

INTERPRETAÇÃO DA NORMA E A SEGURANÇA JURÍDICA

Lei 7.496, 16.6.86

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal

A A.B.A.C e o S.N.A.C, dirigem-me Consulta e solicitam-me Parecer Jurídico-Penal a respeito das atividades consorciais em geral e, especificamente, sobre os temas e quesitos a seguir expostos.

1.º Natureza jurídica e relações entre o Consórcio e a empresa Administradora de consórcios.

2.º Identificação e aplicação do patrimônio dos grupos de Consórcio e da empresa Administradora de consórcios.

3.º Conceito jurídico-penal de Instituição Financeira e o seu alcance em matéria de incriminação.

4.º Análise dos elementos típicos do art. 17 da Lei 7.492, de 16.6.86.

5.º Considerações em torno da culpabilidade referente à norma prevista no art. 17 da Lei 7.492/86.

6.º O mútuo, com recursos próprios da Administradora de consórcios, e empresas do mesmo grupo é penalmente ilícito?

7.º A conduta de diretores e demais agentes de empresa Administradora de consórcios, emprestando dinheiro a empresas do mesmo grupo, caracteriza o crime previsto no art. 17 da Lei 7.492/86?

8.º A conduta acima referida constitui outro tipo de ilicitude penal?

Passo a considerar e responder na forma adiante.

Natureza jurídica do consórcio

1. O termo Consórcio é de origem latina (*consortium* de *consors*) e remon-

ta ao antigo Direito Romano. A sua natureza traduzia uma comunhão acidental entre os co-herdeiros que, com a morte do *paterfamilias*, tornavam-se proprietários em comum. Tal condomínio, por sua vez, recebia a denominação de *antiquum consortium* ou *consortium erectum non citum*.¹

A expressão sempre representou, portanto, uma comunhão de interesses, a um agrupamento e indivíduos para a realização de um fim comum.

2. Atualmente, o Consórcio é uma associação de diversas pessoas em comunhão de interesses que, através de contribuições, produzem um fundo destinado à compra de bens. Trata-se de modalidade de autofinanciamento, instituída por um contrato onde se estipulam a forma de aquisição e pagamento das prestações e demais avenças.

O Consórcio nada mais é do que uma operação de captação de poupança de um determinado grupo fechado de pessoas, com a finalidade comum de aquisição de coisas.

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior, o Consórcio “é uma figura contratual nova que tem por objetivo a associação de consumidores, para conjugar recursos destinados à aquisição de bens da mesma espécie em quantidade

1. “Consortium”, verbete da *Enciclopédia Saraiva do Direito*, coord. Prof. Limongi França, 1977, SP, 18/296.

equivalente aos consorciados".² Trata-se da formação de um grupo de pessoas (físicas ou jurídicas) que dispendem uma contribuição mensal predeterminada, no decorrer de um certo número de meses, com a finalidade de adquirir bens para todos os integrantes do grupo. E neste preciso sentido é o conceito normativo fixado pelo Ministério da Fazenda, ao declarar que o Consórcio é "a união de pessoas físicas ou jurídicas, com o objetivo de formar poupança, mediante esforço comum, com a finalidade exclusiva de adquirir bens móveis duráveis, por meio de autofinanciamento". (Port. 190, de 27.10.89, n. 1.1.).

Origem formal e evolução do sistema

3. Pode-se afirmar que o sistema formal de consórcios em nosso País teve a sua origem nos anos 60 visando suprir a necessidade de aquisição de bens, quando o povo iniciou um período de grande consumo.³

Graças a tal sistema e à sua evolução, é possível atualmente fomentar e garantir o consumo das mais variadas espécies de coisas e para todas as classes sociais.

A primeira intervenção do Governo Federal nessa atividade ocorreu em 1967, através do Banco Central do Brasil. Quatro anos mais tarde surgiu a Lei 5.768, de 20.12.71.⁴ Reza o art. 7.º deste diploma: "Dependerão, igualmente, de prévia autorização do Ministério da Fazenda, na forma desta Lei, e nos termos e condições gerais que forem fixadas em regulamento, quando não

sujeitas à de outra autoridade ou órgãos públicos federais: I — as operações conhecidas como Consórcio, Fundo Mútuo e outras formas associativas assemelhadas, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza".

A Lei 5.768/71 foi regulamentada pelo Dec. 70.951, de 9.8.72, que ressaltou, em favor das pessoas autorizadas, o direito de perceber ressarcimento pelas despesas de administração a serem satisfeitas pelo contratante (art. 34). Nos termos do art. 40 do aludido Decreto, o Consórcio é uma forma associativa com o objetivo de coletar poupanças "destinadas a propiciar a aquisição de bens móveis duráveis, por meio de autofinanciamento".⁵ Seguem-se várias regras de obrigatório cumprimento pelas pessoas jurídicas autorizadas a operar com os Consórcios, especificadamente quanto: a) fins; b) capital mínimo integralizado; c) limite de obrigações passivas; d) limite de valor de cobrança para inscrição do consorciado; e) limite quanto à taxa para atender despesas de administração, etc. (arts. 41 e ss.).

4. A partir do ano de 1972, com a regulamentação do sistema de consórcios, as administradoras sem estrutura organizacional foram eliminadas do mercado. O sistema tornou-se cada vez mais ordenado e com maior disciplina de ação. Nos últimos anos passou a abranger um universo variado de produtos, tais como caminhões, tratores, aeronaves, automóveis, motocicletas, computadores, geladeiras, televisores e imóveis residenciais, entre inúmeros outros.

A fiscalização das operações e autorizações para organizar grupos de consórcios, desde março de 1991, passou a ser atribuição do Banco Central do Brasil que, assim, sucedeu o Ministério da Fazenda.

