

D
Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

JOSÉ ALAYON

Coordenadora Editorial:

MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente de Marketing: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Digitização e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Les groupements dans la vie économique — Arnaldo Wald 5
- Conversão de ações e relação de substituição diferenciada - Luiz Gastão Paes de Barros Leães 18
- Empréstimos ou adiantamentos a pessoas ligadas. Emissão de carta de crédito a favor de exportador estrangeiro, relacionada com importação feita por empresa de *Leasing* ligada — Renato A. Gomes de Souza 24
- As sociedades limitadas e o Projeto do Código Civil — Egberto Lacerda Teixeira .. 67
- A fraude no negócio jurídico subjacente e seus efeitos quanto ao crédito documentário — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 75
- Inexistência de “participação recíproca indireta” entre sociedades coligadas — Nelson Eizirik 83
- O moderno direito concursal — Jorge Lobo 87
- Aspectos constitucionais do sigilo bancário — Régis de Oliveira 98

ATUALIDADES

- Algumas considerações a respeito da utilização do “Trust” no direito brasileiro — Arnaldo Wald 105
- Cédula de provento rural — CPR — Novo título circulatório (Lei 8.929/94) — Paulo Salvador Frontini 121

JURISPRUDÊNCIA

- Arguição de inconstitucionalidade — Tributário — Imposto de Renda — Lei 7.713/88 — Art. 35 — Acionista — Lucro não distribuído — Inconstitucionalidade — Eduardo Salomão Neto 127

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- A sociedade unipessoal — Waldfrío Bulgarelli 142

NOTICIÁRIO

- Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli ... 143

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 144

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Association Henri Capitant; Ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM; Ex-Membro do Conselho Monetário Nacional

EDUARDO SALOMÃO NETO

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

Advogado em São Paulo

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP

JORGE LOBO

Mestre em Direito Econômico pela UFRJ; Doutor e Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ; Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Comercial da Escola da Magistratura — EMERJ e da Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro — FEMPERJ e advogado

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro

PAULO SALVADOR FRONTINI

Advogado em São Paulo; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo

RÉGIS DE OLIVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

RENATO A. GOMES DE SOUZA

Advogado em São Paulo

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito

DOCTRINA

EMPRÉSTIMOS OU ADIANTAMENTOS A PESSOAS LIGADAS

Emissão de carta de crédito a favor de exportador estrangeiro, relacionada com importação feita por empresa de "leasing" ligada

RENATO A. GOMES DE SOUZA

Advogado em São Paulo

1. Apresentação da matéria — 2. Plano de trabalho — 3. A vedação contida na Lei de Reforma Bancária — 4. A penalização pelo art. 17 da Lei dos "Crimes de Colarinho Branco" — 5. Críticas ao art. 34 da Lei 4.595/64 e ao Dec.-lei 448/69 — 6. Críticas ao art. 17 da "Lei dos Crimes de Colarinho Branco" — 7. O Anteprojeto de lei dos "Crimes de Colarinho Branco" encomendado pela Presidência da República à Comissão liderada por Bulhões Pedreira — 8. O Projeto de Lei Complementar que regulamenta o SFN — 9. A evolução legislativa, em suma — 10. Normas restritivas — sua interpretação — 11. A interpretação das normas de direito administrativo-penal (ou penal-administrativo) — 12. Espírito da Lei — 13. Empréstimos ou adiantamentos — 14. Empréstimos — 15. Adiantamentos — 16. A disciplina do crédito pelo CMN — 17. Contratos bancários — 18. Abertura de crédito — 19. Considerações práticas quanto à já "tradicional" amplitude dada à expressão "empréstimos ou adiantamentos" — 20. Cartas de crédito vinculadas à importação — 21. A legitimidade de o banco emitir carta de crédito para cobrir importações feitas por "leasing" a ele "ligada" — 22. O ambiente de excepcionalidade que sempre favoreceu as operações com empresas de "leasing" ligadas — 23. Resumo e conclusões.

1. Apresentação da matéria

1.1 O art. 34 da Lei 4.595, de 31.12.64 ("Lei de Reforma Bancária", ou, resumidamente, "Lei Bancária") veda às instituições financeiras conceder "empréstimos ou adiantamentos" a "pessoas ligadas". O art. 17 da Lei 7.492, de 16.6.86 — que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN — mais conhecida como "Lei dos Crimes de Colarinho Branco") — penaliza quem os toma, recebe ou defere.

1.2 O que se deve entender pela expressão "empréstimos ou adiantamentos", empregada nos referidos artigos?

1.3 Será que um banco pode, por exemplo, emitir carta de crédito a cobrir a importação de bens pela empresa de "leasing" (Leasing) a ele "ligada" (bens esses a serem subseqüentemente dados em arrendamento mercantil pela Leasing a clientes seus)?

2. Plano de trabalho

2.1 A matéria a analisar é bastante complexa. Para fazê-lo adequadamente, impõe-se-nos primeiro esquadriñar a legislação citada, o processo legislativo que levou a ela, a crítica acerba da doutrina a tal legislação (como um todo)

e (em particular) à pura e simples vedação aos “empréstimos ou adiantamentos” a pessoas “ligadas” (ao invés de apenas se coibirem os abusos que podem ensejar, como se pretende fazer futuramente, consoante projetos apresentados ao Congresso).

2.2 A seguir, recapitularemos as regras de hermenêutica aplicáveis, a vedarem a interpretação ampliativa que o Bacen sempre deu à expressão “empréstimos ou adiantamentos”. Por fim, mostraremos que a abertura de crédito — mormente a que precede a emissão de cartas de crédito vinculadas à importação — não se enquadra na proibição legal.

3. A vedação contida na lei de reforma bancária

3.1 Dispõe o citado art. 34 da Lei 4.595/64:

“Art. 34 — É vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos:

I — a seus diretores e membros dos conselhos consultivo ou administrativo, fiscais e semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges;

II — aos parentes, até o 2.º (segundo) 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,¹ 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;

1. Atualmente, Banco Central do Brasil (BACEN).

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 2.º (segundo) grau.

§ 1.º — A infração ao disposto no inc. 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.

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

3.2 Dispõe ainda a mesma lei:

“Art. 43 — O responsável pela instituição financeira que autorizar a concessão de empréstimo ou adiantamento vedado nesta lei, se o fato não constituir crime, ficará sujeito, sem prejuízo das sanções administrativas ou civis cabíveis, à multa igual ao dobro do valor do empréstimo ou adiantamento concedido, cujo processamento obedecerá, no que couber, ao disposto no art. 44, desta Lei.

Art. 44 — As infrações aos dispositivos desta Lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

I — advertência;

II — multa pecuniária variável;

III — suspensão do exercício de cargos;

IV — inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras;

V — cassação da autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, exceto as federais, ou privadas;

VI — detenção, nos termos do § 7.º deste artigo;

VII — reclusão, nos termos dos arts. 34 e 38, desta Lei.

§ 1.º — A pena de advertência será aplicada pela inobservância das disposições constantes da legislação em vigor, ressalvadas as sanções nela previstas, sendo cabível também nos casos de fornecimento de informações inexatas, de escrituração mantida em atraso ou processada em desacordo com as normas expedidas de conformidade com o art. 4.º, inc. XII, desta Lei.

§ 2.º — As multas serão aplicadas até 200 (duzentas) vezes o maior salário mínimo vigente no País, sempre que as instituições financeiras, por negligência ou dolo:

a) advertidas por irregularidades que tenham sido praticadas, deixarem de saná-las no prazo que lhes for assinado pelo Banco Central da República do Brasil;

b) infringirem as disposições desta Lei relativas ao capital, fundos de reserva, encaixe, recolhimentos compulsórios, taxa de fiscalização, serviços e operações, não atendimento ao disposto nos arts. 27 e 33, inclusive as vedadas nos arts. 34 (incs. II a V), 35 a 40 desta Lei, e abusos de concorrência (art. 18, § 2.º);

c) opuserem embaraço à fiscalização do Banco Central da República do Brasil.

§ 3.º — As multas cominadas neste artigo serão pagas mediante recolhimento ao Banco Central da República do Brasil, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da respectiva notificação, ressalvado o disposto no § 5.º deste artigo e serão cobradas judicialmente, com acréscimo

da mora de 1% (um por cento) ao mês, contada da data da aplicação da multa, quando não forem liquidadas naquele prazo.

§ 4.º — As penas referidas nos incs. III e IV, deste artigo, serão aplicadas quando forem verificadas infrações graves na condução dos interesses da instituição financeira ou quando da reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa".²

3.3 Pouco mais de quatro anos após a promulgação da Lei 4.595/64, foi baixado o Dec.-Lei (DL) 448, de 3.2.69, cuja ementa anunciava que "dispõe sobre a aplicação de penalidades às instituições financeiras, às sociedades e empresas integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários e aos seus agentes autônomos, e dá outras providências":

"Art. 1.º — O descumprimento de normas legais ou regulamentares pelas instituições financeiras, sociedades e empresas integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários, ou pelos seus agentes autônomos, contribuindo para gerar indisciplina ou para afetar a normalidade do mercado financeiro e de capitais, será, por decisão do Banco Central do Brasil, considerado falta grave e por ele punido com a inabilidade temporária ou permanente dos administradores ou responsáveis, independentemente da aplicação da pena de advertência e outras, capituladas nas Leis 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 4.728, de 14 de julho de 1965.

2. A Lei 6.205, de 30.4.1975, substituiu o "maior salário mínimo", quando usado como indexador, pelo "maior valor de referência" (MVR). O art. 48 da MP que instituiu o "Plano Real" fixou um novo valor máximo para as multas: R\$ 100.000.00 (cem mil reais).

Parágrafo Único — A aplicação do disposto neste artigo não exime os responsáveis de outras penas previstas na legislação em vigor.

Art. 2.º — A reincidência em falta grave, punida na forma do artigo anterior, sujeita a pessoa física ou a empresa infratora a processo sumário de cassação do registro ou da carta-patente, e conseqüente liquidação extrajudicial, no caso de instituição financeira, independentemente da observância do que dispõe o § 9.º do art. 44 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e o § 1.º do art. 4.º da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, sem prejuízo de outras sanções previstas na legislação em vigor.

Art. 3.º — Das decisões do Banco Central do Brasil, relativas às penalidades previstas nos arts. 1.º e 2.º, caberá recurso, com efeito suspensivo, no prazo de 15 dias, ao Conselho Monetário Nacional, a contar do recebimento da notificação”.³

3.4 Visando a desobstruir a pauta do Conselho Monetário Nacional (CMN), o Decreto 91.152, de 15.3.85, criou e cometeu ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) o julgamento de recursos contra (entre outras) decisões do Bacen relativas à aplicação de penalidades previstas na Lei Bancária e no DL 448/69. O Decreto foi baixado “no uso da atribuição que lhe confere o art. 81, item V, da Constituição” então vigente (correspondente, na ausência, ao art. 84, VI, da atual Carta Magna), que autoriza o Presidente da República a “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”.

3.5 Não deixa de ser curioso observar — embora a observação não tenha maior

3. Sic, na publicação oficial; entenda-se, porém: inabilitação.

importância, para a matéria objeto do presente estudo — que se tenha deslocado, por simples decreto, a competência dada por lei ao CMN, para o julgamento dos recursos em questão. Como é óbvio, os poderes genéricos do Executivo (para dispor sobre a estrutura e as atribuições dos órgãos da Administração) não chegam ao ponto de lhe permitir contrariar norma de lei que confira, ela própria, determinada competência ao órgão “a” ou “b”.

4. A penalização pelo art. 17 da Lei dos “crimes de colarinho branco”

4.1 Dispõe o art. 17 da Lei 7.492/86:

“Art. 17 — Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta Lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferir-lo a controlador, a administrador, a membro do conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o segundo grau, consangüíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo Único. Incorre na mesma pena quem:

I — em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo;

II —

4.2 A seu turno, estipula o art. 25 da mesma lei, citado no *caput* do artigo que acabamos de transcrever:

“Art. 25 — São penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (vetado)”.

5. Críticas ao art. 34 da Lei 4.595/64 e ao DL 448/69

5.1 O art. 34 da Lei de Reforma Bancária sempre suscitou muitas críticas, em doutrina — seja quanto às incertezas geradas pela expressão “empréstimos ou adiantamentos” (objeto do presente parecer), seja quanto à enunciação das “pessoas ligadas” (às quais se os vedava), seja (mais importante, ainda) quanto ao próprio fato de se coibirem tais operações. Por outro lado, Resoluções do Bacen, a pretexto de regulamentar a lei, ampliavam ainda mais o rol das operações e pessoas alcançadas pelas proibições — o que fazia as críticas redobram.

5.2 Ainda na década de 1960, Jayme Bastian Pinto verberava, com a firmeza e o conhecimento de causa de quem era consultor das autoridades monetárias já desde os tempos da Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), que antecedeu o Bacen na disciplina do mercado financeiro:

“Na França, onde se legisla com saber, propriedade e elegância jurídica, a enfadonha capitulação resumida em A, supra⁴ foi enunciada sinteticamente pela proibição de “convenções em que o administrador ou diretor está indiretamente interessado ou nas quais trata com a sociedade por interposta pessoa” (Lei de 24 de julho de 1966, art. 101), o que cobre, não só aquelas hipóteses

como também a gama infinda de arimanhas que banqueiros mal intencionados possam engendrar.

O linguajar balbuciente da Lei 4.595, embrenhado no cipoal da enumeração casuística, — vereda que os sabedores só trilham com o maior cuidado, — tornou ilegítimas operações que nada têm de condenáveis, e permitiu, sem qualquer dúvida, transações que deveriam ser vedadas, e que, conseqüentemente, só o arbítrio administrativo poderá impedir.

A despeito dessa condenação de princípio, de método e de técnica (ou de carência de técnica) sobre a redação daquela norma, é esse o direito positivo que nos rege e que será analisado neste trabalho.

3/4. Às hipóteses previstas na lei, — e que já eram desnecessariamente específicas, — acresceu a Circular n. 30 do Banco Central, de 28.3.66, as proibições seguintes:

a) à concessão de empréstimos ou adiantamentos a empresas de cujos capitais participem, preponderantemente ou ponderavelmente, pessoas, firmas, grupos ou *holdings* com semelhante influência no capital do estabelecimento, salvo a negociação de duplicatas e em montante nunca inferior⁵ a 0,5% (cinco décimos por cento) do global dos títulos descontados pela Instituição Financeira;

b) à concessão de empréstimos ou adiantamentos a empresas cuja Diretoria seja, no todo ou em parte, a mesma da Instituição Financeira, salvo a hipótese de duplicatas e na proporção indicada no inciso precedente.

Como se vê, trata-se de uma recidiva de casuística, a que estão fatalmente

4. O autor se refere à listagem dos diretores e conselheiros — e respectivos parentes, cônjuges e empresas de cujo capital tenham mais de 10%.

5. *Sic*, na publicação do texto de Bastian Pinto; entretanto, na Circular n. 30/66, do BACEN, é exatamente o oposto: “nunca superior a 0,5%”.

sujeitos os que contraíram aquela moléstia, e que seria de todo inútil se houvesse na nossa lei a referência genérica a “operações indiretas ou por interposta pessoa”.

3/5. Demais, as sanções estabelecidas na Lei 4.595, e que já eram demasiadamente sérias e numerosas, foram agravadas e estendidas pelo Dec.-lei 448, de 3.2.69, submetendo as instituições financeiras e seus administradores ao arbítrio das autoridades monetárias.

3.6. As características básicas do sistema de proibições da Lei 4.595, e dos atos que a suplementam, são, em linhas gerais, os seguintes:

a) proibição mais categórica para os bancos de concederem empréstimos aos seus diretores do que a proibição correspondente nas demais sociedades anônimas, uma vez que nestas a Assembléia Geral pode autorizar os empréstimos;

b) proibição mais ampla em relação aos bancos do que em relação às demais sociedades anônimas, — quer objetiva, quer subjetivamente, — por alcançar maior número de operações (ver n. 7 *infra*) e maior número de pessoas (cônjuges, parentes);

c) maior número de sanções mais graves pela infração daquelas proibições, do que as aplicáveis aos diretores de outras sociedades anônimas.

Essas características básicas da lei 4.595, e atos subseqüentes, constituem uma peculiaridade brasileira, que não se encontra em nenhuma das legislações de outros países que normalmente tomamos por exemplo, nos quais a matéria foi mais profundamente examinada, e que têm nela uma experiência ampla e completa. Registre-se não ocorrerem no nosso País peculiaridades que tenham sido invocadas para recomendar a adoção desse sistema excepcionalmente drástico. Ao contrário, a análise dos trabalhos legislativos sobre a “lei ban-

cária”, feito em 4 *infra*, indica nitidamente que os arts. 34, 44 e 45 da Lei 4.595, em que se configuram aquelas características, foram adotados impensadamente, sem estudos mais profundos que os justificassem”.⁶

5.3 O trecho acima transcrito integra o parecer sobre “Empréstimos a Empresa do mesmo Grupo Econômico — *Holding* — Legislação Comparada”, publicado na Revista Forense (RF), n. 231, pp. 60 a 73. Mais adiante, Bastian Pinto analisa “as origens legislativas dos arts. 34, 43 e 44 da Lei 4.595”:

“4/1. A elaboração do texto básico, relativo ao Banco Central e ao funcionamento do sistema bancário, além de ter sido assaz demorada, caracterizou-se por um número considerável de projetos e substitutivos, todos eles regulando integralmente a matéria. Tenho conhecimento do texto de 12 projetos preliminares, a saber: (...)”

