

DELTAN MARTINAZZO DALLAGNOL

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS NO MÚTUO BANCÁRIO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Carlos Eduardo Manfredini Hapner

CURITIBA

2.001

TERMO DE APROVAÇÃO

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS NO MÚTUO BANCÁRIO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:.....

Prof. Carlos Eduardo Manfredini Hapner

.....
Prof. Edson Isfer

.....
Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Curitiba, 19 de setembro de 2.001.

*Ao bom Deus, cuja lição de amor ao próximo
é uma semente viva lançada em meu coração.*

SUMÁRIO

RESUMO	vi
INTRODUÇÃO – PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS	1
PARTE I – NOÇÕES GERAIS SOBRE O MÚTUO BANCÁRIO	9
INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – CONTRATOS BANCÁRIOS.....	11
1.1 Conceito e classificação dos contratos bancários.....	11
1.2 Características dos contratos bancários.....	16
CAPÍTULO 2 – REGIME LEGAL DO CONTRATO BANCÁRIO.....	27
2.1 O princípio da igualdade e o Direito Bancário.....	27
2.2 A submissão dos contratos bancários aos regimes civil, comercial e bancário.....	33
2.3 Aplicação do Direito do Consumidor.....	37
2.4 O regime legal do mútuo bancário.....	49
CAPÍTULO 3 – CARACTERÍSTICAS DO MÚTUO BANCÁRIO.....	53
3.1 Origem histórica e noção.....	53
3.2 Classificação e objeto.....	56
3.3 Efeitos jurídicos, lugar da restituição e tempo da restituição.....	60
3.4 Pressupostos subjetivos, forma, prova e garantias.....	71
3.5 Modalidades.....	80
PARTE II – CORREÇÃO MONETÁRIA	83
INTRODUÇÃO.....	83
CAPÍTULO 1 – NOMINALISMO E VALORISMO DA MOEDA.....	84
CAPÍTULO 2 – FUNDAMENTOS DA CORREÇÃO MONETÁRIA.....	92
CAPÍTULO 3 – EVOLUÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	96
CAPÍTULO 4 – CLÁUSULAS DE INDEXAÇÃO.....	108
CAPÍTULO 5 – ÍNDICES DE INDEXAÇÃO.....	119

PARTE III - JUROS	147
INTRODUÇÃO.....	147
CAPÍTULO 1 – JUROS: NOÇÕES HISTÓRICAS, ECONÔMICAS E JURÍDICAS.....	148
CAPÍTULO 2 – JUROS REMUNERATÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO INFRACONSTITUCIONAL.....	163
CAPÍTULO 3 – LIMITE CONSTITUCIONAL DE 12% DOS JUROS REMUNERATÓRIOS.....	187
CAPÍTULO 4 – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS.....	206
CAPÍTULO 5 – INADIMPLENTO: JUROS COMPENSATÓRIOS, COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, JUROS MORATÓRIOS E MULTA CONTRATUAL.....	227
5.1 Juros compensatórios.....	227
5.2 Comissão de permanência.....	230
5.3 Juros moratórios.....	241
5.4 Multa contratual e cumulação com demais encargos.....	245
PARTE IV - CONCLUSÕES	256
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	270

RESUMO

O tema relativo à correção monetária e aos juros no mútuo bancário não pode ser analisado sem o prévio estudo do contrato de mútuo bancário. Este contrato é o mesmo mútuo civil, contudo são-lhe agregadas as particularidades dos contratos bancários. Estes têm características peculiares que conduzem a um tratamento diferenciado por parte do legislador e do intérprete, consoante o princípio da isonomia. Sobre o contrato bancário incidem prioritariamente (critério qualitativo) as normas de consumo, depois as bancárias, depois as comerciais e por último as civis. Contudo predominam (critério quantitativo) as normas civis. O mútuo bancário é um contrato real, unilateral, oneroso e temporário, pelo qual o banco mutuante transfere moeda (na imensa maioria das vezes é moeda) ao cliente mutuário, o que é um *pressuposto* do contrato, para receber após certo lapso temporal o equivalente mais os encargos contratados. O numerário mutuado sofre incidência da correção monetária, que nada acresce ao capital, mas sim o recompõe frente à atuação corrosiva da inflação sobre o valor nominal pactuado. É possível cláusula de correção monetária, contudo esta tem de introduzir um índice de correção monetária que seja idôneo, ou seja, um índice que mede a variação real de preços, calculado por um ente neutro como o IBGE ou a FGV. A taxa referencial não é índice idôneo. A indexação cambial é vedada pela legislação relativa ao plano real, mas a proibição comporta exceções. Os juros remuneratórios, diferentemente da atualização monetária, constituem o preço do mútuo, uma remuneração paga pelo cliente mutuário ao banco mutuante. O patamar que a taxa de juros alcança hoje no Brasil é totalmente dissonante com os valores da sociedade brasileira albergados constitucionalmente, e com a função social do contrato bancário de mútuo. Além disso, ultrapassam (e muito) o limite da taxa de juros estabelecido no ordenamento jurídico infraconstitucional e constitucional. Outra aberração jurídica é a possibilidade da capitalização de juros, ampla e irrestrita, que recentes instrumentos legais vieram instituir. No mútuo bancário, após o inadimplemento continuam a fluir juros remuneratórios, aos quais podem ser somados os juros moratórios, mas estes últimos não podem incidir cumulativamente com a multa contratual. A comissão de permanência é um continente cujo conteúdo jurídico pode ser formado pela correção, pelos juros remuneratórios, ou por ambos, devendo o operador jurídico desvelar os elementos que a compõem e conferir-lhes o tratamento pertinente às espécies.

INTRODUÇÃO – PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS

Quando se escreve sobre um tema ganha grande relevo algo que está além do “sobre o que se escreve”, e que, se não determina, ao menos condiciona, as conclusões. Trata-se da metodologia empregada, do “como se escreve” sobre o que se escreve.

O método cartesiano – de Descartes –, formulado dentro do paradigma filosófico do sujeito, fundado em rigorosa lógica, impõe quatro regras, na busca de um método crítico, rigoroso e o mais possível objetivo:

a- evidência – não aceitar nada por verdadeiro que não seja reconhecido como tal por sua evidência. As dúvidas devem ser afastadas todas antes de se tomar algo por verdadeiro;

b- análise – as dificuldades devem ser decompostas o mais possível para que sua resolução seja simplificada;

c- síntese – os pensamentos devem ser conduzidos, por ordem, do mais simples e mais fácil de conhecer, gradualmente, até o mais complexo;

d- enumeração – deve-se expor o assunto de modo tão completo e realizar revisões de modo a se ter certeza de nada omitir.

A epistemologia moderna revelou, contudo, a impossibilidade de se alcançarem verdades absolutas ou uma neutralidade científica. O método não almeja alcançar verdades absolutas, mas verdades parciais, porque condicionadas pelo próprio método que se adota, bem como pela eleição dos pontos de partida (o que a filosofia moderna demonstrou enfaticamente pela leitura histórica da filosofia por seus “paradigmas”). Toda verdade é histórica, condicionada pelo tempo e lugar do seu produtor, bem como pela postura subjetiva que o indivíduo propositadamente ou subconscientemente assume frente ao objeto.

Assim é que devemos acatar a precisa lição do ilustre professor da UFPR Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Não por outro motivo as epistemologias contemporâneas, principalmente as críticas, vêem o sujeito do conhecimento como um agente participativo, construtor da realidade, que não tem mais motivos para esconder sua ideologia e escolhas diante do mundo. Torna-se, então, insustentável a tese da ‘neutralidade’ do sujeito e vige, para todos os efeitos, a idéia de ‘dialética da participação’.

E prossegue com precisão:

Constata-se que todo conhecimento é histórico e dialético. Histórico porque é sempre fruto de determinado momento de uma certa sociedade. Dialético porque, além de ser reflexo das condições materiais de seu tempo, atua sobre esta materialidade, alterando-a. Em outras palavras: todo saber é condicionado e condicionante.¹

Assim sendo, o direito não se resume mais à pura dogmática, e o sujeito se compromete com o produto do seu conhecimento. Na medida em que avulta a responsabilidade do sujeito do conhecimento, emerge a importância da interdisciplinariedade e da filosofia, do saber global, pois a vida humana não se dá em compartimentos estanques, e a compreensão da parte só se dá no contexto do todo. Assim é que Hegel afirmava que “a verdade é o todo”.²

Ocorre atualmente uma quebra das barreiras entre as disciplinas, daí se falar da necessidade da transdisciplinariedade.³ No tema da correção monetária e juros se avulta a relação do direito com as ciências contábeis e econômicas, daí a grande dificuldade que surge aos juízes e operadores do direito que procuram abordar o tema partindo do ângulo exclusivamente jurídico.

Se o sujeito além de ser condicionado pela realidade, também a condiciona, se ele constrói o objeto que observa, desvela-se que o produto do conhecimento resulta impregnado de suas condições pessoais, o sujeito nele imprime irrecusavelmente sua marca, suas impressões. Inconsciência e consciência interferem nesse processo. Sob o ponto de vista do condicionamento consciente que o sujeito “imprime” no objeto, uma postura científica sincera implica uma assunção dos pressupostos e fins do trabalho científico.

Considerando que o direito existe para a sociedade, e não o contrário, bem como considerando que o direito, sistema aberto (e não fechado como quiseram os positivistas), é construído pelo intérprete (o qual não observa e apreende, mas verdadeiramente constrói a realidade ou o objeto que observa), a postura aqui adotada considera que o método eleito deve visar a construir uma sociedade mais justa, igualitária (no sentido material) e humanitária,

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do juiz no Processo Penal**. Trabalho preparado e em parte apresentado no Seminário Nacional sobre Uso Alternativo do Direito, Rio de Janeiro, 7 a 9 de jun. 1.993, p. 26 e 28.

² E assim, talvez, que Jesus afirmasse “Eu sou a Verdade”.

³ Cf. a interessante posição de Michel Miaille: “*Assim pois, a interdisciplinariedade não pode fornecer resposta a nossa busca de uma ciência do direito que não seja outra coisa que não uma descrição das técnicas jurídicas. É preciso procurar para lá da pluridisciplinariedade, na direção daquilo que eu chamarei transdisciplinariedade, quer dizer, a ultrapassagem das fronteiras actuais das disciplinas.*” (MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, 2 ed., Editorial Estampa, Lisboa, 1.989, p. 61)

conferindo eficácia aos princípios constitucionais, conciliando os princípios da propriedade privada, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Os fenômenos tão propagados por civilistas de vanguarda, da fragmentação e constitucionalização do Direito Civil, alcançam todo o direito privado. Contudo nos ramos comercial e bancário os autores não têm dado tanto relevo ao assunto.

Assim assinala Francisco Amaral o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil: *“Essa constitucionalização significa que os princípios básicos do direito privado emigram do Código Civil para a Constituição, que passa a ocupar uma posição central no ordenamento jurídico, assumindo o lugar até então privilegiadamente ocupado pelo Código Civil, transformando-se este num satélite do sistema constitucional.”*⁴ Destaca Fachin⁵ que a Constituição Federal de 1.988 operou uma inversão ao erigir como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, impondo ao Direito Privado o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX e na qual se inspirou o Código Civil pátrio. Submete-se o patrimônio à pessoa: aquele se legitima enquanto meio de realização desta.

Outro fenômeno, paralelo, é o da fragmentação. Como notou Francisco Amaral, as próprias constitucionais *“[...] normas programáticas vão estimular a criação de leis especiais que, em matéria civil, reduzem o primado do Código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos que fragmentam o sistema unitário presidido pelo Código Civil, caracterizando o chamado processo de descodificação do direito.”*⁶ Esta fragmentação se impõe, e no Direito Comercial se agudizou antes mesmo do que no Civil, em razão da idade do Código Comercial e do dinamismo das relações comerciais.

A partir da fragmentação do Direito Civil os autores têm apontado que a unidade do sistema civil conduz à Constituição, de modo que fragmentariedade e constitucionalização são termos que se completam. E não há motivo para excluir o ramo comercial desta afirmação: a unidade do sistema comercial também deve remeter à Constituição, que é fundamento de validade e ponto de coerência de todo o sistema jurídico. Quanto mais nesses tempos em que se aprova um Projeto de Código Civil no qual se inseriu o Direito da Empresa, e em que *“[...] as opiniões dos comercialistas modernos filiam-se à corrente que vislumbra o direito*

⁴ AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 63, p. 45-63, [s.d.], p. 52.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 4, p. 243-263, 2.000, p.244-246.

⁶ AMARAL, Francisco. Ob. cit., p. 52.

comercial como o direito das empresas” (é o conceito subjetivo moderno do direito comercial, como leciona Rubens Requião).⁷

As necessidades setoriais a exigirem leis especiais (e especialidade se relaciona com isonomia), formando microssistemas autônomos (como o Código de Defesa do Consumidor), bem como o sucedâneo de leis sobre um mesmo assunto contraditórias, produto de lutas políticas (o que resulta da democratização e do sufrágio universal), revelam que a concepção jurídica não mais se amolda à racionalidade dos Códigos tais como foram concebidos. Fixa-se uma nova racionalidade do pós-moderno, do plural, vinculada não mais apenas ao raciocínio silogístico frio com base nos Códigos Privados, mas também ao raciocínio tópico emancipador ligando sempre os diplomas privados à Constituição, que lhes confere unidade e coerência.⁸

O novo panorama constitucionalizado do direito privado atingiu em cheio os contratos, como notou Paulo Nalin na sua tese intitulada “Conceito Pós-Moderno de Contrato: em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional”.⁹ Destaca o autor a superação do sistema codificado do contrato do Código Civil¹⁰, com seu desenvolvimento teórico assentado no século XIX, baseado na vontade individual dos contratantes, o que não encontra mais ressonância na realidade fática.¹¹ O contrato paritário e bilateral nem de longe se assemelha às modalidades contemporâneas de contratação (como o contrato de adesão, o contrato-tipo, o contrato necessário e o contrato coativo ou obrigatório).¹² É a dita “crise do contrato”.¹³

⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 23 ed., Saraiva, São Paulo, 1.998, p. 15.

⁸ Assim é que leciona Francisco Amaral, na obra citada: “*Se a época da codificação, basicamente o Século XIX, resulta do racionalismo jurídico europeu [...] sendo os Códigos momento essencial da razão jurídica moderna e o símbolo da estabilidade e unidade, a época atual da descodificação, iniciada com a maré da legislação especial e extravagante, a partir das primeiras décadas do Século, representa o movimento e a pluralidade do direito, comprovando a crise da unidade sistemática do Direito Civil herdada da racionalidade jurídica dos dois últimos séculos. O Código Civil não mais garante a unidade do sistema privado, deixando a posição central que nele ocupava e passando o cetro do poder civil à própria Constituição, agora eixo em torno do qual gravita todo o ordenamento jurídico da sociedade brasileira. Não mais o regime do monossistema [...], mas o do polissistema [...]*” (p. 52). Brilhantemente finaliza: “*Constata-se a crise da sistematicidade e revigora-se o conflito entre o formalismo e o pragmatismo. Na relação entre o ‘logos’ e a vida, que na modernidade tendia para a absolutização do primeiro, a pós-modernidade acentua o primado da vida [...]. O mundo da vida supera o mundo da razão*” (p. 55).

⁹ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Conceito pós-moderno de contrato: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba, 2.000. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

¹⁰ E também do Código Comercial, pois a realidade fática sobre que atua sempre invoca subsidiariamente o Código Civil. Além disto, a Constituição operou sobre todo o Direito Privado, não cabendo restrições.

¹¹ Afirma o autor, na ob. cit., p. 1, que há “[...] uma desconexão entre o discurso que insiste em sustentar um contrato nucleado na vontade dos sujeitos (liberdade contratual), sem a devida atenção para o fato de que esta manifestação de vontade é, quiçá, o dado menos significativo na composição do contrato contemporâneo.”

¹² *Idem, ibidem*, p. 107.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 113-114.

Nesse sentido, afirma o autor:

Há de se perseguir um mais amplo favorecimento da pessoa humana nas relações jurídicas e, especialmente, nas contratuais; conforme reafirmado nesta tese, a vontade contratual deixou de ser o núcleo do contrato, cedendo espaço a outros valores jurídicos, institutos, fundados na Carta. O paradigma da autonomia da vontade, em detrimento da tutela da pessoa na sua dimensão contratante, talvez até possa encontrar legitimidade no espaço do Código Civil, pois do homem em si não se ocupa, mas sempre estará em descompasso com a Constituição. Isso é observado com grande destaque nas relações jurídicas contratuais, em que a vontade surge como mero papel de impulso, quando não, completamente inexistente, no âmbito das relações de adesão e do contrato obrigatório, ambas conseqüências da massificação negocial.¹⁴

Mas não é só na realidade fática que o contrato clássico não encontra ressonância. Também não encontra na realidade jurídica, pois a Constituição Federal de 1.988 rompeu com a noção do contrato das obsoletas codificações privadas, operando uma transmutação do significado do comportamento contratual, do individual para o coletivo. A Constituição não é mera diretiva ao legislador, mas norma vinculante que se aplica diretamente nas relações interprivadas e cujo destinatário é também o juiz. E os primeiros artigos da Carta Magna, sem dúvida, elegeram a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a erradicação da pobreza como valores fundamentais a serem perseguidos.

Neste sentido, entende Paulo Nalin que é fundamental a superação do viés hierárquico com que se vislumbra a relação jurídica entre credor e devedor. Assevera assim o autor:

Não mais se concebe que a relação jurídica obrigacional seja descrita num contexto de subordinação entre sujeitos, mas sim, como uma relação de cooperação entre eles, em razão de um interesse superior da coletividade e da produção. Nesse contexto, mostra-se o liame necessário entre uma relação jurídica individual e a funcionalização do instituto do contrato, em que um dos aspectos de projeção é a quebra, ou, ao menos, a mitigação, do princípio da relatividade do contrato, passando uma simples relação contratual a despertar o interesse daqueles que por ela não são diretamente atingidos.¹⁵

O estudo da correção monetária e dos juros no mútuo bancário não pode desconsiderar todo este contexto. Embora ainda não se tenha consolidado um novo parâmetro contratual, nesta fase de quebras de conceitos e reformulação, se é que é possível se falar em termos de formação de um novo parâmetro ante à aversão por conceitos e ao “plural”, típicos do pós-moderno¹⁶, pelo menos se tem a direção do caminho a trilhar: a conformação dos Códigos às

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 79-80.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 204.

¹⁶ Assim afirma Paulo Nalin, na ob. cit., p. 267-268, que “Seria indiscutivelmente incorreto, cabendo ante a explicação, afirmar que um único conceito de contrato pudesse dar vazão a todas as formas contratuais da atualidade, em que se evidencia a hipercomplexidade do mundo jurídico, caracterizada pela pluralidade de fontes materiais e formais que se revela como obstáculo à unificação do pensamento. Ora, uma tese, nestes tempos pós-modernos de ‘desconstrução’ do saber, pode, coerentemente, até mesmo, infirmar a sua proposta inicial, o que corresponderia sustentar que hoje inexistente ‘um’ ‘conceito’ de contrato; talvez ‘vários’ conceitos

diretrizes constitucionais que privilegiam os valores existenciais, em relação aos patrimoniais.¹⁷

Não se derogam os valores patrimoniais. Mas são submetidos aos existenciais. Neste sentido leciona Paulo Nalin, ressaltando a ampla extensão da diretriz constitucional:

A aplicação do comando constitucional não está a depender desta ou daquela localização do contrato, neste ou naquele ordenamento infraconstitucional. Seja de consumo, civil ou comercial, a relação de crédito sempre estará nucleada no seu titular e não no crédito. O homem¹⁸, ao menos enquanto perdurar o comando expresso do art. 1º, inc. III, associado ao art. 170, *caput*¹⁹, todos da Carta, se posiciona no centro das atenções. A leitura do contrato, assim vista, não ignora sua função econômica²⁰, mas antes de se averiguar da realização da causa (econômica) do contrato, terá que se indagar se aquela relação em apreço levou em conta a dignidade dos contratantes. A interpretação constitucional do contrato transita do ter para o ser.^{21 22}

Deste modo, a leitura que se fará não poderia deixar de se fundar na Constituição Federal, base de toda construção jurídica, fundamento de legitimidade e informadora de toda

possam coexistir, porém, jamais, um conceito, fundado no modelo clássico, enquanto síntese das estruturas contratuais. E aqui, já uma primeira conclusão.

[...]. *A massificação das relações jurídicas, as novas tecnologias e a ciência cibernética, enfim, os novos direitos, já deram conta de alertar sobre as variantes contratuais, que são tantas. A busca de uma definição que pudesse 'resumir' o fenômeno em 'único conceito' implicaria um grande lapso.*"

¹⁷ Neste passo sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor realizou grandes avanços, relançando o princípio da boa fé no campo contratual, da qual derivam os princípios da transparência, confiança e equidade, como notou Paulo Nalin, na ob. cit., p. 19-59.

¹⁸ Não o "homem econômico", mas o "homem existencial", como ressalta o autor, na ob. cit., p. 259.

¹⁹ Reza o *caput* do art. 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:". E a respeito desta disposição afirma Paulo Nalin na ob. cit., p. 257: "O texto é claro: só se atribui legalidade à livre iniciativa dos titulares da relação, desde que voltada a assegurar a digna existência de todos (titulares diretos ou não da relação jurídica – planos intrínseco e extrínseco da função social do contrato) e, em conformidade com a justiça social."

²⁰ No mesmo sentido o autor expõe na ob. cit., às fls. 264-265, que há uma renovação dos propósitos do contrato contemporâneo, "[...] sem que com isso se sustente a superação do conteúdo econômico do negócio, mesmo que, minimamente, retratado. E nem poderia ser diferente, pois não se está a tratar do contrato à luz de uma economia planejada, mas sim, em livre mercado, não obstante funcionalizado."

²¹ *Idem*, *ibidem*, p. 262.

²² E ao questionamento de "onde fica, sendo assim, a segurança jurídica?", Paulo Nalin responde na ob. cit., p. 221, com uma igual transmutação no conceito de segurança jurídica contratual, que não pode mais ser concebida nos padrões do contratualismo clássico em termos de adimplemento, numa aplicação cega da lei, mas "A segurança é material (concreta e histórica), investigativa das condutas e dos resultados objetivos do contrato, escapando da concepção, superada, de que a segurança estaria no adimplemento do contrato, pelo devedor."

A segurança desejada pelo titular de uma situação subjetiva [é a denominação que Nalin confere ao que tradicionalmente é a situação de credor e devedor, mas ampliando o conteúdo das posições para não conter mais o primeiro somente direito subjetivo, e o segundo somente dever jurídico], é a de que poderá cumprir sua parcela da avença, seja ela instantânea ou de execução diferida, sem que, para tanto, se espante com sobressaltos econômicos, cláusulas abusivas e comportamentos adversos à boa-fé.

A segurança não está mais no fim do contrato (adimplemento), posta, exclusivamente, em favor do credor (titular ativo da situação). Ela está em todos os momentos da complexidade obrigacional em vista de ambos os titulares. Tratar, pois, atualmente, de segurança jurídica contratual, significa encarar o contrato como um todo jurídico, nos seus plúrimos desdobramentos objetivos e subjetivos, focando, especialmente seu contínuo equilíbrio.

regra de direito. O esforço monográfico deve conter, pois, um esforço pela despatrimonialização e repersonalização dos diplomas privados sob exame, em consonância com o que estatuem os arts. 1º, 3º e 170, *caput*, da Constituição Federal.

Como assinala Paulo Nalin, ler os códigos à luz da Constituição “*Implica o distanciamento do individualismo e da patrimonialidade contratual, justificada no Código Civil e que avança, não em sentido de ‘revogar’ tal opção ideológica do legislador da época, mas no de recolocá-lo e recondicioná-lo na moldura dos direitos fundamentais à pessoa humana.*”²³

Deste modo, parte-se do princípio de que a correção monetária e os juros devem ser tratados de modo a não inviabilizar a sobrevivência e lucro do sistema bancário, essencial à sociedade, mas também de modo a impedir que tais encargos constituam abuso, dificultando excessivamente o adimplemento, ou o pagamento após o inadimplemento.

Tendo em vista tudo isso, visa-se aqui a utilizar os métodos: a) analítico, lógico-sistemático, numa visão do direito como um sistema aberto, dotado de unidade e coerência, com especial relevo (no sistema) para a Constituição Federal; b) tópico, destacando pontos de partida, “topois”, lugares-comuns do direito, elencando artigos, dando-lhes uma inspiração nova, através de uma retórica emancipadora.²⁴

Entende-se, então, num viés constitucional, que toda abordagem deve visar à emancipação do ser humano, a estender a dignidade humana para todos. Não mais somente os privilegiados proprietários, que ensejavam uma razão única, somente sua, para introduzir os “excluídos”, admitindo-se a pluralidade, não ilimitada num cepticismo total, niilismo em que “tudo é permitido”, mas numa pluralidade limitada, que siga certas condições e possibilite a vida em comunidade digna para todos.

Mas claro que o presente trabalho não se pode perder em elucubrações filosóficas, engendrando uma utopia sem sentido, porque sem realização prática. Numa dialética, visa-se a uma conciliação entre dois opostos: não se quer, por um lado, reproduzir o “status quo”, mas por outro não se busca uma revolução tal como aquelas que ocorreram na história, em que o

A segurança jurídica não está mais no paradigma moderno da vontade, mas no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro é o contrato de boa-fé.”

²³ *Idem, ibidem*, p. 14.

²⁴ Como ressaltou Chaïm Perelman em seu prefácio da obra “Tratado da Argumentação”, a *nova retórica* deve partir de uma conciliação entre os métodos apodítico e tópico-dialético, numa abertura para um pluralismo limitado, para a argumentação a partir de “topois”, abandonando a univocidade e as respostas a “a priori” da razão cartesiana (PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação – a nova**

povo é mera massa de manobra de uma nova classe que se quer estabelecer no poder. A verdadeira revolução que deve ocorrer é aquela que ocorre todos os dias, numa luta diária, emancipatória, em mudanças graduais que produzam uma sociedade melhor.

Portanto, a pesquisa procura não “tirar os pés do chão”. Não se podem derrogar algumas tradicionais regras contratuais ainda necessárias, nem que relativizadas, até porque, de um lado, a sua derrogação geraria um vácuo imperdoável na falta de se ter um instrumental substitutivo, e, por outro lado, não se pode ignorar que é com essas regras que lida cotidianamente a doutrina e a jurisprudência. Sem prejuízo disso, buscam-se introduzir topóis argumentativos na ânsia por um “justo meio termo” (Aristóteles), não se permitindo o abuso bancário frente ao cliente, numa conciliação dialética de opostos.

O contato com a realidade também é mantido através do constante acesso à jurisprudência, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que permeia toda a abordagem da correção monetária e dos juros no mútuo bancário.

No propósito assim traçado, procurar-se-á proceder na gramática, sintaxe e redação, de modo: preciso, para que não se gere obscuridade; exaustivo, para que não soe incompleto; claro, para que não se perca o conteúdo em função da forma. Tudo dentro da metodologia traçada, admitindo-se a limitação de toda verdade. Afinal, como assevera o prof. Eduardo de Oliveira Leite, “*A metodologia interfere como agente disciplinador do trabalho intelectual, garantindo-lhe máxima produtividade e a decisiva criatividade [...]*”²⁵

retórica, Martins Fontes, São Paulo, 1.996, p. XI-XXI). Habermas, também em busca de emancipação, encontrou-a na razão intersubjetiva, comunicativa, discursiva, neste novo paradigma filosófico, da linguagem.

²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**, 3 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.997, p. 10.

PARTE I – NOÇÕES GERAIS SOBRE O MÚTUO BANCÁRIO

INTRODUÇÃO

Para a análise da correção monetária e dos juros no mútuo bancário, deve-se primeiramente analisar o contrato de mútuo bancário, ao que se dedica esta primeira parte do trabalho. Para que se possa compreendê-lo, devem ser abordados os contratos bancários, seu conceito, classificação e características, o que será feito no capítulo 1. Também se deve estudar o regime legal dos contratos bancários, o que toca o princípio da igualdade e a submissão aos regimes civil, comercial e do consumo, particularizando após isto o tratamento e estabelecendo o regime legal do mútuo bancário. Tudo isso será estudado no capítulo 2.

Por fim, no capítulo 3 serão analisadas as características do mútuo bancário: origem histórica, conceito, classificação, objeto, efeitos jurídicos, tempo e lugar da restituição, pressupostos subjetivos, forma e prova, garantias, bem como as modalidades. Afinal, já afirmava Hegel que “a verdade é o todo”, de modo que se torna imprescindível, inicialmente, a abordagem do mútuo bancário e sua contextualização, para depois lançar o olhar sobre a correção monetária e os juros nesse contrato.

Note-se que o termo “mútuo” pode assumir dois significados distintos: mútuo como contrato de mútuo, um fato jurídico, negócio jurídico; ou mútuo como relação jurídica obrigacional de mútuo, como obrigação de mútuo²⁶; ou mesmo mútuo como uma operação.²⁷

²⁶ A noção de relação jurídica é uma das fundamentais do direito. A relação jurídica tem por elementos: sujeitos (ativo e passivo), objeto (o direto é a prestação exigível e o indireto é o objeto desta última, um bem ou serviço) e fato propulsor (é o fato jurídico, o acontecimento, dependente ou não da vontade humana, a que a lei atribui efeitos jurídicos).

A relação jurídica de mútuo bancário (de moeda, o esmagadoramente mais comum, sobre a qual se debruça eminentemente este trabalho) é uma relação jurídica que tem por sujeito ativo o banco (mutuante), por sujeito passivo o cliente (mutuário), por objeto direto uma prestação de dar moeda, por objeto indireto a moeda, e por fato jurídico propulsor o contrato de mútuo. Clara é, pois, a diferença entre o mútuo enquanto contrato e o mútuo enquanto relação jurídica, que tem o contrato como mero fato propulsor, como fato jurídico gerador, fato jurídico da espécie negócio jurídico.

²⁷ A operação é um “complexo de meios que se combinam para a obtenção de certo resultado”, ou ainda, é a “execução das medidas consideradas necessárias à consecução de um objetivo financeiro, político, militar, etc.” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**, 2 ed., Nova

Procurou-se reservar o uso isolado do termo ao contrato de mútuo, designando-se a relação jurídica correspondente de “obrigação (ou relação jurídica) de mútuo”, e a operação de “operação de mútuo”.

O mútuo bancário é parte das operações ativas bancárias e, como tal, assume enorme importância, uma vez que o crédito possibilita a própria existência e desenvolvimento da indústria e comércio. São as instituições financeiras os instrumentos tradicionais do crédito, que promovem a industrialização deste.

E, mesmo dentro desta atividade de suma importância (operações ativas, de crédito, muito importantes por viabilizarem o crédito), adquire o mútuo relevo ainda maior, uma vez que, como afirma Nelson Abrão, citando Carvalho de Mendonça, constitui-se “[...] *na principal operação ativa dos bancos: ‘o empréstimo, no genérico sentido, contrato do qual promana um débito em dinheiro, ou de coisa fungível, é, pode-se dizer, o núcleo central do sistema creditório, ou na expressão de Carabellese, o centro de gravitação do comércio bancário.’*”²⁸ Ou, como afirma Bulgarelli, “*Diretamente, os Bancos fornecem recursos, emprestam a moeda através do contrato fundamental que já foi chamado contrato príncipe, que é o mútuo. Autores há que acham até que a essência da atividade bancária está no mútuo, de que os outros são variantes.*”²⁹

Bem discorre sobre a função social do mútuo bancário Sérgio Carlos Covello:

O empréstimo é o contrato bancário que representa, em sua essência, a forma mais pura de dispensação de crédito.

