

O Risco Proibido e Sua Relevância no Crime de Desvio de Finalidade de Financiamento

Jenifer da Silva Moraes*

Introdução. 1 Desvio de finalidade: problemas e caminhos de solução por meio da dogmática. 1.1 A teoria da imputação objetiva. 2 A dinâmica do crédito no mercado financeiro. 3 A imputação típica no crime de desvio de finalidade. Conclusão. Referências.

Resumo

Pretende-se, por meio do presente trabalho, analisar a possibilidade de utilização de normas oriundas do Sistema Financeiro Nacional, de forma a limitar o espectro punitivo do crime previsto no artigo 20 da Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. Para tanto, serão utilizados os métodos bibliográfico e dedutivo, para análise dos postulados referentes à teoria da imputação objetiva em sede penal, sendo analisadas as normas que regulam a dinâmica do mercado de crédito no sistema financeiro, com enfoque no critério de gerenciamento de risco utilizado pelas instituições financeiras para que, então, se conclua pela possibilidade de harmonização do tipo com os princípios violados por sua imprecisa redação legal.

Palavras-chave: Direito penal. Direito penal financeiro. Imputação objetiva. Desvio de finalidade de financiamento.

* Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Pós-graduada em Direito Penal – Parte Geral pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Coordenadora adjunta do departamento de pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Professora de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Nove de Julho. Pesquisadora voluntária da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Advogada.

The prohibited risk and its relevance in the crime of misuse of funding purpose

Abstract

The aim of this work is to analyze the possibility of using rules from the National Financial System in order to limit the punitive spectrum of crime provided for in article 20 of law 7492/86. To this end, bibliographic and deductive methods will be used, through the analysis of postulates referring to the Theory of Objective Imputation in criminal law, analyzing the rules that regulate the dynamics of the Credit market in the Financial System, focusing on the risk management criterion used by financial institutions so that, then, the possibility of harmonizing the type with the principles violated by its imprecise legal wording can be concluded.

Keywords: *Criminal Law. Financial Criminal Law. Objective imputation. Deviation from Funding Purpose.*

Introdução

Desde a entrada em vigor da lei de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN), inexistiu uma harmonização entre o restante do ordenamento jurídico e os institutos criados por referido instrumento normativo. Muitos dos preceitos incriminadores inseridos na Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, são dotados de redação legal imprecisa, majoração excessiva nas penas cominadas e apresentam violações a princípios basilares do Direito Penal.

O crime previsto no artigo 20 da Lei 7.492/1986 exemplifica justamente uma dessas hipóteses. Apesar de se caracterizar como o crime financeiro de maior incidência no período de 1966 a dezembro de 2015,¹ segundo levantamento realizado pelo Banco Central do Brasil (BC), não há, até hoje, uniformidade de aplicação no tocante a muitas variáveis que dizem respeito ao instituto, o que leva a uma inafastável insegurança jurídica quanto à sua aplicação.

Diante da imprecisa redação legal, que não permite uma esmerada delimitação da norma proibitiva, caberia ao âmbito jurisprudencial limitar sua aplicação de forma a minimizar os riscos advindos da sua formulação legal. Uma vez que a aplicação jurisprudencial não permite referida limitação e, ademais, permite a imputação a condutas que se mostram inofensivas, necessária se faz a utilização da dogmática de modo a determinar o alcance de referido tipo penal.

Justamente porque os postulados finalistas não encontram uma compatibilização suficiente entre a admissão do risco que é inerente a qualquer transação econômica e a tutela de bens jurídicos que devem ser protegidos de eventuais ofensas, a investigação do presente trabalho recairá sobre os postulados da doutrina funcionalista. Será utilizada a teoria da imputação objetiva como ferramenta voltada à delimitação do âmbito do risco permitido.

Para tanto, será feita, primeiramente, uma análise da aplicação jurisprudencial dada ao crime nos moldes atuais, a abordagem de três principais concepções da teoria da imputação objetiva e o estudo das principais normas que regem o mercado de crédito para, então, se proceder a uma possível delimitação do risco permitido segundo a dinâmica do sistema financeiro.

¹ Consulta realizada pelo link https://www.bcb.gov.br/Pre/crimes/Quadro_maiores_incidentes.pdf.

