CONCEITO DE OPERAÇÕES BANCÁRIAS FACE AO DIREITO ADMINISTRATIVO

JAYME BASTIAN PINTO*

1. Colocação do problema. 2. Resultados absurdos a que conduziria outra interpretação da lei. 3. A legislação e a doutrina estrangeiras. 4. A regra contida no parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595/64. 5. A jurisprudência e a doutrina nacionais no sentido de que a habitualidade é essencial para que ocorra a prática de operações bancárias.

1. *Colocação do problema*

1.1. Após a vigência da Lei nº 4.595, de 1964, que criou o Banco Central e regulou administrativamente o funcionamento das instituições de crédito, tem-se difundido a idéia de que a concessão de empréstimos, mesmo em operações esporádicas e não-habituais, por sociedades que não sejam instituições de crédito e, conseqüentemente, não recebam depósitos, constitui infração do art. 17 daquela lei, sujeitando quem a pratica às sanções estipuladas no dispositivo mencionado.

A matéria é de tanta relevância, prática e teórica, que merece estudo mais atento.

1.2 O art. 17 da Lei nº 4.595. O recebimento de depósitos é essencial para que ocorra a prática de operação bancária.

A *sedes materiae* do problema focalizado está no art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964, o qual assim dispõe:

* Advogado no Rio de Janeiro.

"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".

O parágrafo único desse artigo será analisado no item 4 e seguintes.

A regra em exame prende-se sobretudo ao direito bancário administrativo e está sujeita à fiscalização do Banco Central; as eventuais sanções, em que incorre quem a infringir, são aplicadas por aquele órgão. Tais circunstâncias conferem valor especial, além do mérito próprio, a extenso parecer da lavra do Dr. Wilson do Egito Coelho, Chefe do Departamento Jurídico daquele banco, e que versa inteiramente sobre a exegese daquele preceito; é, aliás, um dos raríssimos, se não o único, trabalho nacional sobre aquele tema, e foi divulgado pela Federação Nacional de Bancos.

1.3 Salienta preliminarmente o Dr. Coelho as deficiências de redação apresentadas pela Lei nº 4.595, e as dificuldades daí decorrentes para a interpretação do supratranscrito art. 17 (p. 1 a 4); e mostra, logo a seguir, que a "aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros" referida naquele texto "não pode ser considerada isoladamente, mas em conjunto com os dois outros vocábulos que a antecedem na frase: "coleta e intermediação", devendo concluir-se que "o verbo aplicar está intimamente relacionado com a atividade caracterizadamente de banco" (p. 4).

Após analisar a conceituação, na nossa doutrina e nas nossas leis, do que seja operação bancária, oferece o Dr. Coelho a seguinte definição para aquela figura:

"Constitui operação bancária a intermediação ou a intromissão especulativa na dinamização do crédito".

Abona-se o parecer em múltiplas citações de autores de escol, como Carabellese, Vivante, Carvalho de Mendonça, Courcelle-Seneuil (p. 7 e 8), para concluir peremptoriamente, à p. 9:

"Deste modo a aplicação de recursos financeiros, próprios, ou de terceiros, em moeda, só será atividade privativa das instituições financeiras quando ficar caracterizada a intermediação, ou coleta anterior dos mesmos recursos".

À p. 10 está reiterada aquela afirmação, nos termos seguintes:

"Assim, o empréstimo de dinheiro entre particulares, utilizando-se o emprestador de seus próprios recursos financeiros, não constitui atividade privativa dos bancos e instituições similares".

1.4 Merecem pleno sufrágio as premissas e as conclusões do parecer referido. Aos argumentos nele apresentados podem ser aditados outros, não indispensáveis à conclusão a que chegou, mas que a reforçam.

2. *Resultados absurdos a que conduziria outra interpretação da lei*

2.1 Em abono a quando diz o Dr. Coelho sobre o alcance das expressões "aplicação de recursos financeiros próprios", é de ponderar-se que uma interpretação literal, diversa da por ele apresentada, conduziria a resultados verdadeiramente absurdos.

2.2. Veja-se, por exemplo, o recente Decreto-lei nº 494, de 7 de dezembro de 1976. Diz a sua ementa que aquele ato "regula a retenção do imposto de renda na fonte incidente sobre rendimentos obtidos em *aplicações financeiras*".

O art. 1º desse decreto-lei estende a sua aplicação a *todos os títulos de renda fixa,* dando como exemplo: a) as letras de câmbio com aceite de instituições financeiras; b) as debêntures em geral; c) os depósitos a prazo fixo, com ou sem emissão de certificado, e qualquer que seja a forma do seu pagamento; d) os depósitos a prazo fixo com correção monetária.

