

9. CONTRATOS E OPERAÇÕES EM ESPÉCIE

9.1 DEPÓSITO BANCÁRIO

9.1.1 CONCEITO

Consiste em *depósito*, no âmbito das operações bancárias, o contrato celebrado entre o depositante e a instituição financeira, por meio do qual a instituição financeira, em uma operação passiva (a sua principal operação nessa modalidade), encarrega-se do ônus de guardar os bens ali depositados e deverá restituí-los, em mesma espécie, quando da manifestação do depositante para tanto e/ou dentro de prazo razoável estabelecido entre as partes contratantes.

É por meio dos contratos de depósito que as instituições financeiras geram lastro para a realização de suas aplicações financeiras. Desse modo “os valores custodiados são utilizados nas aplicações financeiras, com evidente resultado financeiro para o depositário [banco], tendo, portanto, implicações na concessão de crédito”¹⁸⁴. Esse movimento, pelo qual o depositante se desonera do dever de guarda do bem depositado e o depositário assume tal ônus é que está na base da relação jurídica que permite essa natureza aparentemente dupla do contrato de depósito. 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.

No entanto, muito se discutiu na bibliografia nacional sobre o tema, e a defesa predominante, também nos tribunais brasileiros, é de que não se trata de contrato de mútuo, sendo tal finalidade inerente à atividade bancária, nesse sentido é que

“[é] a própria natureza da relação que solicita a intervenção do banco. O depósito bancário, com efeito, para que possa alcançar o feito conexo com a possibilidade e uso do dinheiro de parte do banco, tem o caráter da operação de massa, cuja disciplina, como dissemos, é dominada pelo conceito de cada uma dessas é ligada a uma série infinita de outras.”¹⁸⁵

Ainda trilhando a mesma linha acima apresentada, também não se confunde o contrato de depósito bancário com o tipo irregular de depósito previsto

184 RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2009, p. 27.

185 ABRÃO, Nelson. op. cit., 2009, p. 115.

no art. 645 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil – CC)¹⁸⁶, que remeteria à aplicação das regras do mútuo, razão pela qual houve espaço para tal discussão.

Contudo, conforme os textos jurídicos nacionais têm consolidado o entendimento acerca da natureza jurídica do contrato de depósito bancário, entende-se que o “art. 645 do CC é norma geral aplicável ao depósito comum de direito civil e que não se aplica sempre e necessariamente ao depósito bancário, que tem características próprias e natureza específica, sendo regido por regime especial”¹⁸⁷. Assim, não tem considerado juridicamente válida a equivalência do depósito bancário ao depósito comum de direito civil em sentido estrito, por se tratar de depósito em favor do próprio depositante sem que se tenha uma contraprestação por isso e, a equiparação pura ao contrato de mútuo também não poderia ser considerada de mesmo modo, posto que este “exige prazo durante o qual os recursos ficam à disposição do mutuário, enquanto o depósito bancário permite que o valor depositado seja sacado à vista”¹⁸⁸. Também, por parte dos tribunais nacionais, o entendimento não é outro: assim assevera o STJ, quando em relatório ao REsp nº 501.401-MG afirmou que “não é mesmo possível, pura e simplesmente, enxergar no contrato de depósito bancário seja a figura do depósito irregular seja a figura do mútuo, porque tem ele pontos de contato com ambos, mas contém peculiaridades que não podem ser esquecidas”¹⁸⁹.

Basicamente, conforme vimos, em nosso sistema de regramentos normativos sobre a atividade bancária, os contratos de depósito não estão bem definidos juridicamente, de modo que os conceitos a eles aplicados, de origem econômica em sua formação e tratados pelo prisma jurídico quando em momento de litígio, principalmente, têm seu conceito fundamentado na bibliografia jurídica e na jurisprudência. Sob essa perspectiva, de modo geral e reducionista, três são os tipos de depósito amplamente identificados, a dizer:

186 BRASIL. Lei nº 10.406/2002, art. 645: “O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obriga a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo.”

187 WALD, Arnoldo. *Direito Civil Vol. 3 – Contratos em Espécie*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 341.

188 SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário*. 5. ed., 2. tir. São Paulo: Atlas, 2007, p. 228.

189 STJ/REsp nº 501.401-MG, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 14.04.2004.

(i) depósitos à vista, considerados aqueles cuja restituição dos montantes depositados deve ser providenciada de imediato pelo banco; (ii) a pré-aviso, cuja restituição deverá ocorrer dentro de prazo fixado entre as partes; e os (iii) a prazo fixo, cuja restituição somente pode ocorrer quando atingido determinado período, conforme contratado entre as partes.

Os contratos de depósitos (i) à vista confundem-se conceitualmente com o contrato de conta-corrente bancária, sobretudo pela análise das Resoluções CMN nº 2.025/1993¹⁹⁰, nº 2.747/2000 e nº 2.953/2002. Pelo conceito trabalhado nas referidas Resoluções, as normas compreendem a acepção econômica de que o banco depositário não fará o respectivo contrato de depósito com outras partes, gratuitamente. Desse modo, a despeito de a restituição ser feita à vista, geralmente haverá uma taxa de administração, cobrada pelo banco, para que haja a abertura da conta de depósito (este item deverá estar expresso no contrato, mesmo que haja período de carência para a referida cobrança).

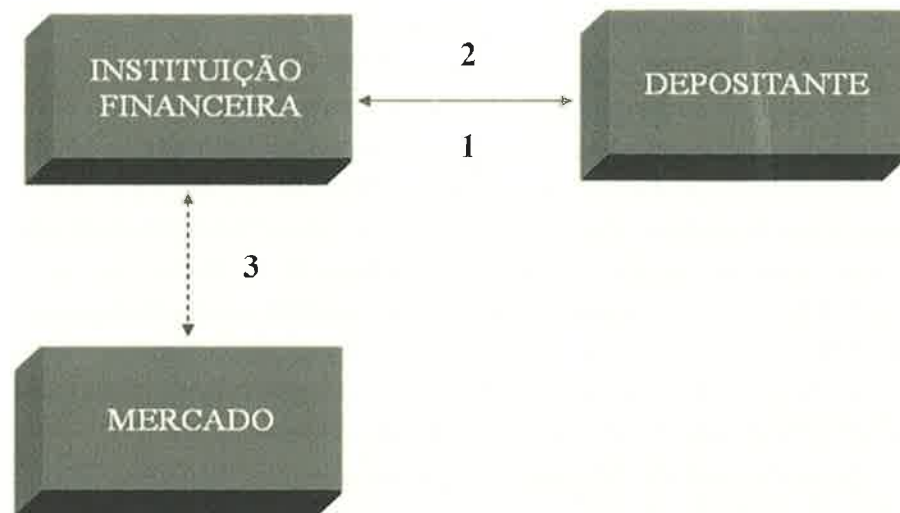
Já os contratos de depósito (ii) a pré-aviso e (iii) a prazo fixo podem compor uma complexidade maior, uma vez que podem ser instrumentos de captação financeira (sem deixar de ser uma forma de prestação de serviço, na relação com o depositante) para o banco e, dessa forma, podem apresentar-se de modo mais atrativo para o depositante.

9.1.2 OPERAÇÃO ECONÔMICA DOS CONTRATOS DE DEPÓSITO (CDBs e RDBs)

Dentro da categoria dos depósitos (iii) a prazo fixo, assim geralmente encontramos contratos que estipulam regras sobre uma remuneração dos valores depositados. É o caso da poupança. Também, nessa categoria, encontramos os instrumentos de captação conhecidos como Certificados de Depósito Bancário (CDBs) e os Recibos de Depósitos Bancários (RDBs), os primeiros disciplinados pela Lei nº 4.728/1965, sobretudo em seu art. 30, enquanto os segundos não possuem disciplina própria na Lei, mas encontram-se, bem como os CDBs, regulados pela Resolução Bacen nº 3.454/2007 – que disciplina a forma e conteúdo de cada um dos tipos, inclusive.

190 Estas Resoluções do CMN dão a estrutura de conteúdo dos contratos de depósito à vista e dos contratos de conta-corrente.

A operação econômica dos CDBs e RDBs pode ser visualizada da seguinte forma¹⁹¹:



O impacto da distinção entre esses dois mecanismos se faz sentir nos efeitos práticos jurídicos de cada um desses instrumentos. Os CDBs, cujas características são disciplinadas pela Lei supramencionada, foram caracterizados como títulos de crédito. Tais características jurídicas aproximaram-nos do formalismo encontrado na nota promissória (transferência por endosso, por exemplo), além de sua subsunção aos elementos dos títulos de crédito. Por outro lado, os RDBs são tratados como meros “documentos de legitimação”¹⁹² e não como se títulos de crédito fossem. Ou seja, na prática, os RDBs não incorporam o direito que deriva da relação jurídica estabelecida entre as partes, enquanto os CDBs são a consubstanciação física da relação jurídica estabelecida (inclusive para promover a exigência do cumprimento da relação ali formalizada).

191 Em que:

1 = Aplicação realizada pelo cliente/depositante e contratação dos termos de remuneração do depósito.

2 = Remuneração dos valores aplicados pelo depositante.

3 = Disponibilidade de recursos para operações financeiras internas e externas.

192 SALOMÃO NETO, Eduardo. op. cit., 2007, p. 260.

Noutra ponta, os CDBs, pelas características atribuídas pela Lei, podem sofrer constringências, tais como o penhor, ou mesmo podem ser objeto das medidas processuais cabíveis em face dos títulos. Deve ficar claro que a Lei data da década de 1960 e sua posterior modificação sobre este assunto data da década de 1970. Este elemento temporal é fundamental para entender-se o anacronismo da Lei em relação à prática bancária. Hoje há, de modo geral, a dispensa da apresentação física dos respectivos certificados, sendo que estes, para efeito de constituição e liquidação são registrados eletronicamente na própria instituição financeira e/ou no sistema da Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos – CETIP e dessa, neste caso e formato do certificado, os CDBs podem escapar à regra da formalidade dos títulos de crédito, bem como à própria forma de regulamentação dos títulos.

9.1.3 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

- Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965;
- Resoluções CMN nº 2.025/1993, nº 2.747/2000 e nº 2.953/2002;
- Resolução Bacen nº 3.454/2007.

9.1.4 NO JUDICIÁRIO

Uma demanda recorrente, que pode ser verificada no Judiciário brasileiro recentemente, é o pedido de restituição dos valores correspondentes a juros remuneratórios e à correção monetária sobre os valores aplicados em CDB durante finais da década de 1980 e início da década de 1990.

Devido ao período de crise inflacionária sofrido pela economia brasileira ao longo desses anos, dos diversos planos econômicos e das alterações de índices de reajuste e de moeda, diversos contratantes da modalidade dos CDBs ingressaram com ações judiciais pleiteando o recebimento do correspondente a esses valores sobre o período em que alegam ter perdido financeiramente por conta da crise.

Uma das principais discussões que envolveram as diferentes instâncias do Judiciário foi a da aplicação de correção monetária aos CDBs pós-fixados contratados até a instituição do Plano Verão (Medida Provisória nº 32/1989, convertida na Lei nº 7.730/1989), durante a presidência de José Sarney e sob a orientação do então Ministro da Fazenda, Máílson da Nóbrega.

De modo geral, de um lado, os depositantes pleiteavam a aplicação de correção monetária, descaracterizando o congelamento do fator de indexação, sobre os valores captados como CDBs, bem como de juros remuneratórios e, de outro, os réus, instituições financeiras, contestavam os argumentos alegando que, a partir da instituição do Plano Verão, os valores não poderiam estar sujeitos à correção sem que houvesse o congelamento do fator de indexação (art. 15 da Lei nº 7.730/1989) e os juros remuneratórios, por sua vez, não seriam devidos, posto que seriam considerados objeto de prescrição. Em primeira instância, as sentenças se dividiram entre as duas teses, resultando em um grande número de recursos, advindos de ambos os lados. Nas instâncias superiores, por sua vez, formou-se um entendimento unificado, sob orientação do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Tal entendimento se fez por meio da argumentação de que a correção monetária é devida sem o congelamento do fator de indexação, devendo sujeitar-se aos termos contratados e não à Lei nº 7.730/1989. Quanto aos juros remuneratórios, o entendimento simbólico compreende que

“nos contratos de CDB, com data certa de vencimento e resgate, não há agregação dos juros remuneratórios ao capital para novo período de rendimento e, por isso, estes não perdem sua natureza de acessório, pelo que se subordinam ao prazo prescricional quinquenal previsto no art. 178, § 10, III, do Código Civil de 1916 [correspondente ao art. 206, §3º, III do atual Código Civil – Lei nº 10.406/2002], vigente à época da contratação.”¹⁹³ (*sic*)

A questão da correção monetária é tratada pelo STJ como infraconstitucional¹⁹⁴ e, nesse sentido,

“tornou-se pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido da inaplicabilidade do art. 15 da mencionada Lei n. 7.730, de 1989 aos contratos de CDB's pós-fixados, celebrados antes de sua edição, uma vez que o congelamento do indexador lhe retira a feição própria, provocando alteração significativa na comutatividade contratual.”¹⁹⁵ (*sic*)

193 TJ/RJ Apel. Cível nº 2009.001.24742, Relator Des. José Geraldo Antonio, julgado em 17 jun. 2009. Em mesmo sentido, TJ/SP Apel nº 990.10.073263-3, Relator Desembargador Spencer Almeida Ferreira, julgado em 25 ago. 2010.

194 STJ REsp nº 57.390-RJ, Relator Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, DJ 12.08.1996.

195 STJ REsp nº 173.912-RS, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 30.05.2005.

9.2 CONTA-CORRENTE BANCÁRIA

9.2.1 CONCEITO

O contrato de conta-corrente bancária trata-se de outro contrato na modalidade de operação passiva realizada pelas instituições financeiras, tal como vimos sobre o contrato de depósito, no item anterior. Esta modalidade contratual, normativamente confundida com o depósito à vista, é também uma forma de captação de recursos para o banco e, por ser dependente da custódia destes, requer, geralmente, um valor mínimo para abertura e um custo mensal/anual de manutenção da respectiva conta-corrente.