1 Desvio de finalidade: problemas e caminhos de solução por meio da dogmática

Diante do estabelecimento do crime de colarinho branco como o novo alvo do Direito Penal, e como resultado da descuidadosa criação legislativa oriunda do interesse em oferecer uma resposta imediata à ameaça, é que, em 1986, promulgou-se a Lei 7.492, fruto do Projeto de Lei do Senado 273 que, por sua vez, fora redigido não por juristas, mas por economistas, atendendo à solicitação formulada pelo BC.² Devido à falta de tecnicismo na redação legal e à desproporção na cominação de penas, a formulação de diversos dos tipos criados resultou em recorrente desrespeito a princípios constitucionais, como a legalidade e, até mesmo, a proporcionalidade.

O tipo previsto no artigo 20 da respectiva lei, qual seja, o crime de desvio de finalidade de financiamento, enquadra-se justamente em uma dessas situações. Devido à amplitude interpretativa acarretada pela utilização de expressões vagas, aumentou-se a possibilidade do enquadramento de condutas que não necessariamente devem ser objeto de tutela do Direito Penal. Isso porque a redação prevista no tipo penal faz alusão a “Aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato, recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo”.

Adotando-se uma leitura esvaziada do tipo penal, nota-se que o principal problema da descrição utilizada pelo legislador reside na impossibilidade de diferenciação conceitual entre um ilícito que, em essência, seria objeto de tutela do Direito Penal, isto é, a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, do ilícito combatido suficientemente pela esfera cível, qual seja, o mero inadimplemento contratual.

A conduta de aplicar valores obtidos com a celebração de um contrato em outra finalidade senão à estabelecida constitui-se, como regra, em lide de caráter civil, sujeita somente à indenização. Cabia ao legislador a inserção de um dado referencial, de modo a limitar a tipicidade a eventos que, justificadamente, apresentem um risco ao SFN, cuja tutela é o bem jurídico mediato da respectiva lei.

Desde a quebra paradigmática perpetrada pela obra de Claus Roxin em relação à forma como a teoria deve ser interpretada, sabe-se que o escopo do Direito Penal é majoritariamente tido como a proteção subsidiária de bens jurídicos, sendo a política criminal utilizada como fundamento legitimador da aplicação da dogmática penal.³ Sendo assim, não se pode permitir a manutenção de norma incriminatória dentro da *ultima ratio* do ordenamento que não satisfaça o critério de subsidiariedade, implicando a punição de condutas que sequer representam uma potencial ofensa ao bem jurídico eleito.

Como ressaltado, diante da incapacidade do legislador em estabelecer um limite conceitual sobre a abrangência do tipo, caberia ao âmbito jurisprudencial restringir uma aplicação da legislação de acordo com uma interpretação teleológica do ordenamento jurídico. O entendimento exarado pelos tribunais federais do país, entretanto, não proporciona um aumento da segurança jurídica. A observação de decisões proferidas indica uma desatenção aos problemas intrínsecos à formulação do preceito incriminatório, sobretudo pelo afastamento de institutos constituintes do Direito Penal, tais como a insignificância.

A exemplo do que se pretende demonstrar, em decisão proferida em agosto de 2016, entendeu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ante a impossibilidade de aferição, acerca da insignificância de uma determinada conduta pelo simples argumento de que o bem jurídico tutelado pela norma penal seria mais abrangente que seu aspecto financeiro:

² PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pp. 11-12.

³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 51-52.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 20 DA LEI Nº 7.492/86. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. É inaplicável

o princípio da insignificância ao crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.492/86, por se tratar de delito em que o bem jurídico tutelado pela norma penal é bem mais abrangente que seu aspecto financeiro. 2. Na hipótese, o desvio de finalidade na aplicação de recursos obtidos com financiamento que tem origem no Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, que tem como objetivo fomentar o desenvolvimento econômico e social da região, causa forte impacto na coletividade local, não podendo a conduta ser considerada irrelevante apenas com base no valor do empréstimo. 3. Recurso em sentido estrito a que se dá provimento, para receber a denúncia e determinar o retorno dos autos à origem. (RSE 0007048-28.2013.4.01.3900 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL IRAN ESMERALDO LEITE (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 de 12/08/2016)

Não obstante, descarta-se a consideração sobre qual seria o destino dos recursos teoricamente aplicados em outra finalidade, bem como a consideração acerca do perigo ocasionado pela conduta praticada.