O art. 2º abrange no decreto-lei todos os demais títulos que sejam remunerados à base da correção monetária das ORTNs.

Bem se vê, pois, que o decreto-lei abrange quase todos, senão todos, os títulos em que uma empresa pode *aplicar os seus "recursos financeiros próprios"*. Assim sendo, se fosse adotada a interpretação literal do art. 17, que o Dr. Coelho justificadamente repele, chegaríamos forçosamente a essa conclusão simplesmente espantosa: todas as empresas nacionais, que não forem instituições financeiras, e que derem qualquer aplicação rentável aos seus recursos, devem ser consideradas instituições financeiras; e, não tendo autorização do Banco Central para atuarem como tais, *estariam todas elas sujeitas a multas,* e *seus diretores sujeitos a detenção de um a dois anos,* na forma do art. 44, § 7º, da Lei nº 4.594, pelo simples fato de *aplicarem* os recursos financeiros das empresas que administram!

2.3 Regra elementar de exegese manda repelir as interpretações que conduzem a resultados absurdos. E esse, mais do que absurdo, é kafkiano. Cumpre, pois, afastar de pronto aquela interpretação, relegando-a ao mais completo olvido, e adotar a exegese proposta pelo Dr. Coelho.

3. A legislação e a doutrina estrangeiras

3.1 Outro argumento, confirmatório da interpretação proposta no parecer referido, está em que o art. 14 da Lei nº 4.595 (como quase toda aquela lei) é uma norma de *direito administrativo bancário;* e, se não fosse dada ao artigo em exame a interpretação mencionada, a nossa legislação estaria flagrantemente em antítese com todas as legislações de maior prestígio, cujos exemplos costumamos seguir. E, note-se bem, sem que exista no Brasil qualquer razão específica, qualquer circunstância de fato, ou qualquer peculiaridade que recomende adotarmos, nesse campo, critério exatamente oposto ao do concerto das nações em que o estudo dessa matéria mais progrediu. A confirmação disso encontra-se no exame de outras legislações e nas obras especializadas, de autores conceituados internacionalmente, que tratam do assunto.

Na *França* existem duas obras fundamentais sobre direito bancário, de dois insignes especialistas, que foram professores de direito comercial na Faculté de Droit de Paris: a de Hammel, *Banques et operations de banques,* e a de Escarra, que seria o tomo 4 dos *Principes de droit commercial.* A primeira delas, que é um tratado do mais alto mérito, foi editada antes de promulgada a legislação francesa sobre controle bancário; por isso refere-se somente a um projeto, então em exame, e conseqüentemente não nos pode ser de valia na análise do problema focalizado. Já a obra de Escarra, publicada alguns anos após a de Hammel, trata desde as suas primeiras páginas, e *ex-cathedra,* dessa matéria.

No nº 32, p. 27 e 28, diz aquele insigne comercialista:

"Le contrôle vise, en principe, les seules banques de dépôst ou entreprises recebant des dépôts, c'est-à-dire celles qui reçoivent habituellement des dépôts de fonds remboursables à vue ou à court terme aux fins de les utiliser pour leur propre compte à des opérations de banque. de crédit ou de placement. La protection des déposants, tant dans l'intérêt particulier de ceux-ci que dans l'intérêt général, étant l'un des principaux objectifs du contrôle bancaire, il est normal que son champ d'application soit essentiellement l'activté des banques ou autres entreprises qui font appel au public pour recevoir les dépôts.

Certanies législations, comme les législations belge, italienne et suisse, précisent explicitement que le contrôle qu'elles instituent ne concerne que les banques ou entreprises assimilées recevant des depôts. Mais il en est généralement de même dans les autres législations, alors même que les textes, sur ce point, sont moins formels".

Traduzindo:

"*O controle* visa, em princípio, *somente os bancos de depósito,* ou *empresas que recebam depósitos,* isto é, as que *recebem habitualmente depósitos de fundos sacáveis* à vista ou a curto prazo, a fim de utilizá-los por sua própria conta *em operações de banco,* de crédito ou de investimento. Sendo a proteção dos depositantes — tanto no interesse particular destes, quanto no interesse geral — um dos principais objetivos do controle bancário é normal que o seu campo de aplicação seja essencialmente a atividade dos bancos ou outras empresas que recorrem ao público para receber depósitos.