5.4 O autor elenca, a seguir, os doze projetos, apresentados ao Congresso Nacional entre 1947 e 1954. Prossegue, depois:

“Bem sei que para juristas de nota os trabalhos de elaboração legislativa têm escasso ou nenhum valor, havendo quem considere que eles nem devem ser consultados. Entendem os doutos que a norma legal, uma vez promulgada, tem uma vontade e um sentido próprios, independentes da vontade que motivou o legislador ou do sentido que este lhe quis dar. Examinando-se, entretanto, os projetos supra capitulados, constata-se que, a despeito de tanto esforço é tão considerável atenção dispensada à matéria por governos e parlamentares,

6. *Sic*, no original; porém, a numeração correta dos dois últimos artigos citados é 43 e 44.

nenhum daqueles documentos propôs a adoção de um conjunto de regras tão drásticas e categóricas, apresentando características tão restritivas como as que se encontram no sistema composto pelos arts. 34, 43 e 44 da Lei 4.595 e seus aditamentos. Todos esses projetos, creio que com uma única exceção, regularam as operações vedadas aos bancos de depósitos, referindo, via de regra, as que tenham como partes o estabelecimento e seus administradores, e impunham sanções a quem infringisse aqueles preceitos. Mas, como ficou dito, nem as proibições, nem as penalidades, têm naqueles projetos o invulgar alcance que constitui peculiaridade típica da Lei 4.595; e isso quer em confronto com todos os projetos que a antecederam, quer com a legislação dos países não subdesenvolvidos juridicamente, como já disse por maior em 3/6 supra (p. 9) e direito por menor em 5 infra (pp. 18 a 31).

4/2. Onde se originam, então, as normas hoje integradas nos 3 referidos arts. da Lei 4.595? Ao que pude apurar, no levantamento dos vários projetos da lei bancária que encontrei, aquele peculiaríssimo conjunto de preceitos drasticamente restritivos e gravemente punitivos, e que hoje nos regem e nos distinguem, nessa matéria, do concerto das nações civilizadas, resultou do projeto enviado ao Congresso, em março de 1963, com Mensagem do Pres. João Goulart.

De feito, confrontando-se o projeto anexo à citada Mensagem com o texto final da Lei 4.595, constata-se que o art. 34 desta, em que se estabelece parte do que é vedado às instituições financeiras, corresponde *ipsis verbis* ao art. 28 do projeto, com o acréscimo de alguns suprimimentos ainda mais condenáveis do que o projeto em si. Desse cotejo ressalta ainda que o art. 43 da lei inspirou-se diretamente no § 2.º do art. 35 do projeto João Goulart, e que o

caput do art. 44 da lei, o qual estabelece as penas que sancionam as infrações ao art. 34 e a outros preceitos, é cópia fiel do art. 36 daquele projeto. Os vários parágrafos do art. 44 da lei, em que confusamente está dito que pena se aplica a que, é também, em grande parte, cópia de vários parágrafos do art. 36 do projeto anexo à Mensagem.

Registraremos, mais uma vez, para honra do Governo e dos Congressos anteriores a 1963 e 1964, que tais dispositivos não figuravam em nenhum dos vários projetos referidos ao número anterior.

Temos, pois, que os arts. em análise da Lei 4.595 são, antes de mais nada, um danoso legado do Governo João Goulart, perfilhado pelo Governo Castello Branco”.

5.5 No seu parecer (item 4.2, acima transcrito), Bastian Pinto indaga de onde se originam as normas do art. 34 da Lei Bancária, integrantes já do Projeto João Goulart. A fonte de inspiração do dispositivo, no entanto, é óbvia: o n. 5. do item II da Instrução n. 253 da SUMOC, de 11.10.63, que considerava “práticas infringentes da boa técnica bancária” (entre outras) “conceder empréstimos” (não acrescentava “ou adiantamentos”) a um elenco de pessoas naturais e jurídicas muito parecido (mas não exatamente igual) com o que veio a contar do art. 34 da lei em tela. “A inobservância dos preceitos de boa técnica bancária impedirá a solução favorável de qualquer processo de interesse do estabelecimento”, dizia o item III da mesma Instrução, “bem como será devidamente considerada pela Carteira de Redescontos, tanto na fixação de limites como no exame das operações propostas”.

5.6 Arnaldo Wald também critica as restrições impostas às instituições financeiras pelo art. 34 da Lei 4.595/64. A

censura vem em mais de um trabalho publicado do autor em questão — como, por exemplo, no parecer que trata “Da Validade do Contrato de Financiamento entre Sociedade de Crédito Imobiliário e Construtora Pertencentes ao mesmo Grupo Econômico” (in “Estudos e Pareceres de Direito Comercial — Problemas Comerciais e Fiscais da Empresa Contemporânea”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, pp. 94 a 112 — os destaques são do original):

“Já se afirmou que, dos 12 projetos que permitiram a elaboração da Lei de Reforma Bancária, as disposições restritivas à realização de operações bancárias com empresas vinculadas só constam da Mensagem remetida ao Congresso em 1963 pelo então Presidente João Goulart (v. RF 231/64),⁷ inexistindo qualquer elemento complementar que possa esclarecer melhor a vontade do legislador.

Ao comparar o art. 34 da Lei de Reforma Bancária com as disposições sobre a mesma matéria, constantes na Lei das Sociedades Anônimas, verificamos que os impedimentos estabelecidos em relação às instituições financeiras são mais amplos subjetiva e objetivamente do que os aplicáveis às demais sociedades comerciais em geral, quando, ao contrário, em todos os demais países, admite-se plenamente que o Banco possa atender às necessidades financeiras de sociedades pertencentes ao mesmo grupo.

16. Assim, o art. 106 da nova lei francesa sobre as sociedades comerciais (Lei 66.537, de 24.7.66) determina que:

“À peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se

faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales”.

Comentando a legislação francesa sobre a matéria, pondera o eminente comercialista Georges Ripert que a eventual interdição da empresa de negociar com os seus diretores não se aplica nas operações de rotina, quando a sociedade tem atividade bancária, pois é normal que o administrador seja cliente do Banco que administra, e a proibição não incide sobre as pessoas jurídicas, pois tais operações são normais entre sociedades (“*Traité Élémentaire de Droit Commercial*”, 2.^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 1.154, p. 461).

Deve ser assinalado, aliás, que, na França, a Lei de 4.3.43 excluiu a incidência da interdição sobre os Bancos. Posteriormente, os Decretos ns. 46-1246 e 46-1247, de 28.5.46, que modificaram a legislação na matéria, não mantiveram a exceção, mas essa foi final e definitivamente restabelecida na recente Lei de 1966, comprovando a necessidade de autorizar os Bancos a negociar com as empresas em que estão interessados os seus diretores, desde que as operações sejam normais (v. Jean Escarra, Edouard Escarra e Jean Rault, “*Les sociétés commerciales*”, t. IV, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1959, pp. 102 e ss., e, ainda, Michel de Juglart e Benjamin Ippolito, “*Cours de Droit Commercial — les sociétés commerciales depuis les Réformes de 1966, 1967 et 1968*”, 3.^a ed., vol. II, Paris, Éditions Montchrestien, 1968, p. 392).

17. Também as legislações italiana (art. 3.624 do CC e art. 38 da Lei n. 141, de 7.3.38), alemã (art. 89 da Lei

7. Wald se refere, aqui, ao parecer de Bastian Pinto, a que já aludimos.

das Sociedades Anônimas e art. 14 da Lei Bancária), inglesa (art. 190 do Companies Act) e americana (art. 103 da Lei Bancária de Nova Iorque) admitem que possa haver empréstimos a empresas vinculadas ou coligadas por parte de instituição financeira, dando, na matéria, um tratamento privilegiado aos estabelecimentos de crédito em relação às demais sociedades anônimas, que, normalmente, não devem fazer tais financiamentos.

18. Verificamos, pois, que, de acordo com os princípios gerais do Direito, inspirados na legislação estrangeira, não deve haver discriminação contra transações realizadas pelas empresas financeiras com companhias vinculadas. Ao contrário, a legislação dos países mais desenvolvidos admite que, no caso, deva haver um tratamento privilegiado para as instituições financeiras em relação às demais sociedades, pois o Banco deve ser o catalisador do grupo empresarial, sendo lógico que possa fazer com as empresas vinculadas as operações normais que realiza com terceiros”.

5.7 Como demonstra Wald, não há, nos países mais avançados, regra que imponha a vedação pura e simples a “empréstimos ou adiantamentos” a pessoas “ligadas”, sem levar em consideração as condições em que forem pactuados. Aliás, mesmo em toda a América Latina, não há um país cuja legislação abrigue norma semelhante ao referido art. 34 (conforme estudo elaborado pela Federação Latino-Americana de Bancos, referido no documento “O Setor bancário e seu aprimoramento”, que foi encaminhado ao Bacen pela Federação Nacional dos Bancos e pela Federação Brasileira das Associações de Bancos e publicado pelo “Journal do Comércio” em 9.4.79, p. 33).

5.8 Ressalte-se, desde já, que Bastian Pinto, ao fazer referência às doutrinas

alemã, italiana, francesa e americana (em trecho transcrito mais adiante, no item 10.1), procura demonstrar o abono dos autores estrangeiros à interpretação ampliada da expressão “empréstimos ou adiantamentos”. No entanto, não destaca o autor, nessa passagem, o fato de que, na realidade, o tratamento dado pela legislação desses países é diverso do que temos. No nosso caso, a norma é restritiva ao extremo — e, nesse contexto, jamais caberia interpretá-la ampliativamente (sobre o que nos alongaremos na Seção 10, do presente estudo).

5.9 Quanto ao DL 448/69, voltemos a Bastian Pinto, no mesmo parecer antes já citado:

“2. O Dec.-lei 448, de 3.2.69

12. O decreto-lei em apreço, apesar de extenso, só parece ter trazido duas modificações de importância ao sistema da Lei 4.595, naturalmente para agravá-lo nos aspectos em exame.

A primeira inovação, assaz surpreendente do ponto de vista jurídico, consiste em estender a aplicação das sanções estabelecidas na lei ao desrespeito de “normas regulamentares”, o que parece dar uma cobertura legislativa — bem duvidosa sob o aspecto constitucional — às “Resoluções” e “Circulares” das autoridades monetárias, pois que estas as consideram como sendo de natureza regulamentar.

A segunda inovação consistiu em criar-se um conceito, ou medida, enunciado como:

“O descumprimento (...) contribuindo para gerar indisciplina ou afetar a normalidade dos mercados financeiros ou de capitais...”

Como o art. 44, § 4.º, da Lei 4.595 já permitia a aplicação das mesmas penalidades, previstas para essa hipótese no Dec.-lei 448, em caso de “infra-

ções graves”, parece não ser necessário tentar fazer a análise do trecho supra-transcrito. Na verdade, o dec.-lei parecer ser mais uma advertência do que uma lei”.

5.10 Bastian Pinto tem toda razão. No que interessa à nossa análise, o DL em foco nada trouxe de novo — afora o fato de que pretendeu dar suporte legal ao Bacen para aplicar as penalidades da Lei Bancária também nos casos de infração a normas postas não na própria lei, mas sim em meros atos de hierarquia infralegal. Tal pretensão não se sustenta, todavia, em bom Direito. Toda vez que o Bacen pretender apenas uma instituição financeira com base em meras Resoluções ou Circulares (e não em lei), ela certamente terá argumentos sólidos para defender-se.

6. Críticas ao art. 17 da “Lei dos Crimes de Colarinho Branco”

6.1 Antes de nos determos especificamente quanto ao art. 17, cabe referir às críticas feitas à Lei 7.492/86, como um todo. Um breve histórico do processo legislativo que a originou explica a perplexidade de inúmeros juristas diante da aprovação às pressas de um projeto de lei repleto de falhas, sancionado meio a contragosto, enquanto o Executivo preparava um anteprojeto melhor e mais amplo,⁸ encomendado a uma comissão de juristas de altíssimo nível (que a imprensa chamava de “Comissão de Notáveis”), instituída pelo Decreto

8. O projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional dispunha apenas sobre os crimes contra o SFN, enquanto o anteprojeto do Executivo ia além disciplinando diversos outros aspectos do SFN, particularizando e detalhando o funcionamento e a organização das instituições financeiras, seu controle, responsabilidades e também o regime de liquidação forçada.

91.159, de 18.3.85. Sobre esse anteprojeto falaremos mais adiante (na Seção 7).

6.2 A atual “Lei dos Crimes de Colarinho Branco” teve origem no Projeto de Lei 273-E, apresentado à Câmara dos Deputados, em março de 1983, pelo Deputado Nilson Gibson e ali aprovado dois anos depois, em regime de urgência, com as alterações introduzidas pelo substitutivo do Deputado João Herculino — para o qual contou com a colaboração efetiva da Procuradoria-Geral da República. O projeto de lei aprovado foi então submetido ao Senado Federal, onde recebeu uma emenda substitutiva de autoria do Senador José Lins de Albuquerque (Substitutivo n. 27, de 1985), que pouca coisa modificou do projeto original, apenas lhe conferindo melhor redação, sob o aspecto de técnica legislativa. Em 24.4.86 — enquanto o Governo prorrogava por mais 60 dias o prazo para sugestões ao seu anteprojeto, que em janeiro havia sido entregue pela “Comissão de Notáveis” — o projeto de lei da Câmara foi apreciado no Senado em regime de “urgência urgentíssima” e aprovado pelo “voto simbólico” das lideranças partidárias. No mesmo dia (através de Ofício SN/164), tal substitutivo retornou à Câmara dos Deputados, onde foi aprovado em 22.5.86.

6.3 Mesmo antes da sanção presidencial, o substitutivo aprovado no Senado suscitou enorme polêmica e foi alvo de inúmeras críticas. Em artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, em 29.5.86 (p. 30), Evandro Lins e Silva externava sua surpresa diante da aprovação do referido projeto:

“A matéria é de indiscutível relevância e o seu rápido encaminhamento e deliberação no Legislativo surpreendeu a todos...”

E, mais para a frente:

“Não se compreende que, existindo um anteprojeto, mais completo e da melhor qualidade, já publicado no Diário Oficial, depois de aprovada a definição dos seus objetivos e princípios pelo senhor presidente da República, tenha sido votado pelo Congresso um outro projeto, incompleto, cheio de falhas, sem ao menos um exame daquele outro, para seu aperfeiçoamento”.

6.4 Contrastando o anteprojeto encomendado pelo Governo com o projeto aprovado pelo Congresso, Lins e Silva acrescentava:

“(…) o anteprojeto é um trabalho que merece as loas dos iniciados, no seu conjunto, e vem dar unidade e harmonia a uma legislação incompleta, dispersa e caótica. E o seu lineamento geral já teve a aprovação do Poder Executivo.

Poder-se-á dizer a mesma coisa do projeto votado no Congresso? Não, o projeto é incompleto, dispersivo, draconiano e inexecutável”.

6.5 Apesar de todas as críticas, o Presidente da República sancionou a Lei 7.492/86, com 10 vetos (nenhum deles, entretanto, relativo ao art. 17, que interessa ao presente parecer).

6.6 Manoel Pedro Pimentel (in “Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional — Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86”, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 21) salienta que o próprio Relator do projeto, na Câmara dos Deputados, João Gilberto, já havia reconhecido, ao receber o substitutivo vindo do Senado, que

“...o projeto sai imperfeito e reclamará a curto prazo nova legislação para revisar alguns de seus pontos. Infelizmente, não nos é dada mais a possibilidade de correção pelo estágio em que se encontra o processo legislativo.

Pela Constituição e os Regimentos, agora restam apenas duas alternativas para a Câmara: ou aceita a redação dada pelo Senado ou mantém a sua. Não mais pode introduzir modificação. Não pode rejeitar nenhum dispositivo ou acrescentar qualquer matéria nova.

Infelizmente, fazemos esse registro porque o Projeto suscitou debates amplos na comunidade jurídica do País e pela imprensa e muitas das contribuições e críticas apresentadas não mais podem ser resolvidas”.

6.7 Também o Presidente da República, na Mensagem n. 252, na qual expôs ao Congresso Nacional as razões do seu veto parcial, confessava estar sancionando uma lei falha e afirmava que em breve enviaria ao Congresso um novo projeto, que dispusesse melhor sobre a matéria. Nunca chegou a fazê-lo, porém. Aquele anteprojeto da referida “Comissão de Notáveis” jamais foi sequer convertido em projeto, para encaminhamento ao Congresso Nacional.

6.8 Em suma, o que temos hoje é uma lei quanto à qual se formou uma unanimidade de crítica. Só acabou votada e sancionada porque, como já salientara Hélio Gueiros, Relator do projeto no Senado, havia a respeito uma “legítima e urgente reivindicação nacional” (ainda segundo Pimentel, op. et loc. cit.).

