

CONTORNOS LEGAIS DO CRIME DE OPERAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: UMA ANÁLISE DOS CASOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO POR ASSOCIAÇÃO DE SERVIDORES

Legal contours of the crime of unauthorized operation of a financial institution: an analysis of payroll loan cases by association of civil servants

Eugênio Pacelli de Oliveira¹

Instituto de Direito Público (IDP) – Brasília/DF

Frederico Horta²

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) – Belo Horizonte/MG

Sumário: 1. Introdução; 2. Operação não autorizada de instituição financeira: o tipo penal; 2.1. Objeto de tutela da incriminação e ofensa punível: perigo abstrato à higidez do sistema financeiro; 2.2. Estrutura objetiva do tipo; 2.3. Conteúdo do dolo; 3. O elemento normativo instituição financeira e sua definição legal; 3.1. Considerações gerais; 3.2. Captação, intermediação e aplicação de recursos de terceiros; 3.3. Caráter comercial da instituição financeira: lucratividade e amplitude da oferta dos serviços; 3.4. Lucro do serviço financeiro versus remuneração indenizatória pela disposição do capital; 3.5. Captação, intermediação e aplicação como negócio; 4. Concessões de auxílio financeiro por associações de servidores como atividades geralmente distintas das de instituições financeiras; 4.1. Habitualidade da intermediação; 4.2. Lucratividade e difusão das operações; 4.3. Gestão dos recursos intermediados ou intermediação meramente operacional; 4.4. Operação com recursos próprios; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumo: O tipo penal do art. 16 da Lei 7492 é definido fundamentalmente em função do conceito legal de instituição financeira para fins penais. Em vista da amplitude e complexidade desse conceito, são comuns as dúvidas sobre a inclusão ou não da prestação de determinados serviços financeiros nesta classe. Discutível é o caso da concessão habitual de empréstimos consignados em folha de pagamento, por associações de servidores públicos. Indaga-se se esse serviço pode configurar crime, em dois casos alternativos: (i) se os empréstimos ocorrem por meio de convênio com instituições financeiras regulares, e a associação funciona como intermediária; e (ii) quando a associação opera os empréstimos com recursos próprios. Para respondê-lo, o artigo apresenta uma análise do tipo do artigo 16 da Lei 7492 e especialmente do conceito legal de instituição financeira, incluindo entre os seus requisitos a lucratividade, a abertura ao mercado e o risco da atividade para o patrimônio de terceiros. No caso dos convênios com bancos, conclui-se que a intermediação não configura atividade típica de instituição financeira, quando não houver disponibilidade do recurso e, portanto, gestão do risco pela associação; quando a intermediação for limitada a determinados sujeitos em pelo menos um dos polos; ou quando o lucro da atividade for exclusivo do banco. Distinguindo lucro de remuneração do capital, a partir da noção de juros legais, chega-se à determinação do crime de usura, como

¹Professor do IDP/Brasília-DF. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado criminalista. Ex-Procurador da República.

²Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Editor-Chefe da Revista do Instituto de Ciências Penais. Advogado criminalista.

abuso na prática do mútuo com recursos próprios, demarcando assim o limite da concessão de crédito pela própria associação.

Palavras-chave: crime financeiro; tipo penal; crédito consignado; instituição financeira; intermediação; usura.

Abstract: The criminal offence of article 16 of Law 7492 is defined fundamentally in terms of the legal concept of a financial institution for criminal purposes. In view of the extent and complexity of this concept, doubts are common as to whether or not the provision of certain financial services should be included in this class. A debatable case is the usual concession of payroll loans by associations of public servants. The question is whether this service can constitute a crime in two alternative cases: (i) if the loans are made through an covenant with regular financial institutions, and the association works as an intermediary; and (ii) when the association operates the loans with its own resources. To answer this question, the article presents an analysis of the crime of article 16 of Law 7492 and especially of the legal concept of financial institution, including among its requirements the profitability, the openness to the market and the risk of the activity for the assets of third parties. In the case of agreements with banks, it is concluded that the intermediation does not configure a typical activity of a financial institution, when there is no availability of resources and, therefore, risk management by the association; when the intermediation is limited to certain subjects in at least one of the poles; or when the profit from the activity is exclusive to the bank. Distinguishing profit from capital remuneration, from the notion of legal fees, we arrive at the determination of the crime of usury, as abuse in the practice of lending with own resources, thus demarcating the limit of the concession of credit by the association itself.

Keywords: financial crime; criminal offence; consigned credit; financial institution; intermediation; usury.

1. INTRODUÇÃO

O crime de operação ilegal de instituição financeira, previsto no artigo 16 da Lei 7492/86, é daqueles tipos de injusto de mera transgressão administrativa, pois consiste na violação da proibição geral de se exercer atividade econômica típica de instituição financeira, sem autorização do Banco Central. Embora estruturalmente simples, pois definido em função do conceito de instituição financeira, esse tipo encontra em tal conceito toda a sua complexidade.

Trata-se de um elemento normativo com interpretação autêntica, prevista logo no artigo 1º da mesma lei, que define o que se deve entender por instituição financeira para fins da tutela penal do sistema financeiro nacional. Tal definição se dá pela natureza das atividades desempenhadas, ali mencionadas em um rol que multiplica de forma quase caleidoscópica as possibilidades de configuração dos tipos de crime referidos às instituições financeiras. Como é próprio das linguagens naturais, muitas dessas possibilidades conceituais são claras, enquanto muitas outras se inserem naquela chamada zona cinzenta, de dúvida sobre a inclusão ou não de determinados negócios no rol legal das atividades típicas ou próprias das instituições financeiras.

Este é o caso dos empréstimos consignados em folha de pagamento, quando oferecidos por associações de servidores públicos, como parte de seu portfólio de serviços aos associados. Em princípio, e desde que tais empréstimos sejam operados com recursos próprios da associação, tal atividade parece não estar entre as relevantes para a tutela penal do sistema financeiro nacional, por não envolver o patrimônio de terceiros. Nestes casos, a licitude da atividade, e mesmo a sua punibilidade, ficam a depender exclusivamente dos limites do tipo penal de usura, previsto no artigo 4º da Lei 1521/51. Todavia, quando as associações captam os recursos por meio de convenio com instituições financeiras, sua atuação pode

configurar intermediação de recursos de terceiros, demandando uma análise mais acurada do papel realizado pela associação e do risco oferecido pela sua intermediação ao patrimônio da instituição conveniada.

Neste artigo pretendemos examinar se, e em quais casos, a prestação de auxílio financeiro, na forma de contratos de mútuo, por associações de servidores públicos não autorizadas a atuar no mercado financeiro, pelo Banco Central, pode configurar atividade punível como operação ilegal de instituição financeira, ou ainda como crime de usura. Para tanto, teremos em vista dois grupos de casos: (i) aqueles nos quais os empréstimos são oferecidos com recursos obtidos mediante convênio com instituição financeira regular, (ii) e os casos nos quais as associações operam com recursos próprios, mediante cobrança de juros.

Para tanto partiremos de uma análise do tipo penal previsto no artigo 16 da Lei 7492/86, desvelando cada um dos seus pressupostos. Assim o seu núcleo, fazer operar, a natureza habitual do crime, que dele decorre; e a caracterização da autoria, como uma atividade gerencial; a falta ou ilegitimidade da autorização e a atribuição de expedi-la, o objeto de tutela (bem jurídico) da norma penal e a ofensa punível, o momento consumativo do crime e os conhecimentos necessários para a configuração do dolo, num tipo de delito tão normatizado (n. 2).

Na sequência, deteremos-nos sobre o elemento normativo que é o centro irradiador de sentido desse tipo penal: o conceito de instituição financeira para fins penais. Compreenderemos a suas restrições em relação ao conceito legal geral, que corresponde à tutela administrativa, mais ampla que a penal, do sistema financeiro nacional, e analisaremos as primeiras e elementares modalidades de atividade financeira, relevantes para a caracterização dos serviços analisados: a captação, a intermediação e a aplicação de recursos financeiros de terceiros (n. 3).

Voltando-nos aos casos propostos, buscaremos diferenciar as condições nas quais a atuação conveniada de uma associação com instituição financeira, para a prestação de mútuo, pode configurar uma intermediação de recursos, característica de instituição financeira, dos casos em que configura mera captação de clientes para um banco. Nos primeiros casos, destacaremos outros requisitos da operação típica: a lucratividade e a abertura ao mercado, que caracterizam o serviço financeiro como atividade econômica (n. 4.1).

A partir das noções previamente estabelecidas de lucro extraído do serviço financeiro e de mera remuneração indenizatória pela disponibilização do capital, que é elementar do contrato de mútuo, analisaremos a prestação de auxílio financeiro com recursos próprios, distinguindo os casos de mero exercício de liberdade patrimonial, daqueles que configuram atividade econômica no sistema financeiro, dependente de autorização do Banco Central. A incriminação da usura é ressaltada neste ponto, como um vetor de punibilidade que transcende o conceito legal de instituição financeira para fins penais, mas que estabelece uma proibição penal da exploração financeira de capital próprio. Uma proibição demarcada pela medida dos juros chamados legais (n. 4.2).

Finalmente, em sede de conclusão, sintetizamos os critérios demonstrados ao longo do texto, indicando os limites nos quais pode uma associação prestar auxílio financeiro aos seus membros, com capital próprio ou por meio de convênio com um banco, sem incorrer em crime de usura ou operação irregular de instituição financeira.

2. OPERAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: O TIPO PENAL

2.1. OBJETO DE TUTELA DA INCRIMINAÇÃO E OFENSA PUNÍVEL: PERIGO ABSTRATO À HIGIEDEZ DO SISTEMA FINANCEIRO

O sistema financeiro nacional, para além de um mecanismo garantidor da circulação e do valor da moeda, é fundamentalmente uma rede de instituições estatais e sociedades empresárias que se encarrega de captar os recursos excedentes

na economia e dirigi-los para o financiamento de atividades produtivas, incremento da infraestrutura pública e aquisição de bens e serviços pelos particulares, em troca de remuneração, na forma de juros, aos investidores. O bom funcionamento e a confiança nesse sistema é fundamental para o desenvolvimento econômico, na medida em que garante o crédito, a liquidez do capital e o próprio dinamismo da economia, traduzido em mais oferta e demanda para bens e serviços.

A partir do momento em que os serviços financeiros enlaçam os agentes econômicos em geral, nacional e internacionalmente, o patrimônio deles passa a depender direta e indiretamente da segurança e higidez do funcionamento do sistema: não só a poupança popular, mas os recursos das empresas, investidos ou aplicados no sistema financeiro. Por essa razão a atividade econômico-financeira é rigorosamente controlada e até certo ponto avalizada pelo sistema, no Brasil por meio do Banco Central e outros órgãos ou entidades reguladoras, como a Comissão de Valores Mobiliários, o Conselho Monetário Nacional, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), entre outros.

A necessidade desse controle, que deriva da natureza sistêmica da atividade financeira, impõe que esta não seja uma atividade econômica vulgar, entregue exclusivamente à autonomia da vontade e livre disposição patrimonial de cada um, mas que dependa de autorização para ser exercida. Ou seja, a exploração do serviço financeiro é em geral proibida, salvo àquelas sociedades empresárias que preencham os requisitos estruturais, patrimoniais e de governança exigidos para a atuação nesse mercado, a critério da autoridade competente. Os serviços de captação, intermediação e disponibilização de recursos financeiros, por exemplo, dependem de autorização do Banco Central. E a insubordinação a essa autoridade, pela operação não autorizada de uma instituição financeira, é uma conduta punível nos termos do artigo 16 da Lei 7492/86, que assim dispõe:

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

Tal crime, como se lê, é definido em função de um ilícito administrativo: o funcionamento de instituição financeira à revelia do Banco Central, de cuja autorização depende a liberdade para o exercício dessa espécie de atividade econômica (art. 18 da Lei 4595/64 e art. 3, II, da Lei 13506/17)^{3 4}.

O tipo penal correspondente é composto pela simples referência à realização da atividade restrita – fazer operar instituição financeira – na ausência da devida autorização ou quando esta venha a ser obtida por erro do ente regulador, mediante declaração falsa, circunstâncias que fundamentam o caráter injusto do fato.

O bem jurídico tutelado por meio desta incriminação é, imediatamente, a *segurança ou higidez* do sistema financeiro nacional, cuja fiscalização fica

³Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras”. In: BRASIL. *Lei nº 4.594 de 1964*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4594.htm, acesso em: 07 abr. 2023.

⁴Art. 3º Constitui infração punível com base neste Capítulo: II - realizar operações ou atividades vedadas, não autorizadas ou em desacordo com a autorização concedida pelo Banco Central do Brasil”. In: BRASIL. *Lei nº 13.506 de 2017*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm, acesso em: 07 abr. 2023.

prejudicada pela atuação de instituições clandestinas, marginais^{5 6 7}. Mediatemente, contudo, o que se protege é o patrimônio dos usuários do sistema, que é uma rede interligada e de certo modo interdependente, de instituições e seus respectivos clientes: os depositários, investidores e tomadores de recursos⁸. Ao proteger a higidez do sistema, protege-se o patrimônio dos seus atores contra a insegurança ou efetivos riscos coletivos, que advém da prestação clandestina ou precária de serviços financeiros. Uma gestão temerária, fraudulenta ou irregular desses elos obscuros da rede pode prejudicar não apenas os seus próprios clientes, mas desestabilizar o sistema como um todo, por efeito cascata.

O reconhecimento do patrimônio dos investidores como o bem jurídico mediatemente tutelado pela operação irregular de instituição financeira, assim como pelas incriminações da gestão temerária (art. 4º, da Lei 7492/86), ou por quaisquer outros crimes contra as instituições financeiras (arts. 5º, 6º, 17, 19-20 da Lei 7492/86) não desconhece a pretensão da norma do referido artigo 16, de garantir a função administrativa de controle do sistema financeiro, pelo Banco Central. Uma mera função estatal, contudo, de fiscalização, não é por si um bem digno da tutela penal, por ter um valor relativo para o que realmente importa, o patrimônio dos investidores⁹.

Com efeito, a fiscalização e o controle podem ou não ser benéficos ao desempenho do sistema financeiro, conforme o rigor das autorizações, a prudência ou razoabilidade dos limites impostos às operações financeiras, a efetividade da vigilância e do poder de conformação, além da qualidade das políticas implementadas pelo Banco Central. E sendo assim, como mero mecanismo burocrático, o controle (e a sujeição a ele) não tem valor em si, que justifique a punição de homens e mulheres para garanti-lo. Um valor em si (absoluto, como a liberdade individual) só se verifica no objetivo da fiscalização, que é a higidez do sistema financeiro, da qual depende o patrimônio dos usuários e outros afetados indiretamente, interligados numa rede de investidores, tomadores de recursos, fornecedores de bens e serviços e, finalmente, trabalhadores e consumidores.

Consequentemente, o crime de operação irregular de instituição financeira não pode se resumir a uma violação do controle ou da autoridade estatal sob o sistema financeiro, mas deve envolver um perigo, ao menos abstrato, para a higidez desse sistema. Um perigo abstrato é a insegurança (no limite, patrimonial), que decorre da incompatibilidade da conduta proibida (típica) com as condições de funcionamento sustentável e de manutenção dos riscos do sistema financeiro num patamar tolerado, permitido.

Por isso, para a verificação material do injusto punível pelo artigo 16 da Lei 7492/86 não basta a mera falta da autorização para o funcionamento da entidade

⁵De forma semelhante, tratando de incriminação análoga do direito alemão (§54 da Lei do Sistema de Crédito), Klaus Tiedemann afirma que ela protege *"la fiscalización estatal de las entidades crediticias, sino también la eficiencia del mercado crediticio y financiero, al igual que a los clientes. Este precepto se ocupa de la admisión de las instituciones que intervienen en ese mercado y de supervisar su grado de solvencia"*. In: TIEDEMANN, K. *Manual de derecho penal económico: Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 350.

⁶No Brasil, José Carlos Tórtima aponta exclusivamente o controle e a fiscalização sobre as instituições financeiras como objeto de tutela. In: TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei nº 7.492/86*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 103.

⁷Por sua vez, Marina Coelho Araújo fala da higidez desse sistema, que é a finalidade da fiscalização. In: ARAÚJO, M.P.C. "Crimes contra o sistema financeiro nacional", in: SOUZA, L.A. & ARAÚJO, M.P.C. (Coord.). *Direito penal econômico: leis penais especiais*, vol. 1., Thomson Reuters, São Paulo, 2019, p. 155.

⁸Mencionando como objetos de tutela a inviolabilidade e a credibilidade do sistema financeiro, assim como o patrimônio dos investidores, instituições financeiras e seus acionistas: BITENCOURT, C.R. & BREDÁ, J. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, Cap. XVI, n. 2.

⁹Sobre tutela de bens jurídicos, e não de funções, pelo direito penal, cf. TAVARES, J. *Bien jurídico y función en derecho penal*, Tradução: CUÑARRO, M., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

financeira, mas é imprescindível que a sua atividade possa impactar o sistema e que não tenha mérito para ser autorizada, isto é; que não preencha os requisitos para tanto. Só nestes casos se pode dizer que a violação da proibição administrativa do exercício de atividade econômica de natureza financeira representa um incremento proibido do risco para o sistema financeiro. O simples abalo da confiança no controle do sistema, embora prejudicial ao seu funcionamento, não justifica a resposta penal. O mero desafio ao controle do Banco Central, por exemplo, só se resolve pela atuação dele mesmo: pelo efetivo exercício do seu poder administrativo de polícia; pela eficiência da vigilância e das suas medidas de intervenção, na repressão dos desvios e conformação as atividades reguladas.

2.2. ESTRUTURA OBJETIVA DO TIPO

A conduta nuclear, *fazer operar* uma instituição financeira, consiste em colocar ou manter em funcionamento uma estrutura ou organização voltada à prestação de serviço financeiro característico dessas instituições, com personalidade jurídica ou em nome do próprio agente (cf. art. 1º, *caput* e parágrafo único, I, da Lei 7492/86), contando ou não com o trabalho de outras pessoas. Essencialmente, é passar a exercer atividade econômica organizada que envolva captação, intermediação ou aplicação de recursos alheios no mercado financeiro.

A locução verbal "*fazer operar*", referida ao objeto *instituição*, indica que este é um tipo de delito de duração prolongada, mais conhecido entre nós como crime *habitual*, cuja realização requer todo um complexo de diferentes ações individuais, por vezes reiteradas, como as que configuram a manutenção de uma casa de prostituição (229 do CP) ou a prática do curandeirismo (art. 284 do CP)¹⁰. É um tipo de delito que Jakobs caracteriza como *de organização*, que envolve uma intervenção quantitativamente indeterminada em uma organização antijurídica¹¹.

Afinal, como bem observa José Carlos Tórtima, não se trata da realização de uma única operação financeira pelo agente, como se instituição financeira fosse, mas de fazer funcionar a própria instituição¹². Isto significa dar vida a mais um agente do mercado financeiro, caracterizado como prestador de um serviço, cuja existência envolve a prática reiterada de operações financeiras ou a organização (mobilização) de recursos materiais e humanos para praticar tais operações de forma reiterada e duradoura^{13 14}.

