

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

GABRIO LUAN DUBIEL MACHIAVELLI

A INOVAÇÃO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS: AS FINTECHS

CURITIBA

2018

GABRIO LUAN DUBIEL MACHIAVELLI

A INOVAÇÃO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS: AS FINTECHS

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção de grau de Bacharel em Direito do
Centro Universitário de Curitiba.**

Orientadora: Prof.^a Dra. Luciana Pedroso Xavier

**CURITIBA
2018**

GABRIO LUAN DUBIEL MACHIAVELLI

A INOVAÇÃO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS: AS FINTECHS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formadas pelos professores:

Orientadora:

Professora Dra. Luciana Pedroso Xavier

Professor Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

A meus pais José e Giselia,
que com muito carinho me incentivaram.

A meus irmãos Clever e Lorenzo,
que me apoiam nessa trajetória.

E a minha amada namorada Bruna,
que sempre esteve ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu refúgio e fortaleza.

A minha família que tem me apoiado desde o início dessa trajetória.

A minha namora Bruna que me incentivou em todos os momentos.

A professora Dra. Luciana Xavier Pedroso, ao aceitar a orientação, fornecendo todo suporte com a máxima compreensão, dedicação e didática possível.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

“Que os vossos esforços
desafiem as impossibilidades,
lembrai-vos de que as grandes coisas
do homem foram conquistadas do que
parecia impossível.”
(CHARLES CHAPLIN)

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar os novos rumos do Sistema Financeiro e qual a repercussão para as tradicionais instituições financeiras. As Fintechs, são *startups* criadas para fornecerem serviços de forma prática e moderna aos seus consumidores. Caracterizam-se pela atuação voltada para o público sub-atendido e são altamente focadas em soluções financeiras baseadas em tecnologia. Apesar de serem consideravelmente novas, sendo que a maioria iniciou suas operações no Brasil apenas após o ano de 2016, esse serviço foi bem aceito pelo consumidor. O crescimento desse mercado foi tamanho que do ano de 2011 até o ano 2017 foram registradas mais de 200 (duzentas) Fintechs em funcionamento no país, e esse número vêm crescendo e ganhando cada vez mais espaço no mercado, motivo de preocupação às tradicionais instituições financeiras que só trazem danos e prejuízos a seus clientes.

Palavras-chave: contratos bancários, relações de consumo, instituições financeiras, fintechs, tecnologia financeira, inovação.

LISTAS DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ART - Artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SCD – Sociedade de Crédito Direto

SEP – Sociedade de Empréstimo entre Pessoas

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
RESUMO.....	7
LISTAS DE SIGLAS	8
1 INTRODUÇÃO	9
2 DOS CONTRATOS	11
2.1 DOS REQUISITOS DOS CONTRATOS	12
2.1.1 Classificação dos Contratos.....	14
2.1.2 Principais Contratos Bancários	15
3 DAS RELAÇÕES FORNECEDOR E CONSUMIDOR	18
3.1 RESPONSABILIDADE ESPECÍFICA DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS	19
3.2 DIREITOS E DEVERES.....	20
3.3 DO ABUSO	22
3.4 DA INDENIZAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO.....	24
4 DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	27
4.1 DA QUALIFICAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.....	28
5 DAS FINTECHS	31
5.1 DO PERFIL DAS FINTECHS E SEUS EMPREENDEDORES	32
5.2 QUANTO A REGULAMENTAÇÃO DAS FINTECHS NO BRASIL	33
5.3 DO PERFIL DO CLIENTE DAS FINTECHS.....	36
5.4.1 Fintechs em Mercados Regulados e a Relação com o Consumidor	37
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

As Fintechs são a junção de empresas que prestam serviços financeiros com os setores da tecnologia, que adotam modelos específicos de negócios visando a melhoria no fornecimento de soluções aos clientes mais exigentes e flexíveis.

Predominantemente nova no mercado, as Fintechs conseguiram reformar a experiência do usuário mudando as expectativas dos clientes em relação as demais instituições financeiras, acelerando o ritmo da inovação dos serviços prestados.

Portanto, buscou-se unir informações com o propósito de esclarecer qual a função de uma Fintech e quais as melhorias trazidas para esse ramo, considerando que muitos consumidores ainda preferem utilizar as tradicionais agências bancárias por desconhecer as vantagens trazidas pelas novas *startups*.

O objetivo desse trabalho é demonstrar os principais contratos bancários e as relações do fornecedor bancário e os seus consumidores, e em seguida demonstrar o conceito das Fintechs, suas regulamentações, dificuldades iniciais para se fixar no mercado financeiro e demais características próprias que revolucionaram as possibilidades de investir e cuidar do seu dinheiro.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foram utilizadas pesquisas bibliográficas baseadas em doutrinas de renomados civilistas brasileiros, como Carlos Roberto Gonçalves e Silvio Salvo Venosa, e os autores Nelson Abraão e Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum, nomes renomados no direito bancário, e pesquisas descritivas fundamentadas na jurisprudência predominante. Ademais, utilizou-se de artigos relacionados ao tema Fintech, pois como trata-se de inovação, as pesquisas doutrinas tornaram-se insuficientes.

O trabalho estrutura-se em quatro principais capítulos, apresentando-se no primeiro a definição de contrato, sua classificação e requisitos, e ainda demonstrando quais os contratos bancários mais celebrados entre fornecedor e consumidor. No segundo capítulo é abordada a relação dos bancos e seus clientes, os direitos e deveres das instituições e ainda os abusos causados ao consumidor e as formas e quantificação de uma indenização contra os banco. O terceiro capítulo caracteriza-se pelo estudo das instituições financeiras e sua qualificação. No capítulo quatro é apresentada as Fintechs, como surgiram no Brasil, qual seu perfil e de seus clientes, bem como suas regulamentações e a repercussão frente as demais instituições que já vislumbram as Fintechs como ameaças futuras a seus

rendimentos, todos efetuados na cidade de Curitiba/PR, com o objetivo de responder o problema apresentado acima.

2 DOS CONTRATOS

Para entrarmos no foco desta pesquisa, ou seja, Fintechs, é de mera importância definirmos os contratos em geral. Primeiro, vale destacar a distinção entre contrato e pacto.

Pacto, do latim *Pacta*, significa um acordo voluntário, ou cláusulas reguladoras que possuíam caráter modificador ou garantidor.

Pode ser definido como um acordo de vontades, não havendo uma obrigação para as partes, não gerando efeitos jurídicos.

De acordo com a definição do civilista Silvio Salvo Venosa:

O termo pacto fica reservado para cláusulas acessórias que aderem a uma convenção ou contrato, (...) Pacto, usado singelamente, não tem a mesma noção de contrato. Utiliza-se para denominar um acordo de vontades sem força cogente.¹

Já o contrato é derivado da palavra latim *Contractus*, que significa acordo de vontades, fontes de obrigações, atribuído de acionamento civil.

A palavra *contractus* significa unir, contrair. Não era o único termo utilizado em Direito Romano para finalidades semelhantes. Convenção, de *conventio*, provém de *cum venire*, vir junto. E pacto provém de *pacis si*, estar de acordo.²

Em meados do século XIX o indivíduo buscava a liberdade contratual e estabelecia o próprio conteúdo do contrato celebrado, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves.