Utilizando-se do poder de normatizar a atividade do sistema dos consórcios,

5. Redação dada pelo art. 1.º do Dec. 72.411, de 27.6.73.

2. Cf. Alcio Manoel de Souza Figueiredo, *ABC do Consórcio*, Juruá, 1993, Curitiba, p. 26.

3. A propósito, entre outros, Alcio Manoel de Souza Figueiredo, *ob. cit.*, p. 19.

4. Lei 5.768/71, Altera a legislação sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelece normas de proteção à poupança popular e dá outras providências.

o Banco Central emitiu várias Circulares, incluindo e suprimindo direitos e obrigações relativamente à legislação anterior.

O patrimônio dos grupos de consórcio e o patrimônio da empresa administradora

5. Apesar da clara delimitação quanto à natureza jurídica e objetivo do Consórcio, ainda se observa alguma confusão quanto à absoluta separação entre os grupos de consorciados e as empresas que administram tais grupos.

A propósito e com feliz imagem, afirma Cândido Dinamarco: "A distinção entre os grupos e as empresas que os administram não saiu ainda da cápsula misteriosa em que nasceu o instituto, e os próprios tribunais não ousaram, até agora, traçar os limites dos direitos e obrigações de um e de outro. Nem enfrentaram o tema da separação entre o patrimônio de cada grupo e o das empresas administradoras".⁶

6. O Grupo é um conjunto de pessoas reunidas por força do contrato de Consórcio e que tem o objetivo comum da aquisição de bens pela arrecadação solidária de fundos. É, portanto, formação com autonomia e independência, embora não tenha personalidade jurídica. O Grupo necessita de uma entidade que organize e administre a captação de recursos obtidos. Surge, então e necessariamente, a Administradora de consórcios. Ela cuida da organização, faz cobranças e zela pelos recursos dos grupos, recebendo para tanto uma remuneração (taxa de administração).

No sistema de consórcios existem, assim, duas espécies de patrimônio: a) o formado com os recursos injetados pelos integrantes dos grupos e destinado à aquisição de bens; b) o pertencente à administradora como contrapartida pelo

capital e mão-de-obra postos à disposição do objetivo do Consórcio. Os recursos coletados dos consorciados são, por expressa disposição legal, depositados em conta bancária própria cuja movimentação somente se dá para atender aos objetivos do contrato de Consórcio. Assim, os diretores, gerentes, sócios e prepostos com função de gestão na empresa administradora são depositários, para todos os efeitos, das quantias que a empresa receber dos consorciados até o cumprimento da obrigação assumida.

7. Saliente-se que a Circular 2.381, de 18.11.93, do Banco Central (BACEN)⁷, determina que a taxa de administração seja registrada na administradora por ocasião de seu efetivo recebimento, devendo ser apropriada como receita própria em título específico. Por advir da própria atividade exercida pela empresa, a taxa de administração compõe os seus recursos próprios.

Por outro lado, a Lei 5.768/71, em seu art. 11, estabelece que os diretores, sócios, gerentes e prepostos da administradora serão considerados depositários das quantias que forem arrecadadas até o cumprimento da obrigação assumida (entrega do bem).

Vale transcrever a lição de Cândido Dinamarco: "Os grupos têm patrimônio próprio, que não se confunde com os rendimentos das próprias administradoras, advindos da justa remuneração que lhes é atribuída, representada pela 'taxa de administração'. Tendo patrimônio próprio, contando com perfeita identificação e até mesmo sendo titular de contas bancárias vinculadas, mesmo assim registra-se a tendência a desconsiderar a sua quase-personalidade jurídica".⁸

7. Circular BACEN 2.381/93: Estabelece a obrigatoriedade da elaboração, publicação e remessa pelas administradoras de consórcio de demonstrações financeiras ao Banco Central, esclarece critérios de avaliação e apropriação contábil e consolida normas de contabilidade.

8. Ob. cit., p. XX.

6. Cândido Rangel Dinamarco, *Decisões em Consórcios*, Forense, 1994, RJ, p. XIX.

8. A falta de percepção dessa elementar realidade econômico-financeira leva, não raro, ao equívoco de atribuir à Administradora — como entidade distinta dos grupos que formam o Consórcio — a titularidade dos recursos arrecadados pelos grupos. A Administradora, como o próprio nome está a dizer, apenas administra os recursos de terceiros (consorciados). Tanto é assim que, por expressa disposição contratual, recebe uma retribuição pelo serviço prestado. Se os recursos alheios passassem a integrar seu patrimônio não haveria o porque da fixação de uma taxa específica e em separado. Jamais se remuneraria a administradora pela administração de seus próprios recursos financeiros.

Conceito jurídico-penal de instituição financeira

9. O conceito legal de instituição financeira foi primeiramente estabelecido pelo art. 17 da Lei 4.595, de 31.12.64, *verbis*: “Consideram-se instituições financeiras, para efeito 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 da propriedade de terceiros”. (Grifo meu).

Para os efeitos da Lei 7.492, de 16.6.86⁹ 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 (*Vetado*) de *terceiros*, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia,

emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários” (art. 1.º, *caput*). (São meus os grifos).

Não se inclui no tipo as atividades que importem na aplicação de recursos próprios, ainda que essa tenha sido a vontade do projeto de lei. As palavras “próprios ou” foram vetadas pelo Presidente da República com a seguinte justificativa: “No art. 1.º, a expressão “próprios ou”, porque é demasiado abrangente, atingindo o mero investidor individual, o que obviamente não é o propósito do legislador. Na aplicação de recursos próprios, se prejuízo houver, não será para a coletividade, nem para o sistema financeiro; no caso de usura, a legislação vigente já apenas de forma adequada quem a praticar. Por outro lado, o art. 16 do Projeto alcança as demais hipóteses possíveis, ao punir quem opera instituição financeira sem a devida autorização”.¹⁰

Assim, evidentemente não podem, de modo algum, ser equiparadas à instituição financeira as empresas que realizarem a aplicação de recursos próprios.