A exemplo, em acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, desconsiderou-se a aferição sobre o prejuízo ou sua potencial existência pelo simples argumento que o crime de natureza formal afasta a necessidade de sua verificação:

PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. ARTIGO 20 DA LEI 7492/86. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. CONJUNTO PROBATÓRIO. CRIME FORMAL. DESNECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MANTIDA. PENA DE MULTA REDUZIDA DE OFÍCIO. RECURSO DO RÉU IMPROVIDO.

1. Os réus foram denunciados como incurso nas sanções do artigo 20 da Lei 7492/86, por aplicarem recursos obtidos mediante financiamento concedido pelo Banco do Brasil em finalidade diversa da prevista no contrato.
2. Materialidade e autoria demonstradas.
3. O cotejo das provas carreadas nos autos mostra de forma segura que a ré praticou o delito, ficando demonstrado o efetivo dolo de obter financiamento de instituição financeira oficial para fim diverso do contratado.
4. A transação envolvendo os créditos obtidos perante o banco é irrelevante para afastar a configuração do delito, pois o crime em questão é formal, independe de prejuízo. A tutela penal busca proteger a credibilidade do mercado financeiro, das instituições e dos investidores. Com o desvio de recursos provenientes do financiamento, a política de controle de gastos públicos estaria comprometida.
5. Pena privativa de liberdade mantida. Pena devidamente fundamentada. Ausência de nulidade. De ofício, reduzida a pena de multa.
6. Apelação dos réus a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, 0003585-88.1997.4.03.6000, Rel. DES. FEDERAL VESNA KOLMAR, julgado em 20/09/2011, DATA:27/09/2011)

Assim, frente a esses problemas, a dificuldade dos postulados finalistas e considerando que o funcionalismo se permeia por uma visão sistêmica do Direito Penal e proporciona uma aproximação teleológica entre a lei e a realidade, utilizando a avaliação do risco como critério limitador do tipo, proceder-se-á, na presente investigação, pela utilização da teoria da imputação objetiva, de forma a restringir a aplicação da lei e adequá-la às reais necessidades da tutela penal.

1.1 A teoria da imputação objetiva

Ao longo de sua propagação, após meados da década de 1970, a ideia de imputação objetiva possuiu diversas roupagens, sendo o critério do risco utilizado como denominador comum das construções. Dentre os autores alemães cuja teoria obteve destaque, elevam-se Wolfgang Frisch, Claus Roxin e Gunther Jakobs.

A Teoria de Claus Roxin parte de uma intromissão da política criminal na teoria do delito. Seu modelo teórico pressupõe uma construção teleológica do conceito de crime, voltada ao alcance da opção político-criminal intentada pelo legislador. No que concerne à etapa da tipicidade, optou o autor pela inserção de um elemento adicional no juízo objetivo do tipo: a imputação objetiva do resultado.

Nos moldes idealizados por Roxin, anteriormente à verificação de eventual tipicidade subjetiva, deve-se aferir se o agente criou ou incrementou um risco proibido. Em uma segunda etapa analítica, tendo o agente criado ou incrementado um risco tido como proibido pelo ordenamento, recai a averiguação sobre o alcance do tipo penal.⁴

No tocante ao conceito de risco permitido, pressupõe-se como permitida uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que, de um modo geral (independentemente do caso concreto),⁵ é aceita pelo restante do ordenamento jurídico. Tal aceitação pressupõe uma regulamentação normativa ou o amparo consuetudinário e histórico de sua aceitação.

Em oposição à concepção de Roxin, Gunther Jakobs constrói sua teoria adotando a função do Direito Penal como a proteção da vigência da norma, e rechaça a ideia de proteção subsidiária de bens jurídicos. Critica a sistematização adotada por aquele autor e utiliza como plano de fundo os fundamentos extraídos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Para a elaboração de seu raciocínio, pressupõe a liberdade de comportamento do indivíduo e, conseqüentemente, de sua responsabilidade pelas conseqüências acarretadas por suas ações.⁶ Defende que o Direito Penal tem por única função afirmar a vigência da norma, no sentido de que o crime se daria somente em razão da lesão de sua vigência.⁷ Jakobs também adota uma teoria da imputação, mas considera como ação típica a violação de um papel social do ponto de vista objetivo. Em outras palavras, considera a tipicidade como sendo a realização de um risco proibido fora das expectativas do papel social exercido pelo autor.

