

Atualidades

OPERAÇÕES DE CRÉDITO E A DISCIPLINA DO MERCADO FINANCEIRO

RENATO M. BURANELLO

1. O mercado financeiro. Noção conceitual. 2. Agiotagem ou usura nos contratos. 3. Simulação e nulidade do negócio jurídico. 4. Aspectos penais: legislação vigente sobre crimes contra a economia popular e da lei do "colarinho branco". 5. Conclusão.

1. O mercado financeiro. Noção conceitual

O mercado financeiro é o mercado da intermediação bancária ou intermediação financeira. Caracteriza-se pela interposição da entidade financeira entre aqueles que têm recursos disponíveis e aqueles que necessitam de crédito. A instituição financeira aparece como captadora de dinheiro junto ao público, para posterior cessão desses valores àqueles que precisam de financiamento.

As instituições financeiras cumprem justamente a função econômica de viabilizar esse trânsito (mobilização) entre poupança popular e financiamento. É no mercado financeiro que se desenvolve a atividade bancária por excelência, consistente na *intermediariedade na circulação do dinheiro*.

Em suma, podemos definir o *mercado financeiro* como o conjunto de operações realizadas entre as instituições financeiras, bancos e demais entidades financeiras e o público em geral, consistentes, dentre outras atividades acessórias, na captação de recursos financeiros junto à economia popular, para posterior concessão de

crédito a terceiros. Este mercado é norteado por princípios protecionistas da economia popular e da estabilidade da comunidade financeira e sob regime do *direito do mercado financeiro*.¹

As regras que disciplinam o mercado financeiro brasileiro estão dispostas de forma hierarquizada e tendo como norma superior fundamental a Constituição Republicana de 1988, seguido por: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias e medidas provisórias (decretos-leis), resoluções do Conselho Monetário Nacional, circulares do Banco Central do Brasil, pareceres, notas explicativas, portarias e atos declaratórios da Comissão de Valores Mobiliários.

Como conjunto de instrumentos que recebe e remunera a poupança e também no atendimento das regras de política monetária e cambial, o sistema financeiro estará adstrito a uma regulação e fiscalização específica da atividade.

Dentro do regime jurídico da livre iniciativa, aos agentes do mercado caberá a

1. Roberto Quiroga Mosquera, *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*, p. 25.

execução das atividades do sistema. Assim, há de haver segurança e solidez no mercado financeiro e de capitais, promovendo práticas transparentes, eficiência do setor, proteção aos depositantes e investidores, na manutenção da estabilidade econômica do sistema financeiro.

A liberdade de iniciativa pressupõe também a existência de uma liberdade de contratar. Vale dizer que o compromisso formado entre agentes econômicos normalmente é realizado por contratos. São seus elementos a faculdade de contratar ou a escolha com qual fazê-lo e que negócio estipular e qual seu conteúdo; por fim, com o poder de mobilizar o aparelho estatal na solução judicial dos conflitos. Deste modo, caracterizam o regime da livre iniciativa:

- liberdade de empreendimento e gestão;
- livre concorrência;
- autonomia da vontade;
- apropriação do lucro;
- propriedade privada.

A atividade financeira está inserida em sua integralidade na livre iniciativa, no livre acesso ao mercado financeiro e de capitais. Coloca-se totalmente fora do regime de monopólio e não se confunde com a concessão de serviço público. A função econômica da captação da poupança pública no livre acesso ao mercado não significa concessão de serviço público.

Destaca-se dentre os segmentos da livre iniciativa nas características de acesso exclusivo à poupança popular, atendimento a regras de política monetária e cambial, permissão para iniciar e manter operação e fiscalização da atividade.

Assim é que, *em nome da defesa da poupança pública, na afetação da propriedade privada que a norma regula, há a inserção de requisitos próprios da atividade financeira e de crédito, numa regulação específica. Há um maior grau de intervenção em relação às demais atividades econômicas, em função do acesso à poupança pública e da criação da moeda.*

A Lei 4.595/1964 veio dispor sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e de crédito, criando o Conselho Monetário Nacional e estruturando e regulando o Sistema Financeiro Nacional, constituído pelos seguintes órgãos: (i) Conselho Monetário Nacional; (ii) Banco Central da República do país; (iii) Banco do Brasil; (iv) Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; e (v) instituições financeiras públicas e privadas. Deste modo, estava se configurando como é hoje o Sistema Financeiro Nacional.²

A função de controle atribuída pelo Conselho Monetário Nacional ao Banco Central da República do Brasil sobre o Sistema Financeiro Nacional, e especificamente sobre as instituições financeiras, exigia uma caracterização do que se entenderia legalmente por "instituições financeiras", consideradas 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. São equiparadas às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer dessas atividades de forma permanente ou eventual.

