

Atualidades

DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DE FATO OU IRREGULARES — ANÁLISE COM BASE NA LEI N. 4.595/64

LUIZ ALFREDO PAULIN

I — Introdução. II — Intermediários financeiros: a) Conceito; b) Necessidade de intermediação; c) Usura; d) Intermediação lícita. III — Instituições financeiras "latu sensu": a) Instituições auxiliares; b) Instituições equiparadas. IV — Conclusão.

I — INTRODUÇÃO

1. O conceito de instituição financeira de fato ou irregular é tema que de há muito preocupa os estudiosos do Direito Bancário. Realmente, decorridas mais de três décadas, desde a entrada em vigor da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, subsiste acesa discussão, a respeito do assunto. Aliás, impossível se olvidar que, em parte, a polêmica está ligada à forma pouco clara com que a matéria foi veiculada naquele diploma legal. Objetiva-se, com este trabalho, externar algumas opiniões a respeito da proposição, de sorte a poder contribuir com o debate que ainda subsiste.

2. Dito isto, impõe-se rememorar que a legislação pátria não deixa dúvida quanto à necessidade de prévia autorização para que uma instituição financeira possa funcionar. É o que se infere dos termos do artigo 18 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. A despeito da clareza desse comando legal, é sabido que determinadas pessoas, especialmente jurídicas, praticam, com habitualidade, e visando lucro, atos que a lei entende serem privativos de insti-

tuição financeira, sem estarem habilitadas para tanto. São as chamadas instituições financeiras irregulares ou de fato. Por via de consequência, instituição financeira irregular ou de fato é aquele ente que age no campo reservado às instituições financeiras, sem, contudo, estar habilitado.

Assim, para que se julgue se um dado ente pode ser classificado como instituição financeira de fato, é imprescindível que, previamente, se circunscreva o espaço que a lei reservou à atuação exclusiva das instituições financeiras. Desse modo, para melhor compreensão da temática, primeiramente, mister se faz buscar o campo reservado para as instituições financeiras para, a partir daí, se alcançar a definição de instituição financeira de fato.

3. Inicialmente, atente-se ao fato de as instituições financeiras (*latu sensu*) podem ser divididas em dois grandes grupos, a saber: de um lado tem-se os intermediários financeiros, ou instituições financeiras propriamente ditas, e de outro as instituições auxiliares ou instituições equiparadas às instituições financeiras. Cada um destes grupos apresenta particularidades tais que impossibilita tratar a matéria de forma con-

junta. Assim sendo, e para boa ordem, procurar-se-á, primeiramente, discorrer a respeito dos intermediários financeiros, para, posteriormente, debruçar-se sobre as instituições auxiliares e equiparadas.

II — INTERMEDIÁRIOS FINANCEIROS

a) Conceito

4. Muito antes da ciência jurídica se ocupar das instituições financeiras, a economia já o fazia. Nesta área, a conceituação do termo não provocou maiores polêmicas. Segundo os economistas, as instituições financeiras, especialmente os bancos, são entes que intermediam capitais. Por tal motivo também são denominadas de intermediários financeiros. A definição de instituição financeira ou intermediário financeiro é facilmente encontrada na literatura especializada. Thomas Mayer,¹ por exemplo, diz que: “*Intermediários financeiros* são firmas, como os bancos, que funcionam como os intermediários do sistema financeiro. Emitem direitos sobre si mesmas (como os depósitos que as associações de crédito imobiliário, ou caixas econômicas, emitem) e usam os fundos que obtêm em troca desses direitos para conceder empréstimos a terceiros” (itálico no original). Por seu turno, Samuelson,² nome que dispensa apresentações, posicionando-se sobre o tema, assim se expressa: “A moeda escritural e muitos outros serviços são proporcionados por intermediários financeiros. Os *intermediários financeiros* são instituições como os bancos, companhia de seguros e um número decrescente de associações de poupança e empréstimo que recebem depósitos ou fundos de um grupo e emprestam esses a outro grupo” (itálico no original). Vê-se, pois, inexistir discrepância na

ciência econômica no que concerne ao assunto.