Certas legislações, como as legislações belga, italiana e suíça, consignam explicitamente que o controle por elas instituído só diz respeito aos bancos e empresas assimiladas, que recebem depósitos. Mas o mesmo se dá, geralmente, nas outras legislações, mesmo que os textos, sobre esse ponto, sejam menos formais" (grifei).

A mestria do grande jurisconsulto que foi o Prof. Escarra focaliza, nesse breve trecho, todos os problemas essenciais que informam a matéria: a) o controle bancário (e só de controle bancário trata o art. 17 da Lei nº 4.595, ora em exame) *visa somente os bancos* de depósitos (les seules banques de dépôts), que utilizam depósitos à vista ou a prazo curto; b) essa característica *resulta do próprio objetivo do controle bancário;* c) algumas legislações explicitam, com precisão, que só se aplicam a quem receba depósitos; d) *o mesmo ocorre em relação às legislações que são menos formais sobre esse ponto.*

É evidente que a interpretação do art. 17 é de ser informada nesses princípios, os quais levam, fatalmente, à exegese que só admite a aplicação do citado artigo a quem fizer empréstimos com recursos recebidos de terceiros, e não com recursos próprios.

3.2 Em 1966 foi editado em Paris o *Traité de droit commercial,* por Hammel, Lagarde et Jauffret, edição póstuma em relação ao primeiro dos seus autores. Esse volume trata extensa e autorizadamente sobre bancos e operações bancárias.

Nele estão plenamente sufragadas as teses de que: a) os empréstimos só constituem operações privativas das instituições bancárias quando feitos com depósitos recebidos do público; b) só a prática habitual e profissional dessas operações exige a prévia autorização do órgão incumbido do controle bancário. É o que se lê no nº 1.558, p. 651, daquela obra, no qual os autores consignam que não é lícito o exercício da profissão de banqueiro a quem não esteja inscrito na lista de bancos, e que esta inscrição está sujeita a

"condições legais, de ordem jurídica e de ordem econômica". Dentre as condições de ordem jurídica, as duas primeiras são as seguintes, no dizer daqueles prestigiosos autores:

"1. Il faut d'abord que l'entreprise soit une banque aux termes de l'article ler. de la Loi du 13 juin 1941, c'est-à-dire qu'elle effectue avec des fonds reçus du public des opérations de crédit et d'escompte ou des opérations financières. Mais il n'est pas nécessaire que cette activité soit principale. 2. Il faut ensuite que l'entreprise effectue ses opérations pour son compte à titre de profession habituelle; ce que exclut les commissionnaires et courtiers ainsi que ceux qui ne satisfont pas aux conditions de profession et d'habitude fixées par l'article ler du code de commerce pour l'acquisition de la qualité de commerçant".

Traduzindo:

"1. É necessário, antes de mais nada, que a empresa seja um banco nos termos do art. 1º da Lei de 13 de junho de 1941, ou seja, que ela efetue, *com fundos recebidos do público,* operações de crédito e de desconto ou operações financeiras. Mas não é necessário que essa atividade seja a principal. 2. É necessário, demais, que a empresa efetue essas operações por sua própria conta e a *título de profissão habitual;* isto exclui os comissários e os corretores, bem como os que não satisfazem às condições de profissão e habitualidade fixadas pelo artigo 1º do Código de Comércio para a aquisição da qualidade de comerciante" (grifei).

Estão aí assinaladas, como condições essenciais para que exista operação sob o âmbito do controle administrativo dos bancos, as duas características referidas:

a) a de que se realizem, *com fundos recebidos do público,* operações de crédito ou de desconto, ou operações financeiras; as realizadas com recursos próprios não sujeitam os que as praticam aos preceitos da regulamentação bancária;

b) a de que sejam praticadas *a título de profissão habitual,* o que exclui as operações *isoladas, eventuais, esporádicas* ou pouco freqüentes.

3.3 A obra específica sobre o controle bancário mais citada na França é a de P. Dupont, intitulada *Le contrôle des banques et la direction du crédit en France.* À p. 55. estão referidas as legislações — como a nossa Lei nº 4.595, ora em exame, e ao contrário das nossas leis que a precederam — que "renunciaram a enumerar as atividades características da profissão bancária". Todas elas, segundo Dupont, "insistem na idéia, para elas primordial, de que o banco é essencialmente uma empresa que recebe

depósitos, ou, mais genericamente, fundos do público. Na Itália, por exemplo, os bancos são 'estabelecimentos que recolhem as economias do público'; para a Argentina, a sua missão é 'aceitar depósitos à vista ou a prazo'; para a Suíça o seu traço distintivo consiste em que eles 'recorrem ao público para recolher depósitos de fundos.