Por excelência, o Banco Central do Brasil é a entidade encarregada de tutelar a atividade financeira, fiscalizando-a, ditando regras de controle e administração e até liquidando-a, quando as condições assim exigirem.

Como órgão fiscalizador do sistema financeiro, deve zelar pela estabilidade das

2. A Lei 4.595/1964 teve seu fundamento na Constituição Federal de 1946. Sobrevieram as Constituições de 1966 e 1969, que renovaram seu fundamento de validade. Com a Constituição Federal de 1988, que regulou em artigo específico o Sistema Financeiro Nacional, a Lei 4.595 foi recepcionada e ganhou caráter de lei complementar, uma vez que o conteúdo normativo destas regras trata de matéria de competência da lei complementar. Assim, as alterações à Lei 4.595 devem ser feitas por lei complementar.

instituições financeiras. É o garantidor do sistema enquanto autoridade monetária que assegura a liquidez do sistema. Tutela a atividade financeira, fiscalizando-a, ditando regras de controle e administração e até mesmo liquidando instituições, quando as condições assim exigirem.

Competem ao BACEN a expressa autorização para constituição e o funcionamento de qualquer instituição financeira bem como os atos de transferência de sede, instalação, transferência ou encerramento de atividades de dependências, inclusive no exterior; alteração do valor do capital social; transformação do tipo jurídico, fusão, incorporação e cisão; investidura de administradores, responsáveis ou prepostos, conselheiros, fiscais e membros de quaisquer outros órgãos estatutários; alienação do controle societário; participação estrangeira no capital social e sua liquidação ou dissolução.

Dente os poderes de fiscalização do BACEN, como órgão de fiscalização do sistema bancário, na quebra de sigilo bancário, estão relacionados as informações oriundas das instituições financeiras ou das pessoas físicas ou jurídicas, *inclusive as que atuem como instituição financeira* a cerca das operações. De ativo, de passivo e de quaisquer outros dados que possam auxiliá-lo no exercício de suas atribuições.

2. Agiotagem ou usura nos contratos

Fundamento contratual das operações de crédito na forma de empréstimo, o mútuo vem conceituado no art. 586 do CC: “é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”.

O mútuo civil opõe-se ao mútuo bancário, que, dados o caráter empresarial e a qualificação do mutuante como instituição financeira, tem caráter mercantil. Esta distinção tem grande relevância, à medida que determina o regime jurídico dos juros nos contratos.

O CC anterior determinava, em seu art. 1.062, que os juros devidos por força de lei, quando não convencionados, seriam de 6% ao ano, inexistindo tal limitação nos casos em que as partes mencionassem no contrato a taxa de juros a ser utilizada. Por sua vez, o art. 1º do Decreto 22.626, de 7.4.1933 (Lei de Usura), dispunha que era vedada a cobrança de juros superiores ao dobro da taxa legal, deste modo, 12% ao ano. Essa sistemática foi alterada pelo Código Civil de 2002, que disciplinou a matéria em seu art. 406: “Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

Em razão de o art. 406 do CC de 2002 prever sua regulamentação por norma relativa ao “pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional” leva-nos a analisar o disposto no Código Tributário Nacional. Nesse sentido, o § 1º do art. 161 do citado diploma estabelece que o crédito não pago no vencimento será acrescido de juros de mora, calculados à taxa de 1% ao mês, nos casos em que a lei não dispuser de modo diverso. Diante disso, a questão restou aparentemente solucionada no sentido de que a taxa de juros deveria ser aplicada à razão de 12% ao ano.

Posteriormente, com a edição do art. 13 da Lei 9.065, de 20.6.1995, e reedições do dispositivo que culminou no art. 30 da Medida Provisória 2.176-79, de 23.8.2001 (posteriormente convertida na Lei 10.522, de 19.7.2002), a taxa de juros moratórios dos tributos devidos à Fazenda Nacional passou a ser equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Muito se discutiu a respeito da aplicabilidade, ou não, da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais, uma vez que, além de impedir o prévio conhecimento dos juros, posto que é publicada mensal-

mente, esta taxa abrange não só os juros propriamente ditos, como também a correção monetária do período.