5. No campo jurídico, em princípio, não haveria razão para celeuma. Ora, o Código Comercial de 1850, conquanto não se refira à instituição financeira, termo popularizado contemporaneamente, faz menção ao banqueiro que, sabidamente, é o mais importante intermediário financeiro. Dizia o citado diploma legal, em seu art. 119, que eram considerados “banqueiros os *comerciantes* que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco” (itálico não consta no original). Do conceito legal defluem várias conclusões. Tendo em vista os fins almejados neste trabalho, a mais importante refere-se ao fato de o banqueiro ser classificado como comerciante. A compreensão do vocábulo comerciante não desperta nenhuma dificuldade. Segundo a definição clássica de Fran Martins,³ comerciante é “...a pessoa, natural ou jurídica, que realiza, em caráter profissional, atos de intermediação, com intuito de lucro”. Resulta disso que o comércio está ligado a três elementos. Em primeiro lugar, vincula-se à especulação. E, neste ponto, impende verbalizar que, a despeito do sentido negativo com que o termo vem sendo vulgarizado, especulação não é outra coisa senão o intuito de lucro.⁴ Em segundo lugar, o comércio está ligado à prática de atos em caráter profissional, ou seja, de forma habitual e repetidamente.⁵ Aliás, neste sentido, Sérgio Covello,⁶ vai até mais longe ao defender que a empresa bancária pressupõe atividade em massa.

6. Por derradeiro, e nem por isso menos importante, é ínsito ao comércio a intermediação. Tendo se tocado neste assunto, indispensável recordar que o banqueiro, comerciante que é, pratica atos de intermediação da mercadoria com a qual

3. Fran Martins, *Curso de direito comercial*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 23.

4. Fran Martins, ob. cit., p. 91.

5. Cf. Fran Martins, ob. e loc. cit.

6. Sérgio Carlos Covello, *Contratos bancários*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 3.

1. Thomas Mayer *et alii*, *Moedas, bancos e economia*, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1993, p. 43.

2. Paul A. Sanderson e Willian D. Norhaus, *Economia*, 14ª ed., Lisboa, McGraw Hill, 1993, p. 582.

transaciona, vale dizer: capital. Observe-se, por exemplo, o que diz Lauro Muniz Barreto:⁷ “O Banco pode, pois, definir-se “a empresa intermediária do crédito”, na frase de D’Angelo. Exerce uma intermediação econômica. Existem, como se sabe, outros elementos de mediação, de onde convir precisar-se que a mediação operada pelos Bancos, não é aquela que se caracteriza pela simples aproximação realizada entre aqueles que dão crédito e aqueles que recebem a crédito, sem assumir, entretanto, uma responsabilidade própria, direta e pessoal. O Banco realiza essa interposição por meio de dois atos, que constituem, “prima facie”, aquilo que se pode chamar de “o binômio bancário”. Toma dinheiro emprestado, a crédito, e o dá, também por empréstimo”.

7. A doutrina estrangeira também espousa posições assemelhadas à acima exposta. Verifique-se, neste sentido, Molle,⁸ *verbis*: “L’impresa bancaria se caratterizza per l’attività che esplica di *intermediazione nel credito*, attraverso cioè la raccolta del reparmio fra il pubblico e l’esercizio del credito”(itálico no original). Vasseur,⁹ por seu turno, afirma: “La définition française de la banque est au demeurant en accord avec la définition qu’en a donnée le Conseil des Ministres des Communautés Européennes par une directive du 12 décembre 1977. Celle-ci déclare entendre par établissement de crédit: “une entreprise dont l’activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d’autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte”.

8. Em decorrência do aqui exposto, depreende-se que o banqueiro, intermediário financeiro por excelência, toma recursos de uns e os empresta a outros. Também

7. Lauro Muniz Barreto, *Direito bancário*, São Paulo, Universitária de Direito, 1975, p. 31.

8. Giacomo Molle, *Manuale di diritto bancario*, 3ª ed., Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1987, p. 3.

9. Michel Vasseur, *Droit et économie bancaires*, fascículo I, 3ª ed., Paris, *Les Cours de Droit*, s/d, p. 29.

assim são os intermediários financeiros em geral. Aliás, observe-se que a diferença básica existente entre o banqueiro e os demais intermediários financeiros é que o primeiro encontra-se autorizado a captar depósito à vista, o que lhe dá poder de criação de moeda escritural.