6.9 Especificamente quanto ao art. 17, mencione-se que, se críticas já cabiam à enormidade da listagem de vedações e à ferocidade das respectivas punições, na Lei Bancária, com mais razão ainda cabem quanto ao tratamento da matéria na Lei 7.492/86 — que veio ampliar, em muito, o rol dos “empréstimos ou adiantamentos” apenados também criminalmente. Com efeito, na Lei 4.595/64, muitos já eram os casos em que se configurava um ilícito adminis-

trativo, mas crime só cometia quem os concedia (§ 1.º do art. 34) a “diretores e membros dos conselhos consultivo ou administrativo, fiscais ou semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges”; agora, comete delito também quem os toma ou recebe — e é enorme a lista das pessoas puníveis, colocadas em qualquer das pontas das operações vedadas.

6.10 Assim, também quanto ao art. 17 é pertinente a afirmação de Lins e Silva de que o projeto aprovado é “draconiano e inexecutável”. Ainda que diante de uma “legítima e urgente reivindicação nacional”, como tentava justificar o Senador Hélio Gueiros, é uma lástima que se tenha aprovado um projeto de lei que em nada aprimora a disciplina dessa matéria — muito pelo contrário, torna-a ainda pior — tanto mais quanto já existia um anteprojeto que lhe é em tudo superior, sobre o qual falaremos a seguir.

7. O anteprojeto de Lei dos “Crimes de Colarinho Branco” encomendado pela Presidência da República à comissão liderada por Bulhões Pedreira

7.1 Como dissemos, já enquanto tramitava no Legislativo o projeto do que viria a ser a Lei 7.492/86, o Executivo, preocupado com a má qualidade daquele projeto, nomeava uma comissão de juristas do mais alto nível, incumbida de elaborar um anteprojeto melhor. Compunham a comissão José Luiz Bulhões Pedreira, Alfredo Lamy Filho, Fábio Konder Comparato, Jorge Hilário Gouvêa Vieira e César Vieira de Rezende.

7.2 O trabalho da Comissão não ficou a dever às expectativas. Profundo e minucioso, tinha 326 artigos. No que respeita à matéria do presente Parecer, dizia a Exposição Justificativa, de 6.1.86

(publicada em caderno especial do jornal “Gazeta Mercantil”, em 17.1.86):

“IV-c — Negócios da Instituição Financeira com pessoas ligadas

Um fator de quebra, presente em quase todos os casos de liquidação extrajudicial, são os negócios realizados pelas instituições financeiras com pessoas a elas ligadas. Muita vez estão na origem do processo de deterioração, que precede a quebra, pois as operações que a instituição faz no interesse de controladores e administradores são freqüentemente fonte de prejuízos operacionais, cuja acumulação leva a instituição à insolvência; outras vezes surgem no processo de deterioração, se o controlador recorre a esse tipo de negócios para aumentar (aparentemente) o capital social da instituição, ou tenta realizar lucros especulativos que diminuam prejuízos acumulados; e, quase sempre, estão presentes no final do processo de deterioração, quando o empresário financeiro perde as esperanças de evitar a quebra e procura apropriar-se de parte do patrimônio da instituição.

A importância dos negócios com pessoas ligadas como fator de quebra das instituições financeiras recomenda sua estrita regulação pela lei e o aperfeiçoamento dos instrumentos de verificação do cumprimento das normas legais.

A Lei 4.595/64 proíbe toda e qualquer operação com pessoa ligada, mas a experiência revela que o regime em vigor é pouco eficiente. O anteprojeto propõe sua substituição por disciplina mais pormenorizada, com a criação de instrumentos para facilitar sua fiscalização, tanto pelos órgãos sociais quanto pela autoridade. (...)

Em nenhuma circunstância a instituição pode contratar com pessoa ligada em condições de favorecimento (art. 62), competindo ao Conselho de Administração conhecer a operação e em

cada caso sobre ela deliberar, com a responsabilidade conseqüente (art. 63).

Observadas as condições normais de contratação e de garantias, o anteprojeto não veda toda e qualquer operação com pessoas ligadas, mas proíbe algumas (art. 65) e fixa limites por operação e no conjunto de todas as operações (art. 67).

O controle da aprovação e execução dessas operações será obtido através de registros contábeis especiais e do relatório mensal da auditoria interna (arts. 68 e 69).

Essa disciplina — mais do que o regime em vigor — poderá contribuir para alcançar o objetivo de impedir que as operações com pessoas ligadas aumentem o risco de iliquidez e insolvência das instituições financeiras”.

7.3 Em suma, seguindo a orientação da melhor doutrina — e o exemplo de outros países, que procuram tratar da matéria de modo racional (e não emocional) — o elenco de vedações absolutas era muito mais restrito do que o da lei vigente; fora isso, os demais casos de negócios com “pessoas ligadas” não eram pura e simplesmente proibidos, mas sim sujeitos à regra básica de que não fossem feitos “em condições de favorecimento”; fugia-se do casuísmo criticado por Bastian Pinto (item 5.2, acima); e usava (e definia) a expressão “operações de crédito”, bem mais apropriada e genérica (de que “empréstimos ou adiantamentos” seriam meras espécies):

“CAPÍTULO III — ORGANIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS (...)

Seção V — Documentação das Operações

Operações de Crédito

Art. 47 — (...)

§ 1.º — Consideram-se operações de crédito quaisquer negócios mediante os

quais a instituição se obriga a entregar ativos financeiros, ou assume o risco de fazê-lo, adquirindo, em contrapartida, direito de crédito, tais como empréstimos ou adiantamentos de dinheiro, desconto de títulos cambiais, aberturas de crédito, seja qual for o modo de utilização, ordens de pagamento e prestação de garantias. (...)

CAPÍTULO V — NEGÓCIOS DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COM PESSOAS LIGADAS

Seção I — Disposições Gerais

Art. 59 — Somente com observância do disposto neste Capítulo pode a instituição financeira realizar negócio com pessoa a ela ligada. (art. 60). (...)

Proibição de Favorecimento

Art. 62 — É vedado à instituição financeira negociar com pessoa ligada em condições de favorecimento.

Parágrafo Único — São modalidades de favorecimento:

a) a realização de negócio que, por sua natureza, finalidade, características ou risco, a instituição não faria com outros clientes;

b) a cobrança de juros, comissões e outros encargos, ou aceitação de garantias, menores do que a instituição exigiria de outros clientes;

c) a alienação ou aquisição de bens ou serviços em condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as admitidas pela instituição em negócios com outros clientes.

Competência para deliberar.

Art. 63 — A instituição financeira somente pode realizar negócio com pessoa ligada por deliberação do conselho de administração, à vista de manifestação da diretoria instruída com a descrição da ligação existente, a análise da operação, da situação financeira e da

renda do proponente, e a avaliação do risco do crédito da instituição. (...)

Seção III — Operações de Crédito

Operações de crédito com pessoas ligadas.

Art. 64 — Considera-se realizada com pessoa ligada, além da operação de crédito (art. 47, § 1.º) com ela diretamente contratada:

I — aquela cujo beneficiário final é pessoa ligada, ainda que o contratante com a instituição financeira não o seja;

II — a contratada com pessoa ligada a outra instituição financeira, se as circunstâncias evidenciam ajuste de reciprocidade, entre duas ou mais instituições, em que cada qual concede crédito a pessoa ligada à outra;

III — a garantida pessoalmente por pessoa ligada, ou por bens do seu patrimônio, título cambiários de sua emissão, aceite, endosso ou aval, ou valores mobiliários por ela emitidos ou garantidos.

Parágrafo Único — A classificação de negócio como operação de crédito realizada com pessoa ligada terá por base sua natureza financeira e o beneficiário final do crédito concedido pela instituição, abrangendo qualquer negócio indireto, simulado, ou mediante interposição de terceiro, adotado para fraudar o disposto neste Capítulo.

Operações vedadas

Art. 65 — É vedado à instituição financeira:

I — admitir saque a descoberto de pessoa ligada, ressalvada a utilização, dentro dos limites fixados para os clientes da instituição, dos serviços de cheque especial e cartão de crédito;

II — realizar operação de crédito com sociedade que a controle (art. 11) ou com seu empresário financeiro (art. 24);

III — realizar operação de crédito com membro do seu conselho de admi-

nistração ou fiscal, diretor ou sócio-gerente, em valor que exceda de seis vezes o respectivo honorário mensal.

Parágrafo Único — O disposto no item III não se aplica a empréstimo para adquirir imóvel a ser usado como habitação própria, concedido por instituição autorizada a operar em financiamento habitacional, desde que obedeça às mesmas condições e tenha as mesmas garantias dos negócios semelhantes com os demais clientes”.

7.4 Como dissemos, o Legislativo — normalmente tão moroso — andou mais rápido do que de hábito, aprovando o projeto que lá tramitava, e o Executivo o sancionou (embora dele não gostasse) pensando porém em enviar ao Congresso, pouco depois, outro melhor, calçado no anteprojeto, acima citado, da comissão liderada por Bulhões Pedreira. Mas, isso jamais aconteceu, como já vimos.

8. O Projeto de Lei Complementar que regulamenta o SFN

8.1 O art. 192 da nova CF prescreve que lei complementar disporá sobre o SFN. Vários projetos de tal lei já foram apresentados por parlamentares. O então Deputado César Maia, Relator da Comissão Especial do Sistema Financeiro, encarregada da sua apreciação, preparou substitutivo, consolidando (com alterações) os diversos outros projetos. Entidades de classe do mercado financeiro apresentaram sugestões. O próprio Bacen também sugeriu mudanças. César Maia, eleito depois para o cargo executivo, foi substituído, na presidência da Comissão, por Gonzaga Motta (e esse, por sua vez, por Benito Gama, mais tarde). O projeto nunca chegou a ser votado, e, com o final da legislatura (em 31.1.95), foi arquivado (concomitantemente com a extinção da Comissão, temporária que era, nos termos do Regimento Interno do Congresso).

8.2 Vale a pena transcrever passagens desse projeto de lei complementar já com as alterações propostas pelo Bacen. Serve como bom indicador de como essa autarquia enfoca atualmente a matéria, *de lege ferenda*:

“Art. 6.º — Compete privativamente ao Banco Central do Brasil: (...)”

XX — expedir instruções, autorizar e fiscalizar as instituições financeiras, instituições do sistema de garantia de depósitos e aplicações e demais entidades que dependam de sua autorização para funcionar, em especial sobre: (...)

b) operações que poderão realizar entre si, inclusive de instituições sob o mesmo controle acionário; (...)

Art. 7.º — Compete, ainda, ao Banco Central do Brasil: (...)

II — expedir instruções e controlar o crédito e as operações creditícias em todas as suas formas e modalidades, inclusive empréstimos, financiamentos e demais operações em moeda estrangeira; (...)

“Art. 20 — É privativa de instituição financeira a exploração das seguintes atividades: (...)

IV — empréstimo de dinheiro a juros; e

V — desconto de créditos ou títulos de créditos, ainda que mediante aplicação somente de recursos próprios. (...)

§ 3.º — Não se incluem entre as operações ou atividades privativas de instituição financeira:

a) a compra e venda de bens e o fornecimento de serviços com pagamento a prazo ou em prestações;

b) a cessão de créditos realizada por quem não tenha a qualidade de instituição financeira;

c) as operações de crédito e a prestação de garantias entre o produtor e o fornecedor dos seus insumos; entre o comerciante o fornecedor das mercado-

rias do seu comércio; entre a empresa, seus empregados e entidades que tenham por fim beneficiá-los, ou entre estas e seus associados; entre sociedades controladoras, coligadas ou sob controle comum, não qualificadas como instituições financeiras; e, desde que sem habitualidade, entre quaisquer outras pessoas”.

“Art. 26 — É vedado à instituição financeira realizar operação de crédito ou de prestação de garantia com pessoa a ela ligada, em condições de favorecimento, como tal compreendidas:

I — a concessão de crédito que, por sua natureza, finalidade, características ou risco, a instituição não faria com outros clientes;

II — a cobrança de juros, comissões e outros encargos, ou accitação de garantias menores do que a instituição exigiria de outros clientes; e

III — a alienação ou aquisição de bens ou serviços em condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as admitidas pela instituição em negócios com outros clientes. (...)

§ 4.º — As operações de crédito com pessoas ligadas deverão observar os seguintes limites:

a) o valor das operações com cada pessoa ligada não poderá ultrapassar a 1% (um por cento) dos ativos circulante e realizável a longo prazo, nem 5% (cinco por cento) do patrimônio líquido;

b) o valor das operações com todas as pessoas ligadas não poderá ultrapassar 2,5% (dois e meio por cento) dos ativos circulante e realizável a longo prazo, nem 10% (dez por cento) do patrimônio líquido.

§ 5.º — Considera-se realizada com pessoa ligada, além da operação de crédito com ela diretamente contratada:

a) aquela cujo beneficiário final é pessoa ligada, ainda que o contratante com a instituição financeira não o seja;

b) a contratada com pessoa ligada a outra instituição financeira, se as circunstâncias evidenciam ajuste de reciprocidade, entre duas ou mais instituições, evidenciando a concessão de crédito por cada uma a pessoa ligada à outra;

c) a garantida pessoalmente por pessoa ligada, ou por bens do seu patrimônio, títulos cambiários de sua emissão, aceite, endosso ou aval, ou valores mobiliários por ela emitidos ou garantidos;

d) qualquer outra que caracterize negócio indireto, simulado ou mediante interposição de terceiro”.

“Art. 52 — As instituições financeiras públicas deverão, no prazo de 5 anos, adequar-se aos limites e vedações de que trata o art. 26 desta Lei Complementar, devendo em especial dar baixa semestralmente do equivalente a 10% (dez por cento) do saldo remanescente das operações de crédito realizadas até 30.6.93, com a pessoa jurídica de direito público que a controla, bem como de qualquer pessoa jurídica por ela, direta ou indiretamente, controlada”.

9. A Evolução Legislativa, em suma

9.1 Vimos, até aqui, os textos vigentes de lei a tratarem dos “empréstimos ou adiantamentos” a “pessoas ligadas”. Vimos as críticas à concepção básica adotada — de vedar/incriminar ampla, genérica e severamente tais operações. Vimos as tentativas — até agora frustradas, lamentavelmente — de se dar à matéria, em lei, um tratamento mais racional.

9.2 Veremos, um pouco mais à frente, a regulamentação dos textos legais citados, analisá-la-emos e faremos referência à crítica que vem sofrendo, acrescentando por vezes a nossa própria. Veremos que a atuação dos regu-

lamentadores tem ido de um polo a outro, ora ampliando ainda mais as vedações (sem ter poderes para tanto), ora sendo benevolente (ocasionalmente por considerações de conveniência ou oportunidade — que não deveriam ser levadas em conta, a rigor, ao se editarem textos meramente regulamentares).

9.3 Muito da crítica — nossa e da doutrina — tem a ver com a infelicidade da expressão legal “empréstimos ou adiantamentos” (que, como já vimos *en passant*, é substituída pela expressão — bem mais adequada — “operações de crédito”, nas várias tentativas de se alterar a legislação aplicável). É na análise da expressão “empréstimos ou adiantamentos” que nos deteremos, mais adiante, no prosseguimento do presente estudo.

9.4 Enfim, embora seja ruim o que temos hoje, *legem habemus* — e tem-se de cumpri-la. Resta ver como fazê-lo do modo mais racional possível, podendo-se os exageros da regulamentação — eis que o próprio Bacen já se deu conta de que o que temos hoje não é bom (como se vê da sua contribuição ao Projeto César Maia — Seção 8, acima).

9.5 Percebe-se que parte do que o Bacen exige, hoje, exige a contragosto, eis que não lhe resta senão dar cumprimento à lei, ainda que com a sua orientação básica muitas vezes não concorde. Cabe verificar se, na estrita interpretação da lei, não seria possível retirar, do rol das vedações que a fiscalização bancária imagina existentes, parte do que nesse rol não deveria estar — parte essa que se possa demonstrar, com alívio, que na verdade não cabe no conceito de “empréstimos ou adiantamentos” (embora nele tenha sido inserida, erroneamente, até aqui).

9.6 Referir-nos-emos, ainda, ao pouco que se dá a conhecer das decisões

administrativas do Bacen e do CRSFN, sobre o conceito de “empréstimos ou adiantamentos”.

10. Normas restritivas — sua interpretação

10.1 Naquele seu parecer, já referido, diz Bastian Pinto (sublinhamos):

“7. O conceito de “empréstimos ou adiantamentos”

7/1 O art. 34 cogita da concessão de “empréstimos ou adiantamentos”. O uso dessas duas expressões, simultaneamente, não obedece à melhor técnica. No Banco Central é dito que *essa reiteração visa abranger toda a gama de créditos que possam ser feitos aos diretores, conselheiros, seus cônjuges e parentes, inclusive o crédito por aceite. Não se pode negar que uma interpretação ampliativa das operações alcançadas pela proibição encontraria abono nos pronunciamentos da doutrina*, ao examinar o problema sob os aspectos penal, societário e bancário. Pronunciam-se nesse sentido, entre outros: 1) No Brasil, Magalhães Noronha, “Direito Penal”, cit., 2.ª vol., p. 545, e Miranda Valverde, “Sociedade por Ações”, n. 628; 2) Os autores alemães em geral, como Von Godin-Wilhelmi, ob. cit., p. 342; Gadow, ob. cit., p. 521; Baumbach-Weck, ob. cit., p. 274; 3) Na Itália, Carlos Folco, ob. cit., n. 295, p. 231, que se refere a “obbligazioni di qualsiasi natura”, ao tratar especificamente no seu aspecto bancário; 4) a lei francesa, quer a anterior, que a atual, refere “emprunts” e “découvert en compte courant ou autrement”; analisando-a, diz Rault (ob. cit., n. 1426, p. 101) que “a raison de la généralité des termes employés, tous les prêts tombent sous le coupe de la prohibition”; 5) A lei bancária de New York (art. 103, inc. 8) autoriza o superintendente de bancos a definir, em regula-

mento, o que deve ser considerado empréstimo a diretor ou a “executive officer”; 6) Na Alemanha, atos suplementares ao supracitado “Kreditwesengesetz” definiram o que deve ser considerado empréstimo para esse fim (“Bekanntmachung der Bankaufsichts behorden” de setembro de 1952, arts. 17 e ss.), de forma assaz genérica.

