalidade que impulsiona o agente é indiferente. Na antiga terminologia doutrinária seria o chamado *dolo genérico*.

A *forma culposa* não foi prevista. Entretanto, e aqui reside outro perigo da exagerada abertura do tipo objetivo, os léxicos apontam, como sinônimo do vocábulo *temerário*, a palavra *imprudente*. Poderá, portanto, ser interpretada como *gestão temerária* a simples *gestão imprudente*, embora esta se caracterize por tratar-se de comportamento meramente *culposo*, uma vez que a *imprudência* é uma das formas da *culpa*, consoante o disposto no art. 18, II, do CP.

A confusão será possível, portanto, em razão da tautologia, que apresente a *imprudência* como causa de um comportamento *temerário*, que, por sua vez, teratologicamente, geraria um *crime doloso*.

Ao redigir o parágrafo único do art. 4.º, ora examinado, o legislador não se deu conta de que a gestão *temerária* pode resultar de simples *imprudência*, e que seria aconselhável prever a *forma culposa* para esta modalidade de infração. Quanto à modalidade *gestão fraudulenta*, a culpa seria impossível.

10. *Consumação e tentativa*. A gestão fraudulenta ou temerária, como descrito no tipo, é *crime formal*, em que é exigido um resultado enformado na conduta *gerir*, embora tal resultado não seja especificado no tipo e que poderá ser qualificado como dano, prejuízo, perigo de dano ou prejuízo potencial.

A simples comprovação da conduta incriminada, constatada materialmente, ensejará o reconhecimento do crime consumado. Os resultados de dano ou de perigo concreto pertencem à idéia do crime *exaurido* e não do crime simplesmente *consumado*. À consumação bastará o completo desenvolvimento da conduta típica.

Em se tratando de crime formal, a tentativa é teoricamente possível, mas dificilmente aferível na prática. A execução da conduta, que poderá inclusive ser conduta omissiva relevante, é um complexo de atos, tornando difícil a decomposição de um *iter criminis* em que fique claro o momento em que se iniciou a execução e, mais, que motivos independentes da vontade do agente impediram a consumação.

11. *Concurso de crimes e de pessoas*. O crime em exame pode concorrer com outros, o que, aliás, frequentemente acontecerá. A gestão fraudulenta, por definição, traz consigo a idéia de *fraude*, e esta geralmente é praticada mediante falsidade ou falsificação, material ou ideológica, que tipificam os crimes de falso material ou de falso ideológico, previstos nos arts. 297, 298 e 299 do CP.

Muitos outros crimes, como o de *songação fiscal*, previsto no art. 1.º, da Lei 4.729, de 14.7.65, ou o de *supressão de documento*, estatuído no art. 305 do CP, concorrerão com a gestão fraudulenta, e por serem delitos autônomos, não ficarão absorvidos por ela.

O concurso de pessoas é perfeitamente possível, quer sob a forma de co-autoria mediata ou imediata, participação, cooperação, cumplicidade, instigação ou auxílio. Cada co-autor responderá na medida da sua culpabilidade, consoante o disposto no art. 29 e seus parágrafos do CP.

12. *Sanção penal.* A pena cominada é a de reclusão, de três a doze anos, aplicável cumulativamente com a pena de multa, em caráter obrigatório.

Relativamente à sanção penal, aplica-se o que já foi dito a respeito, quando dos comentários aos crimes anteriormente examinados.

Cabe, entretanto, uma observação. O critério punitivo do legislador é inteiramente aleatório. Não há qualquer justificativa para a cominação de penas mais ou menos severas. Basta verificar que a Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal, no Anteprojeto que elaborou, fixava a pena para este delito, quer se tratasse de gestão fraudulenta ou de gestão temerária, entre os limites de *dois a sete anos de reclusão e multa*.

A lei que examinamos, sem qualquer justificativa, distinguiu a gestão fraudulenta da temerária, cominando à primeira a pena de reclusão de *três a doze anos*, e à segunda, reclusão de *dois a oito anos*, além da multa obrigatória nas duas hipóteses.

Ficamos sem saber quais as razões que inspiraram o legislador para fazer essa opção.

COMENTÁRIOS

JULIANO BREDA e NICOLE TRAUZYNSKI

Objeto Jurídico

É necessário compreender o bem jurídico como elemento limitador do poder de punir e não como mero critério de interpretação do alcance da norma penal e, especialmente, como simples instrumento de justificação da proibição legal de determinada conduta. Nesse passo, a identificação da objetividade jurídica de um tipo penal deve ter como finalidade, no mínimo, a restrição da punição às ações de efetivo risco de dano a bens jurídicos de inequívoca dignidade constitucional, reclamando uma proteção a interesses concretos e não apenas a estados de espírito, como expectativas de comportamento, sentimentos ou a genérica e insondável confiança do indivíduo.