Há, contudo, decisões do Superior Tribunal de Justiça, negando essa habitualidade, em vista da eventualidade mencionada no artigo 1º, II, da Lei 7492/86 (por exemplo, no AgRg no REsp 1565341 / RJ) ou mesmo contentando-se com a prática de uma única *operação* como suficiente a caracterizar afronta à higidez do *sistema financeiro*, em se tratando dos crimes do art. 4º da Lei 7492/86 (*gestão fraudulenta e gestão temerária*) (HC391053/SP). Bem se vê que esta última não

¹⁰Sobre esta classe de crimes: JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal*: Parte general, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, §66, II, nm. 3; ROXIN, C. *Derecho Penal*: Parte General, Especiales formas de aparición del delito, Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, tomo II, 2014, §33, nm. 20 e 21; JAKOBS, G. *Derecho penal*. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, apartado 32, nm. 26-29, que trata desses casos como de tipos que enlaçam ações; Na doutrina brasileira: CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal*: Parte geral, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, cap. 16, II, nm. 2, pp. 413-414; ZAFFARONI, E.R. & BATISTA, N. *Direito penal brasileiro*, vol. 2, t. II. Rio de Janeiro: Revan, 2017, §54, II, nm. 9, p. 588-590; HORTA, F. *Do concurso aparente de normas penais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 44, *et seq.*

¹¹JAKOBS, G. *Derecho penal* (...) Ob. Cit., apartado 32, nm. 28.

¹²TÓRTIMA, J.C. Crimes contra o sistema financeiro nacional (...), Ob. Cit., pp. 104-105.

¹³Também consideram habitual o delito em análise: BITENCOURT, C.R. & BREDI, J. *Crimes contra* (...) Ob. Cit., Cap. XVI, n. 4; e, COELHO ARAÚJO, M.P. *Direito penal econômico* ..., pp. 155-156.

¹⁴Em sentido contrário: cf. PIMENTEL, M.P. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*: comentário à lei 7.492, de 16.6.86, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 124.

guarda a mesma pertinência temática com o presente estudo. Todavia, como *rompe* com o conceito aqui utilizado, melhor apontar a divergência no próprio texto, do que em rodapé.

Trata-se de um *tipo comum*, na medida em que não exige nenhuma qualificação especial do autor¹⁵. No entanto, como se considera *autor* somente aquele a quem se pode atribuir a operação da instituição financeira, isto é; a entrada e a manutenção dela em funcionamento, mesmo quando esta envolver trabalho de muitos colaboradores, *autores* serão apenas os seus efetivos dirigentes ou gestores¹⁶. Reforça essa conclusão, o disposto no artigo 25, *caput*, da Lei 7492/86¹⁷, que autoriza responsabilizar os diretores e gerentes da instituição, pelos atos dela, obviamente na medida em que estes lhe possam ser atribuídos, por ação ou omissão culpável (arts. 13, 18 e 29, *caput*, do CP).

O tipo penal em análise é considerado *de atividade ou mera conduta*¹⁸, que se consuma independentemente de qualquer resultado material dela; e *de perigo abstrato*¹⁹, cuja ofensividade característica é a insegurança gerada pelo funcionamento de uma instituição clandestina e inidônea, para a higidez do sistema financeiro. Uma insegurança que nesses casos estará presente, ainda quando não se verificar uma gestão propriamente ruínosa ou crítica dos negócios financeiros da instituição irregular e, por consequência, ainda que não ocorra um dano ou perigo concreto para o patrimônio dos investidores.

2.3. CONTEÚDO DO DOLO

O conhecimento de todos os elementos constitutivos do tipo legal de crime é o conteúdo intelectual necessário à configuração do dolo, como decorre já do disposto no art. 20, *caput*, do Código Penal brasileiro. Esse conhecimento característico do dolo é o que torna a conduta do autor do injusto especialmente reprovável, ainda que ele suponha equivocadamente estar autorizado a agir daquela maneira, desconhecendo a proibição penal. Isto porque o conhecimento da proibição na maioria das vezes é desnecessário para tornar injusta e, pois, reprovável, a decisão de praticar a conduta típica (assim a decisão de matar, de furtar, de caluniar, de estuprar).

Todavia, algumas condutas não são proibidas por suas características imanentes, mas em razão de um juízo complexo de conveniência social ou política, geralmente relacionado à gestão de condições muito amplas e abstratas do ambiente social, como são o sistema financeiro, a estabilidade monetária ou a ordenação urbana, por exemplo. Nesses casos, o conteúdo de injusto da conduta típica, sua ofensividade ou iniquidade, decorre fundamentalmente da desobediência a restrições extrapenais, de uma liberalidade arbitrária ou descabida, da auto concessão de um privilégio de ação, próprio dos chamados *free riders*, em prejuízo de determinadas

¹⁵BITENCOURT, C.R. & BREDA, J., *Crimes contra o sistema financeiro (...)* Ob. Cit., Cap. XVI, n. 3.

¹⁶PIMENTEL, M.P. Crimes contra o sistema financeiro nacional (...) Ob. Cit., p. 124.

¹⁷Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado). § 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico. § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)". In: BRASIL. *Lei nº 7.492 de 1986 (...)*, *idem*.

¹⁸Em sentido contrário, Bitencourt e Breda classificam o delito como material, por considerar que o resultado seria a efetiva entrada em funcionamento da instituição financeira (BITENCOURT, C.R. & BREDA, J., *Crimes contra o sistema financeiro(...)*, Cap. XVI, 6). Este fato, contudo, não se distingue da conduta punível, que é justamente fazer operar a instituição, isto é; fazê-la funcionar, realizando as operações financeiras que constituem a sua atividade principal ou acessória.

¹⁹De forma semelhante, mas falando em crime formal, de perigo abstrato: TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional (...)* Ob. Cit., p. 106.

estratégias ou pautas estatais de gestão de bens jurídicos coletivos, ou de controle dos riscos coletivos a bens jurídicos individuais.

Injustos dessa ordem costumam ser legalmente definidos por referência à violação de proibições extrapenais ou à carência de especial autorização para a prática de uma atividade restrita. Nesses casos, quando o caráter injusto da conduta está fundado basicamente na sua proibição; quando o que se reprova ao autor é essencialmente ter se concedido arbitrariamente uma liberalidade exclusiva; então a referência à proibição extrapenal violada não é uma remissão qualquer. Essa referência não poderá ser simplesmente substituída, no tipo, pelos pressupostos de incidência da norma complementar. Nesses casos, a proibição mesma é elemento do tipo (de injusto) e como tal deve ser conhecida pelo agente, compreendida pelo dolo²⁰.

Parece-nos que este é o caso do crime de operação irregular de instituição financeira, cujo conteúdo de injusto é fundamentalmente a violação do caráter restrito e regulado dessa atividade comercial, por quem se permite exercê-la à revelia do Banco Central. O dolo próprio do crime de operação ilegal de instituição financeira envolve, portanto, o conhecimento da restrição violada; uma regra elementar desse mercado, e como tal geralmente conhecida pelos seus participantes, autorizados ou não.

Para ter dolo de operar ilegalmente uma instituição financeira, não é necessário que o autor conheça plenamente o sentido ou o uso técnico dessa expressão, nem que ele a use precisamente para qualificar a sua empresa ou atividade comercial. É suficiente que o agente compreenda a natureza da sua atividade de uma forma equivalente ao sentido conotativo de instituição financeira. Ou seja: o autor do crime do artigo 16 da Lei 7492/86 deve saber ou admitir estar promovendo, por si ou por meio de uma estrutura empresarial sob seu comando, uma atividade comercial baseada na prestação de serviços financeiros, que tem o dinheiro como mercadoria; que procura gerar riqueza a partir da captação, intermediação e investimento do capital, neste caso pertencente a terceiros.

Mas a falta de permissão da autoridade financeira competente ou a permissão viciada pela fraude é também um elemento constitutivo desse tipo. Na segunda hipótese, o conteúdo do dolo é lógico: quem obtém uma autorização mediante declaração falsa, sabe que está proibido de atuar no mercado financeiro sem autorização administrativa e sabe ainda que não faz jus à tal autorização. O conhecimento do injusto aqui se confunde plenamente com o dolo. Já no caso da simples falta de autorização, que pode decorrer da ignorância da proibição geral de prestar serviços financeiros sem aval estatal, questiona-se que conhecimento basta ao dolo. É suficiente reconhecer a inexistência de um ato administrativo individual autorizativo da sua atividade, como um registro, uma concessão ou uma licença, ou é necessário ainda saber que um tal ato é indispensável para que tal atividade esteja autorizada?

Ora, a lei dá no mínimo uma pista da resposta, quando se refere à “devida autorização”. Sem o conhecimento do dever de obtê-la, o agente do mercado financeiro sequer representa mentalmente a falta da autorização; ele não tem como reconhecer essa carência como uma característica relevante da sua ação. Nesses casos, o agente não se decide por uma liberalidade arbitrária; ele não se invoca um privilégio de atuação à revelia do Banco Central. Em síntese, sem consciência de que a atividade comercial no mercado financeiro não é permitida a todos, mas requer autorização especial, o autor do crime do artigo 16 da Lei 7492/86 não pode identificar o sentido social ou o conteúdo de injusto da sua conduta. Afinal, o serviço financeiro é em si algo benfazejo economicamente, de grande utilidade social e que atravessa a vida cotidiana das pessoas em geral, ao usar um cartão de crédito, fazer um *pix* ou aplicar as suas economias.

²⁰Para uma exposição ampla do tema, ver: HORTA, F. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*, Marcial Pons, São Paulo, 2017.

Sendo assim, o dever violado de obter autorização especial para o exercício da atividade financeira (ou, inversamente, a proibição infringida de desempenhar essa atividade sem a devida autorização) é elemento do tipo e, portanto, deve ser alcançado pelo dolo. Quem desconhece e nem mesmo desconfia que desempenha uma atividade restrita, que demandaria uma autorização especial inexistente, atua sem dolo de operação irregular de instituição financeira. E como esse crime não é punível na forma culposa, na falta de dolo a conduta é atípica.