Os contratos de conta-corrente bancária podem ter como titulares, no polo dos correntistas, um indivíduo (unipessoal – pessoa natural ou pessoa jurídica) ou uma pluralidade de indivíduos (coletiva). Esta conta-corrente bancária constituída pela pluralidade de indivíduos pode ser caracterizada como (i) conjunta ou (ii) indivisível. No caso de ser uma conta-corrente bancária (i) conjunta, é aquela cuja movimentação pode ser realizada pelos correntistas conjunta ou individualmente, sendo que, neste caso, há a solidariedade ativa e passiva de todos os seus respectivos titulares¹⁹⁶. Por outro lado, quando na forma (ii) indivisível, a movimentação apenas poderá ser realizada mediante a presença de todos os titulares (seja pessoalmente ou por meio de um mandatário) e pode ser negociada com o banco para ajustar a respectiva participação de responsabilidade dos titulares, ajustando-se, assim, a regra da solidariedade entre eles. Contudo, se o contrato for silente quanto a esse elemento, prevalece o princípio da solidariedade entre partes, respondendo qualquer delas pela totalidade dos montantes eventualmente devidos, resguardado seu posterior direito de regresso contra os titulares remissos.

9.2.2 OPERAÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO DE CONTA-CORRENTE BANCÁRIA

Por meio deste contrato é que o cliente (a parte chamada contratante/correntista) passa a realizar suas atividades vinculadas ao banco (a parte chamada contratado/banco), tais como a movimentação de seus recursos ali de-

196 BRASIL. Lei nº 10.406/2002 – Código Civil. Solidariedade ativa, prevista nos arts. 267 a 274, e solidariedade passiva, prevista nos arts. 275 a 285 do Código Civil.

positados, por meio de ordens de pagamento, saques, transferências (DOC e TED, a depender dos valores movimentados), cartão de débito e cheques. Assim, esse tipo contratual bancário é que permite ao correntista realizar sua atividade no sistema de pagamentos e de transferência de valores. De modo mais comum, é também por meio do contrato de conta-corrente bancária que se origina outro contrato, já enquadrado na forma de operação ativa dos bancos, que é o contrato de abertura de crédito em favor do correntista, de modo que, por meio desse vínculo, o correntista é capaz de permitir e realizar saques descobertos a partir de sua conta e dentro dos valores contratados e disponibilizados pelo banco. Trata-se do designado “cheque especial”.

Este contrato não se confunde com o contrato de conta-corrente, posto não haver no primeiro a reciprocidade das remessas, tampouco a reclamação do saldo no vencimento da conta (prazo determinado ou indeterminado mediante pré-aviso)¹⁹⁷. Na conta-corrente bancária, “o crédito resultante da conta é sempre disponível sobre a base do saldo diário [saldo provisório]”¹⁹⁸, administrado por meio magnético ou eletrônico pelas partes, sendo certo que seu limite de utilização estará adstrito ao montante de recursos ali disponibilizados pelo correntista. Caso ultrapasse essa linha, passa-se então a se enquadrar nas operações de crédito e débito em outra linha de contratos, a dizer, os já mencionados de abertura de crédito. Portanto, o contrato de conta-corrente bancária é um “complexo de direitos e obrigações ligados à prestação de serviços e ao mandato, funções de que se encarrega a instituição financeira”¹⁹⁹.

A operação econômica de conta-corrente pode ser visualizada da seguinte forma²⁰⁰:



197 Não é objeto de nosso estudo o contrato de conta-corrente, apenas aquele vinculado à atividade bancária. Sobre o primeiro caso, vide ABRÃO, Nelson. op. cit., 2009, pp. 213-220 e WALD, Arnoldo. op. cit., 2009, p. 346.

198 ABRÃO, Nelson. op. cit., 2009, p. 223.

199 SALOMÃO NETO, Eduardo. op. cit., 2007, p. 250.

200 Em que:

1 = Disponibilização de valores, por meio de depósito e contratação de serviços e cláusula mandato.

2 = Prestação de serviços e desconto de valores pela prestação.

3 = Ordens de pagamento em nome do correntista.

4 = Recebimento de valores em favor do correntista.

Conforme visto no capítulo das garantias, também pode a conta-corrente bancária ser objeto de penhor, nos termos dos arts. 1.451 e seguintes do Código Civil, e de penhora, mediante o devido procedimento judicial e determinação legal do juízo para tanto, nos termos dos arts. 655 e 655-A do Código de Processo Civil. O credor, por meio desse tipo de garantia, poderá, tão logo se torne o crédito garantido exigível, praticar atos tais como notificar o devedor para que faça com que a instituição financeira não permita a movimentação dos valores da respectiva conta-corrente, bem como tomar todas as medidas e ações para que receba as importâncias correspondentes aos créditos empenhados, até reter o suficiente para saldar a dívida, obrigando-se a restituir o devedor dos eventuais numerários excedentes.

A forma e a possibilidade de cobrança de tarifas pelas instituições financeiras contra seus correntistas e contratantes, estão disciplinadas, atualmente, pela Resolução Bacen nº 3.518/2007. A Resolução trata, de modo aberto, sobre as cobranças a serem estabelecidas por conta da prestação de serviços, entretanto, veda a cobrança de serviços bancários essenciais a pessoas físicas, assim considerados (art. 2º, item I):

- (i) Conta corrente de depósitos à vista;
 - a. Fornecimento de cartão com função débito;
 - b. Fornecimento de dez folhas de cheques por mês (reunidos determinados requisitos do correntista);
 - c. Fornecimento de segunda via do cartão com função débito (com algumas exceções);
 - d. Realização de até quatro saques;
 - e. Fornecimento de até dois extratos de movimentação mensal;
 - f. Realização de duas transferências de recursos entre contas na própria instituição;
 - g. Compensação de cheques.

A Resolução ainda trata sobre as vedações de cobranças sobre contas-poupança, no item II do mesmo art. 2º. De mesmo modo, estabelece em seu art. 5º as possibilidades de cobranças, a título de remuneração pelos serviços prestados, tais como: (a) aditamento de contratos; (b) administração

de fundos de investimento; (c) aluguel de cofre; (d) avaliação, reavaliação e substituição de bens recebidos em garantia; (e) cartão de crédito; (f) certificado digital; (g) coleta e entrega em domicílio; (h) corretagem; (i) custódia; entre outros.

9.2.3 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

- Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil;
- Resolução Bacen nº 3.518/2007.

9.2.4 NO JUDICIÁRIO

O tema mais comum no Judiciário brasileiro sobre os contratos de conta-corrente versa sobre a penhora *on-line*, a constrição judicial dos valores movimentados em conta-corrente. Tal penhora é realizada com base nos arts. 655 e 655-A do Código de Processo Civil, somente excetuando-se se tratar de um dos casos listados no art. 649 do mesmo Código; entretanto, quando se tratar das hipóteses do inciso IV deste art. (vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões etc.), caberá ao executado o ônus da prova, nos termos do §2º daquele art. 655-A.

Não de outro modo segue o Judiciário, aplicando os termos da lei processual em suas análises sobre os processos de execução. As disposições dos arts. 649 e 655-A do Código são recentes, tendo sido introduzidas pela Lei nº 11.382/2006, alteradora de algumas disposições sobre o processo de execução. A penhora se faz por meio do sistema Bacen-jud, chamada penhora *on-line*, mediante acesso pelo próprio magistrado e constrição proporcional ao valor objeto da execução, em acesso por meio do CPF ou CNPJ do executado e do cruzamento com os dados bancários das instituições financeiras conveniadas.

A medida é requerida já na petição inicial, caso o executado não indique bens à penhora e, se deferida pelo magistrado da execução, provocará a restrição dos valores até que satisfeito o objeto da execução. Por esta característica célere e eficiente para o exequente, a medida deve ser tomada com cautela pelo Judiciário, para que a proporcionalidade do bloqueio tenha sentido econômico no processo de execução, evitando assim a paralisação das atividades da empresa, caso o bloqueio seja tomado de modo desproporcional.

9.3 EMPRÉSTIMO

9.3.1 CONCEITO

O contrato de empréstimo é também aquele cujo escopo é sinonímia do contrato de mútuo, conforme estabelecido pelo Direito Civil (arts. 586 e 591 do Código Civil). Nesse caso, configura-se por se tratar do contrato por meio do qual

“alguém entrega a outrem uma certa quantidade de coisas fungíveis, para que a consuma, comprometendo-se este a devolver, na forma e no prazo avençados, não as próprias coisas recebidas, mas coisas ou bens equivalentes em quantidade, qualidade e gênero.”²⁰¹

No caso que estamos estudando, o contrato de empréstimo bancário (mútuo feneratício ou frugífero) possui as características e atribuições desse contrato de mútuo, entretanto, configura-se por ser aquele cujos montantes estabelecidos no contrato são concedidos, ao contratante (mutuário), por uma instituição financeira. Este contrato constitui a principal operação ativa dos bancos e é classificado na bibliografia do tema como sendo caracterizado por se tratar de contrato unilateral, real e oneroso. Unilateral, posto que as obrigações são geradas apenas para o mutuário, uma vez efetivada a tradição por parte do banco; real, justamente porque só há o aperfeiçoamento com a efetiva entrega dos valores ou a sua correspondente creditação na conta do mutuário²⁰²; e oneroso por conta dos juros e outros encargos que promovem a remuneração dos valores emprestados pela instituição financeira ao mutuário.

9.3.2 OPERAÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO

O empréstimo bancário é a operação mais célere para o empresariado que o busca ou para a pessoa natural interessada (feita a ressalva das diversas modalidades de empréstimos para ambos os casos, conforme veremos nos próximos itens). Nesta operação, o banco arrecada juros, correções e outras taxas eventualmente pactuadas no respectivo instrumento de empréstimo, sendo assim, uma operação rentável do ponto de vista do retorno financeiro aplicado pelo banco. Conforme apresentado, os encargos pertinentes a este contrato são limitados, sobretudo pelo

201 RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2009, p. 34.

202 ABRÃO, Nelson. op. cit., 2009, p. 100.

Poder Judiciário. Diversos julgados e súmulas têm estabelecido um impedimento para a culminação de algumas cobranças sobre um mesmo instrumento (tal como o exemplo da cobrança da taxa de comissão de permanência cumulada com juros remuneratórios e/ou com correção monetária).

O empréstimo bancário está basicamente regulado na Lei nº 4.595/1964, incluindo-se aí as proibições de concessão de empréstimo, por parte de instituições financeiras privadas, conforme o rol descrito no art. 34 da Lei²⁰³.

A operação econômica de empréstimo desenvolve-se, basicamente, da seguinte forma²⁰⁴:



203 Art. 34. É vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos: I - A seus diretores e membros dos conselhos consultivos ou administrativos, fiscais e semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges; II - Aos parentes, até o 2º grau, das pessoas a que se refere o inciso anterior; III - Às pessoas físicas ou jurídicas que participem de seu capital, com mais de 10% (dez por cento), salvo autorização específica do Banco Central da República do Brasil, em cada caso, quando se tratar de operações lastreadas por efeitos comerciais resultantes de transações de compra e venda ou penhor de mercadorias, em limites que forem fixados pelo Conselho Monetário Nacional, em caráter geral; IV - Às pessoas jurídicas de cujo capital participem, com mais de 10% (dez por cento); V - Às pessoas jurídicas de cujo capital participem, com mais de 10% (dez por cento), quaisquer dos diretores ou administradores da própria instituição financeira, bem como seus cônjuges e respectivos parentes, até o 2º grau. §1º A infração ao disposto no inciso I, deste artigo, constitui crime e sujeitará os responsáveis pela transgressão à pena de reclusão de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal.

§2º O disposto no inciso IV deste artigo não se aplica às instituições financeiras públicas.

204 Em que:

1= Mutuário e instituição financeira celebram contrato de mútuo para a obtenção de recursos por parte do mutuário.

2= Mutuário presta garantias para redução dos encargos financeiros incidentes sobre o mútuo.

3= Instituição financeira paga e capta valores junto ao mercado de financiadores.

4= Instituição financeira remunera e capta valores de médio e longo prazo.

Muito se discute sobre a mitigação dos encargos em caso de pagamento antecipado das prestações devidas pelo mutuário. Os posicionamentos majoritários do Judiciário brasileiro, bem como os da doutrina, explicitam que há de se notar duas diferenças na relação contratual, a depender da análise do caso. Caso se esteja frente a uma contratação à qual aplicam-se as regras de defesa do consumidor (Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – CDC), pelo seu art. 52, §2º²⁰⁵, o mutuário terá direito à redução proporcional dos juros e demais encargos ali incidentes. Por outro lado, quando se tratar de uma relação econômica na qual não há como inferir uma relação consumerista nos moldes do CDC, então não poderá o mutuário pleitear a redução proporcional dos encargos, exceto se expressamente previsto no instrumento de constituição do empréstimo. Essa forma de disposição decorre de determinada lógica econômica do contrato ter sentido dentro da modalidade de operação ativa do banco. Uma vez que o contrato tem seu prazo determinado sobre o qual há determinado cálculo financeiro da proporcionalidade da razão dinheiro/tempo, não há como a instituição financeira correr tamanho risco de ver sua expectativa creditícia ser algo instável (dadas as devidas proporções ao se considerar os riscos do inadimplemento e todas as garantias que circundam a contratação do empréstimo bancário). Portanto, em regra, se o contrato não faz a previsão expressa da redução proporcional dos encargos incidentes sobre o montante principal, não está constituído um direito ao mutuário, fora da relação consumerista, de se valer de tal redução quando do pagamento antecipado das parcelas vincendas.

Até 2007 havia de modo mais claro a possibilidade de cobrança de determinada Tarifa pela Liquidação Antecipada (“TLA”), ou seja, determinado valor, previsto no contrato, que seria cobrado caso o mutuário optasse pela antecipação do pagamento (respeitando-se, assim, a lógica econômica que mencionamos). Contudo, o Banco Central do Brasil, por meio do Conselho Monetário Nacional, conforme Resolução CMN nº 3.516/2007, proibiu a cobrança da TLA contra pessoas físicas (naturais, pela terminologia do Código Civil), microempresas e

205 BRASIL. Lei nº 8.078/1990. “Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: (...)

§2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.”

empresas de pequeno porte (assim compreendidas como sendo aquelas definidas na Lei Complementar nº 123/2006) e regulou a aplicação da TLA aos contratos que expressamente fizessem tal previsão anteriormente à Resolução (incluindo-se aí a exposição clara da tarifa em seu correspondente em reais).