Atrair a objetividade jurídica a esses valores alarga o campo de aplicação da norma penal a ações sem ofensividade, tornando a punição desproporcional ou sem razoabilidade.

No caso da tipificação excessivamente ampla do crime de gestão fraudulenta, estruturado como crime de perigo, esse risco aumenta em razão da criação de um tipo pluriofensivo com a pretensão de tutelar todos os bens jurídicos relacionados à defesa do sistema financeiro.

A doutrina em geral sustenta que a norma do art. 4º da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional protegeria simplesmente a lisura, correção e confiança dos investidores nas operações realizadas pelas instituições financeiras e equiparadas. Alega-se que o bom e regular funcionamento do sistema financeiro repousaria na confiança que a coletividade lhe credita, pois a credibilidade é elemento essencial para a aplicação da poupança popular.

Não se trata de uma explicação equivocada, mas insuficiente e sobretudo perigosa pela potencial antecipação da punibilidade sem uma correlação mínima com o risco de dano a um bem jurídico de densidade concreta, por exemplo, o patrimônio dos investidores.

De outro lado, também não parece ser cientificamente correta a tentativa de restringir demasiadamente a objetividade jurídica deste delito, claramente estruturado como tipo de perigo abstrato, sob pena de o intérprete subverter a finalidade do trabalho hermenêutico, ao reduzir indevidamente o campo normativo de incidência da regra.

Por essa razão, também se revelam inadequados os critérios de abalo e de risco sistêmico como elementos de definição do bem jurídico tutelado pelo art. 4º da Lei n. 7.492/86, eis que tal exigência, para além de não ter sido sequer cogitada pelo legislador (transformando um crime de perigo abstrato em de perigo concreto ou de resultado), dependeria especialmente de fatores exteriores à conduta incriminada e seria restrita apenas a algumas poucas instituições financeiras, estabelecendo uma distinção que claramente o tipo penal não realiza.

A melhor solução parece situar-se entre os extremos, identificando-se como objeto jurídico da proteção do crime de gestão fraudulenta o risco de dano ao patrimônio da instituição financeira e da coletividade, representada pelos investidores que destinam suas economias às operações realizadas pelas instituições financeiras exatamente por acreditarem na lisura, correção e respeito dos intermediários às regras do regular funcionamento do sistema. É possível, ainda, identificar como objeto de proteção da norma a função de fiscalização do sistema financeiro nacional pelas autoridades reguladoras, potencialmente atingida pelo emprego de fraudes na administração das instituições financeiras.

Sujeitos ativo e passivo

O crime de gestão fraudulenta é próprio, podendo ser sujeitos ativos as pessoas do controlador e administrador da instituição financeira, seus diretores e *gerentes*²², *tal como estabelece*

22 Defendíamos que o simples gerente de instituição financeira, em particular o gerente de agência bancária, não ostentava a qualidade exigida para ser sujeito ativo desse crime, que se restringiria à administração das instituições, em nome da razoabilidade, inclusive pela gravidade da sanção cominada, com o que parte da doutrina discorda, a exemplo do Marina Pinhão Coelho Araújo (Marina Pinhão Coelho Araújo, Luciano Anderson de Souza coordenadores. Direito Penal Econômico. Leis Penais Especiais. Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 132).

A jurisprudência consolidou entendimento pela possibilidade de imputação do crime aos gerentes de agência. Nesse sentido, o recente precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"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 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).

o art. 25, caput, da Lei nº 7.492/86, sendo também equiparados a essa condição o *interventor*, o *liquidante* e o *síndico* (art. 25, § 1º).

Nada impede a *participação* no crime de terceiros que não possuam a qualidade típica exigida, ou seja, estranhos à administração de instituições financeiras, que prestam auxílio material para a consecução das fraudes ou instigam o agente com poder de gestão a praticar a ação incriminada²³.

Sujeito passivo, finalmente, é o Estado, guardião e responsável pela regularidade e idoneidade do sistema financeiro nacional, a própria instituição financeira e os investidores e correntistas quando, eventualmente, forem lesados.

Tipo Objetivo

Como bem anota Marina Coelho Araújo, “o tipo penal é excessivamente aberto e construído sem nenhuma referência ao prejuízo”²⁴.