Entretanto, por ser a aplicação da taxa SELIC expressamente prevista na legislação federal para o pagamento de impostos federais em atraso, podemos entender que esta taxa deverá ser considerada pelas empresas como limitadora dos juros contratuais, atendendo-se, desta forma, ao disposto no art. 406 do CC de 2002.

Interessante salientar, ainda, que o art. 591 do CC de 2002 permite, agora, a capitalização anual dos juros, no caso de mútuos.

No caso das instituições financeiras, entendidas como aquelas que integram o Sistema Financeiro Nacional, sua principal operação ativa, o mútuo ou empréstimo bancário, não está sujeita à Lei de Usura e é regida por regras próprias, estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Consoante a Súmula 596 do STF, de 15.12.1976, as disposições da Lei da Usura não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integrem o Sistema Financeiro Nacional.

Posteriormente, aos dispor sobre o Sistema Financeiro Nacional, o § 3º do art. 192 da CF de 1988 [hoje revogado pela EC 40/2003] determinou que as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderiam ser superiores a 12% ao ano. Segundo esse mesmo dispositivo constitucional, a cobrança acima desse limite seria conceituada como crime de usura, punido em todas as suas modalidades, nos termos em que a lei determinasse.

A aplicabilidade desse dispositivo constitucional causou controvérsia, posto que o *caput* do mesmo art. 192 da CF previa que o Sistema Financeiro Nacional seria regulado por lei complementar, a qual nunca foi trazida ao ordenamento jurídico

brasileiro. Não existia, portanto, definição legal de “taxa de juros real”. Há quem entendia que, pelo fato de o mencionado § 3º do art. 192 da CF ter um caráter de norma autônoma, este não se subordinaria ao *caput* do artigo, de forma que os seus dispositivos deveriam ser aplicados de forma imediata.

Em sentido contrário, entretanto, manifestou-se a doutrina de forma majoritária, à qual nos filiamos. Nesse sentido: (i) com base na Súmula 596 do STF, não se aplicariam os dispositivos da Lei de Usura às operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional; (ii) e, por conta da não-edição da lei complementar prevista no próprio *caput* do art. 192 da CF, não se aplicariam às referidas operações o disposto no § 3º.

De todo modo, veio a Súmula 648 do STF: “A norma do § 3º do art. 192 da CF, revogada pela Emenda Constitucional n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais em 12%, tinha sua aplicabilidade condicionada a lei complementar”.

Através da Medida Provisória 2.172-32, de 23.8.2001, foi veiculada uma série de providências contra a chamada usura nos contratos, tornando nulas as estipulações com encargos abusivos.

O art. 1º define quais as estipulações usurárias: “São nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: I – nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverá o juiz, se requerido, ajustá-las à medida legal, ou, na hipótese de já terem sido cumpridas, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido; II – nos negócios jurídicos não disciplinados pela legislação comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-

os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido”.

Depreende-se que são duas as espécies de estipulações proibidas e nulas, consoante o tipo de contrato:³

(i) *Nos contratos civis de mútuo, são usurárias as taxas de juros superiores àquelas legalmente permitidas, ou seja, as taxas que extrapolam o disposto nos arts. 591 e 406 do CC (arts. 1.262 e 1.062 do Código revogado, em combinação com o art. 1º do Decreto 22.626/1933). Admitindo-se a fixação de juros no mútuo, sua convenção limitar-se-á à taxa exigida nos impostos devidos à Fazenda Nacional, que é de 1% ao mês, conforme o art. 161, § 1º, do CTN.*

(ii) *Nos negócios jurídicos não disciplinados pela legislação comercial e de defesa do consumidor, consideram-se usurários os lucros e vantagens patrimoniais excessivos, sempre quando uma das partes tem posição inferior à outra.* Embora aparentemente vaga a previsão, tem enorme aplicação nas múltiplas relações e atividades de natureza econômica, que não se enquadram numa relação tipicamente comercial e não se encontram abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Aparentam-se como exemplos os contratos de prestação de serviços, de *factoring* ou de compra e venda de títulos de crédito, de promessa de compra e venda de títulos de crédito, de promessa de compra e venda, e inclusive os de locação, podendo incluir-se todas aquelas relações não claramente tipificadas como de consumo que gravitavam numa zona de controvérsia sobre a aplicação, ou não, do Código de Defesa do Consumidor.