9. Assim, pode-se inferir que a instituição financeira habitualmente e com o intuito de lucro, atua no âmbito da intermediação de capital, tomando, em nome próprio, recursos de uns, e emprestando, também em nome próprio, recursos a outros. Aquele que estiver assim agindo, sem prévia autorização do Banco Central do Brasil, deve ser considerado instituição financeira irregular ou de fato, sujeitando-se às sanções previstas em lei.

b) Necessidade de intermediação

10. Vê-se que, até o momento, inexistiria razão para controvérsia. Não haveria, não fosse a Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, em seu artigo 17, ter utilizado de uma redação absolutamente inadequada. Confira-se o teor do dispositivo:

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

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

II. Tal conceituação legal, como bem lembrado por Liane Maia Simoni,¹⁰ “des-

10. Liane Maia Simoni, “O regime jurídico de responsabilidade dos administradores de instituições financeiras”, *RDM* 44/31.

peritou severas críticas por parte dos doutrinadores, em razão de sua redação que, por ser extremamente abrangente, dificultou bastante a interpretação do conceito nela contido". Realmente, o teor do art. 17 da Lei 4.595/64, em função de sua pouca clareza e excessiva abrangência, deu origem a uma série de problemas de caráter interpretativo. Muitos argumentaram, através de uma exegese que levava em conta exclusivamente a literalidade, que qualquer um que tivesse como atividade principal ou acessória, a coleta, intermediação ou aplicação de recursos, *mesmo que próprios*, infringiria à disposição em tela. Ora, tal conclusão não se justifica. Até porque, como é sabido, a interpretação de um texto de lei não pode conduzir a resultados absurdos. E, assinala-se que, em rigor, caso prevalecesse esta interpretação, um número infindável de pessoas, que praticam atos absolutamente regulares, corretos e socialmente aceitos, passariam imediatamente à condição de desrespeitadores da lei.

12. Em tais condições, a única maneira possível de se obter o exato sentido da norma, é procurar estabelecer o bem jurídico que pretendeu o legislador proteger. E, para tanto nenhum esforço será preciso, já que se afiguram totalmente compreensíveis os motivos que indicaram a indispensabilidade da exigência do *nihil obstat* da autoridade, para que se pudesse atuar no mercado como intermediário. Em primeiro lugar, perseguiu-se preservar os poupadores. Ora, aquele que atua como intermediário financeiro, fica autorizado a captar junto à população, tendo acesso às suas economias. Sabe-se que é de responsabilidade do Estado a proteção destas economias. Porém, não é só isso. A norma visa, outrossim, a proteção do próprio sistema financeiro. Deveras, na hipótese de um dos intermediários agir de forma irresponsável, inadimplindo suas obrigações perante o público, as conseqüências negativas do ato não se resumirão aos que confiaram seus recursos àquela instituição. Isto porque, via de regra, a quebra de uma instituição —

inevitável após esta deixar de cumprir suas obrigações — gera desconfiança em relação ao sistema financeiro como um todo, criando risco, ainda que potencial, à sua higidez. Portanto, cabe ao Estado prevenir que tais situações ocorram, selecionando previamente aqueles que pretendam adentrar ao ramo financeiro.

13. Observe-se, pois, que é somente quando ocorre a intermediação, e, portanto, permite-se o acesso à poupança popular, é que os bens juridicamente protegidos pela norma, quais sejam, o recurso do público em geral e a higidez do sistema financeiro nacional, encontram-se ameaçados. Assim é que, mostra-se plenamente racional pretender-se que, previamente ao início das atividades de intermediação financeira, o interessado submeta-se a uma rigorosa avaliação por parte do Banco Central do Brasil, o qual, com base em parâmetros legalmente estabelecidos, concederá ou não sua autorização. É certo que, muitos ainda apregoam que aquele que mútua capital próprio encontra-se sujeito às sanções constantes do art. 44, § 7º, da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Em parte, as objeções destas pessoas serão devidamente rebatidas nos itens 17 e seguintes abaixo. Porém, no que se refere às pessoas que se disponham a emprestar capital próprio, no que consistiria a lógica de se pretender que estes obtivessem a prévia aquiescência do Banco Central do Brasil? Nenhuma. O pior que pode acontecer é o detentor do capital fazer mal uso do mesmo. Mas, em um sistema capitalista, no qual se proclama a existência da livre iniciativa, não é função do Estado supervisionar os negócios perpetrados pelos detentores de capital, que devem ter discernimento para decidir onde investir suas reservas.