Não é objeto do presente estudo, mas o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) já definiram a possibilidade de aplicação do CDC nos contratos bancários, desde que seja clara a relação de consumo na estrutura contratada entre a instituição financeira e aquele que com ela contrata. Nesse sentido a Súmula STJ nº 297 e a ADI nº 2.591/DF, julgada pelo STF. Portanto, não se deve perder de vista que o CDC poderá ser aplicado, mas não em regra, sob pena de deturpação e ampliação de custos de contratos, em decorrência da insegurança jurídica gerada pela transformação de relações nitidamente comerciais em relações de consumo, enquadradas como aquelas celebradas entre uma parte hipossuficiente de informações de mercado e meios em relação à outra parte.

9.3.3 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

- Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);
- Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964;
- Resolução CMN nº 3.516/2007.

9.3.4 NO JUDICIÁRIO

O ponto mais recorrente no Judiciário brasileiro sobre os contratos de empréstimo é o da cobrança de encargos remuneratórios incidentes na contratação; geralmente pela alegação de abuso dessas cobranças. Conforme apresenta nosso capítulo sobre os encargos nos contratos bancários, estes itens de remuneração do risco tomado pelas instituições financeiras possuem bastante influência do Judiciário brasileiro, de modo que, conforme diversos estudos, alguns elementos judiciais fazem com que o *spread* bancário seja ampliado em função de diversos cenários de incerteza e insegurança²⁰⁶. Desse modo, as discus-

206 Referimo-nos especificamente aos trabalhos de AITH, M. O impacto do judiciário nas atividades das instituições financeiras. In: PINHEIRO, A. C. *O Judiciário e a Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000. BECK, T. *Impediments to the development and efficiency of financial intermediation in Brazil*. Policy Research Working Paper, nº 2382, World Bank, 2000. AFANASIEFF, T.; LHACER, P.; NAKANE, M. *The determinants of bank interest spread in Brazil*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2001.

sões sobre os encargos financeiros incidentes nos contratos bancários, incluindo-se, mas não se limitando, ao contrato de empréstimo, encontram-se em capítulo próprio, no qual se discute tais referenciais.

9.4 ABERTURA DE CRÉDITO

9.4.1 CONCEITO

Trata-se de operação, comumente ligada ao empréstimo bancário, na qual

“o banco [creditor] põe certa quantia de dinheiro [mediante determinada remuneração financeira] à disposição do cliente [creditado], que pode ou não utilizar esses recursos”²⁰⁷. Poderíamos vislumbrar determinada operação de abertura de crédito a partir de entes que não exclusivamente instituições financeiras, entretanto, pelo objeto aqui proposto, vamos interpretar este contrato como sendo aquele no qual há determinada remuneração financeira pelos valores eventualmente utilizados, com o intuito de lucro e sendo tais operações marcadas pela habitualidade (caracterizando, assim, a exclusividade da operação a partir de instituições financeiras, nos termos do art. 17 da Lei nº 4.595/1964). Sob essa perspectiva, basicamente apresentaremos duas modalidades de operações de abertura de crédito: (i) simples e (ii) em conta-corrente²⁰⁸.

A bibliografia do tema abarca determinado debate sobre a natureza jurídica deste contrato, sendo bastante controversa na leitura tipológico-normativa dessa modalidade contratual. Eduardo Salomão, após análise teleológica do instituto, incumbe a ele a aplicação das regras jurídicas do contrato de mútuo (empréstimo), sob a justificativa de que “[t]al regime (bem como as adições a ele) foi elaborado com vistas ao equilíbrio das relações entre prestadores e tomadores de recursos financeiros, não havendo sentido em desprezar essa experiência para considerar a abertura de crédito como novo instituto jurídico”²⁰⁹. Arnaldo Wald, por sua vez, considera-o como “contrato especial”, uma vez que

“a natureza jurídica é controvertida, entendendo alguns que seja um contrato preliminar, como promessa de mútuo; outros, um contrato

207 COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. v. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135.

208 SALOMÃO NETO, Eduardo. op. cit., 2007, p. 212.

209 Idem, p. 214.

misto, condicional etc. A doutrina moderna considera-o um contrato especial, incluindo-se entre os contratos bancários, por não assimilar a qualquer dos tipos diversos. É um contrato bilateral e consensual (enquanto o mútuo é real).²¹⁰

Arnaldo Rizzardo determina-o como sendo um tipo específico de contrato (um “contrato-tipo”), ora apresentado livremente para a discussão de suas cláusulas, ora apresentado como contrato de adesão (tendo suas condições impostas pela instituição financeira) e, desse modo, entende o autor tratar-se de “contrato autônomo, não se admitindo que seja preliminar de um mútuo, ou de outra espécie. As partes visam tão somente a concessão de um crédito, que poderá ser utilizado segundo as épocas preestabelecidas”²¹¹. Nelson Abrão, em sua obra consolidada, não apresenta exatamente uma definição, mas aproxima-o do contrato de mútuo, diferenciado pelo fato de ter “essência própria”²¹². Por essa análise essencialista do instrumento, o autor acaba repousando o conceito jurídico sobre uma pretensão econômica, no sentido de que cabe ao creditado o poder de pretender da instituição financeira a prestação de certa soma, sendo este o atributo que o torna típico e distinto dos demais contratos de crédito²¹³.

9.4.2 OPERAÇÃO ECONÔMICA DA ABERTURA DE CRÉDITO

A (i) abertura de crédito simples é a modalidade pela qual o creditado pode valer-se do crédito disponibilizado sem que consiga restaurá-lo por meio de pagamentos parciais e a (ii) abertura de crédito em conta-corrente é aquela modalidade por meio da qual o creditado pode realizar saques e restaurar proporcionalmente seu crédito à medida de seus pagamentos parciais (comumente apresentado como o “cheque especial”). Deve-se ter como claro que o fato de se ter saldo negativo em conta não é suficiente para que se defina a existência, nessa relação, de um contrato de abertura de crédito. A despeito de ser formalizado automaticamente, sobretudo via crédito *on-line* ou mesmo em caixa eletrônico, o fato de o correntista ter algum saldo negativo em sua conta não institui o fato de que uma nova relação, formalizada pela abertura de crédito, tenha se concretizado.

210 WALD, Arnaldo. op. cit., 2009, p. 347.

211 RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2009, p. 51.

212 ABRÃO, Nelson. op. cit., 2009, p. 156.

213 Idem, p. 157.

As taxas de juros cobrados pelos bancos, medidas no período de 18/10/2010 a 22/10/2010 pelo BACEN, trazem as seguintes medidas mensais, em ordem crescente, sobre valores descobertos, entre algumas das principais casas bancárias do País²¹⁴:

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA	TAXAS DE JUROS (%) - 2010	TAXAS DE JUROS (%) - 2011
BANCO SAFRA S.A.	5,44	5,80
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	6,65	7,90
BANCO DO BRASIL S.A.	8,07	8,75
BANCO BRADESCO S.A.	8,39	8,81
ITAÚ UNIBANCO	8,48	8,88
BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.	9,12	10,33
BANCO CITIBANK S.A.	9,83	10,66

Fonte: BACEN, período 21/12/2011 a 27/12/2011.

9.4.3 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

- Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964;
- Resolução Bacen nº 3.517/2007;
- Resolução Bacen nº 3.909/2010.

9.4.4 NO JUDICIÁRIO

Nos tribunais brasileiros, a discussão de natureza jurídica não teve o viés material do direito, mas partiu para seu conceito a partir de determinados elementos processuais, creditando seu enfoque na natureza executiva ou não do contrato como “título”. Nesse sentido, as principais discussões encontradas nas decisões de diversos tribunais e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²¹⁵,

214 Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/fis/taxas/htms/tx012010.asp>>. Acesso em jan. 2012.

215 Não faremos uma lista exemplificativa dessas demandas que mencionamos pelo fato de ser um assunto sumulado e, portanto, recorrente no Judiciário brasileiro. A partir dos precedentes das súmulas, o aluno poderá encontrar outras formas de apresentações da referida discussão.

voltam-se para o fato de explicitar que o contrato de abertura de crédito, mesmo que acompanhado do respectivo extrato da conta-corrente bancária ao qual esteja vinculado, não é caracterizável como título executivo, nos termos processuais do art. 585 do Código de Processo Civil. Portanto, mesmo que haja clausulado contratual que tente forçar o documento a ter características de título executivo, por meio de obrigação específica e de definição de que seja título executivo extrajudicial, o Judiciário não tem considerado tal característica e a medida processual adequada para a exigibilidade não poderá ser a do processo de execução.

Sedimentando tal posicionamento, e tornando a discussão ainda mais direcionada para a natureza processual (até certo ponto mais administrativa – tendo em vista o seu caráter executivo – do que propriamente jurídica), o STJ promulgou a Súmula STJ nº 233, no sentido de que “[o] contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo.” E, em um segundo momento, com intuito de resolver a discussão para a exequibilidade do contrato, estipulou o STJ, por meio da Súmula STJ nº 247, a orientação de que “[o] contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória [art. 1.102-A e seguintes].” Ou seja, a opção interpretativa na prática jurídica não se fez pelo mesmo viés das discussões apresentadas pela bibliografia, de modo que o tema, sobre a natureza jurídica do contrato de abertura de crédito, continua dando margem ao pleito, por parte de operadores do Direito no Brasil, de contestação ou de definição da natureza de tal instrumento, por meio de diversas ações e em seus polos ativos e passivos.

Principalmente em decorrência dessa dificuldade para a execução do contrato de abertura de crédito, como resposta à maior segurança jurídica para essa forma de operação financeira, foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro a figura da Cédula de Crédito Bancário – CCB –, conforme definida pela Lei nº 10.931/2004²¹⁶. A CCB foi conceituada da seguinte forma:

“Art. 26. A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.”

216 Para maior aprofundamento sobre o tema, recomendamos: PEREIRA FILHO, Valdir Carlos. Cédula de Crédito Bancário. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (coord.), op. cit., 2006.

E a segurança de exequibilidade tornou-se expressa nos seguintes termos:

“Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.” [grifamos]

A CCB não é objeto de nosso estudo, mas deve ser vista como importante instrumento nas operações bancárias, sobretudo em substituição à abertura de crédito, tendo em vista a celeridade que o instrumento de crédito possui frente ao Judiciário, caso haja necessidade de sua cobrança forçada.

9.5 CARTÃO DE CRÉDITO

9.5.1 CONCEITO

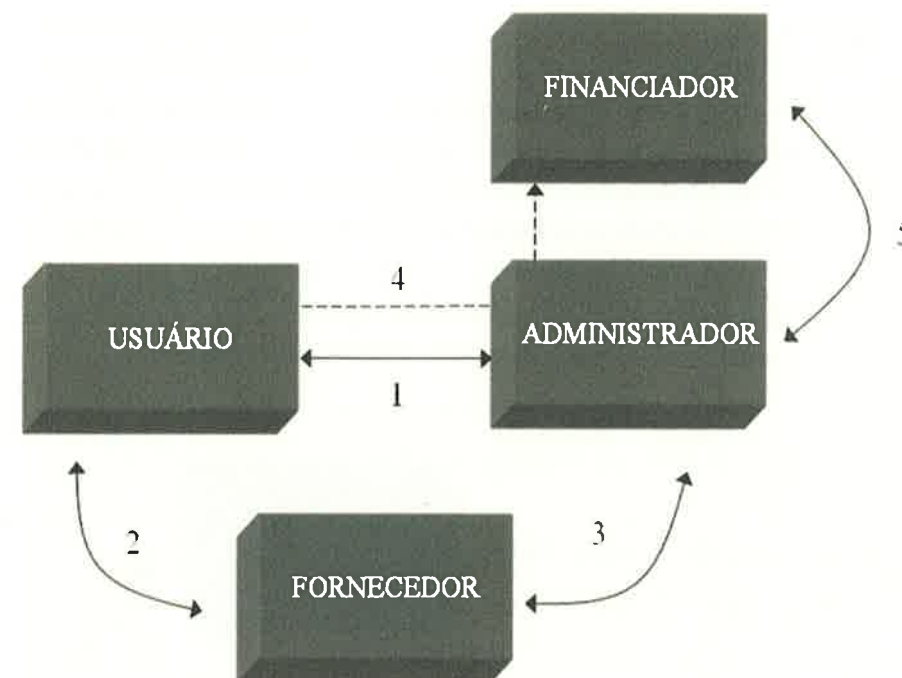
Como temos tentado demonstrar ao longo dos outros capítulos, todo o tema objeto deste estudo depende de duas vertentes disciplinares que devem interagir: o Direito e a Economia. Já vimos anteriormente que a própria interpretação das normas, seja pela via judicial, seja pela bibliografia de cada um dos temas, acaba por invariavelmente tocar em aspectos jurídicos e em aspectos econômicos. Por vezes, vimos uma linha interpretativa valendo-se do Direito como instrumental teórico para fundamentar determinadas estruturas, entretanto, também vimos que a legitimidade, dessas mesmas defesas de estruturas, por vezes aparece atrelada a questões econômicas, a uma determinada razão econômica que dá sentido ou orienta a forma de decisão administrativa, judicial e/ou arbitral, bem como também orienta a apresentação bibliográfica dos temas de Direito Bancário. Não de outro modo será tratado o tema do cartão de crédito.

As operações de cartão de crédito são operações complexas e, como um dos principais pontos das relações jurídicas, pode envolver na cadeia do crédito ao menos um organismo não considerado como instituição financeira nos termos do art. 17 da Lei nº 4.595/1964, a dizer, a administradora de cartão de crédito; e se assim for considerada, esta não estará sujeita, portanto, à fiscalização do Banco Central (Bacen) e do Conselho Monetário Nacional (CMN). A premissa não é verdadeira em sentido oposto, uma vez que uma instituição financeira pode também atuar como administradora de cartão de crédito e, por ser atividade exercida no âmbito de suas atividades, passa a sujeitar-se à

atividade normativa e fiscalizadora do Bacen e do CMN. Desse modo, conforme veremos, o tema não é especificamente tratado por lei ou por resoluções do Bacen ou do CMN e, assim, dependerá que identifiquemos cada um dos passos envolvidos na operação pertinente.

Por meio da contratação do cartão de crédito, o usuário contrata uma prestação de serviços por parte do administrador do cartão de crédito (instituição financeira ou não), a partir do qual possuirá os meios para contratar a compra de produtos ou serviços por um terceiro fornecedor de tais produtos ou serviços. Este, por sua vez, celebra um contrato com o administrador do cartão para que o pagamento realizado pelo usuário seja aceito e garantida a reversão do crédito em favor deste fornecedor. De outro lado, na relação entre usuário e administrador, outras duas obrigações são vinculadas a um terceiro financiador da operação, de modo que a operação consiga viabilizar-se economicamente.

