

DIREITO BANCÁRIO E OPERAÇÕES BANCÁRIAS

Juliano José Parolo

1. Considerações preliminares

O Direito como ciência que norteia os homens vivendo em sociedade, tem por objetivo assegurar a cada um o que é seu, segundo as sábias palavras de Spinoza.

Sabemos que o Direito, para fins didáticos, tem sido subdividido em dois grandes ramos: o Direito Público e o Direito Privado. O primeiro procurando resguardar o interesse direto e imediato do Estado e o segundo traçando normas de regulação dos interesses privados. Todas as pessoas têm o dever de observar os valores sociais e coletivos impostos pelo Estado.

O Direito se torna dia a dia mais publicístico. O Estado interfere sempre e cada vez mais nas relações entre os particulares, justamente para cumprir sua função.

Os grandes sub-ramos do Direito Privado passam a conter regras limitadoras da predominância do interesse particular. É o que tem ocorrido, preponderantemente, com o Direito Civil e com o Direito Comercial.

O Código Comercial, que contém normas disciplinadoras das atividades dos comerciantes, das sociedades mercantis e outras, estabelece, no art. 119, que são considerados *banqueiros* os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco.

O Código Comercial surgido em 1850 (art. 120), vale aqui este registro, já previa que as operações de Banco serão decididas e julgadas pelas regras gerais dos contratos estabelecidos neste Código, que forem aplicáveis segundo a natureza de cada uma das transações que se operarem.

Tanto o comerciante individual como as sociedades mercantis praticam atos do comércio, intermediação, ou atos assim considerados por leis especiais, com habitualidade, visando lucro.

Os Bancos sempre tiveram idêntica configuração.

Agem de acordo com sua função social, praticam operações habituais, exercem atividade econômica organizada, cuja finalidade é o lucro.

Toda a atividade mercantil ou empresarial, para usar de terminologia mais atual, considera o lucro como única razão de ser das empresas, e os bancos não dissentem disso.

A atividade empresarial tem suas diretrizes traçadas não só no Código Comercial, como nas demais codificações apontadas e em inúmeras leis extravagantes (Dec. nº 3.708/19: sociedades por quotas de responsabilidade limitada; Lei nº 6.404/76, Lei nº 9.457/97 e modificações: sociedades anônimas; e tantas outras), inclusive no Código de Defesa do Consumidor.

Como dizia **Orlando Gomes**, os negócios realizados pelos bancos, no exercício de sua atividade mercantil, chamam-se *operações bancárias*, se a função é creditícia (Contratos, Forense, 13 edição, p. 323).

Tarefa das mais espinhosas para os que atuam com as coisas de bancos é reunir toda a legislação bancária aplicável.

As operações bancárias são dinâmicas no seu dia a dia, ricas de conteúdo fático. Muitas vezes se chocam com regras estáticas, de difícil interpretação, redigidas sem o devido rigor técnico.

Perde-se tempo e dinheiro com o formalismo exagerado, desnecessário até em muitos casos, do nosso ordenamento jurídico, que, tradicional e conhecidamente, é rico de mudanças, sempre demoradas, o que tem acarretado entraves na instrumentalização dos negócios dos bancos, chegando mesmo a emperrá-los.

Tendo os bancos atuação empresarial, os operadores do direito devem, primeiramente, buscar inspiração no Código Comercial, e na vastíssima legislação complementar que disciplina o seu relacionamento com as pessoas de Direito Público e as particulares.

Supletivamente, naquilo que o vetusto, mas sempre sábio diploma imperial não consagrou, o Código Civil indica-nos o caminho não só da formatação, como também outras regras de interpretação e demais elementos indispensáveis à concretização dos negócios.

Para poder funcionar no País, dependem os bancos da concessão de autorização do Banco Central do Brasil, como determina a Lei de Reforma Bancária nº 4.595/64, art. 10, inc. X, letra a, daí porque para a sua implantação operacional, também deve obedecer dispositivos consagrados no Direito Administrativo.

Quando o legislador estabeleceu como ilícitos penais certas atividades, tipificando, vg, os crimes contra o SFN chamados de crimes do colarinho branco previstos na Lei nº 7.492/86, os da lavagem de dinheiro da Lei nº 9.613/98, as normas de Direito Penal igualmente deverão ser levadas em conta.

A imposição do recolhimento de tributos para certas operações bancárias é uma prova incontestável também da incidência dos regulamentos previstos no Código Tributário Nacional e no Direito Tributário.

A própria Constituição Federal apresenta enorme gama de dispositivos que interferem diretamente nas operações bancárias, citando-se, dentre tantos, o sigilo de correspondência, de dados, regra imposta pelo inciso XII, do Art. 5º, a todos, inclusive aos bancos.

Prevê, mais, que o Sistema Financeiro Nacional será devidamente regulamentado, por meio de lei complementar.

Enquanto isso não acontece, continua em pleno vigor a Lei de Reforma Bancária nº 4.595/64, como vem reconhecendo os pretórios. Referida lei estabelece os direitos e as obrigações dos bancos, por meio de uma vastíssima legislação regulamentar, consubstanciada em resoluções, circulares, cartas circulares expedidas, principalmente pelo Banco Central do Brasil.

Como a atividade bancária é estatal, como vem determinado na Carta Magna, há uma constante e cada vez maior preocupação das autoridades monetárias em cuidar de perto do sistema bancário, principalmente nos dias atuais dado o risco da globalização.

É pena que sempre se cogita de transformações, como temos visto, de forma empírica, depois de acontecimentos irreversíveis, prejudiciais aos interesses de muitos, bastando lembrar os casos dos países emergentes, o término da banda cambial...

Ao conjunto de princípios e normas das relações jurídicas entre os bancos e seus clientes, poderia, em sentido amplo, denominar-se **Direito Bancário**, o qual segundo Waldirio Bulgarelli, seria um sub-ramo do Direito Comercial, dada a contínua especialização das operações e sua expansão e crescimento com o aparecimento de novas, com a conseqüente utilização na vida comercial (Côntratos Mercantis, Atlas, 1997, p. 579).