14. Em termos doutrinários, o posicionamento acima exposto não encontra resistências mais ferrenhas. De fato, a melhor doutrina tem se inclinado em reconhecer que somente a intermediação é que caracteriza o exercício da atividade financeira, e, portanto, unicamente a intermediação de

capital profissionalmente, e com o intuito de lucro, sem estar autorizado pelo Banco Central do Brasil para tanto, pode implicar no exercício irregular da atividade financeira. Tome-se, por exemplo, Wilson do Egito Coelho.¹¹ Diz o antigo chefe do Departamento Jurídico do Banco Central do Brasil: “Cremos mesmo que esses elementos não estiveram fora da cogitação do legislador contemporâneo. A lei define como operação privativa de instituição financeira “a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros” etc.

“Teremos, então, como coleta, a operação passiva (devedor direto) e como aplicação, a operação ativa (credor direto). Da inter-relação das duas surge a intermediação que, em Direito Comercial, significa intromissão especulativa. Os três elementos interligados, reciprocamente dependentes, formam uma unidade conceitual, portanto. Deste modo, a aplicação de recursos financeiros, próprios ou de terceiros, em moeda, só será atividade privativa das instituições financeiras quando ficar caracterizada a intermediação, ou coleta anterior dos mesmos recursos.”

15. Por sua vez, o que há de mais moderno no Brasil a este respeito, Nelson Eizirik, mostra-se favorável ao posicionamento adotado por Wilson do Egito Coelho. Diz o lúcido Professor, citado por Liane Maia Simoni:¹² “Nelson Laks Eizirik, concordando com o ponto de vista adotado por Wilson do Egito Coelho, sugere seja substituída “a conjunção alternativa ou constante da expressão coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros pela conjunção aditiva e, assegurando-se, por esse meio, uma correta e uniforme interpretação do dispositivo legal em questão”.

16. Isto posto, parece claro que somente aqueles que, com habitualidade e intuito de lucro, intermediam capitais, sem esta-

rem autorizados pelo Banco Central do Brasil para tanto, podem ser classificados como instituição financeira de fato.

c) Usura

17. Algumas vozes discordantes, no que pertine à necessidade de intermediação para que haja sancionamento com base no art. 44, § 70 c/c o 18 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, alegam que aqueles que mutuam capital próprio, com habitualidade e intuito de lucro, agiriam irregularmente, já que, via de regra, o custo da operação é superior a 12% ao ano. Primeiramente, não é possível deixar de dizer que, em face das taxas normalmente praticadas pelo mercado, na atualidade, impor aos particulares o limite de 12% ao ano implica, no mínimo, em agressão à realidade, quiçá ao bom senso. Ademais, haveria de se perquirir se, no caso do empréstimo entre particulares, a taxa de juro de 12% ao ano seria nominal ou real, e, neste último caso, qual o índice corretivo a ser utilizado. Portanto, desde logo, haveria dificuldade em aquilatar se o mutuante estaria transferindo recursos a taxas superiores a 12%.

18. Desprezando-se estes aspectos, é forçoso asseverar que, mesmo que mútuos nestas circunstâncias possam ser classificados como irregulares, nada autoriza o sancionamento do mutuante, com base na Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Ora, a Lei Bancária não se ocupa deste aspecto, o qual é regulado por leis específicas. De fato, as leis que tratam da usura são autônomas em relação à Lei Bancária. Aquelas, ao contrário desta, não têm por desiderato a proteção dos poupadores ou do Sistema Financeiro Nacional em si. Objetivam, isto sim, a proteção da *economia popular*. Tanto assim é que a lei de caráter penal que tipifica o delito de usura¹³ dispõe especificamente sobre os *crimes*

11. Wilson do Egito Coelho, “Empréstimo de dinheiro por particulares: quando se caracteriza operação privativa dos bancos”, *RDM* 41/69.