Gerir significa administrar, gerenciar, exercer a gestão das atividades de uma instituição financeira. No entanto, o caráter genérico do núcleo verbal utilizado amplia a incidência da norma a uma série gigantesca de atos e operações do sistema financeiro.

Por isso, o verbo *gerir* deve ser compreendido a partir da própria conceituação de instituição financeira oferecida no art. 1º da Lei nº 7.492/86.

Entendemos que o crime se consuma desde que a gestão fraudulenta ocorra nos atos de captação, intermediação, aplicação e administração de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou na custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou durante a administração de valores mobiliários, ou nas atividades equiparadas descritas no inciso I do parágrafo único do art. 1º.

Embora o verbo *gerir* e a expressão *fraudulentamente* traduzam um modo de atuar no exercício de atos de gestão, pressupondo uma determinada duração dessa atividade, reiteração, realização por um certo tempo, e, portanto, o correto fosse afastar a aplicação do tipo penal a atos isolados, a jurisprudência consolidou o entendimento de que o crime pode ser consumado com a prática de apenas um ato de gestão²⁵.

23 Nesse aspecto cumpre referir a lição de Nilo Batista ao sustentar que o *extraneus* não pode ser autor de um delito especial, eis que a comunicabilidade das circunstâncias se opera num fluxo de autor para partícipe, e não o inverso, razão pela qual defende que “nos crimes especiais, autor idôneo é apenas aquele vinculado ao dever. Se o não qualificado *conhece* a idoneidade do autor, responderá: 1) Nos delitos especiais puros como partícipe, mesmo se interveio na execução do delito”. BATISTA, Nilo. Concurso de agentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1979. p. 131.

24 Marina Pinhão Coelho Araújo, Luciano Anderson de Souza coordenadores. Direito Penal Econômico. Leis Penais Especiais. Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 127.

25 “O crime de gestão fraudulenta pode ser visto como crime habitual impróprio, em que uma só ação tem relevância para configurar o tipo, ainda que a sua reiteração não configure pluralidade de crimes. Portanto, a sequência de atos fraudulentos perpetrados já integra o próprio tipo penal, razão pela qual não há falar, na espécie, em crime continuado.” (AgRg no AREsp 608.646/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 10/11/2015).

“O crime de gestão fraudulenta é considerado delito habitual impróprio, em que uma só ação tem relevância para configurar o tipo, ainda que a sua reiteração não configure pluralidade de crimes.” (AgRg no REsp 1398829/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015).

O elemento normativo *fraudulentamente* significa o emprego de fraude no âmbito da administração da instituição financeira, da realização de suas operações de captação, intermediação e aplicação de recursos de terceiros. Por fraude entende-se todo e qualquer meio enganoso empregado com a intenção de ludibriar, de alterar a verdade de fatos ou a natureza das coisas, e deve ser interpretada como gênero, que pode apresentar-se sob várias espécies ou modalidades distintas, tais como artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

A fraude relevante para o bem jurídico tutelado deve ser relacionada à administração das atividades típicas da instituição financeira e de seu funcionamento, ou seja, no âmbito das operações de captação, intermediação e aplicação de recursos próprios e de terceiros e de suas responsabilidades legais com as autoridades de fiscalização e regulamentação dos mercados.

O conceito de *instituição financeira* deve ser extraído da previsão do art. 1º da Lei n. 7.492/86, como “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 de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”.

As instituições financeiras são pessoas jurídicas públicas e privadas que integram os mercados que compõem o sistema financeiro nacional, atuando, basicamente, como intermediários entre os investidores e os tomadores de recursos. E, ainda, como entidades que oferecem, auxiliam, coordenam e administram os instrumentos financeiros dos diversos mercados à disposição de seus participantes.

As instituições financeiras típicas do SFN são as seguintes: Bancos múltiplos, Bancos Comerciais, Caixas Econômicas, Bancos de Câmbio, Corretoras de câmbio, Bancos de desenvolvimento, Bancos de investimento, Corretoras de títulos e valores mobiliários e Distribuidoras de títulos e valores mobiliários, Cooperativa de crédito, Sociedades de crédito, financiamento e investimento, também conhecidas por financeiras, Sociedades de crédito imobiliário, Sociedades de arrendamento mercantil, Agências de fomento e Associações de poupança e empréstimo.

Incluem-se ainda nesse conceito, por força do parágrafo único do artigo 1º desta Lei, as “instituições financeiras por equiparação”, ou seja, a “pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros”.

Há entendimento pacífico na jurisprudência de que essas atividades também estão englobadas na dimensão normativa do art. 4º da Lei nº 7.492/86²⁶.