É fundamental entender que os administradores dos cartões não captam os recursos, advindos dos terceiros financiadores, em seu próprio nome, mas, por uma relação de mandato entre o administrador e o usuário, tais recursos são captados diretamente em nome deste último. O desenho da operação jurídica²¹⁷ pertinente ao cartão de crédito, conforme apresentado, pode ser entendido da seguinte forma:



Assim, “na verdade, com a emissão do cartão de crédito, o portador desenvolve duas relações jurídicas distintas: uma, quando efetua a sua compra, com o vendedor da mercadoria ou fornecedor do serviço; outra, com a administradora do cartão de crédito”²¹⁸.

9.5.2 OPERAÇÃO ECONÔMICA DO CARTÃO DE CRÉDITO

Sob o ponto de vista econômico, as relações correspondem ao fato de que o usuário paga determinada anuidade e, com base em outras análises da administradora do cartão e/ou da instituição financiadora, recebe determinado crédito limitado ao valor correspondente à análise de liquidez do usuário, em caso de inadimplência. Ou seja, o usuário pode fazer aquisições a descoberto, devendo pagar suas obrigações quando cobrado pela administradora. Assim, este usuário pode adquirir produtos ou serviços até o limite do crédito que lhe fora disponibilizado, tendo tal crédito restabelecido na medida em que quita suas obrigações pecuniárias com a administradora do cartão.

217 Em que:

1 = Contrato de prestação de serviços.

2 = Contrato de compra e venda ou prestação de serviços.

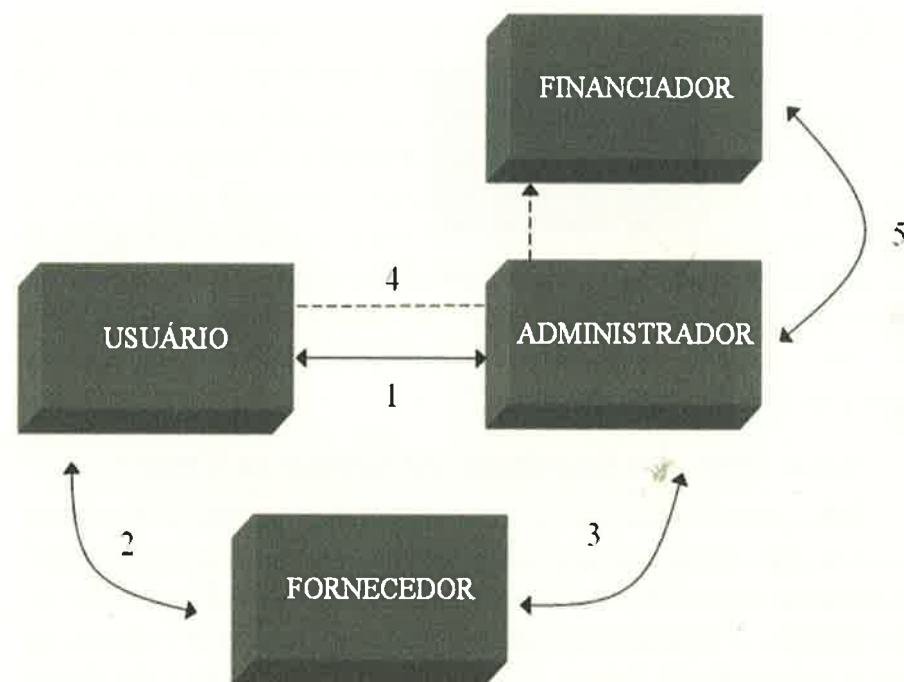
3 = Contrato inominado (aceitação do pagamento via cartão e garantindo o pagamento).

4 = Contrato de financiamento/abertura de crédito via mandato.

5 = Garantia na concessão do crédito.

O fornecedor, noutra ponta, recebe os valores diretamente da administradora mediante determinado desconto de comissão, previamente definido contratualmente. Caso o usuário não efetue o pagamento na data acordada, a administradora busca recursos para financiar esse prejuízo no mercado, razão pela qual a administradora é obrigada a prestar determinada garantia para o agente financiador, uma vez que o usuário não tenha cumprido com suas obrigações financeiras, além de sofrer com os encargos incidentes durante o período de inadimplência.

A operação econômica, pertinente ao cartão de crédito, pode ser visualizada da seguinte forma²¹⁹:



219 Em que:

- 1 = Pagamento de anuidade e concessão de crédito com limite.
- 2 = Aquisição de serviço ou mercadoria.
- 3 = Recebimento do fornecedor com desconto de comissão.
- 4 = Não pagamento na data prevista – financiamento no mercado.
- 5 = Garantia ao financiador pela administradora do cartão.

O Bacen tem registrado uma variação entre 438,73 a 606,41 milhões de transações envolvendo cartões de crédito no Brasil, durante o período dos meses de janeiro de 2009 a setembro de 2010, sendo que, por meio de tais operações, pode-se notar uma variação de valores entre 30,34 a 45,75 bilhões de reais no mesmo período²²⁰. Daí um elemento que indica a relevância deste tema para a Economia e, por sua vez, para a preocupação dos operadores do Direito.

9.5.3 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

- Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);
- Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964;
- Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);
- Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001;
- Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil);
- Súmula STF nº 596;
- Súmula STJ nº 283.

9.5.4 NO JUDICIÁRIO

Uma das principais discussões que podemos encontrar no Judiciário versa sobre a validade da cláusula mandato imbricada na relação jurídica entre o usuário e a administradora de cartão de crédito.

A discussão foi estabelecida, sobretudo com base na Súmula STJ nº 60, no sentido de que diz ser “(...) nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.” Ou seja, assim, argumentar-se-ia uma violação a essa premissa o fato de a administradora ir ao mercado de financiadores, em favor do usuário, para captar recursos que cubram a inadimplência do usuário. O impacto dessa questão repousa essencialmente sobre o fato econômico da cobrança de juros à qual se submeterá o usuário.

No STJ, a discussão tem tomado um rumo da legalidade da cláusula mandato; sobretudo, tendo em vista que esta cláusula “outorga à administra-

220 BRASIL. Banco Central do Brasil – Indicadores Econômicos de 04 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?INDECO>>, acesso em 05 nov. 2010.

dora mandato para buscar no mercado recursos que façam frente às despesas não cobertas no vencimento pelo cliente. O exercício do mandato, por isso, não se dá no interesse exclusivo da administradora, mas, precipuamente, no interesse do cliente²²¹. Pela análise dessa tendência, entendemos que a referida cláusula mandato não pode ser considerada potestativa, uma vez que possui um sentido financeiro e jurídico para a relação complexa estabelecida na contratação do cartão de crédito, mas gera um direito que dá azo à prestação de contas.

A outra questão pertinente sobre o tema é a que trata da limitação ou não da cobrança de juros e, para este ponto, poder-se-ia passar a discussão pela identificação de tratar-se ou não ser a administradora de cartão de crédito uma instituição financeira. Conforme vimos, a questão permanece dicotômica a depender da análise do caso concreto. No Judiciário a principal tendência é, sobretudo com base na Súmula STJ nº 283, identificar que as administradoras seriam instituições financeiras e, portanto, não se sujeitariam às limitações de juros da Lei da Usura (Decreto nº 22.626/1933).

Contudo, no próprio STJ essa busca pela identificação de ser ou não a administradora de cartão de crédito considerada uma instituição aparece de forma mitigada, sendo decisiva a compreensão das relações que ali são estabelecidas para que se entenda qual o caráter da necessidade de cobrança de juros na relação entre usuário e administradora. Nesse sentido, temos como simbólica a seguinte passagem:

“(...) como se vê, a questão de saber se a companhia administradora de cartão de crédito é instituição financeira, e por isso autorizada a cobrar juros sem limites, ou se não o é, e por isso devem os juros por ela exigidos manter-se no limite de 12%, é uma falsa questão, ou melhor, é uma questão irrelevante para o julgamento dos litígios entre os titulares de cartão de crédito e a administradora, quanto aos percentuais cobrados. Isso porque ela não cobra juros, apenas os repassa, e exige, isto sim, comissões de oito ou mais por cento, o que eleva o seu crédito aos níveis conhecidos.”²²²

E o sentido para esse ponto fecha-se dentro de uma lógica das relações quando o Ministro Relator conclui que

“a administradora, para o caso de pagamento parcelado do valor da compra, pode ser autorizada pelo usuário a celebrar contratos de financiamento

com as instituições bancárias. Não vejo nessa cláusula nenhuma abusividade, porquanto é uma alternativa útil ao interesse das duas partes. Tal uso poderá ser abusivo se a administradora repassar mais do que paga, ou se contratar com os bancos taxas mais elevadas do que as praticadas no mercado; mantendo-se nesse limite, pode usar do mandato para contratar o financiamento.

Esses juros não são cobrados pela administradora a seu benefício, se não repassados ao usuário. Logo, o repasse é legítimo, desde que se mantenha no limite do contratado com os bancos.”²²³

Assim, em recentes decisões, o STJ tem entendido que não cabe a limitação dos juros cobrados nos termos de Lei de Usura ou de limitações arbitrárias pelas partes reclamantes. Exceto se não houver estipulação contratual acerca da cobrança de juros, caberá determinada limitação, mas, neste caso, à taxa de mercado²²⁴.

9.6 DESCONTO

9.6.1 CONCEITO

As características jurídicas do contrato de desconto bancário configuram-no como sendo um contrato autônomo, bilateral, oneroso e consensual²²⁵ e as partes contratantes formam-se pelo descontante e pelo descontário (geralmente, a instituição financeira). As operações de desconto são geralmente praticadas por instituições financeiras, mas não é exclusivo delas essa atuação.

A contratação trata de operação que pode ser realizada de modo individual ou a partir de contrato de conta-corrente bancária (pressupondo a existência de outro contrato ao qual esteja vinculada a contratação do desconto); nesse sentido, as operações poderão apresentar-se de modo puro ou “a descoberto” ou de modo garantido, quando são prestadas garantias reais e/ou fidejussórias. Em essência, baseia-se numa operação de cessão de crédito, conforme os termos dos arts. 286 a 298 do Código Civil, e os créditos descontados podem ou não ser representados por títulos de crédito; assim “caberiam as

221 STJ Resp 450.453-RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, voto do Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, DJ 25.02.2004.

222 STJ Resp 264.862-SE, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.10.2004.

223 STJ Resp 264.862-SE, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.10.2004.

224 STJ AgRg nos Edcl no REsp 1059039-PR, Ministro Relator Massami Uyeda, DJ 27.08.2009.

225 VIANA, Bonfim. *Desconto Bancário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 91.

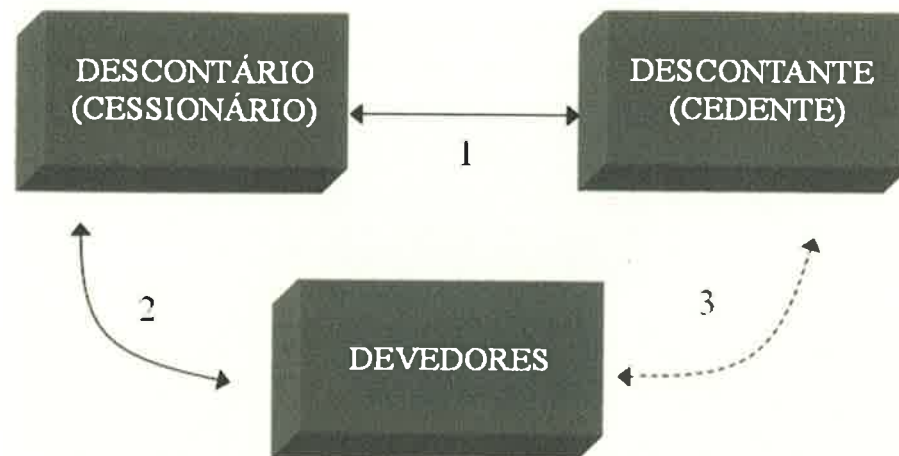
aquisições de quaisquer créditos comerciais por entidade especializada²²⁶ e o “adquirente dos títulos descontados está na verdade adquirindo um ativo empresarial ao realizar tal operação, e não repassando recursos sob a forma de crédito”²²⁷ Geralmente as operações envolvem créditos decorrentes de títulos de crédito, tendo em vista que os elementos de certeza e liquidez são mais consistentes para a eventual execução judicial ou cobrança por parte do descontário²²⁸.

9.6.2 OPERAÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO DE DESCONTO

Nesses termos, pode-se dizer que a operação econômica do desconto consiste na antecipação ao cliente do valor do crédito devido por este contra terceiros e que ainda não estão vencidos, recebendo-os na forma da cessão, conforme anteriormente visto. Ao desconto serão deduzidos, do valor principal a ser recebido (do crédito), as cobranças da instituição e os juros baseados no lapso temporal da antecipação.

A operação do desconto assemelha-se demasiadamente à de *factoring*, modalidade em que há a prestação de determinados serviços, por parte do adquirente de certa totalidade de créditos, e os serviços são prestados ao cedente desses créditos. Contudo, não se confundem, conforme esclarece Eduardo Salomão Neto, ambos diferenciam-se, posto que, na operação de desconto, (i) há existência de responsabilidade do cedente dos créditos descontados pelo pagamento a ser realizado; (ii) inexistência da prestação de serviços ao credor original dos créditos, sem qualquer forma de assessoramento creditício, portanto; e (iii) o desconto se faz tendo em vista créditos isolados ou parte dos créditos, não a totalidade, conforme vimos.

Desse modo, a operação econômica basicamente constitui-se da seguinte forma²²⁹:



9.6.3 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

- Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);
- Resolução Bacen nº 3.909/2010;
- Resolução CMN nº 2.836/2001.

9.6.4 NO JUDICIÁRIO

No contrato de desconto bancário enxergamos no Judiciário problema similar ao dos contratos de empréstimo bancário, a dizer, o dos encargos financeiros. Taxas de juros remuneratórios, correção monetária e comissão de permanência são, recorrentemente, elementos que o Judiciário tende a descaracterizar quando culminados em um único instrumento. O Judiciário tende a afastar a aplicação da Lei da Usura como limitador das taxas de juros e por diversas vezes mantém os valores contratados entre as partes, exceto quando os encargos acumulam-se sob diversas modalidades. Desse modo, remetemos também este item ao capítulo dos encargos nos contratos bancários, posto que aqueles mais recorrentes estão ali debatidos.

