

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Fernando Lima Gurgel do Amaral

O conceito jurídico de instituição financeira

Mestrado em Direito Comercial

São Paulo

2016

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Fernando Lima Gurgel do Amaral

O conceito jurídico de instituição financeira

Mestrado em Direito Comercial

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. Ivo Waisberg.

São Paulo

2016

Banca Examinadora

*A Alberto Presidio Gurgel do Amaral.
In memoriam.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Ivo Waisberg, pelo apoio durante a elaboração desta dissertação.

Agradeço aos professores da PUC SP, que muito me ajudaram durante o mestrado.

Agradeço ao Escritório Villemor Amaral Advogados, sobretudo aos meus amigos Vitor Lopes e Bianca Maria.

RESUMO

A presente dissertação consiste na análise do conceito jurídico de instituição financeira e, com isso, igualmente na análise da atividade de intermediação de crédito que lhe é privativa, levando-se em consideração a existência de dois conceitos legais, definidos no art. 17 da Lei 4.595/64 e art. 1º da Lei 7.492/86, cujas redações são tortuosas e levariam a conclusões inadequadas. Somente com a correta delimitação deste conceito de instituição financeira, haverá segurança na adequada aplicação do regime jurídico específico destinado às instituições financeiras, objetivando a proteção dos investimentos privados. Também tem como alvo a apreciação das atividades limites, especialmente no que diz respeito ao *factoring*, administradoras de cartão de crédito, contratos de câmbio e derivativos, além de apontar os objetivos e finalidades da criação de um regime jurídico para as instituições financeiras.

Palavras-chave: Conceito jurídico. Instituição financeira. Atividade privativa. Proteção ao investimento privado. *Factoring*. Cartão de crédito. Câmbio. Derivativos.

ABSTRACT

This paper aims at the analysis of the legal concept of financial institution, and at the analysis of the activity of credit intermediation intrinsic to it, taking into consideration the existence of two legal concepts, contained in the article 17 of Law 4.595/64 and article 1º of Law 7.492/86, whose composition it's abstruse and would cause a inadequate conclusions. Only by applying the correct delimitation of the financial institution's legal concept, it will provide the necessary safety on the suitable application of the legal framework designed to the financial institutions, in order to protect the private investments. Its aim is also the appreciation of limit activities, especially the ones related to factoring, credit card administrators, exchange and derivatives contracts, besides pointing at the objectives and intents of the creation of a legal regime for financial institutions.

Keywords: Legal concept. Financial institution. Private activity. Protection to the private investment. Factoring. Credit card. Exchange. Derivatives.

SUMÁRIO

1.	Introdução	9
2.	O conceito jurídico de instituição financeira	13
2.1	Técnicas de apresentação	13
2.2	Os conceitos previstos na legislação vigente: pressupostos para superação da interpretação gramatical	17
2.2.1	A existência do conceito de instituição financeira na esfera penal	20
2.3	A atividade econômica como definição de instituição financeira.....	27
2.4	Pressupostos para interpretação do conceito jurídico de instituição financeira: interesses jurídicos protegidos.....	32
2.5	Sugestão de definição de instituição financeira.....	47
2.5.1	Intermediação de crédito	47
2.5.2	Custódia de valores.....	65
2.5.3	Equiparação de atividades	68
2.6	Classificação das instituições financeiras	71
2.6.1	Instituições financeiras bancárias	75
2.6.2	Instituições financeiras não bancárias	77
2.6.3	Instituições não financeiras	83
3.	Atividades bancárias correlatas	91
3.1	<i>Factoring</i>	92
3.2	Administradoras de cartão de crédito	97
3.3	Contrato de câmbio	103
3.4	Derivativos	108
4.	Conclusão	116
	Bibliografia.....	120

1. Introdução

O art. 17 da Lei 4.595/64¹ define instituição financeira como a pessoa jurídica que tenha como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, e a custódia de valores de terceiros. A interpretação literal do dispositivo leva o intérprete necessariamente a conclusões esdrúxulas: uma sociedade empresária, ao emprestar cem mil reais para outra sociedade, com dinheiro próprio, sem prévia captação perante o público em geral, seria considerada instituição financeira.²

Não fosse o suficiente, mesmo após 22 anos da sua promulgação, a despeito de todas as críticas, o Poder Legislativo novamente conceituou instituição financeira, por meio do art. 1º da Lei 7.492/86,³ repetindo parcialmente a redação inadequada contida no art. 17 da Lei 4.595/64, ora utilizando termos idênticos, ora alargando ainda mais o conceito de instituição financeira ao incluir na atividade que lhe é privativa os atos de emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Neste sentido, além da problemática decorrente das lacunas que o texto do art. 17 da Lei 4.595/64, há ainda a necessidade de conciliar a existência destes dois conceitos legais, a fim de manter a coerência dentro do ordenamento jurídico.

Portanto, o que seria uma instituição financeira? Se a interpretação literal dos conceitos legais não se mostra adequada ou pelo menos suficiente, seria possível buscar

¹ Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

² WAISBERG, 2002, pág. 34.

³ Art. 1º. Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

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

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

outros elementos além dos previstos nos conceitos legais? Quais seriam os outros elementos para definir uma instituição financeira? E por que estes elementos seriam apropriados para interpretar este conceito jurídico? Esta dissertação tem a pretensão justamente de responder estas indagações.

A importância prática do tema resta evidenciada diante da existência de diversas normas aplicáveis somente às instituições financeiras, um verdadeiro regime jurídico próprio, incluindo regras institucionais (autorização para funcionamento, necessidade de manutenção de limite mínimo de capital, etc.); regras operacionais (exigência de prazos mínimos para a contratação de determinadas operações, horário de funcionamento, limitação de exposição em relação ao perfil do cliente, etc.); regras de proteção à concorrência (competência do Banco Central do Brasil e suas consequências)⁴; além da possibilidade de cobrar juros acima do limite previsto no Código Civil.⁵

Provavelmente por conta da imprecisão conceitual de instituição financeira, as administradoras de cartão de crédito⁶ e as faturadoras⁷, por praticarem atividades correlatas, ou seja, aquelas que possuem determinados elementos comuns à atividade de instituição financeira, são declaradas inadequadamente como instituição financeira.

Importante esclarecer, desde já, que a instituição financeira é quem pratica determinada atividade, denominada atividade privativa de instituição financeira, que poderá ser denominada nesta dissertação, com o mesmo significado, de atividade privativa, atividade bancária, atividade de instituição financeira ou atividade de intermediação de crédito, para evitar a repetição de termos. Já a nomenclatura instituição financeira será frequentemente utilizada nesta dissertação e, com isto, desculpamo-nos desde já pela repetição. Isso porque o termo banco, possível substituto, possui significado comum de “*estabelecimento para transações pecuniárias*”,⁸ muito mais amplo que o significado jurídico de instituição financeira tal como aqui será defendido.

⁴ NETO, 2007.

⁵ Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 1251331/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013

⁶ As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura. Súmula 283, segunda seção, julgada em 28/04/2004, DJ 13/05/2004, pág. 201.

⁷ COELHO, 2013.

⁸ "banco", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <<http://www.priberam.pt/DLPO/banco>> [consultado em 12-01-2016].

Nos capítulos 2.1 e 2.2, será analisada a função e natureza dos conceitos jurídico, bem como a necessidade de se superar sua interpretação objetiva e gramatical. Essa problemática se mostra muito importante para o caso concreto, tendo em vista que o próprio legislador conceituou a instituição financeira, mas assim o fez com uma redação absolutamente inadequada, sendo necessário demonstrar os pressupostos que autorizam a superação da interpretação objetiva e gramatical dessa definição legal.

Além disto, no capítulo 2.2.1 será avaliado o conflito aparente entre os conceitos legais previstos nas Leis 4.595/64 e 7.492/86, sendo sugerido uma interpretação para que os dois conceitos possam coexistir no sistema jurídico sem que haja um choque normativo.

Posteriormente, no capítulo 2.4, serão expostos os interesses jurídicos que se pretende proteger com a criação de um regime jurídico específico para as instituições financeiras. Essa análise se faz muito importante para que, com base nessas conclusões, tenhamos alicerces para interpretar de modo adequado o conceito jurídico de instituição financeira. Aliás, após superar sua interpretação objetiva e gramatical, deverá o intérprete buscar elementos extralinguísticos, sendo um desses os interesses jurídicos que se busca proteger pela criação do regime jurídico específico para instituições financeiras.

Partindo dos pressupostos acima, nos capítulos 2.5 e 2.5.1, serão elencadas as posições doutrinárias acerca da definição de instituição financeira, analisando os atos que compõe à atividade privativa, oportunidade na qual será sugerida uma definição de instituição financeira. Embora haja quase consenso na doutrina acerca da necessidade de superação objetiva e gramatical das definições legais de instituição financeira, ainda se faz pertinente a análise de cada ato que compõe a atividade privativa de intermediação de crédito. A este respeito, seria intermediação de crédito, quando uma instituição financeira capta recursos perante outra instituição financeira? E quando parte de seus recursos disponíveis para repasse a terceiros faz parte de seu próprio patrimônio? Mesmo não sendo intermediação de crédito, ainda assim, incidiria o regime específico das instituições financeiras, como possibilidade de cobrança de juros acima do limite do Código Civil? Estas indagações demonstram persistir questões práticas que serão ponderadas no capítulo 2.5.1.

Também deve ser analisado o fato de o conceito legal de instituição financeira prever como sua atividade privativa a custódia de valores de terceiros. Por outro lado, tal atividade também é exercida por agentes do mercado de capitais, como corretoras. Deste modo, em nosso entendimento, tal atividade de custódia de vares de terceiro, não mais deve ser entendida como privativa de instituição financeira, conforme pormenorizadamente exposto no item 2.5.2.

Após a análise em tese do conceito de instituição financeira e de sua atividade, no capítulo 2.6 será apresentada uma classificação não exaustiva das instituições financeiras bancárias e não bancárias. Em cada uma, será analisada a presença da atividade privativa, e serão elencadas as principais instituições não financeiras que comumente são elencadas, ou pelo menos podem ser confundidas com instituições financeiras.

Por fim, no capítulo 3 serão analisadas determinadas atividades que igualmente são consideradas – ou pelo menos, há risco de serem consideradas – atividade privativa de instituição financeira. Serão demonstradas as diferenças entre tais atividades em relação à atividade de intermediação de crédito e, com isto, serão afastados os agentes que exercem tais atividades do conceito de instituição financeira.

2. O conceito jurídico de instituição financeira

2.1 Técnicas de apresentação

O que é prescrição? Trata-se de um estado das coisas, ou seja, uma realidade pré-definida, tendo sido convencionado chamá-la prescrição. O que é um menisco? Trata-se de uma cartilagem presente na articulação do joelho⁹. Nos dois exemplos, o homem optou livremente por denominar o objeto utilizando determinada palavra. Nos dois exemplos, a palavra é desprovida de significado por si só, fazendo sentido somente por conta de uma convenção social.

Nessa perspectiva, tanto para a palavra menisco, como para a palavra prescrição, é preciso que seja dada referência semântica, pois naturalmente são desprovidas de qualquer significado intrínseco. Essa é a função básica de um dicionário, que expõe tanto o significado principal da palavra, como outros possíveis significados. Menisco é a cartilagem encontrada na articulação do joelho, mas também pode significar uma lente convexa por um lado e côncava pelo outro.¹⁰ Já prescrição, além do instituto jurídico, pode ser também uma receita médica.¹¹

Com o significado de cartilagem, o menisco é um bem tangível e existente na natureza, tendo o trabalho do homem se limitado a escolher uma palavra para designá-lo. Poderia ser qualquer palavra. Nada mudaria. Já o instituto jurídico da prescrição é um pouco diferente. A prescrição não existe na natureza; ela foi inventada. E, depois da sua invenção, foi inventado um nome para designá-la.

Efetivamente, determinados fatos se repetem constantemente em nossa sociedade (fatos condicionantes), e para tais fatos o legislador define determinadas consequências (consequências condicionadas). Por exemplo, no caso do empréstimo (fato), a consequência é o crédito (consequência). Já no caso da prescrição, sempre que nascer um direito (fato), o indivíduo detentor de tal direito terá um prazo para exercê-lo,

⁹ “Menisco”. In: *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013*. Disponível em <www.priberam.pt/DLPO/menisco>. Acesso em 05/01/16.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ “Prescrição”. In: *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013*. Disponível em <www.priberam.pt/DLPO/prescricao>. Acesso em 05/01/16.

sendo que, após tal prazo, embora o direito persista, não mais poderá demandá-lo coercitivamente (consequência).

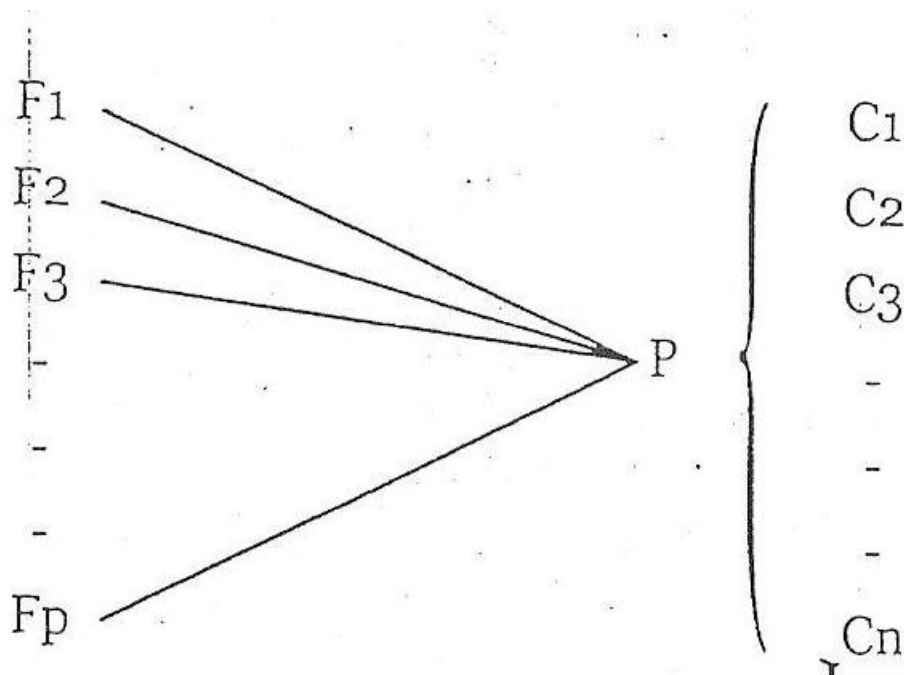
Para facilitar a comunicação, usa-se a palavra prescrição para designar esses acontecimentos. O legislador poderia narrar por completo o acontecimento e, com isso, em todo artigo que tratar de prescrição, narrar o fato condicionante e a consequência condicionada. Muito mais simples, por outro lado, é designar uma palavra para se referir a esse evento. Trata-se de uma técnica de apresentação.

Mas, no que diz respeito ao seu significado jurídico, conferir referência semântica à palavra prescrição não é uma tarefa fácil. Como visto, o objeto subjacente também é inventado. Não se trata de somente um fato condicionante e somente uma consequência condicionada. Trata-se de diversos fatos condicionantes que podem acarretar diversas consequências condicionadas, sendo que a palavra prescrição designa a ligação sistemática entre tais fatos e consequências. Alf Ross^{12/13} tratou desse tema, analisando de forma mais minuciosa a linha de entendimento aqui exposta. Ele apresentou a seguinte figura para exemplificar o raciocínio aqui demonstrado, sendo F os fatos condicionantes, C as consequências condicionadas, e P a prescrição:¹⁴

¹² ROSS, 2004.

¹³ Nesse mesmo sentido, Pietro Perlingieri ensina: “O que se deve superar é, portanto, a concepção meramente semântica ou linguística da interpretação, como se esta última consistisse unicamente na análise da linguagem, puramente formal, do legislador. Se nenhum texto é hermético, já que necessita da análise do intérprete, não se pode omitir o momento extralinguístico. A palavra é um sinal que para além de si mesmo, remete a outra coisa que, por sua vez, possui um caráter essencialmente extralinguístico. O sentido não é uma qualidade da palavra, mas a sua relação a uma coisa, a um contexto material ou a um contexto de experiência” (PERLINGIERI, 2008).

¹⁴ No exemplo de Alf Ross, P tinha como referência propriedade, enquanto aqui, foi utilizada a palavra prescrição.



Podem ser considerados exemplos dessa técnica de apresentação a propriedade, o penhor, a hipoteca e a letra de câmbio, dentre outros. Comumente, esses exemplos são denominados institutos jurídicos,¹⁵ o que pode ser adequado, desde que o intérprete esteja ciente de que se trata de técnicas de apresentação. Assim, o que comumente se denomina “conceituar juridicamente” ou “conceito jurídico de prescrição”, p. ex., consiste em um esforço argumentativo para conferir referência semântica às palavras utilizadas no ordenamento jurídico, sobretudo àquelas utilizadas como técnicas de apresentação – tais como prescrição –, podendo tal conceituação ser legal, jurisprudencial ou proveniente de trabalhos doutrinários. Aliás, a palavra conceito, dentro das suas possíveis acepções, significa a “concepção compreendida numa palavra que designa características e qualidades de uma classe de objetos, abstratos ou concretos”.¹⁶

No caso do conceito de instituição financeira, o próprio legislador conceituou instituição financeira no art. 17 da Lei 4.595/64. Nada mais natural; as palavras instituição e financeira possuem significados extremamente imprecisos, seja no seu uso cotidiano, seja ainda dentro da comunidade jurídica. Para piorar, quando unidas essas palavras, resta ainda mais imprecisa a referência semântica. Portanto, conceituar o

¹⁵ REALE, 1987.

¹⁶ “Conceito”. In: *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013*. Disponível em <www.priberam.pt/DLPO/conceito>. Acesso em 17/09/2015.

significado de instituição financeira significa esclarecer quais são os fatos determinantes, mais precisamente o que é uma instituição financeira, para que o jurista possa saber que, diante de tais fatos determinantes, deverá acarretar a incidência de certas consequências determinadas.

Basicamente, esta é a pretensão da presente dissertação: analisar quais são esses fatos determinantes, ou, em outras palavras, qual é o estado das coisas que, caso presente, possa o jurista dizer que está diante de uma instituição financeira, acarretando, com isso, a incidência das consequências determinadas, ou, em outras palavras, a incidência de determinadas normas aplicáveis às instituições financeiras. Aliás, embora haja uma conceituação legal, ainda assim, faz-se necessária a conceituação doutrinária, no afã de enriquecer e esclarecer as palavras do legislador ao tentar conceituar instituição financeira.

Por outro lado, cumpre esclarecer que não é objeto da presente dissertação analisar as consequências determinadas, ou seja, o arcabouço de normas que incidirá sobre as instituições financeiras. Mas, para fins de exemplificação, o que se mostra importante para se vislumbrar a importância do presente tema, cumpre elencar quais seriam as regras que compõem o regime jurídico das instituições financeiras – isso significa, as normas legais que incidem sobre instituições financeiras. Eduardo Salomão Neto¹⁷ as agrupou em regras institucionais (autorização para funcionamento, necessidade de manutenção de limite mínimo de capital, etc.); regras operacionais (exigência de prazos mínimos para a contratação de determinadas operações, horário de funcionamento, limitação de exposição em relação ao perfil do cliente, etc.); e regras de proteção à concorrência (competência do Banco Central do Brasil e suas consequências).¹⁸

¹⁷ NETO, 2007.

¹⁸ Já Ivo Waisberg elenca quais seriam os instrumentos para proteção das instituições financeiras: “Seis são os instrumentos que, seguindo a orientação de Lundberg, formam a rede de proteção do sistema bancário: autorização para funcionamento de instituições financeiras; determinação de regras prudenciais; supervisão e fiscalização; assistência financeira de liquidez; decretação de Regimes Especiais; e mecanismo de seguro de depósito” (WAISBERG, 2002, pág. 55).

2.2 Os conceitos previstos na legislação vigente: pressupostos para superação da interpretação gramatical

Diante do acima exposto, cumpre ressaltar que o legislador não foi muito feliz ao conceituar instituição financeira, tendo em vista a tortuosa redação do art. 17 da Lei 4.595/64:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

A esse respeito, cumpre inicialmente esclarecer que a análise literal do aludido dispositivo levaria a conclusões que contrariam premissas dogmáticas, além de afrontar o senso comum,¹⁹ pois muitas seriam as atividades enquadradas dentro da definição legal da atividade privativa de instituição financeira. Isso porque o artigo 17 da Lei 4.595/64 utiliza a conjunção “ou”, ao invés de “e”, razão pela qual, pela sua análise literal, cada um dos verbos contidos no dispositivo deve ser considerado, isoladamente, como atividade privativa de instituição financeira.

A respeito da necessidade de leitura conjunta dos três verbos (coletar, intermediar e aplicar), Wilson do Egito Coelho²⁰ afirma que, embora o legislador tenha utilizado a conjunção “ou”, somente restará caracterizada a atividade privativa de instituição financeira quando as três atividades estiverem presentes. Caso a conjunção “ou” fosse substituída por “e”, não há dúvidas de que seria muito mais simples o

¹⁹ Nesse sentido: “O texto do artigo lido puramente indica que qualquer pessoa física ou jurídica que colete, ou intermedeie, ou aplique recurso próprio ou de terceiro de forma eventual ou permanente como atividade principal ou acessória está praticando ato privativo de instituição financeira. Isto é, qualquer um que colete, intermedeie ou aplique recursos sem autorização do Bacen está infringindo a lei. Obviamente, não pode ser assim sob pena de inviabilizar-se o mercado financeiro e as atividades empresariais” (WAISBERG, 2002, pág. 34).

²⁰ “Assim, somos inclinados a admitir que o verbo aplicar tem, no contexto do art. 17, da Lei 4.595, significação mais restrita ou condicionada. Não pode ser considerado isoladamente, mas em conjunto com os dois outros vocábulos que o antecedem na frase: coleta e intermediação. Da conjunção dos três elementos componentes da definição legal – coletam, intermediação ou aplicação – desponha a conclusão de que o verbo aplicar está intimamente relacionado com atividade caracterizante de banco ou entidades similares” (COELHO, 2000).

trabalho do intérprete, muito embora diversas questões ainda necessitassem de explicações.

Nesse sentido, pela interpretação literal do dispositivo, deveriam ser reconhecidas como atividade privativa de instituição financeira diversas espécies de autofinanciamento por uma sociedade empresária. Ou mesmo pior, conforme apontado por Wilson do Egito Coelho²¹ e Nelson Eizirik,²² qualquer pessoa jurídica que aplicasse recursos próprios seria considerada instituição financeira, pois estaria aplicando recursos próprios, tal como consta no art. 17 da Lei 5.959/64.

Além da necessidade de superação da interpretação literal, há ainda outra grande problemática enfrentada pela doutrina, mais especificamente, a definição legal do art. 1º da Lei 7.492/86²³. Nele, há também a conceituação de instituição financeira e, com isso, pelo menos em análise superficial, há duas definições legais de instituição financeira, fazendo-se necessário pensar em uma forma adequada de interpretar e compatibilizar a existência desses dois artigos legais.

Desse modo, antes mesmo de adentrar o exame do conceito jurídico de instituição financeira, importa apresentar inicialmente uma rápida análise das técnicas de interpretação comumente postas à disposição do jurista, tendo em vista não ser possível extrair um significado razoável da conceituação legal de instituição financeira, caso esta seja lida objetiva²⁴ e isoladamente.

A esse respeito, cumpre destacar desde já que ler e entender um texto, uma frase e mesmo uma palavra isolada, significa interpretar. Isso porque, conforme visto acima, nenhuma palavra, seja para designar um instituto jurídico, seja ainda para designar qualquer objeto utilizado cotidianamente, não possui um significado intrínseco, mas tão

²¹ “A regra geral, como se vê, analisada superficialmente, poderá conduzir a conclusões absurdas. Decomponha-se o artigo e ver-se-á que, por exemplo, a aplicação de recursos financeiros próprios – tomada a expressão em seu sentido literal – seria considerada atividade privativa de instituição financeira!” (COELHO, 2000).

²² “Com efeito, se interpretado literalmente o art. 17 da Lei 4.595/64, poderia ser considerada instituição financeira qualquer pessoa que aplicasse até mesmo recursos próprios, o que seria um evidente absurdo jurídico” (EIZIRIK, 1992).

²³ Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

²⁴ Adiante constará uma breve explanação sobre a acepção comum do que se denomina interpretação objetiva.

somente um significado, ou melhor, significados, que foram dados a tal palavra por uma convenção social. Portanto, o brocardo *in claris non fit interpretatio*, cunhado em um momento histórico no qual era necessário separar rigidamente os poderes do Estado, não se mostra atualmente adequado para esclarecer esse fenômeno linguístico, tendo em vista que a interpretação está contida no mero ato de ler e entender.²⁵ Até mesmo a chamada interpretação gramatical, na sua acepção comum, no sentido de ser aquela na qual o intérprete extrai o significado da norma pela análise da fisiologia do texto, precisando a “significação dos vocábulos, a sua colocação na frase, o uso de partículas e cláusulas, o emprego de expressões sinônimas”,²⁶ deve ser considerada inadequada nesta perspectiva, ou pelo menos, extremamente insuficiente.²⁷

Nessa perspectiva, o que se chama de interpretação objetiva acaba por acarretar entendimentos mais arbitrários, ao contrário do que se poderia imaginar. Isso porque, por interpretação objetiva entende-se a interpretação que toma em consideração somente elementos constantes do texto legal, enquanto na interpretação subjetiva, o intérprete pode se valer de outros elementos além do texto.²⁸ Contudo, por não haver um significado intrínseco às palavras, o resultado da interpretação objetiva será ainda mais impreciso e arbitrário.²⁹ Aliás, para Alf Ross,³⁰ máximas da interpretação, como o sentido da lei, a vontade do legislador, entre outras, são meros instrumentos para ocultar a interpretação tal como aqui sugerida, de modo a adequá-la ao dogma de ser o juiz um mero porta-voz da lei, como se o texto legal, por si só, tivesse algum significado.

Diante dessa breve análise, pode-se concluir pela necessidade de superação da interpretação literal, sendo necessário que o intérprete utilize todos os elementos postos à sua disposição para extrair do texto legal, o quanto mais possível, uma norma razoável, funcional, coerente e proporcional. Para tanto, o intérprete deve se valer de diversos elementos, incluindo, mas não se limitando, aos elementos linguísticos, sejam

²⁵ PERLINGIERI, 2008.

²⁶ PEREIRA, 2008.

²⁷ “[É] importante entender que o significado de uma expressão não é construído como um mosaico com os significados individuais que a compõem; pelo contrário, o significado que a análise é capaz de atribuir aos elementos individuais é sempre uma função do todo no qual aparecem. Com frequência nos defrontamos com a opinião de que a interpretação da lei pode ou tem que tomar como ponto de partida o significado ordinário das palavras tal como resulta seu uso. Este parecer é enganoso. Não existe tal significado. Somente o contexto e o desejo de descobrir um significado bom ou razoável em relação a uma dada situação determinam o significado das palavras” (ROSS, 2000).

²⁸ ROSS, 2000.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

os contidos no próprio artigo a ser interpretado, seja por uma análise comparativa em relação aos elementos linguísticos utilizados no diploma jurídico no qual o artigo está inserido. Além disso, o intérprete deve se valer do ordenamento jurídico como um todo, sem, contudo, crer existir uma unidade linguística no diploma legal ou ordenamento jurídico.

O intérprete deverá, também, contextualizar o texto legal, buscando entender o seu discurso, ao invés de realizar uma interpretação mediante uma soma mecânica de significados de palavras analisadas isoladamente. Por isso, a interpretação do conceito jurídico de instituição financeira (art. 17 da Lei 4.595/64) deve levar em consideração tratar-se de um diploma que “dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências”, o que, por uma questão de contexto, afasta interpretações que possam indicar ser uma instituição financeira uma sociedade que empresta dinheiro a outra sociedade, o que somente poderia ser cogitado mediante a soma dos possíveis significados das palavras utilizadas pelo legislador no aludido art. 17.

Além disso, também deverá o intérprete se valer de elementos extralinguísticos, incluindo relações sociais, históricas e culturais. Isso significa que, para compreender o significado de um texto legal, o intérprete não deve partir de técnicas mecânicas de interpretação, simplesmente porque o fenômeno linguístico é social, cultural e histórico, não sendo condizente com qualquer formalismo ou dogmatismo. Nessa perspectiva, nos capítulos seguintes, ao buscar uma adequada interpretação para o conceito de instituição financeira, serão analisados todos os elementos postos à disposição do jurista para que se possa extrair uma adequada interpretação da norma legal, incluindo elementos linguísticos e extralinguísticos.

2.2.1 A existência do conceito de instituição financeira na esfera penal

Além da definição do art. 17 da Lei 4.595/64, mesmo após 22 anos de críticas ao art. 17, ao promulgar a legislação acerca dos crimes contra o sistema financeiro nacional, o legislador positivou uma segunda definição de instituição financeira, prevista no art. 1º da Lei 7.492/86, cuja redação não só possui os mesmos equívocos contidos no art. 17, mas inclui novos elementos estranhos à atividade privativa de

instituição financeira.³¹ Para melhor visualização, serão transcritos lado a lado os aludidos dispositivos:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

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

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

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

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

Primeiramente, cumpre analisar as divergências e convergências entre as duas definições legais em questão, podendo, ao final, ser constatado que o conceito de instituição financeira prevista na legislação penal é extremamente semelhante ao conceito contido no art. 17 da Lei 4.595/64, sendo que os elementos distintos, de certa forma, também existem na legislação bancária, em termos de equiparação.

Assim, analisando conjuntamente os dois dispositivos, é possível verificar as seguintes convergências: (i) podem ser instituições financeiras pessoas públicas e privadas; (ii) podem ser principais ou acessórias as atividades elencadas nos dispositivos; (iii) as três atividades características (captação, intermediação e aplicação) podem estar presentes isoladamente ou conjuntamente; (iv) podem ser intermediadas moedas nacionais ou estrangeiras.

Quanto ao item (iii), importa destacar que, no art. 1º da Lei 7.492/86, há determinação expressa quanto à possibilidade de estas atividades serem realizadas isolada ou conjuntamente. Já no art. 17 da Lei 4595/64, não há expressão similar, mas a

³¹ Neste sentido, Manoel Pedro Pimentel, ao comentar o aludido artigo: “persiste a amplitude do conceito de instituição financeira, o que poderá gerar sérias dúvidas quanto à correta aplicação do dispositivo” (PIMENTEL, 1987).

conclusão é a mesma, pelo menos em interpretação literal do dispositivo, na medida em que foi utilizada a conjunção “ou” entre os verbos “captar, intermediar e aplicar”.

Por outro lado, quanto às divergências, é possível verificar as seguintes distinções entre a definição do art. 1º da Lei 7.492/86 em relação ao art. 17 da Lei 4.595/64: (i) na Lei 7.492/86, são admitidas como instituição financeira pessoas jurídicas e físicas, enquanto na 4.959/64, somente pessoas jurídicas são consideradas instituições financeiras; (ii) na 4.959/64, há referência somente à custódia de valor de propriedade de terceiro, enquanto na Lei 7.492/86, além de custódia, estão incluídas no conceito de instituição financeira as atividades de emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários; e (iii) na Lei 4.959/64, estão previstas no conceito a captação, intermediação e aplicação tanto de recursos de terceiros, como também próprios, enquanto na Lei 7.492/86, somente há menção a recursos de terceiros, sendo que a menção aos recursos próprios foi suprimida por veto presidencial.³²

Quanto ao primeiro item, muito embora as pessoas físicas possam ser equiparadas a instituições financeiras, nos termos do parágrafo único do art. 17 da Lei 4.595/64, o certo é que a própria necessidade de equiparação demonstra que, para o art. 17, uma pessoa física não pode ser considerada instituição financeira.

No que diz respeito ao segundo item, é importante notar que, ao lado da intermediação do crédito (coletar, intermediar e aplicar), a Lei 4.595/64 também inclui a atividade de custódia de valores de titularidade de terceiros. Já a lei 7.492/86 acresceu as atividades de emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. A conjunção “ou” demonstra que essas atividades não precisam ser realizadas conjuntamente. Ou seja, se a inclusão da atividade de custódia na Lei 4.595/64 já é passível de críticas, o que será analisado oportunamente, ainda mais criticável se faz a inclusão das atividades de emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Sob essa perspectiva, é possível constatar que, salvo o veto presidencial que suprimiu do conceito o ato de aplicar recursos próprios, as demais divergências

³² Aliás, muito bem analisado no veto presidencial: “na aplicação de recursos próprios, se prejuízo houver, não será para a coletividade, bem para o sistema financeiro; no caso de usura, a legislação vigente já apenas de forma adequada quem a praticar”.

constituem acréscimos de elementos à definição contida na Lei 7.492/86. A esse respeito, importa destacar que, na Lei 4.595/64, (i) as pessoas físicas são equiparáveis a instituições financeiras; (ii) as atividades de compra e venda de ações ou outros títulos são regidas, no que couber, pela sistemática da Lei 4.595/64, bem como (iii) há equiparação a instituições financeiras, para fins de regime de liquidação, dos agentes do sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários no mercado de capitais.^{33/34}

Em termos práticos, isso significa dizer que, embora as principais divergências tenham somente alargado a definição de instituição financeira para fins de aplicação penal, a realidade é que esses elementos incluídos na definição penal, embora não constem na definição do art. 17, são todos equiparáveis à atividade de instituição financeira, conforme acima visto.

Diante desse cenário, percebe-se que a definição de atividade privativa de instituição financeira do art. 1º da Lei 7.492/86 é passível das mesmas críticas doutrinárias direcionadas à definição legal do art. 17 da Lei 4.595/64. Além disso, embora muitas atividades sejam equiparadas à de instituição financeira pela Lei 4.595/64, a definição penal incluiu em seu conceito de atividade de instituição financeira algumas dessas atividades que a legislação bancária somente equipara à atividade financeira.

Desse modo, todas as críticas à definição de atividade privativa de instituição financeira são aplicáveis à definição penal do art. 1º da Lei 7.492/86 – salvo a crítica à inclusão do ato de aplicar recursos próprios, que foi suprimida pelo veto presidencial –,

³³ Lei 6.024. Art. 52. “Aplicam-se as disposições da presente Lei às sociedades ou empresas que integram o sistema de distribuição de títulos ou valores monetários no mercado de capitais (artigo 5º da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965), assim como as sociedades ou empresas corretoras de câmbio”.

Lei 4.728. Art. 5º. “O sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais será constituído:

I - das Bolsas de Valores e das sociedades corretoras que sejam seus membros;

II - das instituições financeiras autorizadas a operar no mercado de capitais;

III - das sociedades ou empresas que tenham por objeto a subscrição de títulos para revenda, ou sua distribuição no mercado, e que sejam autorizadas a funcionar nos termos do art. 11;

IV - das sociedades ou empresas que tenham por objeto atividade de intermediação na distribuição de títulos ou valores mobiliários, e que estejam registradas nos termos do art. 12” (Sic).