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.³

¹ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil** - Vol. II - Teoria Geral das Obrigações, 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2016. p 414.

² VENOSA, op. cit., p 414.

³ GONÇAVES, Carlos R. **Direito Civil brasileiro 3** - Contratos e atos unilaterais, 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018. p 41.

O Estado se limitava em fazer valer as vontades das partes estabelecidas no contrato e intervia nos casos em que o contrato não era cumprido. A partir desse momento é que nasceu um o princípio da *pacta sun servanda*, em que a vontade das partes faz lei entre eles.

Acerca dos princípios dos contratos estão a autonomia da vontade, a obrigatoriedade dos contratos e a boa-fé das partes no negócio jurídico.

O princípio da autonomia da vontade infere que cada pessoa é livre para contratar sem interferência do Estado, honrando a liberdade das partes em poder determinar seus interesses mediante acordo de vontades. O princípio da obrigatoriedade defina-se pela força vinculante das convenções, devendo ser cumprido o que foi preestabelecido sem escapar das consequências decorrentes do contrato.

Por fim o princípio da boa-fé que está disposto no artigo 422 do Código Civil brasileiro, sendo cláusula geral que deve ser utilizada em todo o direito obrigacional.

2.1 DOS REQUISITOS DOS CONTRATOS

De acordo com o artigo 104 do Código Civil brasileiro “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

Quanto aos requisitos subjetivos está a manifestação de vontade das partes, a capacidade específica para realizar contratações e o consentimento.

A capacidade dos contratantes é o elemento subjetivo de mera importância para a validade do contrato, pois se na celebração de um contrato uma das partes for incapaz o negócio jurídico celebrado será considerado nulo, conforme disposto no artigo 166, inciso I e artigo 171, inciso I, ambos do Código Civil .

Esta capacidade refere-se a capacidade de agir que por sua vez inexistente, por exemplo, em caso de pessoas com menoridade relativa, discernimento reduzido, embriaguez habitual e dependentes de tóxicos.

O requisito especial é próprio de cada contrato, considera o consentimento das partes no acordo entabulado entre elas, incluindo a existência, natureza do

contrato, o acordo sobre o objeto do contrato e ainda o acordo sobre todas as cláusulas que compõe o contrato.

O principal requisito objetivo dos contratos é a licitude de seu objeto. Para que um objeto seja lícito, ele não deve infringir a lei, a moral e os bons costumes. O objeto do contrato pode ser imediato ou mediato. O primeiro diz respeito a conduta humana, também denominada como prestação, podendo ser uma prestação de dar, fazer, ou não fazer, já o segundo, diz respeito aos bens ou ainda aquelas prestações que incidem a relação jurídica obrigacional.

Também em relação aos requisitos objetivos dos contratos, exige-se em todo negócio jurídico que o objeto seja possível, ao contrário, o negócio será considerado nulo, conforme disciplina o artigo 166, inciso II do Código Civil brasileiro “É nulo o negócio jurídico quando: II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;”

Quanto a determinação do objeto da relação negocial, este deve ser determinado ou determinável, a esse respeito o nosso ordenamento jurídico permite a venda de coisas incertas, porém, é necessária a indicação do gênero e da quantidade, que será determinada pela escolha das partes que celebraram o contrato.

Ainda em se tratando do objeto, para que o contrato seja válido, deve o objeto possuir um valor econômico, pois o direito se não se interessa a valores irrisórios que não são suscetíveis de apreciação.

Em relação a forma dos contratos, ele pode ser de forma livre, forma especial ou forma contratual. A forma livre é dominante no direito brasileiro, onde as partes exercem qualquer forma de manifestação de vontade não sendo imposto por lei. A forma especial, é exigida por lei em alguns contratos específicos, e tem por finalidade a veracidade do negócio, garantindo dessa forma, a livre manifestação da vontade.

Por fim, a forma contratual é a acordada pelas partes, podendo determinar, por exemplo, que o instrumento público torne-se necessário para que o contrato seja válido.

2.1.1 Classificação dos Contratos

Os contratos podem ser classificados como principais ou acessórios, em que o primeiro é autônomo, não depende de execução de nenhum outro negócio jurídico, já o segundo são subordinados a um contrato principal, ficando prejudicado caso o pacto principal não seja efetivado.

Os contratos podem ser classificados ainda em unilaterais, bilaterais e plurilaterais. Os contratos unilaterais são aqueles contratos que apenas uma das partes tem deveres com a relação negócio avençado, já nos contratos bilaterais, as duas partes da relação possuem deveres a cumprir. E por fim, os contratos classificados como plurilaterais, estes atribuem deveres a todos os participantes do negócio, quando há mais de duas partes no contrato, um exemplo de contrato plurilateral são os contratos de consórcios.

Acerca dos contratos solenes, esses contratos são caracterizados pela necessidade de uma forma prescrita em lei, e já os contratos não solenes são aqueles caracterizados pelo consentimento das partes.

O civilista Paulo Maximilian Schonblum define da seguinte forma os contratos consensuais e os contratos reais:

Contratos consensuais são os que produzem efeitos com a simples declaração de vontade das partes, enquanto os reais necessitam, além do consentimento, de um ato determinado para a transferência da propriedade do objeto contratual.⁴

Os contratos ainda podem ser classificados como contratos de adesão e os contratos paritários.

Os contratos possuem cláusulas previamente redigidas por uma das partes, presumidamente superior em relação à outra, tendo como características principais a uniformidade, predominância, e a rigidez, é o caso da grande maioria dos contratos bancários.

⁴ SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. **Contratos Bancários**, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Retirado de <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6671-3/cfi/6/36!/4/176/2@0:0>> Acesso em Abril de 2018.

Já os contratos paritários são aqueles que têm um pé de igualdade entre as partes, pois as cláusulas desse contrato são discutidas entre as partes antes da assinatura do documento.

2.1.2 Principais Contratos Bancários

Entre os principais contratos bancários, estão a Conta Bancária, o Empréstimo, o Depósito, o Cartão de Crédito, o Contrato de Penhor, a Alienação Fiduciária e a Abertura de Crédito.

A Conta Bancária é o contrato pelo qual o cliente deposita, recebe, ou aplica seu dinheiro, ficando a cargo do próprio banco cuidado com o valor deixado em caixa. Existem três tipos de conta bancária, a conta salário, conta poupança, e a conta corrente.

De acordo com Maximilian:

Por meio da conta bancária o banco assume o serviço de caixa do cliente, que se responsabiliza pela disponibilidade dos fundos necessários para a efetuação dos pagamentos ou de qualquer outro ato que solicite ao banco.⁵

O Empréstimo é o contrato mais realizado pelas instituições financeiras. Através da referida operação, os bancos emprestam dinheiro a seus clientes (pessoas físicas ou jurídicas), e essa se obriga a devolver com os devidos juros e correções monetárias no prazo estipulado.

Já o Depósito é a operação em que um cliente efetua a entrega de um valor em dinheiro a uma instituição financeira (depositária), para que esta tenha a obrigação de devolver na mesma espécie, conforme condicionado pelas partes no prazo estipulado.