10. O conceito jurídico-penal fixado pelo art. 1.º da Lei 7.492/86, portanto, revogou para os efeitos penais definição anterior, ou seja, a prevista no art. 17 da Lei 4.595/64, que funcionava como norma complementar dos arts. 34, *caput*, inc. I e § 1.º e 38, *caput*, e § 7.º.¹¹ Tais tipos

10. Cf. Mensagem 69 de 1987 — CN — n. 252/86, na origem.

11. Lei 4.595, de 31.12.64. Art. 34. É vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos: I — a seus diretores e membros dos conselhos consultivo ou administrativo, fiscais e semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges: (...) § 1.º. A infração ao disposto no inciso I, deste artigo, constitui crime e sujeitará os responsáveis pela transgressão à pena de reclusão de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal. (...) Art. 38. As instituições financeiras conservarão

9. Lei 7.492, de 16.6.86. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências.

de ilicitude foram refeitos, com modificações, pelos arts. 17 e 18 da Lei 7.492/86.

Incide, portanto, na espécie, o § 1.º do art. 2.º do Dec.-lei 4.657, de 4.9.42 (Lei de Introdução ao Código Civil), válido para todo o sistema positivo: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declara, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Equiparação entre instituição financeira e empresa administradora de consórcio

A. A regra da Lei 7.492/86

11. O inc. I, do parágrafo único do art. 1.º da Lei 7.492/86, assim dispõe: "Equipara-se à instituição financeira: I — a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, *consórcio*, capitalização de qualquer tipo de poupança, ou recursos de *terceiros*". (Grifos meus).

Como se observa pela redação do *caput* do art. 1.º e do inciso transcrito, a marca típica da instituição financeira, em sua autêntica conformação ou nas modalidades assemelhadas por força da lei, é a operacionalidade com recursos de terceiros.

B. A distinção essencial entre instituição financeira e administradora de consórcios

12. A administradora de consórcio tem natureza, estrutura e objetivos absolutamente distintos da instituição financeira. Com efeito, ela não faz a

sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...) § 7.º. A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis".

captação de recursos, mas apenas organiza a reunião de pessoas que, por si mesmas e sob a sua administração, realizam autofinanciamento. Não há captação de recursos dos consorciados porque tais recursos jamais passam à titularidade da administradora. Como já foi mencionado, tal patrimônio pertencerá aos grupos e será depositado em conta bancária específica para o fim da aquisição dos bens. Os consorciados sempre mantêm a titularidade dos recursos que recolhem ao grupo de consórcio.

Ao contrário, as instituições financeiras, ao captarem recursos de terceiros integram os mesmos em seu patrimônio, passando a exercer a titularidade e podendo deles fazer uso no mercado financeiro. Não é o que ocorre com a administradora de consórcio.

Desta forma, a administradora de consórcio, por expressa disposição legal, pode ser equiparada à instituição financeira para efeitos da Lei 7.492/86, quanto, é claro, praticar atos inerentes à atividade desta. A lei procura reprimir toda e qualquer espécie de conduta que importe em crime contra o sistema financeiro nacional, seja ela praticada por verdadeiras instituições financeiras, seja por outras entidades distintas, embora a elas equiparadas.

Se assim não fosse, bastaria que a intermediação criminosa de recursos de terceiros, por exemplo, fosse praticada sob o véu de uma administradora de consórcios para que a conduta não se enquadrasse no tipo penal. Evidentemente foi isto que o mencionado diploma legal quis impedir ao prever a equiparação.

Todavia, não se pode fazer mau uso do dispositivo, imputando, por exemplo, a prática de conduta criminosa às entidades que, não sendo instituições financeiras e não agindo como tal, celebrem contratos de mútuo com seus próprios recursos.

Em tais hipóteses não se pode “igualar” juridicamente pela simples razão de que as administradoras de consórcio não praticam nenhum ato que possa atentar contra o sistema financeiro nacional. A lei neste sentido é bastante clara: “equiparam-se, para os efeitos desta lei...”

Não havendo na conduta da administradora nada que diga respeito ao sistema financeiro nacional (diante da utilização de recursos próprios e não de terceiros) não há como se admitir a equiparação, prevista aliás exclusivamente para os efeitos da lei.

13. Por outro lado, não se pode “emparelhar” dois objetos que não tenham qualquer ponto em comum. Nesse sentido, se as administradoras utilizarem recursos de consorciados para efetuarem contratos de mútuo, poderão ser equiparadas às instituições financeiras pois terão com estas o fato em comum da utilização de bens de terceiros. Se, porém, não realizarem qualquer ato típico de intermediação financeira, jamais poderão ser equiparadas, mesmo que por ficção legal, às instituições financeiras.

C. Natureza jurídica da instituição financeira

14. A instituição financeira é um ente jurídico abstrato e coletivo cujo objetivo é lidar com os fluxos dos meios de pagamento, com moeda e crédito, especificamente.

Na precisa e técnica conceituação de John Downes e Jordan Elliot Goodman, o termo “instituição financeira” denomina, portanto, exclusivamente a entidade que “arrecada fundos do público para colocá-los em ativos financeiros como ações, títulos, instrumentos do mercado monetário, depósitos bancários ou empréstimos”.¹²

12. John Downes & Jordan Elliot Goodman, *Dictionary of finance and investment terms*, trad. Ana Rocha Tradutores Associados, S. Paulo, Nobel, 1993, p. 171.

Os referidos autores classificam as instituições em depositárias ou não depositárias. As primeiras pagam juros sobre os depósitos e investem os recursos deles decorrentes principalmente em empréstimos. São os bancos, instituições de crédito e poupança, bancos de poupança, cooperativas de crédito e poupança.

15. Sob outra perspectiva, as instituições não depositárias, representadas pelas companhias de seguro e planos de pensão, arrecadam recursos através da venda de apólices de seguro ou do recebimento de contribuições dos empregados e os desembolsam para satisfação dos benefícios estabelecidos.

A partir desses primeiros aspectos, já é possível concluir que as empresas dedicadas apenas à administração de consórcios não podem ser transformadas em instituições financeiras. Elas não se enquadram em nenhuma das feições das denominadas “financial institutions”, ou seja, não realizam depósitos em nome de terceiros, tampouco realizam a arrecadação de recursos. Limitam-se a zelar pelos recursos alheios a fim de adquirir bens no interesse dos consorciados. Não fazem intermediação, coleta ou depósito de recursos financeiros.