Os bancos destinam boa parte dos capitais que recolhem do público para a concessão de empréstimos a prazo fixo com juros e comissões, possibilitando a seus clientes o poder aquisitivo tão necessário, especialmente numa sociedade capitalista como a hodierna.

É graças aos empréstimos que o industrial consegue realizar melhoramentos na sua indústria, e o comerciante ampliar o ramo de negócio até obter fortunas. É graças aos empréstimos que as empresas

Fronteira, Rio de Janeiro, 1.986, p. 1226). “As operações bancárias se dão através dos contratos bancários”, é afirmação que muito aparece quando se trata dos contratos bancários. Mas claro deve ficar que, embora isto seja verdade, a operação não é o contrato, nem mesmo o contrato é a operação, ou uma espécie de operação. O contrato bancário é, de outro modo, instrumento, veículo, para se processarem determinadas operações bancárias, o que não impede que determinadas operações se dêem sem estarem veiculadas por contratos. A operação é um conjunto de atos com um fim. O que confere unidade aos diversos atos é o fim. Um único contrato é, por si só, um fim, por exemplo, dando-se para sua formatação uma operação. E pode estabelecer vários objetivos dotados de força obrigatória, de modo que comporte vários fins, e sua execução várias operações. Porém isso não deve servir a mitigar o fato de que a operação bancária se desenvolve, muitas vezes, necessariamente, através de contrato bancário, que é o seu instrumento de realização. Por isso, reserva-se o uso do termo operação, neste trabalho, para aquelas operações que se dão por meio de contratos, sendo seu fim, bem como a delimitação e regramento deste fim, estabelecidos nos contratos. É também neste sentido que parecem os diversos autores que tratam do tema bancário se exprimir. Assume o termo caráter instrumental específico (pois todas as palavras são instrumentais e, neste sentido, assumem significados instrumentais).

²⁸ ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**, 3 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.996, p. 68.

²⁹ BULGARELLI, Waldírio. O Direito do Consumidor e os contratos financeiros. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 94, p. 126-129, 1.994, p. 128.

em dificuldades financeiras conseguem galgar o reequilíbrio econômico imprescindível para continuar suas atividades, evitando quebras desastrosas não só para o empresário como para os empregados, com reflexos em toda a sociedade.

Por meio dos empréstimos, os funcionários públicos e os profissionais liberais obtêm o capital de que precisam para a aquisição de casa própria, de material de construção, de instrumentos de trabalho, de utilidades domésticas e outros.

No setor agropecuário, o empréstimo desempenha relevante papel social, uma vez que, em subministrando fundos ao agricultor, permite-lhe melhorar a exploração da terra pela aquisição de máquinas e outros recursos técnicos que vêm beneficiar toda a estrutura econômica da Nação.

Os empréstimos, assim, fomentam a produção, desenvolvem o comércio, tornam viável a execução de grandes trabalhos públicos em benefício geral da coletividade, fazendo com que capitais disponíveis se tornem produtivos pela aplicação na criação de outras riquezas, sendo, em uma palavra, fator notável de bem-estar e prosperidade gerais.

Em contrapartida, os Bancos obtêm lucros fabulosos com os empréstimos que realiza, mediante taxas de juros que só ele, como empresa especializada, está autorizado a obter. As garantias – seguras – que acompanham o contrato dão-lhe a certeza de um bom negócio, de lucro líquido e certo.

Tamanho é a importância do empréstimo na vida dos Bancos que autores como Carabelesse não hesitam em afirmar que todas as operações bancárias exprimem e representam, essencial e intencionalmente, um empréstimo.³⁰

CAPÍTULO 1 – OS CONTRATOS BANCÁRIOS

1.1 Conceito e classificação dos contratos bancários

As operações bancárias se dão por meio dos contratos bancários. O contrato bancário, como todo contrato, é um fato jurídico. E dentro do gênero fato jurídico, normalmente³¹ é enquadrado especificamente como negócio jurídico.³² Deste modo, dentro do âmbito das operações bancárias, os contratos bancários funcionam como seu esquema jurídico, como fato jurídico propulsor da relação jurídica obrigacional bancária, engendrando direitos subjetivos e deveres jurídicos.

Conceituar contrato bancário implica dar-lhe sua nota essencial, suficientemente restrito para o distinguir dos demais contratos civis e comerciais, e suficientemente amplo para abarcar todas as atividades historicamente incluídas no rol bancário. É tema árduo pois, em essência, reflete dificuldade de mesma natureza daquela que sempre se encontrou para

³⁰COVELLO, Sérgio Carlos. **Contratos Bancários**, 3 ed., Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1.999, p.153-154.

³¹ Pois, como se sabe, a classificação dos fatos jurídicos é vária, alterando-se em muito a nomenclatura, e em pouco a essência. Também há que se ressaltar que há quem negue o enquadramento dos contratos de adesão (e normalmente o contrato bancário o é) na categoria dos negócios jurídicos, mas esta posição é ainda francamente minoritária.

³² Consoante Orlando Gomes, “*Negócio jurídico é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei.*” (GOMES, Orlando. **Introdução ao curso de Direito Civil**, 13 ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.998, p. 269).

distinguir os contratos comerciais dos civis, porém agora mais avante, para distinguir contratos bancários dos comerciais e civis.

Não há unanimidade entre os autores. Sérgio Carlos Covello³³ localiza a questão afirmando que se podem adotar dois critérios fundamentais na conceituação dos contratos bancários: 1) o critério subjetivo, sendo contrato bancário aquele realizado por um banco; 2) o critério objetivo, pelo qual é contrato bancário aquele que tem por objeto a intermediação do crédito.

Os dois critérios sozinhos são insuficientes, como nota o autor: o primeiro porque o banco realiza contratos que não são bancários, como de locação, prestação de serviços, bancários, etc; o segundo porque o particular também pode realizar operação creditícia sem que se configure como bancária. Adota, então, uma concepção sincrética, recorrendo aos dois critérios, para conceituar o contrato bancário como “[...] *o acordo entre Banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito.*”³⁴

Dornelles da Luz adota a definição de contrato bancário de Garrigues, como um “[...] *negócio jurídico ‘concluído por um Banco no desenvolvimento de sua atividade profissional e para a consecução de seus próprios fins econômicos.*”³⁵ Adota o autor o critério subjetivo para definição, incluindo as atividades de prestação de serviços bancários que no conceito objetivo-subjetivo de Covello restavam excluídas.

Isto porque, observa Dornelles da Luz, o banco múltiplo não pode ser confundido com o antigo banco comercial, pois o desenvolvimento histórico conduziu a uma diversificação da atividade bancária, havendo hoje três tipos de contratos bancários: de moeda e crédito, mistos de crédito e serviço, e de prestação de serviços. A exigência do critério objetivo por Covello, deste ângulo, torna-se excessiva, pois exclui do rol dos contratos bancários atividades historicamente incorporadas pelos bancos em sua evolução, que são os contratos de prestação de serviços como o de caixa de segurança, custódia de bens, operações de cobrança, etc. Realmente estes contratos, que não raro vinculam-se às operações de crédito de modo acessório, parecem ter adquirido notas e peculiaridades de modo a merecerem o tratamento especial das normas bancárias.

³³ COVELLO, Sergio Carlos. Ob. cit., p. 45-47.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 47.

³⁵ LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários, o banco múltiplo e seus contratos**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.996, p. 36.

Se, por um lado, a conceituação meramente subjetiva não é suficiente, como pontuara Covello, pois o conceito englobaria contratos realizados pelo banco de natureza evidentemente não bancária (como de trabalho, locação, compra e venda, etc.), por outro lado, a solução científica também não parece residir em seu critério objetivo. Parece, sim, adequada, a utilização do critério subjetivo com um “plus”, sendo contrato bancário aquele em que o sujeito banco atua como comerciante, no exercício da mercancia enquanto profissão habitual (excluindo-se os contratos sem as notas da habitualidade, profissionalidade e comercialidade).³⁶

Neste sentido se direciona Rodrigues Alves, após criticar a conceituação com base no critério puramente subjetivo: “[...] *em verdade, há operação bancária se existe suporte fático que se traduz empiricamente em atividades nas quais o banco opera com o cliente, atendendo-se ao fim comercial do banqueiro.*”³⁷

Posto o conceito de contrato bancário, cumpre classificá-lo. Há diversas classificações dos contratos bancários, sendo a primeira e mais importante a que os divide em contratos bancários típicos e contratos bancários atípicos.³⁸

Os contratos bancários recebem o adjetivo típico quando se realizam para o cumprimento da função creditícia dos bancos (operação bancária típica, de crédito), e quando típicos se subdividem em ativos e passivos, conforme assumo o banco, respectivamente, a

³⁶ Fábio Ulhoa Coelho, também não considerando suficiente o critério subjetivo, adota outra posição: “Claro está que não basta a presença do banco em um dos pólos da relação contratual para que o contrato seja bancário. [...] sua participação não é suficiente para conferir natureza bancária ao contrato. Esta decorre da indispensabilidade da participação do banco na relação contratual. São bancários aqueles contratos que somente podem ser praticados por um banco, ou seja, aqueles que configurariam infração à lei caso fossem praticados com pessoa física ou jurídica não autorizada a funcionar como instituição financeira.” Daí conceitua o autor: “Contratos bancários são aqueles em que uma das partes é, necessariamente, um banco.” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**, 4 ed., Saraiva, São Paulo, 1.993, p. 430). Abstrai-se da definição a utilização não somente do critério subjetivo, mas de um critério objetivo àquele vinculado: a matéria contratual, que, por determinação legal, só é possível de ser versada quando é banco um dos sujeitos contratantes. Mas este critério, levado a risca, levaria à exclusão de muitos contratos bancários, que embora com algumas peculiaridades, podem ser feitos por particulares, como o próprio mútuo bancário.

³⁷ ALVES, Wilson Rodrigues. **Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários**, Bookseller, Campinas, 1.996, p. 66-67.

³⁸ Valem, aqui, as considerações de Orlando Gomes: “Distinguem-se as operações bancárias em principais e acessórias. Melhor, porém, qualificar as primeiras como operações típicas, para evitar-se ambigüidade. As operações acessórias não dependem das outras, existem sobre si mesmas, assim se denominando, não obstante, porque não constituem a principal atividade dos bancos sob o ponto de vista da função econômica que exercem.” (GOMES, Orlando. **Contratos**, 18 ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.999, p. 361). Rizzardo denomina-as fundamentais e acessórias (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**, 3 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.997, p. 17 e 18).

posição de credor ou devedor da obrigação principal. São atípicos os que o banco realiza para prestação de serviços (operação bancária atípica).³⁹

Contudo, há também uma terceira classe de contratos, notada pelo mestre Dornelles da Luz⁴⁰ (ignorada pela grande maioria dos autores), que é uma categoria mista entre típicas e atípicas, sendo operações que envolvem créditos e serviços, e que assumem caracteres próprios que as distinguem das outras duas categorias.

Duas espécies de obrigações costumam permear os contratos dos bancos múltiplos: de dar e de fazer. Os contratos típicos, isto é, de crédito, armam-se em estabelecer obrigações de dar dinheiro (moeda). Já os contratos atípicos, isto é, de mera prestação de serviços, contêm obrigação de fazer que vincula o banco. E nos contratos mistos, que envolvem créditos e serviços, como intermediação bancária no pagamento (pagamento e cobrança), intermediação bancária na emissão e venda de valores mobiliários, e no crédito documentário, assume o banco obrigações de fazer (prestação de serviço no recebimento e/ou pagamento de terceiro), as quais têm inerentes obrigações de dar, sendo a obrigação primeira e principal a de fazer.

A definição que traz Rodrigues Alves da operação bancária, a qual parece acertada, não exclui do âmbito desta as atividades bancárias secundárias. Enquanto as atividades principais concernem ao recolhimento e distribuição do capital, as secundárias aparecem quando o banco age na função que não lhe é típica, ou seja, que não é a intermediação na circulação do dinheiro. Nas atividades secundárias também podem estar presentes os interesses bancários, de modo mediato, constituindo-se meio para a realização da atividade principal, v.g., através da captação de clientela.

Covello, em consonância com sua definição de contrato bancário, não traz a classificação em contratos bancários típicos e atípicos. É claro, porquanto, em sua definição, submeteu os contratos a um requisito objetivo muito estrito, restritivo, para que se configurem enquanto bancários. Só são bancários os que versam sobre o crédito. Deste modo desaparece a figura do contrato bancário atípico.

A atuação bancária se desenvolve, na sua esmagadora parte, em importância e quantidade, sobre os contratos típicos. Estes, como mencionado, podem ser ativos e passivos, conforme o banco assuma, respectivamente, posição de credor ou devedor da obrigação principal, isto é, o pólo ativo ou passivo. As operações passivas têm por objeto a captação de

³⁹ Afirma Ulhoa Coelho, em obra citada, p. 431, que: "*São típicas as relacionadas com o crédito e atípicas as operações de serviços acessórios aos clientes, como a locação de cofres ou custódia de valores.*"

⁴⁰ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 36 e ss.

recursos junto à coletividade, pelo banco, dos quais necessita para processar sua atividade. Já nas operações ativas os bancos concedem crédito aos clientes com recursos arrecadados de outros clientes mediante as operações passivas.

Os contratos de crédito, ou contratos típicos, assumem, além da classificação em ativos e passivos, outras classificações, segundo doutrina liderada por Garrigues:

a) segundo a natureza do devedor, pode ser público ou privado, valendo aqui a crítica de Dornelles da Luz⁴¹, segundo quem o crédito é público ou privado segundo sua fonte, de recursos públicos ou privados, e não segundo o devedor;

b) segundo a duração, em de curto, médio e longo prazos, devendo-se considerar a possibilidade de renovação ou prorrogação, mas sendo em princípio: de curto prazo o de liquidez, normalmente para capital de giro, de até 360 dias, mais freqüentemente realizado até 120 dias; de médio prazo vai até cinco anos e tem variadas destinações, não se dando pesadas imobilizações; e o de longo prazo normalmente é de investimentos pesados, de lenta maturação, exigindo tempo de carência para ter retorno financeiro, excedendo cinco anos;

c) segundo a natureza da garantia, real (sobre bens móveis e imóveis) e pessoal (sobre o patrimônio todo de uma pessoa de confiança do garantido);

d) segundo o destino dos bens financiados, de produção e de consumo.

Covello⁴² classifica também o contrato de crédito em nacional e internacional, segundo a posição das partes contratantes, sendo regidos por normas de um ou mais de um país. Aponta também uma classificação do contrato de crédito privado (ou de o crédito destinado a particular), podendo ser:

a) individual, ou pessoal, quando concedido a certas pessoas que, embora não tenham grande patrimônio, têm condições de honrar o compromisso pela estabilidade da profissão, fazendo o banco uma avaliação da confiança que pode ter no indivíduo com seu “levantamento cadastral”, sendo não raro este crédito (contrato de crédito, na verdade) um crédito de consumo, destinado à aquisição de bens e serviços;

b) comercial, que visa a estimular o comércio, produção e venda de bens;

c) industrial, que não difere do comercial, mas é de longo prazo normalmente, fornecido por bancos de investimentos;

d) agrícola, modalidade importante, que estimula a agricultura;

e) marítimo, estimulando a construção naval e compra e venda de navios.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 46.

1.2 Características dos contratos bancários

O contrato bancário tem peculiaridades que justificam sua disciplina diferenciada. Com efeito, como nota Orlando Gomes, “*Os esquemas contratuais comuns, quando inseridos na atividade própria dos bancos, sofrem modificações sob o aspecto técnico, que determinam alterações em sua disciplina.*”⁴³

As características do contrato bancário, muito relacionadas umas com as outras, podem ser assim pontuadas:

a) é instrumento de operação de crédito. O contrato bancário, em sua grande maioria, é de crédito, e daí assume várias outras características, decorrentes desta, apontadas por Covello⁴⁴: 1) envolve confiança, pois de um lado o banco averigua a vida do cliente, e de outro deve haver rígido controle do Poder Público sobre a instituição financeira, vindo esta a inspirar a confiança da coletividade; 2) envolve prazo, que é o tempo que medeia prestação e contraprestação (esta é diferida, e não imediata); 3) envolve juro ou interesse, que é o preço de cada unidade de tempo em que se dilata o pagamento de um crédito; 4) envolve risco, inseparável da operação de crédito, seja risco particular (relativo a uma pessoa ou operação), geral (relativo a acontecimentos gerais que envolvem toda a nação ou até várias nações) ou corporativo ou profissional (relativo a um setor, uma classe ou uma profissão qualquer);

b) implica rígida contabilidade. Todos os contratos bancários, em função de em sua maioria lidarem com o crédito (pecuniaridade), são rigorosamente contabilizados, o que permite o controle da atividade bancária. Afirmo Rizzardo que há a “[...] *contabilização de todos os valores que ingressam e saem do banco, com a escrituração, de modo a não permitir margem de dúvidas quanto ao seu montante, ao vencimento, aos encargos inerentes e às amortizações.*”⁴⁵

Os assentos de contabilidade, segundo Covello⁴⁶, são anotações que permitem comprovação imediata da operação realizada, porque os contratos bancários não podem ficar circunscritos aos esquemas tradicionalmente seguidos nas matérias civil e comercial. Tais anotações são de indiscutível valor probatório, dada a escrupulosa contabilidade bancária e a presumível imparcialidade. Adverte Covello que, “*Como assevera Garrigues, ‘os Bancos não*

⁴² COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 51 e 52.

⁴³ GOMES, Orlando. **Contratos**, ob. cit., p. 323.

⁴⁴ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 49 e 50.

⁴⁵ RIZZARDO, A. Ob. cit., p. 16.

⁴⁶ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 53.

*realizam anotações em seus livros com fins de prova. e, por outra parte, uma contabilidade que não fora correta seria praticamente impossível de suportar, pois qualquer artifício ou alteração repercutiria no conjunto do sistema’.*⁴⁷

c) revela complexidade e busca simplificação. A complexidade é, para Rizzardo, “[...] outra nota das operações bancárias, em razão do surgimento constante de novas relações econômicas entre o banco e os usuários, exigindo operações cada vez mais sofisticadas e complexas, não apenas no sentido de atualizar a escrituração, mas de acompanhar as contínuas modificações que ocorrem no mundo dos negócios.”⁴⁸

Devido a esta complexidade grande, e a serem realizados em grande escala (em massa), coloca-se a busca por uma simplificação dessas operações, despontando isto também como característica.⁴⁹ É neste sentido que se adotam documentos e títulos de crédito pelos quais se substitui o controle de uma situação jurídica material pelo de uma situação jurídica meramente formal.

d) é realizado com profissionalidade e comercialidade. Outra característica é a profissionalidade⁵⁰, pois exerce o banco tais contratos como profissão. E mais, é atividade comercial⁵¹ (bancária como espécie, mas comercial como gênero – afinal, a atividade bancária é uma especialização da comercial), sendo tais contratos atos de comércio, até por cominação legal.⁵² Sua atividade envolve intermediação, habitualidade e lucro. Esta característica, como já se notará em oportunidade posterior, permite a aplicação das normas comerciais em derrogação parcial das civis.

e) prevalece a informalidade. Quanto à forma, como assevera Pontes de Miranda, “Não há resposta ‘a priori’ às questões. A forma é a que tem de ter a espécie de negócio jurídico.”⁵³

Sabe-se que normalmente não se exige que a forma integre necessariamente a substância do ato. É o que afirma Dornelles da Luz. Para este, “Aliás, a informalidade crescente dos contratos do mercado financeiro é uma característica da atualidade, a maior parte dos quais materializam-se em fichas gráficas. A informatização e o uso do telefone têm

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 53.

⁴⁸ RIZZARDO, A. Ob. cit., p. 17.

⁴⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**, ob. cit., p. 324.

⁵⁰ RIZZARDO, A. Ob. cit., p. 17.

⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 17.

⁵² As operações bancárias são comerciais, são atos de comércio, por definição do art. 19 do regulamento nº 737, de 1.850.

propiciado movimentação de contas, aplicações em papéis [...] [...]. A agilidade do mercado financeiro e o alto grau de concorrência têm produzido essa inovação.”⁵⁴

Arnoldo Wald afirma que o Direito Bancário contemporâneo tem por características a padronização, utilização da informática e formalismo. Mas utiliza o termo “formalismo” no sentido de “fôrmas”, pois os contratos bancários são realizados padronizadamente, sendo contratos de adesão. Ressalta que os mecanismos utilizados são “rápidos, simples e seguros”, destacando o importante papel que os computadores têm realizado ultimamente.⁵⁵

f) há dever jurídico de sigilo. Outra característica, ressaltada por Covello⁵⁶, é o caráter sigiloso dos contratos bancários. O banco assume informações confidenciais no trato com os clientes, sendo-lhe imposto o dever de discrição, sigilo. É verdadeiro dever jurídico de sigilo profissional. Os contratos bancários, sejam típicos ou atípicos⁵⁷, trazem o dever de sigilo, pelo art. 38 da lei nº 4.595/64: “*As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*”

Várias teorias procuram explicar o caráter sigiloso. A contratual afirma surgir do contrato, pois certas disposições, mesmo que não expressas, se pressupõem, como a do sigilo bancário se pressupõe frente à estrutura da operação bancária. É teoria bastante aceita, reforçada pela tese de que no contrato bancário estão os elementos do contrato de mandato, devendo o banco mandatário agir com diligência e discrição.

Outra teoria é a de Direito Comercial, pois enquanto atos de comércio as operações bancárias se devem interpretar de acordo com os usos e costumes do comércio, que impõem o dever de sigilo, costume muito antigo (remonta à Antigüidade). A teoria do ato ilícito afirma, por sua vez, que a quebra do sigilo acarreta danos, ficando o banco obrigado à reparação do prejuízo. Teorias do direito penal também procuram explicar, pois a quebra do sigilo profissional configura crime contra o Sistema Financeiro Nacional (lei nº 7.492, art. 18).

À quebra do sigilo imputam-se sanções civis, penais e administrativas. Mas o sigilo profissional não é absoluto, havendo limites naturais, bem como legais, casos em que sua

⁵³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, 3 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.984, v. 52, p. 09.

⁵⁴ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 39.

⁵⁵ WALD, Arnoldo. O papel pioneiro do direito bancário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 27, p. 13-25, 1.997, p. 24.

⁵⁶ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 56-58.

⁵⁷ Ao afirmar isto, Covello entra em contradição com seu conceito de contratos bancários, que para ele são os que versam o crédito. Afirma, em obra citada, p. 57, que “[...] os contratos bancários, assim os típicos como os acessórios [...]”, com o que assume a existência de contratos atípicos, inviáveis enquanto bancários dentro de

quebra não é ato ilícito (penal ou civil) do banco. São naturais o direito de o banco levar a protesto título que representa empréstimo, acionar judicialmente o cliente, ou fornecer dados da operação quando o cliente solicita. Os limites legais são bem postos por Ulhoa Coelho⁵⁸, e são os: da lei n° 4.595/64 (LRB), art. 38, §§ 1° a 4°; da lei n° 8.021/90, art. 8° (que revogou os §§ 5° e 6° do art. 38 da LRB); da lei n° 4.728/65, art. 4°; da lei n° 7.492/86, art. 29; da LIOE, arts. 7°, IX, e 14, V.

Recentemente o tema emergiu com grande destaque, quando a lei complementar n° 105, de 10 de janeiro de 2.001, regulamentada na mesma data, pelo decreto n° 3.724, outorgou a autoridades e agentes fiscais a possibilidade da quebra do sigilo bancário, sem prévia autorização do Poder Judiciário. A interpretação anteriormente a esta lei complementar era de que a quebra do sigilo bancário somente era possível mediante ordem judicial. A medida foi adotada para intensificar o combate à evasão fiscal, e é polêmica, porque pode violar a privacidade e a intimidade, asseguradas como direitos fundamentais pelo inciso X do art. 5° da CF. Dependerá do âmbito do conteúdo desses direitos, o que será em breve examinado pelo STF.

g) é realizado em massa. O banco realiza operações em massa, a um grande número de clientes indistintamente. São milhares de contratos firmados diariamente, o que gera uma padronização do contrato, estes passam a ser “produzidos em série”, em massa, para uma sociedade de consumo que cada vez mais faz uso das operações creditícias. O atendimento a um sem-número de clientes gera a uniformização do contrato, ao qual o cliente simplesmente adere. É, pois, um contrato de adesão, característica que será analisada no próximo item.

h) é contrato de adesão e formulário. A partir do momento em que o banco passou a atender a uma infinita seqüência de operações, tornou-se inviável a elaboração de um contrato para atender cada relação contratual. Deu-se, então, a necessidade da elaboração de minutas, idênticas, formuladas com antecedência, isto é, passaram os contratos a serem pré-determinados, assumindo uniformidade, bem como por isso passam a ter suas cláusulas impostas unilateralmente, não sendo conferida à outra parte a possibilidade discuti-las.

sua definição. Revela isto sua restrição exagerada do objeto dos contratos bancários, na sua conceituação, adotando um critério objetivo muito restritivo.

⁵⁸ COELHO, F. U. Ob. cit., p. 431.

Conforme afirma o ilustre professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁵⁹, quanto maior a empresa (organização dos fatores de produção por parte do empresário para exercer uma atividade econômica), mais o empresário se distancia da engrenagem que produz resultados. O grande empresário, em sua atividade em cadeia, uniforme, atua pelas diretrizes que dita aos seus prepostos, assim se justificando o surgimento dos contratos formulários. O contrato bancário é formulário e de adesão.

Leciona o mestre que a distinção entre contratos de adesão e formulário, embora irrelevante para muitos, encontra sustentação de outros. Para estes, “[...] *o contrato de adesão seria o contrato formulário decorrente de uma atividade exercida sob regime legal ou virtual de monopólio ou de oligopólio (Orlando Gomes, op. cit., nº 83, p. 126).*”⁶⁰ As atividades dos bancos estão sob rígido controle estatal, e dependem de autorização administrativa. Este sistema originou um “[...] *mercado cativo, à semelhança de um clube fechado cujo acesso só é permitido a quem tem cacife e influências. Tal como jóias de entrada, as chamadas cartas patentes (licença para instalação e funcionamento) alcançam preços disputadíssimos nas transferências de agências. Isso é suficiente para caracterizar o monopólio ou oligopólio virtual exigido por alguns para configurar o contrato de adesão. Aliás, nesse ponto, todos os autores são concordes em catalogar como de adesão os contratos bancários.*”^{61 62}

Elucida Covello⁶³ que nos negócios jurídicos bancários a padronização atinge tal nível que passaram a se dar por condições gerais.^{64 65} Na evolução histórica dos bancos, as

⁵⁹ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1.988 : Curitiba). GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Notas sobre os contratos bancários**. Curitiba : Juruá, p. 47-53, 1.988.

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 52.

⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 52.

⁶² Assinala o ilustre professor Carlos Eduardo Manfredini Hapner: “*Galbraith, Baran e Sweezy, economistas de formações diferentes, estão de acordo que consumidor e mercado estão sujeitos à estratégia de lucro das grandes empresas. O mercado não é mais o lugar de encontro da demanda e da oferta, o lugar de conflito, mas sim o lugar da medição de forças opostas, bem assim o teatro de estratégia de atuação dos grupos monopolísticos.*” (HAPNER, Carlos Eduardo Manfredini. **Direito do Consumo – aspectos de Direito Privado**. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1.989, p. 21).

⁶³ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 54 e 55.

⁶⁴ Clóvis do Couto e Silva procede uma análise das cláusulas gerais, no seu trabalho “**O princípio da boa fé e as condições gerais dos negócios**”, apresentado no SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA ECONÔMICA, ob. cit., p. 29-41. Segundo o autor, “*As condições gerais de negócios são modelos jurídicos resultantes de determinações contratuais prévias, a respeito das quais as partes não puderem, de modo nenhum, discutir. Na hipótese de ter sido possível ao suposto aderente discutir as cláusulas, ainda quando tenha aceito as que lhe foram propostas, já não se cuidará de contrato sob condições gerais de negócio ou contrato de adesão[...]*” (p. 36). São elas “[...] *sob certos aspectos, contrato de adesão, destinadas, porém, a inserirem-se em negócios jurídicos a serem realizados, determinando, por antecipação, seus eventuais efeitos.*”

condições gerais se deram primeiramente num plano individual, tendo cada banco suas próprias condições, quando ainda não havia iniciativa dos círculos oficiais. Com o tempo, as condições se tornaram uniformes para todos os bancos, padronizando-se os formulários, por dois motivos: experiência de longos anos de trato com a clientela e desejo de eliminar a concorrência. Os bancos, em suas associações profissionais entabularam condições e se obrigaram a respeitá-las nas relações com os clientes.

Nos países cultos, como no Brasil, prossegue Covello, soma-se outro motivo engendrante da padronização: a intervenção do Estado, pelo Banco Central, nos bancos, chegando, várias vezes, a determinar até a minuta do contrato. São elementos que caracterizam os formulários, instrumentos da contratação bancária: identidade formal, predeterminação de cláusulas e rigidez. Daí, no contrato bancário, o consentimento do cliente manifesta-se sob forma de adesão ao esquema que o banco propõe, sendo praticamente obrigado a aceitar, porque é o adotado por todos os bancos.

Nota Orlando Gomes que a conceituação dos contratos de adesão é difícil, pois conforme a teoria que o explique, assume contornos diferentes (há, pelo menos, seis modos de caracterizá-lo). Para o autor, *“O traço característico do contrato de adesão reside verdadeiramente na possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação negocial pelo sujeito de direito que faz a oferta ao público.”*⁶⁶

Segundo os que continuam defendendo a tese contratualista para explicá-lo (pois há quem negue seu caráter contratual), *“[...] o contrato de adesão é um novo método de estipulação contratual imposto pelas necessidades da vida econômica. Distingue-se por três traços característicos: 1) a uniformidade; 2) a predeterminação; 3) a rigidez.”*⁶⁷ A primeira é exigência da racionalização da atividade econômica. A segunda é a que o caracteriza com

⁶⁵ Hapner, ob. cit., p. 171-173, ressalta com precisão a distinção entre os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos (c.g.c.): *“Não se confundem as noções de contrato de adesão (ou contrato por adesão) com as c.g.c. Os contratos de adesão se caracterizam basicamente pela ausência de qualquer discussão a respeito das cláusulas predispostas. Mais do que isso, nos contratos de adesão o aderente simplesmente expressa o seu assentimento para integrar uma relação contratual rigidamente concebida e já estabelecida por uma das partes [...].[...] As c.g.c., ao contrário, são formuladas privadamente e não implicam, necessariamente, na impossibilidade da discussão de suas disposições. Explica, por fim, o autor espanhol [Garcia-Amigo]: ‘(...) las condiciones generales son redactadas previamente a la conclusion de los contratos o un número indefinido de ellos en base a las mismas; los contratos por adhesión, en cambio, son actos concretos que dan virtualidad jurídica normativa a las condiciones generales, ya redactadas, para cada relación contratual concreta y son perfectamente independientes de todos y cada uno de los demás contratos por adhesión que se celebren en base a las mismas condiciones generales.’”*

⁶⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**, ob. cit., p. 129.

⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 129.

mais vigor. A uniformidade, sem predeterminação, não basta. A terceira é desdobramento das outras duas.