12. Liane Maia Simoni, ob. cit., p. 31.

13. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

contra a economia popular. Por outro lado, não se olvide da existência de norma que regula as conseqüências, na órbita privada, da cobrança de juros superiores a 12% a.a. Isto posto, evidencia-se que mútuo de dinheiro, com cobrança de encargos superiores a 12% ao ano traz conseqüência na órbita das relações privadas, conforme dispõe o Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, e no campo penal, conforme dispõe a Lei n. 1.521/51. Contudo, não há base legal para que se pretenda infringir sanção a usurário com base no art. 44, § 7º, da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

19. Afaste-se, a propósito, a falsa idéia de que o Banco Central do Brasil ou o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, ao deixar de sancionar o agiota, estaria co-onestando com a impunidade. Nada mais falso. Primeiro, porque, ainda que se julgue reprovável uma ação, do ponto de vista ético, aplicar uma dada sanção exige lei autorizatória. *In casu*, como já se viu não há. Portanto, em face da inexistência desta autorização legal, não poderia, qualquer destes órgãos, ser qualificado como omissio. Ademais, conforme também já relatado, o fato de o Banco Central do Brasil e de o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional não sancionarem o infrator não implica em impunidade, já que, em outros campos, inclusive na órbita penal, a conduta gerará conseqüências.

d) Intermediação lícita

20. Conforme ficou assentado, somente a intermediação habitual de capitais é capaz de implicar em desobediência ao preceito contido no art. 18 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Contudo, como toda regra, esta também comporta exceções. Realmente, algumas vezes, certas pessoas jurídicas, a despeito de intermediarem valores, não podem ser consideradas como infratoras das disposições constantes do art. 18 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Tratam-se, normalmente, de pessoas jurídicas que praticam tais atos, em estrito cumprimento de seu objeto social. Assim,

nas hipóteses em que a intermediação se dá dentro do curso normal dos negócios da empresa, e que tal ato é necessário para cumprimento de seu objeto social — objeto social este lícito, sublinhe-se — não se está a desrespeitar as normas multicitadas. Para melhor esclarecer este ponto, propõe-se três situações hipotéticas. Tome-se, assim, uma empresa industrial que produza bens destinados à exportação. Tal empresa depende de seus fornecedores. Estes, por sua vez, encontram-se subcapitalizados e, em vista disso, são incapazes de atender, em tempo hábil, o pedido da empresa industrial, para fornecimento de partes e componentes. Dada a necessidade que tem destes materiais, para viabilizar a produção de bens a serem exportados, a empresa opta por mutuar capital de movimento, para seus fornecedores, visando que, repita-se, estes possam atender aos seus pedidos, em curto espaço de tempo. Ainda que tais recursos tenham sido obtidos de terceiro, e, conseqüentemente, tenha havido a intermediação, e mesmo que a empresa industrial proceda a estes empréstimos com freqüência, não se pode alegar que houve desrespeito às normas da Lei Bancária. Muito pelo contrário. Aqui, a intermediação tem por objetivo possibilitar que a mutuante dê cumprimento ao seu objeto social, qual seja, produzir mercadorias para vender. Provavelmente, a não concessão destes empréstimos aos fornecedores impediria ou dificultaria, sobremaneira, a atividade da mutuante. Logo, não há aí desrespeito à Lei Bancária, mas sim, repise-se, uma estratégia que permite à empresa cumprir seus objetivos.

21. Tome-se, ainda, o caso das distribuidoras de combustível. É sabido que mutuam a postos de gasolina, para que estes possam proceder a reformas ou melhorias. Ora, o interesse da distribuidora é vender mais combustível, o que presumivelmente ocorrerá na medida em que os seus postos estejam bem equipados. Logo, também nesta hipótese, o empréstimo, ainda que habitual, tem por finalidade possibilitar o giro normal e eficiente de seus negó-

cios, e, conseqüentemente, permitir a realização do objeto social da mutuante. Há um terceiro caso. Tratam-se de conglomerados nos quais a *holding* toma recursos no mercado e os repassa aos outros componentes. Como se vê, aqui está-se diante de mera otimização na captação. Com efeito, sabidamente ao tomar um volume maior de recursos, de uma só vez, é provável que se obtenha melhores condições para todos. Em assim agindo, pode-se permitir a emissão de debêntures, o que permite captar recursos a um custo menor. Por outro lado, não é totalmente estranho ao objeto social de uma *holding*, especialmente aquela que controla posições majoritárias, planejar e executar estratégias para todo o conglomerado. Destarte, nesta hipótese, a intermediação de capitais deve ser entendida como simples modo de cumprir suas funções de *holding* que planeja, coordena e executa as políticas comuns em relação às empresas componentes do conglomerado. Em suma, pode-se afirmar que as pessoas jurídicas estão autorizadas a praticar os atos necessários à realização de seu objeto social, sendo certo que, se a consecução de seu objeto, desde que lícito e atendendo os requisitos legais, exigir que se pratiquem certos atos de intermediação de capital, *dentro destes estritos limites*, não há que se falar em desrespeito às normas da Lei Bancária.