Em sua concepção, a determinação da permissibilidade do risco dá-se como uma determinada conduta que não frustra expectativas, ou porque sua aceitação é necessária, ou porque é comum para a manutenção da possibilidade do contrato social. Afirma que, em determinadas situações,

4 ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 104.

5 ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas, 1997, p. 371.

6 MARTINELLI, João Paulo Orsini. Imputação Objetiva e Código Penal Brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas? *In: Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo, p. 209.

7 OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, PAZ, Miguel Ángel Núñez, OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral. Princípios fundamentais e sistema*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 59-61

prescinde-se de uma regulamentação jurídica para delimitar a permissibilidade de riscos, pois, igualmente, pode-se alcançar a segurança almejada mediante a utilização de outras vias ou instrumentos reguladores.⁸

Wolfgang Frisch, em construção diametralmente oposta à dos autores acima, determina sua teoria do comportamento típico pela teoria das normas, dividindo-a em dois planos: o primeiro, constitucional, onde são estudadas as necessidades de intervenção estatal no direito de liberdade; e o segundo, jurídico-penal, onde será cogitada a reprovação social merecedora de sanção penal, orientada pelo princípio da proporcionalidade.⁹

Segundo o autor, teria a doutrina dominante priorizado a imputação de resultados, esquecendo-se de que seu pressuposto seria o comportamento proibido praticado pelo autor, ou seja, a conduta típica. Assevera que determinados pressupostos manejados pela teoria da imputação não seriam propriamente seus pressupostos porquanto afetariam um círculo de problemas anteriores¹⁰ e, portanto, entende que a criação desaprovada do perigo unido à conduta seria em realidade uma conduta proibida. No tocante à análise de eventual risco permitido, subdivide as condutas possíveis em três grupos: em condutas reguladas pré-jurídico-penalmente, regulamentadas pré-juridicamente e ainda não reguladas explicitamente.¹¹

Diante disso, pondera que as normas, diretrizes, recomendações etc. possibilitam a fundamentação do juiz sobre a previsibilidade, uma vez que a conduta desaprovada requereria um juízo normativo adicional, consubstanciado na exigência de uma ponderação do autor sobre evitar o perigo criado por sua ação.¹²

A construção aqui proposta **não se filiará integralmente às construções acima identificadas**, mas considerará que a imputação da conduta ao tipo objetivo pressupõe, em primeiro lugar, **a ultrapassagem do nível de permissibilidade do risco** (nível este estabelecido com base no caso concreto, *a priori*, e considerando o regramento administrativo adjacente ao segmento do mercado em discussão¹³) e, em segundo lugar, **uma avaliação sobre a relevância do risco criado em relação à ofensa ocasionada ao bem jurídico**, esta sim *a posteriori* e também em relação ao caso concreto, considerando sobretudo o nível de previsibilidade do sujeito ativo e a confiança na não produção do resultado.

Partindo-se então, do pressuposto que o bem jurídico tutelado tem natureza dinâmica e, na específica hipótese do art. 20, geralmente o objeto de tutela imediato é o mercado de crédito e mediato o SFN,¹⁴ passaremos a identificar os parâmetros pelos quais a ultrapassagem do âmbito de permissibilidade do risco pode ser aferida, especialmente em relação à referência administrativa que orienta o funcionamento do mercado (ofensa ao mercado de crédito), para que então possamos analisar a relevância do risco criado (ofensa ao SFN).

8 JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 290.

9 ARTINELLI, João Paulo Orsini. Imputação Objetiva e Código Penal Brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas? *In: Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo, p. 209.

10 MARTINELLI, João Paulo Orsini. Imputação Objetiva e Código Penal Brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas? *In: Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo, p. 209.