Em geral isso não será um problema para a eficácia da norma incriminadora, posto que os agentes do mercado financeiro, como aliás os de qualquer mercado, geralmente conhecem pelo menos as regras básicas às quais estão sujeitos. Todo mercado opera como um jogo, no qual as regras são parte da própria linguagem dos jogadores (*players*) e orientam as suas estratégias e decisões racionais.

Por isso a operação irregular de instituição financeira geralmente é clandestina, realizada num mercado paralelo de alto risco e, portanto, com plena consciência da sua ilegalidade e *status* de exceção. Quando praticada de forma franca, na maioria das vezes o é por efetivo desconhecimento da natureza ou dos limites juridicamente impostos à atividade desempenhada. Um exemplo contemporâneo é a administração e comercialização dos chamados *tokens* de renda fixa digital, por quem não se dá conta de que tais produtos financeiros são contratos de investimento coletivo em criptoativos, com natureza jurídica de valores mobiliários e, portanto, de emissão, custódia e comercialização regulada e sujeita a registro na CVM.

Pois bem, como se vê, decisivo para a caracterização objetiva e subjetiva do crime é o conceito de *instituição financeira*, elemento normativo pelo qual o tipo legal se refere ao objeto da operação punível, quando não autorizada. Como não se trata de um conceito vulgar, mas técnico e complexo, cheio de nuances determinadas pelo objeto de proteção da norma – o sistema financeiro – e pelos limites do seu controle estatal, neste elemento normativo se esvai a aparente simplicidade do tipo.

Justamente sobre o conceito de instituição financeira versa a próxima sessão do texto, pois das fronteiras dele não depende apenas a liberdade ou proibição de prestar determinados serviços financeiros sem a devida autorização (do BACEN, da CVM, da SUSEP etc.), mas muitas vezes a própria punibilidade dessa conduta, tamanha a coincidência entre as suas proibições administrativa (art. 18 da Lei 4595/64) e penal (art. 16 da Lei 7492/86).

3. O ELEMENTO NORMATIVO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E SUA DEFINIÇÃO LEGAL

3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A despeito da dependência desse ilícito penal em relação ao controle administrativo, determinada pelo elemento negativo do tipo “sem a devida autorização”, a disposição incriminadora do artigo 16 da Lei 7492/86 não está em branco. O conteúdo da proibição é ali determinado por um elemento normativo, instituição financeira, que por sua vez é definido pela mesma lei, em cláusula de interpretação autêntica disposta no seu artigo 1º.

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

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

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

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

A amplitude desse conceito é muito criticada pela doutrina, sobretudo pelas equiparações previstas no parágrafo único²¹. Há certa dose de exagero nesta crítica, especialmente quanto às atividades do inciso I, que são análogas àquelas do *caput*, e cuja equiparação com as de instituição financeira é também reconhecida no direito comparado, inclusive a partir da jurisprudência²².

Naturalmente, o texto legal não dispensa uma interpretação atenta ao seu contexto e aos seus fins, o que é uma vicissitude do direito. Mas este é justamente o papel da ciência. Para se chegar aos precisos contornos do conceito legal de instituição financeira (artigo 1º da Lei 7492/86) é necessário observar o sentido técnico dos termos utilizados, levar em conta as atribuições regulatórias das agências do sistema financeiro, o rol das instituições sujeitas a sua chancela e tutela - segundo outras normas - bem como a própria finalidade do controle estatal sobre o sistema, que é o de garantir-lhe a higidez, em favor do patrimônio dos investidores e de todos os que de qualquer forma usufruem ou são afetados pelos seus serviços financeiros.

Não obstante, parece-nos rematado contrassenso considerar instituição financeira, para fins penais, a pessoa física que exerça *eventualmente* alguma das atividades próprias dessas instituições. Contrassenso, primeiramente, porque não existe exercício eventual de atividade econômica. As atividades que caracterizam uma instituição prestadora de serviços são organizadas, reiteradas, habituais por definição. Eventual só pode ser um determinado negócio; uma operação financeira; não o exercício de uma atividade econômica.

Depois, especificamente em vista do artigo 16 da Lei 7492/86, porque não faria sentido punir as operações (negócios) eventuais, se próprias de instituições financeiras, apenas quando realizadas em nome do autor, se as mesmas operações, quando realizadas eventualmente (e não como atividade principal ou acessória) por uma pessoa jurídica são penalmente irrelevantes^{23 24}.

De todo modo, em vista do específico problema das instituições intermediadoras de mútuo, basta que analisemos a primeira parte da definição contida no *caput* do artigo 1º da Lei 7492/86, que envolve as chamadas "*instituições financeiras propriamente ditas*", e não as instituições do mercado de capitais e as instituições financeiras por equiparação²⁵.

Afinal, estamos tratando da concessão ou intermediação de empréstimos em moeda nacional, e não em valores mobiliários. E essa atividade, à toda evidência, não corresponde à administração de seguros, câmbio, consórcio, capitalização, nem tampouco à administração de poupança ou outros recursos de terceiros, atividades equiparadas às de instituição financeira pelo inciso II do mesmo dispositivo legal.

Daí que nos interesse, então e precisamente, verificar se a concessão ou intermediação de empréstimos a associados configura atividade de *captação*, *intermediação* ou *aplicação* de recursos financeiros, própria de instituição financeira.

²¹Por todos, cf. PIMENTEL, M.P. *Crimes contra o sistema financeiro nacional...*, p. 28-29; e, DA COSTA JÚNIOR, P.J.; QUEIJO, M.E. & MACHADO, C.M. *Crimes do colarinho branco: aspecto de direito constitucional e financeiro: anotações à Lei 9.613/98, que incrimina a lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65.

²²Para uma notícia do reconhecimento dos consórcios e até das empresas de *factoring* como instituições financeiras pelos tribunais alemães, TIEDEMANN, K. *Manual de derecho penal económico (...)* Ob. Cit., pp. 351 e 353.

²³Acusando genericamente a dificuldade de interpretação deste inciso II: DA COSTA JÚNIOR, P.J.; QUEIJO, M.E. & MACHADO, C.M. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65.

²⁴Denunciando o seu despropósito e contradição com o art. 16: BITENCOURT, C.R. & BREDAS, J. *Crimes contra o sistema financeiro (...)*, Ob. Cit., p. 11.

²⁵Cf. classificação apresentada em TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema financeiro (...)* Ob. Cit., p. 13.

3.2. CAPTAÇÃO, INTERMEDIÇÃO E APLICAÇÃO DE RECURSOS DE TERCEIROS

Um primeiro requisito para tanto nos é fornecido pela letra da lei penal, que exclui do conceito de instituição financeira as que operam com recursos próprios, sem movimentar recursos de terceiros²⁶. Neste ponto, o conceito do artigo 1º da Lei 7492/86, que é uma cláusula de interpretação autêntica específica para as normas incriminadoras ali previstas, afasta-se do conceito geral, previsto no artigo 17 da Lei 4595/64, o qual abarca as operações “com recursos próprios ou de terceiros”²⁷.

Essa peculiaridade da lei penal se deveu a um providencial veto presidencial, que excluiu do artigo primeiro do projeto aprovado as expressões “próprio ou”, justamente para que as incriminações não atingissem o mero investidor individual, o que obviamente não seria o propósito do legislador. Nos termos da mensagem de veto “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 pratica”²⁸.

A restrição, para além de evitar o grave defeito do artigo 17 da Lei 4595/64, que na sua literalidade abarca praticamente toda atividade econômica²⁹, encontra razão de ser no objeto da tutela penal. Com efeito, mesmo quando praticado habitualmente, como atividade econômica organizada, o crédito concedido com recursos próprios não repercute na segurança do sistema financeiro, pois não envolve e nem oferece risco ao patrimônio de terceiros, além dos que tomam parte no negócio³⁰.

Abusos nesta atividade, em prejuízo do patrimônio individual do mutuário, são puníveis como crime de usura, quando envolverem cobrança ilegal de juros ou remuneração excessiva, nos termos do artigo 4º da Lei 1521/1951 (Lei dos crimes

²⁶Conforme COSTA JÚNIOR/QUEIJO/MACHADO, embora com a ressalva injustificada de que tal restrição não se aplicaria aos crimes de gestão fraudulenta ou temerária, do art. 4º da Lei 7492/86 (*Crimes do colarinho branco...*, p. 65); BITENCOURT/BREDA, acrescentando que “essas instituições desempenham a indispensável função de interligação entre os diferentes pólos de negociação existentes no mercado (*Crimes contra o sistema financeiro...*, p. 3 e 179); TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional (...)* Ob. Cit., pp. 11-12; MARQUES, J.F. *Pareceres*, AASP, São Paulo, 1993, p. 77; DA SILVA, P.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2006, p. 29.

²⁷Art. 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”. In: BRASIL. *Lei 4.595 de 1964 (...)*, *idem*.

²⁸BRASIL. *Presidência da República, Mensagem 252 ao Congresso Nacional, de 16 jun 1986*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/Msg/VepL7492-86.pdf, acesso em: 18 mai. 2020.

²⁹Conforme a precisa crítica de Salomão Neto, que fulminava a vetusta definição legal nos seguintes termos: “se interpretada literalmente, em seu sentido puramente gramatical, poucas atividades escapariam da reserva aberta em favor das assim chamadas instituições financeiras. De fato, poucas são as atividades que não envolvem a coleta, intermediação ou aplicação de reservas próprias ou de terceiros”. In: SALOMÃO NETO, E. *Direito Bancário*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2014, p. 16.