26 Nesse sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“1. O artigo 4º da Lei 7.492/1986 prevê como crime contra o Sistema Financeiro Nacional a gestão fraudulenta de instituição financeira, cumprindo definir o seu conceito para fins de caracterização do ilícito em comento.

2. Para tanto, deve-se recorrer à própria Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional que, no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.492/1986 equipara às instituições financeiras ‘a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros’, bem como ‘a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual’.

3. Assim, tendo a própria Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional estabelecido no que se constitui instituição financeira para efeitos de sua aplicação, não se pode excluir de seu âmbito de incidência os corretores de seguros, que, à toda evidência, são responsáveis por captar recursos

De outro lado, mostra-se inviável a imputação do crime de gestão fraudulenta nas circunstâncias descritas no inciso II do parágrafo único do art. 1º (a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual).

Como já destacado em obra anterior²⁷, “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, bastaria que um indivíduo captasse recursos de dois ou três amigos, com a promessa de aplicá-los no sistema financeiro, para que a lei o considerasse para fins penais como equiparado ao presidente de um banco múltiplo”.

De outro lado, parece contraditória a previsão do inciso II do parágrafo único do art. 1º em face do crime descrito no art. 16 da Lei nº 7.492/86²⁸.

Como se vê, não há sentido em eventual equiparação, pois a atividade clandestina destinada à prática das operações privativas das instituições financeiras já vem sancionada de maneira autônoma.

Dessa forma, conclui-se que o inciso II do parágrafo único do art. 1º isoladamente considerado não é capaz de estabelecer a equiparação que pretendeu criar, ao menos para a tipicidade do art. 4º, sob pena de se estabelecer uma violação evidente e injustificável aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade que informam à interpretação e à aplicação dos textos legais.

Tipo Subjetivo

O crime é doloso, manifestando-se pela vontade consciente de gerir a instituição financeira de modo fraudulento, sem a descrição de outros elementos subjetivos especiais concomitantes na conduta.

No entanto, como o tipo objetivo exige o emprego de fraude, é indissociável desse elemento normativo que a ação do agente tenha como finalidade o interesse de ludibriar, enganar

financeiros envolvidos na atividade securitária, estando, por conseguinte, inseridos no conceito contido no artigo 1º da Lei 7.492/1986. Doutrina. (...)” (HC 164.216/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 03/12/2012).

“1. Instituição financeira, para os fins da Lei nº 7.492/86, é toda e qualquer pessoa jurídica de direito público ou privado, que, como atividade principal ou acessória, custodie, emita, distribua, negocie, intermedie, ou administre valores mobiliários, ou capte, intermedie, ou aplique recursos financeiros de terceiros, a ela se equiparando a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros, e a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas, ainda que de forma eventual.

2. O que caracteriza, para os fins da Lei nº 7.492/86, a instituição financeira, de natureza pública ou privada, é, essencialmente, que a sua atividade, principal ou acessória, tenha por objeto valores mobiliários ou recursos financeiros, por ela, *sensu lato*, captados ou administrados.

3. A entidade fechada de previdência privada, que capta e administra recursos destinados ao pagamento de benefícios de seus associados, equipara-se a instituição financeira para fins de incidência da Lei nº 7.492/86. (...)”

(HC 26.288/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2005, DJ 11/04/2005, p. 385).

27 Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda. Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 33 e 34.

28 Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (VE-TADO) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

terceiros (instituição financeira, sócio, investidor, autoridade) e criar uma falsa representação da realidade a respeito de operação ou fato relacionado à gestão da instituição financeira.

Não há previsão de modalidade culposa.

Consumação e tentativa

Como já mencionado, a jurisprudência pacificou o entendimento no sentido da classificação da gestão fraudulenta como crime habitual impróprio, que se consuma com apenas um ato fraudulento no exercício da gestão, sem que outras e subsequentes fraudes caracterizem crimes autônomos ou crime continuado.

Nesse caso, como o crime é formal, o tipo penal prescinde da verificação de qualquer resultado, ou seja, de prejuízo ou efetivo induzimento em erro de terceiro, e a gestão fraudulenta estará consumada no momento do emprego da ação fraudulenta relacionada aos atos de captação, intermediação e aplicação de recursos dos investidores, ou na execução de fraude no âmbito da administração das atividades da instituição relacionadas diretamente com o sistema financeiro nacional, com risco de dano ao bem jurídico tutelado.

Não se admite a tentativa.

Sanção Penal

A pena prevista é de reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa, permitindo a aplicação da regra do acordo de não persecução penal.