Em cada uma dessas espécies, duas as medidas saneadoras permitidas: o ajuste, pelo juiz, das estipulações à medida le-

gal, extirpando os excessos ou restabelecendo o equilíbrio da relação, com o ajuste ao valor corrente; e, se já efetuado o pagamento do valor abusivo, ou se cumpridas as exigências iníquas, a determinação da restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido. Neste último caso, seja na ação de revisão ou na ação de repetição, necessário que se definam, como condição prévia, na própria ação, os juros cabíveis ou os lucros e vantagens admissíveis.

O parágrafo único delinea o critério para aferir o lucro ou vantagem excessivos: “Para a configuração do lucro ou vantagem excessivos, considerar-se-ão a vontade das partes, as circunstâncias da celebração do contrato, o seu conteúdo e natureza, a origem das correspondentes obrigações, as práticas de mercado e as taxas de juros legalmente permitidas”. Notam-se alguns pressupostos excessivamente teóricos, dificultando a aferição para uma decisão objetiva.

De qualquer forma, considera-se a vontade das partes em vista do grau de liberdade existente no momento da obrigação, naturalmente debilitada se se encontravam em momento de grave dificuldade econômica, de premente necessidade, ou na iminência de perda do bem em face do inadimplemento. Relevantes as circunstâncias verificadas quando da celebração do contrato, como a crise econômica dominante, a recessão no mercado de trabalho, o desemprego da pessoa.

Não podem ser olvidados o conteúdo e a natureza do negócio, especialmente se envolvem bens imóveis de onde se retirava o sustento e onde estava situada a própria residência. Há destaque para a origem das correspondentes obrigações desde que atinjam bens essenciais para a subsistência, como quantias retiradas da remuneração ou vencimentos advindos da relação empregatícia. No exame para a validade do negócio, merecem destaque as práticas de mercado, que ditarão o equilíbrio a ser resta-

3. Arnaldo Rizzardo, *Contratos de Crédito Bancário*, p. 366.

belecido. De igual modo, no pertinente à taxa de juros, adota-se aquela legalmente permitida.

O art. 2^a da mesma medida provisória ataca diretamente uma modalidade muito comumente usada para dar uma aparente legalidade a negócios vedados ou escusos: o mascaramento da agiotagem. Reza o dispositivo: “São igualmente nulas de pleno direito as disposições contratuais que, com o pretexto de conferir ou transmitir direitos, são celebradas para garantir, direta ou indiretamente, contratos civis de mútuo com estipulações usurárias”. Ou seja, efetua-se, dentre outros esquemas ou engendrações, um contrato de compra e venda de um imóvel, ou de qualquer outro bem, com cláusula de retrovenda, prevista para um prazo que corresponde ao do mútuo.

Quanto ao ônus da prova da regularidade do negócio, transfere-se ao credor ou beneficiário a sua demonstração, conforme o art. 3^a: “Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada, pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação”.

Foi adotado o princípio do art. 6^a, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, onde se estabelece a inversão do ônus da prova, incumbindo-a sempre ao fornecedor.

Por último, em consonância com o art. 8^a, é revogado o § 3^a do art. 4^a da Lei 1.521, de 26.12.1951. Este parágrafo previa: “A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido”. As previsões inseridas no preceito já se encontram contempladas no art. 1^a, I e II, da medida provisória.

3. Simulação e nulidade do negócio jurídico

No âmbito Código Civil, há defeito do negócio jurídico quando este padece de deficiência nos seus elementos constitutivos. Incluem-se aqui os vícios de consentimento e os vícios sociais.

Nos primeiros o ato é considerado defeituoso porque a vontade do agente não se formou corretamente. Nos chamados vícios sociais, na fraude contra credores e assim como na simulação, a declaração de vontade não se afasta do propósito que efetivamente o agente teve ao praticá-lo, inexistente disparidade entre a vontade e o negócio realizado, mas a sanção que na espécie se aplica não é em proveito de um dos contratantes, mas para seus reflexos no meio social.

Consiste a simulação em celebrar-se um ato que tem aparência normal mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir.⁴ Há um vício grave no ato, positivado na desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal.

A simulação pode ser absoluta ou relativa. Será *absoluta* quando o negócio traz declaração ou condição não verdadeira, realizando-se, para não ter eficácia alguma, declaração de vontade que não produz seu resultado.