Conceituam os Civilistas Ivo Waisberg e Gilberto Gornati:

(...) o contrato celebrado entre o depositante e a instituição financeira, por meio do qual a instituição financeira, em uma operação passiva (a sua principal operação nessa modalidade), encarrega-se do ônus de guardar os bens ali depositados, devendo restituí-los, em mesma espécie, quando da

⁵ SCHONBLUM, **Contratos Bancário** 4ª ed. 2015. Retirado de <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6671-3/> Acesso em Abril de 2018.

manifestação do depositante para tanto e/ou dentro de prazo razoável estabelecido entre as partes contratantes.⁶

O Cartão de Crédito é definido como uma operação comercial, utilizada em compras, vendas e prestações de serviços, em que o pagamento é realizado posteriormente, à vista ou em parcelamento, a uma pessoa diversa do vendedor. Maximilian define o contrato de cartão de crédito como:

(...) cartão de crédito é um negócio jurídico composto, em verdade, por múltiplos contratos, visando possibilitar ao titular, mediante cadastro e emissão do cartão (aqui, adotado no sentido de “plástico identificador”), adquirir bens e serviços junto aos fornecedores filiados, devendo o pagamento ser efetuado posteriormente à aquisição e a cargo do consumidor, junto ao emissor.⁷

O contrato de Penhor, é derivado da expressão latina *pignus*, punho. O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.431 define o penhor da seguinte forma:

Art. 1.431. Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação. Parágrafo único. No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar.⁸

Pode ser caracterizado pela entrega de um bem, em mãos do devedor (garantidor), portanto, esse contrato se efetiva com a transferência do bem que serve como garantia, coisa móvel passível de apropriação.

O contrato de Alienação Fiduciária tem sua origem no Direito Romano, e era utilizada para garantir o pagamento do devedor inadimplente, sendo definido como:

(...) negócio jurídico pelo qual uma das partes, denominada credor (fiduciário), adquire a propriedade resolúvel de determinado bem e sua posse indireta, sob condição resolutiva, como garantia de um financiamento concedido ao devedor (fiduciante), que o reaverá (em sua plenitude) quando saldar a dívida.⁹

⁶ WAISBERG, Ivo, GORNATI, Gilberto. **Direito Bancário** – contratos e operações bancárias, 2.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2016. p 135.

⁷ SCHONBLUM, 2015. Retirado de <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6671-3/>> Acesso em Abril de 2018.

⁸ BRASIL - Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 – Código Civil brasileiro – art. 1431.

⁹ SCHONBLUM, 2015. Retirado de <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6671-3/>> Acesso em Abril de 2018.

A Abertura de Crédito também chamada de cheque-especial, é o contrato pelo qual a instituição financeira se obriga a dispor um valor em dinheiro na conta do cliente para que este saque, no todo ou em parte, ficando obrigado a devolvê-lo com juros e correção monetária da data estipulada.

3 DAS RELAÇÕES FORNECEDOR E CONSUMIDOR

Sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável para as instituições financeiras. Porém, haviam divergências na aplicação ou não do CDC.

De acordo como conceitua Nelson Abrão “Inserem-se, pois, as operações bancárias na atividade empresária, como sendo aquela economicamente organizada para a prestação de serviços, a lume do art. 966 do Código Civil vigente.”¹⁰

Portanto, conclui-se que as instituições financeiras são prestadoras de serviços e caracterizam-se como fornecedores.

As relações de consumo são configuradas pela relação Consumidor e Fornecedor ou Produtor. O debate sobre a aplicação do CDC nas operações bancárias já foi superado graças a ADI 2591 DF, e a Súmula 297 do STJ.

Assim dispõe a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2591:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que apóiem os autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente.

¹⁰ ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**, 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 81.

(STF - ADI: 2591 DF, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 14/12/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 13-04-2007 PP-00083 EMENT VOL-02271-01 PP-00055)¹¹

Ainda, a Súmula 297 do STJ deixa claro a aplicação do CDC nas relações dos bancos em relação aos seus clientes, vejamos: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”¹²

Essa súmula reconhece que na relação das instituições financeiras e seus clientes, enquadram-se nas relações de fornecedores (bancos) e consumidor (clientes, não importando que se trata de pessoa física ou jurídica), aplicando assim, o CDC.

3.1 RESPONSABILIDADE ESPECÍFICA DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

Como já explanado, o Código de Defesa do Consumidor é aplicado nas relações de consumo bancário, nesse sentido, o instituto de responsabilidade civil se dá pelas formas dispostas no CDC (vício do serviço art. 20 CDC ou por fato do serviço art. 14 CDC).

Vejamos os dispositivos de lei:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.¹³

¹¹ADI n. 2591. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730096/embdeclna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2591-df>> Acesso em maio de 2018.

¹²Súm. 297 do STJ. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=297&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em maio de 2018.

¹³BRASIL - Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 – Código Civil brasileiro.

Em ambos os artigos as instituições financeiras têm responsabilidade objetiva, e ainda são responsabilizadas solidariamente em relação aos integrantes do fornecimento, respondendo por danos causados por terceiros ligados à instituição financeira.

3.2 DIREITOS E DEVERES

De acordo com o Civilista Bruno Miragem, a atividade bancária tem “deveres se destacam na relação entre a instituição financeira e seu cliente: os deveres de segurança, fidúcia e boa-fé.”¹⁴

As instituições financeiras tem o dever de segurança, e esse dever pode ainda ser dividido em segurança geral e o dever que resulta de certos contratos como por exemplo o contrato de locação de cofres.

O dever de segurança geral está relacionado a proteção psicofísica e a proteção do patrimônio dos clientes do banco, dever de cuidado para com os clientes do banco.

Dessa forma, são indenizáveis todos os danos causados pelas instituições financeiras e por terceiros, destacando-se que os danos causados por terceiros podem ou não ser indenizável. Vejamos o exemplo a seguir.

Um dano causado por terceiro para ser indenizável o terceiro causador do dano deve ter ligação com a instituição financeira, é o caso de um funcionário do banco que se aproveitando de seu cargo na instituição financeira informa ao seu “comparsa” que um cliente acaba de sacar um valor no caixa. Este dano ocorreria pela ajuda de um terceiro ligado ao banco.

Isso já não ocorreria se um meliante assaltasse um cliente nas imediações da agência bancária, sem ter ligação alguma com a instituição bancária, é o caso das “saidinhas de bancos”.

A esse respeito, é o entendimento do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1492943 SP 2014/0262556-0:

¹⁴ MIRAGEM, Bruno Barbosa. **Direito civil**: responsabilidade civil, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 783.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.492.943 - SP (2014/0262556-0) RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI RECORRENTE : RODRIGUES COBRANCAS LTDA - MICROEMPRESA ADVOGADOS : PAULO AFONSO DE ALMEIDA RODRIGUES E OUTRO (S) LAÍS CRISTINA GODINHO MORAES RECORRIDO : BANCO BRADESCO S/A ADVOGADOS : FABIO ANDRE FADIGA E OUTRO (S) EVANDRO MARDULA JANAINA CASTILHO DE MADUREIRA SALVADOR DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado: "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS Pretensão de reconhecimento da responsabilidade objetiva do banco, com base em subtração de dinheiro ocorrida fora do estabelecimento bancário. INADMISSIBILIDADE: A questão é referente ao crime conhecido como 'saidinha de banco', em que a vítima é abordada por terceiro fora do estabelecimento bancário e o dinheiro é subtraído logo depois do saque. Não pode ser reconhecida a responsabilidade do banco, porque o evento ocorreu fora das dependências mantidas pela instituição bancária. Ausência de falha ou deficiência no serviço prestado. Questão de segurança pública. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO" (fl. 147 e-STJ). (...)