³⁰No mesmo sentido, dando razão ao veto, Andrei Zenkner Schmidt comenta que: “a tutela penal sobre o Sistema Financeiro Nacional recomenda que o objeto da proteção esteja focalizado na exploração de atividades relacionadas à poupança popular (lato sensu). As atividades de uma sociedade creditícia, mesmo no caso de seu funcionamento estar condicionado à autorização do Banco Central (v.g., as antigas ‘repassadoras de recursos do Banco Nacional de Habitação’), escapam da proteção do DPE (*rectius*: da Lei n. 7.492/86) porque eventual ofensa recairá sobre patrimônio individual da própria empresa, e não de terceiros”. In: SCHMIDT, A.Z. “A delimitação do direito penal econômico a partir do objeto do ilícito”, in: VILARDI, C.S; PEREIRA, F.R.B. & DIAS NETO, T. (coord.), *Crimes financeiros e correlatos*, Saraiva, Edição Kindle, São Paulo, 2011, 431-432.

contra a economia popular)^{31 32}, ou fraude sobre os juros ou outros encargos do contrato, nos termos do art. 13 do Dec. 22.626/1933³³.

Passemos, então, à análise das atividades referidas pela lei como propriedades alternativas e suficientes para se caracterizar uma pessoa jurídica como instituição financeira. *Captar* recursos de terceiros, em moeda, significa angariar dinheiro excedente na economia, parte da chamada “poupança popular”, para investi-lo ou emprestá-lo, enfim, para realizar o serviço financeiro, favorecendo a disponibilização desse capital no mercado³⁴. O captador geralmente remunera a fonte, em troca da disponibilidade do recurso, da liberdade para a sua administração, investimento, aplicação ou empréstimo, dividindo ou não os riscos dessa gestão com o possuidor.

A *intermediação*, por sua vez, é um serviço financeiro de ligação entre a oferta do capital e a demanda por ele³⁵; entre quem possui recurso disponível para investir ou emprestar e quem necessita do recurso, para empreender, aplicar ou cumprir com suas obrigações financeiras. O intermediador promove e ou participa de um negócio, como elo entre a origem e o destino do recurso transacionado. Por isso, diferentemente do que ocorre na *captação*, na intermediação esses polos se reconhecem, ainda que não se obriguem diretamente, mas apenas em face do intermediário. Nestes casos, o intermediário não tem a liberdade do captador quanto à destinação do recurso, mas o recebe para uma aplicação específica, definida pelo possuidor.

Finalmente, a *aplicação* é o empenho do recurso em um negócio: um empréstimo, financiamento, atividade econômica etc., com o fim de obter ganhos financeiros decorrentes da remuneração do capital, da valorização dos ativos adquiridos ou dos lucros da atividade promovida. Vale ressaltar que a captação de recursos de terceiros por uma empresa, para capitalização do negócio, não fará dela

³¹Art. 40. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; (Vide Lei nº 1.807, de 1953); b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros”.

³²Neste sentido é remansosa a jurisprudência do STJ, da qual citamos ilustrativamente os seguintes acórdãos: “1. Conforme asseverado pelo Juízo Federal, a troca de cheques a juros, por pessoa física, é equiparada ao empréstimo feito por pessoa física, não sendo caso de incidência da Lei 7.492/86. *Isso porque, como não demonstrado que o agente utilizava recursos de terceiros para a realização das trocas, inviável entender que o investigado equipara-se a instituição jurídica, nos termos do art. 1º, II, do citado diploma legal. Precedentes [...]* (STJ, Terceira Seção. CC 162.257/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 12/06/2019, DJe 19/06/2019, grifo nosso); [...] 2. As empresas popularmente conhecidas como *factoring* desempenham atividades de fomento mercantil, de cunho meramente comercial, em que se ajusta a compra de créditos vencíveis, mediante preço certo e ajustado, e com recursos próprios, não podendo ser caracterizadas como instituições financeiras. 3. In casu, comprovando-se a abusividade dos juros cobrados nas operações de empréstimo, configura-se o crime de usura, previsto no art. 4º, da Lei nº 1.521/51, cuja competência para julgamento é da Justiça Estadual. [...]”. In: STJ. Terceira Seção. CC 98.062/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010.

³³Art. 13. É considerado delito de usura, toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos desta Lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento. Penas - Prisão por (6) seis meses a (1) um ano e multas de cinco contos a cinquenta contos de réis. No caso de reincidência, tais penas serão elevadas ao dobro. Parágrafo único. Serão responsáveis como coautores o agente e o intermediário, e, em se tratando de pessoa jurídica, os que tiverem qualidade para representá-la”.

³⁴Cf. DA SILVA, P.C. Crimes contra o sistema financeiro nacional (...) Ob. Cit., p. 29.

³⁵TÓRTIMA, J.C., Crimes contra o sistema (...) Ob. Cit., p. 7.

uma instituição financeira, se esse recurso for destinado à aquisição dos seus insumos ou à produção e circulação de bens e serviços, naturalmente não financeiros³⁶.

3.3. CARÁTER COMERCIAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: LUCRATIVIDADE E AMPLITUDE DA OFERTA DOS SERVIÇOS

A *captação, intermediação ou aplicação* de recursos de terceiros são mencionadas no conceito legal de instituição financeira como modalidades de atividades econômicas exercidas por uma sociedade empresária como realização do seu objeto social. As atividades financeiras, por natureza e definição, são dirigidas a incrementar o capital, a fazer o dinheiro render a partir da sua movimentação, da sua disponibilização. É a atividade de fazer o capital excedente circular na economia, em troca de remuneração ou lucro. É a exploração econômica da disponibilidade do capital, como um valor no mercado financeiro, de modo a extrair do dinheiro, mais dinheiro³⁷.

Por isso, todas essas atividades típicas de instituição financeira, captação, intermediação e aplicação, sempre miram alguma forma de remuneração^{38 39} e disso depende a caracterização delas como tal⁴⁰.

Vê-se, aliás, na legislação nacional, indício particularmente sugestivo da relevância do lucro como parte indissociável da *atividade tipicamente financeira*. Sabendo ser esta (a finalidade lucrativa) a nota característica da sociedade empresária⁴¹, cuja constituição, ao contrário do que ocorre com a sociedade simples, deve se dar, obrigatoriamente⁴², sob uma das formas expressamente elencadas dentre os artigos 1.039 a 1.092 do Código Civil, está longe de ser acidental a exigência, também legal⁴³, de que as instituições financeiras tenham que operar sob

³⁶COELHO ARAÚJO, M.P. *Direito penal econômico (...)* Ob. Cit., p. 112.

³⁷Na síntese de Marina Coelho Araújo: "O conceito está atrelado à utilização dos valores em si, para a ampliação do dinheiro e estruturação de mais valores". In: COELHO ARAÚJO, M.P. *Direito penal econômico (...)* Ob. Cit., p. 112.

³⁸TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema (...)* Ob. Cit., p. 7.

³⁹Assim também Gustavo Silva, para quem só se compreende por atividade financeira "a intermediação de recursos de terceiros, cuja única e exclusiva finalidade seja a de ser emprestado novamente a tomadores com o objetivo de obter lucro. A instituição financeira não capta recursos para si, mas o faz para emprestar aos seus clientes, ganhando a diferença entre aquilo que paga a seus depositantes e o que cobra dos tomadores desses mesmos recursos (*spread*)". In: SILVA, G. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 164.

⁴⁰Nesse sentido decidiu o STJ, referendando a posição manifestada pelo próprio Banco Central, a respeito do caso (tratava-se de uma instituição assistencial do RJ, a IASAER): "Não configura crime contra o Sistema Financeiro Nacional a conduta de gestor de entidade assistencial que, não obstante tenha oferecido plano de previdência privada complementar a seus associados, captando e administrando recursos de terceiros, não teve sua atuação considerada como de instituição financeira pelo Banco Central do Brasil, à míngua de elemento essencial à sua caracterização, consistente na intromissão especulativa do mercado financeiro, com o intuito de lucro" (STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, publ. 24.11.2008).

⁴¹Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. [...] Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais". In: BRASIL. *Lei nº 10.406 de 2002 (Código Civil)*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm, acesso em: 20 mai. 2020.

⁴²Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 ; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias". In: BRASIL. *Lei 10.406 (...)*, *idem*.

⁴³Art. 25. As instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima, devendo a totalidade de seu capital com

o signo das sociedades anônimas⁴⁴, *modalidade de sociedade empresária* prevista nos arts. 1.088/1.092, CC. Fala-se, portanto, de instituição cuja atividade esteja necessariamente orientada à obtenção de lucro.

O requisito da lucratividade como propriedade das atividades típicas de instituição financeira é bem destacado no campo do direito administrativo sancionador, que parte do conceito definido no artigo 17 da Lei 4595/64. Como este conceito abarca atividades realizadas com recursos próprios, faz-se necessário distinguir, entre as pessoas que celebram contratos de mútuo, por exemplo, quem exerce ou não atividade típica de instituição financeira⁴⁵. Em outras palavras, importa saber em quais condições a concessão de crédito com recursos próprios demandaria autorização do Banco Central.

A resposta a esse problema foi encontrada nos requisitos da habitualidade, da amplitude da oferta do serviço ao mercado e da sua lucratividade^{46 47}. A habitualidade se extrai do fato de que a lei só restringe o exercício de atividade financeira quando for ao menos a realização de uma finalidade acessória da pessoa jurídica ou uma atividade eventual da pessoa física, o que interpretamos como uma atividade meramente complementar da sua renda e por isso prescindível ou descontínua (neste sentido eventual). A lei não impõe nenhuma condição para a realização ocasional de operações financeiras, que são ademais expressões da liberdade patrimonial e da autonomia da vontade.

Já a amplitude da oferta decorre de que mesmo a tutela administrativa do sistema financeiro é uma tutela da coletividade, dos seus usuários em geral, e por isso não se ocupa de abusos na prestação de serviços financeiros não disponíveis no mercado, mas dirigidos apenas a pessoas determinadas ou a um grupo restrito de pessoas⁴⁸. Nesse sentido, manifestou-se o Banco Central (BACEN), em resposta à consulta formulada pelo PROCON do Piauí:

direito a voto ser representada por ações nominativas. (Redação dada pela Lei nº 5.710, de 07/10/71)". In: BRASIL. Lei 5.710 de 1971, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5710impressao.htm.