³⁴ “Já sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários também têm sua atividade centrada na aplicação de recursos de seus clientes nos mercados financeiros e de capitais, sem serem instituições financeiras. Isso é, de resto, reconhecido pela própria legislação, na medida em que se faz necessária a equiparação de sociedades corretoras e distribuidoras a instituições financeiras para que a elas se apliquem as regras sobre intervenção e liquidação extrajudicial, criadas pela Lei 6.024, de 13 de março de 1974, para as instituições financeiras em geral. Essa equiparação se contém no art. 52 da Lei 6.024/74 e evidentemente não seria necessária se as sociedades corretoras e distribuidoras fossem instituições financeiras” (NETO, 2007, pág. 15).

com acréscimos da crítica à incorporação de elementos estranhos à atividade de intermediação financeira. Nessa perspectiva, embora próximos, os conceitos legais de instituição financeira não são idênticos, fazendo-se necessário perquirir a eventual presença de um conflito de normas.

A respeito desta problemática, importa desde já esclarecer que o conceito de instituição financeira é somente um: aquela que exerce a atividade privativa de instituição financeira, mais precisamente, a intermediação financeira. Cumpre lembrar que nesta dissertação é defendida expressamente a superação da análise gramatical do art. 17 da Lei 4.595/64, sendo que, pelos mesmos motivos, também se defende a superação da análise gramatical do art. 1º da Lei 7.492/86. Isso porque as duas definições legais são extremamente semelhantes e, por ambas levarem às mesmas conclusões esdrúxulas, não pode o intérprete se limitar à interpretação objetiva e gramatical.

Não faria sentido, por um lado, analisar o art. 17 da Lei 4.595/64 e conceituar instituição financeira nos termos que aqui serão propostos, e, por outro, afirmar que seria crime obter um empréstimo de um familiar, nos termos do art. 1º e 16 da Lei 7.492/86, justamente uma das hipóteses esdrúxulas que se pretende evitar ao interpretar corretamente o art. 17 da Lei 4.595/64.

Entretanto, é importante destacar que cada norma tem um campo de aplicação próprio, havendo, portanto, separação por especialidade.³⁵ Cada diploma legal é redigido para um fim específico, em épocas e por pessoas diversas, que não necessariamente se atentaram à nomenclatura já existente no ordenamento jurídico.³⁶ Essas peculiaridades de cada legislação devem ser levadas em consideração, assumindo como verdadeiro e existente um determinado grau de relatividade dos conceitos

³⁵ Fazendo referência ao artigo primeiro da Lei 7.492/92: “Trata-se de lei especial que não revoga, modifica nem altera o previsto no art. 17 da Lei 4.595, mas serve para sua melhor interpretação” (WALD, 2005).

³⁶ “Deveras, não há como negar a possibilidade de órgãos jurídicos estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras. Em razão da impossibilidade do legislador conhecer todas as normas que existem no ordenamento jurídico, é plausível a edição de normas antinômicas, de sorte que a antinomia, ante a dinamicidade do direito, pode ser encarada como decorrência da própria estrutura do sistema, que, além de dinâmico é aberto e prospectivo” (DINIZ, 2008).

jurídicos e até mesmo dos significados técnico-jurídico de cada palavra dentro do ordenamento jurídico.³⁷

Neste sentido, a melhor solução a ser dada ao caso consiste no entendimento de que o art. 1º não tem o condão de definir instituição financeira para todo o sistema jurídico, mas tão somente delimitar o campo de incidência da legislação penal em questão,³⁸ tanto que a sua abrangência está limitada, nos seus próprios termos, “*para efeito desta lei*”. Assim, toda vez que a lei 7.492/86 faz referência à instituição financeira, está se referindo tanto às instituições financeiras conforme aqui defendido, como também aos agentes do mercado de capitais.

Portanto, quando a lei 7.492/86 nada diz quanto ao sujeito ativo, tal como no seu art. 2º, está se referindo tanto às instituições financeiras, considerando-as nos moldes aqui expostos, como também aos agentes do mercado de capitais e às pessoas equiparadas. Mas, neste caso, somente será crime caso cada um dos possíveis sujeitos ativos acima elencados tenham incorrido em descumprimento das normas baixadas pelos seus respectivos órgãos reguladores.

O art. 16³⁹ bem exemplifica essa linha de raciocínio. Ao tipificar como crime o ato de fazer operar instituição financeira sem a devida autorização, a lei 7.492/86 está se referindo a todos os possíveis sujeitos ativos mencionados no seu artigo primeiro, incluindo, portanto, os agentes do mercado de capitais. Contudo, qual seria a autorização a ser obtida e perante qual órgão? A resposta a essa indagação será constatada pela análise das diversas normas sobre essa temática, tais como as leis 4.595/64, 4.728/65 e 6.385/76, levando em consideração os conceitos legais previstos

³⁷ “O Direito fala a sua própria língua. Por isso, o que importa sempre é o sentido técnico-jurídico, o qual possui contornos mais rigorosos que o conceito da linguagem corrente. Entretanto, porém, nós já tivemos ocasião de verificar que também a linguagem técnico-jurídica da lei de modo algum é tão rigorosa como pensa Binding. Muitas vezes o legislador liga a uma e mesma palavra, na mesma lei e em leis diversas, um sentido diferente. Tal é o caso, por exemplo, com as palavras funcionário, posse, propriedade, punibilidade, negligência, etc. Fala-se também, nestes casos, de uma relatividade dos conceitos jurídicos (Muller-Erzbach). Ela resulta inevitável, dada a inserção dos conceitos em contextos sistemáticos e teleológicos diferentes” (ENGISCH, 1964).

³⁸ Comentando o art. 1º da Lei 77.492/86, MAIA, Rodolfo Tigre afirma: “Trata-se de norma penal explicativa, qual seja, ‘sua função é a de explicitar algum conceito com reflexos, muita vez, na própria tipicidade’. Como já ressaltado anteriormente, o conceito de instituição financeira é nuclear à compreensão e à aplicação da Lei de Regência. (...) Em síntese: este artigo delimita o campo de incidência da tipicidade penal, fulcrando-o na presença de uma estrutura organizacional e funcional designada por uma instituição financeira” (MAIA, 1999).

³⁹ Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

nas respectivas legislações, sendo, para tanto, indiferente o conceito previsto no art. 1º da lei 7.492/86.

Portanto, para fins de aplicação do art. 16, a instituição financeira – e aqui considerada aquela que exerce atividade privativa de intermediação de crédito – estará operando irregularmente quando não tiver autorização do Banco Central do Brasil (BACEN). Já os agentes de distribuição de valores mobiliários são regulados precipuamente pela Comissão de Valores Mobiliários (lei 6.385/76), embora também sofram regulação do BACEN e Conselho Monetário Nacional (CMN). Com isso, entender que o conceito de instituição financeira da lei 7.492/86 poderia valer para interpretar outras normas do ordenamento jurídico seria obrigar uma corretora a cumprir todas as determinações impostas às instituições financeiras, o que não ocorre na prática, e tampouco seria correto e desejável.

Por outro lado, a própria lei 7.492/86, em algumas oportunidades, prevê como sujeito ativo a instituição financeira, mas também incluindo expressamente distribuidoras de valores mobiliários, tal como ocorre no próprio art. 16 e também no art. 10.⁴⁰ Para a linha de entendimento aqui apresentada, não seria necessária a inclusão expressa das distribuidoras nos aludidos dispositivos, pois, ao se mencionar instituição financeira, deve-se entender que o sujeito ativo pode ser tanto a instituição financeira propriamente dita, como também os demais agentes incluídos no artigo primeiro, incluindo as distribuidoras de valores mobiliários. Para solucionar essa questão, deve-se entender quer tais dispositivos estão sendo apenas redundantes, sendo esta, aliás, a opinião de Rodolfo Tigre Maia.⁴¹

Diante dessas conclusões, não há que se falar em conflito de conceitos. O conceito de instituição financeira contido no art. 17º da Lei 4.595/64 define o conceito de instituição financeira para todo o ordenamento jurídico, devendo tal conceito ser interpretado nos moldes aqui apresentados. Já o conceito contido no art. 1º da Lei 7.492/86 tem como finalidade expor a referência semântica do termo instituição

⁴⁰ Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

⁴¹ Comentando o art. 16º da Lei 7.492/86, MAIA, Rodolfo Tigre afirma: “Desde logo, aponte-se o pouco cuidado que se evidencia na utilização da expressão ‘inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio’, mera tautologia diante do conceito expresso no art. 1º da Lei de Regência. É incriminado pelo dispositivo a ação de ‘fazer operar instituição financeira’” (MAIA, 1999).

financeira quando utilizada dentro daquele diploma, mas sem ter a intenção de qualquer comunicação com o restante do ordenamento jurídico.

Embora a interpretação gramatical não seja suficiente, sendo superada em diversos momentos neste trabalho, ela não deixa de ser uma ferramenta importante, sendo que, para o argumento em questão, juntamente aos demais fatores acima expostos, também se pode defender que, enquanto o conceito do art. 1º tem abrangência limitada “para efeito desta lei”, conforme consta expresso no aludido dispositivo, o conceito do art. 17 da Lei 4.595/64 tem como objetivo valer “para os efeitos da legislação em vigor”, igualmente expresso naquele artigo. O que se vê é uma antinomia imprópria técnica, nas palavras de Maria Helena Diniz,⁴² resultante da falta de uniformidade da terminologia legal.

2.3 A atividade econômica como definição de instituição financeira

Na legislação brasileira, a atenção inicial foi dada não à atividade de intermediação do crédito, mas sim ao banqueiro, cuja definição consta no já revogado artigo 119 do Código Comercial:

Art. 119. São considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco.

A esse respeito, o aludido dispositivo, a despeito de sua circularidade,⁴³ inovou ao definir como banqueiro aquele que exerce “operações chamadas de banco”, colocando a atividade bancária como centro da definição de banqueiro, muito embora, à época, fosse adotada majoritariamente no Brasil a teoria dos atos do comércio.

Posteriormente, em 1860, nos termos da Lei 1.083/1860, complementada pelo Decreto nº 2.711/1860, mais especificamente, no seu Art. 1º, § 3º, os bancos restaram assim definidos:

⁴² “A esses tipos de antinomia imprópria há quem acrescente a antinomia técnica, atinente à falta de uniformidade da terminologia legal. P.ex.: o conceito de *posse* em direito civil é diverso do conceito de *posse* em direito administrativo. Realmente, há uma relatividade dos conceitos jurídicos, que têm nas várias normas jurídicas significados bem diferentes” (DINIZ, 2008).

⁴³ NETO, 1998. Nesse mesmo sentido, ver BARRETO, 1975, pág. 26.

Art. 1º A criação, organização ou incorporação de Companhias ou Sociedades anonyms, que tenham por fim operações chamadas de Banco, não poderão realizar-se, sob as penas do art. 2º § 1º da Lei nº 1.083 de 22 de Agosto de 1860 senão em virtude de Lei, ou de Decreto do Poder Executivo. (Alvará de 30 de Março de 1818, Decreto de 22 de Agosto de 1825 § 5º, art. 295 do Código do Commercio, e art. 2º da Lei nº 1.083 de 22 de Agosto de 1860).

(...)

§3º Reputar-se-hão Bancos as Companhias, ou Sociedades anonyms sem firma social, e administradas por mandatarios, (art. 295 do Código Commercial) que tenham por objecto:

1º O commercio, por conta própria ou de terceiros: 1º de ouro ou prata em moeda ou em barras; 2º de títulos da Divida Publica nacional ou estrangeira, e de acções de empresas de qualquer natureza; 3º de effeitos de commercio e outros valores negociáveis ou transmissíveis por via de endosso, ou por simples tradição;

2º Empréstimos de qualquer espécie, ou natureza;

3º Operações de câmbio;

4º Depósitos de valores de qualquer natureza;

5º Abertura de contas correntes;

6º Em geral quaesquer operações chamadas de Banco, ou que tendão ao desenvolvimento do credito público (*Sic*).

Com essa definição, a legislação passou a qualificar como banco aquele que exerce determinadas atividades, isoladamente elencadas no dispositivo legal acima transcrito, alinhando-se à teoria dos atos do comércio.

As atividades econômicas elencadas no aludido dispositivo legal não possuem qualquer elemento interno de ligação, podendo somente ser verificado um elo externo: justamente o fato de tais atividades serem praticadas, àquela época, por bancos. Somente após um século, foi promulgada a Lei 4.595/1964, vigente até a presente data, definindo a instituição financeira como aquela que exerce a atividade de intermediação de crédito e custódia de valores de terceiros, conforme será analisado pormenorizadamente no item abaixo.

Entretanto, a despeito do avanço legislativo ao colocar a atividade como centro de definição da atividade de instituição financeira, há críticas à opção do legislador de definir instituição financeira em detrimento da denominação “banco”. Nesse sentido, Lauro Muniz Barreto⁴⁴ expõe sua crítica nos seguintes termos:

O artigo 17, porém, no nosso estatuto bancário parece traduzir a preocupação, que salteou o legislador, nesse passo, porque em toda a

⁴⁴ BARRETO, 1975, págs. 90/91.

lei não se fala em bancos, banqueiros, institutos de crédito etc. Criou-se uma nova denominação, que é a de instituições financeiras. É lamentável, no nosso entender, abandonar-se a denominação anterior. O nome Banco já é milenar, tendo uma grande tradição histórica, facilitando a conceituação da atividade bancária.

Ivo Waisberg e Gilberto Gornati⁴⁵ relatam que o projeto de lei 47/91, objetivando regulamentar o art. 192 da Constituição Federal, previa o conceito de instituições bancárias nos seguintes termos: “aquelas que recebem depósitos à vista movimentáveis por cheques, cartões, ou por quaisquer meios eletrônicos.” Esta definição seria referente tão somente às instituições financeiras aptas a receber depósitos à vista e, assim, com poder de criar moeda escritural. Mas, a redação final do art. 192⁴⁶ foi alterada pela Emenda Constitucional 40/03, cuja redação não prevê o conceito de banco ou instituição bancária, mantendo-se a definição contida no art. 17 da Lei 4.595/1964.

Assim, enquanto não houver uma alteração legislativa, atualmente, no ordenamento jurídico pátrio, não há definição de bancos, instituição bancária ou banqueiros, mas tão somente de instituição financeira, sendo esta a empresa que pratica a atividade que lhe é privativa de intermediação do crédito, conforme previsto no art. 17 da Lei 5.959/64.

A crítica à circularidade da definição de banqueiro exposta no artigo 119 do Código Comercial pode parecer também estar presente na definição de instituição financeira aqui defendida, ou seja, aquela que exerce a atividade privativa de instituição financeira. No Código Comercial, denominava-se banqueiro aquele que praticava as operações chamadas de banco. E o que seriam tais operações chamadas de banco? Não há qualquer elemento linguístico ou extralinguístico, que possa auxiliar o intérprete nessa tarefa. Tal cenário não ocorre com a afirmação de ser instituição financeira aquela que exerce atividade privativa de instituição financeira, tendo em vista que esta atividade resulta da adequada interpretação do art. 17 da Lei 4.595/64, o que será analisado nesta dissertação.

⁴⁵ WAISBERG e GORNATI, 2012, pág. 29.

⁴⁶ Art. 192. “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

Porém, antes de adentrar a análise da adequada interpretação do que seria a atividade privativa de instituição financeira, cumpre ressaltar sucintamente o avanço e a importância da definição de instituição financeira como aquela que exerce determinada atividade, ao invés de determinados atos isoladamente elencados na legislação.

Segundo a teoria dos atos de comércio, o legislador agrupava determinados atos comumente praticados por determinados sujeitos, *in casu*, os bancos, sem existir uma ligação interna entre esses atos, além do fato de serem praticados por determinadas pessoas, carecendo, portanto, de consistência científica.⁴⁷ Por isso, foi satisfatória a filiação do direito brasileiro ao sistema italiano, denominado teoria da empresa, prevendo a atividade como centro de definição de empresa. A esse respeito, conforme analisou Eduardo Salomão Neto,⁴⁸ a atividade tem o significado de *fattispecie*, ou seja, pressuposto para aplicação de determinado regime jurídico.

De forma muito semelhante, Tullio Ascarelli⁴⁹ ensina que a atividade consiste em um fato constatado pelo seu efetivo exercício ou ainda mera existência de previsão para exercício no objeto social de pessoas jurídicas. Deste fato deriva uma qualificação do sujeito que exerce tal atividade, que, por sua vez, faz incidir um regime jurídico⁵⁰ sobre os atos por eles praticados no exercício da atividade. Isso significa que o aludido regime jurídico poderá conceder regulação extraordinária aos atos isolados componentes de uma determinada atividade, desde que praticados coordenadamente objetivando determinada finalidade.

Por exemplo, uma instituição financeira, ao emprestar determinada quantia, dentro da sua habitual rotina de receber e emprestar valores, não estará sujeita aos limites de juros incidentes no mútuo financeiro. Em outros termos: embora o ato isolado seja idêntico ao mútuo financeiro celebrado entre particulares, no caso de mútuo por

⁴⁷ “O elo entre as diversas atividades abrangidas pelo elenco dos atos de comércio, contudo, não se encontra senão externamente. Isto é, a unidade dos atos mercantis reside apenas em sua relação com as atividades profissionais de uma classe social, a burguesia” (COELHO, 2012, pág. 31).

⁴⁸ NETO, *op. cit.*, págs. 117/125.

⁴⁹ “Mas enquanto nas pessoas físicas a atividade não poderá ser imputada mais que como consequência de efetiva realização dos atos através dos quais se atua (sendo por isso considerada como um “fato”), nas pessoas jurídicas será suficiente o fim de realizá-la (v. art. 2.201), independentemente de seu efetivo desenvolvimento” (ASCARELLI, 2007, pág. 184).

⁵⁰ Tullio Ascarelli utiliza a expressão “disciplina especial”, sendo que, neste trabalho, será utilizada a expressão “regime jurídico”, tal como sugerido por Eduardo Salomão Neto, para fins de padronização, por serem equivalentes para tal finalidade.

instituição financeira, incidirá regulação extraordinária sobre este mútuo, decorrente do regime jurídico específico da atividade privativa das instituições financeiras. Nesse sentido, uma empresa de *Factoring*, ao conceder crédito ao faturizado, não poderá cobrar os mesmos juros e encargos que cobraria uma instituição financeira.⁵¹

As explicações acima acerca do significado de atividade parecem não fugir muito das explicações de Alf Ross⁵² acerca do tema técnicas de apresentação anteriormente analisados. Mas, ao trazer o elemento *atividade*, vem também todo o significado teórico a seu respeito, os quais são extremamente importantes para se interpretar adequadamente o significado de atividade privativa de instituição financeira.

Nessa perspectiva, Tullio Ascarelli⁵³ ensina que a atividade não consiste em um ou mais atos, isoladamente analisados, mas sim, em uma série de atos coordenados entre si em função de uma finalidade comum. Portanto, no capítulo 2.5.1, no qual serão analisados os atos praticados por uma instituição financeira ao proceder à intermediação de crédito, cumpre desde já esclarecer que todos os atos devem estar presentes.

Ascarelli⁵⁴ acrescenta que a atividade consiste em uma observação empírica, razão pela qual não pode ser considerada nula ou ainda anulável, sem prejuízo de seus atos subjacentes serem passíveis de nulidade ou anulabilidade.

Também importa esclarecer que a pessoa física somente pratica determinada atividade ao exercê-la efetivamente, enquanto, para as pessoas jurídicas, basta a previsão para tanto nos seus respectivos objetos sociais. Mas, caso não haja previsão no objeto social de uma pessoa jurídica para exercício de determinada atividade, então será igualmente necessário o exercício efetivo da atividade. A importância dessa distinção é

⁵¹ “Civil. Contrato de “factoring”. Julgamento extra petita. Exclusão do tema abordado de ofício. Juros remuneratórios. Lei de usura. Incidência. Limitação. I. Inexistindo pedido ou recurso, é vedado ao órgão julgador conhecer de ofício de questão referente a direito patrimonial, a saber, a descaracterização do contrato de “factoring”, que deve ser excluída do âmbito do julgado, conforme pacificado pela e. Segunda Seção, quando do julgamento do REsp n. 541.153/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, julgado em 08.06.2005, DJU de 14.09.2005. II. As empresas de “factoring” não se enquadram no conceito de instituições financeiras, e por isso os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” STJ. REsp 1048341/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 09/03/2009

⁵² ROSS, 2004.

⁵³ ASCARELLI, 2007.

⁵⁴ “As normas sobre a nulidade (e, evidentemente, as normas sobre a anulabilidade) dos atos não podem ser aplicadas à atividade que poderá ser existente ou não existente, e, no primeiro caso, regular ou irregular, lícita ou ilícita; mas não por isso nunca pelos vícios próprios de cada um dos atos, podendo a sua vez também a realização de atos nulos ou anuláveis coordenar-se com o exercício de uma atividade”. (*Ibidem*, págs 181/182).

relevante quando se sabe que pessoas físicas podem ser equiparadas a instituições financeiras, desde que exerçam efetivamente a atividade privativa, sendo irrelevante a mera intenção.

Aliás, a vontade do sujeito é irrelevante, tanto para as pessoas físicas, como também para as jurídicas. Isso porque, sendo a atividade uma questão de fato, a sua aferição diz respeito ao exercício efetivo, sendo irrelevante a vontade do sujeito que a pratica. Por ser a atividade um fato, não pode ser transmitida para terceiro. No caso da atividade de instituição financeira, é possível, em tese, a transferência da autorização para operar os bens de determina instituição financeira, mas não a atividade em si.

Todas as questões, muito bem analisadas por Tullio Ascarelli,⁵⁵ embora atinentes aos estudos relacionados à teoria da empresa, são substancialmente relevantes para a presente dissertação, na medida em que, para uma adequada interpretação do conceito de instituição financeira, deve-se ter a *atividade* que lhe é privativa como centro de definição da instituição financeira.

2.4 Pressupostos para interpretação do conceito jurídico de instituição financeira: interesses jurídicos protegidos

A definição de instituição financeira e a consequente delimitação de sua atividade privativa têm a finalidade de criar um regime jurídico próprio a essa atividade e, com isso, proteger determinados interesses jurídicos. Assim, conforme afirmado por Ivo Waisberg e Gilberto Gornati,⁵⁶ a análise desses interesses jurídicos é uma importante ferramenta interpretativa para fins de verificação do escopo e abrangência que deverá alcançar a conceituação de instituição financeira:

A existência de um regime específico para as instituições financeiras no tocante à fiscalização de suas atividades e, em especial, aos modos diferenciados de atuação, no caso de problemas de solvabilidade, decorre, obviamente, da intenção de proteger-se determinado interesse que demanda certa especial proteção. Qual é este interesse?

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ WAISBERG e GORNATI, 2012, pág. 39.

Dentre os interesses jurídicos apontados pela doutrina como os que se pretende proteger pela criação do regime jurídico específico para as instituições financeiras, podem ser destacados os seguintes, que serão analisados individualmente a seguir: (i) proteção à economia popular; (ii) controle monetário, dado o poder de criar moeda escritural; (iii) desenvolvimento do sistema financeiro, objetivando o crescimento econômico mediante a concessão profissional do crédito; (iv) repressão à usura; e (v) proteção aos meios de pagamento.

Dentre os autores que se debruçaram sobre o tema, Eduardo Salomão Neto⁵⁷ foi quem mais cuidadosamente analisou os interesses jurídicos a serem protegidos pela criação desse regime jurídico especial. No que diz respeito ao primeiro possível interesse jurídico, o autor concorda que um dos objetivos por detrás da fixação do conceito de instituição financeira diz respeito à proteção à economia popular.

Isso porque a maior parte da população utiliza o sistema financeiro, mais especificamente, os bancos múltiplos ou comerciais, para receber seus salários, armazenar o capital acumulado, e realizar diversas espécies de pequenas e grandes transações. Por outro lado, enquanto o capital dos indivíduos está nessas instituições financeiras, estas aplicam tais recursos em nome próprio, emprestando tal capital a terceiros, sem que os depositantes tenham ingerência sobre esses negócios bancários.

De fato, diferentemente do depósito civil, no depósito bancário, há transferência de titularidade do dinheiro para a instituição financeira, que se obriga a restituir tal quantia tão logo seja exigido pelo depositando, mas a instituição fica livre para aplicar tais recursos em nome próprio em favor de terceiros.⁵⁸ Portanto, parece mais que salutar a existência de um regime especial para a atividade bancária, pois o capital da maioria da população está depositado nessas instituições.

Se não existisse um regime especial, prevendo a necessidade, por exemplo, de autorização de funcionamento pelo BACEN, regulamentação pelo CMN e fiscalização

⁵⁷ “O método teleológico depende para a sua aplicação do fim visado pela norma. Em relação à atividade privativa de instituição financeira e sua regulamentação, três fins poderiam ser aventados preliminarmente: (i) a repressão à usura; (ii) a proteção da economia popular; e (iii) a regulamentação do crédito e de seu efeito de multiplicador monetário” (NETO, 2007, pág. 27). Prosseguindo na sua análise, Eduardo Salomão Neto afasta a primeira finalidade, ou seja, repressão à usura.

⁵⁸ Nesse sentido, WAISBERG e GORNATI comentam a existência de posições contrárias: “Ou seja, a instituição depositária utiliza os valores depositados para trabalhá-los como lastro para outras operações financeiras. Dessa forma, teríamos ‘duas naturezas’ para o contrato de depósito: a de depósito propriamente dito e a de mútuo” (WAISBERG e GORNATI, 2012, pág. 28).

pelo próprio BACEN, sujeição à regulamentação prudencial, e regime de liquidação especial, restaria evidente que as instituições financeiras não seriam tão sólidas tal como são hoje no Brasil.⁵⁹ Isso não significa dizer que tal regime especial afaste qualquer hipótese de quebra de instituições financeiras, muitas vezes por escolhas equivocadas quanto à aplicação dos recursos, ou mesmo em caso de fraudes, cujos prejuízos serão saldados primeiramente pelos depositantes, e posteriormente por toda a coletividade, haja vista a interligação entre as instituições financeiras.

Entretanto, a existência desse regime especial certamente tende a criar um ambiente mais propício ao surgimento de instituições financeiras sólidas, bem como de órgãos competentes para fiscalizar e minimizar os prejuízos em caso de insolvência das instituições financeiras. Além disso, conforme abordado por Ivo Waisberg e Gilberto Gornati,⁶⁰ o interesse protegido, *in casu*, não é o interesse individual do depositante, que será protegido somente por via reflexa, mas sim, o interesse difuso de todos os cidadãos, incluindo aqueles que não são clientes do banco insolvente.

Por outro lado, Eduardo Salomão Neto ressalta que a definição e regulamentação de instituição financeira e sua atividade privativa não são os únicos instrumentos jurídicos de proteção à poupança popular. Assim se afirma porque a Lei 4.728/65, ao regulamentar o mercado de capitais, também está protegendo a poupança popular. Já a Lei 1.521/51 tipifica os crimes contra a economia popular.

Isso significa que a definição de uma atividade restrita às instituições financeiras protege a economia popular somente dentro do âmbito da atividade financeira, a qual possui um caráter muito peculiar: desconhecimento do depositante com relação aos negócios bancários ativos realizados pela instituição financeira, aliado à inexistência de recursos para pagamento imediato de todos os correntistas.⁶¹

⁵⁹ A respeito das medidas que objetivam proteger as instituições financeiras, “Seis são os instrumentos que, seguindo a orientação de Lundberg, formam a rede de proteção do sistema bancário: autorização para funcionamento de instituições financeiras; determinação de regras prudenciais; supervisão e fiscalização; assistência financeira de liquidez; decretação de Regimes Especiais; e mecanismo de seguro de depósito” (WAISBERG, 2002, pág. 55).

⁶⁰ “Obviamente, não foi com o intuito de proteger este interesse meramente individual, que é também defendido por via reflexa, que a lei preocupa-se em dar tratamento jurídico diferenciado ao sistema bancário” (WAISBERG e GORNATI, 2012, pág. 39).

⁶¹ No que diz respeito à inexistência de recursos para pagamento imediato de todos os correntistas, esta questão será tratada pormenorizadamente a seguir, ainda neste capítulo.

Nesse sentido, Ivo Waisberg e Gilberto Gornati⁶² ensinam que o consumidor da atividade bancária, com exceção dos grandes investidores, não tem capacidade de avaliação do desempenho futuro do banco, o que justifica a criação desse regime especial à atividade financeira. É justamente por conta dessa característica que a economia popular no âmbito da atividade de instituição financeira deve ser protegida com maior vigor, mediante criação de regime jurídico próprio, incluindo-se a necessidade de autorização para funcionamento, responsabilização de diretores, regime próprio em caso de insolvência, regulamentação e fiscalização prudencial e sistêmica.

Já no que diz respeito ao segundo possível interesse jurídico a ser protegido, mais especificamente, o controle monetário, dado o poder de criar moeda escritural, este igualmente deve ser reconhecido como interesse jurídico que efetivamente se pretende proteger pela criação de regime jurídico próprio às instituições financeiras. A respeito dessa temática, Sidnei Turczyn⁶³ afirma que vivemos em uma economia creditória, na qual as trocas se exercem mediante crédito e respectivos títulos, que possuem função e poder aquisitivo de pagamento.

Assim, sendo o crédito sucedâneo à própria moeda, o controle estatal sobre quem concede o crédito é imprescindível, pois, de certo modo, controlar o crédito estaria dentro do monopólio do estado de emitir moeda, até mesmo para fins de controle do valor da moeda e, com isso, da inflação.⁶⁴

Já Ivo Waisberg e Gilberto Gornati expõem que o poder multiplicador do crédito decorre do fato de o tomador de um empréstimo emitir diversos títulos por conta de uma determinada quantia a ele mutuada, sendo que esses títulos, em representação desse capital, circularão a terceiros em forma de crédito, que utilizarão tal quantia de imediato. Em outros termos, sobre a moeda legal, a instituição financeira faz circular

⁶² “Acrescente-se, ainda, que diferentemente de outras áreas, o consumidor da atividade bancária não tem, em regra (excetuando-se grandes investidores), capacidade de avaliação do desempenho futuro do banco, o que justifica, mais uma vez, a grande intervenção do Estado em sua defesa” (WAISBERG e GORNATI, 2012, pág. 37).

⁶³ “Funcionando o crédito como sucedâneo da moeda, o controle da sua concessão é, para fins econômicos, tão relevante quanto o controle da emissão de papel-moeda e da criação de moeda escritural. O excesso de crédito, assim como o excesso de moeda, pode vir a se constituir em fator de perda de valor da moeda, ou seja, em causa de inflação” (TURCZYN, 2005, pág. 41).

⁶⁴ Neste mesmo sentido, Ivo Waisberg e Gilberto Gornati também demonstram preocupação com a possibilidade de inflação decorrente do efeito multiplicador de crédito: “Um mercado financeiro instável e em crise causa descompasso monetário e, por consequência, o processo inflacionário, atingindo a sociedade como um todo. Esta é, portanto, mais uma razão pela qual a atividade bancária é extremamente regulamentada e fiscalizada” (WAISBERG e GORNATI, 2012, pág. 36).

moeda escritural, em volume superior à moeda legal, fazendo com que o Estado tenha legítimo interesse na regulamentação dessa atividade.⁶⁵

Assim, para Eduardo Salomão Neto,⁶⁶ bem como para Sidnei Turczyn,⁶⁷ Ivo Waisberg e Gilberto Gornati,⁶⁸ o efeito multiplicador do crédito é um dos interesses jurídicos protegidos pelo regime jurídico específico da atividade privativa de instituição financeira.

No que diz respeito ao terceiro interesse jurídico, mais especificamente, ao desenvolvimento do sistema financeiro objetivando o crescimento econômico mediante a concessão profissional do crédito, este igualmente há de ser reconhecimento como um interesse jurídico efetivamente protegido pelo regime jurídico das instituições financeiras.

Vale expor uma breve análise histórica da função social das instituições financeiras, para que se tenha em mente a importância das instituições financeiras para o desenvolvimento econômico. Sergio Carlos Covello⁶⁹ ensina que a atividade bancária passou por três fases fundamentais: (i) a embrionária; (ii) a institucional; e (iii) a capitalista.

Na fase embrionária, mais especificamente, na Antiguidade, os bancos já exerciam a intermediação do crédito. Covello relata que “os sacerdotes babilônicos não só recebiam valores em depósitos como realizavam empréstimos e antecipações, exercendo, também, a mediação nos pagamentos”.⁷⁰ No século VI a.C., ainda segundo o autor, as casas comerciais Igbi de Suppar e Muraschu de Nippur “recebiam valores em depósito e emprestavam dinheiro a juro, desenvolvendo um efetivo comércio bancário nos moldes dos *merchant bankers* de nossos dias”.⁷¹

⁶⁵ “Para controle do volume de moeda em circulação, o Estado tem de controlar não somente a moeda legal emitida por ele, mas, principalmente, a criação de moeda escritural pelos bancos. Como se pode notar, desde já, a atividade bancária responde por boa parte da moeda (escritural) em circulação, sendo essa uma das razões de sua grande regulamentação pelo Estado” (WAISBERG e GORNATI, 2012, pág. 23).

⁶⁶ NETO, 2007.

⁶⁷ TURCZYN, 2005.

⁶⁸ WAISBERG e GORNATI, 2012.

⁶⁹ COVELLO, 1981, pág. 4.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 6.

⁷¹ *Ibidem*, pág. 4.

Entretanto, com o advento da Idade Média, por conta da proibição da cobrança de juros pela Igreja, a atividade de instituição financeira – esta entendida pelo seu elemento mais característico, que é a intermediação do crédito em nome próprio – não pôde se desenvolver, fazendo com que a economia tivesse de se contentar com o crédito proveniente de capital próprio, impossibilitando o rápido crescimento econômico. Nesse período, denominado fase institucional, os bancos tinham como atividade a intermediação do tráfico monetário, mediante serviços de depósitos, câmbio e pagamentos.

Isso não significa dizer que não havia crédito nesse período, pois existiam empréstimos de capital próprio. Tampouco há negação da existência efetiva de cobrança de juros, explicitamente ou sob outros nomes, o que, aliás, ocorre até hoje. A afirmação de Sergio Covello significa tão somente que as dificuldades impostas pela sociedade à época impossibilitaram o crescimento da atividade de intermediação do crédito.

Nesse mesmo sentido, Lauro Muniz Barreto⁷² afirma que as atividades bancárias na antiguidade consistiam basicamente em operações de câmbio e de pagamentos, esclarecendo que a função de intermediador de crédito, exercida hoje principalmente pelos bancos, somente se fez presente mais modernamente. Já Carvalho de Mendonça⁷³ ensina que esses bancos tinham como atividade a intermediação do tráfico monetário, mediante serviços de depósitos, câmbio e pagamentos.

Entretanto, no século XIX, sustenta Carvalho de Mendonça,⁷⁴ o comércio, a indústria e a agricultura passaram por uma profunda revolução, ensejando uma necessidade constante de crédito. Os recursos próprios dos capitalistas da época, bem como dos próprios bancos, deixaram a partir de então de ser suficientes para satisfazer a necessidade dessa nova economia.

⁷² “A verdadeira diferença, ou a nota característica, que distingue o comércio bancário antigo do comércio bancário moderno [é que] (...) no primeiro preponderavam as operações de câmbio e do pagamento (solutórias), enquanto que a atividade bancária atual se faz sentir nas operações de crédito” (BARRETO, 1975, pág. 31).