O desenvolvimento econômico dos bancos tem sido cada vez mais competitivo, em virtude de inúmeros fatores.

Dentre eles poderíamos apontar o crescimento da população, a massificação dos contratos, a desenfreada informatização, o surgimento rápido de novas empresas bancárias, ora se fundindo ou se associando entre si, ora bancos maiores adquirindo outros menores, transformando-se em conglomerados para enfrentar os desafios do novo milênio.

Toda essa panorâmica está a exigir de todos uma maior reflexão sobre a legislação pertinente.

Os bancos estão dotados de instrumentos operacionais que necessitam, com urgência, ser reciclados.

Suas operações creditícias têm sido questionadas, a nosso ver de maneira até inadequada, pois jamais se assistiu a tantos incentivos ao calote, em todos os seguimentos da sociedade, sem exceção, bastando lembrar a anistia constitucional, a lei da impenhorabilidade do bem de família, a quase derrocada do crédito rural, que felizmente não vingou como pretendiam os ruralistas, permanecendo o Banco do Brasil incólume, na qualidade de líder de mercado nessas operações destinadas à pecuária e à agricultura.

DIREITO BANCÁRIO E OPERAÇÕES BANCÁRIAS

Mais recentemente, estão brotando algumas decisões judiciais fundamentadas no Pacto de San José, do qual o Brasil é signatário, e que fez editar o decreto legislativo nº 27, de 26.5.92, estabelecendo que ninguém deve ser detido por dívidas, ressalvados os casos de inadimplemento de obrigação alimentar.

Tais decisões, embora não definitivas, têm dado pela impossibilidade da prisão do depositário infiel do bem dado em garantia de alienação fiduciária dos financiamentos.

Se por um lado o mundo avança, os devedores continuam a ganhar mais espaço, aqui talvez tenha sido esquecida, como sóe acontecer neste País, da magistral descoberta feita pelas autoridades econômicas, verdadeiro ovo de Colombo, consubstanciada na garantia da alienação fiduciária surgida com o DL nº 911/69, o que provocou o fácil acesso a todos na aquisição de bens de consumo durável, popularizando a compra principalmente de automóveis, solução impar que serviu para se esvaziar os pátios lotados das montadoras, à míngua, na época, de disposição legal apropriada.

Certamente que o legislador pátrio, atento às aspirações da comunidade, deve cuidar de novos instrumentos legais visando acompanhar o desenvolvimento. Os bancos, dada a posição que assumem na circulação econômica das riquezas, também devem ter instrumentais capazes de possibilitar o retorno seguro daquilo que colocaram no mercado, apesar da regra implacável de todos sofrida: se empresta mal, recupeará mal. Afinal, o risco corre por conta do empresário banqueiro também.

Quanto aos serviços bancários, cuja presteza e qualidade estão ainda longe do esperado, mais do que nunca não faltam, diariamente, discursos inflamantes até, daqueles que pretendem num simples gesto, como o apertar de um botão, alterar o horário de atendimento do público dos bancos, o que é autorizado previamente apenas pelo Banco Central do Brasil (Súmula 19 do STJ).

Outros, com o grande espaço descortinado pelo Código de Defesa do Consumidor, querem que as agências bancárias disputem verdadeiras corridas contra o tempo, exigindo-lhes, de forma absurda, que cada pessoa seja atendida nesse ou naquele espaço de tempo.

Tais assuntos continuarão a ser debatidos, daí porque os bancos devem procurar melhorar não só seus instrumentais operacionais, bem como a prestação de serviços.

O termo banco, de origem germânica (*banc* ou *panc*), significava assento que ficava atrás do balcão no qual atuavam os cambistas e os emprestadores de dinheiro, segundo o professor Marcus Cláudio Acquaviva (*in* Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva, Ed. Jurídica Brasileira, 1995, p.30).

Hoje, praticamente, os bancos têm um procedimento análogo, embora melhor aparelhados para agir com rapidez cada vez maior, oferecendo um leque de serviços mais sofisticados, dadas às exigências e forças competitivas de mercado.

Não demorará muito e as agências bancárias serão transformadas em pequenos redutos, onde serão realizadas apenas as transações impossíveis de serem feitas em outros locais.

A *agência virtual* já vai se constituindo em uma realidade, à exemplo do que existe em outros países.

No Brasil, entretanto, os desafios nesse sentido não são poucos, mas poderão ser superados se enfrentados com competência e técnica.

Para comprovar isso basta lembrar alguns desses entraves, bastante conhecidos e arraigados:

- Os Bancos não conseguem acabar com as filas intermitentes, às quais muitos clientes acorrem diariamente, fazendo desses locais verdadeiros pontos de encontro.
- Clientes não fazem a mudança de paradigma, mantendo o seu comércio, indústria, ou qualquer outro tipo de atividade usando sistemas obsoletos e ultrapassados.
- Quase tudo faz parte da conhecida compensação eletrônica.
- A grande massa das obrigações tem seus vencimentos no início do mês, o que causa maiores transtornos no atendimento.

Com o tempo essa situação irá certamente melhorar por meio de novos sistemas de atendimento, com a implantação da cobrança sem papel, com o desaparecimento, que vai ganhando corpo, dos títulos de crédito e de outros documentos, com a utilização crescente do cartão magnético, com o dinheiro de plástico, com outros meios inovadores da informática.

Quase todos já perceberam que a Letra de Câmbio, usada por poucos, quase caiu no esquecimento, o mesmo se verificando com a Nota Promissória, outrora de grande utilidade, hoje servindo de garantia pessoal. Com relação as duplicatas, a maioria delas sequer são emitidas fisicamente, preferindo o vendedor usar a duplicata virtual ou escritural. Os cheques pré ou pós-datados servem de garantia ou para substituir as promissórias, pois mais ágeis e melhor aceitos, deixam até, em certos casos, de ser ordem de pagamento à vista.