⁴⁴Com exceção das Cooperativas de Crédito, *instituídas posteriormente* à Lei 4.595/64, pela Lei Complementar 130/2009.

⁴⁵A redação do referido artigo é comumente criticada por sua amplitude desmesurada (por exemplo, Salomão Neto, E. Direito Bancário. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16), de modo que, se interpretada literalmente, deixaria poucas atividades de fora de seu alcance. (...) *Ademais, costuma-se pontuar a necessária habitualidade e o intuito de lucro, ou sua economicidade, da atividade exercida*. A exegese da referida lei é enfrentada por autores como: Salomão Neto, op. cit.; Wald, A. A evolução do conceito de instituição financeira. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 8, n. 28, abr-jul. 2005, p. 211-229; Pinto, G. M. A. Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 255-256". In: ROQUE, P.R. *Governança Corporativa de Bancos e a Crise Financeira Mundial: Análise Comparativa de Fontes do Cenário Brasileiro*, Almedina, São Paulo, 2017, p. 136, grifo nosso.

⁴⁶Segundo Eduardo Salomão Neto: "Deve-se interpretar o art. 17 da Lei 4.595/64, que define as instituições financeiras em função de suas atividades privativas, como exigindo, cumulativamente: (i) a captação de recursos de terceiros em nome próprio, (ii) seguida de repasse financeiro através de operação de mútuo, (iii) com o intuito de auferir lucro derivado da maior remuneração dos recursos passados em relação à dos recursos coletados, (iv) desde que a captação seguida de repasse se realize em caráter habitual". In: SALOMÃO NETO, E. *Direito Bancário* (...) Ob. Cit., p. 29, grifo nosso.

⁴⁷Apontando os mesmos requisitos: EIZIRIK, N., et. al. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*, 3ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2011, p. 06.

⁴⁸Neste sentido se manifestou o Banco Central em sede de recurso voluntário administrativo, cuja procedência acabou gerando o trancamento de uma ação criminal em Habeas Corpus julgado pelo STF. "Tendo em vista que no presente caso não ocorreu captação de recursos junto ao público em geral, ficando, desta forma, descaracterizada a operação como atividade privativa de instituição financeira, acolho o Recurso Voluntário interposto, reformando integralmente a respeitável decisão proferida em primeira instância, para arquivar o processo administrativo", in: BACEN. *Recurso Voluntário 2548*, citada no julgado STF, Segunda Turma, HC 83674/SP, Rel. Min, Carlos Veloso, Julgamento: 16/03/2004, grifo nosso.

"Esclarecemos que sociedades civis sem fins lucrativos, com quadro social restrito, que pratiquem operações de empréstimo ou financiamento exclusivamente a seus associados, não podem ser consideradas instituições financeiras e não estão sujeitas aos dispositivos da Lei nº 4.595/64. Tampouco existem vedações legais a prestação de assistência financeira a seus membros, desde que feita com recursos próprios e sem finalidade lucrativa. Como tais entidades não são consideradas instituições financeiras, encontram-se fora dos limites da esfera de competência deste Banco Central (Lei nº 4.595/64, artigo 10, VIII)"⁴⁹.

3.4. LUCRO DO SERVIÇO FINANCEIRO VERSUS REMUNERAÇÃO INDENIZATÓRIA PELA DISPOSIÇÃO DO CAPITAL

Finalmente, importa distinguir a lucratividade característica da atividade econômico-financeira, sujeita à tutela e regulamentação do Banco Central, da mera remuneração do capital disponibilizado, que como justa contrapartida manteria a atividade no âmbito da autonomia privada. O critério da justa remuneração vem a ser exatamente a fixação da taxa de juros dentro do limite legalmente estabelecido para os contratos de mútuo⁵⁰.

De uma leitura conjunta dos artigos 591 e 406 do Código Civil (CC) se extrai que os juros devidos nos contratos de mútuo não poderão exceder a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Esta taxa, por sua vez, é matéria hoje disputada.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha reiterado em recentes julgados o entendimento de que se trata da taxa Selic, a taxa de juros básica da economia, definida regularmente pelo Comitê de Política Monetária do Banco Central (COPOM),⁵¹ o entendimento tradicional, ainda acolhido nas instâncias ordinárias, é o de que a taxa de mora no pagamento de impostos é a prevista no artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN), segundo o qual "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês"⁵². Assim, tomado por base o critério mais permissivo, legalmente previsto, e já que a dúvida sobre a proibição milita em favor da autonomia do cidadão⁵³, a taxa máxima de juros nos contratos de mútuo seria de 1% ao mês, salvo quando a taxa Selic for maior que 12% ao ano. Esse debate, aliás, só ganhou relevância entre 2017 e 2022, enquanto a taxa Selic foi menor que a do CTN.

Dentro desse limite, o mutuante não auferir lucro em sentido estrito, mas apenas a justa contrapartida da sua prestação no negócio, que é o capital disponibilizado ao mutuante. Consequentemente, não se identifica a profissionalização da atividade, que demandaria a autorização Estatal, mas apenas o

⁴⁹BACEN. *Resposta a consulta enviada pelo PROCON-PI*, citada em Parecer do Ministério Público do Piauí, nos autos do Processo Administrativo 331/2013, Ref. F.A. n. 0113-004.105-3, disponível em: < <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2014/05/processo%20n%20331%20-2013%20-sabemi.pdf> >, acesso em: 08 mai. 2023.

⁵⁰Para uma demonstração detalhada da tese, cf. MORAES OLIVEIRA, L.H.M. As instituições financeiras no direito pátrio: definição e caracterização da atividade própria ou exclusiva, *Revista de informação legislativa*, vol. 36, nº 142, pp. 75-84, abr./jun. 1999, Brasília, disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/477/r142-09.PDF?sequence=4&isAllowed=y>, acesso em: 07 mai. 2020, pp. 78-81.

⁵¹Por todos, vide STJ, Quarta Turma, AgInt no REsp 1543150/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 07/10/2019, DJe 14/10/2019.

⁵²Assim, ilustrativamente, TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Paraguaçu Paulista - 3ª Vara Judicial. Embargos de Declaração Cível 0006390-21.2008.8.26.0417; Relator: Alexandre Marcondes; Data do Julgamento: 22/11/2019; Data de Registro: 22/11/2019.

⁵³Sobre o tema, vide: LEITE, A. *Dúvida e erro de proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*, Atlas, São Paulo, 2013.

exercício da liberdade de celebrar um contrato típico, que o estatuto civil concede a todo indivíduo capaz⁵⁴.

Já quando a contrapartida é estipulada acima dos chamados juros legais, poder-se-á falar em efetivo ganho econômico com a atividade - o lucro em sentido estrito - que é reservado às instituições financeiras autorizadas⁵⁵, sujeitas a regime próprio, hoje altamente liberal quanto ao ponto, vale ressaltar.

Por isso a concessão de crédito com recursos próprios, a juros superiores à taxa Selic ou a 1% ao mês, por quem não integra formalmente o sistema financeiro nacional, pode configurar *crime de usura* (art. 4º da Lei 1521/51). E quando tal conduta é praticada com habitualidade, mediante ampla oferta de crédito nessas condições ao mercado, configura ainda a infração administrativa de exercício irregular de atividade própria de instituição financeira, nos termos dos artigos 18 da Lei 4595/64 e art. 3, II, da Lei 13.506/17.

Embora desenvolvidos para solucionar um problema inexistente no direito penal - os limites da liberdade de conceder crédito com recursos próprios - esses critérios se aplicam às atividades financeiras em geral, inclusive às realizadas com recursos de terceiros, e consequentemente se prestam à delimitação do crime do artigo 16 da Lei 7492/86. Afinal, a existência deste injusto penal depende da ilicitude administrativa da atividade, por ausência de autorização do Banco Central⁵⁶.

Merece registro, pela clareza, contundência e autoridade, trecho de relatório do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que trata justamente dos requisitos para configuração de uma atividade típica de instituição financeira, citado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recurso Especial:

"EXERCÍCIO DE ATIVIDADES TÍPICAS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRA

As decisões proferidas no período não indicam mudança do entendimento que o Conselho de Recursos tem assentado nos últimos anos a respeito do tema, no sentido de que é necessário que haja a conjugação de três fatores para a configuração de atividade típica de instituição financeira, a saber: captação, intermediação e aplicação de recursos de terceiros. É bem de ver, também, que o próprio conceito de captação reveste-se de rigor de interpretação, a exigir, por exemplo, que se há de falar em captação ampla, difusa perante o público. Numa palavra, a atividade a exigir autorização específica

⁵⁴Cf. MORAES OLIVEIRA, L.H.M. Revista de informação legislativa, pp. 79-80.

⁵⁵Como conclui Moraes Oliveira: "E, dessa forma, deflui facilmente a segunda definição: atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira é a concessão de financiamentos, mútuo ou empréstimos, direta ou indiretamente, na qual concorram, simultaneamente, os requisitos da *obtenção de lucro strictu sensu frente ao financiado ou a terceiro e da reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida*", in: MORAES OLIVEIRA, L.H.M., *Revista de Informação Legislativa*, p. 81, destaque nosso.