Ainda sobre os assaltos nas imediações das agências bancárias, os Tribunais tem admitido a responsabilidade objetiva das instituições financeiras quando o crime é praticado dentro da agência bancária, ou no estacionamento da própria agência. Neste caso, mesmo o terceiro causador do dano não tendo nenhum envolvimento com algum funcionário do banco, a instituição financeira será responsável.

(...) Ocorre, entretanto, que não pode ser reconhecida a responsabilidade do banco apelado pelos fatos narrados pelo autor, porque o evento ocorreu fora das dependências da instituição bancária e não se verifica, por conta disso, qualquer falha ou deficiência no serviço prestado. Essa situação também importa em exclusão do nexo causal entre a conduta do banco apelado e os danos experimentados pela autora. Portanto, não há prova de ocorrência de falha na segurança interna suficiente para indicar, por si só, a responsabilidade objetiva da instituição bancária e a existência de nexo causal entre conduta e resultado danoso. Por esta razão, não há como ser reconhecida a responsabilidade civil da instituição apelada. A questão é de segurança pública e não de responsabilidade objetiva do banco". Assim, rever as conclusões do acórdão recorrido implicaria necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado nesta instância especial, consoante entendimento da Súmula 7/STJ. Em face do exposto, nego seguimento ao recurso especial. Intimem-se.¹⁵

Quando o dever de fidúcia é violado, estamos diante de outra hipótese de responsabilidade objetiva da instituição pelos danos causados por essa violação. Isso ocorre quando se trata de informações e esclarecimentos não prestados pelo

¹⁵ STJ - REsp: 1492943 SP 2014/0262556-0. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI, Relatora (STJ - REsp: 1492943 SP 2014/0262556-0, Data de Publicação: DJ 13/11/2014 <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153685143/recurso-especial-resp-1492943-sp-2014-0262556-0>> Acesso em maio de 2018.

banco, o qual deveria prestar e esclarecer, resultando num risco de investimento ao cliente ao assinar um contrato.

Ainda, há o dever de lealdade e cooperação, definidos da seguinte forma por Miragem:

Os deveres de lealdade e cooperação têm sua origem na boa-fé objetiva. Os contratantes devem se pautar por conduta de respeito às legítimas expectativas e ao patrimônio da contraparte, abstendo-se de realizar condutas que violem o equilíbrio de interesses próprios da relação negocial.¹⁶

Um claro exemplo em que uma instituição financeira é responsabilizada pelo dano quando violado o dever de lealdade e cooperação é quando num contrato bancário não é devidamente cumprido pelo banco a publicidade pré-contratual estabelecida. Neste viés dispõe o artigo 35 do CDC:

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.¹⁷

Conforme o exemplo dado, o cliente poderá pleitear o cumprimento da oferta conforme dispositivo de lei.

3.3 DO ABUSO

É considerado abusivo ou oneroso todo contrato que impede a discussão ou readequação de suas cláusulas, caracterizando um contrato unilateral, com desvantagens de uma parte (cliente) e maiores privilégios a outra parte (instituição financeira).

¹⁶ MIRAGEM, 2015, p. 803.

¹⁷ BRASIL - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – Art. 35.

Porém, sabe-se que a maioria dos contratos bancários são de adesão, não permitindo aos consumidores a discussão de suas cláusulas.

O art. 51 do CDC inovou com o intuito de definir lesões em face das cláusulas abusivas praticados pelos fornecedores. Quando este dispositivo é aplicado, estamos diante de cláusulas abusivas que devem ser consideradas nulas.

Acerca das cláusulas abusivas destaca-se a proibição ao Julgador, de ofício, de rever as cláusulas contratuais ditas como abusivas, nos termos do enunciado da Súmula n. 381 do STJ, “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.¹⁸

Nesse sentido, deve o autor da ação de nulidade, especificar com clareza, em sua inicial, quais cláusulas entende como ilegais ou abusivas, demonstrando nos autos um mínimo de prova de suas alegações, e não tentando transferir o ônus para o Julgador.

Sobre o tema, na sessão de julgamento de 22/03/2017, o Superior Tribunal de Justiça decidiu retirar o caráter repetitivo e desafetar o julgamento à Terceira Turma do Recurso Especial sob nº 1.465.832/RS que estava afetado à 2ª Seção.

Questão submetida a julgamento: Discute-se a possibilidade de o juiz ou o Tribunal reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais. Anotações no Nugep: O julgamento do presente tema poderá alterar o entendimento adotado pela Segunda Seção no TEMA 36/STJ (REsp 1.061.530), portanto os recursos especiais que versem sobre a questão devem ficar sobrestados pelo TEMA 940/STJ. Na decisão de afetação, o relator menciona que, em face do novo Código de Processo Civil, poderá ser sugerida a alteração do enunciado 381da Súmula do STJ nos seguintes termos "Na declaração de nulidade de cláusula abusiva, prevista no art. 51 do CDC, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição"¹⁹

O julgamento do REsp 1.465.832/RS pode trazer grandes mudanças para o Direito Bancário, haja vista o grande número de ações que são julgadas extintas pelo fato de que as partes não especificam quais cláusulas entendem como

¹⁸ Súmula 381 STJ

<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27381%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27381%27).sub)> Acesso em 30 de abril de 2018.

¹⁹ REsp 1.465.832/RS : Processo desafetado em 22/03/2017. Observação: Afetação cancelada na sessão de julgamento do dia 22/03/2017. Proclamação Parcial de Julgamento: A Seção, por maioria, acolhendo questão de ordem suscitada pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, decidiu retirar o caráter repetitivo e desafetar o julgamento à Terceira Turma. Acompanharam o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro. Vencido o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator.

abusivas, deixando a cargo do Julgador, o que é proibido conforme dispõe a súmula 381.

3.4 DA INDENIZAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO

A jurisprudência ainda vem tentando encontrar um denominador comum para a aplicação de indenização em casos de dano moral nas relações de consumo bancário, sendo que os tribunais têm fixado o parâmetro do salário mínimo para o ressarcimento do prejuízo, criando modelos que repousam no justo equilíbrio entre as partes, desestimulando as instituições financeiras nas práticas dos danos aos seus clientes, e ao mesmo tempo tomando as devidas cautelas para não resultar no enriquecimento sem causa do demandante.

Nesse sentido, o STJ exercitou há 18 anos um controle de fixação do dano moral, no julgamento do Recurso Especial nº 245.727, pela 4ª Turma, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 28 de março de 2000:

O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e as peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o exagero da condenação.²⁰

Quanto à aplicação do correto valor em relação à indenização, ensina Nelson Abrão:

Desnecessário dizer que não será o porte econômico da instituição financeira demandada o fator decisivo na estimação dos prejuízos havidos, mas sim a naturalidade entre a causa e sua consequência, atribuindo-se ao julgador maior liberdade e autonomia ao colher a prova. É certo que a

²⁰ STJ - REsp: 245727 SE 2000/0005360-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 28/03/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/06/2000 p. 174 <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8250757/recurso-especial-resp-245727-se-2000-0005360-0>> Acesso em maio de 2018.

indenização assentada no dano moral dependerá do aspecto ditado pelo nexos causal e amplitude do prejuízo, que se evidenciará da gravidade da culpa da instituição e dos demais elementos sujeitos ao amplo contraditório.²¹

Em relação aos critérios de arbitramento da indenização do dano moral, nos ensina o Desembargador Sérgio Cavalieri:

Creemos que na fixação do quantum *debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creemos, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador.²²

Dessa forma, a indenização por danos morais não pode jamais extrapolar o dano, e resultar num enriquecimento sem causa do ofendido, deve o valor da indenização ser suficiente para reparar o dano sofrido, e nada mais.