Nos contratos de adesão ocorre o confronto entre uma parte, mais forte economicamente (conglomerados, empresas oligopolizadas, monopólios), que domina e mantém cativo o mercado, e uma parte fraca, que não tem qualquer condição de fazer imposições frente a um corpo pré-estabelecido de cláusulas fechadas, restando-lhe apenas a alternativa de aceitá-las ou rejeitá-las em bloco. Contudo, muitas vezes, nem esta alternativa resta à parte, que necessita de bens e serviços para prover e desenvolver sua vida. Não há também que dizer de optar por outras empresas, quando estas se organizam, no dizer do professor Assis, “[...] *unidas por formas disfarçadas de inconfessáveis cartéis (mantidos à sombra da tolerância e da inércia do Estado)*[...]”⁶⁸

Assim, como nota Arnaldo Rizzardo⁶⁹, coloca-se a parte fraca frente a cláusulas que muitíssimas vezes sequer lê. Se lê, não as entende. Se entende, e discorda, de nada adianta, pois não as pode alterar. E, como observado, fica entre aceitar ou rejeitar em bloco, sendo esta liberdade de escolha em vários casos ilusória, porque o autor da oferta goza de um monopólio, e a parte fraca tem necessidade do bem ou serviço.⁷⁰ Daí afirmar Dornelles da Luz⁷¹ que se, a princípio, não há problema nos contratos de adesão, úteis e necessários, surgem os conflitos com o abuso de poder econômico de setores oligopolizados, mais fortes do que o aderente, o qual se subjugua e vincula frente à falta de alternativas concorrentes.

⁶⁸ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1988 : Curitiba). GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Ob. cit., p. 47.

⁶⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Ob. cit., p. 22.

⁷⁰ No mesmo sentido Carlos Alberto da Mota Pinto, em trecho reproduzido por Luiz Zenun Junqueira no seu artigo “Natureza Jurídica do Contrato Bancário”: “*Normalmente, portanto, o cliente cede ao regulamento contratual pré-elaborado pelo fornecedor, sem sequer o ler. Todo aquele conjunto de regras está normalmente impresso em caracteres tão miúdos e densos que logo sugere a decisão de não ler. Se se trata de bens ou serviços cuja aquisição não é normalmente precedida de um contato prolongado entre os interessados, a tentação de assinar sem ler é reforçada em muitas pessoas pela impressão de que se lêem não se comportam como o consumidor normal e são olhadas de soslaio.*

Acréscimo que o cliente duvida de sua capacidade para compreender as fórmulas técnicas e complicadas em que as condições do contrato, muitas vezes, se oferecem. Outras vezes é o tempo que lhe escasseia para estudar uma regulamentação cuja leitura carece de ser feita refletidamente – decide, por conseguinte, não ler. Aliás, mesmo que lesse e compreendesse em todo o seu sentido e alcance o regulamento do contrato, só lhe restaria, na hipótese de desacordo com uma ou mais cláusulas, a perspectiva de uma longa, aborrecida e, talvez, pouco amistosa discussão, ao cabo e ao resto, inútil, pois também o empregado ou representante do fornecedor está vinculado a fazer valer as condições gerais constantes do impresso do contrato. Acontece, ainda, que o cliente acredita, amiúde, estar perante uma regulamentação equitativa, tradutora de uma ponderação e um tratamento equilibrado dos interesses contrapostos. Finalmente, mesmo se leu e compreendeu e protestou sem resultado, adere ao regulamento por precisar do bem ou serviço, com vaga esperança de não se verificar a eventualidade desfavorável.” (JUNQUEIRA, Luiz Zenun. Natureza jurídica do contrato bancário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 70, p. 39-51, 1.988, p. 42).

⁷¹ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 48.

Em virtude disso tudo é que muitos autores, segundo Orlando Gomes⁷², contestam a natureza contratual da figura do contrato de adesão. Saleilles, pai da expressão “contratos de adesão”, já no início do século afirmava que de contrato tinha apenas o nome. Não obstante, esclarece Gomes:

Entende a maioria, porém, que apesar de suas peculiaridades, devem ser enquadrados na categoria jurídica dos contratos. Origina-se a dúvida na confusão a respeito do elemento que define o contrato. Deve-se distinguir, com Carnelutti, o concurso de vontades para a formação do vínculo e a regulamentação das obrigações oriundas desse vínculo. O concurso de vontades é indispensável à constituição dos negócios jurídicos bilaterais, dos quais o contrato constitui expressão mais comum. Por definição, o contrato é o acordo de duas vontades. Não se forma de outro modo. Já a regulamentação dos efeitos do negócio jurídico bilateral não requer a intervenção de duas partes. Pode ser expressão da vontade de uma com a qual concorda a outra, sem lhe introduzir alteração. A regulamentação bilateral dos efeitos do contrato não é, enfim, elemento essencial à sua configuração. Por outras palavras, a circunstância de serem as obrigações estatuídas pela vontade predominante de um dos interessados na formação do vínculo jurídico não o despe das vestes contratuais. Afirma-se a contratualidade da relação pela presença do elemento irredutível, que é o acordo de vontades. No contrato de adesão não se verifica contratualidade plena, mas o mínimo de vontade existente no consentimento indispensável da parte aderente é suficiente para atestar que não é negócio unilateral. Prevalece, em consequência, a opinião de que possui natureza contratual.”⁷³

Cumpra observar também que é cada vez mais volumosa a corrente a qual sustenta que o contrato de adesão não pode ser explicado como contrato. Para Paulo Lôbo⁷⁴, que está dentre os autores que entendem que a teoria do negócio jurídico não explica o contrato de adesão, o contrato evoluiu para além do negócio jurídico e de sua teoria. Insistir no negócio jurídico como categoria mais ampla e que abarca todos os contratos é um obstáculo epistemológico. Há um afastamento, explica o autor, em certos contratos, dos princípios fundamentais do direito privado (como a liberdade de contratar e o auto-regramento da vontade – autonomia privada), e a solução não está na ampliação dos conceitos, pois com a generalização cresce a imprecisão.

Dentro desse antagonismo é que sustenta o advogado Luiz Zenum Junqueira, em seu artigo “Natureza Jurídica do Contrato Bancário”⁷⁵, que *“Efetivamente – é do conhecimento geral das pessoas de qualidade média – os ‘contratos bancários’ não representam natureza sinalagmática, porquanto não há válida manifestação ou livre consentimento por parte do aderente, com relação ao suposto conteúdo jurídico, pretensamente convencionado pelo*

⁷² GOMES, Orlando. **Contratos**, ob. cit. O autor trata da matéria em p. 119-140.

⁷³ *Idem, ibidem*, p. 134.

⁷⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. O negócio jurídico como obstáculo ao desenvolvimento da teoria do contrato. **Revista Jurídica**, Curitiba, 1.983, v. 2, p. 155-164.

⁷⁵ JUNQUEIRA, Luiz Zenum. Ob. cit.

credor.”⁷⁶ Para Rizzardo, que cita Junqueira, “*A vontade fica alijada de qualquer manifestação livre.*”^{77 78}

E, por óbvio, as conseqüências jurídicas de se considerar, ou não, os contratos de adesão como verdadeiros contratos, são distintas, o que repercute diretamente nos contratos bancários. Apenas como provocação, pois não se encontram referências neste sentido, e é tema que merece estudo, se os contratos de adesão, aí os bancários, não forem contratos propriamente ditos, não aparecerão como figuras diretamente tratadas pelo direito.

E reza o art. 4º, da LICC: “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.*” Embora isto leve o juiz a tratar tais “contratos” de forma semelhante aos contratos propriamente ditos (por analogia), abre-se um maior espaço ao magistrado para a aplicação dos costumes e princípios gerais do direito, podendo-se escapar às normas jurídicas contratuais quando elas não se coadunem com o sentido distinto que adquirem os contratos de adesão, primando-se por princípios gerais do direito que então direcionem a resolução de conflitos de modo mais justo.

i) submete-se a específica interpretação contratual, materialmente isonômica. Em função de o contrato bancário ter natureza de contrato de adesão, as regras gerais de interpretação dos contratos civis e comerciais se tornam insuficientes, vindo a doutrina em socorro colmatar tal lacuna.⁷⁹ Embora esta não seja propriamente uma característica intrínseca, é uma projeção do caráter adesivo do contrato bancário, dizendo respeito à sua leitura, à sua própria visualização, sendo conveniente tal análise neste momento.

O Código Civil estabelece no art. 85 que “*Nas declarações de vontade, atender-se-á mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.*” O Código Comercial traz, no art. 130 um princípio hermenêutico: “*As palavras dos contratos e convenções mercantis devem*

⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 40.

⁷⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Ob. cit., p. 22.

⁷⁸ Luiz Zenun Junqueira, em seu interessante artigo citado, na p. 40, reproduz afirmação do professor português Inocêncio Galvão Teles, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, segundo o qual “*Nesta luta desigual o contrato, fruto de liberdade, tornou-se instrumento de opressão. A liberdade passou a ser unilateral: o poder do mais forte de esmagar o mais fraco. Fora ela que possibilitara o predomínio econômico dos grupos e estes destruíram-na. A liberdade gerou o capitalismo, o capitalismo matou a liberdade. Essa nova espécie de contratantes trouxe consigo uma nova espécie de contratos – os contratos de adesão. Os agrupamentos todopoderosos redigem unilateralmente e impõem à outra parte o texto da convenção, à semelhança do legislador que faz a lei. É a ditadura econômica do capital.*”

⁷⁹ Afirma Paulo Luiz Neto Lobo, na sua obra **Do contrato no Estado social, crises e transformações** (Editora Edfaul, Maceió, 1.983), na p. 108, que “*No Brasil, por ser omissa a legislação, não tratando expressamente do contrato de adesão, a doutrina e a jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de reconhecer a existência de um regime próprio de interpretação para essa figura contratual, e que a interpretação das dúvidas há de se fazer em favor do aderente contra o estipulante.*”

inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.” E o Código Comercial ditou várias regras interpretativas das cláusulas contratuais no art. 131:

Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2. as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3. o fato dos contraentes posterior ao contrato, que não tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato; 4. o uso e a prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5. nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

A doutrina também elaborou normas interpretativas para se atingir a vontade real das partes contratantes, tendo notabilizado-se as regras de Pothier.⁸⁰ Mas os contratos de adesão, em virtude de suas particularidades, merecem regras interpretativas específicas. Regras interpretativas legais específicas dos contratos de adesão são estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, entre os arts. 51 e 54, mas embora se dirijam a contratos de adesão, se aplicam quando se configurar relação de consumo (a aplicação do CDC às operações bancárias será posteriormente analisada). As regras vexatórias ou de especial gravidade são nulas, e as duvidosas se interpretam em favor do aderente.

- Estabelece a doutrina também regras de interpretação dos contratos de adesão, e por conseguinte dos contratos bancários. Ressalta Covello que se deve buscar a vontade comum das partes contratantes, através das regras propostas por Orlando Gomes, as quais se inspiram

⁸⁰ Covello enuncia as regras que Pothier reuniu no seu livro “Obrigações” e que foram consagradas no Código de Napoleão e na maioria das legislações modernas, em sua obra citada, p. 64 e 65: I- Nos contratos bancários o intérprete deve perquirir mais a vontade das partes do que o sentido gramatical das palavras; II- Quando uma cláusula for suscetível de dois sentidos, deve entender-se aquele que pode produzir efeito e não aquele que nenhum efeito teria; III- Quando um contrato contiver termos de duplo sentido, deve entender-se aquele que mais convenha à natureza do negócio; IV- Se o contrato encerrar expressões ambíguas, deve ser interpretado segundo o uso do país; V- As cláusulas de uso devem ser consideradas como subentendidas no mesmo contrato; VI- As cláusulas contratuais interpretam-se pelas outras, quer as antecedentes, quer as que se seguem; VII- Na dúvida, deve a cláusula ser interpretada contra quem estipulou e a favor de quem se obriga; VIII- Os termos do contrato, por mais genéricos que sejam, só compreendem as coisas que forem objeto do contrato e não as coisas nas quais os contratantes não pensaram; XIX- Quando o objeto da convenção for uma universalidade de coisas, compreendem-se nelas todas as coisas particulares que a compõem, mesmo aquelas de que as partes ao contratar não tivessem conhecimento; X- Quando em um contrato se exprimir um caso pára explicação da obrigação a respeito da qual houver dúvida, não se deve considerar tenha havido a intenção de restringir-lhe a extensão do vínculo, mas que abrange os casos não expressos que, por direito, se compreendem na mesma obrigação; XI- Uma cláusula concebida no plural decompõe-se, muitas vezes, em várias cláusulas singulares; XII- O que está no

em uma ética cristalizada juridicamente em princípios como os da boa-fé e da confiança e lealdade recíprocas:

O professor Orlando Gomes, após enfatizar que o juiz não deve verificar a vontade das partes à luz dos critérios mais usados no plano da concepção voluntarista do negócio jurídico e sim de conceitos flexíveis que lhe abram horizonte mais dilatado no sentido de evitar abusos por parte do estipulante, refere as seguintes regras: a) interpretação contra o estipulante; b) interpretação restritiva das regras que favoreçam o predisponente; c) prevalecimento das cláusulas especiais sobre as gerais, das manuscritas sobre as impressas; d) interpretação invariável das cláusulas gerais, sem se atentar para aspectos particulares de cada caso concreto.⁸¹

De fato, afirma Orlando Gomes que “[...] a singularidade de sua estruturação [dos contratos de adesão] não permite seja interpretado do mesmo modo que contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes. É de se aceitar, como diretriz hermenêutica, a regra segundo a qual, em caso de dúvida, as cláusulas do contrato de adesão devem ser interpretadas contra a parte que as ditou.”⁸²

Afirma ainda o autor que o poder moderador do juiz deve ser usado de acordo com o princípio de que os contratos devem ser executados de boa-fé, sendo os abusos e deformações reprimidos. Para tanto a interpretação destes contratos comporta liberdade não admitida na interpretação dos contratos comuns. Mas também alerta que a tendência exagerada para negar a força obrigatória às cláusulas impressas é totalmente condenável, sendo até certas cláusulas rigorosas imprescindíveis para que os contratos de adesão em série atinjam os seus fins.⁸³

Gonçalves Neto bem esclarece o fundamento da interpretação diferenciada dos contratos bancários:

[...] se aqui o Estado não cumpre sua tarefa de interferir na vontade dos contratantes através de uma regulamentação legal e adequada dos contratos-tipo, celebrados em massa (já por meio de regras imperativas que impeçam estipulações arbitrárias que interessam exclusivamente a quem as redige, já por meio de órgãos a tanto autorizados), é imprescindível que o intérprete e o aplicador da lei preencham este papel, na compreensão plena do exato alcance do aludido princípio constitucional, que determina sejam os desiguais tratados na proporção de suas desigualdades.⁸⁴

Assim, a desigualdade real entre as partes contratantes conduz à uma desigualdade no tratamento jurídico, para que se atenda o princípio da isonomia em seu sentido material. Deve-se proceder, pois, uma interpretação materialmente isonômica. Segundo o professor Gonçalves Neto, este comportamento – de na falta de normas legais expressas, dar o

fim da frase relaciona-se, ordinariamente, com toda ela e não somente com o que a precede, uma vez que concorde em gênero e número com a frase toda.

⁸¹ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 65.

⁸² GOMES, Orlando. **Contratos**, ob. cit., p. 138.

⁸³ *Idem, ibidem*, p. 139.

intérprete ou aplicador tratamento, aos contratos bancários, diferenciado, buscando suprir a desigualdade entre os contraentes –, tem incentivo nos art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, no art. 85 do Código Civil e no art. 131 do Código Comercial.

CAPÍTULO 2 – REGIME LEGAL DO CONTRATO BANCÁRIO

2.1 O princípio da igualdade e o Direito Bancário

O princípio da igualdade tem larga aplicação no Direito. É em função dele que surge o próprio Direito Bancário, bem como é ele a base para o critério da especialidade que norteia o regime legal dos contratos bancários, como se explicará no item seguinte. Daí a importância de sucintamente se abordar o princípio isonômico.

Desde Aristóteles surge a igualdade em seu sentido material. Ao contrário do tratamento igual a todos em todas as situações, o que seria uma igualdade dita formal, a igualdade material implica um tratamento igual aos iguais e diferente aos diferentes na medida de sua diferença. Celso Antônio Bandeira de Mello trata com propriedade do tema na sua obra “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”.⁸⁵

Segundo a lição do ilustre jurista, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, não quer a Constituição se referir apenas a que todos devem receber tratamento igual *perante* a norma posta, mas também que devem receber tratamento igual *na* norma posta. Põe-se que isonomia é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Mas se deve buscar, para atingir o significado do preceito isonômico, a resposta à pergunta: “quais os limites que adversam o exercício normal, inerente à função legal de discriminar?”

Resumindo de modo grosseiro a lição de Celso Antônio que vem responder à indagação, toda discriminação se procede segundo fatores de discriminação. Em primeiro lugar, qualquer fator de discriminação pode ser elencado na lei, desde que resida na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada (e não fora destas) e que não seja tão específico a ponto de singularizar de modo absoluto um sujeito. Em segundo lugar, deve haver correlação lógica

⁸⁴ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1.988 : Curitiba). GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Ob. cit., p. 50.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, 3 ed., Malheiros, São Paulo, 1.993.

entre o fator de *discrimen* e a discriminação procedida, ou seja, deve haver uma justificativa racional para em vista do traço diferenciador se atribuir um específico tratamento jurídico.

Em terceiro lugar, e por fim, deve haver consonância do nexó lógico (entre a diferença e o tratamento jurídico diferenciado) estabelecido, com os valores da Constituição Federal. Isto é, o fundamento lógico da desequiparação deve ser albergado constitucionalmente. Deste modo, *“A isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais.”*⁸⁶

Das características pontuadas ao final do capítulo anterior resulta o tratamento diferenciado dos contratos bancários. São fatores de *discrimen* que ensejam um tratamento diferenciado no âmbito legislativo. Essas peculiaridades ensejaram o surgimento de um novo ramo do Direito, o Direito Bancário, e delas procede a competência dada pela lei bancária para que o Conselho Monetário Nacional imprima uma regulação específica (o que tem, contudo, limites, como será analisado).

O contrato bancário se insere num ambiente específico que é o Direito Bancário. É este produto da tendência de especialização Direito Comercial na área da atividade bancária, assim como um dia o Direito Comercial se autonomizou diante do Direito Civil. Tende o legislador a, com o tempo, observar as peculiaridades das operações bancárias, e proceder tratamento diferenciado, em atendimento ao princípio da isonomia, que erige a regra da regulação diferenciada dos diferentes. Deste modo, engendra-se um novo ramo do Direito, especial em relação ao Direito Comercial, e o contrato bancário passa a ser regido prioritariamente pelo novo ramo, consoante o critério da especialidade ainda a ser abordado, tudo para atender a uma igualdade material.

Já em 1.973 J. Jacaúna de Souza, em seu artigo “Direito Bancário Brasileiro”⁸⁷, ressaltando a lei nº 4.595/64, “autêntico Código”, outros diplomas legais, e a infinidade de resoluções e circulares do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central (totalizando já àquela época 917 documentos normativos), bem como o grande influxo de normas de interesse público nesta área, escrevia que:

Esses cardeais princípios e característicos das normas jurídicas que disciplinam nossos Bancos, demais Instituições Financeiras e seus Dirigentes, erigem-se, reconhecidamente, *a par de outras aqui não catalogadas*, como autênticos marcos de *Direito Autônomo e Específico, com acentuada diferenciação do*

⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 45.

⁸⁷ SOUZA, J. Jacaúna de. Direito Bancário brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n 10, p. 49-61, 1.973.

Direito Comercial comum, pelo que, a nosso parecer e conclusão, *podemos afirmar e comprovar a existência do Direito Bancário Brasileiro*.⁸⁸

Arnoldo Wald, no seu artigo “O papel pioneiro do Direito Bancário”, salienta a importância que teve a lei nº 4.595/64 na conformação deste específico Direito:

No Brasil, podemos afirmar que coube à Revolução de 1964 criar o nosso direito bancário, como a Lei 4.595, de 31 de dezembro daquele ano, que se constituiu em verdadeiro Código do Sistema Bancário e que foi complementada pela legislação posterior [...]. [...].

Não obstante a existência das normas anteriores a 1.964, às quais aludimos, é evidente que não havia, naquela época, um verdadeiro direito bancário, não se podendo considerar como um sistema unitário e autônomo as normas esparsas... [...]

Foi, realmente, a partir da lei de 1964 que o sistema bancário brasileiro foi definido com sentido de integração e unidade, com normas próprias em número suficiente para constituir um verdadeiro ramo do direito, com autoridades especiais, como o CMN e o Banco Central, investidos de funções executivas, quase legislativas e quase judiciais, passando a apresentar o direito bancário peculiaridades que atualmente justificam a sua existência e o reconhecimento de sua autonomia.⁸⁹

Carlos Alberto de Oliveira Cruz, no seu artigo “Existe um Direito Bancário?”⁹⁰, observa que o setor bancário angariou os três níveis de autonomia necessários para configurar um ramo jurídico autônomo. Leciona o autor:

Pois surgem, mais recentemente no Brasil, vozes tendentes a sustentar uma nova especialização no sistema jurídico: o Direito Bancário. As demandas hoje propostas contra instituições financeiras, em soberba profusão, fazem crer que o Direito Bancário, como nova especialidade dotada de autonomia, é uma realidade. Contudo, parece que uma afirmação definitiva nesse sentido deva considerar aspectos mais técnico-científicos e menos empíricos.

Com esse objetivo, valemo-nos de critérios comumente utilizados, segundo os quais uma área jurídica teria autonomia na medida em que apresentasse autonomia científica (princípios, conceitos e termos próprios), didática (estudo individualizado, com disciplinas e literatura específicas) e legislativa (preocupação pontual do legislador, com elaboração de normas específicas para a área).

Em rápida reflexão, quer nos parecer que o Direito Bancário satisfaz os três requisitos: dispõe de princípios, conceitos e termos característicos (assim, por exemplo, os princípios da livre concorrência e defesa do consumidor; a limitação de juros (taxas e capitalização) e criminalização da usura; o controle e regulação da atividade financeira pelo Estado); merece estudo singularizado (embora com inegável timidez, vários cursos jurídicos incluem o Direito Bancário em seus currículos, atividades de extensão ou pós-graduação; a literatura específica, por outro lado, já se faz notar!); e, finalmente, é destinatário de inúmeras leis, confirmando uma disciplina própria (dentre tantas leis, lembráremos: mercado de capitais, usura, nota promissória, cheque, sistema financeiro da habitação, protesto).

Tal qual o Direito do Consumidor, veementemente festejado nos últimos tempos, queremos crer que o Direito Bancário venha a ser a nova resposta do sistema jurídico às pessoas físicas e jurídicas, atores atormentados nessa sociedade em profunda transformação.

Destacam-se na composição do Direito Bancário também o costume e a prática bancários. Chega Covello até a afirmar que “[...] o direito bancário é eminentemente consuetudinário.”⁹¹ O aludido autor cita Garrigues:

⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 60.

⁸⁹ WALD, Arnoldo. Ob. cit., p. 16-17.

⁹⁰ CRUZ, Carlos Alberto de Oliveira. Existe um Direito Bancário? In: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

“A formação dos usos bancários deriva, umas vezes, de práticas profissionais que dominam tacitamente a conclusão dos contratos bancários, de tal sorte que, ante o silêncio dos contratantes, deve entender-se que estes tenham querido seguir tais práticas; funciona o uso nessas ocasiões como meio de interpretação, completando a declaração de vontade, obscura, insuficiente e defeituosa e, em tal sentido, enquanto pressupõem uma vontade contratual, os usos prevalecem sobre as leis que tenham caráter dispositivo. Outras vezes, os usos se condensam nas condições gerais elaboradas unilateralmente pelos Bancos, caracterizando-se neste caso por estarem inspirados nos interesses particulares do Banco ou grupo de Bancos que as redigiram, sem que isso obste a validade do uso.”⁹²

A disciplina do Direito Bancário pertence ao Direito Comercial. Mas também sujeita-se ao Direito Administrativo, sendo poucas as atividades empresariais privadas que sofrem tamanho influxo de restrições e controles do poder público. Como esclarecem Aramy Dornelles da Luz e Arnoldo Wald, respectivamente:

O Direito Bancário é composto por um repertório de normas jurídicas (leis, decretos, portarias, resoluções e circulares), destinado à regulação da moeda, do crédito, das reservas cambiais e das relações entre o público e as instituições financeiras. Esta é a parte que foge ao interesse do Direito Comercial e é específica da atividade bancária exclusivamente. O Direito Comercial serve-lhe de base no tocante aos negócios jurídicos, quanto às linhas mestras, às generalidades.⁹³

O direito bancário surgiu no campo do direito comercial, com as características de direito profissional, por ser o banqueiro um comerciante e a operação bancária um ato de comércio. [...]. Mas os elementos que encontramos hoje no direito bancário não são todos oriundos do direito privado, devendo ser ressaltada a importância de normas de direito administrativo e de direito econômico [...]⁹⁴

As normas de direito bancário aparecem já na Constituição Federal, no art. 192, que remete a estruturação do sistema financeiro nacional⁹⁵ à lei complementar. Esta polêmica lei complementar já tentou nascer através de vários projetos que tramitaram no Poder Legislativo, e enquanto não for engendrada vigem, recepcionadas, as normas que realizaram a reforma bancária em 1.964 da lei nº 4.595/64, com suas posteriores alterações.⁹⁶

⁹¹ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 60.

⁹² *Idem, ibidem*, p. 60.

⁹³ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 26.

⁹⁴ WALD, Arnoldo. Ob. cit., p. 18.

⁹⁵ Compõem o Sistema Financeiro Nacional o Conselho Monetário, o Banco do Brasil, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, bem como as outras instituições financeiras públicas e privadas.

⁹⁶ A definição de instituição financeira é dada em lei. A do art. 17 da lei nº 4.595/64 resultou obsoleta, pois refletia o Banco Comercial, superado hoje. Afirmo Dornelles da Luz, ob. cit., p. 36, que “[...] o Banco múltiplo não pode ser confundido com o antigo Banco comercial. Conserva em comum apenas o fato de lidar primacialmente com o crédito em grande escala e de mantê-lo como atividade-fim por excelência. Mas foi levado a diversificar sua forma de atuação no mercado devido à grande concorrência.” A definição atual de instituição financeira é a da lei nº 7.492/86, pela qual é “a pessoa jurídica de direito público ou privado que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”, afirmando também que “equipara-se à instituição financeira: I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer outro tipo de poupança, ou recursos de terceiros”. Há rigorosa, ininterrupta e estrita fiscalização e vigilância sobre elas por parte do Banco Central, para prevenir agressões à economia popular. Para que uma pessoa jurídica possa exercer o comércio bancário, precisa de autorização (do BC, e para estrangeiros por

Segundo Dornelles da Luz⁹⁷, o Direito Bancário propriamente dito é privado, comercial. A instituição financeira, tenha capital público ou privado, é privada para todos os efeitos legais (CF, art. 173, §1º). Daí, rege-lhe o Direito Comercial no genérico, acrescido das aquisições oriundas da prática e das disposições do Direito Administrativo. Como a legislação pátria não regula especificamente os contratos bancários, serve-lhes de base o Direito Comercial, e subsidiariamente o Direito Civil, os costumes, as práticas, bem como as “leis” de menor hierarquia, operacionais (resoluções, circulares).

Conclui Dornelles da Luz que:

[...] o Direito Bancário cavou seu próprio e natural percurso. Embora constitua, à semelhança de outros ramos do Direito Comercial [...], parte de um todo, ele, dada sua índole, praticamente possui mais singularidades do que afinidades com o leito de onde saiu. É o que leva alguns autores a falar em autonomia do Direito Bancário, a qual se expressaria pelo silêncio do Código de Comércio a respeito de seus negócios, o excesso de comandos do Direito Administrativo, o regime próprio de intervenção e liquidação extrajudicial, a eficiência de sua auto-regulação, o internacionalismo de sua prática e o sigilo por imposição legal.⁹⁸

Como já evidenciado na análise da natureza adesiva do contrato bancário, observa-se que há nítida desigualdade de forças entre o banco e o cliente, engendrando-se uma série de abusos expressos em cláusulas leoninas, cláusulas abusivas, condições extorsivas, etc. Após a Segunda Guerra Mundial, ressalta Covello⁹⁹, o Estado passou a intervir em prol dos fracos, para evitar ou diminuir o desequilíbrio, havendo uma publicização do contrato.

É o dirigismo contratual, que emerge em vários diplomas como a CLT, a lei de locações, o Código de Defesa do Consumidor. Esses novos diplomas legais surgem instaurando uma desigualdade jurídica perante uma desigualdade real, para o restabelecimento da igualdade material. O Código de Defesa do Consumidor têm especial influxo sobre os contratos bancários, merecendo análise apartada mais adiante.

Também é intervenção estatal a disciplina das operações bancárias pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). Na análise dos contratos bancários depara-se frente a uma série de disposições do CMN, as quais regulam relações entre as instituições financeiras e os seus clientes, impondo deveres e sanções aos interessados. O CMN foi criado pela Lei de Reforma Bancária (lei nº 4.595/64) competindo-lhe tarefas de regulação e orientação do Sistema

decreto do Presidente da República). O banco não pode funcionar sem carta corrente obtida da autoridade competente. A empresa deve revestir a forma jurídica de sociedade anônima.

⁹⁷ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 26-30.

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 30.

⁹⁹ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 55-56.

Financeiro Nacional (como as do art. 4º da lei). Outros diplomas posteriores lhe atribuíram, também, competências, como, por exemplo, o decreto-lei nº 2.290/86 (art. 2º).

Porém, observando a atuação do Banco Central e do CMN, o professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto alerta que nem sempre a intervenção do Estado vem em prol dos mais fracos: “[...] *pressionado pelas instituições financeiras que devia controlar, o Estado passou a lhe atender os interesses, descurado de que, ao reverso, seu mister é exercer a indispensável função saneadora desse mercado, com medidas corretivas da desigualdade real existente entre os contratantes, por meio das quais compensasse a inferioridade econômica ou circunstancial de uma das partes com uma superioridade jurídica.*”¹⁰⁰

Discorre sobre o poder normativo do CMN, em artigo interessante intitulado “Competência normativa do Conselho Monetário Nacional”, o professor Marçal Justen Filho¹⁰¹, o qual busca definir a compatibilidade entre as disposições do CMN e os limites jurídicos constitucionais de sua competência.¹⁰²

Resumindo grosseiramente o que o notável jurista expõe, só se legitimaria a intervenção estatal nos contratos bancários nos moldes em que a Constituição Federal estabelece. Nesta se destacam os princípios da separação dos Poderes constituídos (só cabendo delegação de funções de um Poder ao outro quando constitucionalmente previsto), da legalidade (só lei pode criar deveres), da isonomia, da liberdade de iniciativa (conforme o art. 173, CF, a atividade econômica é reservada prioritariamente para a empresa privada) e da justiça social (art. 170, 173, § 4º, 174, *caput* e § 1º, CF).

Segundo esses princípios, só se legitimaria a intervenção estatal nos contratos bancários mediante lei e presentes os pressupostos autorizadores do art. 173, *caput*, ou do 173, § 4º, CF, também constituindo-se instrumento para realizar a justiça social e o desenvolvimento nacional. Contudo, a atuação do Estado nos contratos bancários não serve à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, os pressupostos do art. 173 da CF.

Mesmo que se considere que o bom desempenho das instituições financeiras depende da intervenção estatal (para não se colocar em risco a estabilidade econômica do país), não há

¹⁰⁰ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1988 : Curitiba). GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Ob. cit., p. 52.