⁵⁶Reforçando a importância da oferta geral ao mercado e da lucratividade em sentido estrito para a caracterização da atividade como de instituição financeira, o seguinte julgado do TRF da Quarta Região: "Embora a usura permaneça dentro do sistema jurídico brasileiro, possui ela característico traço de pessoalidade: é emprestado dinheiro de pessoa determinada a outrem de seu conhecimento e escolha, com taxas muito acima das legais. *Quando se tem a concessão de empréstimos a pessoas várias, perde-se o mencionado caráter de pessoalidade e passa-se à condição de empréstimos populares, generalizados, como instituição financeira de fato, daí se aplicando a específica Lei no 7.492/86 - há captação e manipulação de dinheiro popular, de competência da jurisdição federal. 2. Comprovadas a materialidade e a autoria do delito descrito na denúncia, ou seja, a captação de recursos de terceiros para aplicações financeiras e a intermediação para a concessão de empréstimos com incertas taxas de juros, em clara captação não autorizada de dinheiro popular, nos termos do art. 16 da Lei no 7.492/86, e inexistindo causas excludentes de culpabilidade ou antijuridicidade, impõem-se a condenação dos acusados no tocante ao referido delito. (...)*", in: TRF 4ª Região, Apelação Criminal no 2005.04.01.009764-6/RS, Rel. Néfi Cordeiro, julgado em 02.05.2006; grifos nossos.

de autoridade supervisora é aquela exercida de forma habitual, especulativa e com o objetivo de auferimento de lucro⁵⁷.

3.5. CAPTAÇÃO, INTERMEDIACÃO E APLICAÇÃO COMO NEGÓCIO

Pois bem, geralmente as atividades de captação e intermediação são cumuladas com a de aplicação pelas instituições financeiras. Afinal, toda atividade financeira é orientada para a aplicação, que lhe realiza o sentido de incrementar o capital pela sua reinserção na economia. Mas ainda quando exercidas como atividade isolada, a captação ou a intermediação poderão ser atividades financeiras, desde que rentáveis por si mesmas. Isto só ocorre quando a atividade envolve propriamente uma negociação do dinheiro alheio, por meio dela atraído ou repassado, como uma mercadoria do captador ou intermediador⁵⁸. Vejamos como tal se dá.

A *captação* é apenas a primeira fase da mobilização do capital de terceiros, na direção de um investimento rentável. A captação em si é um custo para a instituição financeira, que deverá ser compensado pela aplicação, com saldo positivo (lucro). Não obstante, a simples captação pode constituir uma atividade econômico-financeira, quando remunerada por meio de comissões ou participação nos resultados do investimento realizado por terceiros, por exemplo.

O mesmo ocorre com a *intermediação*, que é uma captação para fim específico. O rendimento dessa atividade ocorre quando o custo da captação, para o intermediário, é menor que a participação (comissão) dele na remuneração pelo recurso captado ou nos ganhos decorrentes do investimento realizado pelo seu tomador.

Na aplicação de recursos de terceiros, por sua vez, dá-se o ciclo completo, pois ela logicamente pressupõe a captação. A rentabilidade, então, decorrerá da diferença positiva entre os rendimentos do capital aplicado e os custos da sua captação (a remuneração ou participação do possuidor do recurso nos seus rendimentos).

Conclui-se, portanto, que uma pessoa jurídica que pratique captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros em moeda só será considerada uma instituição financeira para fins penais se os recursos manejados forem de *terceiros*, se tais serviços forem oferecidos para um *amplo universo de pessoas no mercado*, e se forem prestados de forma *habitual e lucrativa*, isto é; com ganho econômico delas decorrente, ainda quando isoladamente praticadas.

4. CONCESSÕES DE AUXÍLIO FINANCEIRO POR ASSOCIAÇÕES DE SERVIDORES COMO ATIVIDADES GERALMENTE DISTINTAS DAS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Estabelecidas essas premissas jurídicas, passamos a análise das operações de auxílio financeiro concedidas por associações de servidores, por meio de convênios de crédito bancário, para avaliar se elas podem ou não configurar o tipo penal de operação não autorizada de instituição financeira, e em quais casos.

⁵⁷Relatório de atividades do CRSFN, Ano 2003, citado no RESP 826.075, STJ, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 14.02.2007, *in*: STJ. *idem*.

⁵⁸Exigindo a profissionalidade, isto é; a rentabilidade, para além da habitualidade, como um requisito para se falar da intermediação como atividade de instituição financeira, cf. EIZIRIK, N. "Administração de Cartão de Crédito constitui atividade privativa de instituição financeira?" *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, Ano XXXI, out./dez., nº 88, pp. 25-33, Malheiros, São Paulo, 1992.

4.1. HABITUALIDADE DA INTERMEDIACÃO

Os auxílios concedidos por meio de convênio com um banco, que disponibiliza uma linha de crédito específica para essas operações, configura uma forma de intermediação, ao menos num sentido comum ou natural, entre o possuidor do recurso – o banco – e o beneficiário do crédito concedido – o associado. Com efeito, a associação se obriga por um lado com o banco, mediante convênio, para obter o recurso, e por outro lado com o beneficiário, para repassar o recurso por meio de um contrato de crédito (auxílio financeiro), consignado em folha.

Um requisito preliminar da operação de instituição financeira seria o caráter não eventual desses auxílios; que não sejam ocasionais, mas efetivo exercício de uma finalidade principal ou acessória da associação, ainda que não expressamente prevista em seus estatutos. Em geral a habitualidade das operações há de ser afirmada, pois decorre dos próprios termos dos convênios de crédito bancário, que têm por objeto linha de crédito capaz de atender muitos associados e preveem longo período de vigência.

4.2. LUCRATIVIDADE E DIFUSÃO DAS OPERAÇÕES

Outras características indispensáveis às atividades típicas de instituição financeira, em geral ausentes nessas intermediações de crédito bancário, são a *lucratividade* e a *atuação difusa*, caracterizada pela *amplitude da captação* e da *oferta* dos recursos intermediados, no mercado financeiro em geral.

Pode-se, então, desde logo excluir a prática de atividade econômico-financeira, quando as associações não sejam sequer remuneradas pelo serviço de intermediação, nem pelo banco, nem pelos associados beneficiários. Por remuneração, compreende-se aqui a participação nos juros devidos ao banco, a título de comissão, quando o crédito é dirigido ao associado, e a associação funciona como mera interveniente na operação; ou mesmo a diferença entre os juros cobrados do devedor, pela associação, e aqueles que a própria associação deve ao banco, nos casos de intermediação propriamente dita, quando a associação tem alguma gestão sobre o recurso captado.

Mas ainda que o serviço seja remunerado, só haverá falar em lucro se tal remuneração não for meramente indenizatória das despesas operacionais e de manutenção da associação. Enquanto tal atividade não se tornar uma fonte de receita líquida e de incremento patrimonial da associação; enquanto não se puder dizer que a prestação de auxílios financeiros é efetivamente rentável para a entidade, não se poderá ver nela uma atividade econômico-financeira.

Para atuar como entidade financeira, na prestação de empréstimos por meio de convênio de crédito bancário, seria necessário que a associação mercanciasse com os associados o recurso captado junto ao banco, e / ou com o banco a demanda dos associados pelo capital, que ela representa e assume. Do contrário, toda a economicidade e o conteúdo comercial da operação restará nas mãos do banco conveniado, e o papel da associação será o de um mero cliente, com a diferença que atua por representação de diversos outros interessados.

Outro requisito da atuação típica de instituição financeira é a sua abertura ao mercado em geral; a oferta dos serviços a um amplo universo de potenciais clientes. Esta é uma característica que se pode afirmar das associações de servidores, pois é suficientemente amplo o rol dos seus potenciais associados. É verdade que na outra ponta em geral não há a mesma disponibilidade ampla, pois os convênios de crédito são firmados com apenas um ou alguns bancos determinados. Isso tampouco parece ser um impeditivo, pois por meio de um único banco a associação acaba captando recursos de um universo indeterminado de pessoas, que são os clientes do banco conveniado. Acontece nesta interação, o acesso ao sistema, o contato com a rede de terceiros investidores, que demanda o controle da atividade financeira.

4.3. GESTÃO DOS RECURSOS INTERMEDIADOS OU INTERMEDIACÃO MERAMENTE OPERACIONAL

O fundamental, contudo, para que se possa ver atividade típica de instituição financeira, na prestação de auxílio por meio de crédito captado no sistema bancário, é o poder de gestão do recurso pela associação. Afinal, apenas quando a associação tem o poder de eleger os beneficiários do auxílio, definir o limite de crédito de cada um, a forma de pagamento ou o valor dos juros; enfim, apenas se couber à associação gerir o crédito conferido pelo banco à associação, é que ela se torna mais um elo na cadeia do sistema financeiro.

Quando a associação pode dispor do crédito em nome próprio, ainda que para a estrita realização do objeto do convênio, é que ela opera como um agente autônomo em relação ao banco, na prestação do serviço financeiro aos associados. Em tal hipótese, poder-se-ia afirmar uma intermediação propriamente dita do recurso, pois então a entidade intermediadora operaria como uma instância distinta de aplicação dos recursos de terceiros, que lhes submete aos riscos decorrentes da própria atuação. Neste caso, e apenas neste, seria necessário estender à instituição prestadora do auxílio financeiro, por crédito consignado, o controle do Banco Central, a fim de assegurar que tal atividade não seja temerária para o patrimônio de terceiros, nela investido: do banco conveniado e, indiretamente, dos seus clientes.

Ocorre que, geralmente, os convênios de crédito bancário com associações de servidores para a concessão de empréstimos consignados em folha não concedem à associação qualquer gestão dos recursos empregados ou dos riscos da operação. Normalmente, os auxílios são definidos quanto aos seus beneficiários, as condições do crédito, a forma de pagamento e as taxas de juros diretamente pelo próprio banco conveniado, observando suas políticas de risco e crédito, bem como a margem de consignação em pagamento do associado, disponível para a associação.

Dessa forma, as políticas de análise e concessão de crédito para as operações, bem como de provisionamento e de baixa de créditos por perda são definidas e conduzidas exclusivamente pelo banco, nos termos das normas contábeis e regulatórias às quais se submete. Cada auxílio financeiro costuma ser lastrado por uma carta de crédito bancário, na qual figura como emitente o associado beneficiado; como agente de recebimento, a associação; e como credor o banco conveniado.