9.7 VENDOR E COMPROR

9.7.1 CONCEITO

Usa-se o termo *vendor* (originariamente significando *vendedor*, em língua inglesa) para designar o negócio jurídico no qual há o comprometimento,

226 SALOMÃO NETO, Eduardo. op. cit., 2007, p. 270.

227 Idem, ibidem.

228 LIMA, Roberto Arruda de Souza; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. op. cit., 2007, p. 199.

229 Em que:

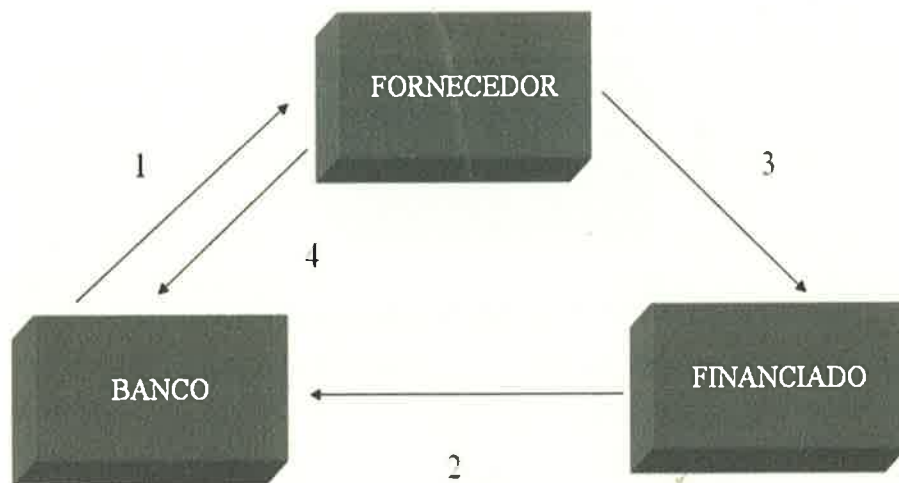
1 = Cedente desconta créditos pelos pagamentos a serem realizados, descontadas as cobranças acordadas.

2 = Descontário recebe de terceiros os créditos devidos ao descontante.

3 = Devedores pagam ao descontário, mantendo sua obrigação originária com o descontante.

de um banco perante um fornecedor de produtos ou serviços, com a abertura de crédito em favor de terceiros adquirentes desses fornecimentos, tendo em vista a finalidade de financiar essas aquisições, mediante a prestação de uma garantia fidejussória por parte do fornecedor²³⁰.

Assim, podemos visualizar sua estrutura contratual da seguinte forma²³¹:



A operação de *comprar*, por sua vez, opera-se de mesmo modo, mas a partir de outro ponto de partida: o cliente, ou o financiado, neste caso. Neste caso o cliente pode realizar suas aquisições, de produtos ou serviços, junto aos fornecedores, por meio da utilização de recursos disponibilizados em linhas de créditos. Ou seja, uma das principais vantagens consiste no fato de que os preços pelos produtos e serviços podem ser otimizados, uma vez que o cliente poderá adquiri-los à vista, ao ser contemplado com a linha de crédito pretendida. Ou seja, o financiado é o próprio comprador. O pagamento, ao banco, será realizado em data predeterminada entre as partes, acrescido dos encargos estipulados em contrato e, desse modo, o comprador consegue dilatar o prazo de sua aquisição, sem que o fornecedor esteja diretamente participando da operação.

230 GRAZIANO, Alexandre Henrique; NOGUEIRA, André Carvalho. A Operação de Vender. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (coord.). op. cit., 2006, p. 109.

231 Idem, p. 116. Em que:

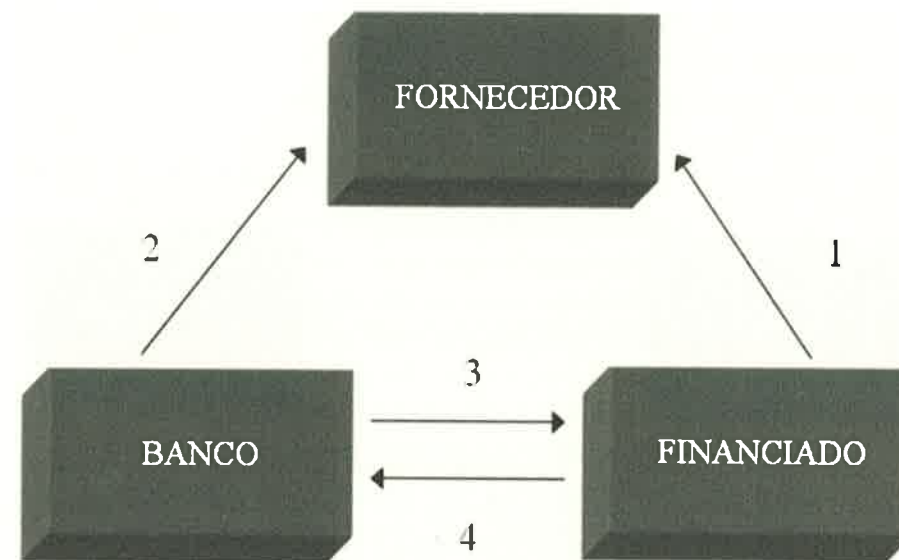
1 = Banco celebra convênio com o fornecedor;

2 = Banco celebra contrato de abertura de crédito com financiado;

3 = Fornecedor celebra contrato de compra e venda de mercadoria com financiado; e

4 = Fornecedor encaminha, em nome do financiado, solicitação de desembolso ao banco.

Contratualmente, podemos enxergar a operação do comprar da seguinte forma:



9.7.2 OPERAÇÃO ECONÔMICA DO VENDOR E COMPROR

A operação econômica de *vender* caracteriza-se pela venda dos produtos ou serviços, por parte do fornecedor, em favor do financiado, sendo que o preço da venda é pago pelo banco ao fornecedor. O financiado, por sua vez, paga o equivalente ao empréstimo ao banco, e este equaliza a operação junto ao fornecedor.

O fluxo de recursos na operação de *vender* pode ser identificado da seguinte forma²³²:

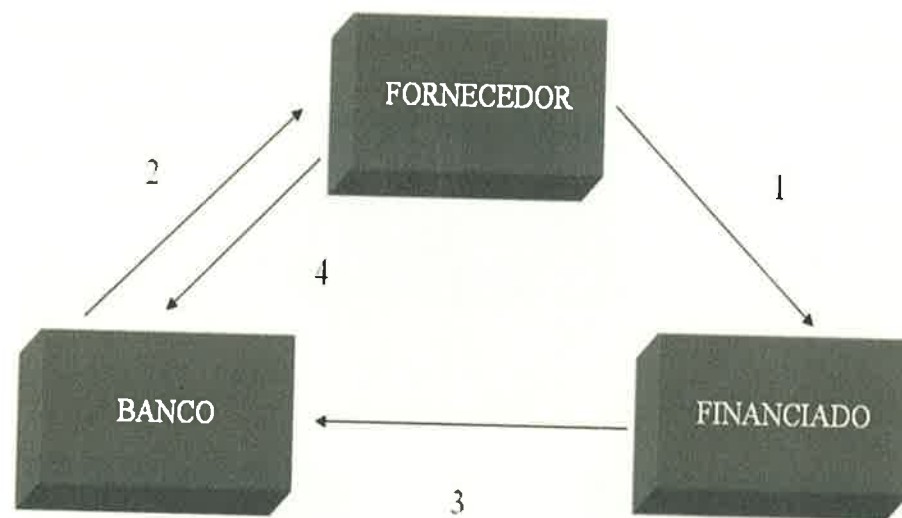
232 Quadro elaborado por GRAZIANO, Alexandre Henrique; NOGUEIRA, André Carvalho. op. cit., 2006, p. 110. Em que:

1 = Fornecedor efetua venda ao financiado;

2 = Banco entrega preço da venda ao fornecedor;

3 = Financiado paga empréstimo ao banco; e

4 = Banco e fornecedor acertam dívidas por conta da fiança e equalização de taxa.



Desse modo, a despeito de o preço advir do banco para o fornecedor, o primeiro não influencia na gestão da cobrança dos valores realizada pelo segundo. Assim, o fornecedor poderá conceder condições e preços distintos ao financiado.

O *compror*, por outro lado, tem o fluxo de recursos com uma estrutura parecida com a do *vendor*, mas sob a perspectiva do financiado ou comprador. Neste caso, o financiado ou comprador paga ao fornecedor, por meio do banco, como agente do financiamento, tendo este como retorno determinados encargos pela intermediação e o recebimento de determinada garantia (geralmente fiança). Por se tratar de um pagamento à vista, o financiado ou comprador pode minimizar seus custos negociando melhores valores sobre os produtos ou serviços que pretende adquirir, diretamente com o fornecedor.

9.7.3 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

• Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

9.7.4 NO JUDICIÁRIO

O contrato de *vendor*, por todas as peculiaridades de sua operação econômica e também de sua operação jurídica, vinha sendo interpretado no judiciário como um contrato que não se configuraria como título executivo extrajudicial. Em voto vencido no STJ, o Ministro Relator Cesar Asfor Rocha entendeu que o contrato de *vendor* poderia ser entendido como título executivo extrajudicial, se acompanhado de um título de crédito a ele vinculado (uma nota

promissória), dado o preenchimento da forma prescrita no Código de Processo Civil e aos elementos do título de crédito a ele vinculado. Ao lado desse voto, também foi vencido o voto do Ministro Barros Monteiro, em mesmo sentido. Por outro lado, os votos vencedores foram dos Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Júnior e Sálvio Figueiredo Teixeira²³³; a principal forma de argumentação, que se provou de algum modo mais eficiente no STJ, deu-se no sentido de que,

“na espécie, a empresa fornecedora celebrou com instituições financeiras convênio de financiamento bancário, na modalidade “*vendor*”, pelo qual os bancos se comprometiam a contratar financiamentos com os clientes da fornecedora, ficando esta como fiadora. A par disso, a fornecedora firmou com a compradora de seus produtos contrato de garantia de crédito, sendo então constituída mandatária com poderes para celebrar os contratos com as instituições de crédito para o financiamento bancário das operações de compra e venda, e para isso emitiu nota promissória (...). Não efetuado o pagamento das dívidas da compradora junto aos bancos, a fornecedora e fiadora honrou tais compromissos e agora está promovendo a execução do débito, que calculou sobre o valor das duplicatas, com acréscimos de taxas bancárias.

Mutatis mutandis, trata-se de modalidade de negociação que se insere nas mesmas circunstâncias que justificaram a jurisprudência sobre a inexecutabilidade do contrato de abertura de crédito. A compradora apenas firmou o contrato de garantia celebrado com a fornecedora e assinou a nota promissória correspondente. Tudo o mais está fundado em documentos criados e emitidos ou pela fornecedora ou pela instituição bancária, que aplicou os percentuais, encargos, taxas, juros e comissões praticados pelo banco financiador, sem que viessem esses cálculos acompanhados de planilha explicativa sobre os valores apurados em cada operação, uma vez que o valor da dívida não corresponde ao da fatura.”²³⁴ [grifamos] (*sic*)

Ou seja, dada a complexidade das operações que permeiam o *vendor*, a opção de solução do Judiciário, então adotada, foi de aproximar a gama complexa deste contrato à forma do contrato de abertura de crédito que, conforme vimos nesta

233 STJ REsp 439.511-PB, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha e Relator para Acórdão Ruy Rosado de Aguiar, DJ 30.06.2003.

234 Trata-se do voto-vista do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no STJ Resp 439.511-PB, DJ 30.06.2003.

unidade, não possui as características para que seja considerado título executivo extrajudicial e, assim, possa ser executado em juízo de modo mais célere e mais seguro para o credor, em casos de inadimplência do devedor.

Entretanto, sete anos depois de firmado esse entendimento, a 4ª Turma do STJ, em sessão presidida pelo Ministro João Otávio de Noronha, reconheceu que “(...) não soa correto afirmar, *a priori* e indistintamente, que os contratos do *vendor* não são títulos executivos. É necessária a análise detalhada de cada um deles para aferir a veracidade de tal afirmativa.” No caso apresentado o STJ concluiu pelo reconhecimento da exequibilidade dos contratos sob a operação do *vendor*, sobretudo pelo fato de que houve a contratação de diversas operações de crédito, em valores certos e predeterminados, correspondentes aos valores das operações mercantis anteriormente já realizadas.²³⁵

9.8 MODALIDADES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: FOPAG, ARRECADAÇÃO E FIANÇA

9.8.1 CONCEITO E OPERAÇÕES ECONÔMICAS

Outra forma de exploração do sistema bancário, para captação de recursos e, como consequência, redução do *spread* bancário, por parte das instituições financeiras, é a prestação de serviços por meio de alguns serviços tais como os de pagamento de salários (fopag) – para pessoas jurídicas públicas ou privadas –, arrecadação (sobretudo de tributos e tarifas), a fiança (cartas de fiança), cofres, contas-investimento, custódia, entre outros. Neste tópico não abarcaremos todas as modalidades de prestações de serviços possíveis, por parte das instituições financeiras, mas faremos o recorte sobre três recorrentes e basilares para o atual sistema financeiro, a dizer: as modalidades de serviços relativas ao (i) pagamento de salários, à (ii) arrecadação e à (iii) fiança.

A contratação da modalidade de prestação de serviços de (i) pagamento de salários (fopag – abreviação de *folha de pagamentos*) pode ser realizada tanto por pessoas jurídicas de direito público quanto por pessoas jurídicas de direito privado. Para os usuários, a principal vantagem na filiação, quando assim

coordenado por seu empregador, é a ausência ou mitigação de tarifas e algumas outras vantagens em serviços prestados pelos bancos. Estas contas são basicamente regulamentadas pela Resolução Bacen nº 3.402/2006, que estabelece que este serviço poderá ter como objeto a prestação de serviços de pagamento de salários, proventos, soldos, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares. Desse modo, o empresariado contrata com o banco a alocação de determinado número de usuários (seus empregados) para que recebam seus salários diretamente em conta-corrente, sem a incidência de tarifas por conta desta transferência e com isso cria a possibilidade de negociar eventuais vantagens para os usuários dessas contas.

Outra modalidade que identificamos é a prestação de serviços de (ii) arrecadação de tributos e tarifas públicas, sobretudo. Por meio de convênios, entre entes públicos e bancos, as partes estabelecem as condições para a arrecadação dos valores referentes aos tributos devidos pela comunidade. Trata-se de modalidade de serviço de coleta ou recolhimento de tributos para repasse para o ente público ao qual sejam devidos os valores.