22. Nos exemplos acima declinados não é improvável que se levante a questão da existência ou não de lucro na operação. Isto porque, como assentado, o comércio além da intermediação exige a ocorrência de mais dois elementos, dentre os quais, a especulação. Quanto a este aspecto, algumas observações demonstram-se importantes. Primeiramente, é de se ter claro que o elemento necessário para que se caracterize o comércio não é o lucro, mas sim o intuito de lucro.¹⁴ Em todos os casos acima relatados, na eventualidade de não haver

intuito de lucro, a questão ficaria desde então resolvida. E, neste passo, um alerta mostra-se fundamental. Ora, o fato de a taxa de repasse ser um pouco acima do custo de captação não denota, aprioristicamente, estar presente o intuito de lucro. Isto porque, deve-se considerar que há custos para a sociedade que primeiramente tomou o empréstimo, como, exemplificativamente, custos fiscais, administrativos etc., os quais devem ser transferidos, sem que isto signifique especulação. Além destes, obviamente, não é possível olvidar a probabilidade de o tomador final deixar de quitar sua obrigação, no tempo oportuno. Destarte, não de todo incorreto se supor que a repassadora dos recursos embuta uma pequena taxa de risco. Obviamente, se este *spread* se situar em patamares capazes de compensar suas perdas históricas no repasse, não se pode afirmar encontrar-se presente o intuito de lucro.

23. Todavia, ainda que haja intuito de lucro no repasse, a sociedade não pode ser tida como infratora das disposições legais, se o objetivo *principal* da operação não for o lucro com a intermediação de capital, mas sim a realização do objeto social do ente. Ora, justifica-se isto, na medida em que é inerente ao comerciante, em qualquer ato, procurar maximizar o seu ganho. Desse modo, não é improvável que nas operações acima descritas ou equivalentes o comerciante haja de acordo com a sua natureza, procurando otimizar seus ganhos. É essencial, entretanto, que o *objetivo principal* do repasse seja dar cumprimento ao objeto social. Assim, sem que isto represente desrespeito às normas inscritas na Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, permite-se que, de forma lateral e subordinada ao objetivo principal da operação, qual seja, dar cumprimento a seu objeto social, o comerciante possa pretender auferir lucro com o empréstimo.

III — INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS "LATU SENSU"

24. Conforme já explicitado no início deste trabalho, encontram-se submetidas ao

14. Cf. João Eunápio Borges, *Curso de direito comercial terrestre*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 9.

poder de polícia do Banco Central do Brasil, poder este concedido pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, não só os intermediários financeiros, ou seja, instituições financeiras *stricto sensu*, mas também outras instituições. Tais entes, conquanto não se enquadrem nos precisos termos da definição técnica de instituição financeira, foram submetidos, *ex vi legis*, a regime jurídico *assemelhado* à esta. É importante que se atente que estas pessoas, a despeito de não serem tecnicamente instituições financeiras, têm pontos em comum com estas últimas, de sorte a permitir que a lei lhes dê tratamento *assemelhado*. Neste momento, seria útil indagar se este tratamento legal implicaria na obrigatoriedade destes entes obterem a prévia aquiescência da autoridade, para poderem funcionar. A questão não desperta maiores dificuldades. É evidente que se a lei estabeleceu um regime jurídico *assemelhado*, quis o legislador que estes entes estivessem sujeitos ao mesmo tratamento que as instituições financeiras *stricto sensu*. Aliás, tais entes só se afastam do regime jurídico das instituições financeiras *stricto sensu* quando o comando a ser aplicado não se coadunar com a natureza do ente a este sujeito.

25. Todavia, para uma exata compreensão do caso específico ora tratado, é de todo oportuno verificar os exatos termos em que o art. 18 e seu § 1º da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, vem vazado:

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

“§ 1º - Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplinas desta Lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadoria ou dinhei-

ro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando, nos mercados financeiros e de capitais, operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.”