Vejam os esclarecimentos do civilista Clayton Reis sobre o tema:

A excessiva utilização da ação de danos morais tem sido objeto de inúmeras críticas. Para alguns, esse fato representa a “banalização dos danos morais”, ou, ainda, uma verdadeira “indústria indenizatória dos danos morais”. Há, ainda, aqueles que afirmam que o Poder Judiciário se converteu em “loteria judicial”, quando as pessoas se utilizam desse recurso para a defesa de meros aborrecimentos que se encontram incorporados ao cotidiano das pessoas.²³

Como bem mencionado pelo civilista Clayton Reis, a proteção ao direito de personalidade tornou-se uma indústria indenizatória, tendo em vista que por apenas um desconforto ou incômodo criam-se motivos para a utilização do Poder Judiciário com o intuito de receber um ressarcimento sem ao menos ter realmente sofrido um dano moral.

Sobre o tema disciplina Cavalieri:

Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado

²¹ ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**, 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 402.

²² FILHO, Cavalieri, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 136.

²³ REIS, Clayton. **Dano Moral**, 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 11.

como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.²⁴

Porém, muitos danos causados pelas instituições bancárias convencionais estão com os dias contados, pois com a chegada das Fintechs, e a geração de serviços online os danos como a espera em filas de bancos não existirão, haja vista que nas Fintechs não existem agências físicas, pois todo o trabalho prestado ao consumidor é realizado de forma online.

²⁴ FILHO, 2015, p. 122.

4 DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

A definição legal da instituição financeira bancária está contida no art. 17 da Lei nº 4.595 de 1964 que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências:

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.²⁵

Desse modo, podemos perceber que os bancos não podem ser considerados de uma forma única como instituições financeiras que recebem depósitos em dinheiro de seus clientes e os repassa a juros altíssimos para os clientes que possuem saldo devedor, esse é apenas uma das funções e serviços prestados dos bancos, que podem possuir várias outras funções.

Destaca-se que as definições de banco são imprecisas, pois existem outros tipos de bancos como os de desenvolvimento, que não captam depósitos a vista, a não ser que possuam carteira comercial, inobstante, são bancos para os fins jurídicos.

De acordo com a definição dada por Talita Dayane Metzner e Alberto Borges Matias no livro O setor Bancário Brasileiro:

As instituições financeiras bancárias são caracterizadas como captadoras de poupança diretamente do público por sua própria iniciativa e responsabilidade, e, posteriormente, aplicadoras de recursos às empresas e às pessoas físicas por meio de empréstimos e financiamentos. Desse modo, pode-se dizer que os bancos têm um papel importante para o desenvolvimento econômico.²⁶

As instituições financeiras podem ser públicas ou privadas, todavia, o Governo Federal vem tentando diminuir a presença do poder público no referido ramo, com a promulgação da Medida Provisória nº 2.192-70 de 24 de agosto do ano

²⁵ Lei nº 4.595/64 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm> acesso em 18 de maio de 2018.

²⁶ METZNER, Talita Dayane, MATIAS, Alberto Borges. O Setor Bancário Brasileiro de 1990 a 2010. Manole, 01/2015. p. 62.

de 2001, que estabeleceu mecanismos para incentivar a redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária.

No entanto, Municípios, Estados e a União ainda continuam participando de forma ativa nas atividades bancárias, se destacando nesse meio as agências de fomento, instituições estatais como por exemplo a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil S.A.

O agente financeiro pode trabalhar com uma ou mais atribuições como principais ou acessórias, podendo ser atividade de coleta, aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, intermediação, ou ainda a custódia de valores de terceiros, que são as características fundamentais de toda instituição financeira.

Entretanto, a pessoa jurídica, pública ou privada necessita da intenção de ser um agente financeiro, para que se possa caracterizar como uma instituição financeira, considerando que o rol de atribuições de uma instituição não é objetivo, bastando perfazer o tipo legal para ser uma instituição financeira.

Dessa forma, trata-se de um agente financeiro quando a pessoa jurídica ter como atribuições legais a atividade fim ou principal, assim como trata-se de um agente financeiro impróprio quando as atribuições legais forem acessórias.

São exemplos de agentes financeiros próprios os bancos Safra, Bradesco, Itaú Unibanco, entre outros, já os agentes financeiros impróprios o Café Starbucks e a Petrobras, que possuem essa característica pelo fato de que ambos fornecem aos seus clientes cartões pré-pagos para compras no próprio estabelecimento, enquadrando-se, dessa forma, nas atribuições de agentes financeiros, com atribuições de coleta e custódia de valores de propriedade de terceiro.

4.1 DA QUALIFICAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Conforme já demonstrado, a lei concede às instituições financeiras qualificações de acordo com as suas atribuições, sendo que a principal delas é a coleta de recursos financeiros de terceiros.

Todavia, não basta apenas realizar essa atribuição para se configurar um agente financeiro, pois é necessária a presença da intenção de se realizar ou atuar

como instituição financeira, caso não haja tal intenção, não irá se tratar de instituição financeira.

Existem três formas em que as instituições financeiras administram os recursos de seus clientes, podendo ser um clube de investimentos, uma administradora de consórcios, ou através do fundo de investimento. Vejamos o diz Carls Arthur Newlands Junior sobre o fundo de investimentos:

Esta forma de aplicação se caracteriza pela aquisição de cotas de aplicações, representativas do patrimônio do Fundo, que têm rentabilidade diária. Os recursos arrecadados com a venda das cotas são aplicados em títulos, cuja valorização dará a rentabilidade do fundo. Tradicionalmente, os fundos de investimento são classificados como de renda fixa ou de renda variável. Fundos de renda fixa são aqueles que aplicam em títulos de renda fixa, ou seja, papéis que têm uma rentabilidade previamente estipulada; fundos de renda variável são aqueles que aplicam em títulos de renda variável, ou seja, papéis cuja rentabilidade depende exclusivamente das cotações do mercado.²⁷

Outro atributo das instituições financeiras é a intermediação e a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros. Essa atribuição pode ocorrer quando há uma interação entre o agente superavitário, o agente financeiro e o agente deficitário. Já a aplicação de recursos financeiros ocorre quando os envolvidos são apenas o agente financeiro e o agente deficitário.

No exemplo de intermediação, o agente superavitário deposita créditos aos cuidados do agente financeiro (bancos), sabendo ou não da destinação desses valores, com o que este agente financeiro investe agente deficitário, criando dessa forma a triangulação própria da intermediação de ativos financeiros.