À p. 58 expõe Dupont o sistema adotado na França, e diz que, para os legisladores daquele país, "o papel peculiar ao banco consiste em conceder crédito com o auxílio de recursos recebidos do público, estando as duas operações, concessão de crédito e recebimento de fundos, *ligadas diretamente*" (o grifo é do autor).

Mais adiante o autor analisa os elementos da definição legal de bancos, nos termos seguintes: "La banque effectue certaines opérations: opérations d'escompte, opérations de crédit, opérations financières; elle effectue ces opérations avec des fonds reçus du publique".

3.4 O mesmo ocorre na *Itália,* onde as operações bancárias também se caracterizam pela *habitualidade* na sua prática, e pela *coleta de depósitos,* para que com eles sejam feitos empréstimos e sejam praticadas as demais "operações ativas" dos bancos.

Analisando a legislação específica sobre a matéria, a primeira observação de Paolo Greco, no *Corso di diritto bancário,* p. 83, é a seguinte: "Conosciuti sotto il nome di provvedimenti per la tutela del risparmio, riguardano le aziendi di credito che rascolgono depositi". Conhecidas sob o nome de medidas para proteção das economias, *dirigem-se aos estabelecimentos de crédito que coletam depósitos*" (grifei).

E, mais adiante:

"peraltro nessuma disposizione di legge vieta di esercitare il commercio bancario com mezzi di provvsita di capitali, che non siano i depositi'" (om).

O que signiifca:

"Por outro lado, nenhuma disposição legal veda exercitar o comércio bancario com mezzi di provvista di capitali, che non siano i depositi" (om). *depósitos*" (grifei).

Essa mesma característica está realçada na página subseqüente, onde Greco afirma:

"Si é detto dunque che la condizione richiesta dalla legge per assoggettare le imprese bancarie al suo speciale regime vincolistico risiede nell'esercizio delle operazione passive di deposito".

Ou seja:

"Ficou dito, portanto, que a condição exigida pela lei para sujeitar as empresas bancárias ao seu regime especial *reside na prática das operações passivas de depósitos*" (grifei).

Também o caráter de *habitualidade* é consignado pelo mesmo autor como sendo uma das características das operações bancárias sujeitas ao controle das autoridades monetárias. Em diversas passagens da sua citada obra Greco caracteriza a atuação do banqueiro como sendo de *interposição* (nº 17, p. 31 e 33, e nº 21, p. 43). Mas, para que ocorra a operação bancária, sujeita ao controle estatal, a interposição há de ser exercida sistematicamente, e não por atos isolados ou esporádicos. É o que Greco afirma, no nº 22, p. 43: "In fatto sta che le operazione di banca, come le assicurazioni, non si compiono isolatamente com atti sporadici di interposizione, ma mediante un esercizio sistematico".

Isto é:

"A verdade é que as *operações bancárias,* como os seguros, *não se cumprem isoladamente, com atos esporádicos de interposição, mas mediante o seu exercício sistemático*". (grifei).

Em face desses ensinamentos, não podem subsistir dúvidas de que, também na Itália, só se consideram operações bancárias os empréstimos concedidos por quem tenha recebido depósitos, e quando praticados habitualmente, e não em operações isoladas.

3.5 Na Alemanha a lei, a doutrina e a jurisprudência, administrativa e judicial, caracterizam, topicamente e com ênfase, que só há exercícios de atividade bancária quando esta é feita de forma empresarial e organizada, atingido certos mínimos; isso exclui, conseqüentemente, que à concessão de empréstimos isolados ou eventuais aplique-se a legislação específica, reguladora daquela atividade.

Rege a matéria, naquele país, a Lei sobre as Instituições de Crédito — o Kreditwesengesetz, de 10.7.1961, referido pelas iniciais KWG, que foi objeto de inúmeras alterações, que é aqui citado com o texto em vigor em julho de 1976. A primeira parte do seu art. 1º assim dispõe:

"§ 1º Begriffsbestimmungen

(1) Kreditinstitute sind Unternehmen, die Bankgeschafte betreiben, wenn der Umfang dieser Geschäft einen in kaufmännischer Weise eingerichetten Geschäftsbetrieb erfordert. Bankgeschäfte sind.

1. die Annahme fremder Gelder als Einlagen ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen, vergütet werden (Einlagengeschäft);

2. die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten Kreditgeschâft)"; (om).