26. Da leitura de referido dispositivo legal infere-se que o legislador separou os intermediários financeiros das demais instituições de caráter auxiliar ou equiparadas. Tanto assim o é que, na primeira parte do parágrafo primeiro, faz menção a uma série de intermediários financeiros bancários e não bancários, para, em seguida, dizer que outras instituições também se subordinam ao regime da Lei Bancária. E, a partir deste ponto, enumeram-se uma série de entes auxiliares e equiparados.

27. Forçoso também admitir que, impôs-se a todas as instituições, sejam intermediários ou entes auxiliares ou equiparados, a obrigatoriedade da prévia autorização do Banco Central do Brasil. Isto porque, o parágrafo primeiro estende o regime da lei a todos os entes auxiliares e equiparados. Logo, tomando-se em conta os termos de que se valeu o legislador, conforme acima transcritos, indubitável que se estendeu a disciplina da Lei Bancária a estes entes. Ora, pelas regras contidas no diploma legal é indispensável a prévia aquiescência da autoridade, na hipótese de funcionamento de instituição financeira. Há, entretanto, outro argumento a reforçar esta tese. Refere-se ao local onde o legislador positivou que as instituições auxiliares e equiparadas também se subordinam ao regime da Lei Bancária. É especificamente no parágrafo primeiro do artigo 18. E, o *caput* do artigo 18 é justamente aquele que cria a obrigatoriedade da prévia autorização. Neste passo, nunca é demais sublinhar que o parágrafo é sempre dependente do *caput* do artigo. Dessa forma, destaque-se, se dúvida existia, quanto a este aspecto, esta encontra-se devidamente espancada.

28. Dito isto, é de ser asseverado que, impondo-se aos entes auxiliares e equiparados as disposições da Lei Bancária, há de se aplicar, sem sombra de dúvida, o disposto no art. 44, § 7º. Conseqüentemente, aqueles que assumirem as funções de instituições financeiras *latu sensu* sem estarem autorizados previamente pelo Banco Central do Brasil a tanto incorrem nas sanções previstas no art. 44, § 7º.

a) Instituições auxiliares

29. Conforme já cientificado, além dos intermediários financeiros, subordinam-se ao regime de autorização previsto pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, outros entes, classificados como instituições auxiliares e instituições equiparadas. As instituições auxiliares são normalmente estudadas pela doutrina. Alguns como Miguel Delmar Barbosa de Oliveira¹⁵ classificam-nas como uma subespécie de instituição financeira não bancária. Por seu turno, Eduardo Fortuna¹⁶ entende que as instituições se dividem em intermediários financeiros e instituições auxiliares. As primeiras, segundo o autor, caracterizariam-se por emitir seus próprios passivos, ou seja, captam recursos diretamente do público. Já as instituições auxiliares “propõem-se a colocar em contato poupadores com investidores, facilitando o acesso destes àqueles”. Pelo que se viu anteriormente, defende-se, neste trabalho, que de um lado existem os intermediários financeiros, os quais se subdividem em instituições financeiras bancárias e não bancárias. De outro lado, encontram-se os entes que não têm característica de intermediários financeiros, os quais se subdividem em instituições auxiliares e equiparadas.

30. As instituições auxiliares são normalmente ligadas ao mercado de capital,

15. Miguel Delmar Barbosa de Oliveira, *Introdução ao mercado de ações*, Comissão Nacional das Bolsas de Valores, 1983, p. 62.

16. Eduardo Fortuna, *Mercado financeiro*, Rio de Janeiro, Qualitymark Ed., 1992, p. 16.

como as corretoras, distribuidoras, bolsas etc. Vê-se, pois, que o legislador trouxe para o âmbito da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, todos aqueles entes componentes do sistema de distribuição, de que trata o art. 15 da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Aliás, importante que se diga que, quando da edição da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, não havia ainda uma clara delimitação entre fiscalização de mercado de capitais e mercado financeiro. De tal sorte que, pouco tempo depois, foi editada a Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, a qual diz textualmente, em seu primeiro artigo que os “... mercados financeiros e de capitais serão disciplinados pelo Conselho Monetário Nacional e fiscalizados pelo Banco Central da República do Brasil”.

31. Com o advento da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que estabeleceram nova disciplina no mercado de capitais, criando a Comissão de Valores Mobiliários, os componentes do sistema de distribuição, em vista do art. 15, § 2º, da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, passaram a ser fiscalizados simultaneamente pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários. Portanto, parece claro que o âmbito de fiscalização do Banco Central do Brasil é, hodiernamente, inferior àquela que já deteve.