Por fim, uma das mais importantes modalidades de prestação de serviços é a (iii) fiança bancária. Por meio desta contratação, o banco obriga-se a garantir o cumprimento de determinada obrigação assumida por seu cliente junto a um credor. Trata-se, assim, de um contrato acessório a algum outro negócio jurídico que esteja em andamento e o banco se obrigará, parcial ou totalmente, ao adimplemento das obrigações ali assumidas e garantidas pela modalidade de fiança (portanto, não todas as obrigações contratuais).

Tal carta de fiança estará resolvida com o adimplemento das obrigações principais ou com o término do prazo contratual estipulado na contratação da fiança ou no caso de incidência de quaisquer das cláusulas resolutivas estipuladas no próprio contrato. Sempre será um contrato com prazo determinado e deverá considerar as áreas de crédito e jurídica da instituição fiadora. Para o fornecimento de tal garantia, é comum que o banco exija de seu cliente alguma contragarantia, como uma nota promissória ou a caução por meio de outros títulos que tenham liquidez e certeza próprias, de modo a tornar a execução judicial ou a cobrança mais facilmente exigível.

9.8.2 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

• Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964;

235 Cf. STJResp. nº 1.190.361-MT, Relator Luis Felipe Salomão (voto vencido) e Relator para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJE 25.08.2011.”

- Resolução Bacen nº 3.792/2009;
- Resolução Bacen nº 3.334/2005;
- Resolução Bacen nº 3.849/2010.

9.8.3 NO JUDICIÁRIO

As principais discussões encontradas junto ao Judiciário sobre as modalidades de prestação de serviços por parte das instituições financeiras permeiam o tema do Direito do Consumidor. Nesse sentido, boa parte da demanda recorrente visa discutir a caracterização ou não de relações de consumo entre a instituição financeira e o usuário de seus serviços. Nesses termos, no STF, a ADIn nº 2.591–DF, confirmou que se entendeu

“não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no art. 192 da CF, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram – operações bancárias e serviços bancários –, que podem ser definidos por lei ordinária.”²³⁶

9.9 ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO (LEASING)

9.9.1 CONCEITO

O contrato de *leasing* pode ser conceituado como sendo aquele que permite a

“imediata utilização dos bens mediante o pagamento de contraprestações em quantias, prazos e condições predeterminadas, aberta sempre a opção de, ao término do prazo contratual, adquirir os bens mediante o pagamento de um preço residual, também contratualmente fixado.”²³⁷ [grifos do autor]

E, quanto à natureza jurídica, pode-se inferir que

“considera-se o *leasing* como negócio jurídico complexo, porque, associando diversos negócios, estes se formam por manifestação unitária da vontade, não se decompondo em outros contratos. O contrato pode ser classificado como consensual, porque basta a manifestação de vontade para aperfeiçoar-se; formal, porque exige a forma escrita; bilateral, porque acarreta vantagens e ônus para ambas as partes; de trato sucessivo, porque a execução se faz durante o prazo previsto ou renovado.”²³⁸

Quando ainda incipiente em seu regramento normativo, “no Direito Brasileiro, o contrato de *leasing*, sob o *nomen iuris* de ‘arrendamento mercantil’, veio a ser regulado pela Lei 6.099, de 12.09.1974 [dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências – “Lei do Arrendamento Mercantil”], que aliás visou basicamente o seu ‘tratamento tributário’ (...).”²³⁹. Inicialmente tal dispositivo fechava a possibilidade da contratação do *leasing* às pessoas jurídicas, conforme o texto do Parágrafo Único do art. 1º:

“Parágrafo único. Considera-se arrendamento mercantil a operação realizada entre pessoas jurídicas, que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária e que atendam às especificações desta.”

Tal parágrafo foi posteriormente alterado pela Lei nº 7.132/1983, abrindo, assim, a possibilidade para as pessoas naturais, passando seu texto a ter a seguinte disposição (ainda hoje vigente):

“Parágrafo único. Considera-se arrendamento mercantil, para efeitos dessa Lei, o negócio jurídico realizado entre a pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.”

O mesmo dispositivo alterador ampliou os termos do art. 9º da Lei do Arrendamento Mercantil e abriu a possibilidade para as instituições financeiras, assim autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional, operarem as contratações de arrendamento mercantil, nos seguintes termos:

236 STF ADIn nº 2.591-DF, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 04.05.2007.

237 CARNEIRO, Athos Gusmão. O Contrato de Leasing Financeiro e as Ações Revisionais. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 1, nº 2, mai.-ago. 1998. p. 11.

238 WALD, Arnoldo. op. cit., 2009, p. 369.

239 CARNEIRO, Athos Gusmão. op. cit., 1998, p. 13.

“Art. 9º. As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas, mediante quaisquer das relações previstas no art. 2º desta Lei, poderão também ser realizadas por instituições financeiras expressamente autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional, que estabelecerá as condições para a realização das operações previstas neste artigo.” [grifamos]

Por sua vez, durante a década de 1980, sobretudo, o Banco Central do Brasil – Bacen e o Conselho Monetário Nacional – CMN, passaram a regular as operações pertinentes ao arrendamento mercantil, inicialmente, para o primeiro, por meio da Resolução Bacen nº 980/1984 dentre outras circulares e resoluções acerca do tema. Posteriormente, as mesmas foram revogadas e substituídas pela Resolução Bacen nº 2.309/1996, ainda hoje em vigência, e por meio da qual os tipos de arrendamento mercantil como sendo, basicamente, o financeiro e o operacional, foram consolidados. Em 1999, o Bacen aprovou a Resolução Bacen nº 2.659/1999, cujo escopo alterou o art. 7º da Resolução anterior, passando a especificar alguns pontos acerca do contrato de arrendamento mercantil. Ao CMN, pela própria Lei do Arrendamento Mercantil, couberam as incumbências de expedir normas para (i) regular as atividades de arrendamento mercantil, inclusive excluindo e/ou limitando a prática de determinadas categorias, por pessoas naturais e jurídicas e para (ii) enumerar restritivamente os bens que não podem ser objeto de arrendamento mercantil (art. 23 da Lei nº 6.099/1974).

9.9.2 OPERAÇÃO ECONÔMICA DO ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO

De modo geral, a bibliografia do tema entende a pertinência de duas modalidades de *leasing*, a dizer, o *leasing* operacional e o arrendamento mercantil financeiro. Ao primeiro, é comumente atribuída a característica da prática operacional de expressar uma forma de locação de bens (equipamentos ou materiais), incluindo-se no instrumento contratual uma cláusula de prestação de serviços, mantendo-se ainda a previsão da opção de compra, além da possibilidade de cláusula resolutiva a qualquer tempo, respeitado o lapso inicial de noventa dias do início da vigência do contrato. Ao segundo, atribui-se uma característica de *leasing* puro e é comumente tratado como o *leasing* bancário. Para o presente estudo, enfocaremos sobre o tema do arrendamento mercantil financeiro (*leasing*).

Por meio deste contrato, “o fabricante ou importador não figuram como locadores. Há uma empresa que desempenha este papel, a cuja finalidade ela se

dedica. Ocorre a aquisição do equipamento pela empresa de *leasing*, que contrata o arrendamento com o interessado.”²⁴⁰. Trata-se de uma forma de financiamento do produto pretendido pelo usuário/consumidor, sem que, com isso, haja uma imobilização contábil do capital por parte do contratante. A função do intermediário é, usualmente, exercida pelos bancos e seu contrato deve reunir os elementos supramencionados conforme o art. 5º da Lei do Arrendamento Mercantil.

Independentemente do tipo a ser contratado, por se tratar de negócio jurídico formal, seu contrato deve conter alguns elementos específicos, nos termos do art. 7º, conforme orientado pela Resolução Bacen nº 2.659/1999, a dizer: (i) a descrição dos bens; (ii) o prazo de arrendamento; (iii) o valor das contraprestações e seus critérios de reajuste; (iv) a forma de pagamento das contraprestações; (v) as condições para exercício de renovação, devolução dos bens e aquisição dos bens arrendados; (vi) opção de compra dos bens; (vii) as despesas e encargos adicionais relativos à operacionalidade dos bens – mas também admissível para o arrendamento mercantil financeiro; (viii) as condições para a substituição dos bens; (ix) as demais responsabilidades relacionadas ao seguro, uso indevido, danos e ônus; (x) a faculdade da arrendadora de vistoriar os bens objeto do arrendamento; (xi) as obrigações da arrendatária em casos de inadimplemento, destruição, perecimento ou desaparecimento dos bens arrendados, com limite de multa de mora a 2% do valor em atraso; e (xii) faculdade de a arrendatária transferir a terceiros dentro do Brasil, mediante anuência da arrendadora, com ou sem corresponsabilidade solidária.

A operação econômica pertinente ao *leasing* pode ser caracterizada como a seguinte²⁴¹:



240 RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

241 Em que:

1 = Contrato entre arrendador e arrendatário para aquisição de bens.

2 = Aquisição dos bens pelo arrendador, em seu próprio nome.

3 = Transferência da propriedade do bem para o arrendador.

4 = Transferência da posse do bem para o arrendatário.

9.9.3 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

- Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974;
- Lei nº 7.132, de 26 de outubro de 1983;
- Resolução Bacen nº 2.309/ 1996;
- Resolução Bacen nº 2.659/1999;
- Súmula STJ nº 293.

9.9.4 NO JUDICIÁRIO

Quanto ao tema no Judiciário, cumpre-nos falar, sobretudo, sobre o pagamento do valor residual garantido (VRG), que deve ser previsto no contrato de *leasing*, permitindo ao arrendatário realizar o pagamento remanescente para a aquisição do bem, objeto do contrato. A discussão que se coloca versa sobre o pagamento antecipado do VRG, de modo que, até 2003, sobretudo, poderia ser entendido como fator para a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil para a caracterização de um contrato de compra e venda (a prazo, em regra). Até 2003, vigia a Súmula STJ nº 263, cujo texto explicitava que “[a] cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação.”

Entretanto, por meio do REsp 443.143–GO, do Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 10.09.2003²⁴², o Superior Tribunal de Justiça (STJ) cancelou a referida Súmula e estabeleceu o precedente para a interpretação de que o pagamento antecipado do VRG não implica na descaracterização do contrato de arrendamento mercantil; a partir desse precedente e de diversas outras decisões em mesmo sentido, o Superior Tribunal editou a Súmula STJ nº 293, em 05.05.2004, deixando claro que “[a] cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.”

242 STJ REsp 443.143–GO, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 10.09.2003, afirmando que “[a] Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido de o pagamento antecipado do VRG não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil (EResp 213.828/RS). Diante dessa decisão, a Segunda Seção revogou a Súmula nº 263/STJ”.

9.10 FINAME/BNDES

9.10.1 CONCEITO

O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES – foi instituído pela Lei nº 1.628/1952, em meio ao debate político sobre a economia interna e mundial e sobre os rumos que deveriam ser tomados para o desenvolvimento do Brasil. Daquele momento de sua instituição, e da primeira presidência exercida por Ary Frederico Torres²⁴³, o BNDES prosseguiu em uma história de mais continuidades do que rupturas. Sua orientação foi inicialmente para que atuasse como agente do Governo, em operações financeiras que tivessem relação com o reaparelhamento e fomento da economia nacional. Ou seja, seria um instrumento, vinculado ao Ministério da Fazenda para o desenvolvimento da indústria nacional (hoje vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior), dentro dos moldes de cada Plano Nacional de Desenvolvimento e de suas próprias Políticas Operacionais do Sistema BNDES.

Não é o enfoque deste texto a leitura histórica das escolhas tomadas pelo BNDES, em prol de determinados setores industriais, ou mesmo das orientações políticas que afetaram as decisões e modelos de financiamento que a instituição passou a adotar, portanto, passemos a olhar uma das principais formas de financiamento, simples, ágil e de grande capilaridade, hoje utilizada por diferentes setores da economia no Brasil: o Finame (a partir da Agência Especial de Financiamento Industrial – Finame).

Existem diversas formas de Finame encontradas no mercado, basicamente, todas incluídas em três grandes grupos conceituais: o (i) Finame de máquinas e equipamentos; (ii) o Finame Agrícola; e o (iii) Finame Leasing.

O (i) Finame de máquinas e equipamentos é uma modalidade de financiamento para produção e aquisição de máquinas e equipamentos novos nacionais, por meio de instituições financeiras credenciadas no sistema do BNDES. Há, atualmente, diferentes linhas de financiamento, com formatos, custos e duração próprios. Atualmente podemos identificar as seguintes linhas:

243 Gaúcho, engenheiro formado pela Escola Politécnica em São Paulo: organizador da Associação Brasileira de Cimento Portland – ABCP – e também fundador da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT –, além de ter assumido cargos de direção em outras empresas do setor elétrico e empreiteiro. Hoje em dia, dá nome ao prêmio de “destaque em tecnologia do concreto”, concedido pelo Instituto Brasileiro do Concreto.

- Financiamento para aquisição de máquinas e equipamentos nacionais novos para micro, pequenas e médias empresas, bem como financiamento específico para a aquisição de ônibus e caminhões, para essas empresas, além de apoio para transportadores autônomos de cargas;
- Financiamento para a aquisição de máquinas e equipamentos nacionais novos para médias-grandes e grandes empresas, bem como financiamento específico para a aquisição de ônibus e caminhões, para essas mesmas empresas;
- Financiamento para a produção de máquinas e equipamentos, para empresas de qualquer porte e para as que demandem condições de financiamento compatíveis com as ofertadas para concorrentes internacionais.

As modalidades do financiamento poderão ser adquiridas de três modos: (a) direto, (b) indireto ou (c) misto. A modalidade de financiamento (a) direto é realizada diretamente entre o BNDES e o financiado; o financiamento (b) indireto realiza-se por meio de uma instituição financeira credenciada no sistema do BNDES; ou a operação pode-se dar da forma (c) mista, combinando as duas anteriores.

A modalidade do (ii) Finame Agrícola tem em vista o financiamento para a aquisição de máquinas, implementos agrícolas e bens de informática e automação, desde que nacionais e novos, e na modalidade exclusiva para micro, pequenas e médias empresas agrícolas.