Os bancos transacionam com seus clientes, disputam palmo a palmo entre si maior fatia do mercado, estabelecem acirrada concorrência, cada um procurando oferecer mais e melhor à clientela e ao público.

Fran Martins, ao cuidar das empresas bancárias, no seu conhecido livro *Contratos e Obrigações Mercantis* (Forense, 1993, p. 484), assevera que os bancos têm por finalidade a *mobilização do crédito*, principalmente mediante o recebimento de depósitos, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital, podendo praticar outras operações afins e estas serão sempre consideradas comerciais.

O que os bancos fazem há muito tempo é captar recursos junto ao mercado e repassá-los aos interessados.

Esse o seu verdadeiro comércio lucrativo.

Não seria nem preciso enfatizar que o lucro será tanto maior quanto for a diferença alcançada entre o que paga aos investidores e o que recebe dos tomadores de crédito, abatidas as despesas operacionais, naturalmente.

Portanto, é ilusória, fora de propósito, descabida a alegação daqueles que desconhecendo essa realidade, insistem na tecla de que como os bancos pagam x na captação, deveriam cobrar o mesmo x nos empréstimos...

Tudo no comércio bancário funciona de conformidade com as leis de mercado, impossíveis de serem revogadas. A utópica limitação das taxas de juros dos bancos, como constou do Art. 192 das disposições transitórias da CF, só poderia ensejar manifestação de repúdio dos tribunais superiores ao proclamarem sua não auto-aplicação, tendo o Senado levado mais de uma década para reconhecer tamanho equívoco.

2. Características das operações bancárias

As operações bancárias são negócios jurídicos, verdadeiros contratos, onde existem as partes envolvidas, banco/cliente, que chegando a um acordo de vontades, a um consenso, estabelecem entre si direitos e obrigações.

O contrato, didaticamente, pode ser considerado mercantil, que sendo sempre oneroso, diferencia-se do contrato civil, muitas vezes não oneroso. O contrato bancário geralmente é oneroso, como os empréstimos de bens fungíveis, o mútuo em geral, podendo em certos casos ser não oneroso, quando outros fatores nele interferem.

Os contratos em geral são hoje regulados pelo Código Civil, pelo Código Comercial e também pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Este último trouxe regras específicas de defesa dos interesses dos consumidores, considerados vulneráveis, hipossuficientes, assim chamados por Cesarino Júnior, diante do fornecedor ou do prestador de serviços, sempre numa relação de consumo.

O CDC inovou sobremaneira os contratos ao cuidar da proteção contratual, das cláusulas abusivas, dos contratos de adesão.

Não pretendendo iniciar discussão hoje muito em moda sobre o tema se os *bancos estão ou não sujeitos às regras do CDC*, deixamos algumas questões em aberto à reflexão dos estudiosos:

- as pessoas jurídicas, sendo empresas, são vulneráveis e podem se socorrer do CDC?
- o mútuo de dinheiro é relação de consumo?
- o contrato de repasse de moeda estrangeira é protegido pelo Código de Defesa do Consumidor?

As regras e disposições do Direito Civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas no Código Comercial (art. 121).

O princípio norteador dos contratos é a *boa fé* entre os contratantes, devendo-se levar em conta, na sua interpretação, as regras relativas as necessidades do crédito, as da equidade, a intenção das partes, os fins econômicos etc.

Ao lado desses princípios, os contratos são regidos pelo *princípio da obrigatoriedade* da avença, também conhecido como *pacta sunt servanda*.

É que as cláusulas e condições estabelecidas na operação ou contrato bancário são intangíveis, significando que a avença é irretroatável, só podendo ser alterada mediante novo concurso de vontades.

Essa rigidez do contrato tem sido ultimamente abrandada pelo Judiciário, que vem coibindo os abusos praticados pela parte mais forte do ajuste.

Admite-se, em certos casos, a aplicação da *teoria da imprevisão*, principalmente quando no momento da celebração do contrato as partes não podiam prever alteração decorrente de evento extraordinário.

As partes contratantes deverão estar sempre num mesmo nível quando firmam um contrato, de tal sorte que rompido o equilíbrio existente entre elas, a parte prejudicada poderá pedir a revisão de suas cláusulas e condições justamente para manter o equilíbrio rompido. É a conhecida teoria da imprevisão, também chamada de cláusula *rebus sic stantibus*.

A nosso ver tem sido deturpado o uso dessa fantástica teoria, quando devedores confessos vão a juízo para discutir não o principal do dinheiro tomado, objeto de contrato livremente sacramentado, mas apenas os acessórios relativos a juros, multa contratual e outros encargos, sob o argumento de serem extorsivos, capitalizados, excessivos, todavia, sem o devido e necessário depósito do principal, esquecendo-se de que os encargos, como acessório seguem o principal...

Sendo o contrato bancário um ato jurídico bilateral, as partes envolvidas devem ser capazes, estar representadas por si ou por representante legal de acordo com o ato constitutivo, para a declaração da vontade, ter objeto lícito e forma prevista ou não na lei (art. 82 do CC), e conter as suas assinaturas e a de duas testemunhas meramente instrumentárias.

O contrato civil é contrato solene, formal, detalhado.

No comércio bancário, pela rapidez dos negócios, as pessoas contratam, muitas vezes sem a prévia formalização do documento suporte, verbalmente, por telefone, fax, telex, Internet etc., inclusive baseadas, em certos casos, nos usos e costumes. Algumas operações são feitas desta forma, posteriormente confirmadas por escrito.

Os contratos geralmente são impressos assinados em branco pelos clientes do banco, depois contabilizados e formalizados, sendo preenchidos os seus vazios e colhidas as demais assinaturas.

A prevalência da liberdade de contratar e da igualdade das partes com o passar dos tempos foi perdendo sua razão de ser, graças principalmente à intromissão do Estado nos negócios jurídicos particulares na vida econômica, ao próprio desequilíbrio da população e à mudança das técnicas de contratar com a massificação social e a despersonalização dos envolvidos.

A intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual, o dirigismo contratual, ou a redução da liberdade de contratar em benefício da ordem pública, têm reforçado a proteção contratual. Medidas que visam coibir abusos decorrentes da desigualdade econômica, controlar certas atividades empresariais, regular produção e

distribuição, enfim destacar a prevalência do interesse público sobre o particular, estão propiciando uma verdadeira proliferação dos contratos de adesão.

Alguns consideram os contratos bancários como contratos de adesão. Outros entendem, ao contrário, pelo fato de que o cliente tem a opção de escolher esta ou aquela instituição de crédito, diferentemente do que ocorria com esse tipo de contrato, onde o contratante nele se engajava à falta de alternativa.

O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro lado, não pode ser atendido, como acontece, por exemplo, com os contratos de transporte até hoje.

Nesse particular, embora admitidos pela doutrina, confirmados pelo Judiciário, não havia nenhuma previsão legal a respeito do *contrato de adesão*, cujo conceito passou a existir com o advento do CDC, Lei nº 8.078/90, que no art. 54 estabelece como sendo aquele contrato cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidos unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Daí porque devem ser interpretados tais contratos com maior critério de justiça e de razoabilidade uma vez que o aderente não teve a oportunidade de discutir os termos do negócio jurídico, firmado geralmente em modelo impresso, limitando-se a dar sua adesão.

Nos contratos de adesão não se exige prévia negociação ou confabulação entre os contratantes, não se debate, nem se discute cláusulas e condições.

Há neles um simples consenso, segundo normas de rigorosa “standardização”, onde uma das partes se submete às disposições da outra.

Contratos de adesão são os de cartão de crédito, de assistência médica, de financiamento para aquisição de bens etc.

Pela teoria tradicional do contrato, sendo o contrato, como vimos, um negócio jurídico, dependerá do acordo de vontades. A proposta e a aceitação são destinadas sempre a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e também com eficácia obrigacional, porque a um direito corresponderá sempre uma obrigação e vice-versa.

Tanto o Código Comercial (arts. 121 a 139) como o Código Civil (arts. 1079 a 1093) tratam das disposições gerais sobre contratos, cuidando depois em outros dispositivos das suas diversas espécies.

Além destes dois tradicionais diplomas reguladores, cuja fusão está prevista no Projeto do Código Civil, no qual serão inseridos até os títulos de crédito, objeto de leis e convenções especiais, os bancos concretizam suas operações e serviços com sua clientela observados os normativos do Banco Central do Brasil, a quem incumbe a fiscalização das instituições financeiras, por força da mencionada Lei nº 4.595/64.

É em virtude dessa fiscalização que os contratos bancários, alguns serviços, cobrança de tarifas, incidência de tributos, regras de boa técnica bancária etc., devem seguir rigorosamente as determinações legais do Banco Central do Brasil, e de outras autoridades governamentais.

3. Conceito de operação bancária

Poderíamos conceituar as operações bancárias como sendo aquelas próprias dos bancos, são negócios jurídicos peculiares, geralmente envolvendo crédito, realizadas com clientes pessoas jurídicas ou físicas, públicas ou particulares, que visam lucro, todas feitas em harmonia com a legislação pertinente, com as determinações do Conselho Monetário Nacional, sob a fiscalização do Banco Central do Brasil.

4. Classificação

Os bancos são mobilizadores de crédito, assevera Fran Martins (ob. e p. cit.). Agem sempre, prossegue, como sujeitos das operações e dos contratos que realizam – *sujeitos ativos*, quando desses contratos e operações resulta serem os bancos os *credores*; *passivos* quando se tornam devedores. De qualquer modo, prossegue aludido mestre, os bancos fazem atos de intermediação, procurando obter capitais disponíveis e os aplicando, em seu próprio nome, tendo sempre, nessa intermediação, o intuito de lucro. (ob. cit., p. 485)

Nota-se, portanto, que os bancos operam seus negócios de duas maneiras: ativa e passivamente.

Assim, os bancos realizam operações que podem ser classificadas em **operações ativas**, quando figuram como parte credora (empréstimos em geral) e em **operações passivas**, quando nelas comparecem como devedores (conta corrente, poupança, CDB).

Além desses dois tipos de operações, os bancos prestam serviços a seus clientes e ao público, por meio dos quais são remunerados (cofre de aluguel, cobranças, administração de carteira etc).

Aquele mais bem aparelhado prestará serviços mais rápidos, de qualidade e mais baratos, aumentando a clientela, seu campo de atuação, auferindo lucro maior.

4.1 Operações bancárias (ativas) usuais

Os contratos mais comuns no comércio bancário, onde os bancos figuram como CREDITORES, são:

Contrato de mútuo, espécie do gênero empréstimo, está disciplinado no Código Comercial (art. 247) e no Código Civil (art. 1.256).

Carvalho de Mendonça entende como mútuo “o contrato mediante o qual uma parte entrega a outra coisas fungíveis, principalmente uma soma de dinheiro, tendo por escopo o empréstimo, com a obrigação desta última restituir-lhe outro tanto do mesmo gênero, qualidade e quantidade.” (Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. VI, 2ª parte, p. 315).

O banco desembolsa ao cliente (p. jurídica ou física) determinada quantia em dinheiro, a ser paga no vencimento final ou em prestações (mútuo parcelado), o principal mais os encargos financeiros incidentes (taxa, IOF, juros pré ou pós-fixados).

O mútuo ou empréstimo é geralmente firmado em instrumento particular, subscrito pelas partes e por duas testemunhas (meramente instrumentárias), podendo ter garantia, como veremos adiante: pessoal ou real, do próprio devedor ou de terceiro.

Se real a garantia, há necessidade da escritura pública, a não ser naqueles casos contemplados por leis especiais.

Contrato de Abertura de Crédito em conta corrente, por meio do qual o banco abre ao cliente até certo valor, um limite de crédito a ser utilizado de uma vez ou em parcelas, por prazo certo ou indeterminado, contrato este que poderá ter as mesmas garantias do contrato de mútuo. Sem garantia o contrato será chamado abertura de crédito a descoberto.