^{73/54} “O comércio, a indústria e a agricultura passaram a por completa evolução. Tornou-se essencial que tivessem capitais à sua disposição. Não bastando o próprio, deveriam recorrer ao crédito. E daí a intervenção dos bancos, que, para atenderem a essa nova ordem de relações, tiveram de assumir outros moldes. (...) Os velhos bancos monetários, intermediários do tráfico monetário, pode-se dizer, transformaram-se em bancos de crédito, isto é, em intermediadores das operações de crédito” (MENDONÇA, 1970, pág. 31).

⁷⁴ Ver nota 53.

Diante desse cenário, para atender à necessidade dos diversos segmentos do mercado, os bancos passaram a tomar capital de outros a crédito e, com esses recursos, faziam empréstimos a terceiros, dentro do atual conceito de atividade privativa de instituição financeira. Foi somente com o advento da fase capitalista que os bancos passaram a intermediar o crédito em nome próprio, oxigenando a economia capitalista, mais especificamente, a partir do século XIX.⁷⁵

Além da importância histórica das instituições financeiras, conforme acima relatado, as instituições financeiras permanecem sendo igualmente importantes para o desenvolvimento da economia na atualidade. Nesse sentido, Jairo Saddi⁷⁶ esclarece que o crédito representa o verdadeiro oxigênio da economia. Já Juscelino Filgueiras Colares⁷⁷ aponta, com base em estudos empíricos, que existe forte ligação entre um sistema financeiro e o crescimento econômico.

Mais que importante para o setor produtivo, o crédito é uma legítima força libertadora da pobreza. Não foi por acaso que Muhammad Yunus recebeu o Prêmio Nobel da Paz em 2006 – e não o de Economia – por ter criado o Grammen Bank, com a finalidade de emprestar cerca de 100 dólares a taxas de juros razoáveis para mulheres de comunidades carentes, que não tinham acesso ao crédito e, muitas vezes, se envolviam com agiotas.⁷⁸

Ainda sobre isso, Carlos Eduardo S. Gonçalves e Bernardo Guimarães⁷⁹ afirmam que o crédito é importante tanto para as camadas mais pobres, como também para os médios e grandes empresários. No primeiro caso, os autores dão como exemplos as mães de Bangladesh que se envolviam com agiotas, e também um indivíduo hipotético com boas ideias, mas sem capital próprio para iniciar o seu negócio. Para o caso dos grandes e médios empresários, os autores esclarecem que Henry Ford somente conseguiu criar a Ford Motors Company com o empréstimo de onze investidores.

Aliás, os aludidos autores, Carlos Eduardo S. Gonçalves e Bernardo Guimarães, professores de economia, demonstram a importância do crédito na sociedade, defendendo a necessidade de manutenção de um sistema financeiro forte e sólido.

⁷⁵ MENDONÇA, 1970, pág. 31.

⁷⁶ SADDI, 2001, pág. 61.

⁷⁷ COLARES, 2000, pág. 127.

⁷⁸ GONÇALVES e GUIMARÃES, 2008.

⁷⁹ *Ibidem*, págs. 165/166.

Primeiramente, os autores analisam que o mercado de crédito possui grandes falhas de informações, sendo que as instituições financeiras possuem um corpo profissional e preparado para analisar a capacidade de endividamento dos tomadores de empréstimos, bem como para monitorar a vida desses tomadores durante a fase de pagamento.

Isso explica o porquê de as pessoas não emprestarem diretamente aos agentes que necessitam desse capital. Nas palavras de Carlos Eduardo S. Gonçalves e Bernardo Guimarães:

Os bancos surgem para intermediar as transações financeiras porque a operação direta é custosa, arriscada e ineficiente. (...) Os bancos se especializaram em captar recursos dos poupadores e alocá-los onde lhes parece mais rentável. Os profissionais do mercado financeiro usam seu tempo coletando e analisando informações sobre empresas nas quais podem alocar o dinheiro dos poupadores.⁸⁰

Some-se a isso o fato de as instituições financeiras terem maior condição de diversificar as suas carteiras de empréstimos, pois possuem capital substancialmente maior do que um indivíduo, pulverizando o risco de inadimplência, o que, aliás, é uma obrigação, nos termos da Resolução nº 1.559, inc. IX, do BACEN.⁸¹

Além disso, os autores esclarecem que as instituições financeiras, ao alocar recursos nas sociedades mais competentes e com os melhores projetos, conforme acima visto, acabam por desempenhar um serviço em prol da eficiência econômica, na medida em que os recursos são emprestados às sociedades mais rentáveis e sólidas.⁸²

Nesse mesmo sentido, Lauro Muniz Barreto,⁸³ citando N. Garrone e Duruy, afirma que o Banco recolhe o capital inerte e improdutivo, concentrando-o e pondo-o em circulação, por inúmeros canais, a quem dele necessita para produzir.

Já Walter Bagehot⁸⁴ afirma que determinada quantia nas mãos de um cidadão comum provavelmente permanecerá ociosa, mas, nas mãos de um banqueiro, esta

⁸⁰ GONÇALVEZ e GUIMARÃES, 2008, pág.170.

⁸¹ IX – “É vedado às instituições financeiras: a) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos; b) conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida”.

⁸² “No afã de alocar fundos para os melhores usos possíveis visando o lucro e a conquista de adicionais clientes poupadores (o que também aumenta seu lucro), o intermediário financeiro desempenha um serviço em prol da eficiência econômica, pois faz os recursos fluírem para as empresas mais rentáveis, ou seja, aquelas que podem produzir mais com o capital existente na economia” (GONÇALVEZ e GUIMARÃES, 2008, pág.171).

⁸³ BARRETO, 1975, pág. 32.

mesma quantia será utilizada para financiar empreendedores, oxigenando a economia. Isso porque o cidadão comum não é um capitalista. Ele não tem o conhecimento necessário, tampouco o interesse no investimento direto do seu capital na atividade produtiva. Por outro lado, o empreendedor não saberia a quem procurar quando necessitasse de financiamento a seus projetos. Assim, o simples fato de o capital do cidadão comum estar depositado perante instituições financeiras já propicia a circulação de crédito.

Jairo Saddi⁸⁵ nomeia de transmutação este processo pelo qual a instituição financeira “*transforma poupança ou em investimento (por via do crédito) em “unidades” aceitáveis e atrativas tanto para os agentes investidores como para os tomadores*”.

Portanto, a concentração de capital nas mãos das instituições financeiras é fator determinante para o fortalecimento do mercado de crédito e, com isso, do próprio desenvolvimento econômico do país, não obstante a crescente importância e desenvolvimento do mercado de capitais no Brasil, com investimentos diretos, igualmente importantes para a economia. Diante desse cenário, cumpre ao ordenamento jurídico buscar e preservar um sistema financeiro sólido e saudável, de modo a assegurar que o crédito continue sendo intermediado pelas instituições financeiras, impulsionando o desenvolvimento da economia.

Roberto Luiz Troster,⁸⁶ ao examinar a razão para o tratamento específico à atividade bancária, afirma que os impactos de uma crise bancária são maiores do que

⁸⁴ “*But the English money is ‘borrowable’ money. Our people are bolder in dealing with their money than any continental nation, and even if they were not bolder, the mere fact that their money is deposited in a bank makes it far more obtainable. A million in the hands of a single banker is a great power; he can at once lend it where he will, and borrowers can come to him, because they know or believe that he has it. But the same sum scattered in tens and fifties through a whole nation is no power at all: no one knows where to find it or whom to ask for it. Concentration of money in banks, though not the sole cause, is the principal cause which has made the Money Market of England so exceedingly rich, so much beyond that of other countries*” (BAGEHOT, 1999, págs. 05/06). Tradução livre: Mas, o dinheiro inglês é um dinheiro emprestado. Nosso povo é ousado para negociar com seu próprio dinheiro do que qualquer nação continental, e mesmo que eles não são ousados, o mero fato de o dinheiro deles estar depositado no banco o faz mais acessível. Um milhão nas mãos de um único banqueiro é um grande poder; ele pode emprestá-lo de uma só vez, e os tomadores podem vir até ele, porque eles sabem ou acreditam que ele tenha recursos financeiros. Mas, a mesma quantia dispersada em dez ou cinquenta por uma nação inteira não é poder algum: ninguém saberá onde procurar ou a quem procurar. A concentração de recursos nos bancos, embora não seja a única causa, é a principal causa que fez o mercado de crédito da Inglaterra tão excessivamente rico, muito além dos demais países.

⁸⁵ SADDI, 2001, pág. 58.

⁸⁶ TROSTER, 1994, pág. 29.

aqueles de uma crise em outras atividades, dada a fragilidade acentuada dos bancos. Pelo menos em análise superficial, o que subjaz a afirmação do aludido autor é justamente a proteção à poupança popular. De fato, toda quebra de uma sociedade de grande porte gera prejuízos para a sociedade em geral, principalmente para os seus empregados diretos e mesmo os empregos indiretos.

Contudo, no caso de quebra de uma instituição financeira, o prejuízo social é mais tangível e evidente, merecendo especial atenção pelo Ordenamento Jurídico. Por exemplo, para o correntista que naquela instituição financeira mantinha o seu capital acumulado, a insolvência da instituição poderá acabar com a economia de uma vida toda. Para o setor privado, a crise de uma instituição significa a redução de capital a ser emprestado, ou, pelo menos, a redução de concorrência dentro do setor bancário, o que, em tese, aumenta o preço do capital.

Além disso, para o próprio sistema financeiro, a insolvência de um banco, por exemplo, poderá afetar diretamente as demais instituições financeiras, dependendo da sua capilaridade dentro do sistema financeiro, ou seja, das operações entre instituições financeiras, mesmo que indiretamente, por meio de risco de imagem perante os consumidores. Cumpre lembrar que a confiança⁸⁷ é fator primordial no mercado financeiro. Isso porque os bancos não possuem recursos para pagamento imediato de todos os seus depositantes, caso todos eles retirassem a integralidade dos seus recursos no mesmo dia.

Via de regra, os depositantes confiam que há uma lógica por detrás do sistema financeiro. Em outras palavras: que o banco possui recurso suficiente para retirada de seus depositantes, dentro de uma previsão de retiradas de recursos pelos clientes. Contudo, basta um simples arranhão à imagem de um banco específico para que uma parte de seus clientes corra para retirar seus recursos. Os clientes menos cautelosos rapidamente tomarão a mesma medida, pois sabem que a corrida de saques poderá ensejar a quebra do banco. Desse modo, a insolvência de um banco poderá gerar a chamada “corrida ao banco”, abalando a confiança dos cidadãos no mercado financeiro e, com isso, colocando em risco o sistema financeiro por completo.

⁸⁷ “Evidentemente, todas as empresas precisam de algum grau de credibilidade junto aos seus clientes e fornecedores para operar. Entretanto, no caso das instituições financeiras, esse atributo é essencial. Ninguém confia seu dinheiro a um banco se não houver a segurança de que ele será devolvido nas condições pactuadas”. (LUNDBERG, 1999, págs. 30/31).

Diante disso, certamente a necessidade de assegurar um sistema financeiro sólido constitui mais uma razão para a existência de um regime jurídico específico às instituições financeiras, não com o enfoque no direito individual do depositante, mas sim, no desenvolvimento financeiro da sociedade.

No que diz respeito ao quarto possível interesse jurídico vislumbrado pela doutrina, mais especificamente, a repressão à usura, este não deve ser reconhecido como interesse jurídico protegido pelo regime jurídico das instituições financeiras. Sobre isso, Eduardo Salomão Neto⁸⁸ lembra que existem normas específicas no que diz respeito à repressão à usura. Dentre elas, é possível elencar (i) os artigos 406 e 591 do CC,⁸⁹ que definem a taxa de juros legais como o limite possível para os contratos de mútuo feneratício entre civis; (ii) o Decreto nº 22.626/33, mais conhecido como a Lei de Usura, proibindo para os demais contratos, quando não regidos por legislação própria, a fixação de taxa de juros correspondente ao dobro da taxa legal;⁹⁰ (iii) e a Lei 1.521/51, que tipifica o crime de cobrança de juros acima das taxas legais.⁹¹ Isso significa dizer que não é necessário um regime jurídico próprio à atividade privativa de instituição financeira tão somente para coibir a usura, pois já existe uma legislação específica e eficiente acerca dessa questão, objetivando coibir a prática da usura.

Aliás, a cobrança de juros, razoáveis ou não, antecede à criação dos bancos tais como os que hoje conhecemos. Naill Ferguson relata que a família Medici, certamente uma importante propulsora dos negócios bancários, no início da sua trajetória, seria mais adequadamente classificada como um grupo de bandidos do que banqueiros, tendo em vista a proibição de cobrança de juros.⁹²

⁸⁸ NETO, 2007.

⁸⁹ “Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

⁹⁰ “Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal.

⁹¹ Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito”.

⁹² “Antes dos anos 1930, poderíamos sugerir legitimamente, os Medici eram mais bandidos do que banqueiros: um clã pequeno e arrivista, mais notado pela baixa violência do que pelas altas finanças. (...) Enquanto a imposição de juros era condenada como usura pela Igreja, não havia nada que impedisse um negociante hábil de lucrar nessas transações. Essa foi a essência do negócio dos Medici. (...) Não havia

Em suma, não há motivo para se criar um regime jurídico para evitar a usura quando há um prévio e eficiente arcabouço legislativo contra a cobrança usurária de juros. Além disso, Eduardo Salomão Neto⁹³ também destaca que admitir o combate à usura como bem jurídico a ser protegido *in casu* seria um equívoco também pela própria dinâmica da intermediação do crédito. Isso porque a usura somente existe quando da aplicação do capital, atividade esta que, isoladamente, não diz respeito à atividade privativa de instituição financeira, sob pena de alargar demasiadamente a abrangência deste regime jurídico especial.

Por fim, quanto ao último interesse jurídico apontado por parte da doutrina como protegido pelo regime jurídico das instituições financeiras, este diz respeito à proteção aos meios de pagamento, sendo igualmente incorreto reconhecer ser este um interesse jurídico a ser protegido pelo regime jurídico das instituições financeiras. Nesse sentido, Jonathan Macey, Geoffrey Miller e Richard Carnell⁹⁴ afirmam que os bancos devem ser regulados por três motivos: participação na criação e destruição de moeda; sua função como guardião dos meios de pagamentos; e suscetibilidade a corridas.

O primeiro motivo elencado pelos autores diz respeito ao poder de criação de moeda escritural pelas instituições financeiras, demonstrando uma preocupação com a atividade privativa de instituição financeira exercida pelos bancos, conforme analisado anteriormente. Já o terceiro interesse jurídico indicado pelos autores, suscetibilidade a corridas, refere-se ao interesse de manter um sistema financeiro sólido, o que também já foi analisado anteriormente.

Porém, o segundo motivo apontado pelos aludidos autores não diz respeito à atividade privativa de instituição financeira, ou seja, de intermediação do crédito ou mesmo custódia de valores de terceiros. Isso porque, embora a figura do banco muitas vezes se confunda com a atividade de instituição financeira, é importante ressaltar que os bancos não exercem somente operações bancárias, e que nem toda operação bancária diz respeito à atividade de intermediação do crédito. Por exemplo, são bancários

juros; os depositantes recebiam *discrezione* (em proporções aos ganhos anuais da firma) para compensá-los por arriscar seu dinheiro” (FERGUSON, Niall. 2009, pág. 53).

⁹³ NETO, 2007, pág. 17.

⁹⁴ “*In fact, banks differ from other businesses in at least three important ways: (1) their susceptibility to runs and panics; (2) their role in the money supply; and (3) their role in the payments system*” (MACEY; MILLER; CARNELL, 2001, pág. 57). Tradução livre: De fato, bancos diferem de outros negócios em pelo menos três formas importantes: (1) suas suscetibilidades a corridas e pânico; (2) seus papéis no fornecimento de dinheiro; e (3) seus papéis no sistema de pagamento.

serviços de cobrança de títulos, v.g. Contudo, esses contratos não dizem respeito à atividade privativa de instituição financeira, nos moldes aqui expostos.

Nelson Abrão⁹⁵ faz uma divisão similar à acima apresentada, denominando operações bancárias essenciais as destinadas à negociação de crédito (atividade privativa de instituição financeira), ao lado do que chamou de operações bancárias acessórias, pelas quais não há concessão de crédito, mas prestação de serviços bancários. Nessa perspectiva, os três motivos elencados por Jonathan Macey, Geoffrey Miller e Richard Carnell⁹⁶ ora dizem respeito à atividade privativa de instituições financeira, ora somente aos demais serviços bancários.

De fato, os bancos hoje são uma engrenagem indispensável na sociedade atual, não sendo comum um simples dia em que qualquer cidadão ou sociedade não utilize seus serviços para emissão e pagamentos de contas, recebimento de salários, transferência de valores, etc. A importância desse serviço prestado pelos bancos é tal que Hank Paulson, o Secretário do Tesouro americano durante a crise financeira de 2008, afirma em documentário⁹⁷ que decidiu salvar os bancos prestes a quebrar em prol da população, pois, caso o sistema bancário entrasse em colapso e, com isso, desaparecessem os meios de pagamento que os bancos forneciam, a economia simplesmente pararia do dia para a noite.

Entretanto, esses serviços prestados pelas instituições financeiras, embora sejam operações bancárias, não fazem parte da atividade privativa de instituição financeira. Isso significa dizer que, pelo menos no que diz respeito ao art. 17 da Lei 4.595/64, conforme interpretação aqui defendida, não há óbice para que instituições não financeiras possam prestar esse serviço de intermediadoras dos meios de pagamento. Aliás, os próprios autores Jonathan Macey, Geoffrey Miller e Richard Carnell entendem que, embora, de maneira geral, as duas atividades sejam exercidas conjuntamente por

⁹⁵ ABRÃO, 2009, págs. 61/62.

⁹⁶ Ver nota 91.

⁹⁷ *Hank: 5 Anos Depois do Colapso*. Título original: *Hank: 5 Years from the Brink*. Direção: Joe Berlinger. Estados Unidos: Bloomberg Business Week e Radical Media. Ano: 2013. 85 minutos. Colorido.

bancos,⁹⁸ nada obsta a que sejam prestadas separadamente, ou seja, que os meios de pagamento sejam manejados por instituições não bancárias.⁹⁹

A esse respeito, os arranjos de pagamento e o sistema de pagamento brasileiro tiveram recentemente o seu marco legal e regulatório, mais especificamente pela Lei 12.865/13, que afastou qualquer dúvida quanto à natureza dessa atividade ao criar a figura da instituição de pagamento, a qual não poderá exercer a atividade privativa de instituição financeira. Por outro lado, a Lei permite que as instituições financeiras possam aderir aos arranjos de pagamento.¹⁰⁰

Importa esclarecer que a aludida legislação também afastou as dúvidas acerca da competência do BACEN para regular os arranjos de pagamento, tendo em vista que, até o marco regulatório, muitas sociedades que prestavam tais serviços não eram regulamentadas pelo BACEN, cujas normas incidiam tão somente em relação às instituições financeiras ao praticarem tais atividades.¹⁰¹ Desse modo, a proteção ao

⁹⁸ “*Why do banks dominate the payment system? No law says they must. It is possible to imagine a system in which clearance occurs outside the banking industry*” (MACEY, MILLER e CARNELL, 2001, pág. 64). Tradução livre: Por que os bancos dominam o sistema de pagamento? Nenhuma lei faz tal previsão. É possível imaginar um sistema no qual a liquidação ocorra fora do sistema bancário.

⁹⁹ “*Thus banks provide two different services: they act as financial intermediaries, and they facilitate wealth transfers by bookkeeping entries. What connection, if any, exists between these services? One can certainly separate the two services. A financial intermediary need not offer transaction services. Life insurance companies, pension funds, and finance companies are all financial intermediaries. Yet they do not themselves provide transaction services (although they may have a bank or thrift affiliate that does so). By the same token, a company can provide transaction services without intermediation. For example, you can wire money quickly to someone far away using a money transmitter (such as Western Union)*” (Ibidem, pág. 52). Tradução livre: Assim, os bancos providenciam dois diferentes serviços: eles atuam como intermediadores financeiros, e eles facilitam transferência de bens contabilizando-as. Qual a conexão, se há algum, entre estes dois serviços: um pode certamente separar estes dois serviços. Um intermediador financeiro não precisa oferecer serviços de transação. Seguradoras de vida, fundos de pensão, e empresas financeiras são todos intermediários financeiros. Ainda assim, eles não prestam serviços de transação (embora eles possam ter um banco ou terceiro afiliado que faça esse serviço). Do mesmo modo, uma empresa pode prestar serviços de transação sem intermediação. Por exemplo, você pode transferir dinheiro rapidamente para alguém que esteja bem distante, usando uma empresa de transferência de dinheiro (como a Western Union).

¹⁰⁰ “Art. 6º. Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se: (...) § 1º As instituições financeiras poderão aderir a arranjos de pagamento na forma estabelecida pelo Banco Central do Brasil, conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. § 2º É vedada às instituições de pagamento a realização de atividades privativas de instituições financeiras, sem prejuízo do desempenho das atividades previstas no inciso III do caput. (...)” (Lei 12.865/2013).

¹⁰¹ “A ausência de uma regulação específica no passado gerava uma grande insegurança jurídica para o desenvolvimento efetivo da atividade de pagamentos móveis no país, ensejando discussões acerca da caracterização da atividade de emissão de meios de pagamento como atividade privativa de instituição financeira. Ao mesmo tempo, havia uma grande preocupação com a assimetria regulatória, apesar dos constantes esforços para a implementação da autorregulação. Enquanto os instrumentos de pagamento emitidos por instituições financeiras estavam sujeitos à supervisão do Banco Central do Brasil (Bacen), as demais entidades emissoras de meios de pagamento, por não serem consideradas instituições financeiras, não estavam sujeitas a qualquer regulação ou supervisão. (...) Finalmente, em 09.10.2013, a MedProv

sistema financeiro, no que diz respeito aos seus serviços bancários acessórios, mais especificamente, quanto a serviços de intermediador de pagamento, não faz parte dos objetivos da regulamentação especial da atividade privativa de instituição financeira.

Compilando os entendimentos até aqui apresentados, é possível elencar três interesses jurídicos por detrás da criação de um regime jurídico próprio à atividade privativa de instituição financeira: (i) proteção à economia popular; (ii) controle monetário, dado o poder de criação de moeda escritural quando da intermediação do crédito; e, por fim, (iii) crescimento econômico da sociedade, mediante concessão de crédito.

Contudo, uma sociedade não deve ser considerada instituição financeira tão somente porque sua atividade pode influenciar os interesses jurídicos acima elencados, sobretudo quando não influenciam os três conjuntamente. Os interesses jurídicos acima apresentados são somente ferramentas para uma correta interpretação do conceito de instituição financeira. Não devem ser confundidos com os atos que compõem a atividade privativa, o que será analisado no capítulo 2.5.

No que diz respeito ao crescimento econômico da sociedade, mediante concessão de crédito, o certo é que qualquer um pode conceder crédito a terceiro, o que, obviamente, não transforma um investidor em instituição financeira, por exemplo. Já no que se refere à criação de moeda escritural, somente as instituições financeiras que recebem depósitos à vista, como um banco comercial, possuem o poder de emitir moeda escritural. Mas, os bancos de investimento, por exemplo, são instituições financeiras, mesmo recebendo somente depósitos a prazo e, com isso, não podendo emitir moeda escritural.¹⁰²

615, com pequenas alterações, foi convertida na Lei 12.865. A Lei 12.865, além de tratar dos princípios e normas gerais dos “arranjos de pagamento” e “instituições de pagamento”, conferiu ao Conselho Monetário Nacional (CMN) e ao Bacen poderes para regulamentar estas entidades” (BALDUCCINI, FIRMATO, GUAZZELLI e NETO, 2014).

¹⁰² A análise individual de cada tipo de instituição financeira será realizada ao final deste capítulo.

2.5 Sugestão de definição de instituição financeira

A despeito das tortuosas redações do art. 17 da Lei 4.595/64 e do art. 1º da 7.492/86, a doutrina e a jurisprudência majoritária entendem que a atividade privativa é composta de atos coordenados objetivando (i) a intermediação do crédito e/ ou (ii) a custódia de valores de terceiros.

Nos próximos itens, será analisada justamente a posição doutrinária e jurisprudencial a esse respeito, bem como será apresentada uma sugestão de definição, adiantada no parágrafo abaixo, levando em consideração os interesses jurídicos que se pretende proteger, conforme acima analisado. Além disso, também será realizada, ao final, uma análise sobre a equiparação legal de atividades determinadas à atividade privativa. Contudo, não serão analisadas as atividades equiparadas em si, mas somente sua natureza e a consequência da equiparação.

Nessa perspectiva, diante das posições doutrinárias que serão abaixo analisadas, em nossa opinião, a melhor conceituação de instituição financeira pode ser expressa nos seguintes termos: **instituição financeira é a sociedade anônima que exerce a atividade que lhe é privativa, composta pelos seguintes atos praticados coordenadamente: (i) coleta de capital (ii) para repasse a terceiros, (iii) ambos abertos ao público em geral, (iv) em nome próprio, e ainda com fim de obtenção de lucro e de forma profissional.**

Também será defendido que a custódia de valores de terceiro não mais faz parte da atividade privativa de instituição financeira, tendo sido derogada a parte final do art. 17 da Lei 4.595/64, podendo tal atividade ser praticada não só por instituições financeiras, mas atualmente, pelas pessoas elencadas no art. 24 da Lei 6.385/76.

2.5.1 *Intermediação de crédito*

A doutrina já indicou ser necessário superar a interpretação objetiva e gramatical do aludido art. 17 da Lei 4.595/64, analisando outros elementos além dos linguísticos, de modo a evitar conclusões esdrúxulas oriundas da interpretação literal.

Nesse sentido, Arnold Wald¹⁰³ expõe sua análise acerca do tema:

As operações bancárias que constituem o monopólio das instituições financeiras são aquelas nas quais há, sucessivamente, captação de recursos, mediante depósito do público, intermediação dos mesmos e sua aplicação em favor de terceiros. É a interpretação que foi dada ao art. 17 da Lei 4.595/64 pelo próprio Banco Central, seus consultores, a legislação posterior, a jurisprudência dos tribunais e do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional e doutrina, prevalecendo também no direito comparado.

Já Eduardo Salomão Neto¹⁰⁴ elencou quais seriam os atos da atividade privativa de instituição financeira:

(i) a captação de recursos de terceiros em nome próprio, (ii) seguida de repasse financeiro através de operação de mútuo, (iii) com o intuito de auferir lucro derivado da maior remuneração dos recursos repassados em relação à dos recursos coletados, (iv) desde que a captação seguida de repasse se realize em caráter habitual.

Wilson do Egito Coelho,¹⁰⁵ de forma sucinta, define a atividade em questão da seguinte forma:

Temos, então, como coleta, a operação passiva (devedor direto) e como aplicação, a operação ativa (credor direto). Da inter-relação das duas surge a intermediação que, em Direito Comercial, significa a intromissão especulativa. Os três elementos interligados, reciprocamente dependentes, formam uma unidade conceitual, portanto.

Ivo Waisberg e Gilberto Gornati¹⁰⁶ igualmente entendem a necessidade de conjunção dos três verbos – coletar, intermediar e aplicar –, a ser acrescida ainda a profissionalidade, para configuração da atividade privativa de instituição financeira. Outro não é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera,¹⁰⁷ que afirma que o banco

¹⁰³ WALD, 2005.

¹⁰⁴ NETO, 2007, pág. 27.

¹⁰⁵ COELHO, 2000.

¹⁰⁶ “A razão assiste aos autores que criticam a formulação legal. A interpretação literal tornaria atos cotidianos numa série de infrações penais e administrativas, o que não se pode permitir. A interpretação deve buscar a exequibilidade da norma e, neste caso, ela reside na conjunção dos três atos, coletar, intermediar e aplicar, acrescido da forma profissional, destacada por Nelson Eizerick” (WAISBERG e GORNATI, 2012, pág. 28).

¹⁰⁷ “Se adotarmos um trabalho hermenêutico sistemático, veremos que há de se levar em conta que a atividade financeira é fundamentalmente uma operação de intermediariedade. Como já pudemos discorrer

toma recurso perante o público, intermediando tais valores, em nome próprio, para fins de empréstimo a terceiros. Já Sidnei Turczyn¹⁰⁸ expõe que a atividade de instituição financeira tem como objeto a intermediação entre poupadores e tomadores, de forma profissional, permitindo, com isso, a redução de custos e risco.

Para Lauro Muniz Barreto,¹⁰⁹ a atividade privativa, por ele denominada atividade bancária ou de banqueiro, consiste no que o autor chamou de “Binômio Bancário: Tomar dinheiro emprestado a crédito e dá-lo também por empréstimo”. O autor esclarece que a intermediação financeira deve ser acompanhada de certas peculiaridades, para que estejamos diante de atividade de banqueiro: (i) habitualidade, (ii) fim lucrativo, (iii) ser esta a sua profissão e (iv) responsabilidade própria, direta e pessoal da instituição financeira intermediadora.

Para Carvalho de Mendonça,¹¹⁰ as instituições financeiras servem de “intermediários do crédito”. O autor defende que a atividade de instituição financeira consiste, basicamente, em receber de uns a crédito e, paralelamente, emprestar a outros também a crédito, objetivando a obtenção de lucro dentro desta estrutura financeira. Com isso, é criado um mercado especial, cujo objeto de troca é o capital acumulado de uns, para empréstimo a outros, figurando a instituição financeira como a intermediadora desse capital.

Outro não é o entendimento de Sergio Carlos Covello,¹¹¹ para quem instituição financeira é aquela que tem por finalidade precípua a intermediação do crédito por meio

neste capítulo, a caracterização de instituição financeira marca-se pela atividade de intermediação entre o prestador, a poupança disponível e o tomador de recurso. Assim, o banco toma recursos junto ao público, por intermédio de depósitos ou colocação de certificados de depósitos bancários e empresta, em seu nome, os valores que lhe foram confiados” (MOSQUERA, 1998, pág. 48).

¹⁰⁸ “A atividade financeira, ou seja, o exercício profissional dessa intermediação, que se desenvolve no mercado financeiro, deve permitir a eficiente interação entre poupadores e tomadores de recursos, promovendo a aproximação entre os vários agentes econômicos a um custo mínimo e a um nível reduzido de risco, promovendo assim a liquidez do mercado” (TURCZYN, 2005, pág. 47).

¹⁰⁹ BARRETO, 1975, pág. 26.

¹¹⁰ “De uns recebem a crédito; a outros dão a crédito, aplicando os capitais recebidos; ou melhor, dão a crédito e recebem a crédito exatamente para darem a crédito. Criam assim um especial mercado, no qual servem de intermediários entre os capitais que desejam emprego e o trabalho que os procura, ou, conforme se diz com maior elegância, servem de intermediários do crédito” (MENDONÇA, 1970, pág. 14).

¹¹¹ “Podemos conceituar o Banco como empresa que tem por finalidade principal a intermediação do crédito por meio de operações típicas que envolvem aqueles que dão o dinheiro e aqueles que o recebem. No conceito, encontram-se três elementos básicos: a mediação ou interposição no crédito, a pluralidade dos atos interponentes e o exercício profissional” (COVELLO, 1981, pág. 3).

de operações típicas, envolvendo aqueles que emprestam dinheiro e aqueles que necessitam desse capital, a ser exercida de modo profissional e com habitualidade.

Já Eduardo Fortuna¹¹² faz uma distinção entre os “intermediários financeiros e as instituições auxiliares”. O primeiro grupo é composto pelos bancos comerciais, de investimentos e desenvolvimento, a Caixa Econômica Federal, as sociedades de crédito e os bancos múltiplos. O primeiro grupo se caracteriza pelo fato de captar recursos diretamente do público por sua própria iniciativa e responsabilidade e, posteriormente, aplicar esses recursos em favor daqueles que necessitam do capital. Já as instituições auxiliares seriam aquelas que colocam em contato os poupadores e investidores com aqueles que necessitam do capital. São elas as bolsas de valores, por exemplo.

Nesse sentido, o entendimento de Eduardo Fortuna¹¹³ deixa bastante evidenciado o principal elemento da atividade financeira, a saber, a intermediação do crédito em nome próprio. Além disso, Fortuna¹¹⁴ afirma que a instituição financeira, além de ser caracterizada como intermediadora do crédito, também pode ser entendida como aquela com capacidade de criação de moeda escritural.

Somente as instituições financeiras autorizadas a receber depósitos à vista têm o poder de criar moeda escritural, mas existem outras instituições financeiras que realizam a intermediação de crédito, tal como os bancos de investimento e desenvolvimento, que somente recebem depósitos a prazo, conforme será pormenorizadamente exposto quando da análise dos tipos de instituições financeiras.

José Edwaldo Tavares Borba,¹¹⁵ ao emitir parecer sobre possibilidade de mútuos entre empresas do mesmo grupo, afirmou que o mútuo somente deve ser considerado como atividade privativa de instituição financeira quando há esforço de intermediação especulativa entre a captação e a aplicação de recursos monetários.

¹¹² FORTUNA, 2005, pág. 17.

¹¹³ *Ibidem*, pág. 17.

¹¹⁴ FORTUNA, 2005.

¹¹⁵ “Os empréstimos concedidos por empresas não financeiras são, por conseguinte, perfeitamente legítimos, desde que não tenham a conotação da intermediação, aliada à característica da profissionalidade, que resultaria do intuito de lucro, a ser alcançado através do diferencial apurado entre as tacas de captação e as de aplicação.” (BORBA, 2007, pág. 158)

Já Alberto Xavier,¹¹⁶ além de expor conclusões semelhantes às até aqui analisadas, esclarece também: (i) o conceito previsto no art. 17 da Lei 4.595/64 não pode ser interpretado sem ser cotejado com o rol exemplificativo contido no § 1º do art. 18 da mesma norma, no qual são elencados certos tipos de instituições financeiras, sendo que todas praticam conjuntamente os atos de coletar, intermediar e aplicar o capital, demonstrando a necessidade da presença conjunta destes atos, bem como (ii) que a aplicação de recursos próprios, ainda que realizada de caráter habitual e sistemático, não deve ser considerada atividade privativa de instituição financeira, por não estar presente a intromissão especulativa.

Diante de todas as definições acima apresentadas, pode-se concluir que há certo consenso quanto aos elementos principais da definição da atividade privativa de instituição financeira. Assim se afirma porque as diferenças entre as definições são, na realidade, acréscimos de determinados elementos, enriquecendo o que já havia sido dito por algum autor.

Diante das posições doutrinárias anteriormente analisadas, não pretendemos trazer elementos inovadores em relação às conceituações doutrinárias já analisadas, mas pretendemos, sim, formular uma definição sucinta, optando pelas palavras que mais adequadamente expressem o significado almejado¹¹⁷ e compilando os elementos que parecem ser indispensáveis para formular uma definição.

Assim, em nossa opinião, a melhor definição de instituição financeira – e consequentemente, da atividade que lhe é privativa – pode ser expressa nos seguintes moldes: **instituição financeira é a sociedade anônima que exerce a atividade que lhe é privativa, composta dos seguintes atos praticados coordenadamente: (i) coleta de capital (ii) para repasse a terceiros, (iii) ambos abertos ao público em geral, (iv) em nome próprio, e ainda com fim de obtenção de lucro e de forma profissional.**

Coletar capital significa receber capital mediante depósitos, seja à vista, como ocorre com bancos comerciais e múltiplos, por exemplo, seja a prazo, tal como sucede com os bancos de desenvolvimento ou investimento, além dos próprios bancos

¹¹⁶ XAVIER, 1982.