O (iii) Finame Leasing, por sua vez, é realizado de modo indireto, por meio de sociedades de arrendamento mercantil ou instituições financeiras que contemplem carteira de arrendamento mercantil, conforme credenciadas no Bacen e no BNDES. Todos os equipamentos arrendados nesta modalidade são empenhados em favor do BNDES, por meio do penhor dos direitos creditórios decorrentes do contrato de arrendamento. Os produtos financiáveis são máquinas e equipamentos novos, produzidos no Brasil e que estejam listados no Credenciamento de Fabricantes Informatizado (CFI) do BNDES, dentre outras exigências apresentadas pelo BNDES.

Dada a celeridade necessária para a adequação das formas, valores e modalidades de financiamento via Finame, há a necessidade da constante verificação pelos operadores financeiros e do direito das diversas Circulares emitidas pelo BNDES, trazendo novas coordenadas e orientações para as linhas de financiamento.

9.10.2 OPERAÇÃO ECONÔMICA DO FINAME

As linhas de Finame no BNDES obtêm seus recursos – utilizados para as próprias operações de crédito e para repasses interfinanceiros – a partir de alguns mecanismos, conforme mencionados no rol do art. 4º da Instrução BNDES nº 48/1998, basicamente podem ser resumidos em (i) empréstimos ou doações de entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras; (ii) recursos colocados à sua disposição pelo BNDES e outras agências financeiras da União e dos Estados; (iii) recursos mobilizados pelo BNDES nos mercados interno e externo de capitais para os fins de que trata o regulamento do Finame; (iv) rendimento proveniente de suas operações, como reembolso de capital, juros, comissões, bonificações e outros; (v) refinanciamento de títulos no Banco Central, dentro de termos e condições por ele admitidos; e (vi) aportes do Tesouro Nacional através de Obrigações Reajustáveis ou outros títulos de crédito.

O total das operações indiretas, realizadas pelas instituições financeiras credenciadas, por meio dos repasses do BNDES, nos últimos anos, tem revelado a contribuição desses mecanismos de financiamento para a economia nacional²⁴⁴:

DESEMBOLSOS DO BNDES EM OPERAÇÕES INDIRETAS (R\$)				
2006	2007	2008	2009	2010 (jan-out)
R\$ 29.195.520.887	R\$ 37.980.932.608	R\$ 48.463.473.377	R\$ 58.155.864.428	R\$ 77.954.008.704

Por meio de tais mecanismos do Finame, o usuário busca uma instituição financeira cadastrada no BNDES para negociar o financiamento pretendido, desde que dentro das limitações de objeto do Finame, e, em contrapartida, a instituição financeira faz algumas exigências formais para sua proteção (por exemplo, necessidade de que o usuário seja empresa constituída há mais de 12 meses e/ou outras garantias além da alienação fiduciária dos equipamentos) e impõe, além dos encargos financeiros pertinentes a cada modelo de contratação, uma tarifa de abertura de crédito e/ou determinada comissão, ambas calculadas sobre o valor pleiteado pelo usuário. Ou seja, ao crédito pretendido pelo financiamento, acrescem-se, basicamente, o *spread* da Agência Finame e o *spread* da instituição financeira intermediária.

244 Fonte: BNDES. Os períodos anuais correspondem aos meses de janeiro a dezembro, exceto o ano 2010, ainda não consolidado. As quantias refletem valores totais de todos os desembolsos em operações indiretas, não necessariamente restritas ao Finame.

Atendidas todas as condições, o usuário pode valer-se do financiamento, que possui condições e taxas de juros mais favoráveis do que muitas das linhas de financiamento fornecidas diretamente pelas instituições financeiras.

9.10.3 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

- Lei nº 1.628, 20 de junho de 1952;
- Lei nº 5.662, de 21 de junho de 1971;
- Decreto nº 55.275, de 22 de dezembro de 1964;
- Decreto nº 59.170, de 2 de setembro de 1966;
- Decreto-lei nº 45, de 18 de novembro de 1966;
- Circular BNDES nº 195/2006;
- Circular BNDES nº 197/2006;
- Circular BNDES nº 26/2008;
- Circular BNDES nº 101/2009;
- Circular BNDES nº 107/2009;
- Circular BNDES nº 11/2010.

9.10.4 NO JUDICIÁRIO

As discussões sobre Finame, nas instâncias superiores do Judiciário brasileiro não são em grande volume, sobretudo devido ao fato de se tratar de modalidade contratual menos complexa do ponto de vista de excussão das garantias e de mecanismo de controle de inadimplência – de algum modo, o exame de matérias fáticas em maior medida do que matérias de direito – barram a análise processual nas últimas instâncias de nosso Judiciário. Sendo assim, nos Tribunais estaduais, encontramos discussões com maior ênfase no debate sobre excesso na excussão de garantias (para além dos limites cobertos), cobrança de juros (geralmente inoportunas para os autores que pleiteiam a declaração de abusividade das taxas), protesto indevido e caracterização de contrato de abertura de crédito.

Portanto, a análise em sede judicial dos contratos do Finame dependerá de elementos factuais com mais ênfase, devendo cada caso ser analisado dentro de suas próprias condicionantes e caracterizações.

9.11 MODALIDADES DE PROGRAMAS GOVERNAMENTAIS COM RECURSOS PÚBLICOS: PROEX, PRÓ-SAÚDE, FAT, FUNPROGER, PROGER URBANO/EMPRESARIAL, FCO, FAMPE E PROAGRO

9.11.1 CONCEITO E OPERAÇÕES ECONÔMICAS

A análise das modalidades de programas governamentais cujo escopo tem em vista o fomento de atividades econômicas por meio da utilização de recursos públicos em prol do desenvolvimento de atividades privadas, mas que tenham sentido para o Estado, esbarra em uma discussão sobre o papel dos Estados na economia e sobre o tema da autorregulação dos mercados. Em linhas gerais e em termos de tipos valorativos, a velha discussão entre teorias originariamente keynesianas e schumpeterianas tomou novamente algum espaço no cenário pós-crise financeira e de mercados de 2008. Tal discussão suscita argumentos fundamentalmente no debate, não maniqueísta, sobre alguns elementos tais como a “abertura econômica, a competitividade, a inovação científica permanente, a flexibilidade organizacional e o autofinanciamento”²⁴⁵, em substituição a um modelo de Estado interventor na economia, níveis de produção de emprego, expansão de gastos públicos e maiores investimentos públicos e privados.

Em meio a essa discussão supramencionada, podemos também encontrar algumas das modalidades contemporâneas de participação indireta do Estado na atividade econômica e social do País, por meio de programas específicos, capacitados por meio de recursos públicos, tais como os seguintes: (i) Proex; (ii) pró-Saúde; (iii) FAT; (iv) Funproger; (v) Proger Urbano/Empresarial; (vi) FCO; (vii) FAMPE; e (viii) Proagro. Estes são os principais programas que ocupam a análise deste item da unidade.

Cada um dos programas, que selecionamos neste item, possui origem em distintos Ministérios do Governo e, por sua vez, diferentes enfoques, regulamentos e formas, mas a diretriz que os orienta tem muito em comum entre todos. Todos os programas possuem origem em organizações ministe-

245 FÁRIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. In: *Revista Direito GV*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2009, v. 5, n. 2, jul-dez, 2009, p. 299.

riais, mas contam também com a gestão da implementação de seus escopos, por meio de organizações civis, não diretamente ou nem mesmo vinculadas ao Estado. De modo sucinto nas próximas linhas, passaremos a explicar o percurso operacional de cada um desses programas.

(i) O Programa de Financiamento às Exportações – Proex se vale do Banco do Brasil para que atue como agente financeira e operacionalize seu programa. É vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio e tem o escopo de financiar e equalizar as exportações brasileiras, para fomentar a competitividade dos produtos brasileiros junto ao mercado internacional.

(ii) Vinculado ao Ministério da Saúde, encontramos o Programa Nacional de Reorientação da Formação Profissional em Saúde – Pró-Saúde, em parceria com diversas Secretarias, com o INEP, do Ministério da Educação e com a Organização Pan-Americana da Saúde (organismo supranacional e não vinculado diretamente ao Estado), com o intuito de atuação em áreas sociais, com o escopo de integração do ensino-serviço, visando à formação profissional, para o atendimento e prestação de serviços à população. Ou seja, seu escopo de tecnicismo, aliado ao mote desenvolvimentista da formação de profissionais, vale-se de parcerias público-privadas, por meio das organizações conforme mencionamos, com bases em recursos públicos e, eventualmente, privados.

(iii) O FAT é o Fundo de Amparo ao Trabalhador, vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego e formado a partir de recursos do PIS e do PASEP, sobretudo. Sua agenda tem como principais programas os itens de (a) seguro-desemprego; (b) abono salarial; e (c) geração de emprego e renda – Proger, nos termos dos itens (iv) e (v). Além disso, parte de seus recursos arrecadados são transferidos para o BNDES para aplicação financeira em projetos econômicos de mesmo escopo que o FAT e, com isso, o FAT tem seus mecanismos de arrecadação de recursos por meio do retorno de aplicações financeiras realizadas pela parte transferida ao BNDES e também recebe recursos de determinadas folhas de pagamento e alíquotas aplicadas sobre receitas e faturamentos de empresas privadas e públicas, da União, dos Estados e dos Municípios. Está diretamente relacionado às modalidades de programas da linha Proger. Desse modo, suas linhas de crédito são destinadas a diversos setores da economia e são orientadas anualmente de acordo com as decisões do Conselho Deliberativo do FAT, por meio da Programação Anual da Aplicação de Depósitos Especiais – PDE, incluindo-se aí investimentos em tecnologia e investimentos em infraestrutura econômica.

(iv) Trata-se do Fundo de Aval para Geração de Emprego e Renda – Funproger –, e recebe recursos de instituições financeiras oficiais federais por meio do recebimento do valor proveniente da diferença entre a aplicação da taxa média referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC e da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP na remuneração dos saldos disponíveis dos depósitos especiais do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT destinados ao Programa de Geração de Emprego e Renda – Proger, ainda não liberados aos tomadores finais dos financiamentos, nos termos da Resolução MTE nº 573/2008. Assim, o Funproger participa como avalista para auxiliar os mutuários, pessoas físicas ou jurídicas, que tomarem financiamentos junto ao Proger Urbano, complementando as garantias a serem apresentadas. Em contrapartida, o mutuário paga determinada Comissão de Concessão de Aval a incidir sobre o valor garantido em razão do prazo do financiamento.

(v) Os Programas de Geração de Emprego e Renda – Proger – possuem diversas linhas de investimento e financiamento, desde micro, pequenos, médios e grandes empreendimentos até o financiamento de capital de giro de empreendimentos, em suas modalidades urbanas e rurais (Proger Urbano/Rural). Além disso, o Proger também possui modalidade específica de fomento à exportação, focado em micro e pequenas empresas. As linhas de crédito disponibilizadas visam, sobretudo, micro e pequenas empresas, cooperativas, associações e profissionais liberais. Para a obtenção do crédito, o usuário deve consultar as diversas instituições financeiras cadastradas para a análise e liberação dos valores referentes ao financiamento pretendido.

(vi) Nos termos do art. 159, inciso I, alínea “c” da Constituição Federal, e por meio da Lei nº 7.827/1989, foram instituídos os Fundos Constitucionais, dentre eles, o Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste – FCO. Nos termos da Constituição Federal, a União deve entregar três por cento do produto da arrecadação dos impostos de renda e proventos de qualquer natureza sobre produtos industrializados (conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 55/2007). O FCO, vinculado ao Ministério da Integração Nacional, opera suas atividades por meio do Banco do Brasil e estas passaram a ter, a partir da Lei nº 10.177/2001, menores encargos financeiros e bonificação dos mutuários adimplentes. Suas linhas de financiamento têm em vista, resumidamente, dois campos, a dizer, o de infraestrutura econômica (energia, telecomunicações, transporte, abastecimento de água, produ-

ção de gás, instalação de gasodutos e escoamento sanitário) e o de comércio e serviços. De mesmo modo, conforme temos apresentado, seus beneficiários são pessoas naturais ou jurídicas, empresários, associações e cooperativas, que visem o desenvolvimento econômico na Região Centro-Oeste.

(vii) O Fundo de Aval da Micro e Pequena Empresa – FAMPE – tem como objetivo a complementação de garantias em financiamentos tomados por micro e pequenas empresas, desde que com receita bruta anual de até R\$ 2.400.000,00. Por meio do recebimento de uma Taxa de Concessão do Aval, calculada a certa taxa em razão do prazo do financiamento e do valor complementar necessário para garantir o financiamento pretendido. É operacionalizado, essencialmente, pela Caixa Econômica Federal e pelo Banco do Brasil e desde 1995 já atendeu aproximadamente 130 mil micro e pequenas empresas, além de estar garantindo aproximadamente R\$ 4,3 bilhões de créditos obtidos por essas empresas²⁴⁶. É constituído com recursos do Sebrae.

(viii) Por fim, o Proagro – Programa de Garantia da Atividade Agropecuária –, vinculado ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, criado pela Lei nº 5.969/1973, com escopo de exonerar o produtor rural, na forma que for estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional, de obrigações financeiras relativas a operações de crédito, cuja liquidação seja dificultada pela ocorrência de fenômenos naturais, pragas e doenças que atinjam bens, rebanhos e plantações, e é operacionalizado por instituições financeiras e cooperativas cadastradas. A administração do Programa é vinculada ao Bacen e pelo CMN e sua atividade técnica é regulada, sobretudo, pelo Manual de Crédito Rural, conforme estabelecido pelo Bacen e CMN.

Com isso, pudemos ter contato com diversos programas originados a partir da utilização de recursos públicos, mas descentralizados em sua operacionalização, a partir de organizações sociais indiretamente vinculadas (critério de legitimidade e segurança para a estabilização das linhas de financiamento), mas autônomas, em relação ao Estado. Suas funções são precipuamente teleológicas, principalmente se se observar o enfoque desenvolvimentista e de distribuição das atividades empresariais.

246 Cf. Agência Sebrae de Notícias. Publicado em: 22 fev. 2010. Disponível em <<http://www.agenciasebrae.com.br/noticia.kmf?canal=214&cod=9530572>>. Acesso em 13 set. 2010.

9.11.2 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

- Constituição Federal;
- Lei nº 5.969, de 11 de dezembro de 1973;
- Lei nº 7.827, de 27 setembro de 1989;
- Lei nº 9.126, de 10 de novembro de 1995;
- Lei 9.872, de 23 de novembro de 1999;
- Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001;
- Lei nº 10.184, de 12 de fevereiro de 2001;
- Medida Provisória no 2.133–29, de 28 de dezembro de 2000;
- Resolução Camex nº 35, de 22 de agosto de 2007;
- Portaria Interministerial MS/MEC nº 2.101, de 3 de novembro de 2005.