7/2 Em face de manifestações tão uniformes da doutrina seria difícil fazer prevalecer uma interpretação mais liberal do que a já adotada, em pronunciamentos verbais, pelo Banco Central. Mas observe-se, como faz o supracitado Rault, pouco após o período transcrito no número anterior, que a proibição de concessão de empréstimos não impede que o diretor ou as pessoas físicas ou jurídicas de que tratamos os incs. III, IV e V do art. 34 — isto é, as que sejam acionistas do Banco, e as de que o banco ou seus diretores sejam acionistas — possam tornar-se devedoras à sociedade, desde que a origem do débito não seja “empréstimo ou adiantamento”, mas outra operação lícita. Assim, por exemplo, se um Banco Comercial vender legitimamente um imóvel a uma sociedade que detenha mais do que 10% do seu capital, ou a um Banco de Investimentos de cujo capital ele participe em mais do que 10%, não é necessário que a operação se faça à vista, sendo legítimo que subsista um débito, resultante da operação referida. É nesse sentido a pronunciada doutrina, e, a que eu saiba, o Banco Central jamais se manifestou em sentido diverso”.

10.2 No trecho sublinhado, diz o autor que a interpretação da expressão “empréstimos ou adiantamentos” tem de ser *ampliativa*. desfrutando do privilégio de conhecer de perto Bastian Pinto, nele sempre admiramos, entre muitos outros méritos, o de procurar ser muito preciso no emprego das palavras. Mas, nessa passagem, não foi feliz o ilustre jurista.

A interpretação, no caso, não pode ser *ampliativa*. Tudo o que puder compreender-se dentro dos limites da expressão citada, nela de fato se tem de considerar contido; mas nada além disso; para além dessas fronteiras, nada; a compreensão do que a lei pretende vedar não pode ser ampliada, estendida, elástica de após desses limites.

10.3 Tanto que se refere ao art. 34 da Lei Bancária quanto no que tange ao art. 17 da Lei dos “Crimes de Colarinho Branco”, na busca de dar ao texto legal uma interpretação correta, deve o jurista esforçar-se por perquirir tudo aquilo que possa caber dentro do conceito de “empréstimos ou adiantamentos” — sem desbordá-lo, porém; deve o intérprete estender o vocábulo até imediatamente antes do seu ponto de ruptura — sem nunca transpô-lo, todavia. Descabe uma interpretação *ampliativa*, extensiva.

10.4 Aliás, Bastian Pinto diz que essa “interpretação ampliativa”, no caso, “encontraria abono nos pronunciamentos da doutrina”. Quanto aos autores estrangeiros citados, v. o que dissemos em 5.8, acima. Quanto aos nacionais, Bastian Pinto cita apenas Magalhães Noronha (no campo criminal) e Miranda Valverde (no societário). Entretanto, na nossa leitura dos trechos mencionados, dos dois autores, não encontramos o respaldo pretendido por Bastian Pinto. Confirmamos, começando por Magalhães Noronha (mas antes transcrevendo o dispositivo do Código Penal por ele comentado):

“CAPÍTULO VI

DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES

Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações

Art. 177 — Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou

à assembléia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1.º — Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular:

I — (...)

II — (...)

III — o diretor ou o gerente que toma *empréstimo* à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral; (...)” (sublinhamos “empréstimo”).

10.5 Comenta Magalhães Noronha, então (op. et loc. cit. por Bastian Pinto):

“671 — EMPRÉSTIMO OU USO INDEVIDO DE BENS OU HAVERES DA SOCIEDADE POR AÇÕES. Pessoa jurídica que é, a sociedade por ações tem patrimônio próprio, distinto do de seus sócios. Na administração, não podem eles, pois, usar, em interesse seu ou de terceiros, esse patrimônio que não lhes pertence, e que somente deve servir às finalidades da sociedade.

A primeira ação incriminada é *tomar empréstimo*: “o diretor ou gerente que toma empréstimo...”. Agente do crime é, pois, uma dessas pessoas, e só elas, o que não importa, como é óbvio, a co-participação de outras. *Empréstimo* diz o legislador, usando expressão genérica, designativa de contrato pelo qual alguém entrega objeto, que deve ser restituído depois em espécie ou em gênero”.

10.6 Ora, Magalhães Noronha não abona aquela “interpretação ampliativa” de que fala Bastian Pinto. Apenas diz que “empréstimo” é uma “expressão

genérica, designativa de contrato pelo qual alguém entrega objeto, que deve ser restituído depois em espécie ou em gênero". Nada a reparar. Empréstimo é mesmo isso, uma "expressão genérica", de que as espécies são o *comodato* e o *mútuo* (em que a restituição da coisa emprestada se faz depois, como diz ele, em espécie ou em gênero, respectivamente). Nada disso tem qualquer coisa a ver com um suposto referendo à validade de se fazer, no caso, uma "interpretação ampliativa".

10.7 Prossigamos na verificação do que diz Bastian Pinto, passando à sua citação de Miranda Valverde (antes reproduzindo, porém, o dispositivo da antiga Lei das Sociedades Anônimas — LSA, DL 2.627, de 26.9.40 — a que ele irá referir-se):

"Art. 119 — Os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade. Não lhes será, igualmente, lícito hipotecar, empenhar ou alienar bens sociais, sem expressa autorização dos estatutos ou da assembléia geral, salvo se esses atos ou operações constituírem objeto da sociedade.

Parágrafo Único — É também defeso aos diretores tomar empréstimos à sociedade, sem prévia autorização da assembléia geral".

10.8 Diz Miranda Valverde, então (op. et loc. cit. por Bastian Pinto, os destaques são nossos):

"628. Com o intuito de pôr termo a abusos, que se verificavam, comumente, na administração das companhias, proíbe a lei que o diretor tome *empréstimos* à sociedade, sem prévia autorização da assembléia geral. Os próprios estatutos não podem dispor sobre a matéria. A assembléia geral compete, de cada vez, autorizar a operação, fixando-lhe as condições.

Mesmo das sociedades bancárias, não será lícito ao seu diretor, sem aquela prévia formalidade, tomar *empréstimos*. Os estatutos das sociedades estrangeiras desse gênero de comércio proibem, expressamente, toda e qualquer operação do diretor com a sociedade.

Note-se que o termo empréstimo está no sentido genérico, abrangendo, pois, o *comodato* e toda e qualquer modalidade do *mútuo*".

10.9 Também Valverde não dá apoio para Bastian Pinto dizer, portanto, que, na Lei Bancária, "empréstimos ou adiantamentos" é expressão de ser interpretada ampliativamente. Além de assinalar (como também Magalhães Noronha) que "empréstimo" é um termo genérico (a comportar o comodato e o mútuo), a única coisa mais que diz Valverde é que "mútuo" compreende "tota e qualquer" das suas modalidades. Quais seriam todas essas "modalidades"? Sobre isso falaremos mais adiante. Frise-se, por ora, que nada em Valverde autoriza a que se lhe impute o intuito de ampliar, estender, o significado da palavra "mútuo". "Mútuo", para ele, é simplesmente tudo aquilo que mútuo for, sem nada subtrair — mas também sem nada acrescentar. Tudo o que caiba no significado do termo, enfim, por compreensão — mas sem nenhuma extensão para além dele.

10.10 A razão, nessa matéria, está com Arnaldo Wald (no estudo citado no item 5.5, acima). Ao revés do que fazemos nós, neste trabalho, Wald analisava as vedações a "empréstimos ou adiantamentos" a "pessoas ligadas" pelo seu lado subjetivo (i.e., quais as pessoas que não podiam recebê-los), e não pelo seu lado objetivo (que operações constituem "empréstimos ou adiantamentos"). Isso não importa, porém. A lição do mestre é pertinente, de igual modo:

“7. Examinando o referido artigo, verificamos que estabeleceu restrições de caráter casuístico, mediante uma enumeração de impedimentos que é de caráter taxativo, e não exemplificativo, de tal modo que só estão vedadas as operações definidas na mencionada norma, e não quaisquer outras, mesmo se tiverem qualquer analogia com as que tenham sido legalmente vedadas.

.....

11. A norma contida no art. 34 não admite, por outro lado, qualquer interpretação analógica, pois ela restringe direitos e constitui exceção em relação ao princípio geral da plena liberdade de convenção. Na realidade, as instituições financeiras podem transacionar sem qualquer restrição, a não ser as legalmente estabelecidas. A norma que impõe, pois, uma limitação à liberdade de comércio se caracteriza como sendo restritiva de direitos.

12. É manso e pacífico que as normas restritivas de direito não podem ser interpretadas ampliativa ou analogicamente. Assim, o art. 6.º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil preceituava que:

“A Lei que abre exceção a regras gerais ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”.

13. Embora a atual Lei de Introdução não tenha mantido, por razões de ordem técnica, a disposição anteriormente constante no art. 6.º, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que continua a constituir um verdadeiro princípio geral do Direito, conforme se verifica pela lição de Serpa Lopes (Curso de Direito Civil, 4.ª ed., Rio, ed. Freitas Bastos, 1962, p. 180, n. 97), Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil), 8.ª ed., Parte Geral, São Paulo, ed. Saraiva, 1971, p. 39) e Arnoldo Wald (Curso de Direito Civil Brasileiro, 3.ª ed., Parte Geral, São Paulo, ed. Sugestões Literárias, 1971, p. 101).

Para todos os autores que tratam da matéria, impõe-se a regra de hermenêutica de acordo com a qual:

“Todas as leis excepcionais ou especiais devem ser interpretadas restritivamente”.

A jurisprudência também é incontestável a este respeito, conforme se verifica pelos diversos acórdãos dos tribunais do País, invocados neste sentido por Alípio Silveira (Hermenêutica no Direito Brasileiro, vol. I, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1968, pp. 237 a 239), que transcreve, inclusive, importante voto de Orosímbo Nonato, cuja conclusão é a seguinte:

“Assim, a exceção aberta a qualquer preceito deve ser entendida rigorosamente, isto é, estritamente com o mínimo de domínio, com existência tão diminuída que possa, exceção que é, ferir o princípio geral — que, neste caso, é a garantia — assim conciliando-se os textos” (Acórdão do STF no recurso extraordinário n. 4.953, in RF 96/298).

14. O caráter excepcional da norma não oferece margem a qualquer dúvida. Efetivamente, a doutrina, ao elaborar a teoria do Direito singular (*ius singulare*) em oposição ao direito geral ou comum (*ius commune*), atende a critérios qualitativos e quantitativos. Tanto é excepcional ou singular a norma que contraria o espírito da legislação vigente (excepcionalidade qualitativa) como aquela que se aplica expressamente a um número de casos menor do que aquele abrangido pela norma contrária (excepcionalidade quantitativa).

Assim sendo, ao compararmos a ampla liberdade de contratar, geralmente assegurada às instituições financeiras, com as restrições subjetivas contidas no art. 34, concluímos que este último constitui, evidentemente, uma norma de caráter excepcional, que não admite interpretação analógica.

15. A interpretação histórica e sistemática do texto legislativo leva-nos à mesma conclusão.

Já se afirmou⁹ que, dos 12 projetos que permitiram a elaboração da Lei de Reforma Bancária, as disposições restritivas à realização de operações bancárias com empresas vinculadas só constam da Mensagem remetida ao Congresso de 1963 pelo então Presidente João Goulart (v. RF 231/64), inexistindo qualquer elemento complementar que possa esclarecer melhor a vontade do legislador.

Ao comparar o art. 34 da Lei de Reforma Bancária com as disposições sobre a mesma matéria, constantes na Lei das Sociedades Anônimas, verificamos que os impedimentos estabelecidos em relação às instituições financeiras são mais amplos subjetiva e objetivamente do que os aplicáveis às demais sociedades comerciais em geral, quando, ao contrário, em todos os demais países, admite-se plenamente que o Banco possa atender às necessidades financeiras de sociedades pertencentes ao mesmo grupo¹⁰.

10.11 Wald sustenta, portanto, que o art. 34 da Lei Bancária tem de ser interpretado restritivamente — o que vem a ser o extremo oposto à posição de Bastian Pinto (para quem teria de sê-lo ampliativamente, como vimos). Wald se refere à regra de hermenêutica consoante a qual “todas as leis excepcionais ou especiais devem ser interpretadas restritivamente” — a que se costuma referir, quando tais leis excepcionais ou especiais estabelecem alguma proibição, citando o brocardo latino “odiosa restringenda” (a que por vezes se contrapõe que “benigna amplianda”, quan-

9. Esse parágrafo e o seguinte já havíamos transcrito antes, mas repetimo-los, aqui, para não interromper o raciocínio do autor antes do seu final.

do, ao contrário, aquelas leis excepcionais ou especiais são benéficas aos seus destinatários).

10.12 Nesse parecer, o que Wald analisa é o lado subjetivo das vedações da lei bancária a “empréstimos ou adiantamentos” — i.e., se se pode incluir ou não, na listagem das “pessoas ligadas”, alguma a mais do que as arroladas na própria lei. Tem toda razão o mestre. Com efeito, não seria mesmo de conceber-se que, tendo a lei tido o trabalho de compor uma longa lista, casuísta, de “pessoas ligadas”, ainda pudesse a autoridade pretender incluir mais pessoas no rol. Sem dúvida, impõe-se a interpretação estrita.

10.13 Mais complexa é a situação, todavia, quando se passa ao lado objetivo da norma — ou seja, quais são as operações que se compreendem na expressão “empréstimos ou adiantamentos”. Aqui, ao contrário do que se passou no lado subjetivo, a lei foi sucinta. Mesmo assim, porém, impõe-se interpretá-la estritamente. Pode o CMN baixar normas para coibir outros tipos de operações bancárias que considere inadequados quando celebrados com pessoas “ligadas”. Mas não pode aplicar as penalidades da Lei Bancária à infração dessas normas que baixar (voltaremos a isso na Seção 16, mais adiante).

11. A interpretação das normas de direito administrativo-penal (ou penal-administrativo)

11.1 Outra linha de argumentação (a condenar as tentativas de se interpretar ampliativamente, ou analogicamente, a lista de tipos de “empréstimos ou adiantamentos” vedados quando os beneficiários sejam “empresas ligadas”) tem como ponto de partida a constatação de que estamos diante de normas de Direi-

to Administrativo-Penal (ou Penal-Administrativo, como preferem outros autores) — e, em matéria penal, vigoram os princípios da reserva legal (só é ilícito o que a lei define) e da tipicidade fechada (só se pune o que se enquadra, com exatidão, no tipo legal).

11.2 Em vários ramos do Direito, a lei condena certas condutas. A infração a tais normas constitui um ilícito — civil, penal, administrativo (consoante o ramo em questão da ciência jurídica). Às vezes, a mesma conduta constitui ilícito civil e penal, simultaneamente, ou administrativo e penal; outras vezes, o ilícito fica só na esfera civil (ou administrativa), mas não na criminal.

11.3 Os princípios do Direito Penal citados em 11.1 se aplicam, subsidiariamente, quanto às normas que prescrevem a infligção de penas por órgãos administrativos (seja ou não a mesma conduta sancionada também criminalmente). Os próprios tribunais administrativos o reconhecem. Vejamos, por exemplo, o que decidiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) — num caso ainda regido pela lei antitruste anterior à atual — segundo José Inácio Gonzaga Franceschini e José Vicente de Azevedo Franceschini (“Poder Econômico: Exercício e Abuso — Direito Antitruste Brasileiro”, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, pp. 32-33):

“Lei Antitruste — Natureza penal reconhecida — Aplicação do princípio da reserva legal — Inadmissibilidade de interpretação analógica.

— A lei que reprime o abuso do poder econômico é de natureza penal. Assim, prevalece na matéria o princípio da reserva legal, a interpretação estrita e o repúdio à analogia”.

— Do voto do Conselheiro-Relator Gratuliano Brito:

“2 — O Princípio da Legalidade: A Lei que reprime o abuso do poder econômico é de natureza penal. (...)

Incensurável, portanto, firmar a regra de que: “Não há delito de abuso de poder econômico sem lei anterior que o defina”.

É o princípio da legalidade ou da reserva legal, em tudo e por tudo cabível, quando se esteja nos domínios do direito penal econômico. (...)

A premissa conduz à conclusão de que a interpretação da parte substantiva da Lei 4.137, de 10.9.62, é de ser estrita, de vez que estritamente devem ser interpretadas não só aquelas disposições que restringem a liberdade humana, mas também aquelas que afetam a propriedade, em termos de repressão.