¹¹⁷ Por exemplo, tanto a palavra aplicar, como também a palavra repassar necessitam ser analisadas no contexto para que se compreenda o significado pretendido, mas a palavra repassar parece exprimir mais adequadamente o significado pretendido.

comerciais e múltiplos.¹¹⁸ Repassar a terceiros denota transferir capital, seja destinado a um projeto específico, seja sem destinação específica. Conforme ensina Jairo Saddi,¹¹⁹ o crédito bancário não pode ser resumido somente ao mútuo, tendo em vista que esta transferência de capital pode ser instrumentalizada por vários meios, dentre os quais, o mútuo.

Também importa esclarecer que a palavra *repasse* foi utilizada ao invés da palavra *aplicar*, a qual consta no art. 17, para facilitar a compreensão do intérprete, por exprimir melhor a ato de repassar o capital a terceiro. Não há, todavia, uma alteração de significados. Repassar a terceiros e aplicar, tal como consta no art. 17, possuem o mesmo significado, de repassar a terceiros valores intermediados, por alguma operação de crédito.

A expressão “conceder crédito”, embora tenha o significado vulgar de emprestar dinheiro, o que estaria correto, pode gerar confusão. Mais uma vez, Jairo Saddi¹²⁰ esclarece que o crédito consiste no direito de cobrar algo do devedor. O crédito pode ser financeiro, quando proveniente de transferência de capital, ou pode ser comercial, quando decorrente de uma compra e venda com pagamento postergado, por exemplo.

Um exemplo é a venda de moeda estrangeira a crédito, denominada adiantamento de contrato de câmbio, o que não consiste em transferência de capital, mas tão somente em venda de divisa, com entrega imediata do bem (moeda estrangeira), mas com pagamento previsto para data posterior, descaracterizando o ato de aplicação de recursos. Outro exemplo, ainda mais comum, é dado por Lauro Muniz Barreto:¹²¹

É muito comum, no nosso interior, pobre e inculto, ser tido como operação bancária o adiantamento de dinheiro, por firma comercial, para promover uma entrega futura de produto agrícola. Empréstimo de tal natureza não caracteriza comércio bancário.

No que concerne ao terceiro elemento, quando se defende que a coleta e distribuição do capital sejam abertas ao público em geral, isso significa que tais atos não

¹¹⁸ As modalidades de captação de recursos de cada tipo de instituição financeira serão analisadas no capítulo 2.6.

¹¹⁹ SADDI, 2007.

¹²⁰ SADDI, 2007.

¹²¹ BARRETO, 1975, pág. 29.

podem ser direcionados a uma pessoa ou a determinado grupo de pessoas. Isso porque, caso a captação fosse direcionada a uma pessoa ou determinado grupo, tal captação não afetaria a economia popular. Obviamente, determinada instituição financeira terá mais ou menos sucesso perante determinado público, não sendo isso suficiente para descaracterizar o fato de tal instituição financeira estar apta a captar perante o público em geral.

Já no que diz respeito ao quarto elemento, mais especificamente, que a coleta e a transferência para terceiro sejam realizadas em nome próprio, isso significa que a instituição financeira atuará em nome próprio, sendo ela necessariamente uma pessoa interposta entre seu cliente superavitário, que deposita o recurso, e o também seu cliente deficitário, que recebe tais recursos. Isso significa que cada cliente possui individualmente relação com a instituição financeira, mas não deverá existir relação direta entre os dois clientes quando da transferência de crédito.

Nesse sentido, Wilson do Egito Coelho¹²² ensina que a aplicação de recursos próprios, ou mesmo de terceiros sem que seja em nome próprio, seja por qual modalidade for, descaracteriza a atividade de instituição financeira, por não estar presente um importante elemento denominado pela doutrina “interposição ou intromissão”.¹²³

Lauro Muniz Barreto¹²⁴ afirma que a instituição financeira deverá assumir os riscos da intermediação do crédito, esclarecendo que não consiste em atividade de instituição financeira a intermediação do crédito por aproximação entre mutuante e

¹²² “Deste modo, a aplicação de recursos próprios ou de terceiros, em moeda, só é atividade privativa das instituições financeiras quando ficar caracterizada a intermediação, ou coleta anterior dos mesmos recursos. A expressão – recursos financeiros próprios – está regida por coleta, intermediação ou aplicação, conjugadamente. Não será possível admitir-se – por absurdo – *Coleta* de recursos financeiros próprios, ou *Intermediação* na aplicação de recursos financeiros próprios. (...) A expressão – recursos financeiros de terceiros – que também compõe o texto legal, tem por objetivo os vários fundos de investimentos, poupança etc., etc., que as denominadas financeiras organizam, captam e, apenas, *Administram*” (COELHO, 2000).

¹²³ Enquanto Lauro Muniz Barreto prefere a palavra “interposição”, Carvalho de Mendonça utiliza o vocábulo “intromissão”, sendo certo que as duas palavras exprimem bem a necessidade de a instituição financeira estar entre os seus clientes (superavitário e deficitário).

¹²⁴ “Existem, como se sabe, outros elementos de mediação, de onde convém precisar-se que a mediação operada pelos Bancos não é aquela que se caracteriza pela simples aproximação realizada entre aqueles que dão a crédito e aqueles que recebem a crédito, sem assumir, entretanto, uma responsabilidade própria, direta e pessoal” (BARRETO, 1975, pág. 31).

mutuário, sem que o intermediador assuma o risco, ou seja, tenha responsabilidade própria, direta e pessoal.¹²⁵

Nesse mesmo sentido, Eduardo Salomão Neto¹²⁶ esclarece que existem sociedades que realizam coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiro, sem que isso as equipare a uma instituição financeira. Exemplificando sua afirmação, Eduardo Salomão Neto¹²⁷ analisa que as administradoras de imóveis, dentre as suas funções, têm a incumbência de captar os alugueis e repassá-los ao proprietário.

Já uma sociedade corretora e distribuidora de títulos tem como função básica a aplicação de recursos de seus clientes, sem que isso a torne uma instituição financeira. Aliás, se assim não fosse, não haveria necessidade de a legislação prever determinadas equiparações entre sociedades corretoras e instituições financeiras.

Importa destacar que a palavra *intermediar*, embora muito utilizada nas definições doutrinárias aqui analisadas, não foi utilizada na sugestão de definição acima defendida. Isso porque a palavra *intermediador*, em uma análise gramatical e isolada, significa também aquele que “*serve de ligação ou torna possível a comunicação ou o entendimento*”.¹²⁸ De fato, pela acepção comum da palavra *intermediar*, esta pode significar tanto intermediar em nome próprio, como faz uma instituição financeira, como também intermediar no sentido de aproximar duas partes interessadas, como uma corretora, por exemplo.

Obviamente, os doutrinadores que utilizam a palavra *intermediar* nas definições de instituição financeira assim o fazem no sentido de intermediar em nome próprio. Não há dúvidas a esse respeito. Aliás, nesta dissertação, em muitas oportunidades é dito que

¹²⁵ Nada obsta, em tese, que esse risco possa ser posteriormente mitigado ou até mesmo repassado, como se verá no capítulo acerca de derivativos.

¹²⁶ “Por outro lado, existem também empresas que empreendem a coleta, intermediação ou aplicação de fundos como atividades principais, sem que isso as equipare, segundo mostra o senso comum, a instituições financeiras. Assim, por exemplo, uma administradora de cartão de imóveis tem o encargo de cobrar alugueis dos imóveis que administra, captando-os e repassando-os aos proprietários, sem ser instituição financeira. Já sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários também têm sua atividade centrada na aplicação de recursos de seus clientes nos mercados financeiros e de capitais, sem serem instituições financeiras. Isso é, de resto, reconhecido pela própria legislação, na medida em que se faz necessária a equiparação de sociedades corretoras e distribuidoras a instituições financeiras” (NETO, 2007, pág. 15).

¹²⁷ NETO, 2007, pág. 15.

¹²⁸ “Intermediador”. In: *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [em linha], 2008-2013, Disponível em <www.priberam.pt/DLPO/intermediador>. Consultado em 04/11/2015.

a atividade de instituição financeira consiste naquela atividade de intermediação de crédito.

Por outro lado, a sugestão de definição aqui sugerida e defendida tem como intenção apresentar de forma sucinta os pontos-chave da atividade de intermediação de crédito. E, para deixar essa sugestão de definição o mais precisa possível, parece ser mais adequado não utilizar a palavra *intermediar*, muito embora tal palavra, tão utilizada nas outras definições doutrinárias, tenha o mesmo significado do que está dito na definição aqui sugerida: coletar e repassar capital em nome próprio.

Por fim, quanto aos dois últimos elementos – finalidade de obtenção de lucro e de forma profissional –, vale desde já lembrar que instituições financeiras devem necessariamente ser constituídas sob a forma de sociedades anônimas,¹²⁹ razão pela qual já se presume a intenção de lucro e a formação profissional, conforme bem analisado por Tullio Ascarelli.¹³⁰

Esses elementos não são dispensáveis, seja por serem intrínsecos ao próprio conceito de atividade comercial – e a atividade privativa de instituição financeira é uma atividade comercial –, seja ainda por conta da forma social adotada pelas instituições financeiras. Mas a menção a ambos os elementos é extremamente importante, para evitar que pessoas físicas que realizem esporadicamente e/ ou sem intenção de lucro a intermediação de crédito sejam consideradas instituições financeiras.

Expostas essas explicações iniciais, cumpre retornar à questão da coleta de capital aberta ao público em geral, fazendo-se necessária uma digressão específica sobre esse tema. Embora a doutrina sempre elenque a captação de recursos perante o público como elemento da atividade privativa de instituição financeira, faz-se necessário analisar mais cuidadosamente os instrumentos de captação disponíveis às instituições financeiras.

¹²⁹ “Lei 4.595/64. Art. 25. As instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima, devendo a totalidade de seu capital com direito a voto ser representada por ações nominativas”.

¹³⁰ “A profissionalidade está então implícita no fato de que a realização da atividade constitui o fim da pessoa jurídica” (ASCARELLI, 2007, pág. 223). Nesse mesmo sentido, o art. 2º e seu §1º da Lei 6.404/76 preveem expressamente o fim lucrativo das sociedades anônimas: “Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. § 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio”.

A primeira indagação a ser feita diz respeito aos recursos próprios da instituição financeira. Conforme previamente analisado, a atividade privativa se refere à intermediação de crédito, excluindo as pessoas que concedem crédito mediante recursos próprios. Entretanto, as instituições financeiras possuem patrimônio próprio, seja decorrente dos limites mínimos de capital, seja ainda decorrente do lucro reinvestido da sua atividade.

Sobre isso, Eduardo Salomão Neto¹³¹ entende que, quando for possível a verificação da origem dos recursos, ou seja, se os recursos aplicados são provenientes de capital próprio ou de terceiros, será possível verificar no caso concreto se a atividade é financeira ou não. Caso comprovado que determinada quantia mutuada pela instituição financeira foi proveniente de seu capital próprio – prova de difícil produção, conforme salientado pelo próprio autor –, então o empréstimo em questão não será regido pelo regime próprio das instituições financeiras, devendo ser considerado um empréstimo entre particulares.

Caso não seja possível comprovar que determinado recurso mutuado ao terceiro foi proveniente de intermediação de crédito junto aos poupadores, Eduardo Salomão Neto afirma que tal circunstância proporcionará as seguintes hipóteses: “(a) não ocorrência de trânsito de recurso na conta bancária, e (b) mistura de recursos diversos na conta bancária”.¹³²

A primeira hipótese vislumbrada por Eduardo Salomão Neto diz respeito às situações nas quais o poupador realiza a transferência de recursos diretamente ao tomador de recursos, sem que tal quantia seja depositada perante o intermediário, *in casu*, a instituição financeira. Nesse caso, o aludido autor entende que a solução dependerá da relação entre poupador e a instituição financeira. Se a transferência de capital realizada diretamente entre poupador e tomador for assim realizada por determinação do intermediário, a atividade será de intermediação de crédito, mesmo sem que o capital tenha sido transferido para uma conta da instituição financeira.

¹³¹ “Sempre que a movimentação bancária puder determinar a origem de fundos emprestados, deve-se ter recurso a ela. Por esse critério, a origem dos recursos que alimentaram a conta bancária a partir da qual foi efetuado o empréstimo será determinante para julgar a eventual natureza financeira ou não da atividade desenvolvida” (NETO, 1998).

¹³² NETO, 1998, pág. 38.

Raciocínio semelhante se adequa aos casos de aplicação de recursos financeiros em espécie perante a instituição financeira, que por sua vez, empresta tais quantias em espécie a terceiros. Nesse caso, não haverá movimentação na conta bancária de modo a comprovar a intermediação de crédito, mas ainda assim, será uma intermediação de crédito, pura e simples, embora possa ser difícil produzir tal prova.

De fato, não há qualquer obrigatoriedade de transferência de recursos na conta da instituição financeira, sendo possível, em tese, que seu cliente (credor da instituição financeira) realize a transferência do capital diretamente ao terceiro (devedor da instituição financeira). Mas não poderá haver relação entre cliente e terceiro tomador dos recursos. A instituição financeira deverá ser devedora do seu cliente, por conta do capital depositado, e credora do terceiro tomador de recurso.

Já a segunda hipótese vislumbrada por Eduardo Salomão Neto diz respeito ao fato de instituições financeiras aplicarem tanto recurso de terceiros, como recurso próprio, sobretudo, quando não é possível fazer distinção acerca da procedência do capital. Eduardo Salomão Neto¹³³ analisa a questão sob o prisma do crime de se operar instituição financeira sem autorização, expondo seu entendimento no sentido de que, caso não seja comprovado que mais da metade dos recursos são provenientes de terceiros, então deverá ser aplicado o princípio *in dubio pro reu*, de modo que o agente não deve ser considerado culpado pelo aludido crime.

A despeito da boa argumentação de Eduardo Salomão Neto, no que diz respeito à conclusão imediatamente acima, o melhor entendimento não parece ser a conclusão exposta pelo autor. Isso porque, conforme ensina Tullio Ascarelli,¹³⁴ a pessoa jurídica não precisa exercer efetivamente a atividade, bastando que a realização da atividade esteja prevista em seu estatuto ou contrato social, para que incida o regime jurídico específico.

¹³³ “Assim, deve prevalecer em tal hipótese o tradicional princípio de Direito Penal “*in dubio pro reu*”, o qual recomenda que se dê aos fatos a interpretação mais favorável ao réu, em caso de dúvida. Isso leva a considerar que os recursos empregados pelo intermediário o foram a partir do capital próprio que alimentou a conta bancária. Apenas na hipótese em que tal conclusão não seja possível em virtude dos recursos envolvidos no empréstimo excederem o capital próprio depositado na conta bancária é que estaremos diante de atividade privativa de instituição financeira” (NETO, 1998, pág. 39).

¹³⁴ “Mas enquanto nas pessoas físicas a atividade não poderá ser imputada mais que como consequência de efetiva realização dos atos através dos quais se atua (sendo por isso considerada como um “fato”), nas pessoas jurídicas será suficiente o fim de realizá-la (v. art. 2.201), independentemente de seu efetivo desenvolvimento” (ASCARELLI, 2007, pág. 184).

Como exemplo, embora o mesmo não tenha sido utilizado por Eduardo Salomão Neto, estabelece-se hipoteticamente que a sociedade tenha sido constituída como instituição financeira, tendo obtido autorização do BACEN para operar como instituição financeira, mas está aplicando recursos próprios ao invés de recursos de terceiros. Enquanto houver o objetivo de intermediar o crédito no seu estatuto social, incidirá o regime específico à atividade de instituição financeira, mesmo sem exercício efetivo da atividade.

Além disso, caso o entendimento de Eduardo Salomão Neto fosse seguido exatamente como descrito, uma sociedade não autorizada a operar instituição financeira poderia captar recursos perante o público, para fins e intermediação de crédito, desde que mantivesse valor superior em suas contas provenientes de capital próprio. Com isso, uma sociedade limitada com patrimônio próprio de trinta milhões de reais, poderia captar e intermediar recursos de terceiros até o limite do valor em questão, e ainda não estaria praticando crime de operar instituição financeira sem autorização.

Desse modo, melhor seria o entendimento: no que diz respeito a sociedades constituídas com o objetivo de operar instituição financeira e tendo prévia autorização do BACEN para tanto, estas exercem a atividade mesmo quando aplicando recursos próprios juntamente a recursos captados perante terceiros, ou mesmo quando aplicando somente recursos próprios, o que não afasta a incidência do regime específico das instituições financeiras.

Já no que concerne às pessoas físicas ou jurídicas, estas sem previsão em seus objetos sociais para intermediar instituições financeiras, estariam praticando ilegalmente a atividade privativa de instituição financeira desde que comprovada a captação de recursos perante o público, para fins de intermediação de crédito, juntamente aos demais elementos da atividade privativa, conforme analisado no capítulo anterior.¹³⁵

Quanto à segunda hipótese, deve constituir exceção sempre que o valor captado perante terceiros seja irrisório, o que deverá ser considerado no caso concreto, cotejando-se o volume de capital próprio e o impacto da captação perante determinada comunidade, caso a captação seja focada em determinada região, o que certamente

¹³⁵ Nesse sentido, Lauro Muniz Barreto, ao descrever o Banco Comercial, esclarece que: “os institutos dessa categoria possuem duas espécies de recursos: a) o seu capital próprio e a reserva que hajam constituído; b) os depósitos que lhe são confiados” (BARRETO, 1975, pág. 21).

deveria ser motivo para afastar a insignificância do capital captado em relação ao capital próprio.

O entendimento aqui sugerido também se coaduna com as normas do Banco Central do Brasil, na medida em que diversos tipos de instituições financeiras têm como fonte de recursos, juntamente à captação de depósitos à vista e a prazo, os seus recursos próprios. No caso dos Bancos de Desenvolvimento, por exemplo, o art. 2º da Resolução 2.624/99¹³⁶ do Banco Central do Brasil prevê textualmente a aplicação de recursos próprios por essas instituições financeiras, juntamente a recursos captados por outros meios.¹³⁷ Já no caso dos Bancos Múltiplos, a Resolução 2.099/94 prevê que “não há vinculação entre as fontes de recursos captados e as aplicações do banco múltiplo, salvo os casos previstos em legislação e regulamentação específicas”.

Além dessa problemática, outras importantes fontes de captação de recursos por instituições financeiras consistem em (i) depósitos interfinanceiros, (ii) recursos oriundos do exterior e (iii) repasses oficiais. Nenhuma dessas modalidades de captação pode ser considerada coleta de capital perante o público em geral, caracterizando modalidades de captação particular. A grande questão aqui é o fato de esses recursos, embora transferidos particularmente entre instituições financeiras, terem sido inicialmente captados perante o público em geral.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o raciocínio exposto anteriormente pode e deve ser aplicado também ao presente caso. Isso significa que (i) quando a instituição financeira proceda à aplicação de capital de terceiros juntamente a recursos oriundos de depósitos interfinanceiros, oriundos do exterior ou de repasses oficiais, não deverá ser descaracterizado o exercício efetivo da atividade privativa de instituição financeira.

Já nos casos em que (ii) a instituição financeira não capte recursos perante o público, tendo como única e exclusiva fonte de captação as três modalidades acima descritas, há de ser aplicado novamente o argumento de Tullio Ascarelli¹³⁸ de que a pessoa jurídica não precisa exercer efetivamente a atividade, bastando que esteja

¹³⁶ “Art. 2º: Os bancos de investimento podem empregar em suas atividades, além de recursos próprios, os provenientes de: I - depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado; II - recursos oriundos do exterior, inclusive por meio de repasses interbancários; III - repasse de recursos oficiais; IV - depósitos interfinanceiros; V - outras formas de captação autorizadas pelo Banco Central do Brasil”.

¹³⁷ Regras semelhantes incidem sobre outros tipos de instituições financeiras, o que será analisado pormenorizadamente no capítulo acerca da composição do sistema financeiro.

¹³⁸ ASCARELLI, 2007, pág. 184.

prevista no seu estatuto ou contrato social a realização da atividade, para fazer incidir o regime específico às instituições financeiras.

Mas, deve ser ressaltado que a aplicação exclusiva de capital oriundo de depósitos interfinanceiros, recursos provenientes do exterior e repasses oficiais não configura o exercício efetivo da atividade privativa de instituição financeira. Nos casos de captação por (i) depósitos interfinanceiros e (ii) recursos oriundos do exterior, conforme mencionado acima, trata-se de captação particular, mas que foi precedida por captação perante o público.

Porém, o fato de o capital repassado à instituição financeira ter sido objeto de captação por outra instituição financeira perante o público não pode ser, por si só, determinante para que a atividade daquela seja considerada intermediação de crédito. Caso tal raciocínio pudesse ser aplicado validamente, qualquer pessoa física ou jurídica, sem qualquer pretensão de praticar atividade de intermediação de crédito, que obtivesse recursos perante uma instituição financeira, e depois os mutuasse a um terceiro, estaria então exercendo atividade bancária, o que não é o caso. Isso porque a intermediação precisa ser realizada diretamente pelo intermediador, que deverá, em nome próprio, captar os recursos perante o público em geral, o que não ocorre neste exemplo. Já no caso de repasse de recursos oficiais, resta ainda mais evidente que a aplicação exclusiva de tais recursos não configura o exercício efetivo de atividade privativa de instituição financeira.

Diante da definição sugerida de intermediação de crédito acima apresentada, cumpre esclarecer que há posição contrária na doutrina, com entendimento substancialmente divergente dos anteriormente expostos. Nesse sentido, Leonardo Moraes,¹³⁹ Procurador do BACEN, entende que os critérios comumente adotados são inadequados para a definição de atividade privativa de instituição financeira. Para Moraes, as três atividades contidas no *caput* do artigo dezessete da Lei 4.595/64 não necessitam estar presentes conjuntamente para configurar atividade privativa de instituição financeira.

No caso da coleta, o autor entende que é pouco conveniente definir como obrigatória a presença dessa atividade, posto que isso excluiria do campo das ilicitudes

¹³⁹ MORAES, 1999, págs. 334-340.

as concessões de empréstimo respaldadas em recursos próprios. Já no que diz respeito à intermediação, o autor entende que as instituições financeiras também aplicam recursos próprios, não sendo correto, segundo ele, afirmar que seja sempre necessária a presença da intervenção financeira. Quanto à aplicação dos recursos, Moraes afirma que sempre estará presente a aplicação de recursos, mas não qualquer aplicação de recursos. Deverá haver uma natureza e um objetivo específicos.

Além da crítica quanto ao entendimento majoritário de que as três atividades devem estar presentes conjuntamente (coletar, intermediar e aplicar), Leonardo Moraes também critica os demais elementos comumente adotados, a saber, fim lucrativo, a habitualidade mínima e o caráter público da oferta de recursos. Após tecer tais críticas, Moraes apresenta a seguinte definição de atividade privativa de instituição financeira:¹⁴⁰

Atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira é a concessão de financiamentos, mútuos ou empréstimos, direta ou indiretamente, na qual concorram, simultaneamente, os requisitos da obtenção de lucro *strictu sensu* frente ao financiado a terceiro e da reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, de forma manifestada ou presumida.

Basicamente, o autor expõe que existem dois elementos principais necessários à conceituação de atividade privativa de instituição financeira, sendo o primeiro deles o lucro *strictu sensu*.

Para Leonardo Moraes, a doutrina tradicional, ao analisar a questão do lucro, não define bem o que seria lucro para uma instituição financeira, confundindo, muitas vezes, lucro com faturamento. Isso porque, conforme analisa o autor, não pode ser considerado lucro o pagamento ao banco dos valores mutuados, pois se trata de mera restituição de valor mutuado.¹⁴¹ Tampouco os juros, pelo menos como um todo, podem ser considerados lucro, na medida em que os juros seriam somente a remuneração em favor do banco.¹⁴²

¹⁴⁰ MORAES, 1999, págs. 334-340.

¹⁴¹ “Ora, no contrato de mútuo ou empréstimo, o capital em si é a própria prestação do financiador ao financiado -, e esta é obviamente contraposta por outra prestação, também pecuniária, por parte do financiado ou de terceiro, a ser implementada adicionalmente à devolução do capital adiantado ou mutuado” (*Ibidem*).

¹⁴² “Na medida em que os juros, em sua essência, significam uma renda lícita – porquanto decorrentes de um contrato de prestação de capital –, a sua simples cobrança em um empréstimo ou financiamento não

Nessa perspectiva, Leonardo Moraes entende que o elemento lucro, *in casu*, deve ser somente o lucro *strictu sensu*, o qual, para ele, corresponde ao valor de juros fixado acima do limite legal para mútuos entre civis.¹⁴³ Isso significa que, para o aludido Autor, instituição financeira é aquela que empresta capital para recebê-lo posteriormente juntamente aos juros e correção monetária previstos no Código Civil, acrescidos de uma taxa de juros acima da taxa legal, e aqui reside o ponto central do seu argumento.

Ao conceituar lucro *strictu sensu* como permissibilidade legal de cobrar taxa de juros acima do limite legal, Leonardo Moraes diferencia as instituições financeiras do empréstimo realizado entre particulares. Com isso, o aludido autor evita situações esdrúxulas, tais como empréstimos entre amigos serem caracterizados como atividade privativa, pois, nesses casos, os juros seriam os previstos no Código Civil, não configurando o lucro *strictu sensu*, aqui entendido como juros acima da taxa legal.

O segundo elemento da atividade de instituição financeira, segundo Moraes, consiste na reinserção do resultado dos financiamentos no fluxo comercial específico, de forma manifestada ou presumida.¹⁴⁴ Para o autor, a instituição financeira deverá reinvestir o resultado do financiamento, incluindo o capital mutuado acrescido de juros *lato* e *strictu sensu*, objetivando a repetição e, conseqüentemente, a continuidade do modo de auferir lucro. Entretanto, a solução apresentada por Leonardo Moraes não parece estar de acordo com a melhor interpretação teleológica a ser dada ao conceito de instituição financeira.

A esse respeito, cabe lembrar que a existência de um regime jurídico próprio para a atividade privativa de instituição financeira deve ser interpretada à luz destes três interesses jurídicos: (i) proteção à economia popular; (ii) controle monetário, dado o poder de criação de moeda escritural quando da intermediação do crédito; e, por fim, (iii) crescimento econômico da sociedade, mediante concessão de crédito.

implicaria, a princípio, um *plus* ou lucro, mas apenas – e tão somente – uma digna e justa remuneração em favor do financiador” (*Ibidem*).

¹⁴³ “No mesmo raciocínio, a estipulação dos juros além do limite legal remuneratório seria um *plus*, um algo a mais que a parte mutuante ganhará além da justa e repositora remuneração, sendo excedente qualificado, assim, como lucro *strictu sensu*” (MORAES, 1999, págs. 334-340).

¹⁴⁴ “A reinserção exigida não é no fluxo econômico – compra de mercadorias, por exemplo –, mas sim no fluxo do mesmo esquema de financiamento, objetivando a repetição e via de consequência, a continuidade do modo de auferir lucro *strictu sensu*” (*Ibidem*).

Para exemplificar a inadequação do conceito de Moraes, à luz dos interesses jurídicos que se pretende proteger, pode ser indagado se uma sociedade de *Factoring*, ao fomentar um comerciante, cobrando taxa de juros acima da taxa legal, deve ser considerada uma instituição financeira, ou somente ser penalizada nos termos da legislação contra a usura.¹⁴⁵ Entendemos que, neste caso, esta faturizadora não deve ser considerada uma instituição financeira, eis que não realiza prévia captação de recursos perante o público em geral, devendo somente sofrer as penalizações previstas nas legislações de combate à usura. Mas, pelo entendimento de Leonardo Moraes, embora essa indagação não conste na sua análise, aparentemente, nos parece que a resposta seria positiva pelo seu conceito, dada a existência da existência de lucro *strictu sensu*, bem como reinserção do lucro na atividade, segundo a sua definição.

Nossa análise acerca do contrato de Faturização será realizada pormenorizadamente no último capítulo desta dissertação. No entanto, para fins de reflexão sobre o argumento de Leonardo Moraes, deve ser mencionado neste momento que a interpretação teleológica do conceito de atividade privativa de instituição financeira não permite incluir uma *Factoring* na lista de instituições financeiras.

Quanto ao primeiro interesse jurídico, a *Factoring* não tem acesso à economia popular. Os seus recursos são provenientes majoritariamente de capital de seus próprios sócios, podendo também haver captação perante determinada instituição financeira. Mas não há qualquer possibilidade de uma *Factoring* captar recursos perante o público, seja mediante depósitos à vista, seja ainda mediante depósitos a prazo. Aliás, caso assim

¹⁴⁵ “Agravos regimental no agravo em recurso especial. Contrato de “factoring”. Violação de dispositivos legais. Falta de prequestionamento juros remuneratórios. Lei de usura. Incidência. Limitação. Incidência da súmula 83/STJ. Cobrança de juros de forma disfarçada. Revisão do julgado. Impossibilidade. Reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ. 1.- O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, incidem os enunciados 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2.- Nos contratos de factoring, a taxa de juros remuneratórios está limitada em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura. Precedentes. 3.- Tendo o Tribunal a quo concluído que a recorrente cobrava juros acima do limite legal, de forma disfarçada, sob a denominação de taxa ad valorem, a alteração do julgado necessitaria do revolvimento do material fático-probatório dos autos. 4.- Agravo Regimental improvido. STJ. AgRg no AREsp 127.209/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 19/04/2012.

proceda, estará cometendo crime de operar irregularmente atividade privativa de instituição financeira.¹⁴⁶

Já no que diz respeito ao segundo interesse jurídico, a *Factoring* não pode receber depósitos à vista – e tampouco a prazo – de modo que não tem o poder de criar moeda escritural, tal como um banco comercial, por exemplo.

No que concerne ao terceiro interesse jurídico, de fato, a *Factoring* constitui um agente cuja finalidade precípua consiste em adquirir créditos, mediante um deságio e, com isso, fomentar empresários, de modo que sua atuação está atrelada ao crescimento econômico da sociedade mediante concessão de crédito.¹⁴⁷ Porém, a mera influência de determinada atividade em um dos interesses jurídicos que se pretende proteger não é por si só suficiente para configurar uma atividade como privativa de instituição financeira, sobretudo, quando somente um dos três interesses jurídicos pode ser influenciado, conforme analisado no capítulo anterior.

Desse modo, o entendimento apresentado por Leonardo Moraes acaba por ampliar demasiadamente o conceito de atividade privativa de instituição financeira, permitindo que determinadas atividades, tais como a Faturização, sejam consideradas privativas de instituição financeira, o que não parece ser a melhor interpretação teleológica do conceito, dada a sua análise à luz dos interesses jurídicos que se pretende proteger.

¹⁴⁶ “Conflito negativo de competência. Sociedade empresarial de factoring. Captação e aplicação de recursos de terceiros sem a devida autorização legal. Operações exclusivas de instituições financeiras. Crime contra o sistema financeiro nacional (art. 16 da lei nº 7.492/86). Competência do juízo federal. 1. A concessão de empréstimos a juros abusivos por empresas de factoring caracteriza crime de usura, previsto nos arts. 4º da Lei nº 1.521/51 e 13 do Decreto nº 22.626/33, e não delito contra o sistema financeiro nacional, sendo, portanto, da competência da Justiça Estadual. Precedentes. 2. Na hipótese, constatou-se que os sócios da Ourofacto Factoring Ltda. realizavam, sem autorização legal, a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, sob a promessa de que receberiam, em contrapartida, rendimentos superiores aos aplicados no mercado, em torno de 1,5% a 2,5% ao mês, operando como verdadeira instituição financeira, o que configura, em tese, o crime previsto no art. 16 da Lei nº 7.492/86, cuja competência é da Justiça Federal. 3. Embora a factoring não se confunda com instituição financeira nos termos da legislação, nada impede que determinadas operações realizadas por essas empresas possam ser tipificadas na Lei nº 7.492/86, como na espécie, em que se verificou a prática de atividades típicas de instituições financeiras, exorbitando-se das atividades próprias do faturamento mercantil. 4. Conflito conhecido para reconhecer a competência do Juízo Federal da 3ª Vara Criminal e Juizado Especial Criminal de Curitiba/PR, o suscitante” (STJ - CC: 115338 PR 2010/0227777-6, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Data de Julgamento: 26/06/2013, S3 - TERCEIRA SEÇÃO. Data de Publicação: DJe 13/08/2013).

¹⁴⁷ A questão de o Contrato de Faturização ser uma mera compra e venda de crédito ou uma operação de crédito será pormenorizadamente analisada no último capítulo desta dissertação, no tópico específico sobre *Factoring*, no qual se conclui que o Contrato de *Factoring* constitui uma operação de crédito.

2.5.2 *Custódia de valores*

Certamente, a intermediação de crédito consiste no cerne da atividade privativa de instituição financeira, o que resta evidente após a análise dos interesses jurídicos que se pretende proteger com o regramento específico dessa atividade. Contudo, no artigo 17 da Lei 4.595/64, mais especificamente, na sua parte final, o legislador define instituição financeira como a pessoa que realiza a “custódia de valor de propriedade de terceiros”.

Desse modo, a custódia de valores de propriedade de terceiro, por determinação legal, também faz parte da atividade privativa de instituição financeira, devendo igualmente ser interpretada sistematicamente, sob pena de entendimentos inadequados. Eduardo Salomão Neto¹⁴⁸ esclarece inicialmente que “por valores devem-se entender títulos de crédito em sentido amplo, ou seja, quaisquer documentos necessários e suficientes para o exercício dos direitos patrimoniais neles contidos”.

Mas é importante esclarecer que a palavra “valores” não pode ser entendida como dinheiro, pois, conforme analisado, a mera captação de recursos não pode ser entendida como atividade privativa de instituição financeira. Seria contraditório, no mesmo artigo, constar, por um lado, a intermediação de crédito como elemento principal da atividade privativa e, por outro, a mera captação de recursos.

A esse respeito, Eduardo Salomão Neto¹⁴⁹ esclarece que a custódia de valores em comento diz respeito tão somente a bens infungíveis, ou seja, passíveis de individualização, afastando uma indesejada interpretação que permitisse considerar dinheiro objeto de custódia, para a finalidade aqui perquirida. Isso porque no aludido dispositivo legal, há menção expressa acerca da necessidade de o bem ser de propriedade de terceiro, sendo certo que, no caso dos bens fungíveis, como dinheiro, quando transferidos, as suas respectivas propriedades são igualmente transferidas, devendo o depositário restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade (arts. 586 e 587, CC¹⁵⁰).

¹⁴⁸ NETO, 1998, pág. 41.

¹⁴⁹ NETO, 1998, pág. 41.