11 FRISCH, Wolfgang. *Desvalorar e imputar*. 1. ed. Barcelona: Atelier, 2004, p. 58.

12 FRISCH, Wolfgang. *Desvalorar e imputar*. 1. ed. Barcelona: Atelier, 2004, pp. 119-120.

13 Sobre a utilização das normas administrativas como ferramenta de identificação da permissibilidade do risco, ressaltamos que “a adoção de critérios oriundos de instâncias normativas extrajurídicas não implica em uma mera administrativa do Direito Penal, a medida em que existem vetores que atuam após o juízo sobre o risco criado pelo agente que competem única e exclusivamente ao âmbito penal de avaliação”. MORAES, Jenifer da Silva. *Imputação objetiva nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: parâmetros de identificação do risco permitido segundo as diretrizes do mercado financeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

14 Neste sentido: MORAES, Jenifer da Silva. *Imputação objetiva nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: parâmetros de identificação do risco permitido segundo as diretrizes do mercado financeiro*. 2020. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

2 A dinâmica do crédito no mercado financeiro

Na construção aqui desenvolvida, considerando-se o bem jurídico imediato como o mercado de crédito, para que se proceda à delimitação do risco permitido no crime de desvio de finalidade de financiamento, faz-se necessária a observância dos regimentos que dão forma ao SFN, com enfoque no processo de concessão de crédito realizado por intermédio de um contrato de financiamento. A partir da análise das relações mercantis efetivadas no setor financeiro, é possível estabelecer um critério restritivo (legalmente ou consuetudinariamente) para determinar o que, na realidade, deve ser considerado como objeto de tutela do Direito Penal.

Segundo Cardim *et al.*,¹⁵ o sistema financeiro pode ser definido como “o conjunto de mercados financeiros existentes numa dada economia, pelas instituições financeiras participantes e suas inter-relações e pelas regras de participação e intervenção do poder público nessa atividade”. Sua segmentação, considerando a natureza das operações desenvolvidas, dá-se em mercado de crédito, mercado de câmbio, mercado monetário e mercado de capitais, sendo o primeiro relativo ao crime objeto da presente análise.

Como principal instrumento normativo voltado à tutela desse segmento temos a Resolução do BC 4.557, de 23 de fevereiro de 2017. Dela podem ser extraídas as seguintes considerações:

- 1) as instituições financeiras devem adotar uma estrutura de gerenciamento de risco de crédito;
- 2) a concessão de crédito por uma instituição financeira possui como principais critérios de avaliação de risco a capacidade do tomador e o risco oriundo do segmento no qual o tomador atua;
- 3) as instituições financeiras devem adotar mecanismos de recuperação de ativos em caso de inadimplência do tomador.

A previsão relativa à primeira delas deriva expressamente da Resolução 4.557/2017, do BC:

Art. 2º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil enquadradas no segmento 1 (S1), no Segmento 2 (S2), no Segmento 3 (S3) ou no segmento 4 (S4), nos termos do art. 2º da Resolução nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017, devem implementar, nos termos dos arts. 5º a 6º e 65 a 67 desta Resolução:

I - estrutura de gerenciamento contínuo e integrado de riscos; e

II - estrutura de gerenciamento contínuo de capital.

§ 1º As estruturas de gerenciamento de que trata o caput devem ser:

I - compatíveis com o modelo de negócio, com a natureza das operações e com a complexidade dos produtos, dos serviços, das atividades e dos processos da instituição;

II - proporcionais à dimensão e à relevância da exposição aos riscos, segundo critérios definidos pela instituição;

III - adequadas ao perfil de riscos e à importância sistêmica da instituição; e

IV - capazes de avaliar os riscos decorrentes das condições macroeconômicas e dos mercados em que a instituição atua.

15 E.J. Cardim Et. Al. IN: OLIVEIRA, Virgínia I.; GALVÃO, Alexandre; RIBEIRO, Érico (orgs.). **Mercado Financeiro**. Rio de Janeiro: Campus, 2006, p. 15.

A previsão também encontra respaldo no artigo 1º da Resolução 4.271, de 30 de setembro de 2013, que dispõe sobre os critérios de concessão de financiamento imobiliário:

Art. 1º A concessão de financiamento imobiliário pelas instituições financeiras e pelas demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil deve ser precedida de avaliação do nível de risco da operação pela instituição concedente, efetuada com base em critérios consistentes, adequados e verificáveis, amparada por informações internas e externas, contemplando, inclusive, os seguintes procedimentos:

Como parte da estrutura de gerenciamento de risco adotada por determinada instituição financeira, tem-se a avaliação do risco de crédito como o conjunto de parâmetros utilizados pelos decisores de crédito para avaliar a capacidade de pagamento do empréstimo ou financiamento a ser concedido.¹⁶ Sua estruturação é orientada à avaliação do risco de inadimplência, de forma que as transações se iniciam com a avaliação de capacidade de pagamento do cliente da instituição, passam pelo efetivo desembolso e terminam com o acompanhamento da transação e seu recebimento normal ou por meio de recuperação.¹⁷

Apesar de a especificidade dos critérios de avaliação depender de cada instituição individualmente considerada, estes devem atender a parâmetros genéricos preestabelecidos, considerando tanto a capacidade do tomador do crédito quanto a característica do negócio por ele perpetrado.