O que, em tradução livre — como serão todas as que se seguem — quer dizer:

"Artigo 1º Definições

(1) Instituições de crédito são empresas que praticam operações bancárias, desde que (*wenn*) o volume (*der Umfang*) dessas operações exija estabelecimento comercial organizado em moldes mercantis. Constituem operações bancárias:

1. o recebimento de recursos de terceiros, como depósitos, sem levar-se em conta se ocorre pagamento de juros (operação de depósito);
2. a concessão de empréstimos de dinheiro e créditos de aceite (operação de crédito)".

Como se vê, a própria definição das instituições creditícias — que são as únicas sujeitas à legislação bancária — exclui inteiramente as pessoas físicas e jurídicas que pratiquem isolada ou esporadicamente as operações em exame: só caem sob os preceitos da lei bancária as empresas que as exerçam em vulto considerável, a ponto de se tornar necessário, para a sua prática, a instalação de um estabelecimento comercial.

Pelo § 32 da mesma lei, "para exercer as operações bancárias, nos termos do disposto no § 1º, primeira parte (transcrito e traduzido), no âmbito desta lei, é necessária autorização escrita do *Bundesaufsichtsamtes* (ou seja, do órgão federal de fiscalização).

Esse órgão, em decisão de 03.09.1965, que ainda estava em vigor em julho de 1976, e que representa a sua *jurisprudência* sobre a matéria (Gesch. — Nº 13 — 173 — 47/65), transcrita por Consbruch, Möller, Bähre & Schneider, em *Kreditwesengesetz*. München, Becw-Verlag, como nota 5 ao citado § 32, decidiu que "o nível em que se torna obrigatória a autorização (para funcionamento) é atingido, em geral, quando ocorrerem mais de 10 operações de crédito, com o valor total de 50 mil DM, ou quando o número de créditos não liquidados exceder 100, independentemente do seu valor".

Essa decisão, que é de natureza semelhante à das "Resoluções" do nosso Banco Central, confirma integralmente que a prática de operações esporádicas ou eventuais, e em número ou em valor reduzido, não exige, de quem as pratica, autorização prévia para funcionamento como instituição financeira.

3.6 A *doutrina* é expressa no mesmo sentido. O Prof. Herbert Schönle, em *Bank und Börsenrecht* (München, 1976), analisa, à p. 2 e seguintes, a definição de instituição de crédito, contida no já transcrito § 1º da lei, e

salienta, desde logo: "Erster Bestandteil des Kreditinstitutsbegriffs ist der Geschäftsbetrieb eines Unternehmens".

Ou seja: "O primeiro elemento do conceito de instituição de crédito é a exploração comercial (*Geschäftsbetrieb*) de uma empresa".

Isso por si exclui que a prática de operações eventuais ou acidentais classifique o que as pratique entre as empresas creditícias. Linhas abaixo define o autor quando ocorre a "empresa", a que ele e a lei se referem:

"Eine wirtschaftliche Betätigung wird zum 'Unternehmen', wenn sie planmässig und organisatorisch selbständig in einen gewissen Umfang und für einen nicht underheblichen Zeitraum ausgeübt wird".

O que significa:

"A atividade econômica passa a constituir 'empresa' quando for exercida sistematicamente (*planmässig*) e com independência orgânica (*organisatorisch selbständig*), em um certo volume e durante um período de tempo razoável (*unerheblichen Zeitraum*)".

Após documentar essa assertiva com abundantes citações doutrinárias e de jurisprudência dos tribunais alemães, assim prossegue Schönle:

"In allen Fällen von Kreditinstituten ist ferner kennzeichnend, dass ein Geschäftsbetrieb, das Geschäftsmassige des Unternehmens, d. h. die wiederholte Vornahme von Banwgeschäften, oder zum mindestem die Absicht einer wiederholten Vornahme erkennbar wird. Die Absicht, Bankgeschässig in fortgesetztem Zusammenhang zu betreiben, muss ersichtlich sein (vgl. RGSt. 72, 313, 315; RGZ 74, 150; 130, 325). Es darf nicht nur eine Mehrzah einzelner Gelegenheitsgeschäfte beabsichtigt sein (RGZ 66, 48, 51; vgl. auch RGZ 38, 18, 30)".

Isto é:

"Em qualquer caso, é sinal característico das instituições de crédito evidenciar-se a ocorrência de atividade em moldes comerciais (*Geschäftsetrieb*) e de funcionamento regular do empreendimento, isto é, da prática repetida de operações bancárias, ou, ao menos, da intenção da prática repetida (daquelas operações). É necessário que se evidencie a intenção de praticar sistematicamente operações bancárias da mesma natureza, em seqüência continuada (*fortgesetzem Zusammenhang*). Não basta a intenção de praticar uma pluralidade de operações isoladas e ocasionais".