Nesta mesma linha de raciocínio, José Tadeu de Chiara conclui que: “instituição financeira é o ente jurídico destinado por seu substrato natural a atuar no mercado jurídico precipuamente com o objetivo de realizar operações financeiras, *i.e.*, contratos em que ambas as prestações se cumprem em moeda ou direitos de crédito”.¹³

A doutrina francesa chega inclusive a conceber as instituições financeiras como elementos de Direito público diante do grande espaço que o Estado ocupa na regulamentação de suas atividades.

13. “Instituições financeiras”, em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., 45/47.

Louis Troabas, Professor da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da Université de Aix Marseille, afirma: "Les institutions financières sont des institutions de droit public".¹⁴

Tal enfoque decorre logicamente do tipo de atuação de tais entidades que deve refletir necessariamente uma atuação efetiva no mercado financeiro, uma atividade que justifique a preocupação intervencionista do Estado.

Assim, fica absolutamente claro que onde não haja conduta de intermediação ou captação de recursos de terceiros não se poderá falar em instituição financeira. Consequentemente, também não haverá a necessidade nem mesmo legitimidade para uma regulamentação e preocupação estatais.

D. O tratamento legal e o sistema financeiro

16. Em nosso ordenamento jurídico, o conceito de instituição financeira veio expresso, como se viu, no art. 17 da Lei 4.595, de 31.12.64.

O texto legal não só é claro, como também especifica *numerus clausus* as práticas que levam à caracterização da atividade. São eles: a coleta, a intermediação e a aplicação de recursos financeiros, e ainda a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Por sua vez, o art. 18 do mesmo diploma estabelece que: "As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras".

Em outras palavras, a lei define expressamente o que seja instituição financeira, para logo em seguida subordinar tal atividade — e apenas ela — ao controle do Banco Central.

14. Louis Troabas, *Institutions Financières*, 4.^e édition, Paris, Dalloz, p. 3.

Tanto para os fins da lei que definiu o sistema financeiro no Brasil, como para os da lei penal que combate tal espécie de crimes, a atividade de instituição financeira envolve necessariamente alguma forma de intermediação de valores.

E. Caracterização da atividade da instituição financeira

17. Examinada a questão do ponto de vista legal, deve-se analisar a atividade da instituição financeira em seu aspecto material. Como já foi dito ela pode ser classificada em depositária e não depositária.

A primeira paga juros sobre os depósitos e investe os recursos deles decorrentes em empréstimos, principalmente. São os bancos e instituições de crédito e poupança.

Ao contrário, a instituição não depositária arrecada recursos e os emprega para a satisfação de benefícios a que se obrigara. Como exemplo pode-se citar a companhia de seguro e a empresa que trabalha com planos de pensão.

Contudo, pode-se afirmar que para que se configure a atividade de instituição financeira em qualquer uma de suas formas é necessário que se opere, na própria estrutura da instituição financeira, o fluxo de moeda e de crédito.¹⁵

Assim, são instituições financeiras típicas os bancos comerciais, os bancos de investimentos e todas as demais entidades que recebam moeda ou valores e realizem operações de crédito.

Tais instituições têm por fim a atuação efetiva no mercado financeiro, viabilizando o fluxo de moeda e de crédito.

15. José Tadeu de Chiara, "Instituições Financeiras", em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., 45/47.

F. A separação entre os recursos financeiros dos consorciados e os da empresa administradora

18. A tentativa de imputação de condutas típicas previstas na lei que define os chamados “crimes do colarinho branco”, só pode ser compreendida em face da confusão existente entre os recursos pertencentes aos grupos e aqueles de propriedade da própria administradora.

Neste sentido, faz-se imprescindível trazer o alerta já feito por Cândido Dinamarco: “Outro ponto, bastante recente, é o da pretendida assimilação integral das administradoras de consórcio no conceito de “instituições financeiras” para os fins jurídico-penais da Lei 7.492/86. Justamente, porque, não se tornaram ainda claros os contornos do instituto do consórcio e a posição dos grupos e das administradoras em tal contexto, presencia-se no momento uma investida contra os agentes dessas empresas. Pretende-se inclusive, sancionar criminalmente o manuseio de dinheiros pertencentes a elas, fruto das taxas de administração, como se constituísse malversação de recursos destinados aos consorciados. A gravidade da situação exige serenidade e muita reflexão. Principalmente reflexão dos responsáveis pela justiça neste país...”¹⁶

G. A orientação da jurisprudência

19. Cumpre ressaltar, neste aspecto, que inúmeros julgados já vem afastando o lamentável equívoco entre as atividades das empresas de consórcio e aquelas desempenhadas por instituição financeira.

A alienação fiduciária em garantia foi instituída pela Lei do Mercado de Capitais (Lei 4.728/65). Uma orientação já superada sustentava que tal garantia real

só poderia ser utilizada por instituições financeiras ou empresas a elas equiparadas. Consequentemente e durante muito tempo se negou às empresas de consórcio a possibilidade de utilização de tal garantia, afirmando-se que suas atividades não se equiparavam às das instituições financeiras. Hoje em dia já se entende que a alienação fiduciária em garantia pode ser utilizada por empresas não vinculadas ao mercado financeiro.

Todavia, a controvérsia serviu para afastar das atividades de consórcio qualquer identidade com a atividade das instituições financeiras.

Nessa linha se orientaram o 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo e o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, *verbis*: “Os contratos de alienação fiduciária são restritos às instituições financeiras e não se estendem aos consórcios”.¹⁷

E, mesmo após a edição da Lei 7.492/86, assim acordou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nas Apelações Cíveis ns. 276/87, de 8.5.87 e 2.669/88, de 29.9.88¹⁸.