¹⁵⁰ “Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Assim, nas hipóteses de custódia de bem fungível, a propriedade seria transferida para a instituição financeira e, com isso, não se poderia falar em bem de propriedade de terceiro, levando Eduardo Salomão Neto¹⁵¹ a concluir que a custódia em questão se limita aos bens infungíveis. Além disso, o autor¹⁵² também esclarece ser necessária a presença do intuito de lucro e habitualidade, na medida em que, se assim não fosse, não estaríamos diante de uma atividade empresarial. Ele expõe sua conclusão acerca desse tema nos seguintes termos:¹⁵³

Assim, a melhor interpretação da legislação leva à conclusão que a custódia de valores privativa das instituições financeiras é aquela (i) de coisas infungíveis que configurem títulos de crédito em sentido amplo, desde que cumulativamente, (ii) exercida com intuito de lucro ou percepção de remuneração, (iii) habitualmente.

Já Lauro Muniz Barreto¹⁵⁴ faz uma crítica ainda mais contundente, por entender que a custódia jamais foi elemento que pudesse caracterizar atividade privativa de instituição financeira, sugerindo a reforma da legislação para excluir a custódia da definição de atividade privativa. De fato, a custódia de valores de terceiros, nos moldes sugeridos por Eduardo Salomão Neto, não é atualmente exercida apenas por instituições financeiras, mas também por entidades autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários. A explicação para tal circunstância está no art. 24 da Lei 6.385/76, com a redação dada pela Lei 12.810/13,¹⁵⁵ na qual se prevê que a atividade de custódia de

Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição”.

¹⁵¹ “(...) o artigo 17 da Lei 4.595/64, na parte referente à custódia de valores, menciona a propriedade de terceiros. Assim, restringe seu próprio significado a valores infungíveis, isto é, aqueles que podem ser individualizados e separados de outros da mesma espécie, através de numeração em série ou outras características que possibilitam sua identificação. Só em relação a tais bens pode-se falar em propriedade de terceiro que não seja o custodiante (artigo 524 do Código Civil Brasileiro), pois em relação aos bens fungíveis a propriedade passará ao custodiante, ao qual facultar-se-á substituir o bem por outro de mesmo gênero, qualidade e quantidade ao devolvê-lo, ou dar-lhe a destinação determinada pelo custodiante” (NETO, 1998, pág. 40).

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ NETO, 1998, pág. 42.

¹⁵⁴ “Quanto à custódia a que se refere o artigo 17, só por si, jamais foi elemento que pudesse caracterizar a atividade bancária. A custódia é uma fonte de atividade humana que consiste em cuidar da conservação de coisas. Assim, é custódia, sem ser depósito, o contrato que se aperfeiçoa com um guarda para a vigilância de bens móveis ou imóveis. (...) Pelo teor desse artigo 17, poderíamos chegar à conclusão de que os garagistas são instituições financeiras” (BARRETO, 1975, pág. 95).

¹⁵⁵ “Art. 24. Compete à Comissão autorizar a atividade de custódia de valores mobiliários, cujo exercício será privativo das instituições financeiras, entidades de compensação e das entidades autorizadas, na forma da lei, a prestar serviços de depósito centralizado.

valores mobiliários é privativa de instituições financeiras, entidades de compensação e entidades autorizadas.

Por sua vez, a Comissão de Valores Mobiliários, pela Instrução 542/13, prevê que podem requerer autorização para a prestação de serviços de custódia de valores mobiliários bancos comerciais, múltiplos ou de investimentos, caixas econômicas, sociedades corretoras ou distribuidoras de títulos e valores mobiliários, e entidades prestadoras de serviços de compensação e liquidação e de depósito centralizado de valores mobiliários.¹⁵⁶

Embora o art. 24 da Lei 6.385/76 diga respeito à custódia de valores mobiliários, e o conceito dado pelo art. 2º ¹⁵⁷ do mesmo diploma seja mais amplo do que o conceito de “valores de terceiros” contido no art. 17 da Lei 4.595/65, tal como sugerido por Eduardo Salomão Neto, não há dúvidas de que os tais “valores de terceiros” estão contidos no conceito de valores mobiliários, tais como as debêntures e as notas comerciais. Aliás, a própria Comissão de Valores Mobiliários, em um de seus cadernos dedicados aos investidores, relata a existência da modalidade de custódia de infungível, na qual o custodiante deverá restituir exatamente o mesmo valor mobiliário custodiado.¹⁵⁸

Nessa perspectiva, é possível afirmar que a Lei 12.810/13, dando nova redação ao art. 24 da Lei 6.385/76, derogou a parte final do art. 17 da Lei 4.595/64, mais especificamente a restrição às instituições financeiras da atividade de custódia de

Parágrafo único. Considera-se custódia de valores mobiliários o depósito para guarda, recebimento de dividendos e bonificações, resgate, amortização ou reembolso, e exercício de direitos de subscrição, sem que o depositário tenha poderes, salvo autorização expressa do depositante em cada caso, para alienar os valores mobiliários depositados ou reaplicar as importâncias recebidas”.

¹⁵⁶. Instrução CVM 542/13. Art. 3º Podem requerer autorização para a prestação de serviços de custódia de valores mobiliários bancos comerciais, múltiplos ou de investimentos, caixas econômicas, sociedades corretoras ou distribuidoras de títulos e valores mobiliários, e entidades prestadoras de serviços de compensação e liquidação e de depósito centralizado de valores mobiliários.

¹⁵⁷ “Art. 2º. São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: I - as ações, debêntures e bônus de subscrição; II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II; III - os certificados de depósito de valores mobiliários; IV - as cédulas de debêntures; V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; VI - as notas comerciais; VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros”.

¹⁵⁸ <www.portaldoinvestidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Cadernos/CVM-Caderno-2.pdf> (Acesso em 15/02/2015).

valores de terceiros, que atualmente podem ser exercidas também pelas pessoas elencadas no art. 24 da Lei 6.385/76.

2.5.3 Equiparação de atividades

A atividade privativa de instituição financeira consiste na intermediação do crédito, nos contornos acima expostos. Entretanto, por uma opção legislativa, determinadas atividades que não são correspondentes à atividade privativa de instituição financeira são equiparadas à atividade privativa de instituição financeira. Dentre elas, pode-se destacar as bolsas de valores, as companhias de seguros e de capitalizações, e pessoas físicas ou jurídicas que realizem vendas de ações e títulos, conforme elencado por Sidney Turczyn.¹⁵⁹

Nesse mesmo sentido, António Menezes Cordeiro¹⁶⁰ explica que o sistema financeiro deve ser compreendido tanto no seu aspecto material, referente a um conjunto ordenado de agentes financeiros que exercem a atividade privativa de instituição financeira, como no seu aspecto formal, referente a um conjunto de normas que delimita a abrangência das suas regras atinentes às instituições financeiras, incluindo atividades estranhas, tais como as elencadas anteriormente. Aliás, ambos os autores fazem críticas à inclusão de atividades estranhas, embora próximas, ao regime especial dado à atividade de instituição financeira, uma vez que essa realidade acaba por confundir o mercado.¹⁶¹

Mas, além de elencar quais são as atividades hoje equiparadas à atividade privativa, ainda mais importante se faz analisar a consequência jurídica dessa

¹⁵⁹ TURCZYN, 2005, pág. 41.

¹⁶⁰ “O sistema financeiro deve ser examinado sob dois aspectos: um deles, material, consistente do conjunto ordenado das entidades especializadas no tratamento do dinheiro, e outro, formal, consistente do conjunto ordenado das entidades que o Estado entende incluir nessa noção, dando azo um corpo de normas: o direito bancário institucional, no qual o Estado delimita o âmbito de aplicação de suas próprias normas, definindo para efeitos jurídicos o que entende por sistema financeiro, observando que esses dois sistemas tendem sempre a coincidir, sem o que o Estado iria abdicar de regular entidades que materialmente se ocupam do dinheiro, ou tratar como financeiras entidades estranhas ao fenômeno subjacente, confundindo o mercado e prejudicando os operadores, reconhecendo, no entanto, a existência de disfunções” (CORDEIRO *apud* TURCZYN, 2005, pág.130).

¹⁶¹ “No caso presente, o fato de o legislador submeter ao regime próprio das instituições financeiras atividades sem qualquer similitude com a atividade financeira (tais como distribuição de prêmios e sorteio de títulos) decerto produz desvirtuamento conceitual do âmbito de abrangência da legislação. Essa opção legislativa, decerto, se prende à noção de proteção da poupança popular e à necessidade de estrutura fiscalizatória própria com especialização em aspectos financeiros, que, por aproximação, leva à atividade financeira” (TURCZYN, 2005, pág. 130).

equiparação. Ou seja, a equiparação traz para a atividade equiparada todo o regime jurídico da atividade privativa? A resposta negativa a essa indagação se mostra evidente quando se percebe que não seria razoável, tampouco é aplicado, determinadas regras prudenciais sobre as pessoas físicas ou jurídicas que exercem as atividades equiparadas.

Também é importante ressaltar que muitas das atividades equiparadas são igualmente reguladas pelo Ordenamento Jurídico, razão pela qual sobre elas incide primariamente a disciplina jurídica específica, sendo somente subsidiária a incidência de determinadas normas atinentes ao regime jurídico das instituições financeiras.

Nessa perspectiva, a primeira questão a ser observada diz respeito à preponderância do regramento específico de determinada atividade sobre o regime jurídico de atividade privativa de instituição financeira. Isso significa que, mesmo nas atividades equiparadas, o regime jurídico de atividade privativa de instituição financeira somente se aplica quando não conflitante com o regramento específico da atividade equiparada.

A afirmação acima resta ainda mais evidente quando se percebe que o artigo 18, parágrafo primeiro, da Lei 4.595/64,¹⁶² ao equiparar determinadas atividades às instituições financeiras, assim o faz “no que for aplicável”. Além disso, a própria Lei 4.595/64 não deve ser aplicada integralmente às atividades equiparadas. Nesse sentido, Eduardo Salomão Neto¹⁶³ esclarece que os artigos 26 a 41 da aludida legislação são destinados exclusivamente às instituições financeiras privadas, não sendo aplicados às atividades equiparadas, salvo o artigo 37,¹⁶⁴ por conta da menção expressa às atividades equiparadas.

¹⁶² “Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras”.

¹⁶³ NETO, 1998, pág. 137.

¹⁶⁴ “Art. 37. As instituições financeiras, entidades e pessoas referidas nos artigos 17 e 18 desta lei, bem como os corretores de fundos públicos, ficam obrigados a fornecer ao Banco Central da República do Brasil, na forma por ele determinada, os dados ou informes julgados necessários para o fiel desempenho de suas atribuições”.

Eduardo Salomão Neto¹⁶⁵ igualmente entende que as sanções penais previstas na Lei 4.595/64, mais especificamente os artigos 34 e 38, são igualmente inaplicáveis aos entes cujas atividades são equiparadas à atividade privativa de instituição financeira. Porém, é importante ressaltar que, no âmbito penal, a Lei 7.492/86¹⁶⁶ equipara determinados entes à instituição financeira, sendo certo que, para os fins de aplicação da aludida legislação penal, incidirão sim sobre aquelas atividades equiparadas as sanções penais previstas na Lei 7.492/86.

Além disso, a equiparação estipulada no art. 18 da Lei 4.595/64 diz respeito somente à lei 4.595/64, conforme consta expressamente no próprio parágrafo primeiro do artigo dezoito. Com isso, a equiparação em comento não se estende a outras legislações relacionadas ao sistema financeiro, salvo se houver dispositivo expresse equiparando as atividades.

Por exemplo, o artigo 52¹⁶⁷ da Lei 6.024/74 acerca da liquidação de instituições financeiras determina que as corretoras de valores estarão sujeitas à liquidação prevista nessa legislação. Mas, as companhias seguradoras, que igualmente estão elencadas no parágrafo primeiro do artigo dezoito da Lei 4.595/64, não estão sujeitas ao regime de liquidação de instituições financeiras.

Contudo, Eduardo Salomão Neto¹⁶⁸ esclarece que as competências do CMN se estendem às entidades equiparadas, tendo em vista que o artigo quarto da Lei 4.595/64¹⁶⁹ determina ser de sua competência regular as atividades subordinadas ao diploma jurídico em questão, dentre as quais se encontram as atividades equiparadas.

¹⁶⁵ NETO, 1998, pág. 137.

¹⁶⁶ “Art. 1º. Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

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

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

¹⁶⁷ “Art. 52. Aplicam-se as disposições da presente Lei às sociedades ou empresas que integram o sistema de distribuição de títulos ou valores monetários no mercado de capitais (artigo 5º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965), assim como às sociedades ou empresas corretoras de câmbio”.

¹⁶⁸ NETO, 1998, pág. 137.

¹⁶⁹ “Art. 4º. Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

A mesma linha de entendimento se aplica parcialmente ao BACEN, uma vez que o artigo 11 da Lei 4.595/64¹⁷⁰ determina ser de sua competência exercer vigilância nos mercados financeiros e capitais. Isso significa que o BACEN possui competência para regulamentar boa parte dos entes equiparados a instituições financeiras. Contudo, não fazem parte do mercado financeiro e de capitais e, com isso, não estão sujeitas às regulamentações do BACEN, ainda que elencadas no parágrafo primeiro do artigo dezoito da Lei 4.595/64, as seguintes entidades: companhias de seguros e de capitalização; e sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma.

2.6 Classificação das instituições financeiras

Neste capítulo, serão classificadas as instituições financeiras, no afã de demonstrar a presença da atividade privativa de intermediação de crédito na estrutura específica de cada tipo de instituição financeira. Aliás, conforme ensina Karl Engisch,¹⁷¹ interpretar um conceito jurídico é tanto fixar seu conteúdo, ou seja, analisar em tese o que significa instituição financeira – o que foi feito nos capítulos anteriores –, para que o intérprete tenha bases para justificar a aplicação do texto legal sobre novos casos concretos; como também fixar seu alcance mediante apresentação de grupos de casos e casos individuais que exemplifiquem o seu alcance, sendo utilizada aqui a palavra exemplificação, pois não há, tampouco poderia haver, intenção de esgotar o rol de instituição financeiras.

Enquanto nos bancos comerciais, que recebem depósitos à vista da população em geral, bem como emprestam para terceiros, está evidente a presença da intermediação de crédito nos moldes aqui definidos, em outros tipos de instituição

(...) VIII - Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas”.

¹⁷⁰ “Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil;

VII - Exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem”.

¹⁷¹ ENGISCH, 1968.

financeira, essa verificação não é possível de ser feita por uma análise superficial, fazendo-se relevante o estudo tipológico das instituições financeiras.

Antes mesmo de analisar os tipos existentes de instituições financeiras, cumpre distinguir a instituição financeira bancária da instituição financeira não bancária. Ivo Waisberg e Gilberto Gornati,¹⁷² bem como Sidnei Turczyn,¹⁷³ explicam que instituição financeira bancária é aquele que pode captar depósitos à vista, enquanto as não bancárias são as que não podem captar recursos nessa modalidade. Instituições financeiras não bancárias são todas aquelas que estão impedidas de captar recursos mediante recebimento de depósitos à vista. São alguns exemplos: bancos de investimentos e sociedades de crédito e financiamento.

Aparentemente, pode parecer que as instituições financeiras não bancárias não poderiam exercer atividade privativa, pois, uma vez que não podem captar recursos por depósitos à vista, não teriam acesso à economia popular. Contudo, as instituições financeiras não bancárias também têm acesso à economia popular, mediante determinados instrumentos de captação de recursos, tais como: (i) depósitos a prazo fixo, com ou sem emissão de certificado; (ii) recursos oriundos do exterior, inclusive por meio de repasses interbancários; (iii) conta corrente não passível de movimentação por cheque.¹⁷⁴

Nessa perspectiva, pode-se perceber que as instituições financeiras bancárias são as que possuem amplo acesso à captação de recursos perante a economia popular, mais especificamente, por meio de depósitos à vista, podendo assim criar moeda escritural, enquanto as instituições financeiras não bancárias possuem acesso restrito à captação de recursos. Além disso, tanto as instituições financeiras bancárias, como também as não bancárias exercem não só a atividade privativa de intermediação de crédito, mas muitas outras atividades, sendo algumas dessas bancárias e outras não. Assim, dentro do gênero “atividades bancárias” estão tanto a atividade privativa de intermediação de crédito, como também outras atividades bancárias distintas.

¹⁷² “Sua atividade típica é captação de depósitos à vista. Além disto, são os responsáveis pela maior parte das tradicionais operações bancárias, como o desconto, a conta-corrente, a abertura de crédito, mútuo e serviços de cobrança e recebimento de contas. São as instituições que mantêm contato direto com a população, com a massa de consumidores” (WAISBERG e GORNATI, 2012, pág. 30).

¹⁷³ “Vê-se, portanto, que o critério básico de distinção entre as instituições é o de ‘bancário’ e ‘não bancário’, caracterizado pela captação, ou não, de depósitos à vista” (TURCZYN, 2005, pág. 178).

¹⁷⁴ Esses exemplos são algumas das possibilidades de captação de recursos admitidas para os Bancos de Investimento, segundo a Resolução 2.624/99 do BACEN.

Para alguns doutrinadores, as atividades bancárias não atinentes à intermediação de crédito seriam chamadas de acessórias,¹⁷⁵ para outros, de impróprias.¹⁷⁶ Seja como for, nesses casos, a doutrina está se referindo às atividades comumente praticadas por banco, como ordens de pagamentos, cobrança de títulos, custódia de valores, por exemplo, mas que não são privativas das instituições financeiras.

Em face disso, é possível concluir que não são todas as atividades bancárias, conforme o conceito padrão da doutrina a esse respeito, que são privativas de instituições financeiras. Por exemplo, conforme acima já exposto, atividades atinentes aos meios de pagamentos, tidas por boa parte da doutrina como bancárias, podem ser exercidas por sociedades que não sejam instituições financeiras.

Sobre isso, é importante esclarecer que um banco múltiplo, exemplo mais evidente de instituição financeira, normalmente oferece todas essas atividades bancárias, como também algumas atividades não bancárias.

Isso não significa que o exercício de atividades distintas da privativa de instituição financeira não possa ser alvo de regulação do CMN ou BACEN. No que diz respeito ao CMN, cumpre ressaltar que dentro das suas atribuições está contida a coordenação da política monetária e creditícia, além do aperfeiçoamento dos instrumentos financeiros com vista à maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos.¹⁷⁷

Já no que concerne ao BACEN, a questão resta ainda mais evidente quando se percebe caber a ele exercer o controle do crédito, sob todas as suas formas,¹⁷⁸ além de

¹⁷⁵ “Destarte, podemos classificar as operações bancárias em essenciais, ou fundamentais, e acessórias. Pelas primeiras, os bancos exercitam sua negociação de crédito; por meio das segundas, ‘o banco não concede nem recebe crédito, mas presta serviços’” (ABRÃO, 2009, págs. 61/62).

¹⁷⁶ “Não se pode deixar de assinalar que, além das funções próprias dos bancos acima relatadas, eles vêm executando uma série de serviços que se podem chamar de impróprios do sistema bancário, na medida em que nada impede que venham a ser prestados por empresas não financeiras (como, por exemplo, serviços de cobrança, recebimento de contas e de administração de patrimônio, dentre outros)” (TURCZYN, 2005, pág. 55).

¹⁷⁷ “Lei 4.595/64. Art. 3º. A política do Conselho Monetário Nacional objetivará:

(...) V - Propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, com vistas à maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos;

(...) VII - Coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa”.

¹⁷⁸ “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

(...) VI - Exercer o controle do crédito sob todas as suas formas”.

regular o serviço de compensação de cheques e outros papéis.¹⁷⁹ Aliás, a concessão de crédito, embora passível de regulação pelo BACEN, por si só, não caracteriza atividade privativa de instituição financeira,¹⁸⁰ até porque qualquer pessoa pode emprestar dinheiro a outrem, havendo previsão, inclusive, no Código Civil a esse respeito.¹⁸¹

Também importa esclarecer que o CMN é um órgão do Poder Executivo, integrado funcionalmente à estrutura básica do Ministério da Fazenda (art. 14, inc. IX, alínea a, Lei 9.649/98),¹⁸² tendo como função prescrever normas atinentes ao sistema financeiro. Por não captar recursos, tampouco repassá-los, não deve ser considerada uma instituição financeira.

Já o BACEN é uma autarquia federal, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, cabendo-lhe, de modo geral, “*cumprir as prescrições legais e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional no que diz respeito à política financeira.*”¹⁸³ Mas, o BACEN pode captar recursos mediante emissão de títulos de responsabilidade própria (art. 11, inc. V, Lei 4.595/64) e, de certa forma, inserir tais recursos no mercado financeiro pelo redesconto e empréstimo a instituições financeiras. Embora o BACEN não possa repassar tais valores diretamente ao público, Eduardo Salomão Neto¹⁸⁴ entende que, ainda assim, o BACEN deve ser considerado instituição financeira, sendo suficiente o repasse de valores a instituições financeiras para configurar a intermediação de crédito.

Expostas essas explicações iniciais, resta oportuna neste momento a análise dos principais tipos de instituições financeiras bancárias e não bancárias, além das principais instituições não financeiras equiparadas para fins de aplicação do regime jurídico específico.

¹⁷⁹ “Lei 4.595/64. Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil:

(...) VI - Regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis”.

¹⁸⁰ Nesse sentido, Maria Elizabete Vilaça Lopes discorre acerca do *Factoring*: “A empresa de factoring, embora pratique operação de crédito, não se caracteriza como instituição financeira, por não estar abrangida pela definição prevista no art. 17 da Lei 4.595/64” (LOPES, 1989, págs. 57-71).

¹⁸¹ “Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

¹⁸² TURCZYN, 2005.

¹⁸³ ABRÃO, 2009.

¹⁸⁴ NETO, 1998.

2.6.1 Instituições financeiras bancárias

Os bancos comerciais são os melhores exemplos de intermediadores de crédito. Eles recebem depósitos à vista da população em geral, mediante contratos de conta corrente, além de outras formas de captação e, por outro lado, emprestam valores para terceiros, tanto pessoas físicas, como também para empresários. Além disso, exercem comumente diversas operações acessórias, tais como desconto de título, câmbio, repasse de recursos oficiais, serviço de protesto de títulos, dentre outros. Os bancos comerciais são, portanto, os principais intermediadores de crédito porque podem se valer de diversos meios para captação de recursos perante o público em geral, e podem emprestar essas quantias tanto para pessoas físicas, como também para diferentes ramos do mercado.

Ainda a respeito da tradicional classificação de bancos comerciais, de desenvolvimento e investimento, importa destacar que, atualmente, os bancos comumente se organizam sobre a forma de banco múltiplo, nos termos da Resolução 2.099/94 do BACEN. Para tanto, poderá ser denominado banco múltiplo aquele que possuir, no mínimo, duas das seguintes carteiras de clientes, sendo uma delas obrigatoriamente comercial ou investimento: (i) comercial; (ii) investimento; (iii) desenvolvimento; (iv) crédito imobiliário; (v) crédito, financiamento e investimento; e (vi) arrendamento mercantil.¹⁸⁵

Portanto, o banco múltiplo pode ser classificado como instituição bancária, quando possuir carteira comercial, ou como instituição não bancária, na hipótese de não possuir carteira comercial, o que não é obrigatório. Independentemente dessa circunstância, o banco múltiplo sempre será uma instituição financeira, porque terá, obrigatoriamente, uma carteira comercial ou de investimento.

A esse respeito, Sidnei Turczyn¹⁸⁶ esclarece que a organização de um banco sob a forma de banco múltiplo permite uma grande eficiência econômica, por agrupar diversas atividades dentro do mesmo banco, reduzindo custos operacionais. Por outro lado, a figura do banco múltiplo, no Brasil, foi introduzida em 1988, quando da primeira regulamentação do tema, demonstrando a opção do Banco Central do Brasil em manter,

¹⁸⁵ Art. 7º, Resolução 2.099/94, do BACEN.

¹⁸⁶ TURCZYN, 2005, pág. 190.

até 1988, o mercado bancário segmentado, de modo a facilitar a fiscalização. Importa esclarecer que a denominação banco comercial e banco múltiplo consiste em uma classificação que serve tanto às instituições financeiras privadas, como também às instituições financeiras públicas,¹⁸⁷ sendo o Banco do Brasil S.A. um exemplo de banco público organizado sob a forma de banco múltiplo.¹⁸⁸

Já a Caixa Econômica Federal consiste em uma instituição financeira pública vinculada ao Ministério da Fazenda, tendo como finalidade, basicamente, as seguintes funções:¹⁸⁹ (i) receber depósitos sob a garantia da União, incentivando o hábito de poupar; (ii) conceder empréstimos e financiamentos de natureza social; (iii) operar no setor habitacional como sociedade de crédito imobiliário; (iv) explorar com exclusividade serviços da Loteria do Brasil e da Loteria Esportiva Federal; e (v) exercer com monopólio as operações de penhor civis. Dada a possibilidade de receber depósitos à vista, livremente movimentáveis por cheques e cartões, a Caixa Econômica Federal se assemelha a um banco comercial, por ter e gerir carteira comercial, além das suas outras funções,¹⁹⁰ exercendo, indubitavelmente, a intermediação do crédito nos moldes aqui expostos.

Ao lado dos Bancos Comerciais, Múltiplos e da Caixa Econômica, o BACEN elenca em seu *website*¹⁹¹ as Cooperativas de Crédito igualmente como instituições financeiras bancárias. De fato, as Cooperativas de Crédito podem captar recursos à vista, mas somente dos seus associados.¹⁹² Com isso, a despeito do acesso restrito aos

¹⁸⁷ Elencando as instituições financeiras públicas: “Remanescem, ainda, no sistema Financeiro Nacional, como bancos públicos federais, ao lado da Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e BNDES, dois bancos regionais: o Banco do Nordeste do Brasil S/A e o Banco da Amazônia, criados no período anterior à vigência da Lei 4.595/1964 e por esta mantidos sob a designação genérica de instituições financeiras públicas federais, com a função de ‘promoção do desenvolvimento regional’” (TURCZYN, 2005).

¹⁸⁸ “Art. 1º. O Banco do Brasil S.A., pessoa jurídica de direito privado, sociedade anônima aberta, de economia mista, organizado sob a forma de banco múltiplo, rege-se por este Estatuto e pelas disposições legais que lhe sejam aplicáveis” (Estatuto Social do Banco do Brasil S.A., disponibilizado no site <www.bb.com.br>. Acesso em 14/11/2015).

¹⁸⁹ Art. 2º. Decreto Lei nº 759/69.

¹⁹⁰ Nesse sentido, ver TURCZYN, 2005, pág. 176. A mesma informação consta no *site* do Banco Central do Brasil: “A Caixa Econômica Federal, criada em 1861, está regulada pelo Decreto-Lei 759, de 12 de agosto de 1969, como empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda. Trata-se de instituição assemelhada aos bancos comerciais, podendo captar depósitos à vista, realizar operações ativas e efetuar prestação de serviços” (<www.bcb.gov.br/Pre/composicao/cef.asp>. Acesso em 22/01/2015).

¹⁹¹ <www.bcb.gov.br/Pre/composicao/ifcdv.asp>. Acesso em 22/01/2015.

¹⁹² “Art. 35. A cooperativa de crédito pode realizar as seguintes operações e atividades, além de outras estabelecidas em regulamentação específica:

I - captar, somente de associados, depósitos sem emissão de certificado; obter empréstimos ou repasses de instituições financeiras nacionais ou estrangeiras, inclusive por meio de depósitos interfinanceiros;

seus associados, as Cooperativas de Crédito criam moeda escritural, ainda que em proporção substancialmente inferior em comparação a um Banco Comercial.

Além disso, as Cooperativas de Crédito são expressamente elencadas como instituições financeiras no §1º do art. 18 da Lei 4.595/64. Eduardo Salomão Neto¹⁹³ esclarece que as Cooperativas de Crédito são instituições financeiras, não sendo relevante o fato de somente poderem captar recursos perante seus associados, seja porque possuem personalidade jurídica diversa dos seus associados, seja ainda porque podem captar recursos perante outras instituições financeiras.

2.6.2 Instituições financeiras não bancárias

Os bancos de investimento são instituições financeiras especializadas em operações de participação societária de caráter temporário, de financiamento da atividade produtiva para suprimento de capital fixo e de giro e de administração de recursos de terceiros. Suas operações passivas são limitadas, podendo captar recursos via depósitos a prazo, repasses de recursos externos, internos e venda de cotas de fundos de investimento por eles administrados, mas estão impedidos de captar recursos mediante depósitos à vista.¹⁹⁴ Já suas principais operações ativas consistem no financiamento de capital de giro e capital fixo, subscrição ou aquisição de títulos e valores mobiliários, depósitos interfinanceiros e repasses de empréstimos externos. Apesar da limitação incidente sobre tanto as operações passivas, como sobre as operações ativas, não há dúvidas de que o banco de investimento exerce a intermediação de crédito, ainda que haja limite quanto à captação e aplicação.

receber recursos oriundos de fundos oficiais e, em caráter eventual, recursos isentos de remuneração ou a taxas favorecidas, de qualquer entidade, na forma de doações, empréstimos ou repasses”.

¹⁹³ “Em nada interfere com essa conclusão o fato de que captam recursos também de seus próprios membros, os quais são dos destinatários das operações ativas das instituições. De fato, como visto, as cooperativas captam recursos também de outras instituições financeiras. Mesmo que não o fizessem, têm personalidade jurídica distinta de seus membros, tipicamente direcionando captações feitas junto a uns para o benefício de outros, já que se os próprios interessados em recursos deles dispusessem, dispensariam a intermediação da cooperativa. Assim, em nada se diferenciam elas das demais instituições financeiras conceitualmente” (NETO, 1998, pág. 127).

¹⁹⁴ “Resolução 2624, do Banco Central do Brasil. Art. 2º. Os bancos de investimento podem empregar em suas atividades, além de recursos próprios, os provenientes de:

- I - depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado;
- II - recursos oriundos do exterior, inclusive por meio de repasses interbancários;
- III - repasse de recursos oficiais;
- IV - depósitos interfinanceiros;
- V - outras formas de captação autorizadas pelo Banco Central do Brasil”.

Já os bancos de desenvolvimento são bancos controlados por governos estaduais, tendo como objetivo proporcionar o suprimento oportuno e adequado dos recursos necessários ao financiamento, a médio e longo prazos, de programas e projetos que visem a promover o desenvolvimento econômico e social dos respectivos Estados da Federação onde tenham sede, cabendo-lhes apoiar prioritariamente o setor privado.¹⁹⁵ No que diz respeito às suas operações passivas, os bancos de desenvolvimento podem realizar a captação de recursos mediante depósitos a prazo fixo, além de poderem emitir letras financeiras.¹⁹⁶ Já suas operações ativas consistem, basicamente, em empréstimos, financiamento, investimento e arrendamento mercantil,¹⁹⁷ desde que tais recursos sejam destinados a atividades que tenham importância para a economia estadual ou regional.¹⁹⁸ Com isso, é possível, desde já, observar que o banco de investimento, bem como o banco de desenvolvimento, exercem a atividade privativa de instituição financeira, mais especificamente, a intermediação do crédito nos moldes aqui defendidos.

Embora as limitações dos instrumentos de captação disponibilizados aos bancos de investimento e desenvolvimento restrinjam seu acesso à economia popular, em contraste a um banco comercial, tal circunstância por si só não desabona o entendimento aqui exposto. Ainda que não tenham acesso a todos os instrumentos de captação, os bancos de investimento e desenvolvimento possuem acesso à economia popular, razão pela qual a mera limitação aos instrumentos de captação não se mostra suficiente para afastar os bancos de investimento e desenvolvimento do rol de instituições financeiras. Esse entendimento está de acordo com os pressupostos para a interpretação teleológica da atividade privativa de instituição financeira: (i) proteção à economia popular; (ii) controle monetário; e (iii) crescimento econômico da sociedade mediante concessão de crédito.

Os bancos de investimento e desenvolvimento possuem acesso à economia popular, indubitavelmente, ainda que não possam se valer de todos os instrumentos de captação, sobretudo, o depósito à vista. No que diz respeito ao controle monetário, essas instituições não possuem o poder de criar moeda escritural, simplesmente porque não podem captar depósitos à vista. Por outro lado, é mais que evidente a presença do

¹⁹⁵ Artigo 4º. Resolução 394/76, Banco Central do Brasil.

¹⁹⁶ Artigo 28. Resolução 394/76, Banco Central do Brasil.

¹⁹⁷ Artigo 23. Resolução 394/76, Banco Central do Brasil.

¹⁹⁸ Artigo 24 e 25. Resolução 394/76, Banco Central do Brasil.

terceiro pressuposto nas operações praticadas pelos bancos de investimento e desenvolvimento.

Nessa perspectiva, embora o acesso à economia popular seja restrito, além de ser inexistente o poder de criação de moeda escritural, a incidência do terceiro pressuposto é evidente, na medida em que os bancos de investimento e desenvolvimento são agentes importantes no mercado de crédito, impulsionando o crescimento econômico da sociedade. Desse modo, ainda que presentes somente dois dos três pressupostos de interpretação, os bancos de investimento e desenvolvimento são considerados instituições financeiras, por intermediarem o crédito, conforme anteriormente visto.

No que diz respeito ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), este consiste em uma empresa pública federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal, tendo por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem ao desenvolvimento econômico e social do País.¹⁹⁹

A principal fonte de recursos do BNDES provém do Programa de Integração Social (PIS), bem como do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP),²⁰⁰ sendo que pelo menos 40% (quarenta por cento) desses fundos devem ser destinados ao BNDES.²⁰¹ Caso os recursos desses Programas fossem considerados rendimentos de trabalho, salário ou gratificação, restaria muito fácil demonstrar que o BNDES intermedeia esta poupança popular, ainda que de forma obrigatória e instituída por lei, de modo a realizar, com tais recursos, operações ativas de crédito. Entretanto, os

¹⁹⁹ Art. 3º. Decreto 4.418/02.

²⁰⁰ “Art. 8º. O BNDES, diretamente ou por intermédio de empresas subsidiárias, agentes financeiros ou outras entidades, exercerá atividades bancárias e realizará operações financeiras de qualquer gênero, relacionadas com suas finalidades, competindo-lhe, particularmente: I - financiar, nos termos do art. 239, § 1º, da Constituição, programas de desenvolvimento econômico, com os recursos do Programa de Integração Social - PIS, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970” (Decreto 4.418/02).

²⁰¹ “Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. § 1º - Dos recursos mencionados no "caput" deste artigo, pelo menos quarenta por cento serão destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que lhes preservem o valor” (Constituição Federal da República do Brasil).

recursos desses Programas são considerados contribuições sociais destinadas à seguridade social,²⁰² conforme previsto no art. 10 e seu parágrafo único, da Lei Complementar nº 7/1970²⁰³, razão pela qual, ao aplicar tais recursos, o BNDES não está intermediando crédito:

As obrigações das empresas, decorrentes desta Lei, são de caráter exclusivamente fiscal[, sendo que] as importâncias incorporadas ao Fundo não se classificam como rendimento do trabalho, para qualquer efeito da legislação trabalhista, de Previdência Social ou Fiscal e não se incorporam aos salários ou gratificações.