Na Resolução 2.682, de 22 de dezembro de 1999, do BC, voltada à classificação das operações de crédito especificamente, depreende-se que:

Art. 2º A classificação da operação no nível de risco correspondente é de responsabilidade da instituição detentora do crédito e deve ser efetuada com base em critérios consistentes e verificáveis, amparada por informações internas e externas, contemplando, pelo menos, os seguintes aspectos:

I - em relação ao devedor e seus garantidores:

- a) situação econômico-financeira;
- b) grau de endividamento;
- c) capacidade de geração de resultados
- d) fluxo de caixa;
- e) administração e qualidade de controles;
- f) pontualidade e atrasos nos pagamentos;
- g) contingências;
- h) setor de atividade econômica;
- i) limite de crédito;

II - em relação à operação:

- a) natureza e finalidade da transação;
- b) características das garantias, particularmente quanto à suficiência e liquidez;
- c) valor.

Parágrafo único. A classificação das operações de crédito de titularidade de pessoas físicas deve levar em conta, também, as situações de renda e de patrimônio bem como outras informações cadastrais do devedor.

¹⁶ OLIVEIRA, Virgínia I.; GALVÃO, Alexandre; RIBEIRO, Érico (orgs.). *Mercado Financeiro*. Rio de Janeiro: Campus, 2006, p. 99.

¹⁷ OLIVEIRA, Virgínia I.; GALVÃO, Alexandre; RIBEIRO, Érico (orgs.). *Mercado Financeiro*. Rio de Janeiro: Campus, 2006, p. 97.

Por fim, tem-se que a estrutura de gerenciamento de risco mantida pelas instituições deve conter mecanismos que viabilizem a recuperação de créditos diante de eventual descumprimento contratual por parte do tomador. Tal providência extrai-se expressamente da também já mencionada Resolução 4.557/2017:

Art. 6º A estrutura de gerenciamento de riscos deve identificar, mensurar, avaliar, monitorar, reportar, controlar e mitigar:

I - o risco de crédito, conforme definido no art. 21, a que a instituição esteja sujeita de maneira relevante;

Assim, pela avaliação das normas administrativas acima citadas, a respeito do primeiro âmbito de imputação é possível chegar às seguintes conclusões:

- i) o bem jurídico imediato nos crimes financeiros varia entre os diferentes tipos de mercado, mas, no específico caso do artigo 20, é essencialmente o mercado de crédito;
- ii) a regulação administrativa servirá como parâmetro para se avaliar a permissibilidade do risco ao bem jurídico;
- iii) essa avaliação só poderá ser realizada em relação ao caso concreto e à capacidade do agente de se comportar de acordo com a norma administrativa;
- iv) a criação de um risco proibido ao mercado de crédito pressupõe a extrapolação do risco de crédito.

Identificado, então, o espectro pelo qual a análise sobre a permissibilidade da conduta deve recair, devemos, no momento seguinte, identificar as hipóteses em que essa ultrapassagem deve ser considerada relevante ao ponto de ensejar a atuação penal, tendo em vista a necessidade de diferenciação da instância civil/administrativa do escopo da *ultima ratio*.

3 A imputação típica no crime de desvio de finalidade

As observações acima dispostas permitem uma delimitação mais precisa quanto ao que deve ser considerado como pertencente ao risco permitido no crime previsto no artigo 20 da Lei 7.492/1986.

A conduta prevista no tipo faz referência a aplicar em finalidade diversa da acordada os recursos obtidos por um contrato de financiamento. Para que se proceda a uma diferenciação do ilícito que justifica a imposição de uma sanção criminal daquele que deve tão somente ser objeto da seara cível do ordenamento, faz-se necessária a consideração da **relevância** de referido desvio em consideração com os parâmetros utilizados pela instituição financeira para sua concessão, bem como sua potencial ofensividade à higidez do SFN, bem jurídico mediato tutelado pelos dispositivos da referida lei.