Compreensão e âmbito de aplicação do art. 17 da Lei 7.492/86

A. O enunciado legal

20. O art. 17 da Lei 7.492/86 estabelece: “Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendente, a parentes na linha colateral até

17. 1.º TACivSP, Ap. 236.976, j. 1.11.77, RT 508/141; TAMG, Ap. 30.399, j. 8.9.87, DJE 23.12.88, *apud* Humberto Theodoro Junior, “Contrato de Consórcio”, RT 641/12.

18. Cf. Humberto Theodoro Junior, *op. e loc. cit.*

16. Ob. cit., p. XX.

o 2.º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas”.

E o art. 25 remetido, declara: “São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).”

21. O projeto que se converteu na Lei 7.492/86 incluía a expressão “e membros de conselhos estatutários”. Segundo as razões do veto, o texto original era de “abrangência extraordinária, institui uma espécie de responsabilidade solidária, inadmissível em matéria penal”.¹⁹

A intervenção do Poder Executivo demonstrou o empenho em restringir o alcance da norma incriminadora. A mesma orientação já fora adotada em relação ao art. 1.º do diploma em análise,²⁰ impedindo-se que a captação, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios pudesse caracterizar a atividade de instituição financeira para efeitos penais.

B. Os antecedentes legislativos

22. Além do modelo constante do art. 34, I e § 1.º da Lei 4.595/64 (ver a Nota de pé-de-página n. 10), a doutrina²¹ refere que tal incriminação já estava prevista em nosso sistema posto que o Código Penal previu figura semelhante ao tratar das fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedades por ações. Com efeito, reza o art. 177, § 1.º, inc. III: “incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a

economia popular: III — o diretor ou o gerente que toma empréstimo²² à sociedade ou usa,²³ em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral”.

Este aludido tipo de ilícito constitui a sanção penal da norma prevista pelo Dec.-lei 2.627, de 26.9.40 (Lei Orgânica das Sociedades por Ações) que, através do art. 119 e seu parágrafo único dispunham que “os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade” ou “tomar empréstimo à sociedade sem prévia autorização da assembléia geral”.

A propósito, reza o art. 153 da Lei 6.404, de 15.12.76, que dispõe sobre as sociedades por ações: “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.²⁴

Interpretando o inc. III do § 1.º do art. 177 do Código Penal, Nélson Hungria o considera como forma especial de exploração de prestígio por parte de diretores ou gerentes que, sem prévia autorização da assembléia geral, tomam empréstimo ou servem-se de bens ou

22. O empréstimo é o contrato pelo qual uma coisa é entregue com a obrigação de ser restituída em espécie e gênero. Compreende o comodato (Cód. Civil, art. 1.248) e o mútuo (Cód. Civil, art. 1.256).

23. O uso (do latim *usus*) é o ato ou efeito de usar, isto é, fruir, gozar, aproveitar alguma coisa. No sentido jurídico, que não discrepa do etimológico, o uso é geralmente traduzido pelo rendimento ou proveito auferido por alguém de alguma coisa.

24. A propósito, a Instrução 131, de 17.8.90, baixada pela Comissão de Valores Mobiliários, considerando falta grave e ensejando as penalidades previstas nos incs. III e VI do art. 11 da Lei 6.385, de 7.12.76, o descumprimento dos arts. 117 e seus parágrafos, 153, 154 e outros, da Lei 6.404/76.

19. Cf. a Mensagem n. 69, de 1987, n. 252/86, na origem.

20. Ver o item 9.

21. Ver Manoel Pedro Pimentel, *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, RT, SP, 1987, pp. 127 e ss.

haveres da sociedade, em proveito pessoal ou de outrem.²⁵

23. Conforme observou Jorge Medeiros da Silva, quando o empréstimo ou uso for cometido em prejuízo da sociedade por ações em geral, incide a regra do Código Penal; quando em instituições financeiras (que são sociedades anônimas) aplica-se a lei especial.²⁶

C. O objeto jurídico

24. O objeto jurídico do crime é o bem ou o interesse jurídico por ele ameaçado ou ofendido. Entende-se como bem jurídico (material ou imaterial) tudo o que é capaz de satisfazer as necessidades humanas, como a vida, a integridade corporal, a honra, o patrimônio, e é protegido pelo Direito. E por interesse compreende-se a importância que o homem atribui a um bem capaz de satisfazer as suas necessidades.²⁷

O ilícito em referência — bem como todos os demais previstos neste diploma — atenta contra o sistema financeiro nacional, como bem jurídico que é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (CF, art. 192).

Tratando-se de um crime de perigo presumido, que independe da efetiva produção de um dano materialmente avaliável, a ameaça de ofensa se dirige também a outros bens e interesses como a defesa do consumidor — que constitui um dos princípios gerais da atividade econômica (CF, art. 170, V) — a poupança popular e a fé pública. Em tal

sentido, pode-se afirmar que o delito é pluriofensivo e que se caracteriza por um concurso de bens jurídicos lesionados ou ameaçados de lesão.

25. No caso da consulta, inexistente a situação de perigo para o sistema financeiro nacional e os bens e interesses conexos por se tratar de mútuo com recursos próprios. Em consequência, desaparece a potencialidade do dano contra terceiros e o próprio sistema. E sem tal ameaça de prejuízo não há que se falar em conduta penalmente relevante.

D. O sujeito ativo

26. Trata-se de crime próprio ou especial ou seja, aquela modalidade de ilícito que somente poderá ser cometida por pessoa que tenha uma particular condição ou qualidade para agir (funcionário público, militar, advogado etc.). Na espécie, somente poderão cumprir o verbo referido pelo artigo as pessoas mencionadas no art. 25, ou seja, o controlador e os administradores da instituição financeira, assim considerados os diretores e os gerentes.

E. O sujeito passivo

27. O sujeito passivo primário é o Estado, como ente político de representação da comunidade e responsável pelo prestígio e eficiência do sistema financeiro nacional. Como sujeitos passivos secundários estão os integrantes da comunidade de um modo geral na medida em que podem sofrer ou sofrem efetivamente as consequências danosas dos atos ofensivos à normalidade do sistema financeiro. Caracteriza-se, em tal hipótese, o que a doutrina chama de “vítimas não especialmente designadas”.