Como ensina Carlos Maximiliano, cuidando do tema, “a exegese deve ser criteriosa, discreta, prudente. Estrita, porém não restritiva. Deve dar precisamente o que o texto exprime, porém tudo o que no mesmo se compreende: nada mais, nem nada menos. Em uma palavra, será — declarativa na acepção moderna do vocábulo (in “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 1951, p. 280). (...)”

E, como demonstrado, há de prevalecer na matéria o princípio da reserva legal, a interpretação estrita, o repúdio à analogia, com a consequência de que, tratando-se de norma penal, “não se permite estendê-la, por analogia ou paridade, para qualificar faltas reprimíveis ou lhes aplicar penas: não se conclui por indução, de uma espécie criminal estabelecida para outra não expressa, embora ao juiz pareça ocorrer na segunda hipótese a mesma razão de punir verificada na primeira” (in “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Carlos Maximiliano, 1951, p. 386).”

11.4 Encadeado com o da reserva legal, a que alude o julgado acima referido, em matéria de interpretação de

normas penais impõe-se outro princípio consagrado, o da tipicidade — consoante o qual só é punível a conduta que coincide, com toda a precisão, com o tipo previsto na lei.

11.5 Para não dar a impressão de estarmos a apresentar apenas um dos lados da questão, impõe-se registrar que há autores a sustentar que a lei antitruste — já que foi a ela que vimos de aludir — seria administrativa, e não penal, e que então não se lhe aplicariam (não com o mesmo rigor, ao menos) os princípios do Direito Criminal (como o da tipicidade). O raciocínio se equivoca já no ponto de partida: não é toda a lei, são os dispositivos dela a punir determinadas condutas que são normas penais. No entanto, essa corrente de pensamento chegou a influenciar uma decisão do CADE — um caso isolado, aparentemente. Foi no despacho de Feres Nader, Conselheiro-Relator do Processo 20.402/80, de 7.10.80 — mencionado por Franceschini (op. cit., p. 20) — cuja ementa diz (o voto do Relator não fundamenta o seu ponto de vista doutrinário):

“Lei antitruste — Natureza jurídica — Reconhecimento de natureza administrativa, e não penal, da lei 4.137, de 1962.

A Lei 4.137, de 1962, é de ordem administrativa. Assim, as figuras ilícitas nela contempladas, embora taxativas, não contêm tipicidade penal”.

11.6 Já para outros autores, no Direito Penal Econômico a lei pode utilizar “conceitos juridicamente indeterminados” (“de conteúdo e extensão em larga medida incertos”), pode valer-se de meros “*standards* jurídicos” (como se faz no Direito anglo-saxão, mesmo em outros ramos da ciência jurídica, cabendo aos tribunais “construir” o que, da conduta dos jurisdicionados, se en-

quadra nos padrões legais). Para esses autores, cabe promover, no caso, a “integração” das “normas penais em branco”. Com isso, fugir-se-ia de “formalismo clássico”. Todos esses conceitos são bem abordados, por exemplo, por José Alexandre Tavares Guerreiro em “Formas de Abuso de Poder Econômico” (Revista de Direito Mercantil — RDM — nova série, n. 66, abr.-jun./1987, pp. 41 e ss.) — a que pouco depois Hugo Maurício Silgemann opôs “fundas restrições” (*sic*, em “Abuso de Poder Econômico e o Princípio da Tipicidade”, in Direito Econômico, Revista do CADE, nova fase, n. 5 — jul.-dez./1988).

11.7 Essa discussão é apaixonante, mas a ela não precisamos — nem devemos — dedicar-nos aqui. Caberia fazê-lo, neste estudo, se a lei bancária se cingisse a estabelecer um *standard* (v.g., algo como “é vedado aos bancos utilizar os seus recursos em benefício de pessoas ligadas”); nesse caso, caberia perquirir quais seriam as “figuras-meio” pelas quais se violaria o padrão legal. Ou então, caberia entrar naquela discussão, ainda, se a lei tivesse apenas uma “norma em branco” (v.g., “é vedado aos bancos realizar operações de crédito com pessoas ligadas” — sem defini-las, deixando a tarefa à autoridade ou aos órgãos judicantes). Mas não é isso que se passa, no caso, como veremos na seção seguinte.

11.8 Convém aduzir que Tavares Guerreiro, apesar de apologista dos *standards* jurídicos e das normas em branco e sua integração posterior, critica “o arbítrio administrativo na apreciação das irregularidades” e reconhece que “proscritos estão os métodos analógicos na hermenêutica do direito penal econômico, no que diz respeito à imposição de penalidades administrativas” (op. cit., p. 46), acrescentando:

“Nesse sentido é o valioso Parecer do Prof. José Frederico Marques, Parecer esse tão rico na colocação da doutrina de terceiros quanto na formulação das conclusões do próprio jurista paulista, ao assentar que: “no direito penal econômico, é postulado tranqüilo o de que as infrações ali previstas estão subordinadas, também, ao princípio do direito penal liberal, de que não há crime sem prévia definição legal, ou seja, o princípio da tipicidade; não há infração penal sem prévia descrição típica” ...

18. Adite-se isso pertinente observação de Alberto Venâncio Filho, em obra extraordinária cuja reedição se postula (A Intervenção do Estado no Domínio Econômico, Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1968) segundo a qual a enumeração de tipos, pelo art. 2.º da Lei 4.137, é evidentemente taxativa e abrange todas as formas de abuso do poder econômico para as quais a lei comina sanções, uma vez que foi, prudentemente, excluído qualquer critério de assemelhação, como previsto no projeto do Poder Executivo de 1961, que considerava ainda abuso do poder econômico qualquer ato semelhante aos mencionados no texto da lei e que objetivasse as conseqüências nela previstas (p. 297)”.

11.9 Seria ótimo, é claro, poder citar decisões a refletir a posição do próprio CRSFN, a respeito. Entretanto, como exporemos mais adiante, o sigilo que cerca tais decisões impede uma percepção nítida do que pensa aquele tribunal administrativo.

12. “Espírito da Lei”

12.1 Diz a doutrina que o intérprete, diante de um texto legal, deve procurar determinar o “espírito da lei”, não necessariamente se atendo à sua letra. Isso é dito recorrendo-se, por vezes, a outras expressões, tais como o sentido

da lei, o seu alcance, a sua razão, a sua vontade; recorrem amiúde ao latim: o exegeta deve perquirir a *mens legis*.

12.2 Ao assim prelecionarem, alertam os doutores que o que se deve buscar é o espírito da lei, e não o do legislador. Se o legislador quis dizer uma coisa, mas disse outra, paciência. Prevalece o que disse, não o que pretendeu dizer. O legislador que tente de novo, até acertar. Não pode o intérprete, vislumbrando o erro, pretender corrigi-lo, via interpretação.

12.3 Está bem. Que se busque, então, o “espírito da lei”. Mas é preciso cautela. Impõe-se não exagerar. A licença ao hermeneuta para captar o “espírito da lei” não chega ao ponto de permitir-lhe verdadeiro malabarismo intelectual, autênticas piruetas exegéticas, para pretender inserir na norma legal o que a ele parece que lá deveria estar, mas não está.

12.4 Os que criticam os exageros dos que abusam da licença para perquirir o “espírito da lei” chegam a ponderar que isso é coisa da psicografia, da paranormalidade, não do Direito; ou a dizer que quem tem “espírito” é só gente e porco; lei, não (...)

12.5 Voltando ao tom sério que se impõe — e com as devidas escusas por ele ter escapulado momentaneamente — cabe citar Carlos Maximiliano, o mais festejado autor nacional a escrever sobre a hermenêutica:

“107 — Cumpre evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto as idéias apenas existentes

no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e penhores, entusiasmos e preconceitos. “A interpretação deve ser objetiva, desapassionada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenda respeitadora da lei.”

“Hermenêutica e Aplicação do Direito” (Ed. Forense, 1988 — 10.ª edição, p. 103; a citação feita, ao final, é de Francesco Ferrara, como indica o autor, em nota de rodapé).

12.6 No capítulo “Elemento Teleológico”, onde prescreve que o intérprete deve procurar “o fim da lei, o resultado prático que a mesma precisa atingir”, aduz Maximiliano (p. 152 da obra citada):

“162 — Não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita, porém dentro da letra dos dispositivos. Respeita-se esta, e concilia-se com o fim.”

12.7 Os que advogam possa o exegeta arvorar-se porta-voz do “espírito da lei”, para pretender que nela esteja contido comando que na verdade não se consegue ler na sua letra, costumam recorrer ao brocardo *lex dixit minus quam voluit*, daí deduzindo ter o intérprete o poder de suprir a lacuna legal. Ora, o que o hermeneuta estará fazendo, ao assim proceder, será, na verdade, alterar a lei, reformar o comando normativo. Todavia, a tanto não está autorizado, à evidência.

12.8 Sob o título bastante enfático “Reforma da Lei sem Alterar o Texto”, diz mais o mestre (p. 277, op. cit.):

“343 — Não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas”.

12.9 Enfim, pode e deve o intérprete perquirir o verdadeiro “espírito da lei”, mas sem malabarismos e “reformismo”, que a tanto não pode chegar. Essa é a regra geral. Mas há exceções. Há matérias em que a liberdade interpretativa sofre restrições. Já dissemos isso antes, com palavras próprias nossas, mas ouçamos agora as de Maximiliano (p. 205):

“235 — Em regra, é estrita a interpretação das leis excepcionais, das fiscais e das punitivas”.

12.10 Em suma, a pretexto de evocar o “espírito da lei”, não se pretenda que o art. 34 da Lei Bancária e o art. 17 da Lei dos “Crimes de Colarinho Branco”, embora falem apenas em “empréstimos ou adiantamentos”, possam alcançar também outras operações de crédito para além das que caibam, estritamente, nos limites do que tais expressões significam.

13. Empréstimos ou adiantamentos

13.1 O que se veda a “pessoas ligadas”, como vimos, são “empréstimos ou adiantamentos”. O que quer dizer tal expressão? Seria toda e qualquer “operação de crédito” (locução bem mais genérica)? Seria — mais amplamente ainda — toda e qualquer operação de que surja, para a instituição financeira, um crédito contra uma “pessoa ligada”?

13.2 Afaste-se, de plano, que “empréstimos ou adiantamentos” signifique o mesmo que “operações de crédito” (ou “creditícias”). A própria Lei Bancária usa essa última expressão em outros dispositivos (v.g., nos incs. I e IV do art. 4.º e no art. 49). Assim, se no art. 34 fala em “empréstimos ou adiantamentos”, isso quer dizer — numa interpretação sistemática (dos dispositi-

vos da lei em seu conjunto) — que pretendeu referir-se a coisa diversa, bem mais restrita.

13.3 Também de plano se condene a suposição de que a vedação a “empréstimos ou adiantamentos” possa abranger todo e qualquer ato, fato ou operação de que decorra um crédito, para a instituição financeira, contra “pessoa ligada”. Com efeito, basta o quanto já dissemos sobre as regras de hermenêutica a aplicarem-se a normas restritivas da liberdade de contratar (Seções 10 e 11, acima) para que se ponha de lado, sumariamente, a idéia de que poderiam estar proibidas, também, operações tais como:

- venda a prazo de um bem qualquer;
- subscrição de capital da instituição financeira para integralização a prazo;
- declaração de dividendos por empresa “ligada” de que a instituição financeira participe (sem o concomitante e imediato pagamento).

13.4 Enfim, se a lei veda “empréstimos ou adiantamentos”, é só a isso, de fato, que está querendo referir-se. Nada mais do que isso. Mas o que são “empréstimos” e o que são “adiantamentos”?

14. Empréstimos

14.1 “Empréstimos” é palavra com acepção jurídica bem definida, no próprio Código Civil (CC). Escreve Caio Mário da Silva Pereira (“Instituições de Direito Civil”, vol. III, 7.^a ed., Ed. Forense, 1984, pp. 232-233):

“Sob a denominação genérica de empréstimo, reúnem-se as duas figuras contratuais do *comodato* e do *mútuo*, que exprimem ambas a mesma idéia de utilização de coisa alheia acompanhada

do dever de restituição, porém se diversificam pela natureza, pela celebração e pelos efeitos. (...)”

Comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis (Código Civil, art. 1.248), isto é, aquele contrato pelo qual uma pessoa entrega a outra, gratuitamente, coisa não fungível, para que a utilize e depois restitua. Daí lhe advém o nome de empréstimo de uso, com que, desde o Direito Romano, se distingue do *mútuo*, chamado empréstimo de consumo”.

14.2 Deixemos de lado o comodato, que não interessa ao presente parecer. Prossegue o mesmo autor (pp. 237-238):

“*Mútuo* é o empréstimo de coisas fungíveis (Código Civil, art. 1.256), isto é, o contrato pelo qual uma das partes transfere uma coisa fungível a outra, obrigando-se esta a restituir-lhe coisa do mesmo gênero, da mesma qualidade e na mesma quantidade. Diferentemente do comodato, que realiza apenas a cessão de uso, o mútuo ou empréstimo de consumo exige a transferência da propriedade mesma, por não se conciliar a conservação da coisa com a faculdade de consumi-la, sem a qual perderia este empréstimo a sua utilidade econômica”.

14.3 É ou não o mútuo um contrato real? A discussão pode parecer acadêmica, à primeira vista, mas ganha relevo quando se trata de “contratos bancários”, como veremos mais adiante. Vejamos o que dizem os doutos, então, sobre isso — começando por Caio Mário, ainda (op. cit., p. 238):

“Os caracteres jurídicos deste contrato são:

A — Real. Já nos temos pronunciado em tese contra esta classificação dos contratos, que nos parece um romanismo

inútil, e por entendermos que basta o acordo de vontades à sua celebração. A tradição do objeto é o primeiro ato de sua execução e a *conditio juris* da restituição. Seria então obrigação do mutuante. Este modo de ver já entrou em alguns Códigos, como o suíço e o polonês das Obrigações, e futuramente fará novas conquistas. Dentro da nossa sistemática, entretanto, a entrega efetiva da coisa é requisito de constituição da relação contratual. Sem a *traditio* há apenas promessa de mutuar (*pactum de mutuo dando*, contrato preliminar), que se não confunde com o próprio mútuo”.

14.4 Sobre o mesmo tema, cite-se ainda Orlando Gomes, ao falar sobre o mútuo (in “Contratos”, 10.^a ed., Ed. Forense, 1984, p. 355):

“Só se torna perfeito e acabado com a entrega da coisa, isto é, no momento em que o mutuário adquire sua propriedade. É, portanto, contrato real. No entanto, tal como se verifica em relação ao comodato, algumas legislações o têm como contrato consensual. Entre nós, como para a maioria dos códigos, a obrigação de entregar pode ser objeto do pré-contrato denominado promessa de mútuo, que pode ser unilateral ou bilateral. O contrato, propriamente dito, só se perfaz com a tradição da coisa”.

14.5 Portanto, na expressão “empréstimos ou adiantamentos”, que estamos analisando, o significado da palavra “empréstimos” não comporta dúvida.

15. Adiantamentos

15.1 Dúvidas surgem com a palavra “adiantamentos”. Ao contrário de “empréstimos”, não tem definição na lei civil nem na comercial (aliás, nem na bancária, especificamente). O que significa, então, “adiantamentos”?

15.2 Também o recurso à doutrina não nos esclarece. Não se encontra uma definição que se amolde a todos os casos em que a prática consagra a utilização desse termo. Vejamos uma lista desses casos (muitos dos quais ocorrentes na praxe bancária, outros pertinentes à área do Direito que não a tocante aos negócios dos bancos):

- a) adiantamento de legítima;
- b) adiantamento para futuro aumento de capital;
- c) adiantamentos a fornecedores;
- d) adiantamento salarial;
- e) adiantamentos a depositantes;
- f) adiantamento sobre contratos de câmbio;
- g) adiantamento por conta de futuro empréstimo (“bridge loan”);
- h) operações de crédito por antecipação de receita (expressão encontrada na legislação orçamentária, em que não se usa “adiantamento”, mas sim “antecipação” — o que certamente tem o mesmo significado, todavia).

15.3 Pode-se perceber um traço comum a todas essas figuras jurídicas — a partir do qual se consegue esboçar o significado legal da palavra “adiantamento”. É que se pode ver, em todas elas, o suprimento de recursos por alguém a um terceiro “por conta” de algum acontecimento futuro; esse acontecimento futuro pode ser dos tipos mais diversos, a ocorrer no âmbito civil, societário, comercial, trabalhista, ou — finalmente — bancário.

15.4 Em que sentido terá a Lei Bancária empregado a palavra “adiantamentos”, ao vedar “empréstimos ou adiantamentos” a “pessoas ligadas”? Terá querido proibir um banco, por exemplo, de fazer um adiantamento emergencial a uma subsidiária, por conta de um aumento de capital (que não possa ser feito com a urgência neces-

sária em função, v.g., da necessidade de negociações com grupos minoritários)? Terá querido proibir um “diretor-empregado” (expressão de uso corrente, a significar um executivo que, embora eleito diretor da empresa, não integra o grupo de seus controladores) de receber adiantamento (todo dia 15, digamos) por conta do seu *pro-labore* do mês, junto com todos os empregados (que, naquele dia, recebem adiantamentos salariais)? Terá querido proibir que um banco, encomendando equipamentos a uma empresa de informática “ligada”, dê a ela um “adiantamento a fornecedor” que ela rotineiramente recebe de outros clientes em situações semelhantes?