Já no exemplo de aplicação de recursos financeiros, a instituição financeira, utilizando-se de seu próprio capital, aplica valores em agentes deficitários, e com isso forma a ligação característica desse atributo.

Destaca-se que essa distinção é meramente conceitual, pois os valores depositados pelo agente superavitários circulam tanto quanto o capital das instituições financeiras, não podendo saber se o dinheiro antes aplicado na instituição bancária foi aplicado no agente deficitário, ou permaneceu no banco.

²⁷ JR. NEWLANDS, Carlos Arthur. Série Provas & Concursos - Sistema Financeiro e Bancário, 5ª edição. Método, 05/2015. Disponível em <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/978-85-309-6452-8/cfi/6/24!/4/896@0:70.5>> Acesso em 29 de maio.

Deve-se esclarecer que em momento algum os agentes deficitários se tornam devedores diretos dos agentes superavitários apenas pela razão do valor investido no banco ter sido investido no agente deficitário.

Ainda, no caso de inadimplemento, o credor superavitário também em hipótese alguma responde pelo prejuízo, enquanto esse é somente assumido pelo agente intermediador.

Por fim, o terceiro atributo legal das instituições financeiras é a custódia de valores próprios de terceiros, que já mencionamos no presente trabalho. Esse atributo não trata-se apenas de valores pecuniários, de dinheiro, mas trata-se também a objetos de valor, ações, títulos da dívida pública, debêntures entre outros.

Dessa forma é caracterizada a atividade bancária de fornecimento de cofres para que os clientes possam depositar seus bens de valor, guarda-los no interior da instituição bancária e mediante pagamento de aluguel, o bem ficará assegurado nos cofres do banco.

Dispõe o parágrafo único do artigo 17 da lei nº 4.595/64:

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.²⁸

De acordo com o referido artigo a máxima de que a intenção do agente é necessária para caracterizar sua atuação como agente financeiro sofre uma exceção, pois conforme demonstrado, independente da intenção, a pessoa física que praticar atividades disposta no caput do art. 17 da Lei nº 4.595 de 1964 será equiparada à instituição financeira para os fins legais, seja a prática permanente das atividades dispostas neste artigo, seja a prática eventual.

Assim, conclui-se que a definição de uma instituição financeira, está disposta no art. 17 da Lei nº 4.595/64.

São 5 (cinco) as espécies de bancos autorizados pelo ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: bancos comerciais, bancos múltiplos, bancos de câmbio, e bancos de investimento.

²⁸ Lei nº 4.595/64 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm> acesso em 18 de maio de 2018.

5 DAS FINTECHS

As *Fintechs* são *startups*²⁹ criadas para as áreas de serviço financeiro, e diferenciam-se dos outros bancos em razão de seu processo ser baseado em tecnologia. Assim, conseguem fornecer serviços ou produtos financeiros melhores do que aqueles já ofertados pelos bancos tradicionais.

De acordo com Fábio Almeida Braga,

as Fintechs são a fusão de meios e recursos ofertados pela indústria de infraestrutura cibernética aos mercados financeiros e de capitais mundo afora. São as chamadas financial Technologies que são diariamente introduzidas no cotidiano de milhões de usuários de serviços e consumidores de produtos financeiros.³⁰

De acordo com a definição trazida pelo site Guia Bolso:

Fintech é toda empresa que se propõe a oferecer serviços relacionados ao seu dinheiro, só que a custos bem mais baixos que os dos bancos, e beneficiando-se do imenso alcance da internet. O destaque da fintech é o nível da sua eficiência: por usar tecnologia de ponta, é capaz de entregar resultados altamente satisfatórios.³¹

Ainda, conforme definição trazida pela Associação Brasileira de Fintechs (ABFintechs) e a PrincewaterhouseCoopers Brasil Ltda. (PwC):

Fintechs são um segmento de empresas na intersecção entre os setores de tecnologia e serviços financeiros que adotam modelos de negócio escaláveis e que inovam em produtos e serviços direcionados para atender a uma determinada necessidade do cliente³²

²⁹ Dentro do segmento das empresas de pequeno porte, existe uma modalidade de empresas específica: as empresas emergentes (start-ups), que podem ser definidas como empresas iniciantes de tecnologia (Fernandes, 2015). São empresas normalmente de base tecnológica, possuem espírito empreendedor e uma constante busca por um modelo de negócio inovador. Este modelo de negócios é a maneira como a empresa emergente gera valor – ou seja, como transforma seu trabalho em dinheiro. Criam modelos de negócio altamente escaláveis, a baixos custos e a partir de ideias inovadoras, são empresas startups. Empresas emergentes não são somente empresas de internet. Elas só são mais frequentes na internet porque é bem mais barato criar uma empresa de software do que uma indústria.

³⁰ BRAGA, Fábio Almeida - Fintechs e necessidade de regulação.

³¹ Guia de bolso. Entenda o que é fintech. Disponível em <<https://blog.guiabolso.com.br/2016/05/10/entenda-o-que-e-fintech/>> Acesso em 20 de maio de 2018.

³² Pesquisa Fintech Deep Dive 2018. p. 8.

Conforme a revista Exame, em menos de dois anos o número de Fintechs no Brasil sairia de poucas dezenas para cerca de 250 (duzentos e cinquenta), o que resultou na preocupação acerca de sua regularização, mesmo compreendendo os entes fiscalizadores que a representatividade das operações realizadas era, no início, muito pequena, o que hoje já se modificou pelo grande número de Fintechs.

O crescimento dessas instituições podem ser explicadas pelo grande uso da tecnologia, e com isso conseguem diferenciar seus serviços dos bancos tradicionais e assim, gerar grande competitividade nos serviços financeiros prestados aos consumidores.

5.1 DO PERFIL DAS FINTECHS E SEUS EMPREENDEDORES

As Fintechs estão a pouco tempo no mercado. No Brasil, de acordo com pesquisas feitas pela ABFintechs em parceria com a PwC, 46% (quarenta e seis por cento) das Fintechs nasceram após o ano de 2016, sendo que mais da metade está ainda no início de operação, o que quer dizer, estão com clientes, faturamento e investimentos, mas ainda não estão em consolidação.

O perfil dos empreendedores desse ramo são, em sua grande maioria homens, com idade de 30 a 39 anos, possuem formação superior e pós-graduação. São profissionais qualificados e com experiência como empreendedores, que atraíram o público, que buscavam facilidades na hora de investir seu dinheiro.

Esses empreendedores relatam que uma das maiores dificuldades que as empresas Fintechs encontram para alcançarem o crescimento nesse ramo é o grande número de exigências a ser cumprida para a sua regulamentação. Essa complexidade da legislação brasileira acaba por afastar os investidores e se torna uma barreira para novos empreendedores.

De acordo com o cofundador da BeeTech, Alexandre Luizzi:

Esse segmento tem complexidades e exigências reguladoras bastante altas, o que em muitos casos leva as Fintechs a fazer parcerias com instituições financeiras ou até se tornar uma delas. E quando você trabalha com uma instituição financeira, por mais que esteja digitalizando, automatizando processos, você precisa lidar com essa instituição, que muitas vezes tem

um legado tecnológico e operacional ruim. Isso tem um custo para a Fintech e para o cliente, já que por trás você está engessado.³³

Em relação a regulamentação das Fintechs, um passo importante foi dado em abril do ano corrente, que será abordado no tópico seguinte, cujo a modernização da regulamentação dessas *startups* resultaram mais segurança, tanto aos consumidores quanto aos interessados em investir nessas empresas.