Entretanto, atualmente, o BNDES pode captar recursos perante a economia popular pela emissão da Letra Financeira, nos termos da Lei 12.249/10 c/c Resolução 4.123/12 do BACEN.²⁰⁴ Por esse instrumento de captação de recursos, o BNDES pode captar recursos a prazo, perante a economia popular, exercendo, portanto, intermediação de crédito, na medida em que repassará tais recursos para terceiros nas suas operações ativas. Aliás, cumpre esclarecer que os recursos oriundos das Letras Financeiras

²⁰² “Tributário. Contribuição para a seguridade social. PIS. Entidade filantrópica. Imunidade do art. 195, § 7º, da constituição federal. Art. 55 da lei nº 8.212/91. Art. 1º da lei nº 9.738/98. Inaplicabilidade do CTN. Requisitos cumulativos. Natureza jurídica do PIS. 1. A imunidade frente às contribuições de seguridade social, prevista no art. 195, § 7º, da CF, está regulamentada pelo art. 55 da Lei nº 8.212/91, em sua redação original. 2. A mudança pretendida pelo art. 1º da Lei nº 9.738/98 nos requisitos do art. 55 da Lei nº 8.212/91, está suspensa, conforme decidiu o STF no julgamento da medida cautelar na ADIN nº 2.028-5 (Rel. Ministro Moreira Alves, DJU 16.6.2000). 3. As disposições do CTN (arts. 9º e 14) não regulamentam o § 7º do art. 195 da CF, uma vez que relativas a impostos e não a contribuições sociais. 4. As entidades que promovem a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, somente farão jus à concessão do benefício imunizante se preencherem cumulativamente os requisitos de que trata o art. 55 da Lei nº 8.212/91 e estiverem enquadradas no conceito de assistência social delimitado pelo STF. 5. A contribuição ao PIS - Programa de Integração Social - consiste em contribuição social destinada a financiar a Seguridade Social e, por isso, está abrangida pelo art. 195, § 7º, da CF” (TRF-4 - APELREEX: 30469 RS 2007.71.00.030469-3, Relator: CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES, Data de Julgamento: 27/07/2010, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: D.E. 09/08/2010). No que diz respeito ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP, há julgados no mesmo sentido: TRF-3 - AC: 6033 SP 2001.61.05.006033-2, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, Data de Julgamento: 07/08/2008, TERCEIRA TURMA.

²⁰³ No que concerne ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), há previsão legal semelhante na Lei Complementar 8/1970: “Art. 5º - O Banco do Brasil S.A., ao qual competirá a administração do Programa, manterá contas individualizadas para cada servidor e cobrará uma comissão de serviço, tudo na forma que for estipulada pelo Conselho Monetário Nacional. § 1º - Os depósitos a que se refere este artigo não estão sujeitos a imposto de renda ou contribuição previdenciária, nem se incorporam, para qualquer fim, à remuneração do cargo, função ou emprego”.

²⁰⁴ “Art. 1º. Os bancos múltiplos, os bancos comerciais, os bancos de desenvolvimento, os bancos de investimento, as sociedades de crédito, financiamento e investimento, as caixas econômicas, as companhias hipotecárias, as sociedades de crédito imobiliário, as cooperativas de crédito e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) podem emitir Letra Financeira (LF)” (Resolução 4.123/12. BACEN).

poderão ser utilizados para composição do patrimônio de referência da instituição emissora, bem como poderão ser aplicados em operações ativas vinculadas ou não.²⁰⁵

Já as sociedades de crédito, financiamento e investimento, comumente denominadas financeiras, têm como objetivo básico a realização de financiamento para a aquisição de bens, serviços e capital de giro. As financeiras são impedidas de receber depósitos à vista, realizando a captação de recursos, basicamente, mediante emissão de Letras de Câmbio²⁰⁶ e Recibos de Depósitos Bancários.²⁰⁷ Assim, as financeiras não são instituições bancárias, por não receberem depósitos à vista e, com isso, não emitirem moeda escritural. Ainda assim, são instituições financeiras, devendo ser aqui aplicado o mesmo raciocínio exposto quando da análise dos bancos de investimento e desenvolvimento, tanto que as financeiras estão expressamente arroladas como instituições financeiras no parágrafo primeiro do art. 18 da Lei 4.595/64.²⁰⁸

As companhias hipotecárias são instituições financeiras cujas operações ativas são, basicamente, as seguintes: (i) concessão de financiamento destinado à produção,

²⁰⁵ “Art. 8º. Exclusivamente para fins de composição do Patrimônio de Referência, admite-se que a LF com cláusula de subordinação seja emitida, prevendo: I - suspensão do pagamento da remuneração estipulada; II - extinção permanente do direito de crédito por ela representado ou, alternativamente, conversão desse direito em ações elegíveis ao Capital Principal da instituição emitente; III - vencimento condicionado somente à ocorrência da dissolução da instituição emitente ou do inadimplemento da obrigação de pagar a remuneração estipulada, caso em que ambas as condições deverão constar do título; e IV - correção pela variação cambial. § 1º A instituição emissora da LF mencionada no caput deve protocolizar solicitação no Banco Central do Brasil para que os recursos captados sejam autorizados a compor seu Patrimônio de Referência. § 2º A eficácia das cláusulas mencionadas nos incisos I e II do caput deve estar condicionada ao deferimento, pelo Banco Central do Brasil, da solicitação referida no § 1º, condição esta que deverá constar do título. § 3º A LF de que trata o caput deve atender a todos os critérios estabelecidos na regulamentação em vigor para composição do Capital Complementar ou do Nível II do Patrimônio de Referência, ressalvado o disposto no art. 7º, § 4º, desta Resolução. § 4º O pagamento dos titulares de LF emitidas com as características estabelecidas na regulamentação em vigor para composição do Nível II do Patrimônio de Referência deve preferir ao pagamento dos titulares de LF emitidas com as características do Capital Complementar do Patrimônio de Referência, na hipótese de liquidação ou falência da instituição emissora”. (Artigo 8º com redação dada pela Resolução nº 4.330, de 26/5/2014.) “Art. 9º É facultada a utilização de LF para realização de operações ativas vinculadas, na forma da regulamentação em vigor. Parágrafo único. A LF de que trata o caput pode ser emitida com cláusula prevendo a antecipação do seu vencimento no caso da liquidação da operação ativa vinculada, desde que respeitado o prazo mínimo de doze meses” (Resolução 4.123/12. BACEN).

²⁰⁶ Resolução nº 45/96, BACEN.

²⁰⁷ Resolução 3454/07, BACEN.

²⁰⁸ “Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras. § 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras”.

reforma ou comercialização de imóveis residenciais ou comerciais; (ii) concessão de empréstimos e financiamentos, garantidos por hipoteca ou pela alienação fiduciária de bens imóveis, com destinação diversa da anteriormente elencada; (iii) aquisição, alienação, refinanciamento e administração de créditos garantidos por hipoteca ou por alienação fiduciária de bens imóveis, próprios ou de terceiros; (iv) administração de fundos de investimento imobiliário, desde que autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários; e, por fim, (v) repasse de recursos destinados ao financiamento da produção ou aquisição de imóveis.²⁰⁹ Por outro lado, a captação de recursos é realizada, basicamente, mediante emissão de letras hipotecárias e debêntures.²¹⁰

Importa ressaltar que as companhias hipotecárias não estão expressamente arroladas no parágrafo primeiro do art. 18 da Lei 4.595/64,²¹¹ tal como as demais instituições financeiras analisadas até o presente momento. Entretanto, a enumeração de instituições financeiras apresentada no aludido parágrafo não é taxativa, mas meramente exemplificativa, devendo ser considerada instituição financeira toda pessoa jurídica que exercer a atividade privativa delineada no art. 17 da Lei 4.595/64.

Sociedades de crédito imobiliário também não estão elencadas no parágrafo primeiro do art. 18 da Lei 5.595/64, mas são instituições financeiras, tal como as companhias hipotecárias. Enquanto suas operações ativas estão destinadas ao financiamento para construção de habitações, abertura de crédito para compra ou construção de casa própria, financiamento de capital de giro a empresas incorporadoras, produtoras e distribuidoras de material de construção, suas operações passivas são constituídas por depósitos de poupança, emissão de letras e cédulas hipotecárias e depósitos interfinanceiros.²¹² Sidnei Turczyn²¹³ esclarece que a principal diferença entre as companhias hipotecárias e as sociedades de crédito é a impossibilidade de as companhias hipotecárias captarem recursos por meio de caderneta de poupança.

²⁰⁹ Art. 3º. Resolução 2.122/94. BACEN.

²¹⁰ Art. 4º. Resolução 2.122/94. BACEN.

²¹¹ Ver nota 182.

²¹² Art. 40. Lei 4.380/64 c/c Art. 3º, Resolução 2.735/00, Banco Central do Brasil.

²¹³ TURCZYN, 2005, pág. 189.

2.6.3 Instituições não financeiras

Neste momento, serão analisadas determinadas instituições que comumente são elencadas como instituições financeiras, mas que não exercem a intermediação de crédito, pelo menos nos moldes aqui apresentados. Além disso, embora aqui tenha sido defendido que a custódia de valores de terceiros não mais é atividade privativa de instituição financeira, para fins argumentativos, também será demonstrado que as instituições elencadas a seguir tampouco exercem a custódia de valores de terceiros. Isso significa que as instituições apresentadas a seguir não são instituições financeiras, embora integrantes do sistema financeiro nacional e, com isso, reguladas pelo BACEN e eventualmente equiparadas a instituições financeiras.

As agências de fomento são sociedades anônimas fechadas, sob o controle dos Estados, sendo que cada unidade da federação pode constituir somente uma agência de fomento, tendo como objetivo financiar projetos que visem à ampliação ou à manutenção da capacidade produtiva de bens e serviços, previstos em programas de desenvolvimento econômico e social do seu respectivo Estado.²¹⁴ Porém, as agências de fomento são expressamente impedidas de realizar captação de recursos perante o público,²¹⁵ tendo seu capital constituído de recursos próprios, além de recursos provenientes de (i) fundos e programas oficiais; (ii) orçamento federal, estadual ou municipal; (iii) organismos e instituições financeiras nacionais e internacionais de desenvolvimento; e (iv) depósitos interfinanceiros vinculados a operações de microfinanças.

A agência de fomento não possui acesso direto à poupança popular, tampouco tem o poder de criar moeda escritural, afastando dois pressupostos de interpretação do conceito de atividade privativa de instituição financeira. Além de não intermediar crédito, por não ter acesso à economia popular, a agência de fomento também não pode

²¹⁴ Resolução 2.828/01. Banco Central do Brasil.

²¹⁵ “Art. 4º. As agências de fomento são vedadas: I - o acesso às linhas de assistência financeira e de redesconto do Banco Central do Brasil; II - o acesso à conta Reservas Bancárias no Banco Central do Brasil; III - a captação de recursos junto ao público, inclusive de recursos externos, ressalvado o disposto no inciso III do art. 2º; IV - a contratação de depósitos interfinanceiros, na qualidade de depositante ou depositária, ressalvadas as operações de DIM” (Resolução 2.828/01. Banco Central do Brasil).

custodiar bens de terceiro, simplesmente por não estar arrolada tal operação no art. 3º da Resolução 2.282/01²¹⁶ do BACEN.

Com isso, a única razão para se considerar a agência de fomento uma instituição financeira diria respeito ao terceiro interesse jurídico protegido pela criação do regime jurídico específico das instituições financeiras, mais especificamente, ao crescimento econômico da sociedade, mediante concessão de crédito. Entretanto, a presença do aludido interesse jurídico, isoladamente dos demais, não é fator determinante para entender certa atividade como privativa de instituição financeira. Caso contrário, qualquer negócio jurídico envolvendo concessão de crédito seria motivo suficiente para transformar uma atividade em privativa de instituição financeira, o que obviamente não é o caso.

Sob essa perspectiva, a agência de fomento não é uma instituição financeira, na medida em que não intermedeia crédito, tampouco custodia valores de terceiros. Isso levou o BACEN a expressamente prever a aplicação da Lei 4.595/64 às agências de

²¹⁶ “Art. 3º. As agências de fomento podem realizar, na Unidade da Federação onde tenham sede, as seguintes operações e atividades, observada a regulamentação aplicável em cada caso: I - financiamento de capitais fixo e de giro associado a projetos; II - prestação de garantias em operações compatíveis com o objeto social descrito no art. 1º; III - prestação de serviços de consultoria e de agente financeiro; IV - prestação de serviços de administrador de fundos de desenvolvimento, observado o disposto no art. 35 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000; V - aplicação de disponibilidades de caixa em títulos públicos federais, inclusive por meio de operações compromissadas de que trata a Resolução nº 3.339, de 26 de janeiro de 2006, ou em cotas de fundos de investimento cujas carteiras estejam representadas exclusivamente por títulos públicos federais, desde que assim conste nos regulamentos dos fundos; (Redação dada pela Resolução 3.834, de 28/1/2010). VI - cessão de créditos; VII - aquisição, direta ou indireta, inclusive por meio de fundos de investimento, de créditos oriundos de operações compatíveis com o objeto social descrito no art. 1º; VIII - participação societária, direta ou indireta, inclusive por meio de fundos de investimento, em sociedades empresárias não integrantes do sistema financeiro, organizadas sob a forma de sociedade limitada, cujo capital esteja totalmente integralizado, ou de sociedade anônima, desde que se trate de operação compatível com seu objeto social e que sejam observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Resolução 4.023, de 27/11/2011) a) não se configure a condição de sócio ou acionista controlador; (Redação dada pela Resolução 4.023, de 27/11/2011) b) a sociedade não seja controlada, direta ou indiretamente, por Unidade da Federação; (Redação dada pela Resolução 4.023, de 27/11/2011) c) a Unidade da Federação não tenha influência significativa na sociedade; ou (Redação dada pela Resolução 4.023, de 27/11/2011) d) a participação no capital social total de uma mesma sociedade ou no patrimônio de um mesmo fundo de investimento não ultrapasse o limite de 25% (vinte e cinco por cento) (Incluída pela Resolução 4.023, de 27/11/2011) IX - swap para proteção de posições próprias; X - operações de crédito rural; XI - financiamento para o desenvolvimento de empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial, de pequeno porte, inclusive a pessoas físicas; XII - operações específicas de câmbio autorizadas pelo Banco Central do Brasil; XIII - operações de arrendamento mercantil financeiro: a) contratadas com o próprio vendedor dos bens ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas; e/ou b) realizadas com recursos provenientes de instituições públicas federais de desenvolvimento; XIV - integralização de cotas de fundos que tenham participação da União, constituídos com o objetivo de garantir o risco de operações de crédito, nos termos dos arts. 7º a 13 da Lei nº 12.087, de 11 de novembro de 2009 (Incluído pela Resolução 3.834, de 28/1/2010); XV - aplicação em depósitos interfinanceiros vinculados a operações de microfinanças (DIM) (Incluído pela Resolução 4.023, de 27/11/2011)” (Resolução 2.828/01 do Banco Central do Brasil).

fomento, o que obviamente não seria necessário se estas fossem consideradas instituições financeiras, conforme previsto no art. 8º da sua Resolução 2.282/01.²¹⁷

Já as Associações de Poupança e Empréstimo são constituídas sob a forma de sociedade civil, sendo de propriedade comum de seus associados, de âmbito regional restrito, tendo por objetivos fundamentais propiciar ou facilitar a aquisição de casa própria aos associados, bem como captar, incentivar e disseminar a poupança.²¹⁸ Suas operações ativas são, basicamente, direcionadas ao mercado imobiliário e ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), enquanto a captação de recursos é constituída por emissão de letras e cédulas hipotecárias, depósitos de cadernetas de poupança, depósitos interfinanceiros e empréstimos externos. Os depositantes dessas entidades são os quotistas da associação, razão pela qual não recebem rendimentos, mas sim, dividendos, sendo que os recursos dos depositantes são considerados patrimônio líquido da associação.²¹⁹

Dada a realidade acima apresentada, as associações de poupança e empréstimo não devem ser consideradas instituições financeiras, na medida em que não há operações passivas, ou seja, depósito de dinheiro, à vista ou a prazo, mas sim, participação na associação, seja por meio de aquisição de quotas, seja ainda por direito sobre o seu patrimônio.²²⁰ Isso significa que, não havendo operações passivas, não se pode falar em intermediação de crédito, simplesmente porque as associações de poupança e empréstimo financiam ou emprestam valores próprios aos seus associados.

Obviamente, esses valores foram, pelo menos inicialmente, aportados à associação pelos associados, mas tal realidade é a mesma para qualquer associação ou sociedade limitada ou anônima. Em outros termos: entender que as associações de

²¹⁷ “Art. 8º. Aplicam-se às agências de fomento as mesmas condições e limites operacionais estabelecidos para o funcionamento de instituições financeiras na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e na legislação e regulamentação posteriores relativas ao Sistema Financeiro Nacional, no que não conflitam com o disposto nesta Resolução”.

²¹⁸ Art. 1º. Decreto-Lei 70/1966.

²¹⁹ “Art. 2º. São características essenciais das associações de poupança e empréstimo: I - a formação de vínculo societário, para todos os efeitos legais, através de depósitos em dinheiro efetuados por pessoas físicas interessadas em delas participar; II - a distribuição aos associados, como dividendos, da totalidade dos resultados líquidos operacionais, uma vez deduzidas as importâncias destinadas à constituição dos fundos de reserva e de emergência e a participação da administração nos resultados das associações” (Decreto-Lei 70/1966).

²²⁰ “Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário. Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de per si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto” (Código Civil).

poupança e empréstimo seriam instituições financeiras, pois realizam empréstimos aos seus associados, acarretaria no entendimento de que uma sociedade limitada que emprestasse algum valor ao seu sócio, com base no capital social, seria igualmente uma instituição financeira, o que obviamente não é o caso. Não por outro motivo, o legislador entendeu ser necessário prever expressamente que as sanções aplicáveis às instituições financeiras incidirão sobre as associações de Poupança e Empréstimo.²²¹ Caso instituição financeira fosse, não seria necessária essa pontual equiparação.

Já as Sociedades de Crédito ao Microempreendedor são instituições criadas pela Lei 10.194/01, as quais têm como objetivo a concessão de financiamentos a pessoas físicas, a microempresas e a empresas de pequeno porte, com vista a viabilizar empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial. Essas sociedades estão impedidas de captar recursos perante o público, sob qualquer forma, estando igualmente impedidas de emitir títulos ou valores mobiliários destinados à colocação e oferta públicas.²²²

As Sociedades de Crédito ao Microempreendedor podem receber recursos do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE),²²³ que, por sua vez, recebe um percentual sobre o adicional de contribuição social instituído pelo art. 8º, §4º, da Lei 8.029/1990.²²⁴ Portanto, as Sociedades de Crédito ao Microempreendedor

²²¹ “Art. 1º. Dentro das normas gerais que forem estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, poderão ser autorizadas a funcionar, nos termos dêste decreto-lei, associações de poupança e empréstimo, que se constituirão obrigatoriamente sob a forma de sociedades civis, de âmbito regional restrito, tendo por objetivos fundamentais: (...) § 2º As associações de poupança e empréstimo e seus administradores ficam subordinados aos mesmos preceitos e normas atinentes às instituições financeiras, estabelecidos no capítulo V da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964” (Decreto-Lei 70/1966, *Sic*).

²²² “Art. 1º. É autorizada a constituição de Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte, as quais: (...) V - estarão impedidas de captar, sob qualquer forma, recursos junto ao público, bem como emitir títulos e valores mobiliários destinados à colocação e oferta públicas” (Lei 10.194/01).

²²³ “Art. 11. Caberá ao Conselho Deliberativo do Cebrae a gestão dos recursos que lhe forem destinados conforme o disposto no § 4º do art. 8º, exceto os destinados à Apex-Brasil. (...) § 2º. Os projetos ou programas destinados a facilitar o acesso ao crédito a que se refere o parágrafo anterior poderão ser efetivados: a) por intermédio da destinação de aplicações financeiras, em agentes financeiros públicos ou privados, para lastrear a prestação de aval parcial ou total ou fiança nas operações de crédito destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte; para lastrear a prestação de aval parcial ou total ou fiança nas operações de crédito e aquisição de carteiras de crédito destinadas a sociedades de crédito ao microempreendedor, de que trata o art. 1º da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, e a organizações da sociedade civil de interesse público que se dedicam a sistemas alternativos de crédito, de que trata a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999; e para lastrear operações no âmbito do Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado” (Lei 8.029/90).

²²⁴ “Art. 8º. É o Poder Executivo autorizado a desvincular, da Administração Pública Federal, o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa - CEBRAE, mediante sua transformação em serviço social autônomo. (...) § 3º. Para atender à execução das políticas de apoio às micro e às pequenas empresas, de promoção de exportações e de desenvolvimento industrial, é instituído adicional às alíquotas

não são instituições financeiras, por não realizarem captação de recursos, mas tão somente aplicarem recursos que são repassados pelo SEBRAE. Essa afirmação pode ser comprovada por meio da previsão expressa de equiparação das Sociedades de Crédito ao Microempreendedor às instituições financeiras.²²⁵

No que diz respeito às sociedades de arrendamento mercantil, essas sociedades são constituídas sob a forma de sociedades anônimas, tendo como objetivo principal a realização de operações de arrendamento mercantil de bens móveis ou imóveis, estes desde que para uso próprio do arrendatário. Importa ressaltar que operações de arrendamento mercantil também podem ser realizadas por bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil, e também as demais instituições financeiras, desde que estejam autorizadas a contratar operações de arrendamento com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele coligadas ou interdependentes, ou seja, arrendamento contratado com o próprio vendedor do bem, mantendo o bem na posse do arrendatário.²²⁶

As sociedades de arrendamento mercantil podem empregar em suas atividades: (i) recursos próprios; (ii) empréstimos contraídos no exterior; (iii) empréstimos e financiamento de instituições financeiras nacionais; (iv) colocação de debêntures; (v) cessão de contratos de arrendamento mercantil, bem como dos direitos creditórios deles decorrentes; e (vi) depósitos interfinanceiros.²²⁷

das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.318, de 30 de dezembro de 1986 (...) § 4º. O adicional de contribuição a que se refere o § 3º deste artigo será arrecadado e repassado mensalmente pelo órgão ou entidade da Administração Pública Federal ao Cebrae, ao Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil e ao Serviço Social Autônomo Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, na proporção de 85,75% (oitenta e cinco inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) ao Cebrae, 12,25% (doze inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) à Apex-Brasil e 2% (dois inteiros por cento) à ABDI.

(...) Art. 11. Caberá ao Conselho Deliberativo do Cebrae a gestão dos recursos que lhe forem destinados conforme o disposto no § 4º do art. 8º, exceto os destinados à Apex-Brasil.

§ 1º. Os recursos a que se refere este artigo, que terão como objetivo primordial apoiar o desenvolvimento das micro e pequenas empresas por meio de projetos e programas que visem ao seu aperfeiçoamento técnico, racionalização, modernização, capacitação gerencial, bem como facilitar o acesso ao crédito, à capitalização e o fortalecimento do mercado secundário de títulos de capitalização dessas empresas, terão a seguinte destinação: (...)” (Lei 8.029/90).

²²⁵ “Art. 1º É autorizada a constituição de Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte, as quais: I - terão por objeto social a concessão de financiamentos a pessoas físicas, a microempresas e a empresas de pequeno porte, com vistas na viabilização de empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial, equiparando-se às instituições financeiras para os efeitos da legislação em vigor, podendo exercer outras atividades definidas pelo Conselho Monetário Nacional” (Lei 10.194/01).

²²⁶ Art. 1º. Resolução 2.039/96. Banco Central do Brasil.

²²⁷ Art. 19. Resolução 2.039/96. Banco Central do Brasil.

Portanto, as sociedades de arrendamento mercantil estão impedidas de captar recursos perante o público, seja por depósitos à vista ou mesmo a prazo. A captação de recursos perante instituição financeira, seja nacional ou estrangeira, não pode ser vista como captação de recursos perante o público, conforme já previamente analisado. Nesse mesmo sentido, a emissão de debêntures também não consiste em captação de recursos perante o público em geral, em nome próprio. Isso porque essa captação, por meio de debêntures, ocorre dentro do mercado de capitais, afastando a natureza de intermediação de crédito.

Com isso, embora operações de arrendamento mercantil possam ser realizadas por instituições financeiras, as sociedades de arrendamento mercantil não são instituições financeiras, por não poderem captar recursos perante o público. Tanto que o próprio Banco Central do Brasil equiparou expressamente essas Sociedades às instituições financeiras.²²⁸

Já os Bancos de Câmbio são instituições autorizadas a realizar, sem restrições, operações de câmbio e operações de crédito vinculadas às de câmbio, tal como o adiantamento sobre contrato de câmbio (ACC). A compra e venda de moeda estrangeira somente podem ser realizadas por autorização do Banco Central do Brasil (art. 10, inc. X, alínea *d*, Lei 4.595/64²²⁹), sendo autorizados para operar no mercado de câmbio os seguintes agentes:²³⁰ (i) sem restrições, podendo exercer todas as operações no mercado de câmbio: (i.a) os bancos em geral, exceto Bancos de Desenvolvimento e a Caixa Econômica Federal; (ii) com restrições, podendo exercer determinadas operações no mercado de câmbio: os (ii.a) Bancos de Desenvolvimento, as (ii.b) sociedades de crédito, financiamento e investimento, as (ii.v) sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, as (ii.d) sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, as (ii.e) sociedades corretoras de câmbio, e as (ii.f) agências de turismo.

²²⁸ “Art. 4º. As sociedades de arrendamento mercantil devem adotar a forma jurídica de sociedades anônimas e a elas se aplicam, no que couber, as mesmas condições estabelecidas para o funcionamento de instituições financeiras na Lei nº 4.595, de 31.12.64, e legislação posterior relativa ao Sistema Financeiro Nacional, devendo constar obrigatoriamente de sua denominação social a expressão ‘Arrendamento Mercantil’” (Resolução 2.039/96. Banco Central do Brasil).

²²⁹ “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

(...) X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

(...) d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários”.

²³⁰ Art. 3º. Resolução 3.568/2008. Banco Central do Brasil.

Em face disso, resta evidente que o mercado de câmbio pode ser explorado por diversos agentes, incluindo praticamente todos as Instituições Financeiras, que podem exercer irrestritamente as atividades do Banco de Câmbio, exceto os Bancos de Desenvolvimento e a Caixa Econômica Federal. Entretanto, quando constituída exclusivamente como Banco de Câmbio, essa instituição não poderá captar recursos perante o público, seja por meio de depósitos à vista ou a prazo. Aliás, as fontes de recursos dos Bancos de Câmbio estão restritas a (i) capital próprio, (ii) repasses interbancários, (iii) depósitos interfinanceiros e (iv) recursos captados no exterior.²³¹

Também não se pode falar que o Banco de Câmbio realize operações de mútuo ou financiamento, tendo em vista que a natureza jurídica da operação de câmbio consiste em um contrato de compra e venda de moeda estrangeira. Até mesmo quando celebra um ACC, o banco simplesmente está vendendo moeda estrangeira, sendo que a contraprestação, ou seja, o pagamento do preço em moeda nacional pelo cliente, será realizado em momento posterior.

Nessa perspectiva, o Banco de Câmbio não realiza a atividade privativa de instituição financeira, mais especificamente, a intermediação do crédito, nos moldes aqui defendidos, seja porque não possui acesso à economia popular, seja ainda porque não aplica tais recursos mediante mútuo ou financiamento.²³² Isso leva ao lógico entendimento de não poder ser um Banco de Câmbio considerado uma instituição financeira.

A natureza do Banco de Câmbio ainda é matéria pouco explorada na doutrina. Eduardo Salomão Neto,²³³ embora afirme ser a atividade de câmbio diversa da atividade privativa de instituição financeira, define Banco de Câmbio como uma instituição financeira. Importa destacar que a Resolução 3.426/06 prevê a aplicação aos Bancos de Câmbio das mesmas normas de constituição e funcionamento aplicáveis às demais instituições financeiras.²³⁴ Veja-se que não há previsão de *equiparação*, tal como ocorre com outras instituições não financeiras, mas somente previsão de aplicação de

²³¹ Art. 3º. Resolução 3.426/2006. Banco Central do Brasil.

²³² As questões atreladas à natureza jurídica das operações de câmbio serão pormenorizadamente analisadas em capítulo próprio, quando da análise das Atividades Comparáveis, tendo sido apresentada neste momento somente a conclusão, para fins de classificação do Banco de Câmbio.

²³³ NETO, 2007.

²³⁴ Art. 5º Aplicam-se aos bancos de câmbio as mesmas condições de constituição e de funcionamento aplicáveis às demais instituições financeiras, inclusive os limites de imobilização, de exposição por cliente e de Patrimônio de Referência (PR) compatível com o grau de risco de suas operações.

determinadas normas. Disso não se pode extrair categoricamente que o próprio BACEN reconhece não ser o Banco de Câmbio uma instituição financeira, tal como argumentado anteriormente em outros tipos de instituições não financeiras. Por outro lado, em seu *website*, o próprio BACEN elenca o Banco de Câmbio como uma instituição financeira.²³⁵

Diante desse complexo cenário, e objetivando manter uma lógica ao raciocínio aqui exposto, a interpretação mais adequada leva à conclusão de não ser o Banco de Câmbio uma instituição financeira, sendo, por outro lado, integralmente equiparado a uma instituição financeira. Aliás, conforme exposto anteriormente, a equiparação deve ser entendida como um elastério cirúrgico, devendo ser aplicadas as normas de instituições financeiras somente no que for cabível e dentro dos limites da extensão. No caso do Banco de Câmbio, pelos elementos linguísticos e extralinguísticos analisados, o Banco de Câmbio deve ser integralmente equiparado a uma instituição financeira, sendo praticamente uma exceção à regra de ser instituição financeira somente aquela que pratica a intermediação de crédito.

²³⁵ <www.bcb.gov.br/pre/composicao/Bancos_Cambio.asp>. Acesso em 20/11/15.

3. Atividades bancárias correlatas

Neste capítulo serão analisadas determinadas atividades possuem características que as assemelham à atividade privativa de instituição financeira. No caso do *Factoring*, há ainda posição minoritária que entende haver intermediação de crédito na sua atividade,²³⁶ e muitas vezes é inadequado o argumento para distinguir as atividades, mais especificamente, que o elemento de distinção entre as atividades seria a ilegalidade de cobrança do título endossado pelo faturizador contra o faturizado.²³⁷ Por sua vez, as administradoras de cartão de crédito, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”),²³⁸ são consideradas instituições financeiras, o que parece ser uma conclusão inadequada.

O contrato de câmbio igualmente não deve ser considerado atividade bancária. Embora não haja uma linha de entendimento neste sentido, o certo é que o banco de câmbio é denominando *banco* pelas próprias normas do BACEN,²³⁹ sendo relevante analisar se a sua principal atividade, contratos de câmbio,²⁴⁰ pode ser considerada atividade de instituição financeira. Por fim, os contratos derivativos possuem atributos semelhantes à atividade de intermediação de crédito, sendo que, embora a doutrina já tenha afastado os derivativos da atividade privativa de instituição financeira,²⁴¹ o tema ainda é pouco analisado sob o prisma do contrato derivativo de crédito, mas ainda assim não deve ser considerado atividade privativa bancária.

Não se trata de uma lista exaustiva de atividades correlatas, até por ser impossível antever todas as atividades que possam vir a ser consideradas privativas de instituição financeira.

Portanto, no que diz respeito a estas atividades correlatas, serão demonstradas as diferenças entre tais atividades em relação à atividade de intermediação de crédito,

²³⁶ “A natureza bancária do conventional factoring é indiscutível, à vista da antecipação pela faturizadora do crédito concedido pelo faturizado a terceiros, que representa inequívoca operação de intermediação creditícia abrangida pelo art. 17 da LBR” (COELHO, 2013, pág.162).

²³⁷ SÁ, 1989.

²³⁸ As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura. Súmula 283, segunda seção, julgada em 28/04/2004, DJ 13/05/2004, pág. 201.

²³⁹ Vide item 2.6.2 desta dissertação.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ NETO, 1998.

analisando os argumentos, ou ainda os possíveis argumentos, que tendem a aproximar as atividades sob análise.

3.1 *Factoring*

Há discussão quanto ao regime jurídico a ser dado à faturização. Por um lado, há quem entenda que a faturização seria atividade de instituição financeira, nos termos do art. 17 da Lei 4.595/64, tendo em vista a existência de financiamento. Por outro lado, boa parte da doutrina e jurisprudência entende que, embora haja financiamento, pelo menos em análise econômica da operação, não está a Faturizadora exercendo atividade privativa de banco.

Parte dessa discussão diz respeito à possibilidade ou não de pactuação do direito de regresso contra o faturizado, caso o devedor do título faturizado não faça o pagamento ao faturizador. Sobre isso, existe o argumento de que permitir tal direito de regresso acabaria por assemelhar demasiadamente o *Factoring* ao contrato de desconto bancário.²⁴² De fato, quando o contrato de *Factoring* for reduzido somente à cessão onerosa de crédito, permitindo o direito de regresso, o negócio jurídico será bastante semelhante ao desconto bancário, sobretudo, no seu aspecto econômico, sendo que parte da jurisprudência e doutrina fundamentam a impossibilidade de direito de regresso contra o Faturizado justamente na impossibilidade de equiparação dessas modalidades.

Para Gonçalo Ivens Ferraz da Cunha e Sá²⁴³ e Marcelo Negri Soares,²⁴⁴ a principal diferença entre os dois instrumentos seria justamente o direito de regresso que a instituição financeira mantém em relação ao descontário, razão pela qual não poderia possuir o faturizador tal direito em relação ao faturizado. A esse respeito, há uma

²⁴² A respeito do conceito de desconto bancário: “Do exposto, podemos concluir que, num sentido estrito, que é aquele seguido pela prática bancária, o desconto é o contrato pelo qual o banco, com prévia dedução do juro, comissão e despesas, antecipa ao cliente a importância representada por um título de crédito, não vencido, contra terceiro, mediante endosso do próprio título. (...) Adotando o conceito supra, verificamos que o desconto se desdobra nos seguintes elementos: (...) III – o cliente endossa o título (cambiário ou cambial) ao banco, sem, contudo, exonerar-se, o que se coaduna com a própria natureza do endosso” (ABRÃO, 2009, págs. 145/146).

²⁴³ “A principal diferença entre o desconto e o factoring é que, no primeiro, o descontador adquire os créditos do descontário e mantém o direito de regresso contra este – diz-se que ocorreu uma cessão pro solvendo; diferentemente, no factoring em regra, os créditos são cedidos ao fator em caráter definitivo – diz-se que houve uma cessão pro soluto” (SÁ, 1989, págs.100-119).

²⁴⁴ “É que no risco do Faturizador pela insolvência do devedor ou sacado reside a diferença fundamental do contrato de Factoring em relação ao contrato bancário” (SOARES, 2010, págs. 119/120).

inclinação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o direito de regresso contra o faturizado não seria possível, pois, nesse caso, a Faturização estaria demasiadamente próxima ao contrato de desconto bancário, o que não seria permitido, por tratar-se de atividade privativa de instituição financeira.^{245/246}

Entretanto, a despeito da importância de quem defende esse entendimento, essa não parece ser a melhor interpretação a ser dada ao caso. Isso porque, conforme acima exposto, o conceito de atividade privativa de instituição financeira não diz respeito tão somente à concessão de crédito a terceiros. Muito pelo contrário. Qualquer pessoa pode conceder crédito a um terceiro, o que justifica a previsão expressa do mútuo feneratício no Código Civil.²⁴⁷

Desse modo, a atividade privativa de instituição financeira diz respeito à intermediação do crédito, o que, definitivamente, não ocorre nos casos de *Factoring*, conforme bem analisado por Thiago do Amaral Santos.²⁴⁸ Isso porque, no *Factoring*, não há captação pública de recursos, mas aporte de dinheiro na sociedade pelos próprios

²⁴⁵ “Agravamento regimental. Ação declaratória. Nulidade de notas promissórias. Empresa de Factoring. Realização de empréstimos e de desconto de títulos com garantia de direito de regresso. Impossibilidade. Prática privativa de instituições financeiras integrantes do sistema financeiro nacional. Precedentes desta corte. Incidência do enunciado n. 83 da súmula/STJ. Ademais, entendimento obtido da análise do conjunto fático-probatório. Reexame de provas. Óbice do enunciado n. 7 da súmula/STJ. Manutenção da decisão agravada. Agravo improvido” (STJ. AgRg no Ag 1071538/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 18/02/2009).