Considerações Finais

Diante da opção do legislador por um tipo penal genérico, habitualmente impróprio e praticado de forma livre, algumas ações fraudulentas que venham a caracterizá-lo também podem apresentar correspondência com outros tipos objetivos descritos pela Lei 7.492/86, como os crimes previstos nos artigos 5º, 6º, 7º, 9, 10 e 11, gerando ao intérprete diversos problemas relacionados ao conflito aparente entre esses tipos penais.

A dificuldade para a adoção dos critérios tradicionais reside no fato de que não estamos diante de um crime complexo ou de progressão criminosa, nem mesmo perante tipos penais especializadores de condutas, mas de uma tipificação genérica mais grave (art. 4º), executada mediante fraudes que também caracterizam crimes específicos menos graves, mas com maiores exigências típicas, inclusive a superveniência de resultado, o que aliás difere da estruturação comum dos tipos penais em relação de necessidade.

Destaca-se, ainda, que poderá haver identidade entre os bens jurídicos tutelados pelas normas referidas e o art. 4º, de forma que, também por esse critério, muitas vezes não é possível solucionar o concurso aparente.

A partir dessas premissas, a solução dogmaticamente mais correta para o conflito entre esses tipos exige especialmente a análise do elemento subjetivo da ação, ou seja, se o dolo do agente está direcionado à realização específica de uma infração penal (por exemplo, a apropriação de recursos do cliente – art. 5º) ou se a intenção do autor releva a vontade de empregar fraudes na gestão fraudulenta de modo prolongado no exercício da administração da instituição financeira.

Desse modo, ainda que se admita que uma única fraude possa caracterizar o delito do art. 4º, o dolo exigido pela gestão fraudulenta é diferente da simples prática de uma conduta isolada. Em outras palavras, o tipo subjetivo do art. 4º exige a vontade consciente de gerir a instituição fraudulenta mediante o emprego de fraudes ao longo de sua administração, ainda que a jurisprudência exija a prática de apenas uma para a configuração do crime (estrutura

típica semelhante aos crimes de resultado cortado), afastando-se, assim, sob a perspectiva do dolo o concurso de normas em favor unicamente do artigo 4º, consoante possibilita a aplicação do critério de resolução de conflito aparente de normas da consunção²⁹.

Ao final, é importante também referir que determinadas ações fraudulentas praticadas no âmbito do sistema financeiro, potencialmente englobadas no campo de incidência do crime do art. 4º, ganharam uma regulamentação autônoma por intermédio da Lei nº 10.303/2001 (com alteração da Lei nº 13.506/2017), que instituiu os crimes contra o mercado de capitais, dando nova redação à Lei nº 6.385/76.

Com efeito, o art. 27-C estabelece o crime de manipulação do mercado de capitais e tipifica de forma específica a realização de operações financeiras fraudulentas com valores mobiliários³⁰.

Evidentemente, se em determinado caso houver aparente tipicidade dos dois crimes, a hipótese será de aplicação única do crime de manipulação, sem concurso com o crime de gestão fraudulenta³¹.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Objeto Jurídico

Assim como em relação ao *caput*, e com ainda mais relevo, a objetividade jurídica do crime de gestão temerária reside no risco de dano ao patrimônio da instituição financeira e dos investidores em razão de operações executadas com infração aos limites prudenciais legalmente estabelecidos.

A exposição do investidor a risco de prejuízo é elemento inerente às aplicações financeiras e esta submissão deve ser uma opção consciente do investidor, em busca de maior lucratividade às operações. E nesse caso, obviamente, não se cogitará de tipicidade material da conduta, a não ser que o consentimento seja produto de erro criado ou conhecido pelo agente.

29 A consunção, diferentemente dos critérios da especialidade e subsidiariedade, não se verifica por intermédio da comparação abstrata entre os preceitos (*genus-speciem; maius-minus*), mas por meio da análise dos fatos concretamente verificados, de sorte que a prevalência de uma norma penal incriminadora sobre a outra ocorre por razões valorativas. Nesse sentido, vide: GARCIA ALBERO, Ramón. *Non bis in idem material e Concurso de Leys Penales*. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 383.

30 Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros: (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017)
Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até três vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

31 Já tratamos de modo aprofundado sobre o conflito aparente desses tipos penais, bem como de todos os aspectos dos crimes contra o mercado de capitais em Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 355 e seguintes.