A simulação se diz *relativa*, também chamada *dissimulação*, quando um negócio jurídico tem por objeto encobrir outro de natureza diversa (por exemplo, a compra e venda para dissimular uma doação ou mútuo). É relativa porque à declaração de vontade deve seguir-se um resultado efetivamente querido pelo agente, porém diferente do que é o resultado normal do negócio jurídico.

Compra e venda – Ação de anulação – Cláusula de retrovenda – Alienação de imóvel efetuada para garantia de em-

4. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, p. 535.

préstimo – Anormalidade do acordo constatada pela função de garantia real, não disciplinada por lei – Negócio efetuado em prestações sem incidência de correção monetária em época de galopante inflação – Desproporção de valores evidente e caracterizadora de usura – Partes que objetivaram o pacto comissório, mascarando negócio proibido pelo art. 765 do CC – Fraude à lei comprovada – Nulidade da avença e correspondente registro de escrituras – Decisão mantida. (TJRS)

Na sistemática do Código Civil de 2002 somente é nulo o negócio jurídico sendo absoluta a simulação. Se for relativa, subsiste o negócio que se dissimulou, salvo se este padecer de outro defeito, na forma ou na própria substância (art. 167).

Também se faz uma classificação em simulação *inocente e maliciosa*. A primeira não leva à nulidade do ato. A segunda, por trazer violação à disposição de lei, traz como consequência a nulidade do ato.

Na simulação maliciosa, as pessoas que participam do negócio estão movidas pelo propósito de violar a lei; não podem argüir o vício, ou alegá-lo em litígio de uma contra a outra. Se o negócio é simuladamente realizado, a ambas as partes ele é conveniente, a nenhuma delas é lícito invocá-lo contra a eficácia da declaração da vontade. Mesmo se caracterizado um negócio unilateral, por exemplo, o mútuo mercantil, foi o próprio agente quem procedeu contra o Direito, e não tem qualidade para pleitear sua ineficácia.

Contudo, *qualquer legítimo interessado, autoridades públicas ou membro do representante do Ministério Público poderão postular a nulidade do negócio simulado (art. 168 do CC).* Deste modo, os próprios agentes estão afastados de buscar a nulidade do ato, serão compelidos a sofrer o resultado do ato praticado. Mas, se o efeito do negócio é prejudicial, podem as pessoas ou entidades lesadas promover a declaração judicial de invalidade. Lembremos, aqui, que o bem tutelado é a ordem pública, enquanto afeta o adequado funcionamento do sistema financeiro.

Em relação à prova da simulação, nem sempre se poderá fazer prova diretamente; ao contrário, frequentemente tem o juiz de se valer de indícios e presunções para chegar à convicção de sua existência.

Alienação fiduciária – Simulação bilateral – existência do bem dado em garantia – Negócio que encobriu contrato de mútuo puro e simples – Nulidade – Inteligência e aplicação do art. 104 CC [do antigo Código Civil]. (STJ)

4. Aspectos penais: legislação vigente sobre crimes contra a economia popular e da lei do “colarinho branco”

Uma vez revisitados os aspectos civis relacionados às operações de crédito e à cobrança de juros, passamos à análise dos diplomas penais que tratam das hipóteses de defesa e sanção na prática abusiva das operações em exame.

Continuam em vigor as disposições da Lei 1.521, de 26.12.1951, com exceção do parágrafo revogado pela Medida Provisória 2.172/2001, conforme citado anteriormente.

Deste modo, constitui crime contra economia popular a usura pecuniária ou real, assim considerada a cobrança de juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa legal permitida. Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usuária, cientes de sua natureza ilícita (art. 4º da lei). *São circunstâncias agravantes do crime de usura se a operação der causa a grave dano individual ou dissimular a natureza do contrato.*

Crime contra a economia popular – Usura – Caracterização – Cobrança extorsiva de juros – Irrelevância da não obtenção do indevido lucro – Delito de mera conduta que independe do resultado – Inteligência do art. 4º, “a”, da Lei n. 1.521/1951. (TACrimSP)

Crime contra a economia popular – Usura – Caracterização – Cobrança de

juros em taxa superior à estabelecida pelo Decreto n. 22.626/1933 por agente que não se enquadra nas hipóteses da Súmula n. 596 do STF – Inteligência do art. 4º, “a”, da Lei n. 1.521/1951. (STJ)