5.2 QUANTO A REGULAMENTAÇÃO DAS FINTECHS NO BRASIL

O Banco Central do Brasil (BACEN), justificou que a imposição de normas regulamentadoras específicas para as Fintechs tem como motivo a necessidade de aumento da segurança jurídica nas operações financeiras realizadas por meio de plataformas eletrônicas e também com o intuito de estimular a concorrência, permitiu a participação regular das Fintechs no mercado creditício, e com isso conseguiu reduzir a burocracia e do custo do crédito no Brasil.

Exemplo claro da necessidade de regulamentação do setor está na recente liquidação do Banco Neon, que deixou 600.000 (seiscentos mil) clientes digitais da Neon Pagamentos com as contas bloqueadas. Vejamos a parte da resolução dada pelo Sr. Presidente do BACEN:

Art. 1º Fica decretada a liquidação extrajudicial do Banco Neon S.A., CNPJ nº 00.253.448/0001-17, sediado na cidade de Belo Horizonte (MG).

Art. 2º Fica nomeado liquidante, com amplos poderes de administração e liquidação, Cornélio Farias Pimentel, carteira de identidade nº 1016067728 – SSP/RS e CPF nº 151.504.370-34.

Art. 3º Fica indicado, como termo legal da liquidação extrajudicial, o dia 5 de março de 2018.³⁴

Em decorrência da regulamentação referida, as Fintechs de crédito ganham natureza jurídica de instituição financeira, e por decorrença desse fato, devem, obedecer aos regramentos específicos do âmbito bancário.

³³ Pesquisa Fintech Deep Dive 2018 - Alexandre Liuzzi, cofundador e CSO da BeeTech

³⁴ Ato do Presidente do BACEN 1.336 4/5/18, sob o fundamento de graves violações às normas legais e regulamentares que disciplinam a atividade da instituição financeira, bem como o comprometimento da situação econômico-financeira. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=1336&tipo=Ato%20do%20Presidente&data=4/5/2018>> Acesso em 02 de junho.

Para tanto, a exemplo do que já é exigido para todas as demais instituições financeiras, as Fintechs de crédito devem ser constituídas sob a forma de sociedade anônima, com todas as exigências da Lei 6.404 de 1976 e suas modificações.

Vejamos na íntegra o recente voto do Banco Central publicado em 26 de abril de 2018 regulamentando as Fintechs de crédito:

As Resoluções nº 4.656 e nº 4.657 têm por objetivo fomentar a incorporação de inovações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, bem como estimular a participação de novas instituições provedoras de crédito. A Resolução nº 4.656 regulamenta a atuação de empresas que usam tecnologia de forma intensiva na oferta de produtos e serviços financeiros no mercado de crédito (conhecidas como fintechs de crédito), conferindo maior segurança jurídica a essas operações e criando condições para a redução do custo do crédito.

As fintechs podem atuar em uma de duas opções: Sociedade de Crédito Direto (SCD) ou Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP). O modelo de negócio da sociedade de crédito direto (SCD) caracteriza-se pela realização de operações de crédito, por meio de plataforma eletrônica, com recursos próprios.

A sociedade de empréstimo entre pessoas (SPE) realiza operações de crédito entre pares, conhecidas no mercado por peer-to-peer lending. Nessas operações eletrônicas, a instituição se interpõe na relação entre credor e devedor, realizando uma clássica operação de intermediação financeira.

A sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimos entre pessoas deverão atender a requisitos operacionais e prudenciais proporcionais compatíveis com o seu porte e perfil. Caso tenham perfil de risco simples, elas poderão optar pela classificação no segmento S5 para fins de aplicação proporcional das regras prudenciais, cujos critérios foram adaptadas pela Resolução nº 4.657, a fim de permitir que as instituições nesse segmento possam (a) se expor a títulos de securitização, desde que estes possuam característica de menor risco e (b) exercer atividades relacionadas à custódia e à escrituração de títulos de créditos originados pela própria instituição. O objetivo é permitir uma estrutura de custos mais adequada de forma a contribuir para o aumento de eficiência no setor de intermediação de crédito.

A nova regra tem aplicação imediata, possibilitando às empresas interessadas darem início ao processo de autorização.³⁵

Conclui-se que em decorrência da referida regulamentação, as Fintechs puderam adotar forma de Sociedade de Crédito Direto, ou a forma de Sociedade de Empréstimo entre Pessoas.

A primeira, chamada de Sociedade de Crédito Direto (SCD), realiza operações de empréstimo, de aquisição de direitos creditórios, bem como de financiamento por meio de plataforma eletrônica, que é a forma utilizada pelas

³⁵ Agenda BC+: CMN regulamenta as *fintechs* de crédito – Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/notas/16455>> Acesso em 08 de junho de 2018.

Fintechs para o fornecimento de seus serviços, com a utilização de recursos financeiros do próprio capital.

A segunda, chamada de Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP), é destinada para a realização de operações de empréstimo e financiamento entre pessoas físicas, assim como a SCD, essa atividade é prestada totalmente por meio de plataforma eletrônica.

De acordo com a regulamentação, a SCD opera somente com capital próprio, e ainda pode prestar serviços como operações de empréstimo e financiamento, representação de seguros quando relacionados com as operações de empréstimo e financiamento por meio de plataforma eletrônica, aquisição de direitos creditórios, cobrança de crédito para terceiros, análise de crédito para terceiros e emissão de moeda eletrônica.

Ademais, proibida a captação de recursos públicos pela SCD, sendo autorizada somente a emissão de ações e a cessão de direitos creditórios.

Já o objetivo da SEP é a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas exclusivamente por meio da plataforma eletrônica.

Trata-se de serviços de intermediação financeira, sem qualquer assunção do risco do crédito pela intermediária, cuja atividade é limitada à disponibilizar recursos pelos credores diretamente aos devedores, com autorização legal para a determinação de cobranças de tarifas condizentes com a viabilidade econômica das operações, tudo com a extrema utilização de meios eletrônicos.

Dentre as limitações impostas à SEP, destacam-se duas, quais sejam, a vedação à realização de operações com capital próprio ou de antecipação de valores para credores ou devedores.

Todavia, foi oportunizada à SEP a autonomia para estabelecer outros limites para os credores e para os devedores que se referem às operações de empréstimos e de financiamento.

Além das peculiaridades específicas de cada forma de Fintechs, algumas exigências são comuns tanto para SCD quanto para SEP, como, por exemplo, o dever de manutenção permanente de limite mínimo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em relação ao capital social integralizado e ao patrimônio líquido.

No mais, como todas as demais instituições financeiras, as Fintechs de crédito possuem agora a necessidade de obtenção de autorização de funcionamento pelo Banco Central. Todavia, o procedimento criado para as Fintechs é bem menos

rigoroso do que o adotado para as outras instituições, que por sua vez, obedecem as rígidas regras estabelecidas pela resolução nº 4.122 de 2013.

O procedimento simplificado de obtenção de autorização de funcionamento das Fintechs é realizado em uma única etapa exige prévia constituição dos atos societários, integralização do capital social e nomeação dos membros dos órgãos estatutários.