Sujeitos Ativo e Passivo

O crime de gestão temerária é próprio, podendo ser sujeitos ativos as pessoas do controlador e administrador da instituição financeira, seus diretores e *gerentes*³², tal como estabelece o art. 25, *caput*, da Lei n. 7.492/86, sendo também equiparados a essa condição o *interventor*, o *liquidante* e o *síndico* (art. 25, § 1º).

Também é possível a *participação* nesse crime de terceiros que não possuam a qualidade típica exigida, ou seja, estranhos à administração de instituições financeiras, em razão da previsão do art. 29 do Código Penal.

Sujeito passivo direto, nesse caso, serão investidores e correntistas pelo risco de lesão ao seu patrimônio, bem como a instituição financeira e seus acionistas. Secundariamente, o Estado como guardião e responsável pela regularidade e idoneidade do sistema financeiro nacional.

Tipo Objetivo

Ha consenso doutrinário a respeito da precária redação do tipo penal de gestão temerária, com diversos pronunciamentos pela inconstitucionalidade dessa norma penal³³. A primeira contundente crítica a esse respeito foi exatamente a de Manoel Pedro Pimentel, para quem "a falta de um elemento seguro na descrição do fato tipificado conduz ao risco de entregar a definição da tipicidade a um critério eminentemente subjetivo, reduzindo duramente a garantia assegurada pelo princípio da reserva legal"³⁴.

32 Assim como no crime do *caput*, defendiamos que o simples gerente de instituição financeira, em particular o gerente de agência bancária, não ostentava a qualidade exigida para ser sujeito ativo do crime de gestão temerária, que se restringiria à administração das instituições, mas a jurisprudência consolidou entendimento pela possibilidade de imputação do crime. Nesse sentido, o recente precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. AGRADO 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 DA PRETENSÃO PUNITIVA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRADO 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).

33 Nessa linha, de forma ampliada, Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 76 e seguintes.

34 *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 52.

No entanto, os Tribunais reiteradamente rejeitam a tese da inconstitucionalidade, mas vêm buscando, em conjunto com a doutrina, parâmetros objetivos para a definição e a delimitação do conteúdo da proibição do parágrafo único do art. 4º da Lei n. 7.492/86.

Uma análise bastante aprofundada a respeito da constitucionalidade dos tipos objetivo e subjetivo da gestão temerária, a partir de diversos precedentes do STF, é encontrada no julgamento, pelo STJ, do REsp 1613260/SP³⁵.

O voto condutor, da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, fundou-se na importante compreensão de que a tipicidade deste crime exigiria a transgressão pelo agente das regras específicas de atuação dos administradores de instituição financeira³⁶ e não apenas de eventual violação de princípios e valores comuns à atividade dos intermediários do mercado.

A tipicidade objetiva da *gestão temerária*, portanto, exige a violação das normas administrativas que regulamentam os riscos permitidos no exercício da atividade de captação, intermediação e aplicação dos recursos financeiros³⁷. Esse entendimento permite retirar a incerteza e a insegurança que a obscura expressão *temerária* produz na aplicação da lei penal.

Como exemplo dessas normas regulamentares, pode-se citar a Resolução n. 4.557, de 23 de fevereiro de 2017, do Banco Central do Brasil, que conceitua e define os riscos de crédito, operacional, de mercado, de variação cambial e de liquidez.

Além disso, a Lei n.º 13.506/2017³⁸ trouxe importantes parâmetros para a construção do conteúdo do tipo penal da gestão temerária, ao estabelecer como infração administrativa o descumprimento de normas legais e regulamentares do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro, cujo cumprimento caiba ao Banco Central do Brasil fiscalizar, inclusive as relativas a controles internos e gerenciamento

35 Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016.

36 “Mais do que cuidado e diligência, quem lida profissionalmente com bens, valores ou dinheiro alheio tem de possuir o conhecimento técnico adequado. Tais normas, porém, são ainda muito genéricas para serem utilizadas como critério de determinação do risco proibido. É preciso examinar as regras específicas, veiculadas por órgãos como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, para perquirir se os administradores das instituições financeiras superaram o risco admitido pelas normas pressupostas pelo tipo penal. E tal violação às normas de regência da atividade financeira tem de ser dolosa, já que não está prevista forma culposa de cometimento do delito tipificado no artigo 4º, p. ún., da Lei n.º 7.492/1986” (REsp 1613260/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016).

37 Luciano Feldens adotada essa linha de compreensão ao sustentar que “haveremos, assim, de vislumbrar a elementar *temerária* como um elemento normativo, para cuja adjudicação de sentido se faz necessário o recurso ao marco regulatório específico...” (Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo *in* Direito Penal Econômico. Crimes financeiros e correlatos. Celso Sanchez Villardi, Flavia Rahal Bresser Pereira e Theodomiro Dias Neto. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 103 e seguintes).