¹⁰¹ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1988 : Curitiba). JUSTEN FILHO, Marçal. **Competência normativa do Conselho Monetário Nacional**. Curitiba: Juruá, p. 54-62, 1.998.

¹⁰² Também Arnoldo Wald tem artigo neste sentido, porém menos profundo. Cf. WALD, Arnoldo. Dos princípios constitucionais e da limitação do poder regulamentar na área bancária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 88, p. 5-9, 1.992.

vínculo entre esta idéia e a atuação do CMN. Isto porque a intervenção deve se dar por lei, não se admitindo intervenção indireta¹⁰³ que não por lei. Deste modo, a atuação estatal neste campo através do CMN é inconstitucional.

Nem caberia argumentar que a lei nº 4.595/64 atribui competência normativa ao CMN, porque constituiria ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes, pois não há previsão constitucional da delegação dessa competência. Assim, conclui o professor Marçal que só pode o CMN receber competência administrativa, nunca normativa, e na via administrativa as normas não podem inovar o ordenamento jurídico. Quando muito, é-lhe reconhecida competência fiscalizadora, para o cumprimento da lei. Não pode implementar norma jurídica criadora de direitos e deveres, por exemplo, instituindo comissão de permanência.

2.2 A submissão dos contratos bancários aos regimes civil, comercial e bancário

Os fatos são acontecimentos, humanos ou não, do mundo. Todas as normas jurídicas existentes são aptas a incidir sobre um fato, pois o ordenamento jurídico é um só (suas divisões são meramente didáticas, instrumentais). Mas só quando o fato se enquadra na hipótese normativa é que a norma jurídica efetivamente incide, atribuindo-lhe efeitos jurídicos.

Ressalte-se que não há predeterminação de quais normas, sejam comerciais, civis, administrativas, penais, etc., incidem sobre cada fato. Todas podem incidir, porque o direito é uno. Mas nem todas incidem. Quando sobre o fato incide uma norma de direito, jurídica, ou seja, quando os fatos são regulados por um ordenamento jurídico, atribuindo-lhes efeitos jurídicos, tornam-se fatos jurídicos.¹⁰⁴

Ocorre, muitas vezes, de várias normas incidirem sobre um mesmo suporte fático, juridicizando-o. Não surge dificuldade alguma quando as normas são compatíveis. Entretanto, pode acontecer também, o que não é raro, de normas incompatíveis entre si regularem o mesmo fato, momento em que surge a necessidade de critérios para se saber qual norma predomina, aplicando-se efetivamente.

¹⁰³ A intervenção direta é aquela pela qual o Estado intervém desempenhando a atividade, enquanto a indireta é aquela em que o Estado edita normas condicionando, restringindo ou alterando o livre mercado, as quais a iniciativa privada deverá observar.

¹⁰⁴ Como reza Orlando Gomes na obra **“Introdução ao Direito Civil”**, ob. cit., à p. 237, *“Fato jurídico é tudo aquilo a que uma norma jurídica atribui um efeito jurídico.”*

O fato “contrato bancário” é um fato como qualquer outro. Não há predeterminação de qual norma a ele se aplica. Este fato é regulado como, a princípio, um fato qualquer, incidindo sobre ele normas de Direito Civil, Comercial, Bancário e do Consumidor. O direito é um só, e todo o direito capaz é de incidir sobre cada fato. O fato “mútuo bancário”, por exemplo, é regulado por normas de Direito Civil, Comercial, Bancário e do Consumidor, que o tornam fato jurídico, um fato propulsor de uma relação jurídica obrigacional, relação jurídica de mútuo bancário.

Uma vez incidindo várias normas sobre um contrato bancário, surge uma antinomia, e devem-se analisar os critérios de aplicação de normas incompatíveis num ordenamento jurídico. Isto é imprescindível para se definir quais normas – bancárias, comerciais, civis, de consumo – aplicam-se ao contrato bancário, em detrimento de quais outras, e em que condições. E a rota para a solução das antinomias é exposta com clareza por Norberto Bobbio.

O direito é sistema porque dotado de unidade (coesão) e coerência.¹⁰⁵ ¹⁰⁶ Para Norberto Bobbio¹⁰⁷, em sua abalizada opinião, a unidade deriva da hierarquia, e não compõe a idéia do sistema, o qual se caracteriza pela coerência do direito, que quer dizer “[...] *que o direito não tolera antinomias.*”¹⁰⁸ Para este autor, para existirem as antinomias as normas em conflito devem pertencer ao mesmo ordenamento jurídico, bem como ter o mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material. Aí reside o problema clássico das antinomias jurídicas, são elas as antinomias próprias.

E leciona o autor que “*Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar.*”¹⁰⁹ A partir disto, oferece Bobbio critérios, elaborados secularmente pela jurisprudência, para a solução das antinomias. São os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade. Contudo nem sempre estes critérios são suficientes, por dois motivos: casos em que não se podem aplicar nenhum destes critérios, e casos em que se podem aplicar mais de

¹⁰⁵ A questão de ser mesmo o direito um sistema é discutível, mas pertinente à Filosofia do Direito. Seguiu-se aqui a idéia mais sedimentada a respeito do tema, de que é sistema, e de que o é porque dotado de unidade e coerência.

¹⁰⁶ Os fatores de que derivam a unidade e a coerência variam segundo a corrente. Para alguns autores, derivam de princípios fundamentais do direito. Para Canaris, por exemplo, a unidade deriva da igualdade e a coerência da justiça (também é requisito para a justiça, saliente-se, a ausência de antinomias). Já outros autores são menos axiológicos, firmando-se numa lógica mais formal, como Bobbio, para o qual o direito é um sistema formal, ou seja, uma totalidade de normas compatíveis que se ligam por derivarem de autoridades vinculadas.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 9 ed., UnB, Brasília, 1.997. Sobre a coerência, p. 71-114.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 81.

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 91.

um deles (ausência e conflito de critérios). Estas antinomias insolúveis denomina de reais, e as outras, solúveis, de aparentes.

Resumindo a exposição do autor, o critério hierárquico (“lex superior derogat inferiori”) afirma que prevalece a norma superior sobre a inferior, uma vez em conflito duas normas de grau hierárquico distinto. Não surgem dificuldades na sua compreensão uma vez posto que as normas do ordenamento são produzidas em vários planos, numa hierarquia. O critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) afirma a prevalência da lei posterior sobre a anterior. É regra de fácil aceitação, consoante com o progresso jurídico, com a adaptação do direito às mudanças sociais. O critério da especialidade (“lex specialis derogat generali”) distingue normas gerais e especiais ou excepcionais, firmando a prevalência destas àquelas. Este critério, por sua vez, merece aqui tratamento mais extenso, e tem base no princípio da isonomia, como lapidarmente esclarece o mestre:

Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo ‘genus’) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma ‘species’ do ‘genus’) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do ‘suum cuique tribuere’ (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, porque a lei especial deva prevalecer sobre a lei geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento.¹¹⁰

E mais, ainda, cumpre destacar das palavras que Bobbio dispensa à especialidade:

A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela que corresponde ao tipo de antinomia total-parcial. Isso significa que quando se aplica o critério da ‘lex specialis’ não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial, a lei geral cai ‘parcialmente’. Quando se aplica o critério cronológico ou o hierárquico, tem-se geralmente a eliminação total de uma das duas normas. Diferentemente dos relacionamentos cronológico e hierárquico, que não suscitam necessariamente situações antinômicas, o relacionamento de especialidade é necessariamente antinômico. O que significa que os dois primeiros critérios aplicam-se ‘quando’ surge uma antinomia; o terceiro se aplica ‘porque’ vem a existir uma antinomia.¹¹¹

Bobbio também trata dos dois casos de antinomias reais, insolúveis, na ânsia por oferecer critérios à sua solução. No primeiro caso, de ausência de critério (duas normas de mesmo grau hierárquico, produzidas ao mesmo tempo e em mesmo grau de especialidade),

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 96.

¹¹¹ *Idem, ibidem*, p. 96 e 97.

sugere um quarto critério, formal, de se proceder à interpretação mais favorável, que nem sempre pode ser aplicado (pois muitas vezes a interpretação mais favorável a um é mais prejudicial ao outro sujeito da relação).

Mas o intérprete, ao solver o caso concreto, terá de optar entre aplicar uma das duas normas (abrogação simples), não aplicar nenhuma delas (dupla abrogação), ou ainda, o caminho mais usado, aplicar as duas, conservando-as pela eliminação da incompatibilidade (dita aparente) através da interpretação corretiva (evitando-se o extremo da abrogação, por uma conciliação processada numa correção).

Já no segundo caso de antinomia real, o do conflito de critérios (mais de um dos três critérios pode ser aplicado), dá-se uma antinomia de segundo grau: incompatibilidade de critérios para solver incompatibilidades entre normas.

Neste caso, preleciona Bobbio que do conflito entre critérios hierárquico e cronológico, prevalece o hierárquico; do conflito entre critérios de especialidade e cronológico, prevalece o critério da especialidade, mas aqui com certa cautela, de modo não tão decisivo quanto no conflito anterior; do conflito entre os critérios hierárquico e da especialidade, não há regra geral consolidada para solução, que dependerá do intérprete e das circunstâncias, sendo um conflito entre dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico: a superioridade (hierarquia) e a justiça (especialidade).

A coerência, a ausência de antinomias, não é requisito à validade do ordenamento jurídico, tanto que, como visto, certas antinomias reais não encontram critérios para solução, como no caso de ausência de critérios, e só serão dirimidas pela atuação do juiz no caso concreto, o qual não as elimina, nem tem a obrigação jurídica ou moral de fazê-lo, tanto que outro juiz, posteriormente, poderia vir a aplicar de outro modo tais normas. Mas a coerência é, sobretudo, condição para a justiça do ordenamento.¹¹² Vem a ferir duas exigências fundamentais que tendem a inspirar os ordenamentos: de certeza (paz, ordem), e de justiça (igualdade).

Podemos facilmente compreender, em face dos raciocínios já procedidos, quais normas se aplicam ao contrato bancário. Sobre o fato “contrato bancário” incidem normas jurídicas, tornando-o fato jurídico, fato propulsor de relação jurídica, e esta relação jurídica, esta obrigação, toma contornos consoante as normas que incidem no fato “contrato bancário”. Assim ocorre também com o mútuo bancário.

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 113.

Regulam os vários tipos de contratos bancários normas de Direito Civil, presentes no Código Civil, na sua parte geral e na de obrigações, e quando existem, também as normas da parte específica dos contratos (o mútuo, por exemplo, é contrato regulado pelo Código Civil em todas essas partes). Incidem também as normas gerais e contratuais de Direito Comercial. Também as normas de Direito Bancário (Lei de Reforma Bancária, usos e costumes bancários, regulamentos do CMN, etc.) regulam os contratos bancários. Ainda há, pertinentes, as normas de Direito do Consumidor.

Todas essas normas no geral são de leis ordinárias, de épocas diferentes, mas, o que mais importa, são especiais umas em relação às outras. Quando em conflito normas ordinárias civis, comerciais, bancárias e do consumidor, de épocas diferentes, procurar-se-á afastar o critério cronológico, em prol do da especialidade, prevalecendo este sobre aquele, pois mais adequado à justiça (como já visto, afinal, a especialização vem em prol do atendimento ao princípio da isonomia, de tratar aos diferentes de modo diverso).

Como bem advertiu Bobbio, nas páginas antecedentes, a antinomia solvida pelo critério da especialidade não leva à eliminação total da norma geral, mas apenas da parcela sua incompatível com a lei especial. Deste modo, ao contrato bancário aplicam-se as normas de Direito Bancário, primordialmente. Subsidiariamente, as normas de Direito Comercial, naquilo que não forem derogadas pelas normas de Direito Bancário. A partir deste produto alcançado, aplicar-se-ão, então, as normas de Direito Civil subsidiariamente, naquilo que não derrogado, porque este é geral em relação àqueles. Quanto ao Direito do Consumidor, é ele especial, ainda, com relação a todos esses direitos, derogando normas bancárias, comerciais e civis, quando a relação configura-se como de consumo segundo os parâmetros do Código de Defesa do Consumidor, conforme em seguida se apreciará.

Além de tudo isso, não se questiona a aplicação plena, derogando todas as outras normas, da norma constitucional. O critério da hierarquia normalmente prevalece sobre qualquer outro, e isto não demanda maior análise.

2.3 Aplicação do Direito do Consumidor

A questão da aplicação da lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), aos contratos bancários, merece tratamento apartado. Não se pretende uma análise que esgote o assunto, mas apenas traçar em linhas gerais as posições que se tem adotado.

É oportuno e interessante, inicialmente, pinçar alguns artigos do CDC que revelam peculiar interesse na abordagem:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Art. 17 Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29 Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Art. 52 No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I – preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II – montante de juros de mora e taxa efetiva anual de juros;

III – acréscimos legalmente previstos;

IV – número e periodicidade das prestações;

V – soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

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

Rara é a posição pela qual o CDC não se aplica às operações bancárias. Mais comum é a divergência entre a posição que sustenta a aplicação total a todas as operações, e posições que sustentam a aplicação total a algumas operações e a não aplicação, ou aplicação parcial, a outras operações. A divergência funda-se a partir do conceito de consumidor, ou mais exatamente (como se observará), a partir “dos conceitos” de consumidor.¹¹³

Newton De Lucca estudou de modo preciso a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às atividades bancárias, proferindo diversas palestras sobre o assunto pelo país.¹¹⁴ Quando de sua participação no Simpósio de Direito Bancário, que teve lugar em

¹¹³ Waldirio Bulgarelli, assim, na sua palestra transformada no artigo “O Direito do Consumidor e os contratos financeiros”, retrata as inúmeras questões que podem surgir acerca da aplicação do CDC aos contratos bancários, oferecendo uma série de questões à discussão, numa provocação, mas sem oferecer soluções ou respostas. (BULGARELLI, Waldirio. Ob. cit.).

¹¹⁴ Como retrata em palestra transformada em artigo “A Aplicação do Código do Consumidor à Atividade Bancária”, p. 16: “Já terei perdido a conta, por certo, do número de vezes em que me manifestei sobre esse tema

Curitiba no ano de 1.999, o autor proferiu palestra sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários.¹¹⁵ Na ocasião, teceu brilhantemente um resumo da questão. O banco, diante da definição do art. 3º, é fornecedor, não restando a menor dúvida. O § 2º deste artigo define o “serviço”, incluindo “as de natureza bancária, financeira, de crédito”.

Diante desse texto expresso, prosseguiu o palestrante, os bancos, através de sua famosa entidade de classe, a Federação Brasileira das Associações dos Bancos, encomendaram quatro pareceres de grandes comercialistas brasileiros, os quais fizeram interpretação que leva à seguinte conclusão: se o legislador diz que o serviço bancário está incluído, o resto não está, e o banco não faz só serviços, mas também operações. Isto baseando-se em normas do Banco Central que realizam esta distinção, bem como no art. 38 da lei nº 4.595/64, que afirma: “*As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*” Mas tal interpretação, segundo a qual a inclusão dos serviços exclui as operações, é inadmissível, é dar passo muito além do devido.

Afirma o eminente jurista que esse primeiro argumento aparece normalmente amparado por um segundo, sustentado por Arnodo Wald, e pelo qual se afirma que o tomador do banco não seria consumidor, porque quem toma dinheiro emprestado não o usa como destinatário final, pois só seria destinatário final o tomador do mútuo que fosse colecionador de moedas. A construção é interessante, afirma De Lucca, mas não prospera diante de uma análise mais profunda do contexto e origem do Direito do Consumidor. E mesmo frente à definição de consumidor do Código. Além disso o dinheiro é, segundo o Código Civil, um bem juridicamente consumível. Assim leciona no artigo “A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Atividade Bancária”:

Diz-nos a respeito o grande Clóvis Beviláqua:

“A distinção funda-se numa consideração econômico-jurídica. Há coisas que se destinam ao simples uso, outras ao consumo do homem. Das primeiras tiramos utilidades, sem lhes destruir a substância; as segundas destroem-se, imediatamente, à medida que se utilizam, ou aplicam.

em oportunidades anteriores.” Por sinal, neste artigo podem ser verificados grande parte dos argumentos que o autor expôs no Seminário que em seguida será citado no corpo do trabalho (LUCCA, Newton De. A aplicação do Código do Consumidor à atividade bancária. **Cadernos do Ministério Público do Paraná**, v. 2, n. 6, p. 16-22, jul. 1.999). Outra palestra sua, anterior, foi transformada em texto resumido, intitulado “O Código de Defesa do Consumidor: Discussões Sobre seu Âmbito de Aplicação”, na qual o autor sustenta o mesmo que sustentou nas ocasiões posteriores, mas de modo mais resumido pois julgava que a questão não suscitaria maiores dúvidas (LUCCA, Newton De. O Código de Defesa do Consumidor: discussões sobre seu âmbito de aplicação. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 85, p. 81-89, 1.992).

¹¹⁵ LUCCA, Newton De. **A interpretação judicial dos contratos bancários (O Código do Consumidor e sua aplicação na atividade bancária)**. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 22 out. 1.999.

As coisas consumíveis ou o são de fato, naturalmente, como os gêneros alimentares, ou, *juridicamente*, como o dinheiro e as coisas destinadas à alienação...”¹¹⁶

Prossegue o autor enfatizando, na palestra referida, que não há só um conceito de consumidor no CDC. Deste modo o termo “consumidor” é plurívoco, polissêmico. Há quatro conceitos de consumidor no CDC. Há o do *caput* do art. 2º, e mais três, por equiparação: o do § único do art. 2º, o do art. 17, e o do art. 29.

Mas o CDC não se aplica sempre, no todo, consoante o grande pensador e poeta De Lucca. A relação jurídica de consumo pressupõe numa ponta da linha o fornecedor, e o banco sempre o é, irremediavelmente. Mas na outra ponta é necessário haver um consumidor. E vários clientes dos bancos não se enquadram no conceito de consumidor como destinatário final, do art. 2º do CDC.¹¹⁷ Isto não veda, contudo, que se enquadrem nos demais conceitos de consumidor do Código.¹¹⁸

Nota o autor que surgiu um novo argumento, engenhoso, para excluir a incidência do CDC aos contratos bancários. A lei nº 4.595/64, lei ordinária de início, no vácuo da lei complementar que exige o art. 192 da CF, foi recepcionada, no nosso ordenamento jurídico, da CF 88, com o *status* de lei complementar, já que lei ordinária não pode versar assuntos de lei complementar. A distinção entre lei ordinária e complementar não é hierárquica, mas de competência, de matéria, aparecendo a lei complementar para as matérias que a Constituição lhe reserva. Daí, argumenta-se que o CDC invadiu a esfera constitucionalmente reservada à lei complementar.

¹¹⁶ LUCCA, Newton De. A aplicação do Código do Consumidor à Atividade Bancária, ob. cit., p. 18.

¹¹⁷ Para De Lucca, foi um deslize não se distinguir bens de produção e de consumo para facilitar a definição do que é relação de consumo. Na falta, a doutrina tenta buscar critérios, e estes não são pacíficos, havendo vários de diversos doutrinadores. É uma zona extremamente nebulosa, cinzenta. Dentro deste contexto, vê-se ora uma aplicação mais abrangente, ora uma mais restrita, ora uma não aplicação, do CDC aos contratos bancários. Conforme sublinha o autor no seu artigo citado “A aplicação do Código do Consumidor à Atividade Bancária”, p. 20, “*A prevalecer a teoria finalista – que nos parece claramente a mais acertada em matéria do Direito do Consumidor – o aspecto teleológico da proteção do consumidor se sobrepõe aos demais. Quer isso dizer que os empresários, salvo raras exceções, não se acham albergados pela legislação tutelar, não obstante a definição de ‘consumidor’, constante do ‘caput’ do art. 2º do CDC que, com a expressão ‘pessoa jurídica’, contemplou a possibilidade de os empresários, quando destinatários finais, serem também abrangidos pela proteção.*”

¹¹⁸ Por exemplo, não se enquadra como destinatário final um empresário que desconta duplicatas e não pretende um consumo, mas um insumo. E não se enquadra como serviço mas sim operação ativa o contrato de mútuo celebrado pelo tomador. Mas e se ele pratica um contrato de adesão? Ou se é submetido a uma propaganda enganosa do banco afirmando taxa inferior à real? Ou, como ilustrou De Lucca na palestra, e pode ser constatado no seu artigo “A Aplicação do CDC à Atividade Bancária”, citado, p. 19: “*Ou, numa hipótese ainda mais absurda, poderia o contrato celebrado por um Banco estabelecer que o pagamento, na hipótese de atraso, por parte do mutuário, seria feito obrigatoriamente de joelhos diante do gerente da agência[...]*?” Há, para estes casos os três conceitos de equiparação, que levariam a se aplicar o CDC.

Mas o advogado-desembargador De Lucca discorda deste raciocínio. A lei ordinária pode incidir sempre que não há reserva constitucional de que sua matéria deve ser tratada por lei complementar. A lei deve ser aplicada segundo seu sentido razoável. Como se entender que o CDC, lei ordinária, não se aplica, enquanto outras leis ordinárias, como a própria lei nº 6.404/76 que regula as sociedades por ações (sendo o banco obrigatoriamente desta espécie), ou a lei que disciplina a matéria de imposto sobre a renda, aplicam-se? Acaso um banco já discordou da incidência da Lei das Sociedades por Ações?

A mesma lógica deveria ser usada para todas as leis ordinárias há tanto aplicadas. Há vários pronunciamentos do STF, afinal, reconhecendo a aplicação do CDC às relações bancárias, mas em questões setoriais. Também não foi fixado por súmula ou plenário o assunto, no STJ, dizendo se tal lei federal se aplica ou não. Conclui De Lucca esta questão, no seu artigo “A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Atividade Bancária”, afirmando: *“Prefiro encerrar dizendo, pura e simplesmente, que há sempre, em nossas vidas, o visível – que, às vezes, não se quer ver – e o invisível – que só se vê porque se deseja fazê-lo – sendo tudo, na ordem das coisas, uma questão de ‘saper vedere’. como dizia Leonardo...”*¹¹⁹

Mantendo entendimento muito semelhante ao do mestre De Lucca, Rodrigues Alves¹²⁰ fulmina as considerações de Arnoldo Wald. Parte o autor da “ratio essendi” do CDC.

Nas relações jurídicas entre os clientes e os bancos há, a princípio, uma inequívoca desigualdade entre os figurantes. Os clientes têm conhecimento técnico inferior quanto às operações bancárias em relação aos bancos, além de normalmente serem economicamente mais fracos. Se não bastasse, tem o cliente muitas vezes uma necessidade de contratar, o que exclui qualquer consideração quanto à liberdade contratual. Por outro lado a liberdade de estipular o conteúdo do contrato, suas cláusulas, normalmente sucumbe diante de cláusulas unilateralmente predispostas.^{121 122}

¹¹⁹ LUCCA, Newton De. A aplicação do Código do Consumidor à Atividade Bancária, ob. cit., p. 22.

¹²⁰ ALVES, Vilson Rodrigues. Ob. cit., p. 90-100.

¹²¹ Tudo conforme já abordado quando se analisou a natureza adesiva dos contratos bancários.

¹²² Assinala Hapner, em ob. cit., p. 24: *“Se é que há algum consenso em sede de direito dos consumidores, pode-se dizer que a existência de um poder econômico ditando os rumos das relações de mercado é um destes pontos comuns, levando à opinião quase unânime dos autores de que o consumidor é sempre a parte mais fraca da relação de consumo, posto que manipulado e influenciado, direta ou indiretamente, pelas fontes que exercitam o poder.”*

Dai, surge a necessidade de um mecanismo, imprescindível, a reduzir estas desigualdades sócio-jurídicas profundas, de tutela do juridicamente mais fraco¹²³, tutela essa que se evidencia no CDC tanto no âmbito do direito material quanto do processual. Posto isso “[...] o Direito do Consumidor caracteriza-se como Direito especial, destinado a corrigir os chamados ‘efeitos perversos’ da sociedade de consumo¹²⁴, restabelecendo uma igualdade jurídica que deve compensar a desigualdade econômica, com o fito de manter o equilíbrio entre as prestações dos figurantes do negócio jurídico.”¹²⁵

Não obstante a explícita referência do § 2º do art. 3º aos serviços bancários, Arnoldo Wald sustenta que o CDC tem sua incidência circunscrita às atividades bancárias que consubstanciem obrigações de fazer, excluindo-se todas as obrigações de dar. “O raciocínio é engenhoso, mas parte de premissa equivocada e, por isso, chega a conclusão inaceitável”¹²⁶, afirma Rodrigues Alves. Entende Wald que a especialidade do direito do consumidor não pode substituir a especialidade do direito bancário, já que lei nova de disposições gerais ou especiais a par de lei especial preexistente não revoga esta. Mas a invocação da regra do sobredireito não tem pertinência, já que não há em nosso direito lei a tratar especificamente dessas atividades bancárias, já que a lei nº 4.595/64 (LRB) não o faz.

Rodrigues Alves rebate também a argumentação de Wald pela qual o único destinatário final de dinheiro ou crédito seria o colecionador de moedas. O bem que circula não é a moeda que corporifica o valor, mas o valor corporificado na moeda. O posicionamento de Wald levaria ao absurdo hermenêutico de se considerar consumidor o que guarda o dinheiro do mútuo mas não o que dele se vale para consumo de bens imprescindíveis à satisfação de suas necessidades básicas vitais.

No primeiro conceito de consumidor, estreito, do art. 2º, a destinação final está a implicar sua não transferência a outra esfera jurídica que não a do consumidor. Não é consumidor, neste prisma, se não se utiliza do produto ou do serviço (por exemplo, se adquire o bem e revende). Ainda, afirma o autor que “A destinação final a que se reporta a lei pode

¹²³ A esse respeito leciona com precisão Hapner, ob. cit., p. 27, após analisar o poder econômico a partir das notórias lições de Galbraith em sua obra “Anatomia do Poder”: “Este tipo de raciocínio leva à absoluta necessidade de que qualquer análise que se faça em termos de direitos dos consumidores venha precedida da interpretação econômica do fenômeno. Ignorar essa circunstância pode significar a construção de um ordenamento jurídico completamente ineficiente aos fins a que se destina”.

¹²⁴ Coloca Rodrigues Alves em nota (nº 286) a pertinência de se fazer alusão aos mecanismos da sociedade de consumo, os quais faticamente se apresentam similares aos vícios de vontade, em hipóteses de mesmo coação: a moda, a publicidade, o marketing, a forma agressiva de encaminhamento de ofertas e serviços, aliadas à situação individual dos consumidores.

¹²⁵ ALVES, Vilson Rodrigues. Ob. cit., p. 91.

ser presumida."¹²⁷ Se é pessoa física que não desenvolve atividade comercial que obtém o bem, presume-se que foi destinada ao seu consumo final, havendo então relação de consumo. Também pode haver consumo ainda que como profissional atue o consumidor, sendo destinatário final do bem, objeto este à satisfação de suas necessidades.

Se é pessoa jurídica que não desenvolve atividade comercial, presume-se que o consumo seja para fins profissionais e sociais, decorrentes da estrutura e finalidade da empresa. Ou mesmo se for pessoa jurídica comercial se dá a presunção, configurando-se a destinação final quando o bem serve a uso de seus sócios ou funcionários.

E, em qualquer desses casos relatados, o fato de que o que adentra a esfera patrimonial ser o dinheiro não pré-exclui a relação de consumo.

Além disso, observa também Rodrigues Alves que "*Na explicitação do conceito de consumidor há, vê-se, pluralidade de conceitos, o de ser ele consumidor final e também o de inserir-se ele em relação que há de ser de consumo.*"¹²⁸ Daí não se deve buscar nos estritos limites do art. 2º a conceituação taxativa de relação de consumo. Os outros conceitos são ditos "por equiparação", seja o do art. 17, seja o do art. 29. Há também previsão expressa para as práticas de fornecimento de produtos e serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, no art. 52. Deste modo, a exclusão do dinheiro, ou do crédito, que pretendeu Wald, não deve ser acolhida.

O que o consumidor adquire, em verdade, não é o papel-moeda, mas o valor imaterial que nele se corporifica, e que para a lei também é produto, diante do amplo conceito deste que a lei estatui. Daí ter a jurisprudência afirmado que o produto do banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível.

O banco é perfeitamente enquadrável como fornecedor, também, diante do conceito do CDC amplo de fornecedor. Há, pois, relação de consumo entre banco e cliente, que é inclusive consagrada pelo art. 52 do CDC, que alude a "crédito ao consumidor", estando estes sob a proteção da lei especial. A exegese que lhe deu Wald não deve ser acolhida, entendendo que as obrigações do art. 52 se dirigem exclusivamente ao fornecedor de produtos ou serviços que não é instituição financeira. A lei não distingue entre fornecedores que são, e que não são, instituições financeiras. E onde a lei não discrimina não é dado ao intérprete discriminar.

Veja-se o que Rodrigues Alves, ainda, observa:

¹²⁶ *Idem, ibidem*, p. 90.

¹²⁷ *Idem, ibidem*, p. 93.

¹²⁸ *Idem, ibidem*, p. 94.

Essa exegese restritiva, em se considerando a 'ratio legis' e a 'occasio legis', desconsidera as razões que levaram à expressa indicação dessa responsabilidade objetiva, que outro fim não tem senão a busca da redução das desigualdades que se verificam aprioristicamente no suporte fático.

Se na sociedade capitalista de consumo há grupos financeiros poderosos, que agem com insofismável superioridade fática, ora sob o prisma econômico, ora sob o enfoque técnico, é ineliminável a tentativa da minoração dessa causa de desequilíbrio, com a outorga ao menos favorecido de tutela que o dote de mecanismos possibilitem, em última análise, o exercício pleno do verdadeiro acesso ao Poder Judiciário.

Se o texto da lei cogita de crédito ao consumidor, e se uma das operações tipicamente bancárias é 'e.g.' o mútuo, ou é a abertura de crédito, não se vê nenhuma razão plausível a que se extromita do suporte fático de incidência dessas normas protetivas as operações bancárias, para nelas manter-se somente as instituições de outra modalidade.¹²⁹

Deste modo, mesmo que o CDC não receba aplicação absoluta, ele mesmo serve à exclusão da interpretação restritiva. Esta só terá cabimento com motivo sério que leve a excluir sua incidência sobre um caso especial. Entende-se que a opção de política legislativa de incluir, expressamente, o tratamento dos serviços bancários, teve preocupação com a exclusão da exegese que levaria à não aplicação do diploma legal a este ramo de atividades de grande movimentação de consumo, o ramo das atividades bancárias.

Conclui o autor que, não obstante a incidência "a priori" das normas de consumo, há hipóteses em que não se dará tal incidência. Rodrigues Alves afirma, então, com precisão, que *"Tal ocorrerá [a não incidência] nos casos em que o cliente ou o figurante do negócio jurídico bancário não for o destinatário final desses produtos ou serviços, ou ainda nas hipóteses casuísticas em que não se componha suportes fáticos à incidência das regras jurídicas dos arts. 17 e 29 do Código de Proteção ao Consumidor."*¹³⁰

Antônio Carlos Efiging, em sua obra "Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor", conclui de modo semelhante, afirmando ser o CDC aplicável a pessoas físicas e jurídicas, quando se caracterizem como "destinatário final". Mas também considera, na linha dos argumentos dos autores anteriores, "[...] que o CDC não contempla em seu texto somente a conceituação do consumidor destinatário final (art. 2º, 'caput') [...]"^{131 132}

¹²⁹ *Idem, Ibidem*, p. 97.