15.5 Certamente que não. “Adiantamentos” vedados (a “pessoas ligadas”), na Lei Bancária (quanto à Lei dos “Crimes de Colarinho Branco”, v. item 15.10), são apenas aqueles que constituam operações bancárias. “Adiantamentos” de recursos no âmbito civil, comercial, societário, laboral, não estão proibidos, na Lei Bancária, pela só circunstância de ser uma instituição financeira, num dado caso prático, que está a entregar os recursos.

15.6 É claro que, se a fiscalização puder demonstrar que determinada entrega de recursos, por um banco a uma empresa “ligada”, rotulada de — digamos — “adiantamento a fornecedor”, nada mais foi do que um empréstimo dissimulado, então deverá fazer valer a vedação da Lei Bancária (e aplicar as sanções cabíveis). Digamos, por exemplo, que a fiscalização apure (e consiga demonstrar) que certo “contrato de fornecimento” era uma fraude; nada era para ser fornecido, na verdade (e de fato não veio a ser); tudo não passou de um artifício para “viabilizar” a entrega de recursos; mais tarde houve um distrato. Nesse caso, então, terá havido uma infração à Lei Bancária. Mas, eviden-

temente, não é pela mera possibilidade da ocorrência de fraudes que se deve, pura e simplesmente, criar proibições que tolham operações legítimas. O temos do abuso não justifica a proibição do uso (embora, lamentavelmente, as leis vivam a fazer isso...).

15.7 O próprio BACEN, aliás, pensa exatamente dessa forma. É bem elucidativo do pensamento oficial o trecho seguinte, que se lê à p. 12 do livreto “O Regime Cambial Brasileiro”, editado por aquela autarquia em novembro de 1993:

“Deve-se separar, para fins de regulamentação, duas questões: a natureza da operação cambial e a origem (no sentido fiscal) dos recursos transacionados. Em hipótese alguma uma operação cambial feita dentro do regulamento do “dólar-turismo” legaliza qualquer recurso de origem fraudulenta, que continua sujeito à ação fiscal e policial. Não se deve confundir o veículo com a carga. Se um indivíduo assalta um banco e foge de motocicleta, não se deve, por isso, proibir as motocicletas.”

15.8 A reforçar a conclusão lançada no item 14.5 — de que os “adiantamentos” vedados na Lei Bancária são só os próprios da atividade dos bancos — cite-se mais que, nos anos que precederam à sua promulgação, era comum chamarem-se “adiantamentos” inúmeros tipos de operações praticadas no mercado financeiro de então:

— a Instrução n. 3, de 12.6.1945, da SUMOC, admitia (inobstante o monopólio dos redescontos outorgado por lei à Carteira de Redescontos do Banco do Brasil) as “concessões de contas de caução de legítimos efeitos comerciais, de banco para banco” (item II); porém, “os adiantamentos” (feitos pelos bancos concedentes) “não poderão exceder de

80% dos efeitos caucionados" (alínea *a* do mesmo item);

— a Instrução n. 36, de 20.6.1951, também da SUMOC, limitava os juros sobre depósitos (a prazo fixo, sob aviso etc.; até mesmo depósitos a vista rendiam juros, na época); mas o item 3. dispunha que, "nos casos de pagamentos antecipados por conta de depósitos a prazo ou de aviso, bem como de adiantamentos mediante caução desses créditos, só poderão ser abonados nas contas respectivas, obrigatoriamente, os juros fixados para os depósitos a vista";

— o Regulamento da então chamada "Carteira de Exportação e Importação" do Banco do Brasil (Diário Oficial da União — DOU — de 17.1.1948, Seção I, p. 673 e ss.), ao dispor sobre as suas operações, enumera a concessão de vários tipos de adiantamentos": sobre mercadorias depositadas em armazéns gerais, sobre conhecimentos de transportes, sobre saldos credores de exportadores em conta de cobrança de "letras de exportação".

15.9 Esse apanhado histórico esclarece bem o que se deva entender por "adiantamentos", quando a Lei Bancária fala em "empréstimos ou adiantamentos". Principalmente quando se adicionam à lista os "adiantamentos a depositantes" (também chamados, na ocasião, "descobertos em conta de depósitos") e os "adiantamentos sobre contrato de câmbio" (igualmente já comuns), constata-se que a lei quis referir-se aos diversos tipos de adiantamentos" (era assim que eram chamados, no jargão de mercado da época) que os bancos concediam à clientela, no dia-a-dia dos seus negócios. Eram puras e simples modalidades de mútuo. Nada mais do que isso. A lei falava em "empréstimos ou adiantamentos" (ao invés de usar apenas a primeira palavra) tão-somente porque era extremamente comum fazerem-se operações denominadas com o uso da segunda. Repise-

se que a lei emprega a conjunção alternativa ("ou"), e não a aditiva ("e"), deixando claro tratar-se de uma mesma coisa (conhecida por dois sinônimos), e não de duas coisas distintas.

15.10 Concluímos, no item 15.5, que não estão vedados, na Lei Bancária, "adiantamentos" a "pessoas ligadas" que não sejam operações de bancos. No entanto, a Lei dos "Crimes de Colarinho Branco" — com a péssima qualidade e o furor punitivo que a distinguem, como já apontado — veio criminalizar até quem, "em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo" (o art. 17, que já transcrevemos antes, de cujo parágrafo único o texto ora reproduzido vem a ser o inc. I). *De Lege ferenda*, o dispositivo é criticável (como muitos outros dessa lei); *legem habemus*, todavia — e, portanto, será crime, agora, o diretor de um banco receber um adiantamento, por conta do seu *pro-labore* do mês, no mesmo dia em que todos os empregados do banco estiveram recebendo os seus adiantamentos de salário...

15.11 Observe-se que crime será "conceder ou receber adiantamento", "em nome próprio". A redação é péssima. Para começar, o controlador ou administrador de um banco, ao conceder um adiantamento de honorários aos diretores, não estará nunca agindo "em nome próprio"; afinal, será o banco (e não o controlador ou administrador) que estará fazendo o adiantamento; não vemos como, portanto, dar aplicação prática ao verbo "conceder", constante do dispositivo sob comentário. Criminoso será só o administrador que receber o adiantamento, portanto.

15.12 Observe-se mais, por outro lado, que apesar de o parágrafo único,

ora comentado, falar em “adiantamento ... ou qualquer outro pagamento”, não será crime nem conceder nem receber um “adiantamento a fornecedor”, ou um “adiantamento para futuro aumento de capital” a uma empresa “ligada”, de vez que, feito isso, o controlador ou administrador do banco não estará concedendo “em nome próprio” (mesmo raciocínio acima) nem estará recebendo “em nome próprio” (quem estará recebendo será uma pessoa jurídica). Logo, esses adiantamentos não estão vedados nem na Lei Bancária nem na de “Crimes de Colarinho Branco”. Nessa última não cabem, nem no parágrafo único, que vimos de comentar, nem no *caput* do art. 17 (de vez que, também nesse *caput*, “adiantamentos” vedados são apenas os que constituam operações de bancos; o parágrafo único vai além, como observamos, mas nele também não se comportam as operações de que cogitamos no presente item, como aqui acabamos de ver).

15.13 Ainda quanto a “adiantamentos” (mas já agora enveredando pelos que se encaixam nas operações bancárias típicas), diga-se que o anteprojeto da “Comissão de Notáveis” — de lógica e qualidade técnica muito superiores à da lei vigente, como já vimos — dava tratamento bem mais racional aos “adiantamentos a depositantes”, quando pessoas “ligadas”: proibia-os, como regra, porém “ressalvada a utilização, dentro dos limites fixados para os clientes da instituição, dos serviços de cheque especial” (art. 65, I). Sob a lei vigente, a pessoa “ligada” sequer pode ter cheque especial do banco com que tenha “ligação”...

16. A disciplina do Crédito pelo CMN

16.1 Consoante a Lei Bancária, “Art. 4.º — Compete privativamente ao Conselho Monetário Nacional: (...)

VI — disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras; (...)

VIII — regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas.

16.2 Deixemos de lado, para não entrar numa longa discussão paralela, considerações sobre a constitucionalidade, ou não, desse tipo de delegação legislativa aos diversos “Conselhos” criados por várias leis brasileiras, ao longo das últimas décadas. Admitamos, sem questioná-la, sua conformidade à Carta Magna. Sendo assim, no uso dos seus poderes de “disciplinar o crédito”, ao CMN assiste não só estabelecer as condições para a sua concessão, mas até mesmo dispor sobre que tipos de crédito não podem ser concedidos, ou em que circunstâncias não o possa ser.

16.3 Pode também o CMN, como visto, “regular ... a aplicação das penalidades previstas” (na lei). Foi o que efetivamente fez, com a Resolução n. 1.065, de 15.12.1985, que baixou, anexo a ela, um Regulamento de aplicação de penalidades (*inter alia*, graduando as multas segundo a gravidade relativa das diversas infrações, por exemplo). Entenda-se bem, todavia: pode o CMN regular a aplicação dessas penalidades no caso das infrações previstas na própria lei — e não em outros casos quaisquer. Dizendo de modo diverso: o CMN pode vedar outras operações (além das que a própria lei veda), mas não pode aplicar as penalidades previstas na Lei Bancária quando constatar a prática de tais outras operações vedadas. A infligência das penalidades da Lei Bancária

só cabe quando de infrações arroladas na própria lei — e não outras quaisquer.

16.4 É bem verdade que já se tentou “validar” a aplicação de penalidades por infração a dispositivos meramente regulamentares. Foi com o DL n. 448/69, que transcrevemos no item 3.3, acima. E o CMN, sentindo-se a tanto habilitado, baixou algumas Resoluções, ao longo dos anos, considerando “falta grave” certas condutas que lhe desagradavam (mas não vedadas pela lei, ela própria) — e a elas prescrevendo sanções. Aos punidos, nesses casos, assiste impugnar as punições. Esse tipo de delegação legislativa (do DL citado), mais do que qualquer outro, é claramente inconstitucional, como já apontava Bastian Pinto, no trecho que reproduzimos em 5.9, supra.

16.5 No uso dos seus poderes de “disciplinar o crédito..., inclusive ...avais e prestações de quaisquer garantias”, o CMN proibiu, por exemplo, os avais e fianças a empresas “ligadas”. Nada a objetar. Podia fazê-lo. Mas não poderia ter pretendido punir, com as penas do art. 44 da Lei Bancária, quem desobedecesse à proibição. Conceder fiança ou aval, à evidência, não é conceder “empréstimo ou adiantamento”.

16.6 Aliás, andou-se até fazendo mau uso (embora com bons propósitos) desses poderes de “disciplinar o crédito”, quanto a matéria objeto deste estudo. Por exemplo: a Resolução n. 1.560, de 23.12.1988, admitiu que se subscrevessem debêntures de empresas “ligadas”, desde que “na forma da Resolução n. 1.455, de 27.1.1988” (que estimulava os bancos a subscreverem debêntures de empresas privadas nacionais). Ora, se a lei vedava, não poderia a norma inferior permitir. Por outro lado, excluiu-se da vedação a empréstimos ou adiantamentos a pessoas “ligadas”, desde que

obedecidos certos limites, o “repasso de recursos internos e externos, os adiantamentos sobre contratos de câmbio e financiamento de produtos manufaturados destinados à exportação” (Carta-Circular n. 1.093, de 27.9.1984).

16.7 Em suma, para rematar esta seção: certas concessões de crédito a empresas “ligadas” podem ser infrações regulamentares, mas não legais (se não forem “empréstimos ou adiantamentos”, *stricto sensu*). Apenáveis com as sanções da Lei Bancária, só esses “empréstimos ou adiantamentos”. Com muito maior razão, crimes só são esses “empréstimos ou adiantamentos”, descabendo qualquer tentativa de ampliar o conceito legal de tais termos.

16.8 É certo que a fiscalização bancária freqüentemente lavra autos de infração, pretendendo ver aplicadas aos “infratores” as penas da Lei Bancária, ao constatar que instituições financeiras praticam com empresas “ligadas” operações de crédito outras que não “empréstimos ou adiantamentos”, *stricto sensu*. Não que seja uma tarefa fácil, mas há base jurídica sólida para fazer com que uma defesa competente possa ser bem sucedida, se não na esfera administrativa, ao menos então na judicial. É crucial, no entanto, que as operações em foco não tenham sido praticadas em condições de favorecimento.

17. Contratos bancários

17.1 Nosso CC é de 1916. O Código Comercial (CCom), de 1850. Muitos dos contratos bancários atuais tomam por base tipos¹⁰ definidos nesses códigos

10. Para a doutrina, contratos típicos são os que correspondem aos tipos definidos em lei. A doutrina os chama também nominados (arrolados, nomeados na própria lei). Por

gos, mas agregam-lhes tantos adereços que, por vezes, o conjunto mal lembra aquela base. Os autores que se dedicam ao tema, por outro lado, opinam que vários dos contratos bancários são *sui generis*, distintos dos previstos no CC ou no CCom.

17.2 Observa Caio Mário, por exemplo (op. cit., p. 243):

“No âmbito do mútuo foi que se desenvolveu extremamente o comércio bancário. Além das modalidades comuns, de empréstimo por desconto de títulos à ordem, adquiriram grande incremento o contrato de financiamento, a abertura de crédito e a conta-corrente.”

17.3 Prossegue Caio Mário, analisando cada uma dessas figuras. Voltaremos mais tarde ao que diz o mestre sobre a abertura de crédito, especificamente. Por ora, importa mencionar que o autor aponta, na mesma página (aludindo ao mútuo e à abertura de crédito), que esses dois contratos apresentam aspectos de viva diversificação”, um do outro.

17.4 Diz o mestre, mais adiante (p. 365):

“Os bancos realizam, pois, variadas operações de crédito e operações financeiras (...) e, normalmente, o veículo utilizado são contratos, muitos dos quais não diferem dos típicos usuais da vida civil, como mandato, locação, compra e venda, fiança etc. Não há peculiaridade na sua etiologia pelo fato da participação na vida bancária.

Existem, contudo, algumas figuras contratuais que são características da atividade bancária, e merecem trata-

antítese, há os contratos atípicos, ou inominados. Mistos são os contratos a utilizar mais de um tipo, sem adquirir feição própria, porém.

mento próprio como contratos bancários propriamente ditos”.

17.5 Aliás, o trecho que transcrevemos no item 17.2 vinha no Capítulo L da obra citada (sobre “Empréstimo”). Já o transcrito no item 17.4 vem muitos capítulos à frente (no de n. LXI, sobre “Contratos Bancários”, especificamente).

17.6 A seu turno, observa Orlando Gomes (op. cit., também em capítulo autônomo, só sobre “Contratos Bancários” — p. 360):

“Com a expressão contratos bancários designam-se os negócios jurídicos que têm como uma das partes uma empresa autorizada a exercer atividades próprios dos bancos.

(...) Os esquemas contratuais comuns, quando inseridos na atividade própria dos bancos, sofrem modificações sob o aspecto técnico, que determinam alterações em sua disciplina. Daí a necessidade de os regular especialmente, agrupando-os sob a rubrica de contratos bancários (...).

Os negócios realizados pelos bancos, no exercício de sua atividade mercantil, chamam-se operações bancárias, se a função é creditícia. Concluem-se mediante contratos típicos, como o mútuo, o depósito, a locação, o penhor, com série indeterminada de pessoas, mas as necessidades de crédito determinaram a formação de espécies contratuais inteiramente novas, como, por exemplo, a abertura de crédito (em negrito, os destaques dados no original; são nossas as sublinhas)”.

17.7 Arnaldo Wald também dedica aos “Contratos Bancários” um capítulo específico (o de n. 36), no seu *Curso de Direito Civil Brasileiro — Obrigações e Contratos* (Ed. RT — a 9.ª ed. é de 1990).

17.8 Abrindo parênteses: dissemos em 17.1 que “muitos dos contratos bancários atuais tomam por base tipos definidos nesses códigos” — aludíamos ao CC e ao CCom — “mas agregam-lhes tantos adereços que, por vezes, o conjunto mal lembra aquela base”; com isso, concluímos, “vários dos contratos bancários são *sui generis*, distintos dos previstos no CC ou no CCom.”. Um bom exemplo disso é exatamente o contrato de “leasing” (aliás, é a propósito de operações com uma empresa de “leasing” “ligada” que discorreremos mais adiante). No início, houve quem visse no “leasing” um misto de locação e compre e venda. Hoje, já não se discute mais: o “leasing” é negócio de tipo próprio, distinto.

17.9 Façamos um balancete do quanto já concluímos, até aqui: I) o que a lei veda são “empréstimos ou adiantamentos”; II) “empréstimos” são o comodato (que não interessa à nossa análise) e o mútuo; (III) mútuo e abertura de crédito, diz a doutrina, são figuras distintas; IV) não se pode dar a “empréstimos ou adiantamentos” uma interpretação ampliada, ou extensiva. Caberia então concluir que é lícito a uma instituição financeira celebrar contrato de abertura de crédito com uma “pessoa ligada”?