Sabe-se, em primeiro lugar, que a instituição financeira contabiliza previamente os riscos oriundos da concessão de crédito a algum solicitante e que, para tanto, procede a uma análise tanto da pessoa tomadora quanto da atividade para qual o valor será concedido.

O que se propõe é a utilização de tais critérios como referenciais para a verificação dessa relevância, uma vez que a própria instituição que concede o crédito faz uma investigação prévia relativamente ao elemento risco e, ao entender pela sua concessão, admite sua possibilidade, **sendo, portanto,**

incongruente entender pela ofensa da instituição ou do próprio sistema financeiro, caso o desvio de finalidade não resulte em qualquer modificação quanto a este aspecto.

Conforme determina a Resolução 2.682/1999, do BC, a instituição financeira deve necessariamente considerar com relação ao devedor: a situação econômico-financeira, o seu grau de endividamento, o fluxo de caixa, a administração e qualidade de controles, a pontualidade e atrasos nos pagamentos, as contingências, o setor de atividade econômica e o limite de crédito. Com relação à operação realizada: a natureza e a finalidade da transação, as características das garantias e o valor.

Com base em tais critérios, deve classificar as operações de crédito em ordem crescente de riscos do nível AA ao nível H. Diante disso, é defensável o entendimento de que **o desvio dos valores obtidos pelo tomador só passa a ser relevante, quando representa uma modificação quanto os critérios analisados pela instituição pela sua concessão.**

Em outras palavras, se o tomador do crédito utiliza o valor adquirido em finalidade diversa da contratada, **mas seu desvio não modifica em nada os critérios previamente aceitos pela instituição para sua concessão, pode-se considerar que a violação administrativa não é relevante, uma vez que sequer o risco de eventual inadimplemento se modificou.** Exemplo: se um agricultor adquirir valores para o plantio de determinada cultura agrícola e utiliza o valor para outra cultura agrícola senão aquela especificada no contrato, atua atipicamente, uma vez que sua avaliação representa o mesmo risco à instituição quando da celebração do contrato.

Caso, por outro lado, utilize o valor arrecadado para adquirir um veículo, por exemplo, modifica-se o critério relativo ao “setor de atividade econômica” e, portanto, o risco proibido passa a ser relevante e acarreta uma ofensa à dinâmica de concessão de crédito, a depender do valor envolvido. Sob o mesmo raciocínio, caso a modificação seja em relação ao fomento da economia em outra localidade, há que se avaliar eventual alteração dos critérios anteriormente aferidos, como a alteração da natureza e da finalidade da transação.

O reconhecimento da mensuração do risco como critério estabelecido da relevância do fato não legitima a colocação da higidez financeira da instituição como único bem jurídico tutelado pela norma em estudo. Indica, por outro lado, que a consideração de uma potencial ofensa ao SFN mostra-se desarrazoada se, de antemão, a conduta praticada sequer possibilitou a modificação do cenário apresentado no momento do requerimento do crédito. Dito de outra forma, se sequer a instituição foi potencialmente atingida pela conduta praticada, quiçá será a higidez do SFN.

Identificada, pois, ofensa em relação ao mercado de crédito, vale ressaltar a necessidade de se avaliar a ofensividade da conduta em relação ao bem jurídico mediato, no caso, o SFN, ou seja, deve-se questionar se naquelas condições o comprometimento do mercado de crédito pode ofender o funcionamento do SFN, regionalmente considerado, daí porque desarrazoadas as alegações de que a insignificância da conduta não pode ser aferida, posto que o crime “tem natureza formal”.

Conclusão

Por meio dos estudos apresentados no presente artigo, conclui-se pela possibilidade de utilização das normas administrativas, oriundas do SFN, voltadas à tutela do mercado de crédito como um critério limitador do alcance do tipo penal de desvio de finalidade de financiamento.

Segundo a investigação aqui realizada, constitui a criação ou incremento de um risco proibido como o primeiro critério necessário à imputação típica, sendo, este, no referido caso, delimitado segundo os critérios de previsibilidade eleitos pela própria instituição financeira como ferramentas para aferição do risco de crédito.

Somado a isso, em um segundo momento de avaliação, permite-se a observação acerca da potencialidade ofensiva da conduta pela extrapolação desse risco e, posteriormente, para a dinâmica do SFN, considerado regionalmente.