¹³⁰ *Idem, ibidem*, p. 99.

¹³¹ EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.999, p. 51.

¹³² Sua conclusão, na ob. cit., p. 51-52, merece destaque: *"Em se tratando de consumidor pessoa física e ocorrendo uma prestação de serviços bancários, onde figurem, de um lado, na qualidade de fornecedor, um determinado banco comercial, e, de outro lado, na qualidade de consumidor, uma pessoa física qualquer, que contrate objetivando uma destinação final, parece-nos evidente que essa relação jurídica se caracterizará como relação de consumo"* (Maria Antonieta Zanardo Donato).

Segundo Arnaldo Rizzardo “*Não há dúvida quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, introduzido pela Lei 8078, de 11.09.1990, aos contratos bancários.*”¹³³ Rizzardo cita Nelson Nery Júnior, o qual aborda quais relações de crédito revelam relação de consumo à luz do conceito de consumidor do art. 2º: “*Havendo outorga do dinheiro ou do crédito para que o devedor o utilize como destinatário final, há relação de consumo que enseja a aplicação dos dispositivos do CDC. Caso o devedor tome dinheiro ou crédito emprestado ao banco para repassá-lo, não será destinatário final, e portanto não há que se falar em relação de consumo.*”^{134 135}

Entende Ulhoa Coelho, também a partir do conceito de consumidor do art. 2º, que “*As operações creditícias oferecidas pelas instituições financeiras ao mercado de consumo estão sujeitas à disciplina do Código de Defesa do Consumidor (CDC, arts. 3º, § 2º, e 52). É necessário, contudo, ter-se presente o exato âmbito de incidência dessa legislação.[...]. Se o*

Assim, como já dito anteriormente, ao verificar-se a inclusão ou não de determinada pessoa jurídica na qualidade de consumidora dos produtos e serviços fornecidos pelos bancos e outras entidades financeiras, (é preciso) investigar a finalidade daquele negócio jurídico – se na qualidade de consumidor ou não – e, a partir de então, perquirir-se acerca de sua vulnerabilidade. Assim, se o contrato bancário efetivado pela pessoa jurídica tiver sido realizado buscando o alcance de uma atividade intermediária, não há que se falar em relação de consumo. Se, entretanto, o contrato houver sido realizado buscando-se alcançar uma atividade intermediária, não há que se falar em relação de consumo. Anote-se, entretanto, que raríssimos serão os litígios envolvendo entidades financeiras, securitárias ou bancárias em que se aplicará o conceito de consumidor contido neste dispositivo legal (art. 2º do CDC), eis que os conflitos advindos dessa espécie de relação jurídica certamente apresentar-se-ão circunscritos à proteção contratual, às práticas comerciais e à publicidade enganosa, quando então deverá ser aplicado o conceito exarado pelo art. 29 do CDC’ (Maria Antonieta Zanardo Donato).

Dessa forma, a conceituação do consumidor de serviços ou produtos oferecidos pelos bancos está associada a sua exposição às práticas abusivas lançadas pelas instituições financeiras, não sendo necessária a configuração de vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor.

Assim, entendemos que, mesmo não sendo facilmente perceptível a relação de consumo havida entre cliente consumidor e o banco fornecedor, já que na maioria das vezes devemos constatar a ocorrência da prática abusiva, há que se conferir ao consumidor a proteção outorgada pelo CDC.”

¹³³ RIZZARDO, A. Ob. cit., p. 24-25.

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 24.

¹³⁵ Rizzardo, na ob. cit., p. 24-26, ressalta alguns dispositivos do CDC especialmente aplicáveis aos contratos bancários. Tendo em consideração que os contratos bancários são normalmente de adesão, proliferando neles cláusulas abusivas e leoninas, destaca a importância do princípio da transparência, do art. 4º, CDC, colocando-se tudo de modo limpo, inteligível, sem subterfúgios, de acordo com a boa fé e equidade, engendrados estes como princípios pelo art. 51, IV. As cláusulas abusivas são fulminadas com nulidade, tendo expressão tanto as que conferem vantagens exageradas, excessivas (art. 6º, IV, V, art. 39, V, art. 51, § 1º), como as que impõem prestação exagerada (art. 51, § 1º, III). O art. 46 retira a obrigatoriedade do cumprimento de contrato em que não se deu oportunidade de conhecimento prévio do conteúdo, ou quando é realizado de modo que dificulte a compreensão do sentido e alcance, proibindo-se, destarte, cláusulas com complexos cálculos, ou que impliquem métodos como a Tabela Price, o Método Hamburguês (desconhecidos, desvendáveis somente por especialistas). Semelhantemente estabelece o art. 54, § 3º, com referência aos contratos de adesão. O art. 52 impõe outras normas, com relação ao mútuo, como informação sobre juros de mora, taxa efetiva anual de juros, e acréscimos legalmente previstos. O § 2º do artigo vem facultar a liquidação antecipada, com direito a abatimento dos juros e encargos. O art. 51, I, determina nula a cláusula que implica renúncia de direito. Isso em mera exemplificação, demonstradora do estreito vínculo entre os Direitos Bancário e do Consumidor.

empresário apenas intermedeia o crédito, a sua relação como o banco não se caracteriza, juridicamente, como consumo, incidindo na hipótese, portanto, apenas o direito comercial.”¹³⁶

Abordadas as opiniões dos diversos autores, resta que sejam tiradas conclusões a partir do que já foi desenvolvido neste item e no anterior. No item anterior se concluiu, com base no critério da especialidade, que ao contrato bancário aplicam-se as normas de Direito Bancário, primordialmente. Subsidiariamente, as normas de Direito Comercial, naquilo que não forem derogadas pelas normas de Direito Bancário. A partir deste produto alcançado, aplicar-se-ão, então, as normas de Direito Civil subsidiariamente, naquilo que não derrogado, porque este é geral em relação àqueles.

Neste item se observou que o Direito do Consumidor também é um direito especial. E é especial em relação ao Direito Bancário, pois como estudado, as normas do consumo não incidem sobre todos os contratos bancários, mas somente sobre aqueles em que se configura relação de consumo. Mas a recíproca é verdadeira: o Direito Bancário é também especial em relação ao Direito do Consumidor, porque as normas bancárias não incidem sobre todas as relações de consumo, mas somente sobre as relações de consumo que são bancárias.

Portanto, quando surge conflito entre normas de Direito do Consumidor e normas de Direito Bancário, está-se diante de um conflito entre normas igualmente especiais, não sendo solvida a antinomia mediante a simples aplicação do critério da especialidade. E a questão poderia, sim, ser solvida por três outros caminhos.

O primeiro caminho, e mais simples, seria a aplicação do critério cronológico, a partir da insuficiência do critério da especialidade e da inaplicabilidade do critério hierárquico. As normas do consumo seriam normas que vieram atender à evolução social, oriundas da necessidade emergente de tutela do consumidor, derogando todas as normas anteriores que com elas conflitem. Prevaleceriam, pois, as normas do Direito do Consumidor.

O segundo caminho seria a solução a partir do fundamento do critério da especialidade. A simples cronologia, com fundamento na evolução social, poderia se revelar critério insuficiente perante o princípio da igualdade, que preceitua o tratamento desigual dos desiguais. Então, de qualquer modo, deveria prevalecer uma solução oriunda do princípio igualitário, base do critério da especialidade, e não da mera cronologia.

¹³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., p. 431.

Deste modo, colocar-se-ia a seguinte questão: qual distinção, de qual norma, vem atender em maior plenitude o princípio da igualdade? Sabe-se que o Direito do Consumidor proveio da necessidade de tutela do mais fraco ante ao mais forte. Faz parte da tendência no sentido do dirigismo contratual que o Estado imprimiu após a Segunda Guerra Mundial. O consumidor sofre grandes restrições em sua liberdade de contratar e de estipular o conteúdo do contrato. É menos conhecedor das técnicas que o fornecedor domina. É mais fraco economicamente. E a intervenção é dever estatal, como frisa Gonçalves Neto: *“É dever do Estado, portanto, interferir na vontade dos contraentes sempre que se lhe deparem situações de inferioridade de uma parte em relação à outra, pois a isso obriga o princípio constitucional da isonomia.”*¹³⁷

Frente à superioridade do fornecedor, e dos abusos destes frente aos consumidores, veio como resposta uma acentuação do caráter social do contrato. Ainda hoje a prática revela constantes abusos por parte dos bancos.^{138 139} Deste modo, torna-se evidente a resposta à

¹³⁷ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1988 : Curitiba). GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Ob. cit., p. 49.

¹³⁸ Reforça a idéia Covello quando afirma, na ob. cit., p. 56, que *“A simples leitura dos formulários de contrato bancário revela a existência de condições leoninas acobertadas pelo manto da legalidade, como a conhecida cláusula de outorga de procuração do cliente ao próprio banco para que este possa emitir cambial a fim de cobrar a dívida de maneira mais rápida e eficaz mediante execução”*, e que *“[...] a intervenção do Estado na contratação bancária tem-se mostrado ineficaz, porque as autoridades monetárias estão mais preocupadas com as taxas de juros e com as garantias contratuais, deixando os Bancos à vontade para a estipulação de condições gerais potestativas.”*

¹³⁹ Dê-se o exemplo, a título de ilustração, do mútuo, especialmente pertinente ao trabalho, que traz Rizzardo, na sua obra *“Contratos de crédito bancário”*, ob. cit., p. 20-22, citando várias vezes Luiz Zenum Junqueira: *“Cláusulas como as seguintes refletem toda a distância entre as partes e a unilateralidade na determinação das condições: ‘no vencimento normal ou antecipado do título [...] ficará o devedor constituído em mora de pleno direito, passando então a incidir sobre o débito, do decurso de inadimplência até o efetivo pagamento, os seguintes encargos: a) Atualização monetária de acordo com a acumulação da taxa das Letras do Banco Central – taxa fiscal – ocorrida no período, ou outro índice de atualização que venha a ser estabelecido pelo Governo Federal em sua substituição; b) A taxa efetiva mensal de juros vigorante no início de cada mês, correspondente à maior taxa permitida pelo Banco Central do Brasil para operações de crédito com recursos próprios, que esteja sendo praticada no mercado financeiro pelo Banco [...] Estes juros incidirão sobre o valor do débito após realizada a atualização indicada na letra ‘a’ supra; c) juros moratórios de 10% sobre o montante do débito; d) multa de 10% sobre o montante do débito.’*

Em verdade, não se reserva espaço ao aderente para sequer manifestar a vontade. O banco se arvora o direito de espoliar o devedor. Se não adimplir a obrigação, dentro dos padrões impostos, será esmagado economicamente. Embora não fixadas as taxas de correção monetária e de juros, as quais são totalmente aleatórias, pretende-se sejam submissamente acatadas pelo mutuário.

Estampa-se o seguinte quadro, descrito pelo citado articulista: ‘não se cuida de dificuldades surgidas no curso de um contrato de empréstimo bancário, muito menos de modificações operadas pela desastrada inflação, velha e velha, antiqüíssima, mas do desrespeito e da infidelidade do credor, já no momento mesmo da celebração do ‘contrato’, ávido pela exploração consciente da desgraça alheia, rompendo-se, no seu nascedouro, a noção de boa-fé e dos bons costumes.

Destarte, do só fato de uma parte permitir que a outra ‘contrate’, em estado de aflição, contraprestações intoleráveis e onerosíssimas, sujeitando-a a toda e qualquer sorte de cláusulas unilateralmente

questão formulada: as normas de consumo atendem mais às necessidades estampadas pelas diferenças existentes entre os diferentes, ou seja, são mais conformes ao princípio da isonomia, de sede constitucional. Assim, o segundo caminho também conduz à prevalência das normas do consumo.

O terceiro caminho parte de uma leitura constitucional dos direitos do consumidor e bancário. Como postulado no início do ensaio monográfico, deve-se proceder uma “re-leitura”, uma leitura segundo a Constituição de 1988, de todo o Direito Privado. O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme dita o art. 1º da Carta Magna brasileira, operou uma inversão na base do Direito Privado. Promoveu uma repersonalização deste, que passou a atender em primeiro lugar os anseios humanos e só em segundo lugar os patrimoniais, invertendo a hierarquia estabelecida nos Códigos tradicionais.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXII, elevou o Direito do Consumidor à categoria dos direitos fundamentais, consagrando-o como cláusula pétrea. É um direito da pessoa¹⁴⁰ que, em vista da repersonalização e constitucionalização do Direito Privado, não pode ceder frente às normas exclusivamente patrimoniais do Direito Bancário. Portanto, por este terceiro caminho, novamente prevalecem as normas de consumo frente às bancárias.

Por fim, resta concluir, aglutinando conclusões anteriores, que as normas que primordialmente se aplicam aos contratos bancários, quando estes configuram relação de consumo, são as normas do Direito do Consumidor. E se aplicam conforme o enquadramento da relação do consumo no art. 2º, no parágrafo único deste artigo, no art. 17 ou no art. 29 do CDC, tudo conforme analisado. Em segundo lugar (e em primeiro lugar se a relação entre o banco e cliente não se configurara como relação de consumo), subsidiariamente, aplicam-se as normas bancárias. Subsidiariamente ainda, aplica-se o Código Comercial, e por último, naquilo que não derogado pelas fases anteriores, aplicam-se as normas do Código Civil.

preestabelecidas, comprova-se, 'quantum satis', que ao credor interessa, sobretudo, a penúria do devedor, quando lhe impõe, assim, obrigações exageradas, injurídicas, anti-sociais e injustas'.

Sente-se, nos últimos tempos, uma forte ressalva aos empréstimos bancários. Predomina a idéia de que as dívidas junto a bancos levam à insolvência. Dificilmente uma atividade ou uma produção alcança resultados tão altos a ponto de acompanhar os encargos decorrentes do empréstimo.”

¹⁴⁰ Escreve o ilustre professor Carlos Eduardo Manfredini Hapner: “A bem da verdade, a ereção da proteção do consumidor à categoria de princípio constitucional pode ser tida como consequência e decorrência direta das conquistas sociais do cidadão comum. Não seria demais incluir a proteção do consumidor, desde seu aspecto privatístico, como um dos direitos da personalidade. A esse propósito muitos já se referiram, valendo a lembrança do ensinamento do espanhol EDUARDO POLO: ‘(...) o problema do consumidor é, levado a suas últimas consequências, o problema do indivíduo e sua proteção não é senão a proteção da pessoa.” (HAPNER, Carlos Eduardo Manfredini. Ob. cit., p. 10).

2.4 O regime legal do mútuo bancário

Em função de tudo que se tem visto neste capítulo, a regulamentação do mútuo bancário engendra-se num conjunto de regras civis, comerciais e bancárias e de consumo (estas últimas quando se configurar relação de consumo).

O mútuo bancário, como visto, é regido prioritariamente por normas de Direito do Consumidor, subsidiariamente por normas de Direito Bancário, subsidiariamente ainda por normas comerciais, e o resultado disto é somado às disposições civis não destoantes deste produto, por este não derogadas.

Acontece que é o Código Civil que “constrói” o instituto, com uma grande gama de disposições. São as normas civis que configuram-no em linhas gerais. Já o Código Comercial trata-o de modo pouco extenso (embora quando o trate derogue as respectivas normas civis conflitantes), em disposições gerais sobre o mútuo e os juros mercantis (mais se referindo aos juros), e também nas disposições gerais, evidentemente, relativas aos contratos comerciais.

Já o Direito Bancário é-lhe aplicado num número restrito também de disposições, pois já erigido pelos outros ramos, mas disposições que, não obstante poucas, como vimos, derogam as dos outros ramos. E, por fim, o Direito do Consumo trata-lhe de modo pouco mais extenso, mas bem menos ainda do que o ramo civil, quando se configure relação de consumo, derogando todas as demais normas incompatíveis com este ramo.

Assim, a ordem de prioridade quanto à incidência das normas é: Direito do Consumidor, Direito Bancário, Direito Comercial e Direito Civil. Contudo, a ordem de predominância (critério quantitativo) quanto à incidência das normas é diverso, predominando exatamente o ramo menos especial, o Direito Civil.

O contrato comercial é espécie do gênero “contrato civil”, porque incidem os Direitos Comercial e Civil sobre uma mesma determinada classe de fatos. Os contratos são fatos¹⁴¹, e enquanto fatos ambos os Direitos incidem sobre o contrato comercial – ato de comércio – embora o Direito Civil não tenha incidência restrita somente aos contratos comerciais, mas também abranja outros. O contrato bancário, por sua vez, é espécie do gênero “contrato comercial”, porque os Direitos Bancário e Comercial incidem numa mesma determinada classe de fatos. Ambos os Direitos incidem sobre o contrato bancário, embora o Comercial

¹⁴¹ Os contratos civis, comerciais e bancários são fatos jurídicos. Jurídicos, mas antes de tudo fatos.

abranja outros. Conclui-se, pois, que o contrato bancário de mútuo é também espécie (subespécie) do gênero “contrato civil”.

Deste modo, o mútuo bancário não é um instituto cuja regulação está pronta em uma lei, embora em muito regido pela lei civil. Resulta, em certos aspectos, da superposição de lei sobre lei sobre lei. Em função de tudo isso, torna-se necessário localizar o mútuo dentro do Direito Civil. Bem como apresentar as condições em que o mútuo passa a ser comercial, isto é, em que passa a ser diferenciado de modo a ser regido por um direito especial em relação ao Direito Civil, que é o Direito Comercial.¹⁴²

O mútuo, no Direito Civil, é uma espécie do gênero empréstimo. O Código Civil disciplinou as duas modalidades de empréstimo, sem abordar diretamente este (arts. 1248-1264). Orlando Gomes define o empréstimo como “[...] o contrato em que uma das partes recebe, para uso ou utilização, uma coisa que, depois de certo tempo, deve restituir ou dar outra do mesmo gênero, quantidade e qualidade.”¹⁴³ Maria Helena Diniz cita Coelho da Rocha, afirmando que “[...] o empréstimo é o contrato pelo qual uma pessoa entrega a outra, gratuitamente, uma coisa, para que dela se sirva, com a obrigação de restituir. Consiste na utilização de bem pertencente a outrem, acompanhada do dever de restituição.”¹⁴⁴

O empréstimo comporta duas modalidades, o mútuo e o comodato. Costumam os autores distingui-los em vários aspectos. Em suma, o primeiro é um empréstimo de consumo¹⁴⁵, com a obrigação de restituir o “tantundem” (na mesma espécie, qualidade e quantidade, em equivalente), sendo o mútuo um contrato real, unilateral, gratuito (podendo ser oneroso por pactuação), temporário, sendo sempre de coisa fungível (dando-se, pois, só sobre bens móveis), transfere o domínio, aplicando-se a regra “res perit domino” quanto aos riscos.

Já o segundo é um empréstimo de uso, com a obrigação de restituir a “res integra” (a coisa na sua individualidade), sendo o comodato um contrato real, unilateral, necessariamente gratuito, temporário, sendo sempre de coisa infungível ou infungibilizada (sobre, pois, bens móveis e imóveis), não transfere o domínio (apenas a posse), aplica-se a regra “res perit creditori” quanto aos riscos, e é, ainda, “intuitu personae”.

¹⁴² Já a questão de se saber quando o mútuo passa a ser bancário é facilmente abstraída do conceito, já exposto, de contrato bancário. Quando o contrato de mútuo se adequar ao conceito estabelecido de contrato bancário, será o mútuo da espécie bancária.

¹⁴³ GOMES, Orlando. **Contratos**, ob. cit., p. 349.

¹⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**, 2 ed., Saraiva, São Paulo, 1.996, v. 3, p. 135.

O mútuo é o empréstimo, pois, gratuito ou oneroso, de coisas fungíveis (transferindo, por lei, a propriedade). O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis (não transfere a propriedade). E qual o nome para o empréstimo oneroso de coisas não fungíveis? Não é empréstimo, mas locação de coisas (não transfere a propriedade).^{146 147}

Neste contexto se encontra o mútuo, no Direito Civil.

No Direito Comercial o Código Comercial traz disposições sobre o mútuo, intituladas “do mútuo e dos juros mercantis”, do art. 247 ao 255, concentrando-se mais no tratamento dos juros (em verdade, somente o art. 247 refere-se ao mútuo).¹⁴⁸ Afirma o art. 247 que “*O mútuo é empréstimo mercantil, quando a coisa emprestada pode ser considerada gênero comercial, ou destinada a uso comercial, e pelo menos o mutuário é comerciante.*”

Para os que seguem à risca o art. 247, a natureza do contrato bancário de mútuo é determinada pela pessoa que figura como mutuária: comercial se realizado com comerciante, e civil se com particular ou pessoa física. Há também quem entenda que o contrato pode ser misto, neste último caso (empréstimos bancários ditos pessoais), sendo comercial para o banco e civil para o tomador, entendimento partilhado pelos poucos que no Brasil seguem a “*cômoda solução dos atos mistos*”.¹⁴⁹ Os atos mistos, ou anfíbios, ato civil para um e para o outro comercial, é idéia combatida com vantagem por Carvalho de Mendonça, que sustenta a força atrativa, a “vis atractiva”, do Direito Comercial, que os submete ao seu domínio.

Como afirma Pontes de Miranda, o art. 247 é “*regra jurídica evidentemente defeituosa*”.¹⁵⁰ Ou como anota Carvalho de Mendonça, em torno deste artigo surgem várias dificuldades.¹⁵¹ Não poderia ser estendido o mútuo comercial ao mútuo de todas as coisas móveis, por todas poderem ser consideradas gêneros do comércio e destinadas a uso

¹⁴⁵ Esta característica é criticável, o que a seguir se notará.

¹⁴⁶ Pelo esquema: Coisa fungível – transfere a propriedade (gratuito ou oneroso, mútuo). Coisa infungível – não transfere a propriedade (gratuito, comodato, oneroso, locação). Nota-se que o fim do mútuo, mesmo que gratuito, é o consumo. Não há porquê do mútuo se não for para consumo, já que se o objetivo for o não consumo a coisa fungível é infungibilizada consensualmente, e daí se dá comodato (gratuito) ou locação (onerosa). Mas, mesmo sendo o fim do mútuo o consumo, a coisa fungível pode não ser consumida. O consumo não é condição necessária, mas é o fim necessário.

¹⁴⁷ MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., v. 42, p. 8: “*Que nome há de ter, portanto, o empréstimo oneroso das coisas não fungíveis? Não é empréstimo; é locação de coisas.*”

¹⁴⁸ Afirma Fran Martins que “*Grande número de empréstimos mercantis são regulados por leis especiais. Assim, os contratos por debêntures, emitidas pelas sociedades anônimas (Lei nº 6404, de 15.12.1976, arts. 52 a 74); os empréstimos hipotecários efetuados pelas sociedades de crédito real (Dec. nº 370, de 1890), [...]*” (MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, 14 ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.999, p. 304).

¹⁴⁹ REQUIÃO, Rubens. Ob. cit., p. 44.

¹⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., v. 42, p. 13.

¹⁵¹ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**, 4 ed., Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., Rio de Janeiro, 1.927, v. 6, parte II, p. 344.

comercial. Por exemplo, o dinheiro, eminentemente comercial, pode ser objeto de mútuo civil.

Esclarece o assunto Fran Martins:

Na realidade, deve-se entender que o mútuo é mercantil, não levando em consideração a frase 'quando a coisa emprestada pode ser considerada gênero comercial', contida no art. 247, mas as frases seguintes, 'quando a coisa emprestada... (é) destinada a uso comercial, e pelo menos o mutuário é comerciante', e ainda assim ampliando esta última. De fato, quando o artigo diz que o mútuo só será mercantil 'quando a coisa emprestada puder ser considerada gênero comercial', quer significar que o objeto do mútuo deve ser coisas móveis, que são coisas que entram no âmbito do Direito Comercial. Entretanto, as coisas móveis poderão, também, ser objeto de mútuo civil (Código Civil, art. 1.256, princ.), não servindo, assim, este fato para caracterizar o mútuo mercantil. Teremos, então, que procurar as características comerciais do mútuo nos demais dispositivos do art. 247 do Código Comercial, dando-lhes verdadeira interpretação.

De fato, refere o artigo que as coisas emprestadas 'devem ser destinadas a uso comercial', o que significa que deverão elas servir às atividades comerciais do mutuário. Essa será, então, a primeira característica do mútuo mercantil. A outra consiste na necessidade de uma das partes ser comerciante.

O art. 247 do Código Comercial diz que será mercantil o mútuo quando 'pelo menos o mutuário é comerciante'. Não significa o dispositivo, porém, que 'só será mercantil' o mútuo em que o mutuário for 'comerciante'.

Segundo esclarece Carvalho de Mendonça, 'como o ato de comércio é íntegro, o mútuo é mercantil desde que uma das partes seja comerciante'. Muitas vezes o mutuante é um banco, fazendo dos empréstimos suas atividades normais. Os empréstimos realizados pelo banco serão, desse modo, sempre comerciais, ainda mesmo que o mutuário não seja comerciante, pois conceder empréstimos constitui atividade habitual dos bancos.¹⁵²

Tal ocorre, como se frisa, porque no Brasil não se admite o ato anfíbio, bifronte, comercial para um e civil para o outro, como se admite, por exemplo, no México. A doutrina brasileira insiste na indecomponibilidade do ato: ou é comercial, ou civil. Daí, o ato é comercial e sujeito às disposições comerciais desde que haja a intervenção unilateral de comerciante. A intervenção deste dá o colorido comercial ao ato.

Como afirma Bulgarelli: *"Tem-se, pois, no fundo, a aplicação da chamada 'vis atractiva' da comercialidade, sobrepondo-se ao eventual caráter civil que o ato apresenta por parte do mutuário, o que se verifica, hoje, com inúmeros contratos [...] que [...] convolvam o contrato em comercial, não obstante a outra face civil, conservando-se assim a unidade contratual."*¹⁵³

Deste modo, os empréstimos feitos pelo Banco serão sempre comerciais, mesmo que o mutuário não seja comerciante, uma vez que as operações bancárias são comerciais, sendo a concessão de empréstimos atividade habitual dos bancos. As operações bancárias são comerciais, são atos de comércio, por força do art. 19 do regulamento 737, de 1.850. O banco, mesmo se não fosse tal artigo, realiza os empréstimos como atividade habitual, visando ao lucro, se interpondo na circulação do dinheiro, de modo que a sua atividade de empréstimo já

¹⁵² MARTINS, Fran. Ob. cit., p. 305 e 306.

¹⁵³ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**, 9 ed., Atlas, São Paulo, 1.997, p. 602.

seria comercial. Por este motivo, aliado ao da integridade do ato comercial, se entende, então, que o mútuo bancário é atividade regida pelo Direito Comercial, estando em especialidade com relação ao Direito Civil.¹⁵⁴

Como Rizzardo nota, conclui-se que “[...] *desponta a natureza comercial do mútuo bancário, não importando figure na relação contratual uma parte não comerciante. O que interessa é que a função do banco se exerce também através da concessão de empréstimos, sendo esta uma de suas atividades comerciais. Ou seja, desponta ineludivelmente a comercialidade das operações bancárias.*”¹⁵⁵

O ramo do Direito Bancário tem se autonomizado, especializado, com relação ao comercial, nos últimos anos, como frisado. O mútuo bancário é sempre comercial, contudo não somente comercial, sob esta ótica. É contrato bancário, o qual é uma espécie de contrato comercial específica, que sofre o influxo de normas específicas, bancárias. É regulado majoritariamente, mas não primacialmente, pelo Direito Civil. Há abundância do Direito Civil. Mas há primazia do Direito Bancário. Há predominância do Direito Civil em quantidade, e há predominância do Direito Bancário em qualidade. Sob este aspecto é que Rizzardo afirma: “*Iguala-se o empréstimo bancário praticamente ao mútuo comum, regrado pelo Código Civil*”¹⁵⁶, e no mesmo sentido Covello: “*Sob o prisma jurídico, o empréstimo bancário não difere, em essência, do empréstimo comum previsto no Cap. V do Código Civil.*”¹⁵⁷

CAPÍTULO 3 – CARACTERÍSTICAS DO MÚTUO BANCÁRIO

3.1 Origem histórica e noção

O mútuo bancário é um dos contratos mais antigos, podendo ser considerado o primeiro tipo de atividade do banco. Já era praticado no Egito e na Babilônica, através de cereais e outros produtos fungíveis, tendo ficado registrado em papiros da época dos Reis Ptolomeus. Com a economia monetária o empréstimo monetário passou a primeiro plano.

¹⁵⁴ Afirma Rizzardo, em “Contratos de Crédito Bancário”, ob. cit., p. 17: “*Caracteriza as operações bancárias a comercialidade. As atividades inerentes à função bancária consideram-se atos de comércio, porquanto envolvem intermediação, a habitualidade e o lucro, elementos tipificadores da atividade mercantil. Tanto isto que o banqueiro é chamado ‘comerciante do crédito’, eis que seu negócio consiste em intermediar, com recursos obtidos de terceiros, operações em que é usado o crédito.*”

¹⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 39.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 35.

Na Roma antiga, segundo Daibert:

Mutuum representava o objeto do empréstimo, a coisa mutuada e não o contrato, pois, este denominava-se ‘mutui datis’.[...]. Sendo o empréstimo pelo qual o domínio da coisa se transfere àquele que a recebe pelo contrato [...] é que os romanos diziam *mutuum dicitur ab eo quod de meo tuum fit* – (Chama-se mútuo aquele que fez do meu, teu). É, diz F. Lima, este *meo tuum* de que resultou o *mutuum* dos romanos e o nosso mútuo.¹⁵⁸

Segundo Pontes de Miranda¹⁵⁹, no direito romano antigo, havia o *nexum*, empréstimo pecuniário que era negócio jurídico formal, e o *mutuum*, que era o empréstimo não formal. Com o desaparecimento do primeiro, o segundo sobreviveu como única modalidade de empréstimo romano. Havia a entrega do bem, com a transmissão do direito de propriedade. A mera promessa não vinculava. Já naquela época havia proteção aos filhos-famílias, tendo o senatusconsulto Macedoniano retirado a eficácia dos seus empréstimos (por volta de 47 d.C.).

Os banqueiros, denominados “argenti”, realizavam os empréstimos de modo habitual e profissional, cobrando juros. Assim discorre Carlos Gilberto Villegas, citado por Rizzardo:

“Mientras el *mutuo* común era considerado un contrato *gratuito* y la procedencia de intereses necesitaba de una *estipulación* especial, el *mutuo* realizado por el banquero se presumía oneroso y no requería de dicha *estipulación*. Así fue como Justiniano eximió a los banqueros de la necesidad de estipulación para hacer correr intereses en su favor (Novela CXXXVI. Cap. IV, in fine). Refiriéndose a los banqueros, dijo estas palabras justificando su actitud: ‘Porque no es justo que quienes están dispuestos a prestar auxilio a casi todos los que lo necesitan, sean perjudicados por tal sutileza.’”¹⁶⁰

Na Idade Média, apesar das proibições da Igreja Católica, o mútuo com juros se difundiu, no século XIII, principalmente através de judeus e lombardos. Adverte Covello que o excesso nas taxas de juros não foi combatido somente nesta época:

As legislações de todas as épocas procuraram solucionar os problemas advindos do contrato de empréstimo, por meio de restrições da taxa de interesses, como ocorreu na Babilônia (Código de Hammurabi), na Grécia, em Roma e, durante toda a Idade Média, com a intervenção da Igreja vedando a usura. Também o *Fuero Juzgo* e as *Siete Partidas* consagraram normas disciplinadoras do empréstimo.¹⁶¹

A noção de mútuo bancário, isto é, do contrato bancário de mútuo, é a noção do mútuo civil, adequado às características do contrato bancário. Já se observou que o mútuo bancário é praticamente o mútuo civil regulado pelo Código Civil. Isto porque há abundância do Direito Civil, embora haja primazia do Direito Bancário.