Essas citações, documentadas com a referência a várias decisões no mesmo sentido, mostram, à evidência, que também na Alemanha a concessão

de empréstimo eventuais ou ocasionais não caracteriza a prática de operações bancárias, e não exige, para o que as concede, a prévia autorização do órgão incumbido do controle das instituições financeiras.

3.7 Não é admissível que se engendre para o art. 17 da nossa lei uma interpretação que faça do Brasil o antípoda de todas as nações cujos sistemas jurídicos sempre nos inspiraram, e que são unânimes no ponto em exame. Não é possível que o legislador de 1964 tenha querido — sem razão específica alguma, como já ficou dito — apartar-nos do critério uniformemente adotado em outros países, para engendrar uma regra especiosa, exatamente oposta àquele critério. Evidentemente estamos diante de um problema de má redação, de uso inapropriado de vocábulos — o que, aliás, constitui uma característica lamentável da legislação daquela época, e da que a sucedeu. Em face disso, é dever do intérprete dar ao texto em causa um sentido consentâneo com o interesse nacional, com a melhor doutrina, com o critério adotado em outras legislações — repelindo a idéia de que as *aplicações,* de que trata o art. 17, possam ser consideradas isoladamente, para caracterizar a existência da instituição financeira.

4. *A regra contida no parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595/64*

4.1 O parágrafo único do art. 17 é de assinalada importância para a interpretação do próprio artigo, bem como de vários outros dispositivos da Lei nº 4.595; o seu texto é o seguinte:

"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".

Em primeiro lugar registremos que a equiparação estipulada no parágrafo diz respeito, única e exclusivamente, às *pessoas físicas.* Estão dela excluídas, portanto, as pessoas jurídicas, ante a regra *inclusus unus, exclusus alterius.* Essa conclusão, parece-nos, não pode ser contesta, nem está sujeita a quaisquer dúvidas.

4.2 O parágrafo transcrito é a única norma da Lei nº 4.595 que menciona o exercício, "de forma *eventual",* das atividades nele referidas. Conseqüentemente, a circunstância de as atividades serem exercidas em caráter *eventual* só pode equiparar às instituições financeiras as pessoas *físicas,* e não as *jurídicas.* Esse efeito iniludível dos termos expressos da lei tem assinalada importância em relação ao problema focalizado nos itens subseqüentes.

5. *A jurisprudência e a doutrina nacionais no sentido de que a habitualidade é essencial para que ocorra a prática de operações bancárias*

5.1 Examina-se neste estudo, especificamente, se a concessão de crédito, em operação isolada ou em operações esporádicas, não-habituais, pode ser considerada infração à Lei nº 4.595.

A despeito de ambos os textos conterem um qualificativo ampliativo — "de qualquer espécie ou natureza" num, "de qualquer espécie" ou outro — que não figura na lei atualmente em vigor (Lei nº 4.595), ambas as regras sempre foram interpretadas em consonância com o art. 119 do Código Comercial, que assim dispõe: "São considerados banqueiros os comerciantes que têm por *profissão habitual* do seu comércio as operações chamadas de banco".

Por isso, e porque o direito não pode violentar a natureza intrínseca dos conceitos com que lida, jurisprudência iterativa, uniforme e pacífica, criou o princípio firme de que *só caracterizam a prática de operações bancárias as concessões de crédito feitas com a característica de habitualidade.*

O requisito da prática habitual desses atos, em contraste com a sua prática ocasional ou eventual, tornou-se uma constante em todas as decisões sobre a matéria, durante largo número de anos.

5.2 A legislação sobre controle bancário, inclusive os decretos de 1860 e de 1921, e a Lei nº 4.595, de 1964, são preponderantemente textos de direito administrativo, os quais criam regras de aplicação, de fiscalização e sancionadoras, a cargo de órgãos da administração pública. Por isso é natural que tenha havido sempre abundante *jurisprudência administrativa* sobre a matéria. Toda ela, que eu saiba, sempre entendeu que só caracteriza a ocorrência de operações bancárias a sua prática *habitual e repetida.*

a) Já em 1937 o Ministro da Fazenda respondeu a uma consulta da Federação das Indústrias, reiterando decisão proferida no ano anterior (Processo nº 72.572/36), no sentido de que "... firmas industriais, que façam *habitualmente* empréstimos, ... terão incidido na sujeição ao decreto que regula as operações bancárias".