Nestes contratos, o banco coloca o crédito à disposição do cliente pelo que lhe cobra os juros sobre o capital correspondentes, mesmo que não utilize o crédito aberto.

O banco é o creditor e o cliente o creditado.

Esta modalidade de contrato bancário se presta para os conhecidos *contratos de cheque especial*, com garantia ou não, embora o Banco Central recomende pelo menos a garantia de aval, como boa técnica bancária.

Quanto ao contrato de **cheque especial**, este tipo de ajuste tem sido muito questionado em virtude de vários fatores, dentre os mais comuns, a falta de legenda dos lançamentos feitos na conta do cliente, nos extratos remetidos, outras vezes a legenda é mal redigida, pouco clara, o demonstrativo contábil dos juros e outros encargos cobrados é incorreto ou de difícil compreensão, falta de remessa periódica dos extratos e, em certos casos, até práticas abusivas o mercado tem registrado.

Mister se faz que a maioria dos bancos procurem reformular a maneira de operar essa modalidade de concessão de crédito.

O que se assiste por aí é o cliente buscar inutilmente informações sobre seu saldo devedor, coisa que ninguém sabe explicar como se chegou àquele resultado. Diante disso o cliente deixa de quitá-lo, torna-se inadimplente, o que obriga o banco a cobrar a dívida em juízo, gerando mais custos, o nome do devedor é colocado nas restrições dos órgãos de proteção do crédito, às vezes sem nenhum critério, disso tudo decorrendo outras conseqüências de todos conhecida, inclusive o próprio cliente tomando a iniciativa de propor ação contra o banco, dificultando a recuperação.

A própria cobrança judicial, ninguém a entende: uns acham que o contrato de cheque especial é título executivo extrajudicial desde que acompanhado dos extratos da conta; outros têm opinião diametralmente oposta: cheque especial só pode ser cobrado por ação ordinária.

Para servir de exemplo de como esse assunto está a merecer um correto e melhor tratamento por parte do Banco Central do Brasil, até porque se constitui de instrumento contratual dos mais úteis e necessários, outro dia notamos uma decisão de primeiro grau de indeferimento de uma inicial de ação monitória de banco.

Talvez, o banco tenha optado por esse caminho, dadas as inúmeras cobranças de cheque especial indeferidas. Qual não foi a sua surpresa ao verificar que o Magistrado indeferiu de plano a inicial, julgou extinto o processo, por entender não ser caso

de ação monitória, pois o banco, segundo entendeu, pelo contrato e pelos estratos da conta deveria ter ajuizado processo de execução, conforme jurisprudência apontada do Colendo STJ.

O legislador sensibilizado com esse problema do cheque especial e com outras operações creditícias acaba de editar a Medida Provisória nº 1925 (DOU de 15.10.99) dispondo sobre um novo título de crédito, a Cédula de Crédito Bancário (CCB), que será de grande utilidade no comércio bancário, dadas suas peculiaridades, pois representa promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito de qualquer modalidade.

A CCB poderá ter garantia real ou pessoal, cedularmente constituída, é título executivo extrajudicial, na qual poderão ser pactuados juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência, periodicidade, despesas etc.

As Cédulas de Crédito Bancário aplica-se a legislação cambial, dispensado o protesto para garantir direito de regresso, dentre outras novidades trazidas pela referida MP nº 1925.

Outra modalidade de abertura de crédito é aquela em que o banco ajusta com o creditado a colocação de crédito a favor de terceiro, geralmente verificada quando o creditado efetua alguma transação com o terceiro. É o chamado **crédito documentado**, que não se confunde com a **carta de crédito** prevista no art. 264 do Código Comercial, consistente em ordem escrita de um banco a outro para que coloque ao inteiro dispor do terceiro determinado valor a ser por ele usado em certo prazo, total ou parcialmente.

Contrato de financiamento: trata-se de modalidade de contrato de abertura de crédito, pois destina-se a pessoa para realizar certo negócio. Entre nós tornou-se muito comum o financiamento ser dirigido à aquisição de bens de consumo durável, os chamados CDC, bastante operado pelas financeiras, ou pelos bancos múltiplos com carteira de financeira.

A garantia contratual, além do aval tem sido o próprio bem adquirido, que é dado em garantia real de alienação fiduciária.

Neste tipo de contrato tem sido reconhecida a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o cliente financiado é envolvido numa relação de consumo em que figuram também a vendedora do bem e o banco ou a financeira.

Contrato de repasse: o banco funciona como agente repassador de empréstimos concedidos por terceiro. Exemplos dessa modalidade de empréstimos são os contratos de recursos da Finame (BNDES), os contratos feitos ao amparo da Resolução 63 do Banco Central do Brasil, onde o tomador prefere que o banco obtenha no exterior uma linha de crédito (moeda estrangeira) e lhe repasse determinado valor, assumindo o risco cambial, além dos demais encargos de um empréstimo comum.

As garantias para tais contratos são aquelas recomendadas tanto pela Finame como pelo Banco Central do Brasil. Para certas linhas de crédito, o BNDES e o Banco Central do Brasil chegam a exigir cláusulas e condições mínimas preestabelecidas que devem fazer parte dos contratos dos bancos repassadores.

Contrato do crédito rural, industrial e comercial: há toda uma legislação específica a recomendar aos bancos estas modalidades de empréstimos com finalidades específicas. As garantias estão todas previstas nessa legislação, cada um de tais contratos tendo uma roupagem própria.

O crédito rural e os títulos de crédito rural estão dispostos no DL nº 167/67 e vasta legislação esparsa. Existem tipos de garantias que são próprias do crédito rural como o penhor pecuário ou agrícola, dependendo da espécie do bem da garantia prestada. Ajusta-se a hipoteca ou penhor censual, a nota promissória rural etc.

As pessoas físicas ou as empresas que atuam na atividade industrial podem obter contratos de financiamento para aplicação em projetos determinados, constantes de um orçamento vinculado à operação.