¹⁵⁷ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 151.

¹⁵⁸ DAIBERT, Jefferson. **Dos contratos**, 4 ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.995, p. 289.

¹⁵⁹ MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 42, p. 5-7.

¹⁶⁰ RIZZARDO, A. Ob. cit., p. 37.

¹⁶¹ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 153.

Reza o artigo 1.256 do Código Civil: “*O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.*” E o art. 1.257: “*Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.*”

Para se conceituar o mútuo bancário, a conceituação do mútuo civil é realmente necessária, mas não é suficiente. Deve-se a ela acrescer os termos do contrato bancário, com os caracteres examinados, sofrendo influxo de diplomas legais especificamente bancários. É o contrato feito por um banco, na qualidade de comerciante (exercendo a mercancia, a “profissão”, sendo operação realizada com habitualidade), e que está submetido antes à lei bancária e do consumo (quando se configurar relação de consumo) do que às outras leis, por guardar particularidades que exigiram tratamento legal diversificado.

A partir do conceito civil, clara fica a nota bancária nos autores que conceituam de modo mais apurado o mútuo bancário. Observem-se os conceitos, respectivamente, de Dornelles da Luz e de Ulhoa Coelho:

O empréstimo bancário, como ficou acima dito, é uma das modalidades de financiamento bancário [o autor reúne sob a insígnia “financiamentos bancários” todas as operações consideradas ativas dos bancos]. Consiste no empréstimo de coisas fungíveis, tendo como efeito a transferência de propriedade sobre a coisa emprestada, já que a devolução deverá dar-se em coisas do mesmo gênero, equivalente na qualidade e em igual quantidade.¹⁶²

O mútuo bancário é o contrato pelo qual o banco empresta ao cliente certa quantia-de dinheiro. A matriz dessa figura contratual, evidentemente, é o mútuo civil, isto é, o empréstimo de coisa fungível (CC, art. 1256). Ganha, no entanto, esse contrato alguns contornos próprios quando o mutuante é instituição financeira, principalmente no que diz respeito à taxa de juros devida.¹⁶³

Quem dá a coisa fungível pecuniária, no contrato, é um banco, denominado de mutuante, e quem recebe, é um cliente, denominado de mutuário. É um contrato típico do banco, envolve prestações de dar moeda (seja crédito ou dinheiro físico). O mútuo bancário (contrato, fato jurídico) tem por objeto a operação de crédito de mútuo (fato econômico), isto é, a *realização de uma prestação pecuniária presente contra prestação pecuniária futura* em mútuo. Como o banco se coloca na posição de credor da obrigação principal, é um contrato típico ativo, que instrumentaliza uma operação típica ativa bancária.

O banco realiza uma prestação pecuniária presente contra uma contraprestação pecuniária futura. Por ser contrato real, que se efetiva apenas com a tradição manual, e que no mútuo também transfere a propriedade, apenas a *contraprestação* pecuniária vem prevista no

¹⁶² LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 93.

¹⁶³ COELHO, F. U. Ob. cit., p. 436.

contrato, porque a *prestação* pecuniária é condição da própria existência do contrato. Assim a relação jurídica de mútuo, ou seja, a relação jurídica obrigacional, oriunda do contrato de mútuo, tem por objeto direto uma única prestação de dar (que é, na verdade, *contraprestação* no contexto da operação), e por objeto indireto o objeto desta prestação, que é moeda (dinheiro ou crédito). A operação e o contrato envolvem duas prestações, mas só uma é englobada num direito como efeito jurídico do contrato (pois este é real).

Por fim, cumpre lembrar que o mútuo bancário, ou seja, o contrato bancário de mútuo, é um contrato que tem natureza jurídica de contrato de adesão, cujo caráter contratual predomina na doutrina, porém com vozes discordantes, conforme já pontuado.

3.2 Classificação e objeto

O mútuo bancário é um contrato real. O mútuo bancário é real porque não se aperfeiçoa só pelo consentimento das partes, mas deve haver a efetiva entrega da coisa, do bem fungível. Se perfaz quando, além de feito o *instrumento contratual*, o banco dá o dinheiro físico ou credita moeda escritural na conta do cliente. Essa entrega é a *traditio* do artigo 1.257 do Código Civil, que afirma que “este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário”. Se o contrato de empréstimo transfere o domínio da coisa fungível, e se a transferência do domínio da coisa exige no nosso direito a *traditio*, então o contrato só se perfaz com esta, com a efetiva entrega da coisa.

Como afirma Ulhoa Coelho, “*Antes disso, inexistia contrato e, conseqüentemente, nenhuma obrigação contratual se pode imputar ao banco, se ele não proceder à entrega do dinheiro, mesmo depois de concluídas as tratativas com o cliente.*”¹⁶⁴ Qualquer compromisso pelo qual o banco se obrigue a transferir é mera promessa de empréstimo, porque a obrigação de entregar pode ser objeto de pré-contrato, denominada promessa de mútuo, que pode ser unilateral ou bilateral.^{165 166}

¹⁶⁴ COELHO, F. U. Ob. cit., p. 436.

¹⁶⁵ Neste sentido: RIZZARDO, A. Ob. cit., p. 39; LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 94; COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 155.

¹⁶⁶ Mas a consideração de ser um contrato real não é pacífica, embora a maioria da doutrina seja assente em sua realidade. Em sentido contrário, por exemplo, Pontes de Miranda entende, no seu Tratado, que apesar de ser no nosso direito, em regra, real, também “*No direito brasileiro, pode haver mútuo consensual; porque se tem como suporte suficiente o que a lei não considera ordinário.*” (MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 42, p.08). Para este autor, é possível promessa unilateral de dar, promessa unilateral de receber, e promessa bilateral, de mútuo, além do contrato consensual de mútuo (“anômalo”) e do contrato real de mútuo. Mas é opinião esparsa. Dornelles da Luz localiza a questão: “*Já houve muitas discussões sobre a realidade e a consensualidade do contrato e ainda continuaremos a tê-las. O assunto está longe de pacificar-se. Sobretudo porque há estruturas em contratos consensuais que lembram em muito a estrutura dos contratos reais, onde a entrega da coisa é essencial, senão*

O mútuo bancário é também um contrato unilateral. E é porque, a partir da tradição (com que passa a existir o contrato) só há obrigações para o mutuário: deve restituir o equivalente, mais os rendimentos pactuados.¹⁶⁷ ¹⁶⁸ A unilateralidade do contrato se funda na noção de contrato clássica, hoje posta em xeque. A análise deste assunto é tarefa ainda a ser desenvolvida por novos estudos. A posição do mutuário hoje, no contrato socialmente funcionalizado, tende a não conter somente direitos, mas também deveres.

O mútuo bancário é também um contrato oneroso.¹⁶⁹ É porque ambas as partes obtêm benefício econômico, a partir de duas atribuições patrimoniais. Há benefício econômico porque o banco percebe juros, rendimentos, e o cliente percebe o livre uso do capital, auferindo vantagens deste uso.¹⁷⁰ A onerosidade, pois, provém das vantagens e sacrifícios de ambas as partes.

A gratuidade, existente como regra no mútuo civil, não ocorre na esfera bancária, onde o objetivo é o lucro. Se já na esfera comercial os autores proclamam a onerosidade do contrato de mútuo¹⁷¹, quando mais na bancária, onde o banco, como assinala Covello, não

para a perfeição do contrato, pelo menos para sua eficácia. Ora, entre perfeição que diz respeito à formação e eficácia que se refere aos efeitos, a linha demarcatória é demasiado tênue, sendo mais de construção intelectual. Que diferença existe entre um contrato que não se aperfeiçoou e um que é ineficaz? A diferença está entre validade e eficácia. [...] No caso específico do mútuo ele é real porque a lei assim o fez, não comportando entre nós discussão." (LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 94). Na linha do autor, é imprescindível a tradição no mesmo momento do contrato. Em não ocorrendo, se: postergada a tradição, o contrato só se aperfeiçoa no momento entrega; a tradição ocorreu antes, o contrato está perfeito no momento de sua formalização. Contudo se discorda quanto ao plano de defeito do "contrato" celebrado sem entrega da coisa, que se entende aqui ser não de validade, mas mesmo de inexistência, estando nisto de acordo com Pontes de Miranda (mas não se concorda com o "de regra", que se entende "sempre"): "*No direito brasileiro, o mútuo é, de regra, contrato real: exige, para ser, o elemento 'entrega da coisa'. A entrega da coisa, aí, não é elemento necessário à validade do contrato, nem à sua eficácia; é elemento necessário à sua existência.*" (MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 42, p. 08).

¹⁶⁷ Também, aqui, esclarece a Dornelles da Luz que "*A esse respeito também formou-se polêmica, havendo jurista a sustentar a bilateralidade e outros ainda a possibilidade de ser unilateral ou bilateral, dependendo de haver pactuação de juros e da realização do contrato no tempo, a entrega simultânea da coisa ou não. Essa discussão tem hoje apenas interesse histórico.*" (LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 94-95). Entre os que sustentavam a possibilidade de bilateralidade, em ob. cit., p. 19, Pontes de Miranda: "*O mútuo oneroso é contrato bilateral. O mútuo sem juros é contrato unilateral [...].*" Em muito tais discussões advieram de noções diferenciadas acerca do que é bilateralidade ou onerosidade do contrato.

¹⁶⁸ O mútuo é real e unilateral segundo o sistema do nosso Código Civil. O Projeto de Código de Obrigações de 1965, segundo Fran Martins, traz um conceito de mútuo consensual e bilateral, quando afirma: "*pelo mútuo, uma das partes 'obriga-se' a transferir a outra a propriedade...*" (MARTINS, F. Ob. cit., p. 305). O Projeto de Código de Obrigações de 1975 considera-o, como o Código atual, real e unilateral.

¹⁶⁹ Aqui também surge o problema de não ser unânime o critério segundo o qual se atribui onerosidade a um negócio jurídico, ou a um contrato. Há teorias como da "causa do enriquecimento" (nexo causalidade entre atribuições patrimoniais), da "equivalência subjetiva", etc.

¹⁷⁰ Dão-se duas atribuições porque, embora a prestação do mutuante não componha um dever jurídico (o contrato é real), é necessária à conformação do contrato que gera para a outra parte uma contraprestação (embora denominada esta de prestação porque é a única que deriva a partir do contrato, no contexto da *operação* é uma legítima contra-prestação).

¹⁷¹ A maioria dos autores entende que o mútuo comercial é sempre oneroso, devido ao caráter especulativo das obrigações comerciais. Como Bulgarelli, que afirma que "*A gratuidade do mútuo, já bastante abalada no*

pode transferir fundos sem cobrar remuneração, porque estes fundos tiveram um custo, o qual são os juros pagos aos depositantes.¹⁷² Chega a afirmar o autor que “*Se, por hipótese cerebrina, o Banco concede empréstimo a título gratuito, o negócio entra no rol dos contratos civis.*”¹⁷³

Os juros são estipulados por cláusula do contrato. Contudo, se não forem estipulados, segundo Dornelles da Luz¹⁷⁴, é possível requisitar judicialmente a fixação, antes do vencimento ou depois do vencimento, na cobrança, diante da presunção de que não há mútuo mercantil sem juros e de que a não fixação implicaria enriquecimento do mutuário em detrimento do banco. De tudo isso que se diz que o mútuo bancário é feneratício.¹⁷⁵

O mútuo bancário é, ademais, um contrato temporário. E sua temporariedade se configura em dois sentidos. Num primeiro porque o mútuo não pode ter prazo infinito, ou melhor, não ter prazo; num segundo sentido porque também não pode ser instantâneo, imediato.

No primeiro sentido, costuma-se dizer que tem de ser temporário o mútuo gratuito porque se não seria doação, e o oneroso porque se não seria compra e venda. É constituído sempre com a obrigação de restituir. Havendo dever jurídico, obrigação, de restituir, disso já decorre um prazo, seja convencional ou mesmo legal. Não há como um contrato de mútuo bancário não ter prazo, dispondo as partes que é perpétuo, porque aí não seria mútuo (não foi avençado, em verdade, o dever de restituir), mas uma compra e venda (porque o mútuo bancário é oneroso) aperfeiçoada do fungível. No mútuo bancário, se o fungível é título, seria compra e venda de título. Se o fungível fosse dinheiro, evidentemente a hipótese seria absurda. Com efeito, a transitoriedade é nota de todas as relações jurídicas obrigacionais.¹⁷⁶

Num outro sentido, é temporário porque não tem exigibilidade imediata. Aqui a questão é do prazo. Seria sem sentido a não existência de um lapso temporal entre a entrega da coisa e a restituição. Assim como em as todas as operações de crédito, é característica do

âmbito civil, não ocorre na esfera comercial, sendo sempre oneroso.” (BULGARELI, W. **Contratos mercantis**, ob. cit., p. 602). Afirma Fran Martins que “*Os contratos comerciais são sempre onerosos, pois, tendo invariavelmente o comerciante intuito de lucro nas operações que pratica, não se admite possam existir contratos comerciais a título gratuito.*” (MARTINS, Fran. Ob. cit., p. 63).

¹⁷² COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 40.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 156.

¹⁷⁴ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 95-96.

¹⁷⁵ Diz-se feneratício (de *foenus*, nome que se dava a esse fruto periódico do capital) ou frugífero do mútuo que rende frutos, juros, remuneração, que é oneroso. O mútuo feneratício é o único contrato unilateral oneroso.

¹⁷⁶ “*A efemeridade, maior ou menor, é assim inerente a todas as obrigações*”, expõe W. B. Monteiro. (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, Saraiva, São Paulo, 1.969, v. 4, p. 09).

mútuo o lapso temporal entre prestação e contraprestação. Afinal, o mútuo tem por fim o consumo, porque é de fungível (embora o consumo possa não ocorrer).

O objeto do mútuo é outro tema relevante que se deve desenvolver. O objeto, propriamente, do mútuo bancário, como ensina a teoria geral do direito privado, é a operação que o contrato desenvolve. O objeto do contrato bancário de mútuo é a operação de mútuo. A operação, como toda operação de contrato bancário ativo, é operação de crédito. O objeto é, pois, a realização de uma prestação de moeda presente (condição do contrato de mútuo), contra uma contraprestação (efeito jurídico do contrato de mútuo) de moeda futura.

Porém o que se abordará neste momento é o que se designa, às vezes, de objeto do mútuo, mas que na verdade é o objeto indireto da relação jurídica obrigacional de mútuo. O objeto direto desta relação é uma prestação de dar (moeda). E o objeto indireto desta relação é o objeto da prestação de dar, ou seja, é a moeda. A moeda se expressa de dois modos: como moeda fiduciária, o dinheiro, ou como moeda escritural, o crédito. Sempre, porém, a moeda se expressa num valor pecuniário. Sempre tem por base, mesmo que na modalidade escritural, um dinheiro.

O instituto do mútuo (civil, comercial ou bancário) exige que a transferência se dê sempre sobre um bem fungível. A moeda é um bem fungível, o que é necessário à natureza do mútuo. O “objeto” do mútuo tem de ser um bem fungível por força do art. 1.256, Código Civil, o qual assim discorre: “*O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, quantidade e qualidade.*”¹⁷⁷ Bem como o objeto é consumível (art. 51, Código Civil), sendo a destinação normal do mútuo o consumo.

Trazem Monteiro e Gomes a possibilidade da infungibilização convencional das coisas que são intrinsecamente fungíveis. Mas quanto à fungibilização convencional do infungível, Monteiro silencia, e Gomes traz sua impossibilidade.^{178 179} Já Bulgarelli afirma que “*É lição*

¹⁷⁷ O artigo se refere à devolução em mesmo gênero, quantidade e qualidade. Coisas do mesmo gênero são as fungíveis entre si. A qualidade diz respeito à apreciação da perfeição ou do valor técnico do bem. Já a quantidade respeita a um número mais uma unidade de medida, seja esta a massa, o volume, a área, a metragem, a unidade monetária (dinheiro). Diz-se, daí, que a devolução se dá em equivalente, e não nas próprias coisas (mesmo que possam ser devolvidas estas mesmas, indiferentemente). Segundo Fran Martins, “*Devendo a restituição se fazer em coisas do mesmo gênero, quantidade e qualidade, não influi no contrato o valor que tinham ao ser entregues ao mutuário e ao ser devolvidas. Pode haver oscilação do valor, mas isso não afeta a obrigação de restituir.*” (MARTINS, F. Ob. cit., p. 307). Esta idéia, embora pacificamente aceita com relação à maioria dos bens fungíveis, é discutível com relação à moeda, tema que será analisado na parte II do trabalho.

¹⁷⁸ GOMES, O. **Introdução ao curso de Direito Civil**, ob. cit., p. 222.

¹⁷⁹ MONTEIRO, W. de B. Ob. cit., v. 1, p. 152-154.

*antiga que as partes possam ajustar como fungíveis coisas que não o são naturalmente.*¹⁸⁰

181 182

O mútuo bancário, em especial, seja de moeda, ou seja de títulos¹⁸³, há que ter sempre seus “objetos” por fungíveis. A moeda o é. Os títulos, por sua vez, para serem objeto de mútuo, tem de ser considerados em sua fungibilidade. Na maioria das vezes o empréstimo bancário é de moeda. Como nota Gomes, “*O dinheiro é o bem fungível por excelência, o mais constante objeto das obrigações de dar coisa incerta. Denomina-se ‘quantia’ a coisa incerta (fungível) que for quantidade de moeda corrente.*”¹⁸⁴

3.3 Efeitos jurídicos, lugar da restituição e tempo da restituição

Para que ocorra a formação do contrato de mútuo, devem concorrer dois elementos: o consenso e a efetiva entrega da coisa. Deste modo, a entrega da coisa, assim como o consenso, não são *efeitos* jurídicos do contrato, não são *conseqüências*, mas sim *requisitos*, *pressupostos*, *condições de existência* do próprio contrato. O consenso, porque é exigência de todo contrato. A efetiva entrega da coisa, porque o contrato é real.

A entrega da coisa é às vezes identificada como verdadeiro efeito jurídico do contrato. Mas não é efeito jurídico do contrato, porque é sim requisito de formação dele. A entrega efetiva da coisa, em verdade, só é requisito ao contrato, porque a lei civil, no art. 1.257, afirma que “Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário”. Como a transferência de propriedade (do domínio), no nosso direito, só se opera com a tradição, com a

¹⁸⁰ BULGARELI, W. *Contratos mercantis*, ob. cit., p. 604.

¹⁸¹ Também Pontes de Miranda afirma em ob. cit., v. 42, p. 49, que “*Se os figurantes consideraram fungível bem que naturalmente não o é, nem por isso o contrato deixa de ser contrato de mútuo: fungibilizou-se o infungível, e satisfeito foi o pressuposto objetivo. Se, em vez disso, os figurantes tiveram por infungível o que é fungível, o contrato não é de mútuo: ou há comodato, ou há locação de coisa. Desde que se ‘pode’ restituir ‘outro’ bem, é de mútuo o contrato.*” Afirma ainda, em seguida: “*Os bens infungíveis, mesmo se consumíveis, não podem, em princípio, ser objeto de contrato de mútuo; mas é preciso atender-se a que a fungibilidade pode ser estabelecida se se abstrai de qualidade, ou de qualidades que infungibilizavam o bem. Daí poder haver mútuo de vinho Chateaufeuf du Pape, podendo o mutuário restituir esse ou outro vinho francês. Mas o contrato de dar vinho Tocai para restituir vinho Málaga, que Francesco Messineo (...) considerou de mútuo, mútuo não é: aí, há troca, com a só particularidade de não serem simultâneas as duas entregas.*”

¹⁸² A discordância, provavelmente, refere-se à abrangência do termo “fungível”. Por exemplo, até que ponto ações de companhias são fungíveis? Um empréstimo de ações para restituição em igual número, qualidade e espécie é possível. É pois, fungível. Mas o é naturalmente ou convencionalmente? Aí reside, em verdade, a divergência, conforme se entenda a amplitude da “fungibilidade” de uma coisa qualquer. Mas o que interessa é que quando se convencionou no mútuo que a coisa será devolvida em gênero, quantidade e qualidade iguais, e não “idem corpus”, a coisa é (naturalmente ou convencionalmente, não interessa) fungível.

¹⁸³ Ressalta Pontes de Miranda, em ob. cit., v. 42, p. 50, que os títulos ao portador, os endossáveis, e até os nominativos são fungíveis. Contudo, adverte que “*Os títulos tanto podem ser tratados como bens fungíveis como podem ser infungibilizados.*”

¹⁸⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao curso de Direito Civil*, ob. cit., p. 223.

entrega da coisa, isto é requisito para conformação do contrato, e não efeito seu. O mútuo é, assim, um contrato translativo. Sua *realidade* decorre da lei, e não há contrato sem a entrega da coisa. Como coloca Bulgarelli, a respeito da transferência de propriedade: “[...] *se trata de um 'meio' apenas para efetivação do contrato, e não sua finalidade.*”¹⁸⁵

Em função de a entrega da coisa no mútuo transferir o domínio, os riscos da coisa correm, a partir do contrato, por conta do mutuário. Afinal, *res perit domino*, a coisa perece para o seu dono. Se não houvesse transferência de propriedade, aplicar-se-ia a regra *genus nunquam perit*, até a escolha, e, do mesmo modo, ao mutuário caberia a perda (art. 876 e 877). Se a perda se desse após a escolha, porém, caberia ao credor (art. 869 e 876).^{186 187}

São efeitos jurídicos do contrato, sim, a obrigação do mutuário de restituir o equivalente mais juros, bem como as demais obrigações do mutuário, estipuladas no contrato. Note-se que o mutuante, de acordo com a doutrina tradicional, não tem nenhuma obrigação decorrente do contrato, pelo que o contrato é unilateral. O que seria obrigação sua (entregar o bem mutuado) não o é, porque é sim pressuposto do contrato.

Do contrato de mútuo podem realmente decorrer outros efeitos jurídicos, outros deveres jurídicos, que não a restituição do equivalente mais juros. Pode, por exemplo, ser estatuída uma destinação específica ao dinheiro mutuado num mútuo bancário,¹⁸⁸ ocorrendo isto porque há créditos bancários subsidiados por programas do governo (dinheiro público), habitacionais e de incentivo de setores da economia, em função do que o banco tem não só direito, mas também dever de cuidar do adequado emprego dos recursos. Tem o mutuário

¹⁸⁵ BULGARELLI, W. *Contratos mercantis*, ob. cit., p. 603.

¹⁸⁶ Não obstante Carvalho de Mendonça colocar como obrigação do mutuário o “responder pelos riscos desde a tradição” (DAIBERT, J. Ob. cit., p. 293), não se considera aqui que seja dever jurídico seu responder pelos riscos. Os riscos já são seus. O seu dever jurídico é, sim, restituir o equivalente.

¹⁸⁷ Note-se que a transferência da propriedade é meio, e não fim, do mútuo. Ao mutuário não interessa adquirir a propriedade em si, por si, mas interessa o gozo sobre a coisa fungível, sobre a moeda. A transferência da propriedade é o meio para este fim.

¹⁸⁸ Há vários conceitos de financiamento. Dentre eles o de Ulhoa Coelho, que o define “[...] *como sendo aquele mútuo bancário em que o mutuário assume a obrigação de conferir ao dinheiro emprestado uma determinada finalidade, como, por exemplo, investir no desenvolvimento de uma atividade econômica ou adquirir casa própria. Nesta hipótese, o banco tem o direito de proceder a vistorias confirmatórias ou, mesmo, entregar o dinheiro emprestado diretamente a terceiros [...]*” (COELHO, F. U. Ob. cit., p. 437 e 438). Já Dornelles da Luz, em ob. cit., p. 92, inclui sob a rubrica “financiamentos bancários”, todas as operações consideradas ativas dos bancos, é a atividade de fornecimento de capital aos clientes. Define-o como “[...] *um negócio jurídico bancário, cujo escopo consiste no fornecimento de um crédito.*” Já Rizzardo entende que “*Quando concedido o valor para atender certo empreendimento, mediante garantia do próprio bem a ser construído ou adquirido, o 'nomen' será financiamento.*” (Rizzardo, Arnaldo. *Contratos*, Aide, Rio de Janeiro, 1.988, p. 1388). Traz Ulhoa Coelho, em ob. cit., p. 438, que há conceitos diferentes do seu conceito (citado acima). Afirma que “*Há na doutrina quem conceitue diferentemente o financiamento, tomando-o pelo contrato em que o banco adianta ao cliente os recursos necessários a um determinado empreendimento para reavê-los junto a devedores do financiado.*”

obrigação de dar permissão ao banco para verificar o atendimento das atividades combinadas. Se não convencionado escopo, usa o mutuário o dinheiro da forma como bem entender.

Ainda há como efeitos adicionais, por exemplo: o direito do banco de examinar os livros comerciais e documentação relativos à empresa ou ao mutuário; o direito de exigir garantia da restituição, se o mutuário vier a sofrer, antes do vencimento do prazo, notória mudança no seu patrimônio; a obrigação, se convencionada, de apresentação periódica de balancetes ou da situação contábil ao banco, bem como o envio dos economistas ou contadores; findo o prazo (legal ou convencional), sendo inadimplente o mutuário, tem também obrigações de juros de mora e de perdas e danos a que sua mora der causa, etc.

São efeitos jurídicos característicos do contrato de mútuo a restituição do equivalente e o pagamento dos juros, do modo avençado (no prazo, local, com as taxas, pactuados). A obrigação de restituir o equivalente, note-se de início, é distinta da estipulação dessa obrigação. A estipulação da obrigação é requisito do contrato, em face de sua temporariedade (característica abordada no item 3.2), sob pena de descaracterização do mútuo. Já a obrigação de restituir o equivalente não é requisito do contrato, mas é decorrente dele, é efeito, está no plano da relação jurídica obrigacional engendrada.

Como afirma em parte o art. 1.256, “*O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.*” Isto é, não há obrigação de restituir as mesmas coisas, mas o equivalente, o “tantundem” (“tantundem eiusdem generis et qualitatis”). O direito de propriedade do banco se converte num direito perante o cliente de receber o equivalente.¹⁸⁹

A obrigação de juros, que está no plano da relação jurídica obrigacional, também é distinta da estipulação desta obrigação, que está no plano do contrato (e que pode ser presumida no mútuo bancário, conforme abordado no item 3.2). No mútuo bancário, o mutuário tem a obrigação de devolver o equivalente do recebido, e em função da onerosidade do contrato, tem a obrigação de pagar certa quantia relativa ao uso que faz da importância recebida. Tal quantia recebe o nome de juro ou interesse. Paga o mutuário, portanto, o equivalente, mais os acréscimos pactuados (juros, encargos, comissões, taxas).

¹⁸⁹ Como se verá na parte II do trabalho, o equivalente no mútuo bancário de moeda comporta a correção monetária, que não constitui acréscimo ao valor, mas simplesmente a recomposição do valor real em face do déficit inflacionário.

No tocante aos juros, cumpre ainda salientar o que Dornelles da Luz chama de presunção de perdão, fato consumado, e vem estatuído no art. 1.263, Código Civil. Afirma o autor que:

Há uma regra de mútuo que parece permanecer bastante sólida, apesar de não ser de marcante lógica. O esquecimento gera presunção de perdão e o fato consumado, mesmo que diverso o pacto, deve ser interpretado como alteração do pacto, quando não é acompanhado de imediata insurgência do prejudicado, respeitados apenas os limites legais. Assim, se o mutuário pagar juros não estipulados não poderá reavê-los nem imputá-los no pagamento, como tampouco o Banco se os recebeu menores poderá reclamá-los, se deles passou recibo.¹⁹⁰

Também é inadmissível a repetição de juros prescritos, caso em que se considera cumprimento de uma obrigação natural, submetendo-se ao art. 970 do Código Civil.

O mutuário, claro, tem a obrigação de realizar o pagamento do equivalente e juros de acordo com o convencionado: em um único ato, ou em várias quotas, mediante amortizações, nos prazos estatuídos. A amortização pode ser só dos juros, ou também do equivalente, conforme o pactuado. Além de atentar ao prazo, deve também atentar ao lugar convencionado.

Quanto ao lugar do adimplemento, dispõe o art. 430 do Código Comercial que “*Na falta de ajuste de lugar deve o pagamento ser feito no domicílio do devedor*”, sendo interpretado¹⁹¹ em consonância com o art. 950, do Código Civil, que dispõe que “*Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário dispuserem as circunstâncias, a natureza da obrigação ou a lei.*”

Torna-se questão simples, abordada de modo claro por Pontes de Miranda: “*O mútuo de dinheiro, em princípio, é de restituição no lugar do domicílio do devedor, mas isso não se justificaria se se trata de mútuo feito por banqueiro, ou outro comerciante, que o fez em seu estabelecimento.*”¹⁹²

Quanto ao tempo do adimplemento, ou prazo de devolução, já se observou que é necessário ao mútuo, para que não se configure em verdade doação ou compra e venda, um prazo de devolução, e é presumido, mesmo que não estipulado. Assim, o termo final não é cláusula necessária, mas sempre existe. Daí afirmar Pontes de Miranda que “*Se há ‘cláusula*

¹⁹⁰ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 96.

¹⁹¹ Os autores de Direito Bancário chegam a nem mesmo mencionar a regra comercial, levantando a do Código Civil. Assim, por exemplo, Covello, em ob. cit., p. 162, e Dornelles da Luz, em ob. cit., p. 96.

¹⁹² MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 42, p. 58.

de restituir, se quiser', há contrato de doação, e não contrato de mútuo."¹⁹³ Com o vencimento, com o termo final, surge a pretensão, torna-se exigível a obrigação do mutuário.

O termo final pode ser expresso ou implícito, tácito (pode também não estar convencionado, o que é diferente). É implícito, por exemplo quando se prestaram juros adiantados por três meses, ou um ano. Ou ainda quando se alude ao mútuo para construção de um edifício de apartamentos, ou para instalação de estabelecimento comercial, industrial, omitindo-se o prazo.¹⁹⁴

O vencimento do mútuo pode, também, ser estabelecido à vista, consoante Pontes de Miranda. Mas o mútuo à vista, segundo o ilustre mestre, não pode ser concebido como aquele cuja restituição é exigível imediatamente, não se podendo invocar o art. 952 do Código Civil, sem atendimento das circunstâncias.¹⁹⁵

Coisa diversa é a ausência de pactuação de prazo. O termo final, embora sempre se presuma em um contrato de mútuo, pode não ser pactuado pelas partes, explícita ou implicitamente.

A partir disso, devem-se considerar dois artigos, um do Código Civil e um do Código Comercial. O primeiro é o art. 1.264 do Código Civil, que reza: "*Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será: I – Até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para a sementeira. II – De trinta dias, pelo menos, até prova em contrário, se for de dinheiro. III – Do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.*"

Este artigo, que estabelece presunções "iuris tantum", deve ser analisado conjuntamente com os arts. 127 e 952 do mesmo diploma, quanto ao item III do art. 1.264, que afirmam, respectivamente: "*Os atos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo,*

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 56.