17.10 No item anterior, falamos na abertura de crédito, apenas, tão só porque era dessa figura jurídica que tratavam os autores citados, nos trechos que transcrevemos. Mas, com a mesma lógica, caberia desfilar indagações quanto ao “financiamento”, ao “desconto”, ao “depósito bancário” (de um banco de investimento no banco comercial a ele ligado, feito consoante a mecânica dos depósitos interfinanceiros — mais conhecidos pela sigla “CDI”, apesar de não existirem “certificados” a representá-los) etc.

17.11 Em outras palavras, será que se pode sustentar que o que é vedado é apenas

o mútuo a pessoa ligada, mas não a abertura de crédito, o financiamento, o desconto? Isso para nos cingirmos às figuras jurídicas já mencionadas antes. Mas, prosseguindo, e a carta de crédito vinculada a uma importação por pessoa ligada?

17.12 Impõem-se-nos abrir espaço, à presente altura, para avançar um pouco mais na lição dos doutos sobre a abertura de crédito, especificamente.

18. Abertura de crédito

18.1 Leciona Orlando Gomes:

“A abertura de crédito é o contrato por via do qual se obriga um banco a colocar à disposição do cliente determinada soma para ser utilizada, mediante saque único ou repetido.” (op. cit., p. 364)

“Finalmente, a disponibilidade ocorre em favor do próprio cliente ou de terceiro por ele indicado, podendo o crédito, nesta última hipótese, ser confirmado pelo banco se a soma creditada comportar saque mediante a apresentação dos documentos comprovantes de operação comercial realizada entre o cliente e o terceiro.

O que mais distingue esse contrato de outras operações ativas dos bancos é a obrigação que estes assumem. Não transferem eles a quantia que emprestam, mas simplesmente põem-na à disposição do cliente, ou de terceiros. A soma posta à disposição permanece na caixa do banco até ser utilizada. Por esse motivo, viram alguns comercialistas, no contrato de abertura de crédito, operação, complexa, resultante da combinação de dois contratos distintos, o mútuo e o depósito. Como o cliente não retira imediatamente a soma creditada, mantém-na, no banco, a título de depósito,¹¹

11. Atualmente é muito pouco provável que isso ocorra, gerando a incidência de recolhimento compulsório, ao BACEN.

utilizando-a como lhe convém. A decomposição do contrato nessas duas operações facilita a explicação do seu mecanismo, mas quebra sua unidade resultante da causa e dá relevância jurídica à operação de depósito que representa apenas um dos modos de execução prática do contrato.

Fundamental, para caracterizá-lo, como prestação típica, é o fato de o banco pôr à disposição do cliente certa importância, abrindo-lhe crédito limitado. O creditado adquire, contra o banco, a pretensão de pagamento da soma posta à sua disposição. Torna-se, numa palavra, titular de um direito de crédito, que exercerá conforme o estipulado, como se tivesse a quantia emprestada por título próprio.” (p. 365)

“A abertura de crédito pode ser simples ou em conta corrente. Na abertura simples, tem o creditado direito a utilizar o crédito sem possibilidade de reduzir parcialmente, com entradas, o montante da dívida. A disponibilidade vai se reduzindo à medida da utilização, se não saca de uma só vez a soma posta à sua disposição. Não é portanto a utilização pelo todo que caracteriza a abertura de crédito simples. Na abertura de crédito conjugado a conta corrente, o creditado tem o direito de efetuar reembolso, utilizando novamente o crédito reintegrado. Se um banco abre um crédito de cem mil cruzeiros, conjugando-o a conta corrente, e o creditado utiliza a metade dessa soma, mas, alguns dias depois, efetua depósito no valor da importância sacada, a disponibilidade volta a ser a que fora originalmente assegurada. A abertura de crédito em conta corrente aplicam-se também as regras que disciplinam esta operação.” (p. 366)

“A natureza jurídica da operação bancária realizada mediante o contrato de abertura de crédito é controvertida, havendo numerosas explicações. Seria, para alguns, simples contrato preliminar

de outros contratos; para outros, contrato normativo, contrato misto, promessa de mútuo, e tantas relações jurídicas. Não há maior interesse no exame dessas teorias porque, em verdade, a abertura de crédito é hoje contrato bancário típico, de feição própria, irreduzível a outra figura jurídica do Direito contratual. Aproxima-se claramente do mútuo, mas dele se distingue porque sua prestação característica, a disponibilidade, impede a assimilação. Não se pode considerá-lo empréstimo condicional porque o objeto de um contrato é insuscetível de ser posto sob a forma de condição.

Trata-se de contrato típico. Sua essência consiste na atribuição ao creditado do poder de pretender do banco a prestação de certa soma, ou de aceite, aval ou fiança. Os atos de utilização do crédito constituem mera execução do contrato, sendo necessário conjugá-lo ao de conta corrente para que os saques se realizem diante cheques e a disponibilidade possa ser continuamente renovada.” (p. 368; em negrito, os destaques dados no original; são nossas as sublinhas).

18.2 A seu turno, Caio Mário (op. cit., pp. 243-244) reconhece que existem pontos de aproximação entre o mútuo e a abertura de crédito. Salienta a seguir, no entanto, os “aspectos de viva diversificação”:

“a) o creditor obriga-se a efetuar a tradição da quantia, ao passo que o mutuante começa por efetuá-la; b) no mútuo, o acordo é concomitante a essa tradição, na abertura de crédito antecede-a; c) na abertura de crédito adquire o creditado a faculdade potestativa de usá-lo no limite convencionado, global ou parceladamente, sem a previsão do *quantum* necessitado, nem da oportunidade da utilização, enquanto que no mútuo o mutuário adquire a propriedade da coisa, esgotando-se o seu direito contra o mutuante; d) no mútuo há

tradição da coisa emprestada e restituição em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade, ao passo que na abertura de crédito o reembolso se faz em dinheiro, ainda que o creditor entregue coisas diversas (títulos de crédito, mercadorias etc.) representativas de um valor pecuniário.”

18.3 Com todos esses subsídios doutrinários, a enfatizar que mútuo e abertura de crédito são figuras jurídicas bem distintas, já se pode responder à pergunta feita em 17.8, dizendo que não há na lei vedação alguma a que um banco celebre um contrato de abertura de crédito com uma empresa “ligada”.

18.4 *Mutatis mutandis*, o mesmo se pode dizer quanto a financiamentos e descontos¹² — sobre que não nos alongaremos mais aqui, todavia.

19. Considerações práticas quanto à já “tradicional” amplitude dada à expressão “empréstimos ou adiantamentos”

19.1 Como demonstramos, descabe, numa análise estritamente jurídica, pretender que a vedação legal a “empréstimos ou adiantamentos” a pessoas “ligadas” alcance também as operações de abertura de crédito. De um ponto de vista prático, porém, cabe indagar se seria prudente um banco realizar tais operações com aquelas pessoas, arriscando-se a ter de enfrentar processos administrativos e criminais.

19.2 Ainda na década de 1960, como apontava Bastian Pinto (trecho transcri-

12. Conceitos freqüentemente distorcidos, na praxe bancária, e confundidos por muitos autores (a partir daquela distorção), de modo que algumas vezes o que se faz, com esses nomes, na verdade não passa de meros mútuos (vedados, portanto).

to em 10.1, acima), o BACEN já considerava que o emprego da expressão “empréstimos ou adiantamentos” visava a “abranger toda a gama de créditos que possam ser feitos”. E o autor citado admitia essa “interpretação ampliativa”. De nossa parte, não concordamos, consoante já deixamos firmado, com apoio em doutrina maciça a reprovar essa ampliação em se tratando de leis punitivas.

19.3 Certo ou errado, o fato é que o BACEN sempre adotou a postura citada. Por outro lado, é consabido que as instituições financeiras sempre procuraram evitar confrontos com o BACEN — por várias razões, que descabe comentar (até porque algumas são tão óbvias que dispensam mesmo comentários). Se continua a ser assim até hoje, com razão muito maior era assim nas primeiras décadas de vigência da Lei Bancária, dado o ambiente político de então. Firmou-se uma “tradição” — já longeva, à presente altura — de que a locução “empréstimos ou adiantamentos” compreendia também outros tipos de operações. Ninguém questionava. Ninguém questiona.

19.4 Bem vistos os fatos, errado estava — e continua a estar. A “tradição”, a perseverança no erro não o transforma em acerto. O que se passou foi que o BACEN, encarregado de fiscalizar e fazer cumprir a lei — e punir quem descumprisse — ditou o que desejaria que a lei tivesse dito (mas não dissera); e o mercado aceitou. O que fez o BACEN foi o que a doutrina condena: a pretexto de interpretar o “espírito da lei”, reformou-a, “corrigiu-a”, ignorou o texto legal e fez valer o que nele gostaria de ver escrito.

19.5 Repetindo, temos então uma longa “tradição”, embora errada, na aplicação prática da lei: a expressão

“empréstimos ou adiantamentos” é tida como abrangente também de outras operações de crédito.

19.6 Já mencionamos, de passagem, que muito pouco se sabe sobre a “jurisprudência administrativa” do CRSFN, dado o sigilo que cerca as suas decisões. As suas íntegras não são publicadas, só ementas muito lacônicas. Terceiros não conseguem acesso aos autos nos processos, para pesquisas; tal acesso só é facultado aos neles envolvidos e seus advogados. Mas é possível perceber, pelo exame de ementas publicadas, que o CRSFN apóia a fiscalização em quase tudo que ela considera incluído na expressão “empréstimos ou adiantamentos”. Quase tudo, dissemos. Com efeito, em pelo menos um caso — cujos pormenores não é dado ao pesquisador conhecer, como frisado — o CRSFN (confirmando, aliás, decisão da primeira instância administrativa) discordou do que inicialmente pensara a fiscalização: foi no recurso n. 0647, em que se prolatou decisão assim ementada (in *Diário Oficial da União* de 23.7.1992, Seção I, p. 9.825): “Recurso de Ofício. Concessão de empréstimo a empresa ligada. Infração não caracterizada”.

19.7 Por outro lado, também como já apontamos (item 16.6, acima), o próprio CMN houve por bem excluir, do rol das proibidas, algumas operações — ou por considerações de conveniência, ou por motivos outros.

19.8 Em meio a todas essas incertezas, que rumo tomar, se não se quiser confrontar o BACEN, pura e simplesmente, com uma postura calcada tão-só na linha de interpretação jurídica que sustentamos até aqui, neste parecer? Que tipo de outras operações creditícias se deveria evitar, para não se arriscar ao incômodo e às incertezas de embates processuais, administrativos e criminais?

19.9 É tarefa muito difícil estabelecer uma linha de conduta segura, na matéria, com uma abrangência tão ampla. A ela não nos dedicaremos, aqui. Limitar-nos-emos à análise da legalidade de se abrirem cartas de crédito para cobrir importações feitas por uma empresa “ligada”. Foi esse o exemplo prático que nos propusemos analisar, neste trabalho, e sobre ele falaremos a seguir. Por ora, tentando recomendar uma linha de conduta quanto a operações de abertura de crédito — já que foi sobre elas que nos detivemos mais, nas seções precedentes — diríamos que conviria evitar o tipo de operação por força da qual o creditado, ele próprio, fique habilitado a sacar dinheiro do banco — o que, aliás, é mesmo o mais comum de acontecer, na abertura de crédito. Seria certo que o BACEN, em tomando conhecimento do fato, impugnaría a operação e, se a creditada fosse controlada pelo banco ou por qualquer das pessoas listadas no art. 17 da Lei dos “Crimes de Colarinho Branco”, dela daria conhecimento ao Ministério Público, para o competente procedimento criminal. O banco teria uma linha de defesa a desenvolver, como vimos, mas cabe ponderar bem sobre se vale a pena, ou não, correr os riscos.

20. Cartas de crédito vinculadas à importação

20.1 Depois de toda a análise genérica feita nas seções anteriores, aproximamo-nos, finalmente, do exemplo prático que nos propusemos examinar, em especial: se um banco pode emitir carta de crédito a cobrir a importação de bens pela Leasing por ele controlada (bens esses a serem subsequentemente dados em arrendamento mercantil a clientes dessa empresa). Para isso, todavia, ainda nos falta dar mais um passo preliminar: discorrer brevemente sobre esse instrumento e, principalmente, sobre a relação

jurídica que se estabelece entre o importador e o banco.

20.2 Em *Contratos Internacionais* (Ed. Saraiva, 1990), Celso Ribeiro Bastos e Eduardo Amaral Gurgel Kiss definem (p. 70):

“3. A carta de crédito pode ser conceituada como um instrumento que traz a obrigação do banco emitente de realizar um pagamento em dinheiro, mediante a apresentação de determinados documentos.”

20.3 Comentam os mesmos autores, adiante (pp. 74 e 75):

“9. Apesar da carta de crédito ser um instrumento largamente utilizado no comércio internacional, chegando a bilhões de dólares as transações realizadas com esse instrumento por empresas brasileiras, nossa legislação não trata do assunto. Existe um único artigo em nossa lei que se refere à carta de crédito. Trata-se do art. 264 do CCom brasileiro. Tal artigo estabelece que “as cartas de crédito devem necessariamente contrair-se a pessoa ou pessoas determinadas, com limitação de quantia creditada; o comerciante que as escreve e abre o crédito fica responsável pela quantia que em virtude dela for entregue ao credi- tado até a concorrência da soma abonada. As cartas que não abrirem crédito pecuniário com determinação do máximo presumem-se meras cartas de recomendação, sem responsabilidade de quem as escreveu”.

.....

11. No Brasil, as cartas de crédito, em vista da ausência de legislação substantiva aplicável, subordinam-se, na grande maioria dos casos, às “Regras e Usos Uniformes para Créditos Documentários”, da Câmara de Comércio Internacional. O texto em vigor decorreu de uma revisão, aprovada em 1983, e

apresentado na Brochura 400. Tal texto encontra-se em vigor desde 1.º de outubro de 1984.”¹³

20.4 Comenta, a seu turno, Luiz Gastão Paes de Barros Leães (*O Uso das Cartas de Crédito Comerciais como Instrumento de Garantia*, in *RDM* 15/16, 1974, p. 51):

“2/1. O crédito documentado é prática bancária largamente difundida no comércio internacional, como meio de dar execução às operações de importação e exportação de mercadorias. Aperfeiçoado o contrato de compra e venda entre partes domiciliadas em países distintos, é costume convencionar-se que o pagamento do preço pelo comprador será feito por meio de uma carta de crédito a favor do vendedor, a ser emitida por banco do país ou da praça deste, que saldará o preço contra a entrega dos documentos que menciona. Assim, realizada uma aquisição no exterior, o comprador entra em contato com o seu banco, e com ele acerta, no sentido de que seja aberto um crédito documentado a favor do vendedor, na praça deste último, diretamente por sua filial ou por intermédio de um banco correspondente. Posto isto, o banco, ato contínuo, expede a carta de crédito, através da qual fica o vendedor notificado de que lhe foi aberto um crédito por conta e ordem do comprador, assegurando-lhe desse modo que o preço lhe será pago por ocasião da entrega dos documentos mencionados.” (em negrito, os destaques do original; nossas as sublinhas).

20.5 Muito se discute, em doutrina, sobre a natureza jurídica da carta de crédito e sobre o relacionamento que surge entre o banco emissor da carta de

13. Nova revisão ocorreu posteriormente (em 1994), divulgada pela Brochura 500.

crédito e o exportador estrangeiro. Não nos vamos ater, aqui, sobre isso, o que nos interessa (como preliminar, para podermos prosseguir no nosso estudo) é perquirir sobre a natureza jurídica da relação que se cria entre o emissor da carta e o importador brasileiro.

20.6 Sobre isso, não há muita discussão. Veja-se o depoimento de Waldirio Bulgarelli (*O Crédito Documentado Irrevogável, um Novo Título de Crédito?*, in *RDM* n. 32, 1978):

“A relação entre o banco (emissor) e o comprador, não oferece maiores dificuldades, sendo considerada, pela doutrina, como um contrato de abertura de crédito em favor do comprador para ser utilizado pelo banco, em favor do beneficiário aceitando (D/A) ou pagando-lhe (D/P) uma letra documentária.” (sublinhamos)

20.7 Bulgarelli está-se referindo, claro, ao que ocorre mais comumente, de fato, na prática dos negócios: o importador, para que o banco concorde em emitir a carta, não deposita no banco, desde logo, o contravalor (em moeda nacional) do seu valor (em moeda estrangeira).

20.8 Nesse caso mais comum, portanto, o que sucede não deixa de ser bastante curioso:

— o banco abre um crédito ao importador brasileiro (v. Bulgarelli — item 20.6, acima);

— em decorrência, o banco abre um crédito ao exportador estrangeiro (v. Leães, item 20.4, supra).