Assim, apresenta-se a teoria da imputação objetiva como aquela que melhor permite a adequação da teoria do delito aos problemas advindos com a intensificação da tomada de riscos dentro da dinâmica do mercado financeiro, sendo uma ferramenta apta a restringir referido tipo penal ao adequado à manutenção dos princípios consagrados constitucionalmente e, por decorrência, da segurança jurídica, imprescindível a qualquer ordenamento jurídico contemporâneo.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. BRENDA, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Circular 3.365**, de 12 de setembro de 2007. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibnormativo?tipo=Circular&numero=3365>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Circular 3.701**, de 13 de março de 2014. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48558/C_Circ_3701_v2_P.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Circular 3.644**, de 4 de março de 2013. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48993/Circ_3644_v18_P.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Circular 3.647**, de 4 de março de 2013. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48990/Circ_3647_v2_P.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Circular 3.648**, de 4 de março de 2013. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/Normativ/CIRCULAR3648.pdf>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Circular 3.678**, de 31 de outubro de 2013. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2013/pdf/circ_3678_v2_P.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Circular 3.751**, de 31 de março de 2015. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48566/Circ_3751_v2_P.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Circular 3.809**, de 25 ago. 2016. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50258/Circ_3809_v5_P.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Circular 3.876**, de 31 de janeiro de 2018. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50523/Circ_3876_v2_P.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 1.559**, de 22 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=1988&numero=1559>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 2.554**, de 24 de setembro de 1998. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 2682**, de 21 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2682_v2_L.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 3.308**, de 31 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2005&numero=3308>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 3.464**, de 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2007&numero=3464>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 3.721**, de 30 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2009&numero=3721>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 3.921**, de 25 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49511/Res_3921_v2_P.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 4.257**, de 31 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolucao&numero=4257>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 4.277**, de 31 de outubro de 2013. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48853/Res_4277_v3_P.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 4.280**, de 31 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolucao&numero=4280>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 4.388**, de 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2014&numero=4388>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 4.557**, de 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50344/Res_4557_v1_O.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 4.745**, de 29 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4.745-de-29-de-agosto-de-2019-213801311>.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 4.656**, de 26 de abril de 2018. Disponível em: https://www.ancord.org.br/wp-content/uploads/2021/06/Resolucao-CMN-n-4.926-de-24_6_2021-1.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 4.926**, de 24 de junho de 2021. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50630/Res_4678_VI_O.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 4.678**, de 31 de julho de 2018. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50630/Res_4678_VI_O.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Lei Complementar 130, de 17 de abril de 2009. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo e revoga dispositivos das Leis 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp130.htm. Acesso em: 6 mar. 2017.

BRASIL. Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, 16 de junho de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7492.htm. Acesso em: 29 ago. 2015

BRITO, Alexis Couto de. **Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. FULLER, Paulo Henrique Aranda. Legislação Penal Especial – VOLUME 2. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRITO, Alexis Couto de. **Imputação Objetiva: Crimes de Perigo e Direito Penal Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo. **Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRAGOSO. Heleno Cláudio. **O novo direito penal tributário e econômico, in revista brasileira de criminologia e direito penal**. No 12, janeiro-março, 1966, p. 63 e 64, *apud*: PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. 1º ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. **Desvalorar e imputar**, 1 ed. Barcelona: Atelier, 2004.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria Da Imputação Objetiva**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HONIG, Richard. Causalidade e imputação. In: SANCINETTI, Marcelo. **Causalidad, Riesgo e Imputación**. 1 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

JAKOBS, Gunther. **La Imputación Objetiva en Derecho Penal**. 2 ed. Buenos Aires: Ad Hoc. 2002.

JAKOBS, Gunther. **Tratado de Direito Penal**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Imputação Objetiva e Código Penal Brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas. *In: Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo, p. 209.

MORAES, Jenifer da Silva. **Imputação objetiva nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: parâmetros de identificação do risco permitido segundo as diretrizes do mercado financeiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, PAZ, Miguel Ángel Núñez, OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General**. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROXIN, Claus. **Novo Desenvolvimento da Dogmática jurídico penal na Alemanha**. Barcelona, 2012.

SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Crime de Colarinho Branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**. Studia Jurídica no 56, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito de Cuello Blanco**. Montevideo: B de F, 2009.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de Colarinho Branco**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.