¹⁹⁴ Outros modos de estipulação implícita se vêem em Pontes de Miranda, ob. cit., p. 56 e ss., que distingue certas cláusulas que estatuem termo das que estatuem condição. Segundo o mestre, se há "cláusula de pagar quando possa", sem estipulação de termo final, deve-se evitar o uso do art. 115 do Código Civil, a respeito da condição potestativa. O exame da condição econômica do mutuário não significa uma condição, mas um termo. O credor deve pedir ao juiz que examine os fatos ligados à aptidão econômica do devedor, e estabeleça um prazo de pagamento. Se não fosse assim, transformar-se-ia o mútuo em doação, ao que o contrato não dá ensejo, em função de seus próprios elementos. São cláusulas do mesmo tipo: a "cláusula quando tiver meios", a "cláusula o mais breve possível", e a "cláusula quando o mercado bancário lho permita". Já outras cláusulas, como "quando terminar o edifício", ou "quando mudar para outro Estado-membro", são, diversamente, verdadeiras cláusulas de condição.

¹⁹⁵ Exemplifica Pontes, ob. cit., p. 56 e ss., com a situação em que A está no banco para comprar moeda estrangeira, mas o banco já vai fechar as portas, e esqueceu o dinheiro no hotel, ou tem o dinheiro na mala, mas não a quer abrir porque há nela objetos preciosos. Seu amigo, B, lhe empresta à vista dinheiro suficiente. Não

salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo”; “Salvo disposição especial deste Código e não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor pode exigí-lo imediatamente.”

Na interpretação do art. 1.264, III, também deve-se aplicar o art. 5º. da LICC, por ser inútil e absurdo um empréstimo com exigibilidade imediata, que não dê tempo mínimo necessário para o uso e gozo da coisa emprestada. Já notara isto Pontes de Miranda quanto ao vencimento à vista. Deve-se, nessa hipótese do terceiro inciso, haver uma fixação de um prazo razoável para solução do débito.

O outro é o art. 137 do Código Comercial, que dispõe: *“Toda a obrigação mercantil que não tiver prazo certo estipulado pelas partes, ou marcado neste Código, será exequível 10 (dez) dias depois da sua data.”*

E qual o dispositivo que se aplica ao mútuo bancário? O do Código Civil, que regula o mútuo, ou o do Código Comercial, que regula as obrigações comerciais? O assunto origina grande divergência na doutrina, contudo a conclusão há de ser, em face dos critérios para solução de antinomias, a aplicação do artigo do Código Civil primacialmente, em seu art. 1.264, I e II, e supletivamente a regra do art. 137 do Código Comercial, especificamente em relação ao inciso III do art. 1.264.¹⁹⁶

pode B exigir que A abra a maleta imediatamente, ou que vá ao hotel no mesmo momento, se iriam almoçar juntos antes, ou se B sabia que A só estaria no hotel mais tarde.

¹⁹⁶ Covello adota a idéia da aplicação da regra civil ao mútuo bancário, com aplicação analógica da regra do art. 1.250, referente ao comodato, sem nem considerar a hipótese da incidência da regra comercial. (COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 159). Rizzardo procede do mesmo modo. (RIZZARDO, A. **Contratos de crédito bancário**, ob. cit., p. 48). Dornelles da Luz traz simplesmente a aplicação da regra do Código Civil ao mútuo bancário, sem também considerar a aplicação da comercial.

Fran Martins considera que se aplica ao mútuo comercial a regra do art. 137 do Código Comercial, tendo o mutuante ou credor o direito de pedir a devolução da coisa depois de 10 dias do contrato. (MARTINS, F. Ob. cit., p. 308). Segue a idéia já proferida por Carvalho de Mendonça, segundo o qual ao mútuo comercial se aplica a regra do art. 137 do Código Comercial, e ao mútuo civil o art. 1.264 do Código Civil. (MENDONÇA, J. X. C. de. Ob. cit., v. 6, parte II, p. 357). Bulgarelli partilha do mesmo entendimento, aplicando-se no mútuo mercantil a regra geral do art. 137. (BULGARELLI, W. **Contratos mercantis**, ob. cit., p. 603, nota 332).

Mantém opiniões diferenciadas Nelson Abrão e Pontes de Miranda. Afirma Nelson Abrão, com relação à omissão de prazo no mútuo bancário, que é praticamente inconcebível, porque o fator temporal é essencial para a contagem dos juros, correção e comissão do banco. Afirma ainda: *“Admitindo-se, contudo, que isto venha a suceder, não nos parece estar a solução no art. 137 do CCom, embora se trate de obrigação mercantil; isto porque este dispositivo regula as obrigações de fazer, e não as de dar, entre as quais se inclui o reembolso do mútuo. E, na ausência de dispositivo expresso na lei comercial, forçoso aplicar-se o CC.”* (ABRÃO, Nelson. Ob. cit., p. 69 e 70).

Pontes de Miranda entende que *“O art. 1264 do Código Civil é invocável a respeito dos mútuos mercantis. O art. 137 do Código Comercial não incide quanto ao mútuo, pois ali só se cogita da exigibilidade da dívida, e não da ‘denúncia’ do contrato; mas a denúncia não pode dar prazo menor de dez dias (art. 1264, III), porque essa é a concepção do direito comercial, quanto a prazo de eficácia.”* (MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 42, p. 54 e 55).

Com efeito, parece aos olhos mais justa a aplicação do Código Civil, contudo a solução deve provir enraizada na técnica jurídica. O problema é de teoria geral do direito, diz respeito à aplicação das normas. Ambas as normas incidem sobre o mútuo bancário, que é mútuo comercial. E as normas não são de todo compactáveis, gerando uma antinomia. A antinomia pode ser solvida, como abordado no capítulo 2, através de três critérios: hierárquico, de especialidade e cronológico.

Ambas as normas são de mesma hierarquia. Contudo, são de épocas diferentes e se apresentam em graus de especialidade distintos. Quando em conflito os critérios da especialidade e cronológico, ensinou Bobbio que se deve priorizar o de especialidade, mas tal regra não é absoluta. Deste modo, analisemos as duas regras perante a especialidade, para depois ver da necessidade de analisar a sua cronologia, ou se o sentido de ambos os critérios é o mesmo.

O Código Comercial é norma especial em relação ao Código Civil. Daí poder-se-ia concluir a aplicação da lei comercial. Mas tal análise é demais superficial, e incorreta pelos motivos que se passa a explanar. O critério da especialidade, bem como os outros, não podem ser aplicados cegamente, devendo-se observar os fins a que perseguem, a que se propõem. O critério da especialidade, em verdade, desenvolve-se e é aplicado em torno da idéia de que situações iguais tem de ser tratadas igualmente e situações desiguais de modo desigual, na medida da desigualdade (princípio da isonomia).

O Código Comercial traz a regra do art. 137 no título V (“dos contratos e obrigações mercantis”), e em títulos seguintes passa a analisar determinados contratos, como o mandato mercantil (VI), o mútuo e juros mercantis (XI), etc. O Código Civil, por sua vez, traz a regra do art. 1.264 no título V (“das várias espécies de contratos”), capítulo V (“do empréstimo”), seção II (“do mútuo”). O Código Civil, um pouco antes, no título II (“dos efeitos das obrigações”), dentro do mesmo livro III (“do direito das obrigações”), já havia instituído no capítulo II (“do tempo do pagamento”), seção V (“do tempo do pagamento”), no art. 952, que o credor pode exigir imediatamente o pagamento quando não se avença a época, “salvo disposição especial deste Código”.

Veja-se, que no mútuo civil, é certo que a regra aplicável é a do art. 1.264 do Código Civil, e não a do art. 952. Por quê? Parece óbvio, frente à ressalva do próprio artigo 952. Mas a ressalva não precisaria estar expressa. Se não estivesse, seria aplicado, de qualquer modo, o art. 1.264, frente à especialidade das normas. A norma especial derroga a geral, na parte que com esta é incompatível. (Neste caso, contudo, como já advertiu Pontes de Miranda nas páginas antecedentes, mesmo na hipótese do inciso III do art. 1.264, ou quando o vencimento é à vista explicitamente, “o art. 952 do Código Civil não pode, aí, ser invocado sem atendimento das circunstâncias” – Ob. cit., v. 42, p. 54. Deve-se observar, realmente, o art. 5º. da LICC na aplicação dos arts. 952 e 1.264 ao mútuo, como já se advertiu anteriormente. A exigibilidade imediata retiraria qualquer sentido ao mútuo). O fundamento disso, como bem apreciado no capítulo 2, é a igualdade. É o tratamento diferenciado que procedeu o legislador frente a determinadas situações, que mereciam consideração diferenciada. Se não houvesse a ressalva expressa, aplicar-se-ia do mesmo modo, então, o art. 1.264, resolvendo-se a antinomia através da aplicação do princípio da igualdade.

Na verdade, não é o “critério” da especialidade que resolve a antinomia. O “critério” é apenas uma forma de se referir à incidência do princípio da igualdade na aplicação da lei. E ressalte-se, como já examinado no capítulo 2, que a norma especial não derroga a geral no todo, normalmente, mas apenas na parcela que é com ela incompatível.

Vejamos, então, como ocorre a especialidade entre o art. 137 do Código Comercial e o art. 1.264 do Código Civil. Tanto os Códigos, quanto os artigos, poderiam ser chamados de “normas”, “leis”, “regras”, mas tal geraria dúvida na abordagem que se procederá. Chame-se o Código Comercial de Código Especial, e o Código Civil de Código Geral. Como visto, a regulação da omissão do prazo, no Código Civil, aparece no tratamento específico do mútuo, ou seja, é uma norma especial do contrato de mútuo, do Código Geral (havia também uma norma geral, a do art. 952, mas que se aplica apenas na condição de subsidiária). Chamemos o art. 1.264, então, de norma especial (do contrato de mútuo) do Código Geral. Já a norma do art. 137, do Código Comercial, aparece no tratamento dos contratos em geral, nada especificando o Código com relação ao mútuo, em especial. Chamemos o art. 137, então, de norma geral (dos contratos em geral) do Código Especial.

Coloca-se, então, a seguinte antinomia: uma norma especial do contrato de mútuo de um Código Geral, frente a uma norma geral dos contratos de um Código Especial. E, então, coloca-se a questão: qual das especialidades que se deve privilegiar: a referente aos Códigos (hipótese I, prevalecendo a regra do Código Comercial), ou a referente ao tratamento diferenciado de um contrato em relação ao tratamento da generalidade dos contratos (hipótese II, prevalecendo a regra especial do Código Civil). Só é possível a solução da questão com base nas considerações procedidas acerca do critério da especialidade no capítulo 2. É, em verdade, uma discussão que implica diretamente o fundamento deste critério, que é a igualdade.

É, pois, questão de se descobrir em qual das duas hipóteses que se efetiva em maior grau o princípio da igualdade. Deve-se buscar uma aplicação das normas jurídicas ao fato, consoante os critérios que justificam a

discriminação legal do legislador. O legislador discrimina situações em lei segundo critérios de discrimen, devendo estes fatores de discrimen guardar conexão lógica com a discriminação procedida. E mais, o nexo lógico deve estar consoante os interesses da Magna Carta. A situação fática é um mutuário frente a um mutuante, em um contrato comercial, sendo necessária a estipulação de um prazo.

Na hipótese I. do mutuário será exigível a dívida 10 dias após o contrato, independentemente de ser o mútuo comercial de produtos agrícolas, de dinheiro, ou de qualquer outra coisa fungível. Na hipótese II, será o tempo até a próxima colheita, de 30 dias, ou imediatamente, conforme o bem emprestado for produto agrícola, dinheiro ou outro bem fungível. Será que a discriminação procedida pelo legislador civil não extravasa também à área comercial, no mútuo? Qual a diferença entre o agricultor que toma emprestado produtos agrícolas de seu vizinho (mútuo civil), ou do comerciante que empreste sementes mediante lucro (mútuo comercial)? Será que a diferença enseja uma diferenciação de o primeiro estar submetido à exigibilidade só com a próxima safra, e o segundo estar submetido a uma exigibilidade em 10 dias? Será que a idéia não é a mesma? Será que o critério que traz a discriminação especial por norma específica do mútuo não é mais consoante à igualdade objetivada pelo legislador, e que deve ser observada (se não mesmo descoberta) pelo aplicador, do que a discriminação da norma geral dos contratos comerciais, que atenta mais à atividade comercial em geral (do que especificamente o mútuo)? A pergunta é, em verdade, qual é a desigualdade que prevalece, e à qual se deve dar prioridade?

Observa-se, pois, claramente, que o que o artigo 1.264 é mais adequado à prática comercial do mútuo do que a regra do art. 137. A diferenciação procedida pela norma especial do Código Geral prevalece sobre a norma geral do Código Especial, frente à igualdade, que é o fundamento do critério da especialidade. Pelo princípio isonômico a diferenciação procedida deve se relacionar com o fator de discrimen: deve haver lógica entre os dois. Deve haver nexo de coerência. Não há nexo de coerência, no caso do mútuo, entre a discriminação procedida pelo artigo 137 do Código Comercial, com o fator de discrimen (o fato de ser feito por comerciante) – exceto no caso do inciso III do art. 1.264. Daí, a aplicação do art. 137 do Código Comercial fica prejudicada, em face da isonomia. A especialidade enseja a aplicação primacial da norma civil.

Contudo, como visto, a norma especial derroga a geral apenas no que com ela é incompatível. A norma geral se aplica, então, subsidiariamente. Há um contrato comercial. Mas há um contrato de mútuo. Por ser um contrato de mútuo, e não um contrato qualquer, aplica-se o art. 1.264 e não o 137. Mas a norma geral com relação a este contrato, e que preenche o vazio do inciso III do art. 1.264 (“do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível”), é a norma do art. 137 do Código Comercial, e não a do art. 952 do Código Civil. Isso porque, entre o art. 137 do Código Comercial e o 952 do Código Civil, há confronto entre norma geral dos contratos de Código Especial, e norma geral dos contratos de Código Geral, prevalecendo a primeira, pela especialidade.

Deste modo, entende-se aqui que não se aplica nem só o Código Civil, nem só o Código Comercial. Aplica-se prioritariamente, primacialmente, o art. 1.264 do primeiro diploma, e subsidiariamente o art. 137 do segundo, no que não é derogado pela norma especial do art. 1.264, ou seja, é aplicado na hipótese trazida pelo inciso III. Se houvesse, ainda, um vazio, o qual não há, só então seria aplicada a norma geral civil do art. 952.

Ademais, despreza-se, então, a importância do critério cronológico no presente caso, relativamente à especialidade. É necessária esta menção, porque, embora conduzam a resultados semelhantes, suas soluções são distintas. No mútuo comercial, se aplicada a cronologia, não se aplicaria no inciso III do art. 1.264, subsidiariamente, o art. 137. A aplicação irrestrita do critério cronológico de modo predominante ao critério da especialidade, quando em conflito normas civis e comerciais, engendraria o absurdo de praticamente se derogar o Código Comercial. É evidente a predominância do critério da especialidade, na generalidade dos casos. Contudo, observara Bobbio que não é predominância absoluta, devendo-se avaliar caso a caso. O critério cronológico visa a atender modificações sociais. A idéia, no presente caso, não é de se atender a alguma grande modificação social, mas de proceder uma diferenciação igualitária, embora muitas mudanças tenham ocorrido entre o Código Comercial e o Civil, como, por exemplo, o desenvolvimento da atividade cafeeira, crescente nos séculos XIX e XX, que provavelmente levou à inclusão de regra como a do inciso II do art. 1.264. Mas a idéia é de especialidade. Prevalece a lei civil não pela sua posteridade, embora esta que tenha possibilitado diferenciação, mas pela sua especialidade. As leis podiam ser simultâneas, ou mesmo a lei civil ser anterior, e a solução à qual se chegaria deveria ser a mesma. No caso sob análise, predomina o critério da especialidade sobre o cronológico.

Posta a existência de um termo final, de uma data de vencimento estipulada explícita ou implicitamente, ou decorrente de lei (art. 1.264 Código Civil e 137 Código Comercial), surge a questão da possibilidade do adimplemento antecipado da dívida.¹⁹⁷ Não é o caso de se adiantar o vencimento, mas é o caso de o devedor, o mutuário, adiantar o cumprimento de seu dever jurídico de pagar o equivalente mais rendimentos.

A doutrina, em massa, predomina no sentido da não possibilidade do pagamento antecipado. A questão sempre está em se saber em proveito de quem está o prazo, em função do art. 126 do Código Civil, que afirma que *“Nos testamentos o prazo se presume em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contraentes.”*

Também regula a matéria o art. 431 do Código Comercial, que é interpretado no sentido do artigo civil precedente (se interpretado independentemente, reforça a idéia da impossibilidade da devolução antecipada; se no sentido do artigo civil, deve-se avaliar em proveito de quem o prazo está), e que afirma que *“O credor não pode ser obrigado a receber o pagamento em local diferente do ajustado, nem antes do tempo do vencimento; nem a receber por parcelas o que for devido por inteiro, salvo:[...]”*

No mútuo bancário normalmente o interesse do banco na contagem do prazo está somente nos juros, pelo que não rejeitaria uma devolução antecipada com pagamento dos juros totais.¹⁹⁸ Se rejeitasse por puro arbítrio, poderia se desvincular o devedor por pagamento em consignação. Contudo, se houver qualquer razão, além dos interesses, que leve o prazo a estar em benefício do banco, e que justifique a não aceitação, a obrigação não poderá ser adimplida antecipadamente.

Porém surge também a questão da possibilidade do pagamento antecipado, com redução dos juros totais, correspondentes a todo o período avençado quando da concessão do empréstimo, de modo proporcional ao tempo corrido. E se deve analisar, para tanto, em benefício de quem vem esta estipulação: se é em benefício exclusivo do devedor, sendo neutra

¹⁹⁷ A devolução antecipada, como assinala Pontes de Miranda, é diferente do caso em que o mútuo não tem termo final, ou em que é à vista, e o credor se demora em o exigir. Daí, se o mutuário quer se liberar e o mutuante não quer receber, a solução está, segundo o autor, no depósito em consignação, expondo o mutuário a situação ao juiz e declarando qual o tempo em que pode pagar. (MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 42, p. 55).

¹⁹⁸ Neste sentido que Rizzardo, na sua obra *Contratos de Crédito Bancário*, ob. cit., p. 50 e ss., entende que é possível a antecipação, quando não há cláusula que a vede, mas nota que o mutuário não tem direito nem a repetir o que tiver pago, nem a desconto.

para o credor, ou se é em benefício do devedor e do credor, gerando a antecipação prejuízos para este último.¹⁹⁹

A questão restou praticamente superada com o Código de Defesa do Consumidor. Este veio afirmar, no art. 52 (que trata do “fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor”), em seu § 2º: “*É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.*”

Portanto sempre que o mútuo bancário configurar uma relação de consumo esta regra tem incidência, não dando margem às antigas discussões. Estas avultam então apenas na mínima fatia dos negócios de mútuo bancário não abrangida pelo Direito do Consumo. Afirma Ulhoa Coelho²⁰⁰ que é esta a única exceção da regra pela qual a devolução antecipada só se pode dar com a concordância do mutuante.²⁰¹

Antes da vigência do CDC a maioria dos autores mantinham a posição pela qual o prazo no mútuo oneroso é estabelecido em favor de ambas as partes²⁰², pelo que a restituição antecipada com redução proporcional do valor somente era possível com a anuência do credor.²⁰³

Embora pudesse ser tecida uma interpretação segundo a qual é possível sempre a devolução antecipada quando não houver estipulação contratual em contrário, o que seria uma clara interpretação em prol do aderente, segundo as regras de interpretação do contrato de

¹⁹⁹ Seja por deixar de auferir lucros previstos, seja por deixar de realizar empréstimos em razão da não previsão de entrada de recursos, seja por receber pelo período de empréstimo anterior ao pagamento remuneração inferior a que seria pactuada, no caso de o empréstimo ser de menor prazo.

²⁰⁰ COELHO, F. U. Ob. cit., p. 437.

²⁰¹ Contudo, parece que também é exceção a regra do art. 7º da Lei da Usura, ao afirmar que “*O devedor poderá sempre liquidar ou amortizar a dívida quando hipotecária ou pignoratícia antes do vencimento, sem sofrer imposição de multa, gravame ou encargo de qualquer natureza por motivo desta antecipação.*”

²⁰² Pontes de Miranda se posiciona no sentido de que o prazo é estipulado, no mútuo civil ou comercial, em benefício de ambos. (MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 42, p. 56). Em referência ao mútuo mercantil, Fran Martins (MARTINS, F. Ob. cit., p. 308) e Ulhoa Coelho (COELHO, F. U. Ob. cit., p. 437) se posicionam do mesmo modo. Em referência específica ao mútuo bancário, Covello (COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 160-162), Rizzardo (RIZZARDO, A. **Contratos de crédito bancário**, ob. cit., p. 50) e Nelson Abrão (ABRÃO, N. Ob. cit., p. 70 e 71) também adotam a mesma posição. Nota-se uma unanimidade quase total, daí, em que o prazo vem em benefício de ambos, devedor e credor.

²⁰³ O benefício do devedor com o prazo é evidente, não podendo o credor exigir a dívida antes do vencimento. Já quanto ao credor, os juros constituem o preço de cada unidade de tempo em que o bem mutuado fica em poder do mutuário. Então, prazo implica juros, que é a vantagem, o interesse, do banco. Com o contrato de mútuo o banco visa ao lucro, em todo o prazo previsto. A devolução, então, do dinheiro, antes do vencimento, com diminuição proporcional dos juros, é uma perda, um lucro previsto não percebido.

Assim, o pagamento antecipado com redução do pagamento de juros frustra, ainda que parcialmente, a expectativa do mutuante de fazer emprego remunerado de seu capital. Portanto, o prazo está claramente também

adesão, neste ponto tal interpretação talvez não se revele tecnicamente adequada, porque pode favorecer a má fé. Seria conferir situação por demais vantajosa ao devedor, que poderia optar por mútuos em que prazos totais maiores exigem juros menores por unidade de tempo, e devolveria antecipadamente, com diminuição proporcional dos encargos. Assim o direito poderia servir à própria má-fé do aderente.

Por fim, há hipóteses em que a data do vencimento da dívida é antecipada, o que é diverso do adimplemento antecipado da dívida pelo devedor. O adiantamento do vencimento pode decorrer de cláusula do contrato de mútuo, ou de pacto, firmado entre mutuante e mutuário. Também pode se adiantar o termo final em virtude da ocorrência de hipóteses previstas em lei. Desta forma:

a) há vencimento antecipado quer com a falência ou concordata do devedor comerciante, quer com a decretação da insolvência do devedor civil (art. 954, I, 762, II, CC, 751, I, CPC, 136, CCom, 25 e 163 lei n° 7.661/45);

b) segundo o art. 954, II, do Código Civil, ocorre quando os bens hipotecados, empenhados ou dados em anticrese, pelo devedor, forem penhorados em execução por outro credor;

c) segundo o art. 954, III, do Código Civil, quando as garantias pessoais ou reais, dadas pelo devedor por garantia do adimplemento, cessaram ou se tornaram insuficientes, e o mutuário, intimado a reforçá-las, não o fez (neste sentido o art. 263 do Código Comercial e o art. 1.490 do Código Civil, ambos relativos à fiança, e o art. 762 do CC, relativo às garantias reais);

d) segundo o art. 762, III, do Código Civil, quando as prestações não forem pontualmente pagas, quando o pagamento for estabelecido sem purgação da *mora solvendi* (art. 959, I), sendo que o recebimento posterior da dívida atrasada implica renúncia do credor ao direito de execução imediata;

Silenciam os autores na discussão de como correm os juros na hipótese do vencimento antecipado. Covello afirma que “*Com a antecipação do vencimento, obriga-se o prestatário a restituir a quantia equivalente acrescida dos juros, comissões e outros ônus cabíveis.*”²⁰⁴ Contudo, não é possível que se entenda que o autor quis com isto dizer que, por exemplo, num empréstimo de 10 meses, e com o vencimento antecipado no primeiro mês, em razão,

em benefício do credor, do banco, pelo que não se admite fora do âmbito do CDC a antecipação unilateral do prazo por parte do devedor. A devolução se torna possível somente com a anuência do banco.

²⁰⁴ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 159.

por exemplo, de deterioração do bem dado em garantia, não tendo meios para a repor, deva o mutuário pagar os juros e taxas dos 9 meses seguintes.

Tal seria furta totalmente a comutatividade do contrato. Nas relações de consumo, com base na aplicação do § 2º do art. 52 do CDC, dá-se a redução proporcional do valor. Nas demais relações, a mera redução proporcional seria, por um lado, admitir-se, por meios transversos, a hipótese da devolução antecipada, o que não é viável para a grande maioria dos autores. Mas, por outro lado, também não é possível penalizar o devedor em razão daquilo para o que não concorreu. Se o devedor não tem culpa no incidente, é verdade que não se lhe pode exigir mais do que os juros proporcionais ao tempo que usufruiu do empréstimo. Contudo, se teve culpa, deve-se, perante o caso concreto, achar um justo meio termo, em que o mutuário não seja extorquido, e em que o mutuante seja indenizado de sua expectativa de lucro.

3.4 Pressupostos subjetivos, forma, prova e garantias

Deve-se examinar a possibilidade de se ocupar a posição de mutuante ou de mutuário num contrato de mútuo bancário, os requisitos com relação aos sujeitos ativo e passivo.

O sujeito ativo, como se sabe, é o banco. O banco é uma sociedade anônima com personalidade jurídica, com capacidade para contrair direitos e obrigações. No mútuo, assume o caráter de capacidade que o mutuante deve ter. Deve o mutuante, ainda, ter a propriedade, bem como o poder de dispor, sobre o bem mutuado.²⁰⁵

Há, por outro lado, requisitos quanto ao sujeito passivo do mútuo bancário, que é o cliente mutuário. O mutuário, já que assume a dívida, deve ser capaz, estar habilitado a obrigar-se. No mútuo bancário surgem aqui as particularidades ditas pelo art. 34 da Lei de

²⁰⁵ Aqui Dornelles da Luz assume opinião peculiar. Afirma o autor que a grande maioria da doutrina entende “[...] que o depositante ou aplicador, com o depósito ou aplicação, transfere a propriedade do dinheiro ao banco, e deste modo é legítimo ao banco que efetue os empréstimos, os quais (na modalidade bancária, de mútuo bancário) efetivamente transferem a propriedade do dinheiro a terceiros. Contudo, tal transferência de propriedade, no depósito, não ocorre, porque não há esse propósito por parte do depositante ou aplicador quando efetuou a operação. E a possibilidade de o banco emprestar o dinheiro é legitimada pelo mundo fático, sendo a ficção da transferência da propriedade ao banco uma criação artificial e inútil. Sendo o dinheiro bem fungível, deve ser restituído no equivalente, o que já permite, abre a possibilidade fática, de o depositário fazer uso da coisa sob seu próprio risco. O banco então empresta o recurso em seu próprio nome não porque seja seu, mas porque é do interesse público e há potencial de trabalho no dinheiro. ‘Por ser fungível há a possibilidade e a ninguém interessa cuidar do destino das coisas fungíveis, que foram confiadas à guarda de outrem sem infungibilizá-las. Importa é que no momento de devolver cumpra a obrigação tal qual foi ela constituída. E no sistema bancário organizado e fiscalizado, a observação dos níveis de encaixe garantem o cumprimento da obrigação e eis que tudo o que interessa ao Direito. O resto é gosto de filigranas jus-

Reforma Bancária, lei nº 4.595/64. O artigo estatui vedações com relação sujeito passivo do mútuo (mutuário) em qualquer concessão de crédito, a fim de evitar o indevido favorecimento de pessoas ligadas, por vínculo de parentesco ou econômico, às instituições financeiras. A norma se refere a qualquer modalidade de operação ativa do banco. Assim estipula o art. 34:

Art. 34. É vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos: I – a seus diretores e membros dos conselhos consultivo ou administrativo, fiscais e semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges; II – aos parentes, até segundo grau, das pessoas a que se refere o inciso anterior; III – às pessoas físicas ou jurídicas que participem de seu capital, com mais de 10 % (dez por cento), salvo autorização específica do Banco Central do Brasil, em cada caso, quando se tratar de operações lastreadas por efeitos comerciais resultantes de transações de compra e venda ou penhor de mercadorias, em limites que forem fixados pelo Conselho Monetário Nacional, em caráter geral; IV – às pessoas jurídicas de cujo capital participem, como mais de 10 % (dez por cento); V – às pessoas jurídicas de cujo capital participem com mais de 10 % (dez por cento), quaisquer dos diretores ou administradores da própria instituição financeira, bem como seus cônjuges e respectivos parentes, até o segundo grau.

§1.º A infração ao disposto no inciso I deste artigo constitui crime e sujeitará os responsáveis pela transgressão à pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal. [Ver art. 17, lei nº 7.492/86, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

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

De resto, os requisitos que tangem à pessoa do mutuário são os mesmos elencados para os mútuos comercial e civil. Estabelecem os art. 1.259 e 1.260 do Código Civil:

Art. 1.259. O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores ou abonadores (art. 1502).²⁰⁶

Art. 1.260. Cessa a disposição do artigo antecedente: I – se a pessoa de cuja autorização necessitava o mutuário, para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente. II – se o menor, estando ausente essa pessoa, se viu obrigado a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais. III – se o menor tiver bens da classe indicada no art. 391, n. II. Mas, em tal caso, a execução do credor não lhes poderá ultrapassar as forças.²⁰⁷

Pontes de Miranda faz completa análise da questão²⁰⁸ desde o seu surgimento em Roma, e observa que a regra do art. 1.259 não é de nulidade ou de anulabilidade, isto é, não respeita ao âmbito da validade. Diz respeito ao plano da eficácia. O empréstimo pode ter sido nulo, ou, segundo os arts. 147 e 152, anulável, ou mesmo ter sido, no caso do art. 155 do Código Civil, válido, mas o art. 1.259 pré-exclui a ação contra o mutuário, fiadores e

filosóficas.” (LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 41). É infrutífero, inútil, proceder criações artificiais quando as possibilidades estão no mundo fático, segundo o autor.

²⁰⁶ Estabelece o art. 1.502: “O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que compitam ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do art. 1259.”

²⁰⁷ O art. 391, no título “do pátrio poder quanto aos bens dos filhos”, estabelece que “Excluem-se assim do usufruto como da administração dos pais: I – [...]. II – os adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério, ou em qualquer outra função pública. III – [...]. IV – [...].”

²⁰⁸ Cf. MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 42, p. 42-46, ao qual se remete a análise pormenorizada da questão.

abonadores. Há um direito, mas desmunido de ação. Apesar da incidência do art. 155²⁰⁹, sendo válido o contrato, incide o art. 1.259, tornando-o ineficaz. O art. 1.503 confere também ao fiador, novamente, a *exceptio* (que só cessa com a renúncia ou nas hipóteses legais do art. 1.260). Não cabe invocar o art. 157 do Código Civil²¹⁰, que diz respeito ao âmbito da validade.

Quanto às outras pessoas relativamente capazes, há a sanção da anulabilidade, segundo o art. 147, I, Código Civil²¹¹, e o mutuante, consoante o art. 157 do mesmo diploma, só poderá exigir do incapaz o que provar que reverteu em seu benefício. Afinal, aplicam-se ao mútuo as regras de capacidade para contratar, de nulidade e de anulabilidade aplicáveis aos outros contratos.

Os poderes para dar ou tomar em mútuo não estão compreendidos na outorga de poderes gerais, tendo de ser especiais. Mas há, como exceção, a regra do art. 515 do Código Comercial.²¹²

Os titulares do pátrio poder somente podem contrair mútuo em nome dos filhos, em assistência ou representação, mediante autorização judicial, segundo o art. 386 da lei civil, ainda que o mútuo gratuito fosse, quanto mais então no bancário. Tutores e curadores (art. 453, Código Civil) também precisam da autorização do juiz, não se justificando que tivessem poderes maiores do que os dos detentores do pátrio poder.