32. Não se desconhece que, por conta deste regime de dupla fiscalização, surgem sérias dúvidas quanto aos exatos limites do poder de polícia exercido por cada órgão. Todavia, situações como as aqui apresentadas, quais sejam, aquelas envolvendo atuação sem permissão para funcionamento, não despertariam qualquer dúvida. Deveras, está a se discutir o exercício irregular de atividade de instituição financeira. Ora, a maior parte das entidades do sistema de distribuição, corretoras e distribuidoras, necessitam da autorização para funcionamento concedida pelo Banco Central do Brasil. Compete, pois, àquele órgão fiscalizar se os entes que atuam como insti-

tuições auxiliares estão autorizados ou não a assim agirem. Caso não estejam, compete àquela autarquia exercer seu poder de polícia e sancionar os infratores.

33. Desse modo, atuando como instituição auxiliar, sem estar devidamente autorizada pelo Banco Central do Brasil, o ente encontra-se sujeito ao que determina o art. 44, § 7º, da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

b) Instituições equiparadas

34. Todavia, não se esgota aí o rol das instituições financeiras. Com efeito, existem entes que, conquanto não se enquadrem nem como intermediários financeiros, tampouco como instituições auxiliares, são, por meio de diploma legislativo equiparadas às instituições financeiras. Poder-se-ia indagar a razão pela qual não se agregou, em um único conjunto, sem qualquer subdivisão, as instituições auxiliares e as equiparadas. Ora, as instituições auxiliares têm características próprias. Distinguem-se das demais pelo fato de atuarem preponderantemente no mercado de capitais. Destarte, inexistiria razão para classificá-las no mesmo grupo que as instituições equiparadas, que, em nenhum momento, têm como característica a intervenção no mercado de capitais.

35. As instituições equiparadas não têm características próprias, exceto que, não sendo intermediários financeiros, tampouco auxiliares, por força de lei foram submetidas a regime jurídico assemelhado às instituições financeiras. Utilizou-se, pois, de critério residual. Destaque-se, mais uma vez, que o legislador não tem total liberdade para equiparar qualquer ente às instituições financeiras. A equiparação exige um mínimo de pontos em comum entre as equiparadas e os entes financeiros, capaz de permitir que se conceda um regime jurídico assemelhado. Como exemplo clássico de ente equiparado tem-se as companhias de *leasing*. Indubitável a existência de pontos de contato entre esta atividade e o mercado financeiro, capaz de permitir a equiparação. O *leasing*

envolve aspectos creditícios, que, sem sombra de dúvida, apresenta-se como alternativa aos empréstimos para aquisição de bens. Por tal razão permite-se a equiparação.

36. Sendo equiparadas, não há dúvida que o exercício destas atividades não prescinde da prévia autorização do Banco Central do Brasil. Em não havendo esta autorização, a pessoa que estiver operando ilegalmente, sujeita-se às sanções previstas no art. 44, § 7º da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

IV — CONCLUSÃO

37. Procurou-se, neste trabalho, sumarizar aspectos relacionados àqueles entes que, embora não autorizados, atuam no mercado como se instituições financeiras fossem. Das reflexões feitas a respeito do tema, permite-se resumir os seguintes pontos:

a) em termos de ciência econômica, não há polêmica no que pertine a conceituação de instituição financeira, também conhecidas por intermediários financeiros;

b) do ponto de vista jurídico, instituição financeira é atividade comercial. Desta sorte, exige-se o intuito de lucro, a habitualidade e a intermediação, no caso específico, de capitais;

c) a melhor interpretação do artigo 17 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, implica em considerar que o simples mútuo de dinheiro, mesmo que de forma habitual e especulativa não implica em desrespeito aos termos da Lei Bancária;

d) a existência de delito de usura não representa desrespeito à Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964;

e) em situações específicas, em se tratando de cumprimento do objeto social, a intermediação de capital não implica em infringência às normas da Lei Bancária;

f) a lei assemelha aos intermediários financeiros as instituições auxiliares e equiparadas. Assim, aquele que atuar como instituição auxiliar ou equiparada, sem estar autorizada para tanto, expõe-se às sanções