O requisito da habitualidade está três vezes reiterado em decisões ministeriais daquela época:

"... os empréstimos *habitualmente* feitos constituirão um ramo de comércio acessório".[1]

[1] *Diário Oficial,* 5 jan. 1938.

"Ora, os empréstimos de qualquer espécie são operações bancárias. A *efetuação habitual dos mesmos*... constitui um comércio, donde os seus agentes são... considerados banqueiros".[2]

A linguagem não é boa, mas a tese está certa.

b) Em 1938, a Circular nº 1 da Diretoria de Rendas Internas declarou que "uma casa ou firma comercial que adianta dinheiro a fornecedor... *não pratica uma transação bancária,* mas puramente um ato de comércio, que está previsto no art. 218 do Código Comercial, *excetuados, porém, os casos em que se evidenciar adiantamento habitual de dinheiro, hipótese que sujeita o credor ao regime do Decreto nº 14728, de 16.03.21*".

Como se vê, mais uma vez, só a *habitualidade* caracteriza a ocorrência de operação bancária.

c) O mesmo decidiu aquela Diretoria, em relação ao recebimento de depósitos, na Circular nº 53, de 16.02.1939, *in verbis*:

"... *a continuidade das operações de depósitos* aceitos pelos estabelecimentos comerciais, *é que lhes empresta o caráter de casas bancárias, cujo funcionamento depende de autorização em carta patente, concedida após a necessária habilitação,* não estando assim sujeitos a essas exigências aqueles *estabelecimentos que só acidental ou esporadicamente tiverem nos seus cofres depósitos de terceiros*".[3]

d) O Primeiro Conselho de Contribuintes, no qual já então havia representantes, em igual número, do fisco e dos contribuintes, decidiu *por unanimidade,* há longos anos:

"*Somente a continuidade* das operações de depósito nos estabelecimentos comerciais é que empresta a estes o caráter de casas bancárias".[4]

e) O acórdão referido transcreve uma decisão do Diretor da Recebedoria Federal em São Paulo, nos termos seguintes:

"Para se concretizar a incidência do art. 3º do regulamento aprovado pelo Decreto nº 14.728, de 1971, mister se faz, *ex-vi* do art. 119 do nosso Código Comercial, a *habitualidade* das operações chamadas de banco".

5.3 O *Supremo Tribunal Federal,* em um arresto-padrão, de que foi relator o insegne Min. Orozimbo Nonato, deixou claro que a habitualidade das operações é condição para submeter o que as pratique à legislação bancária. Na ementa daquele acórdão há os seguintes dizeres:

[2] *Diário Oficial,* 16 jan. 1937.
[3] *Diário Oficial,* 19 dez. 1939.
[4] *Revista Fiscal,* 1948, Decisão nº 116. *Diário Oficial,* 9 dez. 1948.

"O comércio bancário não se estabelece pelo só fato de alguém efetuar alguns negócios em banco, como o desconto de títulos. Mas a habitualidade das operações não exige que elas absorvam toda a atividade do contribuinte".[5]

Ou seja: a habitualidade é indispensável, embora a prática desses atos não seja a única atividade da parte. Isso está confirmado pelo seguinte trecho, no corpo do acórdão:

"Em segundo lugar, ainda que se exija a 'habitualidade' das operações, esta se pode inferir do seu número e valor, não se exigindo que elas absorvam toda a atividade do contribuinte".[6]

5.5 É escassa a *doutrina nacional* sobre esse ponto. Só conheço a respeito dois pronunciamentos, o de J.X. Carvalho de Mendonça e o do Dr. Carlos da Rocha Guimarães. Ambos são categoricamente acordes com o exposto.

Carvalho de Mendonça pronuncia-se várias vezes neste sentido. Tratando especificamente do Decreto nº 14.728, diz ele:

"Enumeraram-se negócios jurídicos que também são praticados, isolada ou habitualmente, por pessoas naturais, ou jurídicas, estranhas àquela atividade, sem que por isso se possa considerá-las exercendo profissionalmente o comércio bancário. Basta indicar o desconto e o redesconto, o empréstimo, a abertura de crédito, as operações de câmbio, etc., continuamente praticadas por comerciantes de diversos ramos, aos quais não se pode absolutamente atribuir a qualidade de banqueiros".

Carlos da Rocha Guimarães, no verbete "Bancos", do Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. 5, p. 315 e seguintes, também se manifesta reiteradamente a favor dessa tese, inclusive no seguinte trecho:

"22. A habitualidade dessa prática é necessária, pois que sem a continuidade das operações não se pode considerar o indivíduo como banqueiro, ou como tendo infringido a legislação sobre bancos.