²⁴⁶ “Comercial. ‘Factoring’. Atividade não abrangida pelo sistema financeiro nacional. Inaplicabilidade dos juros permitidos às instituições financeiras. I - O ‘factoring’ distancia-se de instituição financeira justamente porque seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso. Daí que nesse tipo de contrato não se aplicam os juros permitidos às instituições financeiras. E que as empresas que operam com o ‘factoring’ não se incluem no âmbito do sistema financeiro nacional. II - O empréstimo e o desconto de títulos, a teor de art. 17, da lei 4.595/64, são operações típicas, privativas das instituições financeiras, dependendo sua prática de autorização governamental. III - recurso não conhecido” (STJ. REsp 119.705/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/1998, DJ 29/06/1998, pág. 161).

²⁴⁷ “Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

²⁴⁸ “Todo o recurso empregado na atividade do faturizador “é formado por recursos das próprias empresas de fomento mercantil, linhas de crédito bancário e mútuo de empresas coligadas e de sócios”, além da possibilidade de captação por outras formas legalmente permitidas, como, por exemplo, a emissão de debêntures ou a securitização de recebíveis. (...) Diante do exposto, entendemos que as sociedades de fomento mercantil não captam recursos perante o público, não emprestam dinheiro e, conseqüentemente, não colocam em risco a poupança popular nacional, mas apenas adquirem os direitos creditórios de seus clientes.” (SANTOS, Thiago do Amaral. *Contrato de Factoring: natureza jurídica, direito de regresso e proteção ao investimento privado*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014. Dissertação de Mestrado. Págs. 131-132.)

sócios, que, inclusive, podem ser penalizados pelo crime de operar irregularmente instituição financeira, caso procedam à captação pública de recursos.²⁴⁹

Por outro lado, o entendimento de que não poderia haver o direito de regresso, sob pena de equiparar a faturizadora a uma instituição financeira, levado ao extremo, já ensejou julgamentos pela criminalização dessa conduta, por conta do crime de operar irregularmente instituição financeira, pelo simples fato de a faturizadora cobrar da faturizada o valor dos títulos, mesmo sem haver relato de captação pública de recursos.²⁵⁰ Desse modo, embora haja posicionamento contrário de abalizada doutrina,²⁵¹ a atividade de *Factoring*, mesmo com direito de regresso contra o faturizado, não se assemelha à atividade privativa de instituição financeira.

Em trabalho específico sobre o tema, Luiz Rodrigo Lemmi conclui que:

²⁴⁹ “Conflito negativo de competência. Sociedade empresarial de factoring. Captação e aplicação de recursos de terceiros sem a devida autorização legal. Operações exclusivas de instituições financeiras. Crime contra o sistema financeiro nacional (art. 16 da lei nº 7.492/86). Competência do juízo federal. 1. A concessão de empréstimos a juros abusivos por empresas de factoring caracteriza crime de usura, previsto nos arts. 4º da Lei nº 1.521/51 e 13 do Decreto nº 22.626/33, e não delito contra o sistema financeiro nacional, sendo, portanto, da competência da Justiça Estadual. Precedentes. 2. Na hipótese, constatou-se que os sócios da Ourofacto Factoring Ltda. realizavam, sem autorização legal, a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, sob a promessa de que receberiam, em contrapartida, rendimentos superiores aos aplicados no mercado, em torno de 1,5% a 2,5% ao mês, operando como verdadeira instituição financeira, o que configura, em tese, o crime previsto no art. 16 da Lei nº 7.492/86, cuja competência é da Justiça Federal. 3. Embora a factoring não se confunda com instituição financeira nos termos da legislação, nada impede que determinadas operações realizadas por essas empresas possam ser tipificadas na Lei nº 7.492/86, como na espécie, em que se verificou a prática de atividades típicas de instituições financeiras, exorbitando-se das atividades próprias do faturamento mercantil. 4. Conflito conhecido para reconhecer a competência do Juízo Federal da 3ª Vara Criminal e Juizado Especial Criminal de Curitiba/PR, o suscitante” (STJ - CC: 115338 PR 2010/0227777-6, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 26/06/2013, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 13/08/2013).

²⁵⁰ “Penal. Processual penal. Apelação criminal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Lei 7.492/86. Art. 16. Desenvolvimento de atividade de instituição financeira sem autorização. Extorsão. Art. 158 do código penal. Intimação da sentença. Réu em local incerto e não sabido. Apresentação de apelação por advogado constituído. Prejuízo não demonstrado. Nulidade. Ausência. Fundamentação. Exame de todas as teses da defesa. Desnecessidade. Conexão. Competência da justiça federal. Interrogatório. Perguntas deferidas à acusação e defesa. Nulidade. Inexistência. Denúncia. Narrativa da participação dos acusados. Emendatio libelli. Suspensão condicional do processo. Ausência de preenchimento de pressuposto quando da denúncia. Empresa. Concessão de empréstimos mediante garantia. Atividade financeira. Necessidade de autorização do Bacen. Co-autoria. Participação. Materialidade autoria. Pena. Dosimetria. Continuidade delitiva. Crime habitual. Não cabimento da causa de aumento. (...) 11. Não há qualquer dúvida de que a empresa da qual faziam parte os apelantes atuava como instituição financeira, uma vez que prometia a concessão de empréstimos sem burocracia, aval ou consulta ao SPC. A realização de empréstimos pessoais, mediante garantia, é atividade típica de instituição financeira, condicionando-se a autorização expressa do BACEN, em nada se confundindo com a atividade de factoring” (TRF. 1ª Região. 4ª turma. ACR 0000123-77.1998.4.01.3500. Des. Rel. Mario Cesar Ribeiro. d.j. 17/11/2009).

²⁵¹ “A natureza bancária do conventional factoring é indiscutível, à vista da antecipação pela faturizadora do crédito concedido pelo faturizado a terceiros, que representa inequívoca operação de intermediação creditícia abrangida pelo art. 17 da LBR” (COELHO, 2013, pág.162).

Se o factoring é praticado com recursos próprios ou com recursos captados em bancos ou mediante a emissão de debênture, não se caracteriza a atividade financeira, não sendo relevante para a configuração do caráter financeiro saber se houve ou não a renúncia ao direito de regresso.²⁵²

Já Maria Elizabete Vilaça Lopes, além de chegar à mesma conclusão aqui exposta,²⁵³ ensina que a faturizadora, embora não exerça atividade privativa de instituição financeira, exerce efetivamente operação de crédito.²⁵⁴ Além disso, Maria Elizabete Vilaça Lopes entende que o *Factoring* seria uma atividade complementar à bancária, mas não concorrente à atividade privativa de instituição financeira, servindo muitas vezes para financiar pequenas e médias empresas.²⁵⁵

Já para Luiz Gastão Paes de Barros Leães,²⁵⁶ a atividade de *Factoring* não é sequer operação de crédito, mas tão somente operação de compra e venda, tendo como objeto o crédito. Não parece, contudo, ser essa a melhor interpretação, pois o conceito de crédito é amplo, sendo certo que o faturizador, pelo menos no *Conventional Factoring*, está adiantando valores ao faturizado, exercendo, sim, operação de crédito, o que resta ainda mais evidente por meio da análise econômica desse negócio jurídico.

Diante do exposto, não sendo a atividade de *Factoring* correspondente à atividade privativa de instituição financeira, o certo é que à faturizadora não incide o regime jurídico próprio das instituições financeiras. Uma das consequências dessa conclusão diz respeito ao regramento atinente às taxas de juros. Enquanto a faturizadora está sujeita às limitações legais quanto à taxa de juros, para as instituições financeiras,

²⁵² LEMMI, 2005, pág. 107.

²⁵³ “A empresa de factoring não seria tipificada como instituição financeira, uma vez que a atividade por ela desenvolvida englobaria apenas uma das fases da denominada atividade bancária (aplicação de recursos)” (LOPES, 1989, págs. 57-71).

²⁵⁴ “A empresa de factoring, embora pratique operação de crédito, não se caracteriza como instituição financeira, por não estar abrangida pela definição prevista no art. 17 da Lei 4.595/64” (*Ibidem*).

²⁵⁵ “À vista disso, tem-se asseverado que o factoring não seria uma atividade concorrente da bancária, mas sim complementar. Por esse mecanismo, seria possível financiar o capital de giro das pequenas e médias empresas, e, inclusive, o das empresas que não apresentassem uma boa condição econômica-financeira, desde que sua clientela mostrasse uma performance satisfatória” (*Ibidem*).

²⁵⁶ “Ora, nesses negócios de crédito, não se vislumbram propriamente ‘operações de financiamento’. Com efeito, a não ser num sentido vulgar, despidido de qualquer conteúdo técnico, é que se poderia dizer que ocorre ‘financiamento’, p. ex., num contrato de compra e venda com pagamento a prazo, ou de compra e venda com pagamento em prestações. No entanto, ambos estes contratos são inegavelmente contratos de venda a crédito, na medida em que entre a obrigação de entregar a coisa e a obrigação de pagar o preço se interpõe um espaço de tempo” (LEÃES, 1999, págs. 239-254).

há um regime especial para a cobrança de juros e demais encargos, não estando as instituições financeiras adstritas às limitações contidas no Código Civil e Lei de Usura, tal como ocorre com as faturizadoras.²⁵⁷

Outra consequência diz respeito à desnecessidade de autorização pelo Banco Central para criação e funcionamento de uma *Factoring*, tal como ocorre nas instituições financeiras. A esse respeito, cumpre esclarecer que, no passado, já houve determinação legal contrária ao aqui exposto, sendo certo que, por determinado período, no Brasil, havia necessidade de autorização pelo BACEN para criação e funcionamento de *Factoring*.²⁵⁸

Entretanto, mesmo que a atividade de *Factoring* não seja considerada atividade de instituição financeira, segundo o melhor entendimento, ela exerce atividade de crédito, conforme acima exposto. Portanto, ao exercer atividade de crédito, a faturizadora está submetida ao CMN, na medida em que é de sua competência regular questões atinentes a crédito, em todas as suas modalidades, ou seja, mesmo que não ligadas a instituições financeiras (art. 4, inc. VI, Lei 4.595/64²⁵⁹).

Nesse sentido, defende Maria Elizabete Vilaça Lopes:

Em face da análise do contrato de factoring e de sua caracterização como operação de crédito, em especial no conventional factoring, parece-nos correto afirmar que esse tipo de negócio praticado habitualmente, com escopo empresarial, teria de submeter-se à regulamentação que o Conselho Monetário Nacional viesse a editar sobre o assunto.²⁶⁰

²⁵⁷ Sobre a possibilidade de cobrança de juros pela Faturizada, juntamente à comissão: “a remuneração da empresa faturizadora é dúplice. Uma comissão fixa sobre o montante global dos créditos transferidos, e mais juros sobre as quantias financiadas.” (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pág. 350).

²⁵⁸ “O Banco Central já considerou a faturização contrato bancário no início dos anos 1980, mas desde 1980 liberou a atividade de fomento mercantil a qualquer sociedade empresária, independentemente de prévia autorização” (COELHO, 2013, pág. 163).

²⁵⁹ “Art. 4º. Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

VI - Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras”.

²⁶⁰ “A empresa de factoring, embora pratique operação de crédito, não se caracteriza como instituição financeira, por não estar abrangida pela definição prevista no art. 17 da Lei 4.595/64” (LOPES, 1989, págs. 57-71).

Além disso, mesmo não exercendo a *Factoring* atividade privativa de instituição financeira, ainda assim, ela está sujeita ao Sigilo Bancário. A esse respeito, o artigo primeiro da Lei Complementar 105/2001 determina que as “instituições financeiras” conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas, bem como nos demais serviços prestados. Portanto, embora a faturizadora não seja instituição financeira, tampouco esteja na lista de sujeitos equiparáveis, ainda assim, ela deverá seguir as determinações do diploma legal em questão, por determinação expressa do parágrafo segundo.²⁶¹

3.2 Administradoras de cartão de crédito

O Superior Tribunal de Justiça sumulou o seu entendimento acerca do tema, no ano de 2004:

As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.²⁶²

Nos diversos julgados que precederam a súmula 283,²⁶³ o Superior Tribunal de Justiça entendeu, basicamente, que: (i) a administradora se obriga a honrar os pagamentos realizados pelo cartão de crédito, cobrando ao final do mês esses valores do usuário do cartão; (ii) quando da contratação do cartão de crédito, o cliente outorga poderes à administradora do cartão de crédito, para que ela possa buscar no mercado financeiro recursos para realizar os pagamentos à vista, embora somente receba do usuário quando da cobrança da fatura no final do mês; (iii) caso a administradora de cartão de crédito não fosse reconhecida como instituição financeira, estaria a administradora adstrita à Lei de Usura e Código Civil, diferentemente do que ocorre

²⁶¹ “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ “1º. São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar: I – os bancos de qualquer espécie; II – distribuidoras de valores mobiliários; III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários; IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos; V – sociedades de crédito imobiliário; VI – administradoras de cartões de crédito; VII – sociedades de arrendamento mercantil; VIII – administradoras de mercado de balcão organizado; IX – cooperativas de crédito; X – associações de poupança e empréstimo; XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros; XII – entidades de liquidação e compensação; XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º. As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º”.

²⁶² Súmula 283, segunda seção, julgada em 28/04/2004, DJ 13/05/2004, pág. 201.

²⁶³ Os julgados que precederam a súmula 283, estão elencados no *website* do STJ:

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=283&&b=SUMU&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=1>, acesso em 19/01/16.

com as instituições financeiras, razão pela qual, nesse caso, haveria enriquecimento ilícito pelo usuário do cartão, pois, caso não pagasse a fatura, teria a sua dívida financiada pela administradora, por juros limitados pela Lei de Usura e Código Civil, mas, em contrapartida, a administradora teria de captar recursos no mercado financeiro, certamente mediante pagamento de juros e encargos acima de tais limites. Além disso, veja-se que a utilização de cartão de crédito para pagamento de contas, tal como água e luz, sujeita-se à incidência do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, conforme o Ato Declaratório Interpretativo nº 40 da Secretaria da Receita Federal.²⁶⁴

A despeito da fundamentação apresentada, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça não parece ser o mais correto. Porém, antes de se analisar cada um dos argumentos elencados, cumpre inicialmente esclarecer que a finalidade precípua do cartão de crédito consiste em uma prestação de serviço, objetivando a facilitação do pagamento. Esse serviço prestado pela administradora do cartão de crédito podendo ser dividido em duas circunstâncias: (i) utilização do cartão para pagamento em diversos estabelecimentos comerciais, evitando que o cliente tenha de utilizar papel moeda – o que também ocorre com o cartão de débito –; e (ii) permitir ao cliente realizar o pagamento de todas as suas compras somente em determinada data, normalmente, no final do mês, quando do vencimento da fatura.

Jairo Saddi,²⁶⁵ Eduardo Salomão Neto²⁶⁶ e Nelson Eizirik²⁶⁷ já se manifestaram acerca do tema, esclarecendo que a administradora de cartão de crédito não exerce

²⁶⁴ “Artigo único. A utilização do cartão de crédito para pagamento de contas utilizando a função crédito, referida na Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010, sujeita-se à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) à alíquota prevista na alínea ‘b’ do inciso I do art. 7º do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007”.

²⁶⁵ A respeito da contemporaneidade do tema, cumpre destacar o artigo do de Jairo Saddi, publicado no *Valor Econômico* do dia 22/04/13: “Mas uma coisa há de ficar clara, apesar de até hoje ainda dar origem a longos e acirrados debates: cartão de crédito é produto financeiro, mas a sua administradora não é instituição financeira. Claro que muitos cartões se tornaram produto de bancos, principalmente porque essa medida evita os transtornos operacionais que o tema gera, em especial pela tortuosa definição do art. 17 da Lei n. 4.595 (e, como exemplo, temos a discussão de taxas de juros no Poder Judiciário). Outros, no entanto, permaneceram em empresas que se limitam a administrá-los, seja pelos elevados custos regulatórios e de observância do Sistema Financeiro Nacional (SFN), seja por conflito de interesses com outras empresas do conglomerado. Não se desconhece que a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que trata do sigilo das operações bancárias, equipara as administradoras de cartão de crédito às instituições financeiras, mas o fato é que, no sistema de cartão de crédito, o chamado ‘adquirente’ tem figura de intermediário entre o lojista e a administradora ou emissora dos cartões de crédito ou de débito, que, nesse caso, não é credora, mas devedora do estabelecimento comercial. E, mais importante, trata-se de um sistema cujo objetivo principal e único é prover soluções de credenciamento, transmissão e liquidação de transações comerciais” (SADDI, 2013).

atividade privativa de instituição financeira. Importa ressaltar que em nada interfere nessa assertiva o fato de haver concessão de crédito nas operações de cartão de crédito. De fato, quando a compra de um produto é realizada por cartão de crédito, no dia 15 de determinado mês, mas a fatura é cobrada do cliente somente no dia 30, a administradora do cartão de crédito concede crédito ao seu cliente. Nesse mesmo exemplo, caso a fatura seja parcelada, restará ainda mais evidente a concessão de crédito ao usuário do cartão de crédito.

Para Nelson Eizirik,²⁶⁸ entretanto, não há sequer concessão de crédito na operação de cartão de crédito. Para o autor, somente haverá concessão de crédito quando houver financiamento da fatura do cartão, o que pode ocorrer, mas sempre que o cliente optar pelo financiamento, este será realizado por uma instituição financeira em paralelo à operação de cartão de crédito.

A despeito dos argumentos apresentados, entendemos que há concessão de crédito – não na acepção de crédito financeiro, ou seja, mediante transferência de capital, mas sim de crédito comercial, conforme anteriormente visto –, uma vez que a administradora de cartão de crédito se obriga perante os estabelecimentos comerciais, deixando para cobrar a fatura do cartão do usuário de cartão de crédito ao final do mês.

Nessa dinâmica, resta evidente que, ainda que por alguns dias, a administradora do cartão de crédito permitiu que seu cliente adquirisse produtos em determinado momento, mas postergando o pagamento para após a compra efetiva do produto, mais especificamente, quando do vencimento da fatura. Caso haja parcelamento da fatura, quando resta ainda mais evidente a concessão de crédito, diferentemente do sustentado por Nelson Eizirik, não será necessariamente celebrado um contrato de financiamento perante uma instituição financeira, o que não significa que na prática isso seja habitual.

²⁶⁶ Sobre isso, veja-se o entendimento de Eduardo Salomão Neto: “Em vista disso, impõe-se a conclusão de que as administradoras de cartões de crédito não desempenham atividade privativa de instituição financeira, e não se sujeitam à autorização do Banco do Brasil para funcionar” (NETO, 2007, pág. 312).

²⁶⁷ “Assim, não temos dúvida em afirmar que as atividades desenvolvidas por empresa especializada, emissora e administradora de cartões de crédito não se confundem com aquelas desenvolvidas pelas instituições financeiras” (EIZIRIK, 1992, págs. 25-33).

²⁶⁸ “No caso, a emissora, na realidade, não financia as compras efetuadas pelo titular do cartão. Com efeito, o titular, a seu critério, pode optar pelo pagamento das despesas na data do vencimento ou pelo seu financiamento, por uma instituição bancária, às taxas de juros vigentes no mercado de financeiro” (EIZIRIK, 1992, págs. 25-33).

O serviço prestado pela administradora de cartão de crédito pode ser diferido no tempo, ou seja, pago em parcelas. Talvez não seja comercialmente interessante para a administradora parcelar, em nome próprio, as faturas. Mas não há nenhum óbice jurídico para tanto, sendo certo que esse parcelamento da fatura pela própria administradora em nada difere do parcelamento do preço de um contrato de compra e venda, por exemplo.

Aliás, pela perspectiva de estar a administradora de cartão de crédito concedendo crédito ao seu cliente, pode-se afirmar que ele poderá cobrar, além da taxa de serviço, também taxas de juros, desde que limitadas ao Código Civil e à Lei de Usura. Entretanto, mesmo havendo crédito, não há intermediação financeira, nos moldes defendidos nesta dissertação, simplesmente por não haver captação perante o público em geral.

Assim, quanto ao primeiro argumento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a administradora se obrigada a honrar os pagamentos realizados pelo cartão de crédito, cobrando ao final do mês esses valores do usuário do cartão, esse fator é determinante tão somente para configurar concessão de crédito, mas nada diz respeito à intermediação de crédito.

Já no que diz respeito ao segundo argumento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, quando da contratação do cartão de crédito, o cliente outorga poderes à administradora do cartão de crédito para que ela possa buscar no mercado financeiro recursos para realizar os pagamentos à vista, embora somente receba do usuário quando da cobrança da fatura no final do mês, este poderia indicar, em análise superficial, a existência de intermediação de crédito. Contudo, nesse caso, a administradora de cartão de crédito não estaria agindo em nome próprio, mas sim, em nome e mando do seu cliente, na qualidade de mandatária. Formalmente, o próprio usuário do cartão seria quem estaria obtendo crédito no mercado financeiro, em nome próprio, embora mediante o seu mandatário, *in casu*, a administradora do cartão de crédito.

Com base nos argumentos já expostos nesta dissertação, pode-se concluir que a captação de recursos deve ser realizada pelo intermediador do crédito em nome próprio, o que não ocorre na hipótese sugerida pelo Superior Tribunal de Justiça. Além disso, mesmo nesse cenário, a administradora de cartão de crédito não pode captar em nome

próprio recursos perante o público em geral. A sua captação de recursos será realizada como qualquer outra sociedade, ou seja, mediante aporte de capital pelos sócios, obtenção de empréstimo perante instituições financeiras ou no mercado de capitais.

Aliás, a captação de recursos perante instituição financeira para posterior repasse a terceiros não constitui intermediação de crédito para fins de atividade privativa de instituição financeira. Isso porque a captação não estará sendo feita perante o público em geral, mas somente perante uma instituição financeira, conforme exposto anteriormente.

Além disso, deve-se ter em mente os cartões de crédito *private label*,²⁶⁹ fornecidos diretamente pelos lojistas, sem atuação conjunta de uma instituição financeira. Nesses casos, o lojista que fornece o seu próprio cartão de crédito, sem atuação conjunta de uma instituição financeira, certamente não está exercendo atividade privativa, uma vez que não pode captar recursos perante o público em geral, não podendo, por não ser instituição financeira, cobrar juros acima do limite previsto na Lei de Usura e Código Civil.

Cumpra igualmente ressaltar que, para alguns dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, seria inválido o mandato pelo qual o usuário do cartão outorgaria poderes para a administradora captar, em nome do cliente, recursos perante o mercado financeiro.²⁷⁰ Isso porque, segundo a súmula nº 60 do Superior Tribunal de Justiça, “é nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”.²⁷¹ Com isso, restaria também afastado eventual argumento no sentido de que o usuário não seria devedor da administradora de cartão de crédito, mas sim, da instituição financeira que teria financiado o pagamento da fatura.

Já no que diz respeito ao terceiro e último argumento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o usuário do cartão de crédito estaria enriquecendo

²⁶⁹ A respeito do cartão de crédito *private label*, no modelo *in-house*: “O modelo *in-house* é normalmente utilizado por grandes varejistas devido à estrutura administrativa e tecnológica necessária e ao risco de crédito associado ao negócio. (...) A concessão de crédito é, sem dúvida, a característica mais marcante desse modelo. O varejista atua na análise de propostas e também nas principais decisões relativas a crédito. Para que a concessão do crédito seja uma realidade, as fontes do funding devem ser avaliadas. É comum redes varejistas utilizarem os próprios lucros e/ ou emitirem debêntures” (ALVES, 2007, págs. 23/24).

²⁷⁰ Nesse sentido, veja-se o voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no REsp 450.453/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/06/2003, DJ 25/02/2004, pág. 93.

²⁷¹ Súmula 60, SEGUNDA SEÇÃO, julgada em 14/10/1992, DJ 20/10/1992, pág. 18.382.

indevidamente, este também não é fator suficiente para configuração da atividade privativa. Primeiramente, porque não há enriquecimento ilícito. A administradora de cartão de crédito cobra uma taxa do cliente pela prestação do serviço, leia-se, facilitação dos meios de pagamento, mediante pagamento imediato pela administradora ao vendedor ou fornecedor do produto ou serviço adquirido, permitindo que o usuário do cartão possa realizar o pagamento de todos esses serviços de uma só vez, ao final de determinado período.

Essa taxa é comumente denominada “anuidade”. Trata-se da remuneração direta da administradora de cartão de crédito, sem prejuízo da cobrança de juros e multa, desde que adstritos aos limites impostos pela Lei de Usura e Código Civil. Caso o custo de captação de recursos pela administradora de cartão de crédito seja superior ao lucro auferido pelos serviços que ela presta aos usuários de cartão de crédito, tal circunstância nada diz respeito ao exercício ou não da atividade privativa de instituição financeira.

Além dos argumentos apresentados pelo Superior Tribunal de Justiça, há ainda uma problemática a ser analisada, mais especificamente, os casos em que os cartões de crédito são fornecidos por instituições financeiras. Conforme já analisado, instituições financeiras exercem diversas atividades, bancárias ou não bancárias, e, dentro das atividades bancárias, estão as atividades não privativas, ao lado da atividade privativa de intermediação de crédito.

A esse respeito, cumpre ressaltar que o próprio BACEN faz distinção semelhante em seu *website*,²⁷² esclarecendo que regula e fiscaliza as operações de cartão de crédito exercidas por instituições financeiras, e ressaltando que a regulamentação do CMN e BACEN não se aplicam quando o cartão não é emitido por instituição não financeira. Porém, pelo entendimento aqui apresentado, há concessão de crédito na operação de cartão de crédito, tornando possível a regulamentação pelo CMN, por ser

²⁷² “1. O Banco Central regula e fiscaliza as operações de cartão de crédito? Sim. As atividades de emissão de cartão de crédito exercidas por instituições financeiras estão sujeitas à regulamentação baixada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil, nos termos dos artigos 4º e 10 da Lei 4.595, de 1964. Todavia, nos casos em que a emissão do cartão de crédito não tem a participação de instituição financeira, não se aplica a regulamentação do CMN e do Banco Central” (<www.bcb.gov.br/?CARTAODECREDITOFAQ>. Acesso em 01/10/13).

de sua competência regular questões atinentes a crédito em todas as suas modalidades, mesmo quando não presente uma instituição financeira (art. 4, inc. VI, Lei 4.595/64²⁷³).

Aliás, quando o cartão de crédito é oferecido por uma instituição financeira, não há dúvidas de que os recursos necessários para tanto foram obtidos mediante típica captação de instituição financeira, ou seja, mediante acesso à economia popular em nome próprio. Em outros termos: a operação de cartão de crédito em si não é privativa de instituição financeira, mas, quando exercida por uma instituição financeira, haverá, sim, todos os elementos da atividade privativa, devendo incidir o regime jurídico de atividade privativa sobre tais operações de cartão de crédito quando emitido por instituições financeiras, permitindo, inclusive, a cobrança de juros acima dos limites do Código Civil e Lei da Usura – hipótese na qual, nos parece ser correta a incidência da súmula 283 do STJ.

3.3 Contrato de câmbio

No passado, havia discussão quanto à natureza jurídica do Contrato de Câmbio. Dentre tantas teses, sustentava-se que este constituiria contrato de permuta de moedas, cessão de crédito, mútuo, mandato ou contrato *sui generis*. Entretanto, para a análise desse negócio jurídico, é necessário, inicialmente, estabelecer a distinção entre moeda e divisa.

A moeda não é um mero bem móvel dotado de valor para fins de troca.²⁷⁴ Isso porque todos os bens móveis são passíveis de troca, podendo um grupo de pessoas optar livremente por utilizar determinado bem móvel como instrumento padrão de troca. Mas esse acordo somente valeria entre esse pequeno grupo. Nessa perspectiva, a moeda se diferencia dos demais bens móveis por ser ela emitida pelo Estado, que, por sua vez, atribui à moeda a qualidade de meio universal de trocas dentro de seu território, dando-lhe tanto o curso legal, como também, o poder liberatório.

²⁷³ “Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

VI - Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras”.

²⁷⁴ “De fato, a moeda estrangeira, sem curso forçado no Brasil, não pode ser aqui considerada moeda em sentido próprio. Não o sendo, é simples bem móvel dotado de valor, passível de ser objeto de compra e venda mercantil” (NETO, 2007, pág. 318).

Aliás, denomina-se “curso legal” a qualidade atribuída à moeda, atinente à obrigatoriedade de sua aceitação como instrumento de pagamento. Por exemplo, se alguém deve determinada quantia a outrem, as partes podem até negociar uma permuta de bens, mas o credor não estaria obrigado a aceitar esta modalidade de pagamento, diferentemente do que ocorre com a moeda, cuja aceitação é obrigatória. Já o poder liberatório diz respeito à qualidade de determinado ativo de ser aceito em certo momento como instrumento de pagamento. No exemplo mencionado, caso o credor aceitasse como pagamento a permuta por outro bem, então, o bem dado em permuta teria poder liberatório.

A moeda possui as duas funções: o curso legal, por determinação legal e, conseqüentemente, o poder liberatório, já que todos estão obrigados a aceitá-la como instrumento de pagamento.²⁷⁵ Além disso, não basta o comando legal, a moeda há de ser aceita e utilizada pela sociedade, caso contrário, embora juridicamente seja denominada “moeda”, não exercerá sua função social. Marcos Cavalcante de Oliveira²⁷⁶ – que, aliás, entende ser preponderante essa aceitação em relação ao comando legal –, ao exemplificar tal circunstância, lembra que, nos anos 1980, a moeda brasileira simplesmente não foi aceita pela sociedade dados os picos inflacionários.

Sob essa perspectiva, à moeda estrangeira não é atribuído o curso legal, não sendo considerada, portanto, dentro do ordenamento jurídico nacional, moeda, mas somente um bem móvel, tal como outro qualquer. Assim, a doutrina denomina a moeda estrangeira “divisa”, ou seja, crédito em moeda estrangeira ao qual alguém no Brasil faz jus. O termo consiste em um galicismo, decorrente do uso da palavra francesa *devise*, que significa “moeda” em português.

A esse respeito, Nelson Abrão e Bruno Ratti definem “divisa” nos seguintes termos:

²⁷⁵ Nesse sentido, ver: MOSQUEIRA, 2006.

²⁷⁶ “Apesar de tudo isso, a essência da moeda não está no comando legal, mas na sua utilidade e sua aceitação (como sucedeu com a moeda Brasileira nos picos inflacionários dos anos 80), simplesmente porque ela – embora protegida pela lei – deixou de gozar da aceitação (como até hoje sucede no Brasil com as moedas estrangeiras nos contratos internos), mas ser largamente adotada nas relações econômicas da sociedade (como é o caso do dólar norte-americano)” (CAVALCANTE DE OLIVEIRA, 2009, pág. 152).

Compra-se e se vende a moeda como se mercadoria fosse, dando-se à estrangeira a denominação de “divisa”, seja ela representada por bilhetes, peças metálicas, ou mesmo escritural.²⁷⁷

Divisas são créditos no exterior, em moeda estrangeira. Compreendem: depósitos, letras de câmbio, ordens de pagamento, cheques, valores mobiliários, etc.²⁷⁸

Atualmente, a doutrina majoritária²⁷⁹ entende que o contrato de câmbio consiste em um negócio jurídico de compra e venda, mais especificamente, a venda de divisas, aqui entendidas como crédito sobre moeda estrangeira, mediante o pagamento em moeda nacional.

O exportador, ao realizar a venda de produto para um comprador estrangeiro, recebe como pagamento moeda estrangeira, o que pouco será útil para pagar as suas despesas no Brasil. Desse modo, ele precisa vender essas moedas estrangeiras, e assim o faz para algum agente do mercado de câmbio. Nesse exemplo, temos uma compra e uma venda nas quais o objeto da venda consiste na moeda estrangeira, sendo que o pagamento será realizado em moeda nacional.

O inverso ocorre para o importador, que, ao final da importação de produto ou serviço, terá de comprar moeda estrangeira para realizar o pagamento ao vendedor estrangeiro. Assim, o importador pagará em real ao agente do mercado de câmbio pela aquisição de moeda estrangeira, de modo a viabilizar o pagamento do vendedor estrangeiro.

A esse respeito, veja-se as palavras de Marcelo M. Bertoldi:²⁸⁰

Hoje parece assente que o contrato de câmbio é um típico contrato de compra e venda. (...) A coisa é a moeda estrangeira (mercadoria). O preço é a moeda nacional. O consenso é o resultante do encontro de vontades do comprador e vendedor sobre a operação.

²⁷⁷ ABRÃO, 2009, pág. 232.

²⁷⁸ RATTI, 2008, pág. 106.

²⁷⁹ BERTOLDI, 1999.

²⁸⁰ *Ibidem*, págs. 88-103.

O Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou sobre o assunto:

Direito comercial. Falência. Contrato de câmbio. Possibilidade de instrução do pedido. Dívida líquida. Contrato perfeito e acabado a partir do consenso dos contratantes e de sua assinatura no termo. Irrelevância de não ter ocorrido a exportação. Recurso desprovido. I - o contrato de câmbio, desde que protestado, é título hábil a instruir pedido de falência, dada a sua liquidez. A simples conversão da moeda estrangeira e a apuração da diferença entre o valor convertido e a amortização da dívida não desnaturam a liquidez do título. II - a natureza jurídica de compra-e-venda do contrato de câmbio com adiantamento do preço impõe a sua conclusão com o consenso e a assinatura dos contratantes, a partir de quando se considera perfeito e acabado, sendo irrelevante a não-realização da exportação a ele vinculada.²⁸¹

Processual e comercial. Ação de restituição. Concordata preventiva. Contrato de câmbio (aquisição de divisas). Devolução do valor antecipado. Correção monetária. Inteligência do art. 75, parágrafo 3, da lei de mercado de capitais. I - a jurisprudência da segunda seção da corte acolhe entendimento, haurido na doutrina, no sentido de que, na ação de restituição, o pedido de devolução de valores antecipados à sociedade exportadora (em concordata preventiva) por instituição financeira, em razão da compra e venda de divisas (contrato de câmbio), não se condiciona ao lapso temporal de que cuida a lei falimentar, mas se faz cabível com o próprio deferimento de concordata, como se presume da exegese do art. 75, parágrafo 3, da lei de mercado de capitais e da conclusão dos precedentes RESPs n.s 6.148-0-sp e 1.888-0-sc. Nesse caso, a correção monetária é devida e tem apoio também no verbete n. 36 - STJ. II - recurso conhecido e provido.²⁸²

Na esteira do entendimento doutrinário e jurisprudencial apresentado, a Circular 3.691/13²⁸³ define o contrato de câmbio como um contrato de compra e venda. Entretanto, existem julgados, não muito recentes, em sentido contrário, entendendo que

²⁸¹ STJ. REsp 30.516/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 10/06/1996, pág. 20.330.