Os financiamentos industriais estão previsto no DL nº 413/69, que cuida da cédula de crédito industrial, que nada mais é do que uma promessa de pagamento em dinheiro, com garantia real que pode ser de hipoteca, penhor, alienação fiduciária, cedularmente constituída (arts.9º e 19).

Já o crédito comercial igualmente tem regulação própria na Lei nº 6.840/80, que trata dos empréstimos concedidos pelos bancos a pessoa físicas ou jurídica que se dedique à atividade comercial ou de prestação de serviços.

Contrato de financiamento: destinado à aquisição de casa própria, tem legislação própria, sendo modalidade de empréstimo praticada pela carteira de crédito imobiliário dos bancos ou pelas companhias de crédito imobiliário. A garantia é a hipoteca do bem adquirido que, por determinação legal, pode ser feita por instrumento particular, com força de escritura pública.

Operação de desconto: são feitas com títulos de crédito de emissão dos clientes do banco, ou de terceiros, devidamente endossados ao bancos, via endosso traslatício, o qual transfere a propriedade da cambial do favorecido endossante ao banco endossatário.

O descontante recebe do banco os valores correspondentes dos títulos descontados. Feitos os abatimentos dos encargos financeiros, dos custos operacionais, o banco faz o crédito ao descontante e fica com o crédito representado pelos títulos.

Mais comuns se tornaram os descontos de Duplicatas, que de certa forma, atualmente, tiveram sua roupagem modificada.

O que está previsto na própria Lei de Duplicatas (Lei nº 5.574/68) deixou de ser observado em parte.

É que muitos clientes, com os recursos da informática e dados os seus elevados custos, não mais costumam sacar, expedir a duplicata decorrente da compra e venda mercantil efetuada. Emitem o indispensável documento fiscal que contém a descrição das mercadorias vendidas, as conhecidas notas fiscais-faturas, e por meios eletrônicos transmitidos aos bancos, são gerados os respectivos bloquefes ou fichas de compensação de cobrança, os quais são endereçados aos compradores sacados, para que sejam liquidados em qualquer agência bancária participante da compensação nacional de títulos e papéis.

Como não existe a cártula, a cambial física, poderia ser indagado como os bancos irão comprovar que descontaram as duplicatas.

Essa questão tem sido contornada justamente com a constituição de um contrato particular de desconto, no qual a empresa descontante assume direitos e obrigações, inclusive se responsabiliza pelo pagamento do título descontado, caso o banco perca o prazo de 30 dias para assegurar o direito de regresso contra a sacadora, a que se refere o § 4º, do art. 13, da Lei das Duplicatas (Lei nº 5.474/68).

Operação de contraprestação de garantia: é o tipo da operação bancária por meio da qual o banco procura reforçar, assegurar o retorno de valores que eventualmente tenha desembolsado, quando prestou uma garantia a favor do cliente ou de terceiro.

Assim, é muito comum o banco firmar uma garantia de fiança, *vg*, a favor do cliente importador, ficando responsável pelo pagamento dos tributos devidos, caso o importador não o faça. Neste caso, o banco, concomitantemente, assina a fiança e o cliente firma um contrato denominado de contraprestação de garantia, onde se compromete a repor os valores desembolsados pelo banco, dando garantia pessoal ou real.

4.2. Operações bancárias (passivas) usuais

Os contratos mais comuns no comércio bancário, onde os bancos figuram como DEVEDORES, são:

Conta corrente: a mais comum operação bancária, que é assinada pelo cliente depois da apresentação da ficha cadastral. Por meio da conta corrente, poderá efetuar depósitos de valores, saques, ordens de pagamento, ficando o banco como depositário, colocando um serviço de caixa à sua disposição, serviço esse disponível durante dia e noite, movimentável por conta de cartão magnético ou por cheques, etc.

A conta corrente é um contrato bilateral, consensual, informal embora sempre por escrito, no qual estão estabelecidos os direitos e obrigações das partes, com prazo certo ou indeterminado, o cliente outorgando poderes ao banco depositário para a prática de certos atos e, em contrapartida, o banco se beneficiando dos depósitos uma vez que o cliente não faz jus ao pagamento de nenhum juro ou remuneração.

Diferem as contas correntes das **contas de poupança**, que são remuneradas, mas que não têm a elasticidade daquelas, eis que só são movimentáveis por ordem do titular poupador.

Diferem as contas de poupança das contas correntes porquanto criadas com a finalidade da obtenção de recursos junto ao público para o repasse destinado à aquisição da casa própria.

Certificados de Depósito Bancário (CDB): promessa de pagamento à ordem, da importância depositada acrescida do valor da remuneração/rentabilidade convencional.

O CDB é regulado pela Lei de Mercado de Capitais nº 4.728/65 e pela Res. CMN 18/66.

Contém os seguintes elementos indispensáveis:

- local e data de emissão;
- nome do banco emitente e assinaturas;
- a denominação: CERTIFICADO DE DEPÓSITO BANCÁRIO;
- a indicação da importância depositada e data da sua exigibilidade;
- nome e qualificação do depositante;
- taxa de juros convencionada e época do seu pagamento;
- lugar do pagamento do depósito e dos juros; e
- cláusula de correção monetária, se for o caso.

Os CDBs podem ter prazos: *mínimos* de 30 (trinta) dias, quando remunerados a taxas de mercado prefixadas ou de 4 (quatro) meses, quando utilizada a TR ou a TBF como base para remuneração; mínimo de 120 (cento e vinte) dias, quando contratado com base em taxas flutuantes, desde que não tenham a TR como base de remuneração (Lei nº 8.177/91, Circ. BC 2.436/94 e Circ. 2.588/95).

Poderão emitir, livremente, CDBs os bancos comerciais, de desenvolvimento, de investimento e múltiplos, em favor dos respectivos depositantes, exceto instituições financeiras, entidades da administração federal indireta e das fundações supervisionadas pela União.