Competência – Usura ou “agiotagem” – Art. 4º da Lei n. 1.521/1951 – Empréstimo de dinheiro por escritório particular, mediante cobrança de juros extorsivos – Processo e julgamento afetos à Justiça Estadual – Inteligência da Súmula n. 498 do STF. (STJ)

Ainda, no cenário econômico atual, para prevenção e punição sistemática dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, veio à tona a Lei 7.492, de 16.6.1986, vulgarmente conhecida como dos “crimes do colarinho branco”. O legislador entendeu por bem conceituar, para os fins de aplicação do diploma em questão, a instituição financeira.

A lei discrimina entre as instituições financeiras, os estabelecimentos bancários oficiais ou privados, as sociedades de crédito, financiamento ou investimento, as caixas econômicas, as cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, incluindo também na subordinação à Lei 4.595, no que for aplicável, as bolsas de valores, as companhias de seguro e de capitalização, as sociedades que efetuem distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio, título de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam por conta própria, ou por terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações ou quaisquer outros títulos, realizando nos mercados financeiros operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

Da análise do art. 1º da Lei 7.492/1986 verifica-se, desde logo, a amplitude do conceito de *instituição financeira* adotado, muito mais abrangente que o rol de entes que compõem o Sistema Financeiro Nacional, retromencionado. Aliás, o conceito de *instituição financeira* consignado no art. 1º em questão é diverso daquele adotado na Lei 4.595/1964.

A doutrina considerou o conceito estampado no art. 1º do texto legal em foco excessivamente amplo, não somente pela definição contida no *caput* do artigo, mas sobretudo pela ampliação trazida pelas equiparações constantes dos incisos I e II do parágrafo único.

Assim, considera-se *instituição financeira* 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. Essas são as atividades tradicionalmente desempenhadas pelas instituições financeiras.

Também se considera *instituição financeira* a pessoa jurídica que se dedique à custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Tais atividades são desenvolvidas pelas instituições que captam recursos financeiros de terceiros no mercado financeiro, particularmente no mercado de capitais.

Equiparam-se à instituição financeira 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 anteriormente mencionadas, mesmo que praticadas de forma eventual.

Constata-se, de fato, a amplitude do conceito adotado no referido art. 1º. Entretanto, transparece a preocupação do legislador em tutelar todas as atividades que envolvam recursos financeiros de terceiros e a credibilidade do sistema financeiro em geral. Em última instância: a proteção do patrimônio e da ordem pública.

Pela multiplicidade de condutas que devem ser coibidas, em relação ao Sistema Financeiro Nacional, a amplitude do conceito formulado no art. 1º, em questão, justifica-se. *Porém, em matéria penal a abrangência do conceito não pode dar margem à incerteza e à insegurança jurídica, vio-*

lando-se o basililar princípio do direito penal, que é o postulado da legalidade.⁵

Foi exatamente o que sucedeu na redação do art. 1º, em tela: a amplitude do conceito deu lugar à indeterminação. Veja-se a dificuldade de interpretação do inciso II do parágrafo único, que cuida da equiparação da pessoa natural que exerça quaisquer das atividades declinadas no *caput* e no inciso I do mesmo parágrafo, ainda que de forma eventual.

Penal – Crime contra o Sistema Financeiro Nacional – Pessoa física – Exercente de atividade de consórcio – Conduta típica – Apropriação de valores de terceiro – Inexistência de provas para a condenação – Recurso parcialmente provido.

1. Réu que exercia informalmente atividade de consórcio, como pessoa física, para complementar rendas de seu pequeno negócio, sem autorização do Banco Central – Conduta que caracteriza o delito previsto no art. 16, c/c o art. 1º, I e II, da Lei n. 7.492/1986, ainda que a atividade seja exercida de forma eventual – Trata-se de crime de perigo abstrato, cuja ameaça de lesão se dirige não só contra o Sistema Financeiro Nacional, mas contra os consumidores, a poupança popular e a fé pública.