²⁸² STJ. REsp 49.917/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/1994, DJ 05/12/1994, pág. 33.558.

²⁸³ “Art. 40. Contrato de câmbio é o instrumento específico firmado entre o vendedor e o comprador de moeda estrangeira, no qual são estabelecidas as características e as condições sob as quais se realiza a operação de câmbio” (Circular 3.691/13). O Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI), revogado em 03/02/2014, conceituava de forma idêntica o contrato de câmbio.

o Contrato de Câmbio seria uma cessão de crédito,²⁸⁴ o que não parece ser o entendimento mais correto, pelas razões anteriormente expostas.

Além disso, nas operações de adiantamento de contrato de câmbio (“ACC”), a doutrina entende igualmente tratar-se de um contrato de compra e venda de moeda, com pagamento imediato do banco em favor do seu cliente, sendo que a entrega da moeda estrangeira será realizada em momento posterior, no caso de exportação, ocorrendo o inverso na importação.²⁸⁵ Sob essa perspectiva, o banco de câmbio, ao exercer a sua atividade básica, mais especificamente, o contrato de câmbio e o adiantamento de contrato de câmbio, não está exercendo sequer uma concessão de crédito – na acepção de crédito financeiro, com transferência de capital – mas tão somente um contrato de compra e venda.

Diante desse cenário, não constituindo uma concessão de crédito, os contratos de câmbio e seus respectivos adiantamentos não podem ser considerados atividades privativas de instituição financeira.²⁸⁶ Mais uma vez, cumpre ressaltar que o mercado de câmbio é regulado pelo BACEN, podendo seus agentes atuar em tal mercado somente com a sua autorização, o que não significa, entretanto, ser esse negócio jurídico atividade privativa de instituição financeira.

Quanto aos entendimentos minoritários, no sentido de que o contrato de câmbio seria uma cessão de crédito, bem como de que o adiantamento ao contrato de câmbio seria concessão de crédito, mesmo sob esses prismas, não haveria alteração no entendimento acima apresentado. Isso porque, caso o contrato de câmbio fosse considerado cessão de crédito, ainda assim, não haveria concessão de capital, uma vez

²⁸⁴ “Direito comercial. Contratos de câmbio. Natureza jurídica. Inadimplemento do importador. Protesto. Art. 75, parágrafo 1º, da lei n. 4.728/65 (mercado de capitais). Doutrina. Recurso desacolhido i - os contratos de câmbio celebrados para liquidação futura, a ser efetivada quando do recebimento pelo banco do valor em moeda estrangeira, possuem natureza de cessão de crédito condicionada. II - não tendo havido liquidação prévia, tampouco adiantamento, o não-pagamento pelo importador dos dólares devidos não gera prejuízo detectável de plano a instituição bancária, que simplesmente deixa de entregar ao exportador o correspondente em moeda nacional. III - inexistindo obrigação do exportador pela diferença cambial pleiteada, insubsistente se mostra o protesto destinado a viabilizar a abertura da via executiva para fins do disposto no parágrafo 1. Do art. 75 da lei 4.728/65” (STJ. REsp 11.291/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/04/1993, DJ 31/05/1993, pág. 10.669).

²⁸⁵ “O adiantamento sobre contrato de câmbio deriva sua natureza do próprio contrato de câmbio. Assim, constitui pagamento antecipado do valor do bem móvel (a moeda estrangeira) adquirido e não operação autônoma de empréstimo” (NETO, 1998).

²⁸⁶ NETO, 2007.

que a moeda estrangeira não é considerada moeda, mas apenas um bem, *in casu*, moeda estrangeira, com pagamento diferido no tempo.

Importa ressaltar que a atividade privativa de instituição financeira diz respeito à intermediação do crédito, ou seja, captar dinheiro do público e repassá-lo em nome próprio a terceiros. Com isso, a venda de qualquer outro bem, tal como moeda estrangeira, não pode configurar intermediação de crédito.

Já no que diz respeito ao adiantamento de contrato de câmbio, embora o melhor entendimento seja aquele anteriormente exposto, mesmo se esse negócio jurídico for considerado concessão de capital, ainda assim, a operação de câmbio não será atividade privativa de instituição financeira. Isso porque o banco de câmbio não pode realizar captação de recursos perante o público, conforme demonstrado no capítulo 2.6.3.

Assim, pela ótica da corrente minoritária, sob a qual no ACC há concessão de capital, esse capital ou é próprio ou captado particularmente, comumente perante outras instituições financeiras.²⁸⁷ Portanto, mesmo analisando a operação de adiantamento de contrato de câmbio sob esse prisma, o negócio jurídico não é privativo de instituição financeira, por não estar presente a captação pública de recursos.

3.4 Derivativos

Os contratos derivativos são comumente designados mesmo no meio jurídico tão somente pelo seu aspecto econômico. Diz-se ser contrato derivativo “*todo instrumento financeiro cujo valor ‘deriva’ ou depende de uma variável mais básica*”,²⁸⁸ sendo esta variável mais básica um preço, taxa ou índice, também comumente denominada ativo subjacente.²⁸⁹

A doutrina agrupa os derivativos em contratos a termo, contratos futuros, *swaps* e opções. Otavio Yazbek²⁹⁰ esclarece que as denominações dadas aos diversos instrumentos derivativos são pertinentes para fins didáticos, mas o uso de tais instrumentos, em determinadas ocasiões, nada diz respeito à sua feição inicial. Nessa

²⁸⁷ Art. 3º. Resolução 3.426/06. Banco Central do Brasil.

²⁸⁸ YAZBEK, 2009.

²⁸⁹ EIZIRIK, 2011.

²⁹⁰ YAZBEK, 2009.

perspectiva, o contrato derivativo a termo, tido como o mais tradicional dos derivativos, trata-se de um contrato de compra e venda, com objeto e preço definidos, mas com entrega diferida no tempo.²⁹¹

Por exemplo, um vendedor e um comprador de soja, com receio acerca da variação de preço desse produto, celebram a compra e a venda da soja em determinado momento, com quantidade, qualidade e, sobretudo, preço definidos no momento da celebração do contrato, mas com a entrega do produto e o pagamento para momento futuro e determinado. Com isso, ambas as partes se protegem da variação de preço da soja, evitando exposição para perdas e ganhos não previstos quando da celebração do contrato. Como dito anteriormente, atualmente, contratos derivativos a termo são utilizados para outras finalidades, fugindo do escopo deste trabalho a análise de todos os instrumentos derivativos a termo praticados atualmente.

Já os contratos derivativos futuros são tidos como uma variação do contrato derivativo a termo, tendo como principal diferença a sua padronização de modo a permitir a negociação bursátil, tendo a sua liquidação quase que exclusivamente financeira.²⁹² No que diz respeito ao aspecto jurídico, contratos derivativos futuros também podem ser considerados contratos de compra e venda com execução diferida.²⁹³

Mas, como bem analisado por Otavio Yasbek,²⁹⁴ contratos derivativos a termo e futuros somente podem ser considerados contratos de compra e venda com execução diferida quando possuem como ativo subjacente bem passível de comercialização, mas não quando o ativo subjacente diz respeito a um índice ou taxa, pois, nesse caso, não seria possível cogitar uma compra e venda de taxa, por motivos óbvios. Com isso, nesses casos, o contrato derivativo seria um contrato atípico, sem correspondência no ordenamento jurídico.

Já os *swaps* tinham previsão na Resolução CMN 2.873/2001, que os definia como operações “realizadas para liquidação em data futura que implique na troca de resultados financeiros decorrentes da aplicação, sobre ativos e passivos, de taxas ou índices utilizados como referenciais”. Neste momento, a aludida conceituação foi

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² LEÃES FILHO, 1996.

²⁹³ YAZBEK, 2009.

²⁹⁴ *Ibidem*.

revogada pela Resolução 3.505/2007, a qual não conceitua ou classifica os tipos de contratos derivativos, mas tão somente impõe determinadas exigências para a sua implementação.

Conforme ensina Otavio Yasbek,²⁹⁵ a definição legal dizia respeito tão somente a uma modalidade possível de *swap*, que de fato é mais utilizada atualmente, mas existem ainda outras possíveis modalidades, incluindo operações com troca efetiva de bens ao invés de liquidações puramente financeiras. Além disso, Yasbek²⁹⁶ esclarece que, enquanto os contratos derivativos a termo e futuros podem ser considerados contratos de compra e venda com execução diferida, pelo menos nas suas feições tradicionais, os *swaps* seriam contratos de permuta.²⁹⁷

No que diz respeito à opção, essa operação consiste, grosso modo, naquela em que “uma parte confere à outra o direito de vincular a primeira à realização de outro negócio jurídico no futuro, o qual fica dependendo apenas da vontade da parte titular do referido direito de vinculação”.²⁹⁸ Não há consenso quanto à sua natureza jurídica. Para uma linha de entendimento, as opções seriam negócios jurídicos unilaterais, e para a outra, seriam contratos atípicos.²⁹⁹

Diante dessa sucinta classificação dos contratos derivativos, conforme analisado por Eduardo Salomão Neto,³⁰⁰ não há a atividade privativa de instituição financeira quando da celebração de um contrato derivativo, simplesmente por não estar presente o ato de captar e aplicar recursos em nome próprio por um intermediador. Além disso, os contratos derivativos, grosso modo, são considerados compra e venda ou permuta, com execução diferida no tempo, afastando até mesmo o ato de repasse de recurso, por não configurar sequer um contrato de mútuo.

Por outro lado, algumas espécies de contratos derivativos podem gerar dúvidas acerca da afirmação acima, tais como os derivativos de crédito, pelos quais uma parte repassará os riscos de crédito para a outra. Independentemente das possíveis variações nos instrumentos, via de regra, derivativos de crédito são instrumentos pelos quais as

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ Nesse mesmo sentido, ver GOLDBERG, 2003.

²⁹⁸ NETO, 2007.

²⁹⁹ YAZBEK, 2009.

³⁰⁰ NETO, 1998.

partes negociam risco de crédito. Nesses termos, Sergio Mychkis Goldstein³⁰¹ esclarece as linhas gerais de um derivativo de crédito:

No caso dos derivativos de crédito as partes estão negociado riscos de crédito. Uma das partes está transferindo o risco de crédito, ou seja, adquirindo proteção contra um possível evento de deterioração de crédito (inadimplência de um determinado agente por exemplo), e a contraparte no contrato está assumindo tal risco de crédito, vendendo a proteção e recebendo uma remuneração pela assunção dos riscos. No caso dos derivativos de crédito o preço do contrato deriva da maior ou menor probabilidade de risco de insolvência do devedor do ativo cujo risco foi transacionado.

Dentre as variações dos derivativos de crédito, a mais comum se denomina *credit default swap*, tendo Selmo Aronovich e Thiago Rabelo Pereira³⁰² analisado as linhas gerais desse instrumento:

A compra de proteção através de um *credit default swap* equivale à venda sintética do ativo ou de parte dele. A venda de proteção contra o risco de crédito de determinada entidade de referência, por seu turno, equivale à compra sintética do ativo ou à modalidade de compra alavancada – o investidor carrega o risco, em vez de carregar o ativo, e recebe o retorno associado à assunção do risco de crédito da entidade de referência, sem que seja necessário desembolsar os recursos antecipadamente, como na negociação de opções financeiras, ou carregar os ativos nos livros diretamente. Além disso, os derivativos de crédito conferem maior poder de alavancagem aos investidores, com base em operações nas quais o receptor do risco de crédito não necessita realizar qualquer desembolso adiantado. (...) No caso do investidor, ele receberá pagamentos periódicos até o vencimento do *swap*, na não-ocorrência de *default*. No caso do agente que busca proteção, a exemplo de um seguro, ele efetuará pagamentos periódicos até o vencimento do *swap* que o protege contra o risco de inadimplência da entidade de referência.

Por sua vez, o BACEN autorizou as instituições financeiras a realizar operações de derivativos de crédito, tendo conceituado derivativo de crédito como “contratos onde as partes negociam o risco de crédito de operações, sem implicar, no ato da contratação, a transferência do ativo subjacente às referidas operações”³⁰³, possuindo como ativo

³⁰¹ GOLDSTEIN, 2004.

³⁰² ARONOVICH; PEREIRA, 2003.

³⁰³ Resolução 2.933/02, BACEN.

subjacente créditos decorrentes de empréstimos, financiamento e títulos de crédito, dentre outros. Nessa mesma resolução, resta previsto que “Somente podem atuar na qualidade de contraparte receptora do risco de crédito os bancos múltiplos, a Caixa Econômica Federal, os bancos comerciais, os bancos de investimento, as sociedades de crédito, financiamento e investimento, as sociedades de crédito imobiliário e as sociedades de arrendamento mercantil”.³⁰⁴

Diante desse cenário, podemos indagar se os derivativos de crédito poderiam ser somente praticados por instituições financeiras ou poderiam também ser praticados por qualquer pessoa física ou jurídica. De fato, diferentemente das demais espécies clássicas de derivativos acima elencadas, os derivativos de crédito possuem um fator adicional, mais especificamente, a transferência do risco de crédito.

Nessa perspectiva, a indagação principal pode ser reduzida a uma indagação mais específica: assumir risco de crédito seria elemento da atividade privativa de instituição financeira? Na sugestão aqui defendida de definição de atividade privativa de instituição financeira, diz-se que a captação e aplicação devem ser realizadas *em nome próprio* pela instituição financeira. Este elemento, *em nome próprio*, é importante para diferenciar a instituição financeira dos agentes do mercado de capital, que também realizam a intermediação de crédito – e aqui a palavra intermediação está sendo usada sem a conotação de intermediar em nome próprio, mas tão somente com a conotação de aproximar duas partes interessadas –, mas não o fazem em nome próprio, apenas aproximam as duas partes, embora nessa tarefa, possuam uma série de obrigações.

Por outro lado, o elemento *em nome próprio*, embora no primeiro momento signifique que a instituição financeira será a responsável por assumir o risco de crédito, não significa que a instituição financeira tenha necessariamente que manter esse risco em seu nome. Não há, em tese, impedimento para que a instituição financeira transfira o seu risco de crédito para terceiro por meio de operações de derivativo de crédito.

Muito menos há que se falar em impedimentos para que a instituição financeira venha a assumir riscos de crédito por operações de derivativos de crédito. Aliás, essa é justamente a modalidade prevista na Resolução 2.933/02 do BACEN, estando sempre a instituição financeira na qualidade de receptora do risco de crédito.

³⁰⁴ Resolução 2.933/02, BACEN.

Se a instituição financeira pode transferir, igualmente não há impedimento para pessoas físicas e jurídicas assumirem esse risco de crédito por operações de derivativo de crédito. Se uma pessoa pode realizar um empréstimo entre particulares e, com isso, o mutuante naturalmente assumirá o risco de crédito decorrente desse empréstimo – e aqui não há dúvidas acerca desta assertiva –, então não há porque impedir que uma pessoa física assuma somente o risco de crédito por meio de uma operação de derivativo de crédito.

Por exemplo, uma sociedade empresária pequena que esteja com um risco de crédito muito grande para o seu porte financeiro, colocando em risco a sua saúde financeira e existência, poderá exercer um derivativo de crédito com outra sociedade comercial, de maior porte, que assumirá esse risco de crédito. Essa sociedade que venha a assumir o risco pode ser, por exemplo, uma parceira comercial que não queira ver em risco a operação da sociedade menor que lhe fornece determinado material de suma importância.

Isso dito, a questão agora deve ser analisada à luz da existência de uma regulamentação específica do BACEN acerca da matéria. Mais especificamente, a Resolução 2.933/02 do BACEN, anteriormente mencionada, na qual há previsão somente de realização de operações de derivativos de crédito nas quais a instituição financeira, ou melhor, os tipos de instituição financeira elencados na aludida Resolução, figure como contraparte na operação, ou seja, venha a assumir o risco de crédito.

As questões pertinentes acerca da existência dessa regulamentação são as seguintes: havendo previsão e autorização do BACEN para realização de derivativos de crédito por determinadas instituições financeiras, estariam impedidos os particulares de realizar tais operações por vedação a *contrario sensu* dessa Resolução? E ainda, as instituições financeiras somente poderiam realizar operações de derivativos de crédito nos estritos termos da aludida Resolução e, com isso, estariam impedidas de realizar outras modalidades de derivativos de crédito, sobretudo mediante transferência do risco de crédito para terceiros?

Quanto à primeira indagação, não parece ser adequado entender que haveria vedação por uma interpretação a *contrario sensu* da Resolução. Seja como for, mesmo

se tal linha de entendimento se mostrasse adequada, o BACEN não seria competente para regulamentar relação entre particulares.

A este respeito, faz-se necessário lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a possibilidade de o CMN regulamentar a relação entre instituições financeiras e seus clientes – o que se tentou realizar como alternativa ao Código de Defesa do Consumidor –, já decidiu que o Conselho Monetário Nacional possui competência para regular o mercado financeiro, mas não relações entre particulares. No caso, o entendimento em questão teve como base a competência do CMN, ao invés do BACEN, que efetivamente regulou as operações de derivativos de crédito, razão pela qual será necessário o elastério de tal entendimento ao se analisar a competência do BACEN, o que não parece ser muito difícil dada a fundamentação apresentada no julgado em questão, tendo em vista a função básica do BACEN de operacionalizar as diretrizes normativas do CMN:

(...) o conselho monetário é titular de capacidade normativa – a chamada capacidade normativa de conjuntura – no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeira (...).³⁰⁵

Nessa perspectiva, mesmo se admitindo como adequada a interpretação no sentido de que a Resolução do BACEN impediria a *contrario sensu* as operações de derivativos entre particulares, o certo é que tal Resolução não pode ser fundamento para afastar a possibilidade de realização de tais operações entre particulares, simplesmente por fugir de sua competência regulamentar a relação entre particulares.

Já no que diz respeito à segunda indagação, a resposta não será tão simples. Não há, em tese, impedimento para uma instituição financeira realizar operações de derivativos de crédito, figurando como transferidora de riscos, seja para outras instituições financeiras, seja ainda para particulares. Pelo menos, é o que aqui se defende, com base na explicação acima exposta, sendo esse um tema pouco analisado na doutrina.

³⁰⁵ STF Pleno ADI nº 2.591-1/DF Rel. Min. Carlos Veloso, Diário da Justiça, Seção I, 29 set. 2006, p. 31.

Por outro lado, há uma resolução do BACEN autorizando a realização de tais derivativos de crédito somente na modalidade em que a instituição financeira venha a assumir o risco. A interpretação a *contrario sensu* dessa resolução estaria desautorizando a realização de derivativos de crédito em operação que a instituição financeira figure como transferidora do risco. Apesar de a interpretação a *contrario sensu* ser absolutamente válida, não pode ser aplicada mecanicamente – aliás, nenhuma ferramenta interpretativa pode ser aplicada mecanicamente.

Carlos Maximiliano³⁰⁶ esclarece que a hipótese legal, objeto de interpretação a *contrario sensu*, pode ter somente o intuito de “demonstrar, esclarecer, a título de exemplo”, sendo que, nesses casos, esclarece o aludido autor, “a especificação de uma hipótese não redunde em exclusão das demais.” Com isso, conclui Carlos Maximiliano:³⁰⁷ “o argumento a contrario não se aplica a todos os casos de silêncio da lei; só merece apoio quando a fórmula positiva evidentemente implica exegese estrita”.

Nessa perspectiva, a pergunta a ser feita deve ser a seguinte: a Resolução 2.933 do BACEN está autorizando a realização de derivativos de crédito por instituições financeiras em uma determinada modalidade e, com isso, seria possível realizar adequadamente uma interpretação a *contrario sensu* para afastar outras modalidades, ou estaria tão somente regulando tal modalidade, estando as demais pendentes de regulação expressa, o que não significa estarem impedidas?

Embora não seja este o tema central desta dissertação, além de ser esta problemática pouco explorada pela doutrina, a solução mais adequada parece ser reconhecer que a aludida Resolução 2.933 do BACEN tem como finalidade somente regular a modalidade de contrato derivativo ali prevista, até porque, figurando a instituição financeira como receptora do risco, há interesse do BACEN na regulamentação de tal operação para que não seja utilizada de forma a burlar regras prudenciais limitadoras de exposição ao risco de crédito. Assim, entendemos não haver impedimento expresso de ordem legal para a realização de derivativos de crédito para fins de transferência de risco da instituição financeira para particulares.

³⁰⁶ MAXIMILIANO, 2008.

³⁰⁷ *Ibidem*.

4. Conclusão

Na introdução desta dissertação foram formuladas algumas indagações que representam a problemática deste trabalho: o que seria uma instituição financeira? Se a interpretação literal dos conceitos legais não se mostra adequada ou pelo menos suficiente, seria possível buscar outros elementos além dos previstos nos conceitos legais? Quais seriam os outros elementos para definir uma instituição financeira? E por que estes elementos seriam apropriados para interpretar este conceito jurídico?

Para responder a tais indagações, determinados pressupostos interpretativos precisaram ser pautados. Primeiramente, analisamos a natureza e função dos conceitos jurídicos, tendo sido concluído serem técnicas de apresentação, mais especificamente uma ligação sistemática entre determinados fatos e consequências.

Após, expomos a inadequação da interpretação objetiva e gramatical dos conceitos legais existentes nos arts. 17 da Lei 4.595/64 e 1º da Lei 7.492/86, a qual levaria a conclusões esdrúxulas, como o entendimento de ser instituição financeira uma sociedade empresária que empresta determinado valor para outra sociedade, mesmo se valendo exclusivamente de recursos próprios.

Para superar a interpretação objetiva e gramatical, demonstramos que o intérprete deve se valer de outros elementos além dos contidos no dispositivo legal sob análise. Para tanto, o intérprete deve (i) se valer dos elementos linguísticos, sejam os contidos no próprio artigo a ser interpretado, seja por uma análise comparativa em relação aos elementos linguísticos utilizados no diploma jurídico no qual o artigo está inserido, mas sem crer existir uma unidade linguística no diploma legal ou ordenamento jurídico; (ii) contextualizar o texto legal, buscando entender o seu discurso, ao invés de realizar uma interpretação mediante uma soma mecânica de significados de palavras analisadas isoladamente; (iii) recorrer a elementos extralinguísticos, incluindo relações sociais, históricas e culturais.

Neste sentido, também analisamos os interesses jurídicos que se pretende proteger ao criar um regime próprio para as instituições financeiras, sendo certo que a análise desta temática é uma importante ferramenta interpretativa. Nesta perspectiva, pelo que pudemos concluir, os interesses protegidos são (i) proteção à economia

popular, tendo em vista o poder de captação de recursos pelas instituições financeiras perante o público em geral, (ii) controle monetário, dado que as instituições financeiras bancárias possuem o poder de criar moeda escritural, e (iii) desenvolvimento do sistema financeiro, objetivando o crescimento econômico mediante concessão profissional do crédito.

Diante destas premissas, e após a análise das definições doutrinárias de instituição financeira, apresentamos uma sugestão de conceituação de instituição financeira, a qual, em nosso entendimento, se mostra a mais adequada: a instituição financeira é a sociedade anônima que exerce a atividade que lhe é privativa, composta dos seguintes atos praticados coordenadamente (i) coleta de capital (ii) para repasse a terceiros, (iii) ambos abertos ao público em geral, (iv) em nome próprio, e ainda com fim de obtenção de lucro e de forma profissional.

Quanto à utilização de recursos próprios, em nosso entendimento, no que diz respeito às sociedades constituídas com o objetivo de operar instituição financeira e tendo prévia autorização do BACEN para tanto, estas exercem a atividade mesmo quando aplicando recursos próprios juntamente a recursos captados perante terceiros, ou mesmo quando aplicando somente recursos próprios, não afastando a incidência do regime específico das instituições financeiras.

Também concluímos que a captação de recursos por instituições financeiras por meio de (i) depósitos interfinanceiros, (ii) recursos oriundos do exterior e (iii) repasses oficiais, não consistem em coleta de capital perante o público em geral, caracterizando modalidades de captação particular.

No que diz respeito à existência de dois conceitos jurídicos de instituição financeira, concluímos que a melhor solução consiste no entendimento de que o art. 1º da Lei 7.492/86 não tem o condão de definir instituição financeira para todo o sistema jurídico, mas tão somente delimitar o campo de incidência da própria legislação penal em questão. Em outros termos, quando a Lei 7.492/86 prevê a instituição financeira como sujeito ativo de determinado crime, está se referindo às instituições financeiras tal como aqui defendido, como também aos agentes do mercado de capitais e às pessoas equiparadas. Mas, tal definição legal serve tão somente para a interpretação da própria nomenclatura utilizada na Lei 7.492/86.

Afirmamos que a Lei 12.810/13, dando nova redação ao art. 24 da Lei 6.385/76, derogou a parte final do art. 17 da Lei 4.595/64, mais especificamente a restrição às instituições financeiras da atividade de custódia de valores de terceiros, que atualmente podem ser exercidas privativamente pelas pessoas elencadas no art. 24 da Lei 6.385/76.

No que diz respeito à equiparação de outras pessoas físicas ou jurídicas a instituições financeiras, concluímos que o regime jurídico de instituição financeira somente é aplicável quando não conflitante com regramento específico da atividade equiparada, bem como que a equiparação deve ser considerada tão somente para determinado regramento que a preveja, ou seja, as equiparações previstas na Lei 4.595/64 se limita à própria Lei em questão.

Também analisamos os tipos de instituições financeiras, dividindo-as em instituições financeiras bancárias e as não bancárias. Ambas realizam a intermediação de crédito, captando recursos perante o público em geral e repassando, em nome próprio, para terceiros. As instituições financeiras bancárias são as que possuem poder de criar moeda escritural, por receberem depósitos à vista. Já as instituições financeiras não bancárias não possuem o poder de receber depósitos à vista, mas ainda possuindo poder de captação de recursos perante o público, ainda que limitado.

As instituições não financeiras são aquelas cujas atividades se assemelham à atividade bancária, mas não praticam efetivamente intermediação de crédito, estando entre elas as agências de fomento, as associações de poupança e empréstimo, sociedades de crédito ao microempreendedor, sociedades de arrendamento mercantil e os bancos de câmbio.

No caso do banco de câmbio, embora não poder de captação de recursos perante o público em geral, entendemos que este deverá ser considerado integralmente equiparado a uma instituição financeira, nos termos da Resolução 3.426/06 do Banco Central do Brasil.

Quanto às atividades correlatas, demonstramos que as atividades ali analisadas não são privativas de instituição financeira. No caso do contrato e factoring, a faturizadora utiliza recursos financeiros próprios, distinguindo a sua atividade da

atividade bancária. Contudo, caso a faturizadora proceda à captação de recursos perante o público em geral, estará nesta hipótese praticando atividade privativa de instituição financeira e, com isto, sujeita à penalização aplicável.

As administradoras de cartão de crédito igualmente não devem ser consideradas instituições financeiras, seja porque não captam recursos perante o público em geral, seja ainda porque a sua atividade consiste em serviços de pagamento.

Os contratos de câmbio devem ser considerados compra e venda, sendo a moeda estrangeira o objeto e a moeda nacional o valor de pagamento para a sua obtenção. Mesmo no ACC, este entendimento não deve ser alterado, sendo que neste caso há do preço pelo banco em favor do vendedor, mas com entrega do objeto da venda (moeda estrangeira) em momento posterior, ocorrendo o inverso na importação.

Portanto, não há presença da intermediação de crédito nos contratos de câmbio, tampouco nos ACCs, tanto que estes contratos podem ser celebrados por sociedades corretoras de títulos valores mobiliários, sociedades corretoras de câmbio e agências de turismo.

Quanto aos contratos de derivativos, estes são considerados, via de regra, contratos de permuta ou compra e venda, com execução diferida no tempo, e não tendo a presença do elemento da intermediação de crédito, não são considerados atividade privativa de instituição financeira. O mesmo raciocínio deve ser aplicado aos derivativos de crédito, no qual, mesmo havendo transferência do risco de crédito, não há necessariamente intermediação de crédito mediante prévia captação de recursos perante o público em geral. Aliás, para tal afirmação, concluímos que assumir o risco de crédito não consiste em elemento da atividade privativa de instituição financeira.

Bibliografia

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, André Alexandre. *Cartão de Crédito Private Label. A Arma de Crédito na Mão do Varejo*. São Paulo: Novatec, 2007.

ARONOVICH, Selmo; PEREIRA, Thiago Rabelo. “Derivativos de crédito: uma introdução ao instrumento financeiro e potenciais usos”. *Revista do BNDES* nº 20. Dez., 2003.

ASCARELLI, Tullio. *Iniciação ao estudo do direito mercantil*. Sorocaba: Minelli, 2007.

BAGEHOT, Walter. *Lombard Street. A Description of the Money Market*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1999.

BALDUCCINI, Bruno; FIRMATO, Marcus; GUAZZELLI, Tatiana; NETO, Jorge Vargas. “Arranjos e instituições de pagamento: novo marco legal e regulatório”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Ano 16, v. 63, p. 17, jan./mar. 2014.

BARRETO, Lauro Muniz. *Direito Bancário*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1975.

BERTOLDI, Marcelo Marco. “Aspectos atuais do contrato de câmbio”. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros Editores, v. 37, nº 115, págs. 88-103, jul./set. 1999.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Temas de direito comercial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CARNELL, Richard; MACEY, Jonathan; MILLER, Geoffrey. *Banking Law and Regulation*. 3ª ed. Nova York: Aspen Law & Business, 2001.

CAVACALNTE DE OLIVEIRA, Marcos. *Moeda, Juros e Instituições Financeiras – Regime Jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vols. I, II e III. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Wilson do Egito. “Empréstimo de dinheiro por particulares: quando se caracteriza operação privativa dos bancos: interpretação teleológica do art. 17 da lei 4.595, de 1964”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 07, jan./mar, 2000.

COLARES, Juscelino Figueiras. “As finanças internacionais e o novo papel do estado”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 8, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COSTA, Lígia Renata Baldoíno. “Artigo da Lei nº 7.492/86: a instituição financeira como sujeito ativo”. In: FEFERBAUM, Marina; ZANETI, Andrea. *Direito dos Negócios em Debate*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COVELLO, Sergio Carlos. *Contratos Bancários*. São Paulo: Saraiva, 1981.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013, <<http://www.priberam.pt/>>, Acesso em 12/01/16.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

EIZIRIK, Nelson. “Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira?”. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, v. 31, nº 88, págs. 25-33, out-dez, 1992.

_____; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – regime jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

FERGUSON, Niall. *A Ascensão do Dinheiro. A História Financeira do Mundo*. 2ª reimpressão. São Paulo: Planeta, 2009.

FERNANDES DOS SANTOS, Marisa Peres. “Cartão de Crédito *Private Label* e Superendividamento: uma breve análise”. In: FEFERBAUM, Marina; ZANETI, Andrea. *Direito dos Negócios em Debate*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Leandro Amorim Coutinho. “Correspondentes bancários e não bancários: características básicas, diferenças e a importância da utilização da correta terminologia”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, nº 39, págs. 79-90, jan.-mar., 2008.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro. Produtos e Serviços*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

GOLDBERG, Daniel Krepel. “A Lei 10.303, de 2001, e a inclusão dos derivativos no rol dos valores mobiliários”. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, ano 42, nº 129, págs. 73-82, 2003.

GOLDSTEIN, Sergio Mychkis. “Aspectos jurídicos dos derivativos de crédito no Brasil”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 07, nº 25, págs. 63-81, jul./set., 2004.

GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia Sem Truques*. 5ª ed. São Paulo: Campus, 2008.

Hank: 5 Anos Depois do Colapso. Título original: *Hank: 5 Years from the Brink*. Direção: Joe Berlinger. Estados Unidos: Bloomberg Business Week e Radical Media. Ano: 2013. 85 minutos. Colorido.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. “Operação de ‘factoring’ como operação mercantil”. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, v. 37, nº 115, págs. 239-254, jul.-set., 1999.

_____. “Derivatives’ Suitability”. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, v. 35, nº 102, págs. 59-71, abr.-jun., 1996.

LEMMI, Luiz Rodrigo. *Atividade Financeira e Factoring no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. “Contrato de *factoring* e o sistema financeiro nacional”. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, nº 74, págs. 57-71, abr.-jun. 1989.

LUNDBERG, Eduardo Luís. *Rede de proteção e saneamento do sistema bancário*. In: SADDI, Jairo (Org.). *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Textonovo. 1999.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. “Microcrédito: peculiaridades e a democratização do crédito no sistema financeiro nacional”. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, ano 45, nº 144, págs. 237-262, out.-dez., 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

MARTINS DE CARVALHO, Mario Tavernard. *Regime Jurídico dos Fundos de Investimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENDONÇA, Carvalho. *Tratado de Direito Comercial*. Vol. VI. Livro IV. Parte II. 7ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1970.

MORAES, Leandro Henrique Mundim. “As instituições financeiras no Direito pátrio – Definição e caracterização atividade própria ou exclusiva”. *Revista Doutrina Adcoas*, ano 2, nº 10, págs. 334-340, 1999.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Direito Monetário e Tributação da Moeda*. 1ª Ed. São Paulo: Dialética, 2006.

NETO, Eduardo Salomão. *Atividade Privativa de Instituição Financeira*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998. 208 páginas. Tese de livre docência.

_____. *Direito Bancário*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional. Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

PINTO, Jayme Bastian. “Conceito de operações bancárias face ao direito administrativo”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 07, nº 24, págs. 371-384, abr.-jun., 2004.

RATTI, Bruno. *Comércio Internacional e Câmbio*. 11ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

_____. *Tô-Tô*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SÁ, Gonçalo Ivens Ferraz da Cunha e. “*Factoring* e nova Constituição”. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, nº 73, págs.100-119, jan.-mar., 1989

SADDI, Jairo. *Crise e regulamentação bancária*. São Paulo: Textonovo, 2001.

_____. *Crédito e judiciário no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. “Cartões de Crédito”. *Revista Valor Econômico Digital*. Abril de 2013. Disponível em <www.valor.com.br/opiniaio/3094892/cartoes-de-credito>. Acesso em 27/02/2014.

SANTOS, Thiago do Amaral. *Contrato de Factoring: natureza jurídica, direito de regresso e proteção ao investimento privado*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014. 219 folhas. Dissertação de Mestrado.

SOARES, Marcelo Negri. *Contrato de Factoring*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TROSTER, Roberto Luis. *Regulamentação prudencial no Brasil*. São Paulo: Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo. 1994. Tese de Doutorado.

TURCZYN, Sidnei. *O Sistema Financeiro Nacional e a Regulação Bancária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAISBERG, Ivo. *Responsabilidade civil dos administradores de bancos comerciais: regimes especiais: intervenção, liquidação extrajudicial e regime de administração especial temporária – RAET*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; GORNATI, Gilberto. *Direito Bancário. Contratos e Operações Bancárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

WALD, Arnoldo. “A evolução do conceito de instituição financeira”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, nº 28, pág. 212.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário e empresarial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982.

YAZBEK, Otavio. *Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.