28. No caso da consulta, inexistem tais sujeitos passivos, tanto sob o aspecto primário como secundário. O mútuo entre empresas do mesmo grupo, feito com recursos próprios, não caracteriza

25. “Comentários ao Código Penal”, Revista Forense, VII/289, RJ, 1958.

26. *Direito Penal Especial*, RT, 1981, SP, p. 11. Editada antes da Lei 7.492/86, esta obra refere como norma incriminadora especial a prevista no art. 34 da Lei 4.595/64.

27. Aníbal Bruno, *Direito Penal — Parte Geral*, Forense, RJ, 1967, t. 2.º, p. 212.

o tipo de ilícito em exame. Não há que se falar em vítimas ou ofendidos, nem mesmo no sentido potencial.

F. O tipo objetivo

29. Com a elegância de estilo e a correção de científica que lhes são características, o mestre Aníbal Bruno ensina que o tipo “é o conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal, ou, para dizermos com Beling a imagem reguladora (*Leitbild*), à qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime. Tipicidade é essa conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal”.²⁸

Assis Toledo, o coordenador dos trabalhos de reforma da Parte Geral do Código Penal, doutrina com precisão técnica que o tipo é “um modelo abstrato de comportamento proibido. É, em outras palavras, descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”.²⁹

30. O princípio da tipicidade constitui um corolário lógico do princípio da legalidade dos delitos e das penas, constitucionalmente instituído como direito e garantia individual.

Na hipótese em análise o princípio se torna exigível não somente à luz das coordenadas de Direito Criminal, segundo o art. 5.º, XXXIX da Constituição e art. 1.º do Código Penal, mas também sob o regime de garantias estabelecido pelo complexo normativo do Direito Tributário. O princípio da reserva absoluta da lei, que rege o direito público

restritivo — isto é, aqueles ramos do direito público que impliquem restrição da liberdade ou de direitos, como o direito tributário e sancionatório, em geral. A tipicidade cerrada, a estrita legalidade e a reserva absoluta da lei formal não possibilitam o alargamento do conteúdo da dicção normativa além de seus expressos limites até mesmo por força do princípio da legalidade exposto no art. 5.º, inc. II, da atual Constituição ou no art. 153, § 2.º, da EC 1/69, ambos assim redigidos: “II. ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; § 2.º. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

31. A “tipicidade cerrada” tem como correspondente no campo do Direito Penal o princípio da taxatividade³⁰ que se opõe ao abuso das normas penais em branco bem como à interpretação extensiva e à aplicação analógica em se tratando de normas incriminadoras. Salienta Rodriguez Devesa que a opinião dominante rechaça a teoria dos tipos penais abertos “porque el tipo del injusto ha de ser siempre *cerrado*, en el sentido de que ha de contener *todas* las características determinantes del injusto”.³¹ Para a submissão da conduta humana ao tipo penal de ilícito não valem as franquias legais estabelecidas

30. A doutrina esclarece que enquanto o princípio da reserva legal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, a fim de se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. (Cf. Ferrando Mantovani, *Diritto penale — Parte generale*, CEDAM, Pádua, 1979, pp. 95 e ss.).

31. José Maria Rodriguez Devesa, *Derecho Penal Español — Parte General*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 422/423. (Grifos do original).

28. Ob. e loc. cit.

29. Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de Direitos Penal*, Saraiva, SP, 1991, p. 127.

pelos arts. 126 do Código de Processo Civil³² e 3.º do Código de Processo Penal.³³

32. A exigência da tipicidade, ou seja, da adequação entre o fato humano e o modelo legal, constitui uma das missões de garantia do Direito Penal, consagrada na fórmula romana: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. Esta é a enfática proclamação de segurança gravada na Constituição e no primeiro artigo do Código Penal e acolhida pela doutrina e pela jurisprudência como princípio de legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva (ou anterioridade) da lei penal.

O princípio da legalidade e o seu corolário lógico, o princípio da taxatividade, são incompatíveis com a analogia e a interpretação extensiva, sempre que em função de uma ou outra se pretenda caracterizar um ilícito penal ou impor uma sanção correspondente. É oportuna, mais uma vez, a invocação do magistério de Aníbal Bruno ao enfatizar que “o Direito punitivo é a lei escrita, circunscrito aos fatos que, dentro dos limites da interpretação, ela compreende. Não pode ser integrado nas suas lacunas pelo suprimimento da analogia.”³⁴ Quanto à interpretação, vale recordar o mais destacado redator do Código Penal de 1940, Nélson Hungria, quando nos diz que “a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário.”³⁵

32. “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

33. “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

34. Ob. cit., t. 1.º, p. 222.

35. *Comentários ao Código Penal*, Forense, RJ, 1958, v. I, t. I, p. 86.

33. Na lição de Damásio de Jesus, “o crime, sob o aspecto jurídico-formal, apresenta-se com as características do fato típico e da antijuridicidade. O primeiro requisito, é, pois, o *fato típico*, que consiste no fato que se enquadra no conjunto de elementos descritivos do delito contidos na lei penal”.³⁶

Embora consagrada pela doutrina e pela jurisprudência, a expressão antijuridicidade vem sendo substituída, por autores contemporâneos, por ilicitude³⁷ posto revelar melhor adequação técnica. Esta foi a orientação adotada pela reforma instituída com a Lei 7.209, de 11.7.84, que, ao dar nova redação à Parte Geral do Código Penal, utilizou a expressão ilicitude ao tratar de causas de isenção de pena e de exclusão de crime (arts. 21, 32, 26, *caput* e parágrafo único e 28, parágrafos).

34. Como é curial, o art. 17 da Lei 7.492/86 só alcança operações de mútuo tomadas ou recebidas por administradoras de consórcio apenas e quando estas emprestarem recursos de consorciados (terceiros para efeitos da lei). Se os agentes da administradora aplicar em recursos próprios, como os decorrentes da taxa de administração, jamais incorrerão na conduta típica.