20.9 Ao menos à primeira vista, poderia parecer estranho a algum leitor que a relação jurídica que se cria entre o importador e o banco seja a de uma abertura de crédito. É que o leitor a

sentir essa estranheza estará deixando-se influenciar pela noção de que, numa abertura de crédito (I) o objeto de tal crédito será necessariamente dinheiro e (II) a utilização do crédito se dará sempre pela entrega desse dinheiro ao próprio creditado. Ora, isso é, de fato, o mais comum; mas não é essa a única forma pela qual a abertura de crédito funciona. O objeto do crédito aberto pode ser, por exemplo:

— a prestação de fianças: uma empresa que sabe que irá ter de prestar garantias em vários processos, proxima-mente, pode contratar com um banco que, até o montante de “x”, tal banco irá emitir cartas de fiança que a empresa for solicitando, à medida que delas precisar;

— a oposição de aceites cambiais em títulos sacados pelo creditado (é o conhecido “crédito de aceitação”): um lojista contrata com uma “financeira” que, até o limite de “x”, sacará letras de câmbio, que a “financeira” aceitará e entregará a determinada distribuidora de títulos e valores, para colocação no mercado (o produto de tal colocação sendo entregue ao lojista).

20.10 Bem vistas as coisas, é até corriqueiro que não seja o próprio creditado o beneficiário, quando da utilização do objeto do crédito aberto. Afinal, não é exatamente isso que ocorre num contrato de “cheque especial”? O crédito é aberto ao cliente, mas não será o próprio cliente (não necessariamente, ao menos) que irá receber o dinheiro, mas sim os beneficiários dos cheques que vier a emitir (não se esquecendo que o cheque, afinal, nada mais é do que uma ordem de pagamento; o cliente, creditado, ordena ao banco que pague a terceiros, indicados nos cheques, os valores deles constantes; na medida em que o saldo da conta estiver devedor, tais ordens de pagamento es-

tarão sendo honradas por conta do crédito aberto).

20.11 Orlando Gomes, naquela passagem que transcrevemos no item 18.2, acima, já apontava que, na abertura de crédito, a utilização do crédito aberto poderia dar-se por terceiro, no caso dos "créditos documentados". Transcrevamos de novo o trecho em foco:

"Finalmente, a disponibilidade ocorre em favor do próprio cliente ou de terceiro por ele indicado, podendo o crédito, nesta última hipótese, ser confirmado pelo banco se a soma creditada comportar saque mediante a apresentação dos documentos comprovantes de operação comercial realizada entre o cliente e o terceiro."

20.12 Retomando a linha de raciocínio, temos então que, quando um importador celebra com um banco um contrato pelo qual o banco se obriga a emitir carta de crédito, a favor de exportador estrangeiro, de modo a viabilizar uma importação, a natureza desse contrato é a de uma abertura de crédito.

20.13 No que o banco cumprindo a sua obrigação, emite a carta de crédito, a favor do exportador, o banco não se torna credor, ainda do importador nacional pelo valor respectivo. Mais tarde, no entanto, o banco (ou o "confirmador",¹⁴ no exterior), honra a carta; faz isso acolhendo (após conferir a documentação de embarque das mercadorias) o saque do exportador (sobre o crédito a ele aberto); no que o faz, o

14. É comum que o exportador estrangeiro exija, para seu maior conforto, que a carta de crédito seja "confirmada" por banco de sua confiança, que opere na sua praça; no caso, o saque será acolhido pelo "confirmador", que se tornará credor do banco brasileiro (nascedo então mais uma relação creditícia).

banco se torna credor, então, do importador brasileiro. O crédito tanto poderá ter de ser liquidado de pronto, quanto poderá sê-lo a prazo (o que é o mais comum), consoante dispuser o contrato entre as partes.

21. A legitimidade de o banco emitir carta de crédito para cobrir importações feitas por "leasing" a ele "ligada"

21.1 De tudo quanto já tínhamos visto até a Seção 18, acima, havíamos concluído que o que se veda, quanto a pessoas "ligadas", é apenas a concessão de "empréstimos ou adiantamentos"; que empréstimos é expressão que se decompõe em comodato e mútuo; que a abertura de crédito, consoante a doutrina, é figura jurídica distinta da do mútuo; também não seria, por outro lado, um adiantamento; logo, não estaria vedada.

21.2 Nas considerações de ordem eminentemente prática que tecemos na Seção 19, todavia, concluímos que não seria prudente que um banco se aventurasse a celebrar, com empresa "ligada", contrato de abertura de crédito pelo qual o creditado pudesse, ele próprio, sacar dinheiro do banco. Não que esse pormenor fizesse diferença, do ponto de vista estritamente jurídico, como frisamos; mas, pelos motivos práticos ali arrolados, conviria não confrontar o Bacen com uma operação que tal.

21.3 Num contrato pelo qual um banco se obrigasse, entretanto, a emitir carta de crédito para cobrir importação a ser feita por Leasing "ligada", não iria mesmo ocorrer esse saque de dinheiro pelo próprio creditado, que reputamos inconveniente. Com muito maior razão, portanto, não vemos impedimento legal algum a que o banco celebre tal tipo de contrato.

21.4 Conviria que as condições da operação fossem estritamente as de mercado, aquelas que o banco estipulasse, usualmente, em negócios semelhantes com a clientela, quanto a valores, prazos, custos e garantias. Ou seja, ao operar com a Leasing, o banco deveria evitar condições de favorecimento.

21.5 Ainda numa consideração de ordem eminentemente prática, se o banco quiser reduzir ainda mais a probabilidade de atritos com o BACEN, talvez considerasse prudente que o contrato prevísse que a Leasing deveria liquidar o débito de pronto (ao invés de conceder prazo para isso), tão logo honrada a carta de crédito. É certo que a viabilidade da operação ficaria bastante diminuída. Porém, se o banco quiser adotar um enfoque extremamente cauteloso, talvez então houvesse por bem limitar a abertura de crédito a Leasing aos casos em que essa última pudesse proceder a tal liquidação pronta.

22. O ambiente de excepcionalidade que sempre favoreceu as operações com empresas de "leasing" "ligadas"

22.1 A Lei n. 6.099, de 12.9.1974, que dispunha sobre "o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil" e dava outras providências, estabelecia:

"Art. 8.º O CMN poderá baixar resolução disciplinando as condições segundo as quais as instituições financeiras poderão financiar suas coligadas ou interdependentes, que se especializarem em operações de arrendamento mercantil."

22.2 O Regulamento anexo à Resolução n. 980, de 13.12.1984, dispôs então que:

"Art. 19 — As instituições financeiras em suas operações com sociedades de arrendamento mercantil coligadas ou interdependentes, relativas a empréstimos, financiamentos, repasses de recursos e prestação de garantias, bem como de aquisição de direitos creditórios com coobrigação de cedentes, devem obedecer, cumulativamente, às seguintes condições:

a) os encargos devem ser os normalmente cobrados em operações da espécie realizadas com terceiros; (...)"

22.3 Ou seja, abriu-se uma exceção à proibição genérica de empréstimos a empresas "ligadas", para o caso especial de essas serem empresas de "leasing".

22.4 Com o advento da Lei dos "Crimes de Colarinho Branco", o CMN entendeu que essa exceção não poderia manter-se na sua amplitude original, porquanto a nova lei teria alterado o art. 8.º da Lei n. 6.099/74, que lhe dava embasamento. O dispositivo do MNI pertinente à exceção ora em exame (2.1.1.20) tem hoje a seguinte redação:

"20 — As instituições financeiras em suas operações com sociedades de arrendamento mercantil coligadas ou interdependentes, relativas a empréstimos, financiamentos, repasses de recursos e prestação de garantias, bem como de aquisição de direitos creditórios com coobrigação de cedentes, devem observar, além do disposto na Lei n. 7.492, de 16.6.86, que os encargos são os normalmente cobrados em operações da espécie realizadas com terceiros (Res. 980 — RA-art. 19-a)."

22.5 Entenda-se esse dispositivo da seguinte forma, então:

— uma instituição financeira não pode contratar "empréstimos, financia-

mentos e repasses"¹⁵ com empresas de "leasing" controladas por ela ou:

- pelo seu controlador; ou
- por um seu administrador; ou
- por um membro de um conselho estatutário seu; ou
- por ascendentes, descendentes, parentes na linha colateral até o segundo grau, consanguíneos ou afins do controlador, ou dos administradores ou membros de conselhos citados, eis que todas essas pessoas são expressamente arroladas pela lei penal em questão.

22.6 A *contrário sensu*, todas as demais "leasings" "ligadas" podem receber "empréstimos, financiamentos ou repasses" das instituições financeiras com que tenham "ligação" (por exemplo, uma "leasing" de cujo capital um banco tenha 20%, mas não o controle, direta ou indiretamente).

22.7 Curiosamente, a Resolução n. 1.775, de 6.12.1990 — posterior, portanto, à Lei dos "Crimes de Colarinho Branco" — vedava a aquisição de debêntures de emissão de empresa "ligada", exceto se essa "ligada" fosse uma empresa de "leasing". Ora, se se entende (sem entrar no mérito de se tal entendimento está correto ou não) que adquirir debêntures é sinônimo de fazer empréstimo, e se não se pode emprestar a "leasings" controladas, então também não se poderia adquirir debêntures dessas "leasings". Porém, até hoje esse dispositivo da Resolução em tela (que

15. Nem "adiantamentos" (palavra que não consta do dispositivo em foco do MNI, mas sim da Lei dos "Crimes do Colarinho Branco"). Por outro lado, reproduzimos aqui a expressão contida no item citado do MNI (2.1.1.20), *ipsis litteris*, sem entrar no mérito da inclusão, nela, da palavra "financiamentos" (v. item 18.4 do presente estudo).

nem poderia ter sido baixado, a prevaler aquele entendimento) não foi revogado, constando ainda, aliás, do "Ementário das Normas em Vigor", do BACEN, divulgado pelo "BÉCEBÊ" — Informativo Econômico Financeiro".

22.8 Por outro lado, proíbem-se fianças ou avais a pessoas "ligadas" (proibição constante não da lei, como já salientamos, mas sim de meras Resoluções), como se vê no MNI, 2.1.10.8. No entanto, excepcionam-se da proibição (MNI, 2.1.10.9) fianças ou avais a empresas de "leasing" "ligadas".

22.9 Em suma, sempre houve — e continua a haver — um ambiente de excepcionalidade a favorecer as operações de instituições financeiras com empresas de "leasing" a elas "ligadas". Já concluímos, na Seção anterior deste trabalho, que um banco pode emitir carta de crédito para cobrir importação a ser feita por empresa a ele "ligada"; tanto mais — sentimo-nos confortáveis em aditar, agora — se tal "ligada" for uma empresa de "leasing".

23. Resumo e conclusões

23.1 A Lei Bancária veda às instituições financeiras conceder "empréstimos ou adiantamentos" a pessoas "ligadas" (art. 34), cominando penas à transgressão. A Lei dos "Crimes de Colarinho Branco" considera infrações penais esses mesmos "empréstimos ou adiantamentos" a certas pessoas "ligadas" (art. 17), puníveis com a privação da liberdade.

23.2 O art. 34 da Lei Bancária sempre sofreu críticas acerbas da doutrina, muitos condenando a pura e simples vedação citada, ao invés de se coibir apenas o abuso (Seção 5 do presente estudo). Porém, em vez de se corrigir o que tanto se criticava, o que

se fez foi aumentar ainda mais o rigor punitivo, com a referida lei penal. Tal lei mereceu uma unanimidade de crítica. O próprio Congresso a aprovou com constrangimento — e o Executivo a sancionou a contra-gosto (Seção 6). É que já havia um anteprojeto de lei, elaborado por uma “Comissão de Notáveis”, bem mais abrangente e racional — mas que nunca chegou sequer a ser transformado em projeto e encaminhado ao Legislativo (Seção 7).

23.3 Há no Congresso um projeto de lei complementar, regulamentando o SFN. O projeto — para o qual o próprio BACEN deu sugestões — muito se assemelha ao anteprojeto citado no item anterior, no que respeita à disciplina das operações de crédito com pessoas “ligadas”. Não as veda, *tout court*; as revés, limita o seu montante global, proíbe que tenham condições de favorecimento e inclui, no rol das contratadas com pessoas “ligadas”, as celebradas com interpostas pessoas, as dissimuladas e as “trocas de chumbo” (Seção 8). Enfim, todos — até o BACEN — concordam com que a lei que temos não é boa — mas é a que temos, ainda. Resta ver, então, como cumpri-la, em sua irracionalidade, da forma mais correta possível (Seção 9).

23.4 As normas restritivas e as punitivas interpretam-se estritamente, dizem a doutrina e os tribunais — até os próprios tribunais administrativos (Seções 10 e 11). Não pode o intérprete, a pretexto de comunicar-se com o “espírito da lei”, nela pretender enxergar mais do que a sua letra comporta; não pode — as palavras são de Carlos Maximiliano — fazer uma autêntica reforma da lei, sem alterar o texto (Seção 12).

23.5 O que se veda — tanto na Lei Bancária quanto na dos “Crimes de

Colarinho Branco” — é a concessão, a pessoas “ligadas”, de “empréstimos ou adiantamentos”; só isso; não são todas e quaisquer operações de crédito”, com tais pessoas, que são proibidas (seção 13). Empréstimos são o comodato (que não interessa ao presente parecer) e o mútuo (Seção 14). Adiantamentos é palavra sem significado jurídico bem definido, mas uma pesquisa do seu uso em vários ramos do Direito, inclusive no Bancário, dá bem a medida do que significa (Seção 15) — e afinal não significa, no seu emprego quanto às atividades próprias dos bancos, muito mais do que modalidades de mútuo (item 15.9, especificamente).

23.6 Sendo assim, vedados a pessoas “ligadas”, por lei, são apenas os adiantamentos (como tais consagrados na praxe bancária) ou os mútuos. Só esses, então, são puníveis com as penas das duas leis citadas. Pode o CMN, no uso dos seus poderes de disciplinar o crédito, vedar outras operações que julgue inconvenientes, quando feitas com tais pessoas. Mas não pode estender a tais outras operações as penas da lei (Seção 16). Há base jurídica sólida para uma defesa competente contra eventuais autos de infração lavrados pela fiscalização bancária, em muitos desses casos (item 16.8, especificamente).

23.7 Os “Contratos Bancários” evoluíram tanto que passaram a constituir tipos jurídicos próprios, diz a doutrina, distintos do mútuo tradicional (Seção 17). Em especial, a abertura de crédito (Seção 18) — que interessa mais de perto ao nosso estudo — tem feição própria, irreduzível a outra figura jurídica do Direito contratual” (Orlando Gomes).

23.8 Por todo o exposto até aqui, não são vedadas as aberturas de crédito a

peçoas “ligadas” — assim como os financiamentos e os descontos — embora esses dois últimos conceitos sejam frequentemente distorcidos, na praxe bancária, e confundidos por muitos autores (a partir daquela distorção), de modo que algumas vezes o que se faz, com esses nomes, na verdade não passa de meros mútuos (vedados, portanto). (Final da Seção 18, ainda).

23.9 A despeito da crítica doutrinária, o BACEN sempre interpretou ampliativamente a expressão “empréstimos ou adiantamentos”. Os bancos, que sempre procuraram evitar confrontos com o BACEN (tanto mais nas primeiras décadas da vigência da Lei Bancária, dado o momento político de então), não discutiam. Firmou-se, daí, uma “tradição” interpretativa, naquele sentido — errada, à evidência, e a perseverança no erro não o convalida. O que fez o BACEN foi o que a doutrina condena; a pretexto de interpretar o “espírito da lei”, reformou-a, “corrigiu-a”, ignorou o texto legal e fez valer o que nele gostaria de ver escrito. (Seção 19)

23.10 Enfim, a abertura de crédito a pessoas “ligadas” não é vedada, na lei atual. Pode até vir a sê-lo, quando se alterar a lei (consoante projetos já existentes). Mas por enquanto não é. Porém, há uma longa “tradição” do BACEN de entender o contrário. De um ponto de vista eminentemente prático, talvez um banco cauteloso haja por bem considerar desaconselhável passar a praticar tal tipo de operação com essas pessoas, ao menos quando, pelo contrato, o creditado fique habilitado, ele próprio, a sacar dinheiro do Banco.

Seria certo que o BACEN, em tomando conhecimento do fato, impugnaria a operação e, em muitos casos, dela daria conhecimento ao Ministério Público, para o competente procedimento criminal. O banco teria uma linha de defesa a desenvolver, como vimos, mas cabe ponderar bem sobre se vale a pena, ou não, correr os riscos. (Seção 19)

23.11 No contrato entre um banco e um importador, com vistas à abertura de carta de crédito para cobrir uma importação, o que se passa entre eles é uma abertura de crédito, cujo objeto não é viabilizar ao creditado sacar dinheiro do banco; o objeto é fazer com que o banco abra um crédito a favor do exportador estrangeiro (um outro crédito, distinto do aberto ao importador). (Seção 20)

23.12 Não há vedação legal alguma a que um banco emita cartas de crédito para cobrir importações de uma empresa “ligada” (Seção 21), tanto mais se tal empresa “ligada” for uma empresa de “leasing”, porquanto sempre houve, quanto a empresas de “leasing” “ligadas”, um ambiente de excepcionalidade que as beneficia (Seção 22). As condições da operação deveriam ser as de mercado, sem qualquer favorecimento (item 21.4). Se quiser ser muito conservador, a reduzir ainda mais a possibilidade de atritar-se com a fiscalização, o banco poderia limitar essas operações às hipóteses em que fosse viável contratar que a Leasing liquidaria o seu débito como o banco de pronto, ao invés de conceder-lhe prazo para tal liquidação, tão logo honrada a carta de crédito, no exterior (item 21.5).