38 Art. 2º. “Este Capítulo dispõe sobre infrações, penalidades, medidas coercitivas e meios alternativos de solução de controvérsias aplicáveis às instituições financeiras, às demais instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil e aos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro, e estabelece o rito processual a ser observado nos processos administrativos sancionadores no âmbito do Banco Central do Brasil.”

de riscos, limites operacionais, concessão, renovação, cessão e classificação de operações de crédito e de arrendamento mercantil e constituição de provisão para perdas nas referidas operações, administração de recursos de terceiros e custódia de títulos e outros ativos e instrumentos financeiros.

Essas regras, inspiradas em orientações de organismos internacionais, impõem às instituições financeiras procedimentos objetivos de gerenciamento e controle desses riscos, com uma série de obrigações de natureza administrativa, contábil, de governança corporativa, como a criação de processos de prevenção a fraudes, preservação de informações e documentos, integridade e segurança de dados, sistemas rigorosos de avaliação e contingenciamento de avançagem, perdas, entre diversos outros deveres.

Portanto, a tipicidade do crime de gestão temerária deve tomar como referência o descumprimento dessas regras e parâmetros objetivos instituídos pelas autoridades de regulação do mercado.

A partir dessas premissas, é evidente que o crime de gestão temerária pode ser imputado apenas às instituições financeiras legalmente autorizadas a funcionar e às instituições a ela equiparadas, não se aplicando o tipo penal às operações realizadas por instituições clandestinas ou por pessoa natural, nos termos mencionados pelo inciso II do art. 1º desta Lei.

Tipo Subjetivo

Embora o conceito de temeridade sugira um comportamento de natureza culposa, pela ausência de previsão específica, como exigido pelo art. 18, II e parágrafo único, do Código Penal, o crime do parágrafo único do art. 4º só pode ser praticado com dolo, caracterizado pela ação consciente de administrar de modo temerário a instituição financeira, com violação das regras objetivas de regulamentação dos riscos permitidos nas operações.

O tipo subjetivo exige, portanto, conjuntamente, a vontade consciente de descumprir regra objetiva de comportamento imposta pelas autoridades de regulação do sistema, por exemplo, o Banco Central, a CVM, a SUSEP, e a consciência de que a conduta é potencialmente lesiva ao patrimônio de terceiros investidores ou da própria instituição financeira.

O resultado, prejuízo ou lucro, é indiferente à caracterização da tipicidade.

Consumação e Tentativa

Na mesma linha do tipo penal do *caput* e como já mencionado, a jurisprudência pacificou o entendimento no sentido da classificação da gestão temerária como habitual impróprio, que se consuma com apenas um ato no exercício da gestão, sem que outras e subsequentes operações temerárias caracterizem crimes autônomos ou crime continuado³⁹.

Nesse caso, como o crime é formal, o tipo penal prescinde da verificação de qualquer resultado, ou seja, de efetivo prejuízo a terceiros, e a gestão temerária estará consumada no momento da realização da operação legalmente vedada relacionada aos atos de captação, intermediação e aplicação de recursos dos investidores, com risco de dano ao bem jurídico tutelado.

Não se admite a tentativa.

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

Pena

As sanções cominadas, cumulativamente, são a reclusão de dois a oito anos, e a pena de multa, admitindo-se a incidência do benefício do acordo de não persecução penal.

Art. 5.º – Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único – Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito.

COMENTÁRIOS

MANOEL PEDRO PIMENTEL

1. Este dispositivo encontra precedente no Anteprojeto da Comissão de Reforma, que o concebera com a seguinte redação: “Art. 388 – Apropriar-se de título ou qualquer outro papel de valor mobiliário, recebido em custódia ou depósito: Pena – Reclusão, de dois a seis anos, e multa”.

Comparando-se os textos, verifica-se desde logo, que a proposta da Comissão de Reforma era mais enxuta e mais adequada. A apropriação de título ou qualquer outro papel de valor mobiliário, seria criminosa desde que tivessem sido *recebidos em custódia ou depósito*.

Tratando-se de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, esta explicitação é importantíssima, pois torna clara a natureza da infração, sem superposição ao disposto no art. 168 CP, que cuida da *apropriação indébita*, prevalecendo a lei especial em razão do princípio da *especialidade*, que é o primeiro princípio regulador do concurso aparente de normas.