9.11.3 NO JUDICIÁRIO

Ainda menos recorrente, se comparado com outras demandas, conforme visto nos itens anteriores, as modalidades de programas que usam recursos públicos possuem menor incidência no Judiciário brasileiro. As principais discussões que se apresentam não têm os programas como alvos principais, mas o agenciamento e comissionamento das instituições financeiras como captadoras de mutuários para a utilização de créditos advindos desses programas.

Apesar da administração descentralizada, conforme iniciamos neste item da unidade, o controle e gestão dos riscos sobre esses programas são bastantes fortes, de modo que as discussões que têm aparecido visam amenizar as tarifas, taxas e comissões cobradas pelos agentes financeiros que operacionalizam os programas.

Outras demandas que podem ser localizadas nos Tribunais estaduais envolvem o tema da responsabilidade civil, por danos morais e materiais decorrentes de eventuais atrasos no repasse dos montantes para os mutuários.

9.12 CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – CCB

9.12.1 CONCEITO E OPERAÇÃO ECONÔMICA

A Cédula de Crédito Bancário (CCB), tem seu conceito jurídico definido pelo art. 26 da Lei nº 10.931/2004, definindo-o como sendo um “título de

crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.” Nesse sentido, referida lei trata a natureza jurídica da CCB como um título de crédito, e disto decorre que são aplicáveis à CCB as normas cambiais, com as disposições específicas da lei que criou a cédula. Assim, torna-se fácil notar na CCB a presença das características base das cambiais, a literalidade e a autonomia, isto é, a disciplina do direito no próprio documento e a não oponibilidade das exceções pessoais.

A utilização de cédulas para reger operações de financiamento não é novidade na legislação brasileira. Com efeito, o Direito brasileiro já convive com vários tipos cedulares, como a cédula de crédito rural (Decreto-lei nº 167/1967), a cédula de crédito industrial (Decreto-lei 413/69), a cédula de crédito à exportação (Lei nº 6.313/1975), a cédula de crédito comercial (Lei 6.840/80), e a cédula de produtor rural – CPR (Lei nº 8.929/1994 e Lei nº 11.076/2004).

Na definição de Rubia Carneiro Neves, “a cédula de crédito é uma espécie de título de crédito que se apresenta como um contrato, e como tal pode incorporar tanto o direito pessoal do crédito quanto um direito real de garantia em seu corpo, dispensando-se a escritura pública”²⁴⁷.

A diferença básica entre a CCB e as demais cédulas é que estas foram criadas para reger tipos específicos de financiamentos setoriais (rural, comercial, industrial, etc.), enquanto a CCB pode representar qualquer financiamento, independentemente do seu fim ou setor, conforme se verá adiante.

A principal característica da CCB é ser flexível e de fácil emissão. Neste sentido, opinou Salomão Neto que

“em linhas gerais, pode-se dizer que a CCB é instrumento bastante ágil e seguro de concessão de crédito. A CCB é bastante flexível em relação às regras que podem ser convencionadas no próprio título. Praticamente não há restrição alguma à liberdade das partes em convencionarem na própria CCB as disposições contratuais que melhor lhe aprouverem.”²⁴⁸

Sua origem está bastante ligada a outra operação em espécie, já estudada neste trabalho: a abertura de crédito. Uma das modalidades de concessão do crédito mais

difundidas é a abertura de crédito, pelo qual, conforme já visto, a instituição financeira concede ao tomador uma linha de crédito que vai sendo utilizada com o tempo e, conforme vai sendo paga, o tomador passa a ter novamente direito à totalidade da linha concedida. Embora muito recorrente, tal modalidade acabou sendo contestada no Judiciário nos casos de inadimplência em razão da suposta falta dos elementos que a tornassem um título executivo.

Em resumo, a alegação era de que tal contrato não era líquido, pois dependia de uma demonstração do saldo devedor que era elaborada unilateralmente pela instituição financeira. Tal alegação de não se tratar de um título executivo teve guarida na jurisprudência do STJ, culminando com a Súmula STJ nº 233: “[o] contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extratos da conta-corrente, não é título executivo”. A consequência imediata desta jurisprudência foi fazer com que milhares de operações de crédito deixassem de ser exigidas por meio do processo de execução, restando às instituições financeiras somente a via da cobrança.

Efetivamente, não poderia o sistema financeiro ficar sem um instrumento para viabilizar uma operação tão importante como a abertura de crédito. A solução veio pela via legislativa, primeiro com uma medida provisória (MP nº 1.925/1999, reeditada várias vezes até a MP nº 2.160-25/2001), depois transformada em lei pela Lei nº 10.931/2004.

A CCB constituiu-se em um instrumento capaz de dar força executiva às referidas operações, além de ser um instrumento ágil e flexível para representar uma operação de crédito. Daí porque sua grande utilização. Para não dar qualquer margem à discussão, expressou o art. 28 da lei da CCB:

“Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.”

Ressalte-se que, embora tenha surgido primordialmente para dar executividade aos contratos de abertura de crédito, a emissão da CCB não exige um contrato desta natureza; ela pode ser emitida para representar qualquer operação de crédito, seja com desembolso imediato, seja com desembolso no tempo, como a abertura de crédito.

Com efeito, sobre a criação da CCB, bem se pronunciou Valdir Filho ao dizer que

247 NEVES, Rubia Carneiro. *Cédula de Crédito, Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 8.

248 SALOMÃO NETO. Eduardo. op. cit., 2007, p. 200.

“o surgimento da CCB foi de grande relevância para o Sistema Financeiro Nacional, pois significa um mecanismo de simplificação das relações das instituições financeiras com seus clientes, de agilidade na contratação de operações de crédito, de aumento da transparência nas relações bancárias e um meio de redução dos custos envolvidos na concessão do crédito, podendo contribuir significativamente para a redução das taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras e arcadas pelos tomadores de recursos.”²⁴⁹

A CCB é constituída por alguns elementos fundamentais, a dizer, (a) as partes e (b) seus requisitos essenciais. Assim, vejamos:

a. Partes

i. Emitente

O emitente da CCB é o devedor, aquele que está recebendo o mútuo ou a linha de crédito e assumindo a obrigação de pagamento. Não existe nenhuma limitação quanto à figura do emitente, podendo ser pessoa física ou jurídica.

ii. Beneficiário

O beneficiário é o tomador, ou seja, o credor da CCB. Quanto ao beneficiário original da CCB, a lei estabelece algumas limitações.

Em primeiro lugar, o credor deve ser uma instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, isto é, ser considerado instituição financeira ou equiparada para fins do SFN. Em razão disso, uma CCB não pode ser emitida em favor de qualquer pessoa que não seja integrante do SFN. O credor original deve, portanto, estar autorizado pela regulamentação do sistema financeiro, em especial a Lei 4.595/64, a atuar na concessão de crédito.

Esta restrição, no entanto, somente aplica-se na emissão do título. Uma vez emitida em favor de pessoa autorizada, a CCB pode circular para terceiros que não tenham esta qualificação. Assim, a referida regra é uma restrição apenas no momento da criação da CCB, não havendo limitação no momento de sua execução, desde que tenha circulado nos termos legais.

A lei autoriza que a instituição credora seja nacional ou estrangeira; neste último caso, desde que a lei de regência seja brasileira e o foro no Brasil. Ainda no caso de emissão em favor de instituição domiciliada no exterior, a

CCB poderá ser emitida em moeda estrangeira. Importante notar que a lei explicita que o credor deverá ser integrante do SFN. Daí decorre que, no caso de entidades domiciliadas no exterior, será preciso que elas sejam consideradas pela lei brasileira como integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Em razão disso, para Rizzardo, a emissão será feita sempre para pessoa estabelecida no Brasil, ainda que com sede no exterior²⁵⁰.

b. Requisitos Essenciais

Os requisitos essenciais da CCB, nos termos do art. 29 da Lei 10.931/04, são:

I – a denominação “Cédula de Crédito Bancário”;

II – a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;

III – a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

IV – o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;

V – a data e o lugar de sua emissão; e

VI – a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

No mais, a CCB poderá ter em seu conteúdo os encargos previstos no art. 28 da Lei e as garantias, se existirem.

Acerca dos encargos pertinentes à CCB, o próprio art. 28 da Lei nº 10.931/2004 faz a previsão das modalidades cabíveis. Em relação aos juros, por ser a cédula necessariamente emitida em favor de instituição integrante do SFN, não se aplicam as limitações usuais para pessoas civis, não havendo limites dos juros, apenas o necessário aos patamares de não abusividade fixados em jurisprudência a ser apurado nos casos concretos. Indiscutível, portanto, a não aplicação da Lei da Usura para a CCB.

249 PEREIRA FILHO, Valdir Carlos. Cédula de Crédito Bancário, In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (coord.). op. cit., 2006, p. 280.

250 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 318.

A CCB traz também expressamente a possibilidade de capitalização de juros. Importante notar que a capitalização não é um elemento essencial da CCB, isto é, ela poderá existir se prevista expressamente no título. Se não houver previsão expressa, ficará vedada.

Quanto às garantias, à CCB são admissíveis diversas formas, a dizer:

a. Garantias Pessoais

A CCB admite garantias pessoais. Por ser título de crédito, pode ser apostado nela o aval.

b. Garantias Reais

De forma a deixar amplo o rol de bens que podem ser dados em garantia de uma CCB, a lei estipulou que ela poderia ser garantida por “bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não”. Como se vê, é aberto o leque de opções de garantia, incluindo bens futuros, legitimando a cessão fiduciária de recebíveis no caso da CCB.

Os bens dados em garantia devem ser claramente descritos ou ser acompanhados da remissão ao registro oficial competente que contenha tal descrição.

i. Penhor, Hipoteca ou Alienação Fiduciária

A CCB admite a garantia real, podendo ser penhor (CCB Pignoratícia), hipoteca (CCB Hipotecária) ou alienação fiduciária, conforme o caso e a vontade das partes.

ii. Instrumento Separado ou Cédular

Na CCB, a garantia real pode ser constituída em instrumento separado (escritura no caso de hipoteca e alienação fiduciária de imóvel) ou pode ser cédular, isto é, ser constituída na própria CCB.

iii. Bem do Devedor ou de Terceiro

O bem dado em garantia da CCB pode pertencer ao emitente ou a qualquer terceiro, desde que o garantidor manifeste expressamente sua anuência com a outorga da garantia.

iv. Reforço de Garantia

A Lei 10.931/04 prevê expressamente a obrigação, no art. 39, a possibilidade de o credor exigir a substituição ou reforço de garantia em caso de perda, deterioração ou diminuição do valor do bem dado em garantia.

Além disso, prevê também a possibilidade de o credor exigir seguro para o bem que garante a CCB.

v. Posse

A CCB faculta ao credor, no caso de penhor e alienação fiduciária, acordar que o bem dado em garantia permaneça na posse direta do emitente ou do terceiro garantidor, devendo, neste caso, apontar o local onde o bem será guardado até a liquidação.

vi. Registro

A CCB independe de registro para ter eficácia, mas a garantia real depende do registro previsto em lei para cada tipo de garantia para ter eficácia perante terceiros.

Por fim, deve-se observar que a legislação básica aplicável à CCB é a Lei 10.931/2004. De forma subsidiária, aplica-se a lei cambial, o Decreto 57.663/1966. Apenas quando houver lacuna nas citadas leis é que pode ser aplicado o Código Civil, arts. 887 a 926, que também regem os títulos de crédito.

A aplicação subsidiária da Lei Uniforme de Genebra à CCB faz com que, em relação ao endosso, aplique-se a regra geral de que, salvo disposição em contrário, o endossante garante o pagamento (art. 15 do Dec. 57.663/1966), o que significa a regra inversa à prevista no Código Civil, art. 914, pela qual o endossante não é responsável pelo pagamento.

9.12.2 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E LEGISLAÇÃO

- Lei 10.931/2004 (arts. 26 a 45);
- Decreto 57.663/1966 (Lei Uniforme de Genebra); e
- Código Civil (Parte Especial, Livro I, Título VIII – Títulos de Crédito, arts. 887 a 926).

9.12.3 NO JUDICIÁRIO

As principais questões encontradas no Judiciário brasileiro versam sobre a exequibilidade do título. Como já mencionado, a CCB é um título executivo (art. 28), acabando com qualquer discussão sobre a possibilidade de execução de contratos de abertura de crédito que sejam representados por uma cédula de crédito bancário. Esta é, sem dúvida, uma de suas principais características.

Quando a CCB representa uma operação de crédito desembolsada imediatamente, torna-se um título líquido.

Quando representa uma operação de crédito rotativo ou abertura de crédito, a liquidez necessária vem da juntada aos autos, juntamente com a via da CCB dos documentos exigidos em lei, isto é, a planilha de cálculo ou extrato de conta-corrente. A CCB será emitida pelo valor total do crédito colocado à disposição do emitente, mas sua execução será feita pelo saldo devedor, demonstrado nos termos da lei.

Para garantir a justiça do procedimento e proteger o emitente de eventuais abusos neste caso, a lei exige algumas cautelas com relação à referida planilha.

a. Planilha de Cálculo

A Lei 10.931/2004 traz requisitos rígidos para demonstração do saldo devedor, no §2º do art. 28:

“§ 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

I – os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

II – a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.”

Como podemos notar, a lei exige que o credor exequente junte aos autos o extrato de conta-corrente detalhado ou planilha que seja clara e precisa em demonstrar o valor realmente utilizado, o saldo devedor e o cálculo dos encargos previstos na CCB.

b. Pagamento em dobro

Ainda como forma de proteção do devedor, a lei estabelece no art. 28 §3º, que o credor que cobrar um valor em desacordo com a CCB, isto é, que pretender cobrar mais do que seria devido pela correta aplicação do previsto na Lei 10.931 quanto ao saldo devedor, ficará obrigado a pagar ao devedor o dobro do cobrado a maior, que poderá ser compensado na própria ação, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Isto é, o valor devido pelo credor pela cobrança indevida será compensado com o valor realmente devido na execução, podendo, ainda, incorrer o credor em perdas e danos.

c. Protesto

Como título de crédito que é, a CCB pode ser protestada, permitindo a lei especial o protesto por indicação e o protesto parcial.

Importante notar que a lei da CCB expressamente dispensa o protesto para fins de garantir o direito de cobrança contra endossantes, seus avalistas e terceiros garantidores.