Esta conclusão tem “a clareza de sol mediterrâneo” para usar uma saborosa imagem de Nélson Hungria.

G. O objeto material

35. O objeto material do delito é a pessoa ou a coisa sobre a qual recai o comportamento ofensivo do autor. Relativamente ao homicídio, será a pessoa humana que sofre a conduta (ação ou omissão) causadora do evento típico enquanto que no furto é a coisa subtraída.

36. *Direito Penal — Parte Geral*, Saraiva, SP, 1991, 1.º/197. (Grifos do original).

37. Por todos, Francisco de Assis Toledo, ob. cit., pp. 159 e ss.

da pelo delinqüente. Conforme a síntese de Aníbal Bruno, o objeto material é a coisa ou pessoa, em suma, "que está contida na descrição legal do tipo. Seria preferível chamá-lo, à maneira dos alemães, *objeto da ação*".³⁸

36. O objeto material do ilícito previsto no *caput* do art. 17, da Lei 7.492/86, é o empréstimo ou o adiantamento. Quanto ao inc. I do mesmo dispositivo, tanto poderá ser o adiantamento de honorários, bem como a remuneração, o salário ou, ainda, qualquer outro pagamento nas condições referidas pelo *caput*. E relativamente ao inc. II, o objeto material é o lucro cuja distribuição é promovida de forma disfarçada.

Para os efeitos da Consulta, o objeto material a ser considerado é o empréstimo sob a modalidade de mútuo de dinheiro (Cód. Civil, arts. 1.256/1.264), a ser feito pelos diretores e demais agentes das administradoras de consórcios a empresas do mesmo grupo.

A mais detida análise em torno do tema é dispensável, porquanto a leitura do art. 17 deve ser feita em harmonia com o art. 1.º da lei de regência 7.492/86. E esta norma define a instituição financeira como a pessoa jurídica que capta, intermedia ou aplica recursos financeiros de terceiros, bem como a que custodia, emite, distribui, negocia, intermedeia ou administra valores mobiliários. Assim sendo, o empréstimo de dinheiro pertencente à administradora não pode ser considerado como objeto material do delito em análise.

H. O tipo subjetivo

37. O tipo subjetivo é o dolo, isto é, a vontade consciente e livre de realizar qualquer uma das ações previstas (tomar ou receber empréstimo ou adiantamento) querendo o resultado de perigo ou

dano para o sistema financeiro nacional e os bens jurídicos conexos.

O erro de tipo (CP, art. 20), ou seja, a errônea compreensão, de caráter essencial, a respeito de algum dos elementos que compõem a norma incriminadora, exclui o dolo. O agente supõe realidade distinta da que efetivamente existe. Ao erro equipara-se a ignorância, ou seja, a ausência de representação sobre elemento típico. Assim, por exemplo, se o diretor ou gerente da administradora de consórcio tomar ou receber empréstimo de empresa do mesmo grupo, praticado com recursos de terceiros, porém supondo que os recursos sejam próprios, não comete a infração. A dúvida não justifica a incriminação. O princípio *in dubio pro reo*, normalmente aplicável no campo da prova, isto é, dos aspectos factuais, e geralmente para ditar a absolvição, também incide no quadro da aplicação do Direito quando houver dúvida sobre qual a norma jurídico-penal que deve regular o caso concreto.

38. A modalidade culposa é de impossível punição jurídico-penal. Com efeito, além de exigir previsão específica (cf. o parágrafo único do art. 18 do CP), o projeto que se converteu na Lei 7.492/86 teve vetada a norma que institua uma forma geral de punição a título de culpa.³⁹

I. A culpabilidade

39. O princípio da culpabilidade se extrai do direito positivo, como se poderá ver pelos arts. 19, 29 e 121, § 4.º do Código Penal e se manifesta em outros dispositivos referentes ao crime e à pena (arts. 20 e § 1.º, 21, 22, 26 e parágrafo

39. Assim declarava o dispositivo vetado: "Art. 24. Se qualquer dos crimes de que trata esta lei é cometido sob a forma culposa, reduz-se a pena privativa de liberdade em 1/3 (um terço)."

38. Ob. cit., t. II, p. 211 (Grifos meus).

único, 27, 28, §§ 1.º e 2.º, 29 e parágrafos).

Em síntese muito apropriada Jescheck ensina que a culpabilidade é “reprochabilidad de la formación de la voluntad”.⁴⁰ Para o prestigiado escritor a culpabilidade significa que devem ser valorados negativamente os motivos que guiaram o autor na formação de sua vontade devendo, por isso, ser reprovado o fato.⁴¹

40. A culpabilidade jurídico penal tem como elementos: a imputabilidade, a consciência (real ou potencial) da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

Na espécie, pelos elementos da Consulta, não há que se falar em consciência da ilicitude da conduta de quem possa agir de maneira transparente na atividade de tomar ou receber empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo às pessoas mencionadas no art. 17 da Lei 7.492/86, de recursos financeiros próprios.

O crime, como fenômeno de desvalor social não pode ser identificado somente em função de aspectos formais a que conduz a observação literal e estreita de uma norma penal. Antes de mais nada, o crime é a mais grave violação dos valores, dos bens e dos interesses juridicamente protegidos.

41. Sob outro aspecto, não há que se falar em reprovação social da conduta posto que a livre disposição dos recursos próprios é uma das conquistas individuais em um Estado Democrático de Direito que garante o uso, o gozo e a disposição do patrimônio.

É óbvio que o juízo de reprovabilidade penal da conduta humana deve estar suficientemente embasado em paradigmas éticos, sociais, políticos,

econômicos e culturais sob pena de se transformar o Direito Penal em depósito infinito de ilicitudes formais ou numa espécie de banco de dados para prover as ameaças do estado-administração sempre que a política de Governo queira lançar mão da pena criminal para intimidar os dissidentes ou rebeldes aos seus programas de ação. Este impulso incontrolável de criminalização tem se caracterizado nos últimos anos nas áreas do Direito Econômico e de suas disciplinas satélites financeiras e tributárias.