Dispensa-se a apresentação do plano de negócios, bastando apenas a indicação do modelo de instituição a ser adotado (SCD ou SEP) e a descrição dos serviços prestados.

Por fim, como já ocorre em nos Estados Unidos e no Reino Unido, agora é admitida a participação dos fundos de investimento em grupos de controle, sendo proibida apenas a composição exclusiva do grupo por esses fundos.

5.3 DO PERFIL DO CLIENTE DAS FINTECHS

Como já explanado, as Fintechs surgiram para revolucionar o serviço bancário ofertado pelas instituições financeiras tradicionais.

As Fintechs se oportunizaram do grande avanço dos dispositivos móveis em todo mundo e criaram meios que facilitam a vida de seus clientes sem precisar sair da comodidade de sua casa.

Sabendo da informação de que no Brasil existem mais linhas de celulares do que de habitantes, o que não é diferente do resto do mundo, as Fintechs criaram modelos digitais com acesso simplificado e baixo custo operacional para obterem vantagens em relação ao tradicional sistema financeiro.

O perfil da maioria dos usuários das novas Fintechs são aqueles consumidores que utilizam intensivamente os smartphones e as redes sociais, chamados de nova geração, que esperam soluções bancárias práticas e diretas. Buscam transparência nos serviços prestados e ainda não cultivam fidelidade a marcas, o que leva as Fintechs a estarem sempre em processo de atualização para oferecerem os melhores serviços de forma mais simplificada e barata aos seus clientes.

5.4.1 Fintechs em Mercados Regulados e a Relação com o Consumidor

Uma das grandes características das Fintechs é a obsessão pelos seus consumidores, confirmando a ideia de que apenas a manutenção de um bom relacionamento com sua clientela é que toda empresa consegue resultados excelentes. Ideias e inovações são de mera importância, mas a preocupação com a clientela se faz igualmente fundamental.

O objetivo do BACEN ao regulamentar a atividade das Fintechs é um indicador de relevância da operação destas empresas para o sistema financeiro e para o mercado consumidor. A regulação protege o sistema financeiro e os consumidores.

É cada vez mais comum que as pessoas acessem aplicativos de Fintechs em seus celulares, fazendo operações financeiras de onde estiverem. As Fintechs deixaram de ser ideias visionárias para poucos e hoje fazem parte do cotidiano de milhões de consumidores.

De acordo com o artigo “Mapa de Fintechs – Brasil (Out de 2017)” publicado em 28 de outubro de 2017, pelo site FINNOVATION:

O mercado brasileiro de fintechs continua crescendo em ritmo acelerado. Nos últimos 12 meses, a quantidade de startups pulou de 219 para 309, um aumento de 41%. Este número é muito significativo, ainda mais se considerarmos que cerca de 30 fintechs encerraram suas atividades neste período. Se estas tivessem sobrevivido, estaríamos vendo um crescimento de 55% no segmento.³⁶

De acordo com pesquisas feitas pela ABFintechs e PwC, a grande maioria das Fintechs no país ainda continuam focadas no setor de pagamentos, sendo no total 86 (oitenta e seis) Fintechs neste segmento, representando 28% (vinte e oito por cento) deste mercado. Logo atrás vem as startups de Gestão Financeira Empresarial, sendo atualmente 58 (cinquenta e oito) Fintechs nesta área, significando cerca de 19% (dezenove por cento) do total.

Em seguida, vem o grupo das Fintechs de Crédito, um segmento que continua crescendo e que tende a ganhar força com a nova regulamentação do

³⁶ FINNOVATION – Mapa de Fintechs – Brasil (Out de 2017) – Disponível em <<http://finnovation.com.br/mapa-de-fintechs-brasil-de-2017/>> Acesso em 08 de junho de 2018

BACEN. São 38 (trinta e oito) startups ajudando a reduzir os *spreads*, redesenhando os motores de crédito e risco e melhorando a experiência do usuário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise das Fintechs no Brasil, demonstrando como foi realizada sua criação, suas formas e as dificuldades que seus empreendedores tiveram para cumprir com a legislação brasileira para a devida implementação.

Além disso, possibilitou a análise de suas mudanças e sua regulamentação para então obter natureza jurídica de instituição financeira, devendo obedecer às leis específicas do ambiente bancário.

De um modo geral, apresentamos o conceito de contrato, derivado da palavra *Contractus*, seus requisitos e classificações. Definimos os principais contratos bancários, e explanamos as justificativas para a incidência do Código de Defesa do Consumidor para a relação de fornecedor bancário e consumidor cliente. Demonstramos os direitos e deveres das instituições bancárias que se destacam em deveres de segurança, fidúcia e boa-fé.

Também no âmbito das relações bancárias, definimos quais os abusos e onerosidades presentes nos contratos bancários e analisamos a súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça.

Foram especificados os requisitos e qualificações de uma instituição bancária e o perfil dos empreendedores e clientes de uma Fintech. No mais, demonstramos a regulamentação dada pelo Banco Central as Fintechs e a repercussão desse ramo financeiro para as demais instituições tradicionais.

Dada a importância do assunto, torna-se necessário o desenvolvimento de melhores esclarecimentos aos consumidores quanto aos serviços prestados, considerando que se trata de uma nova prestação de serviço ainda em fase de amadurecimento.

Ainda, esse esclarecimento resultará em novos parâmetros para as Fintechs, que alcançarão outros perfis de consumidores, haja vista que a grande maioria das instituições desse ramo são voltadas para o público antenado e usuário assíduo da tecnologia.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**, 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro.

EXAME.COM Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/pme/fintechs-se-multiplicam-com-bc-e-cvm-atentos-e-regulacao-precaria/>> Acesso em maio de 2018.

FILHO, Cavaliere, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

FINNOVATION – **Mapa de Fintechs – Brasil (Out de 2017)** – Disponível em <<http://finnovation.com.br/mapa-de-fintechs-brasil-de-2017/>> Acesso em 08 de junho de 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro Vol. 4: responsabilidade civil**, 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

Guia de bolso. **Entenda o que é fintech**. Disponível em <<https://blog.guiabolso.com.br/2016/05/10/entenda-o-que-e-fintech/>> Acesso em 20 de maio de 2018.

Jr., NEWLANDS, Carlos Arthur. Série Provas & Concursos - **Sistema Financeiro e Bancário**, 5ª edição. Método, 05/2015. Disponível em <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6452-8/cfi/6/24!/4/896@0:70.5>> Acesso em 29 de maio.

Lei nº [4.595/64](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm) Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm> acesso em 18 de maio de 2018.

METZNER, Talita Dayane, MATIAS, Alberto Borges. **O Setor Bancário Brasileiro de 1990 a 2010**. Manole, 01/2015.

MIRAGEM, Bruno Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

Pesquisa Fintech Deep Dive 2018. Realizado pela Associação Brasileira de fintechs (ABFintech) em conjunto com a PrincewaterhouseCoopers Brasil Ltda. (PwC).

REIS, Clayton. **Dano Moral**, 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian. W. Mendlowicz. **Contratos Bancários**, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6671-3/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>

VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil - Vol. II - **Teoria Geral das Obrigações**, 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

WAISBERG, Ivo, GORNATI, Gilberto. **Direito Bancário** – contratos e operações bancárias, 2.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.