A lei nova não fez esta restrição, incorrendo, mais uma vez, em erro. Ao legislador pareceu suficiente indicar o *sujeito ativo próprio*, definido no art. 25 da lei, para assegurar o entendimento de que a apropriação ou o desvio, ou, ainda, a negociação dos objetos descritos na cabeça do art. 5.º e no seu parágrafo único, estariam violando esta lei especial, sem deixar qualquer dúvida.

Entretanto, assim não é. Mesmo o sujeito ativo próprio do crime previsto neste art. 5.º e seu parágrafo único, pode praticar o crime comum de apropriação indébita, se o dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel ou imóvel não lhe houver sido entregue na qualidade de diretor ou gerente de instituição financeira.

O que caracteriza o crime previsto na lei especial não é a condição do sujeito ativo próprio, mas a circunstância de haver recebido os objetos mencionados em *custódia ou depósito*, por ser diretor ou gerente de uma instituição financeira, ou pessoa estes equiparada. Mas isso a lei não diz.

Ainda mais grave é a colocação feita no parágrafo único. Se o gerente de uma instituição

não como dirigente de entidade financeira, e o fizer sem autorização do dono, praticará um crime de apropriação indébita comum. Entretanto, caracterizada sua condição de gerente de uma instituição financeira, o crime lhe será imputado com fundamento na lei especial e não no Código Penal.

Ora, é manifesta a diferença das situações. Porém, sendo enquadrado na lei especial, em razão de inexistir a restrição – *recebido em custódia ou depósito* – a pena que poderá sofrer será muito mais grave, nos limites entre *dois e seis anos*, enquanto que a sanção para o crime de apropriação indébita previsto no art. 168 CP é de *um a quatro anos*.

2. Outra observação importante: tanto na cabeça no art. 5.º, como no seu parágrafo único, fala-se, apenas, em *ter a posse*. Não há referência à *detenção*, expressão usada pelo legislador no Código Penal, ao definir o crime de apropriação indébita, no art. 168. Nelson Hungria defendeu a importância de incluir-se na definição do crime de apropriação indébita, ao lado da *posse*, a *detenção*.

Esta foi a argumentação do inesquecível Mestre: “Para evitar controvérsia de interpretação, a que poderia dar lugar o emprego exclusivo do vocábulo *posse*, dado o seu estrito sentido técnico-jurídico, o art. 168 refere-se, alternativamente, a “posse” e “detenção”. Com o primeiro termo, quer designar a “posse direta”, de que cuida o art. 486 do CC (“Quando por força de obrigação ou direito, em casos como do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram, a posse indireta”); com o segundo termo, quer significar o poder de fato que, segundo os arts. 487 e 497 do citado Código, não constitui *posse*, isto é, quando quem o exerce: a) “achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”; b) não o faz senão por ‘mera permissão ou tolerância’ do proprietário ou quem de direito”.⁴⁰

Ao que parece, excluindo da definição do crime a *detenção*, o legislador adotou uma posição radical, entendendo que a *posse compreende a detenção*. Esta foi a opinião de Filadelfo Azevedo, citado por Nelson Hungria, opinião apoiada em Pontes Ribeiro e Ari Franco, dizendo: “... seria mais razoável que se limitasse o texto à expressão *posse*, que tem uma grande amplitude no Código Civil, suportando até vários desdobramentos pela divisão em direta e indireta”.

O Min. Hungria reagiu energicamente: “Inteiramente descabida é a crítica. Não percebeu o saudoso jurista que a *posse* de que trata o art. 168 é precisa e exclusivamente a *posse direta* do art. 486 do CC, da qual se distingue, conceitualmente, a simples *detenção*, exercida pelo *servus possessionis* (fâmulos da posse) ou por “mera permissão ou tolerância” do *dominus* (ex.: a *detenção* que o empregado doméstico exerce sobre o dinheiro que o patrão lhe entrega para compras na feira, ou a que exerce alguém sobre o automóvel que o dono lhe cede para um passeio). Se não fosse feita expressa referência à *detenção*, falando-se tão-somente em *posse*, estaria criado ensejo à dúvida: a uns pareceria que a expressão *posse*, com a latitude da acepção vulgar, abrangeria a *detenção*; enquanto outros, adstritos à tecnologia do direito civil (de que, na espécie, o direito penal é meramente *receptício* ou *sancionatório*), entenderiam excluída a simples *detenção*, invocando a proibição da analogia em matéria criminal”.⁴¹

⁴⁰ *Comentários ao Código Penal*, em colaboração com o Prof. Heleno Cláudio Fragoso, Ed. Forense, 1999, p. 100.