2. Inexistência de provas suficientes para a condenação por apropriação e desvio de valores captados de “participantes”, que configuraria o delito do art. 5º da Lei n. 7.492/1986 – Aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

3. Recurso parcialmente provido. (TRF-3ª Região, 1ª Turma, Ac. 96.03.095220-6, rel. Juiz Sinval Antunes, j. 18.11.1997, DJU 23.12.1997, p. 112.246)

Na composição do Sistema Financeiro Nacional, e entre as suas atribuições, compete privativamente ao BACEN conceder autorização às instituições financeiras

para a fim de que possam funcionar no país, instalar ou transferir suas sedes ou dependências, inclusive no exterior, ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas e ter prorrogados os prazos para funcionamento (art. 10, X, da Lei 4.595/1964). Deste modo, também devemos fazer rápida menção ao disposto no art. 16 da referida lei:⁶ “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”.

Toda pessoa natural que fizer operar a instituição financeira sem estar munido de autorização, ou sendo esta falsa, é autor do crime. Serão sujeitos ativos também, como autores intelectuais e mediatos, os que servirem de interpostas pessoas para fazer funcionar a instituição.

Devemos ressaltar, também, que o crime é doloso. Consiste o dolo na vontade livre e consciente de fazer operar instituição financeira não autorizada, ou com autorização viciada pela falsidade. A intermediação ou aplicação de dinheiro como mercadoria exige um mínimo de reiteração. O tipo penal pressupõe uma repetição da conduta, uma certa frequência no comércio. Assim, o crime não se consuma com uma só operação, isolada. Mas, afastada a hipótese da Lei 7.492, não se presume a não incidência também dos demais dispositivos estudados. Se não, vejamos.

Empréstimo pessoal em dinheiro – Usura – Justiça Estadual.

O simples empréstimo de dinheiro a terceiros mediante a cobrança de juros

6. O dispositivo achava-se previsto no art. 44, § 7º, da Lei 4.595/1964, com redação um tanto imperfeita: “Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores”.

5. Paulo José da Costa Jr. e outros, *Crimes do Colarinho Branco*, p. 65.

extravagantes não configura delito previsto no art. 16 da Lei n. 7.492/1986, pois ali se trata de instituição financeira.

O fato de um escritório particular fazer empréstimo com juros extorsivos caracteriza a usura, ou "agiotagem", descrita no art. 4º da Lei de Economia Popular. (STJ, CComp 960050207-2-SP, rel Min. Cid Scartezzini, j. 13.11.1996, v.u., DJU 3.2.1997, p. 665)

5. Conclusão

Sintetizando as idéias aqui expostas, apontamos que é no mercado financeiro que se desenvolve a atividade bancária por excelência, consistente na intermediariedade na circulação do dinheiro.

Mediante comandos protetores do referido fluxo de capitais, os agentes participantes do Sistema Financeiro Nacional poderão servir aos interesses da coletividade. Este fluxo da poupança nacional tem, hoje, apoio num sistema normativo complexo e focado à proteção do fluxo interno da poupança nacional, com forte atuação do Estado.

Assim, também compõem as regras de estabilidade e proteção do sistema a autorização para funcionamento das entidades financeiras e os processos administrativos e judiciais para apuração de práticas irregulares.

Este complexo de normas, hoje, desaprova a prática de operações de crédito com caráter mercantil fora das atividades enta-

buladas pelas entidades autorizadas pelo próprio Sistema Financeiro Nacional.

A tutela de proteção atua no âmbito civil e penal. No primeiro, a descaracterização das operações de crédito fora do Sistema Financeiro Nacional tem específica regulação e forte apoio jurisprudencial. As hipóteses de afastamento fático dos sujeitos ou a pequena reiteração não são suficientes para afastar a aplicação das normas citadas. Também a criação de sistemas de garantias específicos, como a alienação fiduciária, demanda o cumprimento de outra série de requisitos para sua segura implementação.

No aspecto penal, sabe-se o quanto é difícil a caracterização dos delitos. Somente agora o Ministério Público vem tomando a iniciativa de processar criminalmente os autores dos chamados crimes do "colarinho branco", e, ainda assim, as notórias imperfeições da Lei 7.492/1986 não impõem sua aplicação efetiva. Mesmo a hipótese do crime contra a economia popular deverá estar amplamente apoiada por provas de difícil constituição. Mas o que está evidenciado são os novos rumos do direito penal bancário.

Deste modo, estão aqui apontadas as disposições que atuam na regulação e proteção do mercado de crédito e as sanções às práticas consideradas ilícitas, entendendo que não cabe neste parecer determinar qual é a chance de sua ocorrência, mas apontar todos os riscos, delineando a decisão de atuação, ou não, de dentro desta atividade.