Esse tem sido o entendimento das autoridades federais sobre o assunto.

Nem podia deixar de assim ser em face do art. 119 do Código Comercial, que é claro a respeito, e também porque, sendo as operações bancárias ato de comércio por sua própria natureza, é-lhes inerente a tal qualidade a habitualidade (art. 4º do Código Comercial)".

5.5 As decisões administrativas citadas em 5.2, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, referido em 5.3, e as opiniões da doutrina, transcritas em 5.4 foram proferidas e emitidas na vigência do Decreto nº 14.728, de 1921,

[5] *Revista Forense*, v. 96, p. 71.

[6] Ibid. p. 72.

e a despeito do mesmo capitular, entre as operações bancárias, os "empréstimos de qualquer espécie" (nº 5.2).

Com mais forte razão devem prevalecer sob a lei atual (Lei nº 4.595, de 1964), uma vez que esta, como se viu em 4.1 e 4.2, não só *não contém o qualificativo ampliativo "de qualquer espécie"* como, muito ao contrário da lei anterior, preceitua restritivamente, no art. 17, parágrafo único, que somente "... equiparam-se às instituições financeiras as *Pessoas físicas* que exercerem qualquer das atividades referidas neste artigo, de *modo permanente ou eventual*" (grifei).

Ante o texto da lei vigente, que é diversa da lei anterior, a prática permanente ou eventual das atividades de que trata o art. 17 só equipara às instituições financeiras as *pessoas físicas* que exerçam as atividades referidas no art. 17.

5.6 A unanimidade das legislações, da jurisprudência e da doutrina excluem do conceito de instituição financeira as empresas que não recebam depósitos, e só esporádica ou eventualmente concedam empréstimos — pelo óbvio motivo de que esse sistema é o que corresponde ao interesse geral, e porque, na hipótese referida, não há razões de ordem econômica ou administrativa pelas quais as autoridades monetárias devam intervir nas operações limitadas e eventuais, de que trata este trabalho.

A primeira função das autoridades monetárias é proteger a *poupança.* Daí serem subordinadas à legislação bancária, e serem submetidas à inspeção do Banco Central e a uma série de regras de controle, as empresas que coletam depósitos do público. Essa subordinação e controle objetivam preservar as instituições creditícias, receptoras da poupança geral, evitando, o quanto possível, que caiam em insolvência, com sacrifício dos que nelas depositaram as suas economias, ou das autoridades que as socorrem. Por isso os governos atuais só permitem que recebam depósitos certas instituições financeiras, e as submetem àquele conjunto de preceitos, com o mencionado objetivo específico. Obviamente não há por que sujeitar àquele regime, ou classificar como instituição financeira, as entidades que não recebem depósitos de terceiros, e que, por isso mesmo, não devem estar sujeitas a preceitos instituídos para proteger e orientar os coletores das economias de terceiros.

Demais, as autoridades monetárias têm, hoje em dia, atribuições referentes à concessão de *créditos,* à sua expansão ou restrição. Mas é de todo em todo evidente que essas atribuições só são de ser exercidas em relação a operações que excedam um certo nível, de freqüência e de vulto, decorrente da sua habitualidade e do caráter empresarial do seu funcionamento. Assim

se entende em todo o mundo civilizado e, como já ficou dito, não há no Brasil peculiaridade alguma da nossa vida econômica ou social que recomende uma atuação administrativa mais ampla, conceitundo como instituição financeira quem pratique essas operações de *forma eventual*. Por isso mesmo, a Lei nº 4.595, no parágrafo único do art. 17, transcrito em 4.1, não permite, em termos claríssimos, que assim se proceda em relação às pessoas jurídicas que só eventualmente concedam créditos.

O CORREIO DA UNESCO

Uma revista modulada

Que é um módulo?

Que é uma construção modulada?

Uma construção modulada é a que se pode ampliar à vontade com o acréscimo de novas unidades, ou módulos.

O Correio da Unesco é isso — uma **construção cultural modulada.** Cada número é um novo módulo que você pode acrescentar ao seu conhecimento do mundo contemporâneo. Feito por especialistas em educação, ciência e cultura, **O Correio da Unesco** dá a você mês a mês uma visão multilateral das matérias em debate no grande foro onde falam os que estão propondo soluções inteligentes para o mundo em que vivemos.

VOCÊ PODE E DEVE SER LEITOR SISTEMÁTICO DE O CORREIO DA UNESCO.

Pedidos para a Editora da FGV.
Praia de Botafogo, 188 — C.P. 9052 — ZC-02
Rio de Janeiro, RJ.