42. O erro de proibição (CP, art. 21) exclui a culpabilidade e, por consequência, a punição da conduta. Se o agente ignora a criminalidade do fato, isto é, atua com erro inevitável em torno da ilicitude do comportamento, estará isento de pena.

Tal hipótese é perfeitamente assimilável no campo das incriminações do Direito Penal Econômico em face do caráter extremamente fracionado do sistema, da flutuação dos elementos normativos dos tipos e da inflação legislativa.

J. Outros aspectos

43. Outros aspectos referentes à economia do delito em análise como, por exemplo, a consumação e a tentativa, a sanção etc., não carecem de análise posto não se relacionarem com o objeto da Consulta.

O princípio da intervenção mínima

44. Segundo clássica lição da doutrina, que merece apoio do legislador e do intérprete, o Estado somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito. São muito apropriadas e atuais as palavras do eminente e panteado Min. Nelson Hungria: “Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para

40. Hans-Henrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad. de S. Mir Puig e Muñoz Conde, Bosch, Casa Editorial S. A., Barcelona, 1981, 1.º/559.

41. Ob. e loc. citis.

a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal".⁴²

No mesmo sentido e mais recentemente, o jurista português Souza e Brito salienta que, traduzindo-se a pena em restrições ou sacrifícios importantes dos direitos fundamentais do acusado, cujo respeito é uma das finalidades essenciais do Estado, é indispensável que tal sacrifício seja necessário à paz e conservação sociais, isto é, à própria defesa dos direitos e das liberdades e garantias em geral, que constituem a base do Estado. E arremata: "É este o princípio da necessidade ou da máxima restrição das penas e das medidas de segurança (art. 18.º, ns. 2 e 3), que está ligado ao princípio da legalidade (art. 29.º), e ao princípio da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal, como garantia da máxima objectividade e do mínimo abuso".⁴³

45. Em face do desenvolvimento econômico das sociedades contemporâneas, o Direito Administrativo-Penal ingressa vigorosamente nas pautas de vida dos governos e dos jurisdicionados. Para tanto, existem dois fatores essenciais: de um lado, a intervenção estatal nos domínios da previdência social e dos interesses coletivos e difusos, exigindo a multiplicação de leis, regulamentos e demais atos normativos; de

outro, os movimentos de descriminalização e despenalização que tendem a excluir do âmbito tradicional do Direito Penal as infrações de menor potencial ofensivo ou que possam ser melhor combatidas por outros ramos jurídicos em atenção ao princípio de intervenção mínima.

Sob outro aspecto, é inegável reconhecer a existência da inflação legislativa também nos domínios do Direito Criminal propriamente dito, na medida em que o Estado se aproveita do poder e dos mecanismos de comunicação de massa para tentar reverter o difuso e profundo sentimento de insegurança que alimenta o cotidiano das médias e grandes cidades. Em tais momentos a propaganda da lei penal como instrumento de exemplaridade tem sido constante, como se a prevenção e a repressão do crime pudessem ser atendidas somente através da lei que é, apenas, um dos mecanismos das instâncias formais, ao lado da Polícia, do Ministério Público, da Magistratura e das instituições e estabelecimentos penas e penitenciários.

Para corrigir tal publicidade enganosa o generoso princípio da intervenção mínima constitui um necessário e firme roteiro que se dirige não apenas ao legislador mas também ao intérprete e ao aplicador da lei, principalmente quando já existe uma grande variedade de normas penais por equiparação as quais constituem uma das faces dos tipos penais abertos.

O aludido princípio, portanto, se coloca como a providencial terceira via entre dois movimentos radicalizantes: o movimento de lei e de ordem que traduz um recrudescimento da violência institucionalizada na prevenção e repressão dos delitos, apelando para as penas corporais e infamantes através do discurso do crime e o movimento abolicionista que prega a mudança do sistema penal de feição ortodoxa por outro e revolucionário "sistema" que

42. *Comentários ao Código Penal*, cit., VII/178.

43. José de Souza e Brito, "A Lei Penal na Constituição", artigo publicado na coletânea *Estudos sobre a Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, 2.º/200.

não apenas substitui os atores nas instâncias formais de combate ao delito (policiais, promotores, juízes, advogados, serventuários), mas propõe a eliminação do próprio Direito Penal.

Por tudo isso não é demasiado afirmar que a garantia da melhor qualidade de vida, da maior participação das pessoas no mercado de trabalho e da integração em múltiplas atividades sociais, exige a redução, ao máximo, das hipóteses de intervenção do Estado.

E relativamente aos quadros do Direito Penal, impõe não apenas a diminuição do poder legiferante como também e necessariamente uma visão moderada e justa do intérprete que, no empenho de proteger a comunidade não estimule a abertura dos tipos penais para fechar as portas da liberdade e da segurança.

Respostas aos quesitos

46. Diante do exposto, podem ser indicadas as conclusões e respostas adiante:

1.º A natureza jurídica e as relações entre o Consórcio e a empresa Admi-

nistradora de consórcios estão tratadas, especificamente, nos itens 1 a 8;

2.º A identificação e a aplicação do patrimônio dos grupos de Consórcio e da empresa Administradora de consórcios foram analisadas nos itens 5 a 8 e 18, entre outros;

3.º O conceito jurídico-penal de Instituição Financeira e o seu alcance em matéria de incriminação foram examinados nos itens 9 a 17 e 20 a 23, entre outros;

4.º Ver itens 20 a 38;

5.º Ver itens 39 a 43;

6.º Não, conforme justificação no curso do Parecer;

7.º Não. O simples mútuo de dinheiro entre empresas não financeiras não realiza o tipo do art. 17 da Lei 7.492/86. O empréstimo de recursos próprios não caracteriza atividade típica de instituição financeira ou de empresas a ela equiparadas segundo o inc. I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 7.492/86.

8.º Não. A atividade assim descrita é penalmente atípica em relação a todo o sistema jurídico-penal.

Este é o meu parecer, SMJ.

Curitiba, 25 de agosto de 1994.