São os CDBs emitidos sempre sob a forma nominativa, sendo transmissíveis somente por endosso em preto. (Lei nº 8.088/90), podendo a remuneração ser *prefixada* (para depósitos com prazo mínimo de 30 dias) com base nas taxas de mercado; *pós-fixada* (para depósitos com prazo mínimo de 4 meses) com remuneração baseada na TBF ou na TR; *pós-fixada* (para depósitos com prazo mínimo de 120 dias): remuneração a base de taxas flutuantes; e com *pagamentos periódico* de rendimentos e amortização periódica do principal.

4.3 Garantias das operações bancárias

Em priscas eras, o credor, em virtude da impossibilidade de o devedor pagar a dívida, dele exigia um pedaço de sua perna, conforme narra Shakespeare em Mercador de Veneza.

Com o passar dos tempos e o desenvolvimento da civilização, a vida e a liberdade deixaram de responder pelas dívidas do devedor.

Na Roma antiga, com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, os credores chegaram à conclusão de que somente os bens, o patrimônio do devedor é que poderia responder pelas suas dívidas.

Essa garantia genérica, na prática, foi se mostrando insuficiente, dado que os débitos do devedor poderiam ser superiores ao valor do seu patrimônio, correndo o credor o risco de receber menos, tendo de participar de concursos creditórios, rateios etc.

Novos tipos de garantias, mais eficientes para o credor, passam a existir.

Surgem, assim, dois tipos de garantias: as de caráter **pessoal** e as garantias **reais**, ambas muito utilizadas no comércio bancário.

4.3.1. Garantias de caráter pessoal ou fidejussórias

A garantia pessoal, também denominada fidejussória (de *Fides*: fé, confiança, crédito), como o próprio nome indica, é garantia de pessoa, onde os seus bens pessoais asseguram o cumprimento da dívida do devedor.

Uma terceira pessoa se responsabiliza pela solução da dívida contraída pelo devedor.

A garantia pessoal está baseada na confiança (*Fides*) depositada na idoneidade e honorabilidade do garantidor, que pode subscrever o contrato ou vincular-se à operação creditícia de forma solidária com o devedor.

Constituem esse tipo de garantia a **FIANÇA** e o **AVAL**.

4.3.1.1. Fiança

Trata-se de contrato escrito por meio do qual terceiro, chamado **Fiador**, responsabiliza-se pelo cumprimento da obrigação contraída, no todo ou em parte, junto ao credor (**Beneficiário**), pelo devedor **Afiанçado**, caso este último não a cumpra.

Nos contratos bancários de empréstimos do tipo mútuo em geral, poderá figurar um terceiro como fiador, que assume com seus bens pessoais a obrigação direta do devedor principal, tomador do empréstimo;

A obrigação do fiador é de caráter acessório, podendo ser solidária ao devedor em relação ao cumprimento da dívida, mediante cláusula específica constante do contrato.

Se não houver cláusula contratual de solidariedade, a fiança somente se tornará obrigatória se a obrigação principal não for cumprida.

A fiança pode ser dada por pessoas físicas consideradas **capazes e, se casadas**, com o expresse consentimento do outro cônjuge (outorga uxória), qualquer que seja o regime de casamento.

Pode ser prestada, também, por pessoas jurídicas por intermédio de seus representantes legais, desde que o contrato social ou estatuto permita.

A fiança normalmente é prestada no próprio contrato, não admite interpretação extensiva (art. 1483 do CC). Pode ser limitada a determinado valor e não o sendo, compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive despesas judiciais, desde a citação do fiador (art. 1486).

Geralmente os bancos não se utilizam dessa garantia, dada sua dificuldade prática, preferindo utilizar a outra garantia pessoal consistente no aval.

É importante salientar que o fiador que pagar a dívida ficará sub-rogado nos direitos do credor (art. 1495 do CC).

Ainda que solidário com o devedor principal, ficará desobrigado o fiador se, sem o seu consentimento, o credor conceder moratória ao devedor. Nos casos de prorrogação contratual, o fiador deverá comparecer, sob pena de liberar-se, segundo determina o inciso I, do art. 1503 do CC.

4.3.1.2. *Aval*

É uma garantia pessoal, escrita, autônoma, dada em um título cambial pelo terceiro (**Avalista**), que assume, de maneira plena e solidária, a obrigação contraída originariamente pelo devedor principal (**Avalizado**) perante o credor.

O Avalista responde pela dívida, vencido o título, podendo o credor cobrar tanto do devedor principal quanto dele Avalista, de ambos ou de um ou de outro indistintamente.

Mesmo que a obrigação contraída seja nula, que não seja um vício de forma, o Avalista deve honrar o cumprimento da obrigação que garantiu, segundo determina a Lei Uniforme (Dec. nº 57.663/66, art. 32).

Este um dos principais motivos pelos quais o aval é o tipo de garantia mais largamente difundido e acatado pelos bancos, podendo figurar o Avalista inclusive como interveniente no contrato, na qualidade de interveniente garantidor solidário.

Assim, os bancos poderão cobrar os demais encargos financeiros e moratórios da dívida contraída pelo devedor cliente estabelecidos no contrato (juros moratórios, comissão de permanência, multa contratual etc.), exigindo a assinatura do terceiro, que é Avalista (da NP), também no contrato.

Há bancos que costumam atrelar à nota promissória, no roda-pé, o chamado Pacto Adjeto, funcionando como confissão de dívida, onde comparecem cliente e terceiro, ambos como devedores, e assinam com duas testemunhas instrumentárias.

A finalidade do pacto adjeto é idêntica, os devedores assumem também os encargos da dívida inadimplida.

4.3.2. *Garantias reais*

A garantia real (de *res* -coisa) consiste na colocação de um bem do próprio devedor ou de terceiro para assegurar o cumprimento da obrigação do devedor no caso de inadimplemento.

O referido bem será excutido pelo credor e com o produto da sua venda em hasta ou praça pública será pago, o que sobejar será de volvido ao garantidor. Se faltar, o devedor fica obrigado pelo saldo da dívida.