A associação então funciona como um mero entreposto operacional, encarregada de depositar o valor na conta do associado beneficiário, receber os pagamentos acrescido de juros contratuais, descontados diretamente em folha do associado, e repassá-los ao banco conveniado. Nesses casos elas atuam apenas como mediadoras da concessão de um crédito pelo banco ao associado. Por meio dela se viabiliza o desconto dos pagamentos em folha do associado, o que confere segurança ao banco, e, conseqüentemente, facilita para o associado o acesso ao crédito, a um custo relativamente baixo.

Nesse modelo de convênio, a associação atua de forma totalmente vinculada ao banco, no que tange ao serviço financeiro. Não há uma atividade autônoma de intermediação financeira, por parte da associação, cujo papel equivale efetivamente ao de um captador, não de recursos, mas de clientes para o serviço de crédito do banco. Sendo assim, a associação não incrementa o risco da atividade financeira, que é inteiramente gerenciada pelo banco, segundo a sua política de crédito, por sua vez sujeita ao controle e fiscalização do Banco Central.

Pode-se concluir que nesses casos não ocorre uma intermediação, no sentido do artigo 1º da Lei 7492/86, e que, portanto, a atividade da associação conveniada não realiza sequer formalmente o tipo de operação irregular de instituição financeira. Mas ainda que tal se admita, faltaria a ofensividade própria desse tipo de delito e, portanto, a tipicidade em sentido material. Ocorre que, embora o tipo de crime em análise seja de perigo abstrato, sua configuração não dispensa ao menos a idoneidade do fato para abalar a segurança na disponibilidade do bem jurídico. Quando a conduta, ainda que formalmente típica, representa um modelo de comportamento plenamente compatível com o bem jurídico tutelado pela

incriminação, a insegurança que caracteriza materialmente os crimes de perigo abstrato não encontra amparo na conduta, e, conseqüentemente, faltarão nela as razões que a norma incriminadora pressupõe para a punição que prevê.

Ora, nos casos em que a viabilidade e o volume das operações realizadas é objeto de exclusiva decisão da instituição financeira regular conveniada, sujeita à regulamentação e à fiscalização do Banco Central, e uma vez que esta instituição dispõe de todas as informações sobre cada operação de crédito, incluindo a associação recebedora e o associado destinatário, nenhum elemento dessa atividade financeira está subtraído do controle do Banco Central. Esse modelo de operação não ameaça o controle do Banco Central sobre o sistema financeiro e, portanto, ainda que a intermediação no caso em análise demandasse autorização, a falta dela não comprometeria a segurança na higidez do sistema financeiro.

4.4. OPERAÇÃO COM RECURSOS PRÓPRIOS

Por fim, quando os serviços de auxílio financeiro são prestados exclusivamente pela associação, com recursos próprios, não configuram atividade típica de instituição financeira pela simples razão de não envolver recursos de terceiros. Nesses casos, o risco do inadimplemento – diminuto, em se tratando de empréstimo consignado em folha de pagamento do servidor – não ameaça senão o patrimônio da própria associação.

O controle da oferta de crédito, se exercida como atividade comercial, de forma ampla, habitual e com finalidade de lucro, só interessa ao Banco Central, como agente regulador, em função da concorrência e da proteção aos tomadores de crédito, usuários do serviço. Essas repercussões da atividade, contudo, não ensejam o controle penal, mas meramente administrativo. Por isso o conceito de instituição financeira, para fins do controle administrativo, é mais amplo que aquele vinculante para a repressão penal.

Seja como for, enquanto os empréstimos forem prestados com taxas de juros não superiores a 1% ao mês ou à taxa Selic (o que for maior), não se poderá falar em lucratividade da operação, mas em mera remuneração legal, de natureza indenizatória, pela disponibilização do capital. Nesses casos, o serviço não configura atividade comercial de natureza financeira, mas livre disposição patrimonial, na forma de contratos típicos de mútuo (arts. 586 et seq. do CC). Já quando os juros praticados forem superiores a esse patamar, a entidade estará sujeita à sanção administrativa, pela prática não autorizada de atividade econômico-financeira, nos termos do art. 3, II, da Lei 13506/17, enquanto os seus dirigentes e demais responsáveis pela operação dos empréstimos vedados poderão responder pelo crime de usura, nos termos do artigo 4, "a", da Lei 1521/51.

5. CONCLUSÃO

A atividade econômica de intermediação financeira, de caráter restrito e regulado, pressupõe disponibilidade sobre os recursos captados de terceiros e oferecidos ao mercado. É na gestão do capital investido por terceiros que reside o risco da atividade para eles. A fim de manter esse risco em níveis toleráveis, a lei e os órgãos reguladores do sistema estabelecem rígidos padrões de governança para as instituições financeiras, dispondo sobre a sua forma, administração, *accountability* e especialmente sobre os seus limites de endividamento e concessão de crédito.

Quando uma associação de servidores públicos capta recursos no mercado financeiro para disponibilizar crédito aos seus associados, percebendo juros em nome próprio, ela opera como instituição financeira, desde que disponha dos valores intermediados, com responsabilidade pela remuneração das suas fontes. Nessas condições, a associação atua como elo autônomo na cadeia financeira, idôneo a incrementar o risco para os recursos de terceiros, por meio das suas próprias aplicações.

Ocorre que uma tal entidade, embora possa receber pagamentos diretamente descontados em folha dos seus associados, não preenche os requisitos para atuar como instituição financeira, em primeiro lugar por não ser sociedade empresária anônima (SAs). Consequentemente, o exercício de atividade econômico-financeira por associação de servidores seria ilegal e típico do crime do art. 16 da Lei 7492/86, caso seus dirigentes atuassem com dolo, conscientes do caráter restrito e desautorizado da atividade desempenhada, conforme se demonstrou.

Já quando a associação atua conveniada com uma instituição financeira regular, que detém a administração plena da atividade creditícia e estabelece as condições e os limites dos auxílios financeiros aos associados, segundo a sua própria política de risco, a intermediação da associação será meramente operacional, não configuradora de atividade financeira própria. Se a associação apenas atua como interveniente nas operações, encarregando-se de repassar o crédito ao associado e os pagamentos dele descontados, ao banco conveniado, ela é mera interveniente numa atividade econômica integralmente exercida por este banco. Não há então desempenho de atividade ilegal pela associação, que apenas avaliza os seus associados, tomadores de crédito junto ao banco, e não incrementa, mas antes diminui, o risco dessas operações para o sistema financeiro.

Por fim, se a associação concede crédito com recursos próprios, tal atividade escapa aos limites do tipo do artigo 16 da Lei 7492, porque não afeta o patrimônio de terceiros. Em todo caso, se praticada de forma habitual e lucrativa, mediante percepção de juros superiores à taxa Selic ou a 1% ao mês (o que for maior), configurará ilícito exercício de atividade própria de instituição financeira, segundo o conceito mais amplo vigente para a tutela administrativa do setor, além de crime de usura, punível nos termos do art. artigo 4, "a", da Lei 1521/51.

6. REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, C.R. & BREDA, J. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: Parte geral*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- COELHO ARAÚJO, M.P. "Crimes contra o sistema financeiro nacional. In: *Direito penal econômico: leis penais especiais*", in: SOUZA, L.A. & COELHO ARAÚJO, M.P. (Coord.), vol. 1, Thomson Reuters, São Paulo, 2019.
- DA COSTA JÚNIOR, P.J; QUEIJO, M.E. & MACHADO, C.M. *Crimes do colarinho branco: aspecto de direito constitucional e financeiro: anotações à Lei 9.613/98, que incrimina a lavagem de dinheiro*, Saraiva, São Paulo, 2000.
- DA SILVA, P.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2006.
- EIZIRIK, N; et. al. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*, 3ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2011.
- EIZIRIK, N. "Administração de Cartão de Crédito constitui atividade privativa de instituição financeira?", *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, ano XXXI, out./dez., n. 88, pp. 25-33, Malheiros, São Paulo, 1992.
- HORTA, F. *Do concurso aparente de normas penais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.
- HORTA, F. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*, Marcial Pons, São Paulo, 2017.
- JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoria de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal: Parte general*, 5ª ed., Granada, Comares Editorial, 2002.
- LEITE, A. *Dúvida e erro de proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*, Atlas, São Paulo, 2013.

- MARQUES, J.F. *Pareceres*, AASP, São Paulo, 1993.
- MORAES OLIVEIRA, L.H.M. "As instituições financeiras no direito pátrio: definição e caracterização da atividade própria ou exclusiva", *Revista de informação legislativa*, vol. 36, nº 142, pp. 75-84, abr./jun. 1999.
- PIMENTEL, M.P. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentário à lei 7.492, de 16.6.86*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.
- ROQUE, P.R. *Governança Corporativa de Bancos e a Crise Financeira Mundial: Análise Comparativa de Fontes do Cenário Brasileiro*, Almedina, São Paulo, 2017.
- ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General. Especiales formas de aparición del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, t. II, 2014.
- SALOMÃO NETO, E. *Direito Bancário*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2014.
- SCHMIDT, A.Z. "A delimitação do direito penal econômico a partir do objeto do ilícito", in: VILARDI, C.S; PEREIRA, F.R.B. & DIAS NETO, T. (coord.), *Crimes financeiros e correlatos*, Saraiva (Edição do Kindle), São Paulo, 2011.
- SILVA, G. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013.
- TIEDEMANN, K. *Manual de derecho penal económico: Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- TAVARES, J. *Bien jurídico y función en derecho penal*, tradução: CUÑARRO, M., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei nº 7.492/86*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
- ZAFFARONI, E.R. & BATISTA, N. *Direito penal brasileiro*, vol. 2, tomo II, Revan, Rio de Janeiro, 2017.