As mais usuais nas operações creditícias são:

4.3.2.1. *Hipoteca*

É um direito real de garantia em virtude do qual um imóvel que continua em poder do devedor assegura ao credor, precipuamente, o pagamento de uma dívida.

Em princípio, somente os bens imóveis podem constituir garantia hipotecária.

Admite-se, entretanto, hipoteca de certos bens móveis, como as aeronaves e os navios e embarcações.

A garantia hipotecária é regida por dois princípios, o da especialização, consistente na necessidade da fixação do valor da dívida e da descrição da coisa hipotecada e o princípio da publicidade feita com a inscrição no registro imobiliário.

Por meio da inscrição, o primeiro credor a assim proceder, terá o direito de executar o imóvel antes dos demais.

A hipoteca será instituída por instrumento público, exceto aquelas hipotecas feitas por instrumento particular com validade de escritura pública, como previsto na legislação especial (SFH, Crédito rural, industrial, comercial e, agora na MP 1925: CCB).

4.3.2.2. Penhor

É direito real de garantia, consistente na entrega (tradição) feita pelo devedor ou terceiro de um bem móvel suscetível de alienação, ao credor para garantir o pagamento do débito contraído

Trata-se de contrato de garantia, acessório, que pode ser feito por instrumento público ou particular e para valer contra terceiros precisa ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos.

O credor pignoratício, poderá excutir o bem dado em penhor para se pagar com o produto da venda feita judicialmente, ficando o devedor com o direito de receber o remanescente do preço ou reaver o dado em garantia quando pagar o débito.

Os bancos costumam utilizar os vários tipos de penhor nas diversas modalidades de créditos concedidos.

a) Penhor mercantil

É um direito real constituído pelo devedor ou por terceiro, sobre um bem móvel ou mobilizável para garantia de um débito, geralmente usado nas concessões de crédito às empresas.

Pressupõe sempre a existência de uma obrigação principal à qual se vincula.

Usualmente é aceito o penhor mercantil incidente sobre bens constituídos por matérias primas, produtos acabados e mercadorias em estoque.

São sempre constituídos por contrato escrito, devendo os bens dados em garantia estar descritos e caracterizados com todas as suas especificações (quantidade, qualidade, características, preço unitário; local onde se encontram depositados).

Deverá conter, ainda assinatura do devedor, do fiel depositário e de testemunhas.

b) Penhor rural: agrícola e pecuário

A Lei nº 492 de 1937, reformulou os dispositivos do Código Civil que cuidavam do penhor rural tanto agrícola como pecuário, foi modificada pela Lei 3.253/57 (que criou as cédulas de crédito rural e posteriormente pelo Decreto Lei nº 167/67).

Constitui-se o penhor rural pelo vínculo real resultante do registro por via do qual agricultores ou criadores sujeitam suas culturas ou animais ao cumprimento de obrigações, ficando como depositários daqueles ou destes.

No penhor rural não há a tradição do bem em virtude da conhecida cláusula *constituti*.

O credor tem a posse indireta, a posse jurídica dos bens apenhadados.

O devedor conserva a posse direta, a posse de fato, a detenção da coisa, é ele o depositário.

O penhor agrícola e o pecuário são direitos reais de garantia que só se constituem e têm eficácia contra terceiros após a transcrição do título no registro de imóveis da Comarca em que estiverem situados os bens ou os animais.

O penhor agrícola pode recair, por exemplo, sobre colheitas pendentes ou em vias de formação, quer resultem de prévia cultura, quer de produção espontânea do solo; sobre frutos armazenados etc.

4.3.2.3. Caução de títulos de crédito

Os títulos de crédito em geral (duplicatas, notas promissórias, inclusive rurais, *warrants*, CDBs, cheques pré-datados, LC, ações, e debêntures das companhias, títulos da dívida pública etc.) podem ser dados em garantia real pelo devedor ou por terceiro.

Essa garantia, que nada mais é do que um penhor, Clóvis Bevilacqua a denominou de Caução.

Embora o direito seja um bem incorpóreo, a caução constitui direito real de garantia e ela passa a ter efeito com a tradição do título ao credor e se provar por escrito, estabelece o art. 791 do C. Civil.

Deve haver, portanto, a transferência física do título ou do direito creditício para o banco. Neste último caso, a caução será de créditos recebíveis e não do título de crédito formalmente preenchido e assinado.

Títulos públicos nominativos podem ser caucionados sem a transferência ao credor desde que se faça a transcrição na Repartição Pública competente, o mesmo se verificando com as ações da sociedade anônima, nominativas, escriturais ou não, cuja caução é averbada no Livro de Registro de Ações Nominativas.

Os títulos ao portador dependem da tradição, isto é, necessitam ser transferidas fisicamente e constar expressamente de contrato escrito.

Para maior segurança, as instituições financeiras adotam as seguintes cautelas:

- Os títulos caucionados devem representar no mínimo percentual superior ao total da dívida (principal, mais encargos), serem sacados preferencialmente sobre praças onde o credor possua agência;
- Deve ser feita análise detalhada dos sacados, para verificar sua idoneidade, bem como evitar a concentração em um único ou em poucos sacados;
- Os títulos oferecidos em caução devem estar devidamente endossados ao credor:

“Pague-se ao Banco “x” valor em caução”

É de se salientar que o banco passa a figurar como credor caucionário e exercerá sobre os títulos dados em caução, todos os direitos estabelecidos no art. 792 do C. Civil (conservar e recuperar a posse, por todos os meios; fazer intimar ao devedor; usar das ações, recursos e exceções para assegurar seus direitos; receber os valores dos títulos e restituí-los quando o devedor solver a obrigação).

O CDB pode fazer parte de garantia de caução dos direitos creditórios que representa. No ato da constituição de garantia, o devedor do banco (credor do CDB)

outorga procuração com poderes para receber o valor correspondente ao CDB mediante o débito na conta corrente do investidor/devedor.

Pode essa garantia apresentar caráter rotativo, isto é, o produto do resgate poderá ser liberado desde que a garantia seja substituída por outra de igual natureza e liquidez.