Deve-se, também, observar que as pessoas jurídicas, quaisquer que sejam suas atividades, podem, a princípio, contrair mútuo. Mas seus estatutos podem prever restrições aos poderes dos seus órgãos e representantes²¹³, ou ainda a lei pode discriminar que tipos de empréstimos que determinadas pessoas jurídicas, em especial os bancos, podem fazer. Com relação a estes afirma o art. 4º da lei nº 4.595/64, *caput* e no seu inciso XVII, que “*Compete*

²⁰⁹ Estatuí o art. 155 do Código Civil: “*O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, para se eximir de uma obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior.*”

²¹⁰ Art. 157: “*Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.*”

²¹¹ Art. 147: “*É anulável o ato jurídico: I – por incapacidade relativa do agente (art. 6º). II – [...]*”

²¹² Esta regra permite ao comandante, capitão ou mestre da embarcação, em determinadas situações, contrair empréstimos, o que também deve ser interpretado extensivamente para condutor de automóvel ou outro veículo, bem como para todos os casos em que a providência imediata se imponha, segundo Pontes de Miranda. (MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 42, p. 40).

²¹³ Aí se entra em seara pertinente ao abuso da razão social (coisa diversa da doutrina “*ultra vires*”, pois ocorre quando o administrador, em sociedades de pessoas ou mesmo de ações, viola o estatuto praticando atos que este lhe vedava, como conceder fianças e avais), ou mesmo à aplicação ou não da teoria “*ultra vires societatis*” (que diz respeito à legalidade dos atos praticados pelo administrados com violação do objeto social). (REQUIÃO, Rubens. Ob. cit., v. 2, p. 176 – 178).

do Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: XVII – Regulamentar, fixando limites, prazos e outras condições, as operações de redescontos e de empréstimo, efetuadas com quaisquer instituições financeiras públicas ou privadas.”

Quanto à forma e prova do mútuo bancário, a análise passa pela forma e prova do mútuo comercial. Assinala Pontes de Miranda quanto à forma dos contratos bancários: “A propósito da forma dos negócios jurídicos bancários, não há resposta ‘a priori’ às questões. A forma é a que tem de ter a espécie de negócio jurídico.”²¹⁴ Mas não há nenhum dispositivo legal específico quanto à forma e prova do contrato de mútuo comercial, devendo seguir as regras gerais dos contratos comerciais e civis. Coloca bem a questão Bulgarelli:

Não estão obrigados os contratos de mútuo mercantil a uma forma solene, ou mesmo escrita; contudo, posto que o mútuo mercantil só é assim considerado quando haja participação de comerciante e para fins comerciais, obviamente – para efeitos de prova e de registro contábil – são sempre feitos por escrito. No caso, contudo, de que o sejam verbalmente, a prova exclusivamente testemunhal só poderá ser feita até o valor de dez salários mínimos (ou melhor, deve-se entender salário-referência), nos termos do art. 401 do Código de Processo Civil atual.”²¹⁵

Daí afirmar Pontes de Miranda que “Quase todas as operações bancárias são ‘por escrito’. [Contudo] Isso não afasta que se empreguem o telegrama e o telefonema, além dos teletipos de atividade interna. Os contratos entre ausentes podem ser por telegramas, com secundárias medidas confirmatórias, para que se afastem as possibilidades de falsidade e de erro.”²¹⁶

É, pois, o mútuo bancário, reduzido a escrito para fins probatórios, embora seja contrato não solene. Nesse sentido que se chega a afirmar, como Covello o faz, que “Embora não seja contrato solene, o empréstimo bancário realiza-se ‘sempre’ sob a forma escrita, quer mediante instrumento público, quer por instrumento particular”²¹⁷ (grifo nosso). E normalmente se adota o instrumento particular, surgindo o público quando for da substância do ato, isto é, quando envolver garantias reais, especialmente a garantia hipotecária.

Deve-se, ainda, ressaltar a nota da contabilização dos contratos bancários, característica já apreciada dos contratos bancários. Estes são rigorosamente contabilizados, o que permite o controle da atividade bancária e traduz transparência eliminando quaisquer dúvidas quanto a valores, vencimentos, encargos. Os assentos de contabilidade bancários

²¹⁴ MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 52, p. 9.

²¹⁵ BULGARELLI, W. Ob. cit., p. 605.

²¹⁶ MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 52, p. 9.

²¹⁷ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 162-163.

possibilitam comprovação imediata da operação, são de inabalável valor probatório, em função da escrupulosa contabilidade bancária. Uma contabilidade incorreta seria praticamente de inviável suporte, pois qualquer alteração repercute em todo o sistema.

Também já se ressaltou anteriormente a característica da informalidade atualmente crescente dos contratos do mercado financeiro, realizando-se em maioria por fichas gráficas (os contratos via de regra são escritos), sendo as inovações constantes e movidas pelo alto grau de concorrência. O problema da prova é superado pela outorga de mandato ao banco para que administre o serviço de caixa do outorgante. Deste modo, como resalta o mestre Dornelles da Luz, *“Os usos e costumes bancários fazem direito, assim como também os fatos da rotina dos serviços prestados pela instituição dentro da relação obrigacional.”*²¹⁸

Quanto às garantias dos contratos bancários, Alfredo de Assis Gonçalves Neto observa que:

O termo garantia, em direito, é tomado em diversas acepções. [...]. O que se observa é que sua utilização sempre está ligada à idéia de proteção ou segurança que é dispensada a alguém que seja titular de um direito subjetivo ou de um poder jurídico. Para os propósitos deste trabalho [e deste ensaio monográfico sobre o mútuo bancário], é preciso restringi-la ao âmbito dos ‘direitos patrimoniais’ e particularizá-la como decorrente de um ‘negócio jurídico’ que tem por fim reforçar ou assegurar o cumprimento de uma obrigação ou a realização de um direito oriundo de negócio jurídico diverso.²¹⁹

Neste sentido, há dois tipos de garantia, as pessoais e as reais. São garantias pessoais a fiança, o “del credere”, o endosso, o aval e o aceite por intervenção. São garantias reais o penhor, a anticrese e a hipoteca. As garantias são obrigações acessórias, com exceção das garantias nas obrigações cartulares (endosso, aval e aceite por intervenção), que assumem feições próprias, não assumindo a doutrina posição unânime quanto a estas.

Antônio Carlos Efigênto entende que as garantias dos contratos bancários podem ser divididas em dois grandes grupos, as gerais e as especiais:

As garantias gerais dizem respeito à pessoa do financiado e são colhidas pela instituição bancária através do exame da ficha cadastral do cliente. Conforme já dito anteriormente, o cadastro do cliente é levantado junto aos bancos de dados disponíveis ao serviço bancário.

Já as garantias especiais podem ser conceituadas como de ordem jurídica, bem como podem ser buscadas com terceiros, portanto, pessoas alheias ao negócio jurídico. Tais garantias são : a) garantias fidejussórias ou pessoais: a.1) fiança – trata-se de obrigação contratual assumida pelo fiador/coobrigado de forma subsidiária; a.2) aval – trata-se da intervenção escrita em uma cambial (letras, notas promissórias, cheques, duplicatas, cédulas de crédito, notas de crédito, etc.); b) garantias reais: b.1) hipoteca; b.2) penhor; b.3) caução de títulos; b.4) warrant e conhecimento de depósito; b.5) alienação fiduciária.²²⁰

²¹⁸ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 39.

²¹⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Aval: alcance da responsabilidade do avalista**, 2 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.993, p. 56.

Ressalta Efling a proteção do Código de Defesa do Consumidor no tocante às garantias, sendo imprescindível ao equilíbrio entre fornecedor e consumidor que este tenha pleno conhecimento da extensão de suas obrigações, o que nem sempre ocorre. Muitas vezes, são-lhe solicitados documentos para preenchimento da ficha cadastral, quando são usados na verdade para constituição de garantias, sendo daí assegurada a revisão dessas garantias, frente à prática abusiva.²²¹

O mútuo bancário, quando garantido por hipoteca ou anticrese, deve ser feito por escritura pública.²²² Mas tal exigência concerne ao direito real de garantia, e não ao mútuo. A escritura pública, no caso, é da substância negócio, frente ao art. 134, II, Código Civil. Pode também o mútuo ser garantido por penhor, bem como por fiança.²²³

Se é constituído direito real de garantia, o mútuo é o negócio jurídico principal e o negócio jurídico, ou acordo, de constituição, é acessório. Deste modo, não há uma única relação jurídica, ou uma relação jurídica simples, mas há uma relação jurídica complexa, duas relações jurídicas, uma obrigacional e outra real. O dever do mutuante de devolver o bem empenhado não é uma contraprestação, que implicaria bilateralização do negócio, frente à obrigação da outra parte de restituir o *tantundem*. Tanto que a garantia pode ser prestada por terceiro.²²⁴

A alienação fiduciária é uma das garantias que o mutuário pode prestar ao banco de peculiar importância, notabilizando-se hoje a discussão sobre a possibilidade ou não da prisão do devedor.²²⁵

Também pode o contrato de mútuo bancário ser garantido por um título de crédito assinado pelo devedor²²⁶, seja uma nota promissória ou uma letra de câmbio. Tal decorre da necessidade da simplificação dos contratos bancários. Como já abordado nas características dos contratos bancários, estes assumem uma nota de complexidade. Isto, somado ao fator de serem realizados em grande escala (em massa), leva a uma busca por uma simplificação

²²⁰ EFING, Antônio Carlos. Ob. cit., p. 187 e 188.

²²¹ *Idem, ibidem*, p. 188-190.

²²² MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 42, p. 51.

²²³ MENDONÇA, J. X. C. de. Ob. cit., v. VI, parte II, p. 360.

²²⁴ MIRANDA, P. de. Ob. cit., p. 15.

²²⁵ Sobre a alienação fiduciária em garantia confira-se Álvaro Villaça de Azevedo (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.993, p. 84 e ss.) e Vilson Rodrigues Alves (ALVES, Vilson Rodrigues. Ob. cit., p. 255-262).

²²⁶ Também pode ser garantido por títulos de crédito de outrem dados ao cliente, com a constituição de direito real de garantia sobre eles, como quando de um penhor irregular, já na relação entre o banco e o cliente. Daí a garantia se dá como uma garantia real dada através de um bem móvel (que encerra um crédito). Não é a isto que se refere aqui, mas sim ao título de crédito assinado pelo próprio devedor, para o banco credor.

dessas operações, e é neste sentido que se adotam documentos e títulos de crédito, pelos quais se substitui o controle de uma situação jurídica material pelo de uma situação jurídica meramente formal.

Daí, quase sempre o mútuo bancário é acompanhado por um título de crédito, letra de câmbio ou nota promissória (títulos cambiais), o que confere ao banco a possibilidade de execução direta, sem prévio processo de conhecimento, baseada em título executivo extrajudicial. Além disso, possibilita o protesto, que tem assumido função coercitiva para o cumprimento da obrigação, na medida em que limita o acesso do devedor ao crédito, por meio de sua inscrição nos registros dos serviços de proteção ao crédito.

No momento da cobrança da dívida, o banco pode optar entre usar o contrato, ou o título de crédito, podendo ter neste a garantia específica do aval (e pode sofrer igualmente o avalista a restrição do crédito advinda do protesto). Se a pretensão for fundada na cártula, o valor não poderá destoar daquele pactuado no contrato.

O título de crédito não é exatamente uma garantia²²⁷ real, ou fidejussória, que confira ao credor segurança ou proteção maiores oriundos de um bem específico do devedor, ou de um patrimônio diverso daquele do devedor que venha responder no caso de inadimplemento. É, antes, uma facilidade, um “atalho”, para uma cobrança mais ágil e mais eficiente do devedor, na busca do mesmo patrimônio que se buscaria na cobrança com base no contrato. Somente pode ser considerado garantia, neste caso, no sentido de um reforço ou segurança para uma execução mais ágil, e daí mais eficiente, em caso de inadimplemento.

Mas não é um meio que previna em face da insolvência do devedor, diversamente das garantias reais, que vêm separar um bem destinado a cobrir a dívida, e das fidejussórias, que garantem um patrimônio diverso, de outra pessoa, para cobrir a dívida.

O título de crédito assumiria, sim, o título de crédito, o aspecto de garantia, quando sobre ele um avalista lança sua rubrica ou assinatura. Então, passa o título de crédito a se prestar a uma garantia fidejussória, que é normalmente o aval. O avalista do título responderá na qualidade de avalista, e não de fiador. A cobrança do avalista, questão, pois, pertinente às

²²⁷ Veja-se Pontes de Miranda, ob. cit., v. 42, p. 65 e 66: “Mas, enquanto os títulos em que se incorporam direitos reais são ou podem ser títulos de ‘garantia’, os títulos cambiários, isto é, a nota promissória e a letra de câmbio, de modo nenhum se podem considerar títulos de ‘garantia’. O mutuário, que faz notas promissórias, ou letras de câmbio, de modo nenhum, com a promessa da devolução do dinheiro, dá garantia. A devolução do dinheiro é característica do mútuo [...]”

obrigações cambiárias, também assume grandes facilidades em relação à cobrança do **titular**.²²⁸

Há algumas questões, contudo, que geram confusões, e que devem ser postas de modo claro. Um título de crédito, qualquer que seja, nunca é mútuo. O mútuo é um contrato, é contratual, e não cartular. O mútuo decorre de um consenso, de um acordo de vontades, exigindo dois pólos. Quando há o título de crédito ligado ao mútuo, o título não é o mútuo, sendo o mútuo o negócio jurídico subjacente. Coloca a questão em termos claros Pontes de Miranda: *“É preciso que não se confunda o mútuo, negócio jurídico bilateral, com os negócios jurídicos unilaterais dos títulos abstratos (e.g., títulos ao portador). As apólices das dívidas públicas e as debêntures não contêm contrato de mútuo. O mútuo seria, aí, negócio jurídico bilateral subjacente.”*²²⁹

Com efeito, o mútuo é um contrato não solene. O mútuo não precisa assumir a forma escrita. A assunção da forma escrita se dá apenas com fins de prova, como visto. Assim sendo, nada impede que o mútuo se dê, enquanto contrato, sem assumir forma escrita, vinculando-se-o a um título de crédito para fins de prova, para instrumentalizar a cobrança. A despeito de não ser, então, o mútuo expresso num contrato de mútuo escrito, o negócio jurídico de mútuo existe, e está subjacente à relação cartular.²³⁰ É o mútuo, no caso, a própria causa da relação jurídica cartular. Ela se dá em função dele. A lei pode exigir forma específica para tais provas, para tais títulos, em casos especiais em que se adotam determinados instrumentos para celebrar o contrato, como ocorre no caso das debêntures (lei nº 6404/76).

²²⁸ Confira-se Alfredo de Assis Gonçalves Neto, que trata do tema com grande propriedade na sua obra citada “Aval: Alcance da Responsabilidade do Avalista”.

²²⁹ MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 42, p. 51.

²³⁰ Sendo o mútuo bancário o negócio jurídico subjacente ao título de crédito, surge a questão de em que termos se pode dar a exigibilidade desse título de crédito, decorrente da relação de mútuo, pelo banco. No caso de estar consignado na cédula um valor maior do que o devido pelo contrato, pode o mutuário opor exceção, ou está impedido pela literalidade e autonomia do título? E se o banco transferir, porventura, o título a um terceiro? Estas questões dizem respeito ao Direito Cambiário, mais especificamente à autonomia do título de crédito: a questão é, em verdade, qual o alcance da inoponibilidade das exceções ao terceiro de boa fé? Sobre isto confira-se Newton De Lucca, que analisa com propriedade a questão, na sua obra “Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito”, p. 52 e ss. (LUCCA, Newton De. **Aspectos da Teoria Geral dos títulos de crédito**, Pioneira, São Paulo, 1.979). Segundo o autor o STF tem interpretado corretamente a questão, que se refere à autonomia dos títulos de crédito, cujo termômetro é a figura do terceiro de boa fé. Pode o mutuário opor as exceções cabíveis com relação ao negócio jurídico subjacente frente ao banco mutuante, mas não poderia opor ao terceiro de boa fé que porventura adquirisse o título. E não poderia opor nem que houvesse entre banco e cliente cláusula contratual de intransferibilidade da cambial, ou de vinculação desta ao contrato, porque isto é *res inter alios*, tendo apenas implicações contratuais entre os contratantes e não perante terceiro. Diversamente seria se a cláusula fosse inscrita na própria cambial, porque isto significaria mitigação de sua independência, da sua possibilidade de o título circular sem vinculação obrigatória à sua causa subjacente.

Segundo Covello²³¹, instalou-se nos usos bancários o costume de se realizarem mútuos nos moldes e com a denominação de desconto bancário, ocorrendo emissão da nota promissória em favor do banco mutuante, normalmente com aval, que é encaminhada em relação para desconto. Caracteriza-se contabilmente um verdadeiro desconto, cobrando o banco antecipadamente os juros e comissões, antecipando o valor ao cliente.

Contudo, o que realmente existe juridicamente é mútuo bancário, munido de título de crédito, que pode ser exigido do emitente mutuário ou do avalista. Diz-se “empréstimo incorporado em cambial”. O desconto é diverso, pois nele o descontário cede crédito e o que o cliente recebe é a contraprestação da cessão do crédito. Se o crédito que cede é de sua própria emissão, nada cede, mas promete, não tendo obrigação condicional como a do desconto, mas direta, é o devedor da relação jurídica. No desconto, o crédito descontado pressupõe a responsabilidade principal de um terceiro.

Quanto à possibilidade de haver, no contrato de mútuo bancário, uma cláusula que outorgue a procurador vinculado ao banco credor poderes para emitir título de crédito, tem-se posicionado doutrina e jurisprudência, em maioria, de modo contrário, estatuinto a súmula nº 60 do STJ que “*É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.*”²³²

Quando se configura relação de consumo, torna-se aplicável o art. 51, VIII, CDC, segundo o qual “*São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor.*” Não que toda cláusula que coloque representante para realizar ou concluir negócio pelo consumidor seja inválida, sendo tal possível quando no interesse do consumidor (e é o que ocorre, por exemplo, em algumas modalidades de investimentos), e devidamente pactuado. Mas tal se torna inválido quando no interesse exclusivo do banco fornecedor, em detrimento do cliente.

²³¹ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 164-165.

²³² Rodrigues Alves, em ob. cit., p. 252-255, afirma que é absolutamente nulo o título cambial emitido por procurador do devedor vinculado ao banco múltiplo credor. Entende haver em tais poderes uma deturpação de três institutos jurídicos relevantes: o mandato, a cambial e o título executivo extrajudicial. O art. 585, II, do CPC, exige para execução do contrato de financiamento e de confissão de dívida instrumento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas, mais o demonstrativo de lançamentos em conta corrente (só o que viabiliza a aferição do valor principal do débito), de modo que se banco não reunir tais requisitos, terá de lançar mão do processo de conhecimento, já que não é viável a emissão dos títulos de crédito como mandatário.

3.5 Modalidades

Há inúmeras modalidades de mútuo, havendo diversas classificações.

Quanto à destinação ou finalidade, entende Dornelles da Luz²³³ que pode ser pessoal ou de tomadores especiais. O mútuo pessoal é o empréstimo simples, democrático (pois a generalidade do povo pode ter acesso), dito popularmente *papagaio*, cuja destinação não desperta interesse. Já o de tomadores especiais é o destinado a tomadores com capacidade própria para atender o fim visado, financiando programas governamentais, sociais, atividades econômicas e de consumo.

Covello²³⁴ e Rizzardo²³⁵ preferem a diferenciação em pessoais e comerciais, ainda quanto à destinação. O mútuo é pessoal quando o banco o concede levando em conta a pessoa do mutuário, a sua profissão, solvência, honestidade, confiabilidade, enfim, caracteres atinentes à idoneidade para o adimplemento, normalmente destinando-se a consumo, necessidades familiares, pequenas operações, sendo a fórmula bancária por excelência dos mútuos de curto e médio prazo a particulares. Já o comercial é o que se destina ao desenvolvimento de uma atividade profissional comercial ou industrial, sendo empréstimos normalmente de médio e longo prazo.

Quanto ao reembolso, o empréstimo pode ser simples ou amortizável. O simples é aquele em que o pagamento do equivalente mais remuneração se dá de uma só vez, no prazo convencionado. O amortizável é o mútuo em que o cliente fica obrigado a restituir em parcelas a quantia, sejam mensais, trimestrais, semestrais, anuais, etc., de acordo com o pactuado.

Quanto à garantia o mútuo pode ser real, pessoal ou misto (real e pessoal), conforme seja a garantia, respectivamente, real, fidejussória, ou real e fidejussória.

Também a doutrina elenca três categorias de empréstimos bancários: de moeda, de títulos e de firma. Com efeito, o mútuo, como visto, é empréstimo de bens fungíveis destinados ao consumo, operando-se a transferência de propriedade, e daí não só o dinheiro poderia ser objeto do mútuo bancário. Mas em virtude da gama de atividades do banco, que manipula a moeda, o feixe de possibilidades para o mútuo bancário se estreita, na prática, e daí se trazer como as três únicas modalidades do mútuo bancário o de dinheiro, o de títulos e o de firma.

²³³ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 97.

²³⁴ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 157-158.

²³⁵ RIZZARDO, A. **Contratos de crédito bancário**, ob. cit., p. 46.

O de dinheiro é o mais acessível, mais corriqueiro e mais importante, sobre ele se aplicando integralmente toda a abordagem desta pesquisa, que em especial a ele se direcionou.

O mútuo de firma, por sua vez, não se caracteriza, em verdade, como empréstimo, sendo antes um negócio de garantia celebrado. Não se discutindo aqui qual sua natureza, não envolve os caracteres do mútuo, enquanto contrato real de entrega de bem fungível, que envolve prestação do banco, imediata, de dar, como elemento constitutivo do próprio contrato (e não efeito jurídico seu, pelo que não é o contrato bilateral), e contraprestação do mutuário (que aparece contratualmente como prestação, porque é a única que deriva do contrato, já que a anterior é pressuposto de existência deste) do equivalente mais remuneração. É distinto o “mútuo de firma”, englobando o banco, o cliente e um terceiro.

A assinatura que o banco presta ao terceiro, mesmo que em favor do cliente, é antes um negócio de garantia (entre o banco e o terceiro) do que um empréstimo de bem fungível. O negócio entre o banco e o cliente para que se preste a garantia é antes uma prestação de serviço, de fazer, mediante remuneração, do que um contrato real de prestação de dar bem fungível. A entrega do valor objeto da garantia, no caso do inadimplemento do cliente frente ao terceiro, não se dá desde logo, mas sujeita-se ao inadimplemento e é obrigatória para o banco. Há contrato anteriormente a tal entrega que a vincula. Não há que se pensar, pois, em mútuo desta quantia também.²³⁶ Neste mesmo sentido, afirma Ulhoa Coelho:

Alguma doutrina admite que o mútuo possa ter por objeto a firma do banco. Isto quer dizer que a instituição financeira poderia emprestar a um cliente a sua responsabilidade. É bastante comum no comércio, notadamente em contratos que envolvem grandes somas, a exigência de uma das partes no sentido de que a outra apresente a garantia de um banco (*performance bond*), de forma que inadimplindo este contratante com suas obrigações, poderá o outro ressarcir-se junto à instituição financeira. A rigor, não se trata de um empréstimo de firma, mas da outorga onerosa de uma garantia, negócio cuja disciplina se esgota no regime estabelecido para a fiança.²³⁷

²³⁶ Dornelles da Luz qualifica o empréstimo de firma como uma operação mista, podendo situar-se tanto como negócio de crédito (com prestação de dar crédito, sendo contrato típico), quanto como prestação de serviço (com prestação de fazer, sendo contrato atípico). Caracteriza-se como prestação de serviço de garantia, salvo se o banco vier a satisfazer o pagamento por seu cliente, no prazo de validade do documento. Afirma que o empréstimo de firma só ganha “[...] os elementos necessários à perfeita tipificação como operação de crédito se a instituição financeira prestadora da firma tiver que resgatar a dívida. Então, sim, desde o desembolso efetivo fluem juros, porque antes apenas rendia comissão pela prestação do serviço”. Embora seja operação mista do banco, observa-se claramente que faltam os requisitos para sua caracterização enquanto mútuo. Mesmo a realidade essencial ao contrato de mútuo não está presente na prestação do crédito do banco ao terceiro, pois esta prestação é obrigatória e decorrente, e não facultativa e constitutiva ao contrato. Ainda, decorre tal prestação de relação jurídica do banco com terceiro, de garantia, e não de relação jurídica direta com o cliente. Admitir tal operação como mútuo seria uma deturpação do instituto. Mesmo assim, os autores de direito bancário, como Dornelles da Luz, Covello e Rizzardo, nas obras citadas, tratam o empréstimo de firma no espaço que reservam ao mútuo bancário.

²³⁷ COELHO, F. U. Ob. cit., p. 437.

Devem-se tratar, enfim, as particularidades do empréstimo bancário de títulos. O mútuo de títulos pouco se diferencia do mútuo de dinheiro, porque envolve títulos, bens fungíveis que acabam por encerrar créditos, e estes se reportam a dinheiro. Embora tenha o mesmo sentido do “empréstimo” de firma, que é a finalidade de facilitação do crédito ao cliente, deste muito diverge. Os títulos-valores recebidos serão entregues pelo cliente como garantia para certas transações em benefício de sua indústria ou comércio. Evolve sobretudo títulos da dívida pública e outros títulos de boa aceitação no mercado, em especial de companhia de capital aberto.

Os títulos são bem fungíveis, e deste modo se torna viável sua entrega em mútuo. Mas não há somente esta possibilidade, como traz com clareza Covello:

Destarte, em se tratando de empréstimos de títulos, devemos considerar três hipóteses: a) se os títulos são emprestados com a condição de serem restituídos no mesmo gênero, qualidade e quantidade, estamos diante de um verdadeiro mútuo, um empréstimo bancário de títulos fungíveis como o dinheiro; b) se os títulos devem ser restituídos ‘in corpora’ (bens infungibilizados) mediante remuneração – como geralmente sói acontecer – temos um arrendamento ou locação de títulos e não comodato; c) se os títulos devem ser restituídos ‘in corpora’, mas sem nenhuma remuneração, aí, sim, estaremos diante de um comodato, e somente neste caso poderemos falar em *comodato bancário*.²³⁸

Pelo uso do título o mutuário paga uma comissão, cujo valor percentual é estipulado no contrato (sobre o valor nominal dos títulos prestados), bem como a periodicidade do pagamento (normalmente é tal comissão pagável em trimestres antecipados). Frequentemente presta o mutuário garantia. Há previsão para a devolução do equivalente dos títulos, ou mesmo uma forma de indenização em dinheiro, na ausência. Se o título produz frutos civis (bonificação, dividendos, juros), normalmente tem o banco mandato outorgado pelo mutuário para receber, praticar atos de administração e disposição (subscrição e venda, participação em assembléia).

²³⁸ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 165-166.

PARTE II – CORREÇÃO MONETÁRIA

INTRODUÇÃO

Adentra-se agora o estudo da matéria específica da monografia, que diz respeito à quantidade de moeda que o mutuário deve devolver ao mutuante. Se o mutuário está obrigado à restituição do equivalente, do *tantundem*, mais os encargos encetados (juros, comissões, etc.), deve-se notar que no mútuo bancário a aferição do valor do equivalente toma certas particularidades.

Isto porque o valor nominal da moeda pode com o tempo se depreciar em relação ao seu poder aquisitivo, engendrando-se a necessidade de recomposição da quantia nominal até um montante que retrate fielmente o poder aquisitivo da quantia tomada ao tempo do mútuo. E isto é de fundamental importância no mútuo bancário, repercutindo inclusive na aferição dos juros sobre o capital mutuado. Neste sentido leciona Geraldo de C. Vidigal:

- Antes de passar do gênero *contrato* à espécie *contrato bancário*, é indispensável introduzir dados da significação da moeda e especialmente dados da aferição de seu valor, porque o contrato bancário é sempre permeado pelas implicações da mecânica da moeda. Os contratos bancários são, freqüentemente, versões, mutações e derivações dos contratos romanos de mútuo[...]²³⁹

Nota-se, na maioria dos autores, que se processa cada vez mais a perda de sentido da outrora rígida distinção entre dívida de dinheiro e dívida de valor, em prol do restabelecimento, na dívida de dinheiro, sempre do *quantum* efetivamente devido (e não da mera expressão nominal), de acordo com o sentido da manifestação de vontade posta originariamente no contrato. Não necessariamente que não mais haja tal distinção. Mas no mínimo ela perde seu sentido, tendo em vista a perda da importância da expressão nominal do valor, em prol do que representa em termos de poder aquisitivo.

A “inflação”, a desvalorização da moeda, esvazia o sentido que tomara a vontade quando de sua manifestação, dentro da autonomia da vontade. A correção monetária via

índice idôneo, então, vem “corrigir” a quantia da moeda inicialmente manifestada, de acordo com a vontade das partes, justo para manter esta vontade, e não a derrogar, em prol dos princípios do *restitutio in integrum* e do *suum cuique tribuere*.

Embora o tema não tenha mais toda a importância que revelava ao tempo dos elevadíssimos índices inflacionários, a discussão não é de modo algum meramente acadêmica. Isto porque, de um lado, nunca se chegou a um índice zero de inflação, e por outro lado, sempre ronda o país o fantasma da inflação.²⁴⁰ Além disso, por menor que seja a inflação, sempre será pertinente a discussão dos índices indexadores.

Deste modo, inicialmente serão expostas as duas principais doutrinas monetárias, o nominalismo e o valorismo (capítulo 1), para então abordar os fundamentos da correção monetária e a possibilidade de compatibilização com o curso legal e forçado da moeda (capítulo 2). Feito isto, será realizado um retrospecto histórico da evolução do tratamento da correção monetária no direito brasileiro, no que a jurisprudência teve importante papel (capítulo 3). A análise da possibilidade de pactuação de cláusulas de indexação é, em seguida, abordada perante as leis brasileiras que se sucederam versando o assunto, num verdadeiro emaranhado legislativo, até o panorama atual (capítulo 4). Por fim, são estudados os índices de indexação, idôneos e inidôneos, com especial dedicação à Taxa Referencial e aos índices cambiais, assuntos expostos com veiculação de farta jurisprudência (capítulo 5).

CAPÍTULO 1 – NOMINALISMO E VALORISMO DA MOEDA

Leciona Fábio Konder Comparato, no seu artigo “Cláusulas Contratuais de Indexação de Preços”²⁴¹, que a moeda tem duas funções básicas no campo das relações jurídicas obrigacionais: a função de medida de valor econômico e a função de instrumento de pagamento. E entre estas duas funções há interconexão. Se ela é o bem fungível por

²³⁹VIDIGAL, Geraldo de Camargo. A correção monetária nos contratos bancários. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. CANTO, Gilberto de Ulhoa (coordenadores). **A correção monetária no direito brasileiro**, Saraiva, São Paulo, 1.983, p. 282. O artigo se estende da p. 281 à 306.

²⁴⁰ Com efeito, ninguém afirma de modo imparcial e categórico que a inflação é um defunto que não voltará ao nosso meio. Daí, entre crises internacionais e a luta hercúlia contra déficits públicos (com avanços e retrocessos), se afigura a inflação como verdadeiro fantasma que ronda uma economia cujos alicerces estão se firmando.

²⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. Cláusulas contratuais de indexação de preços. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 85, p. 34-48, 1.992.

excelência, substituindo qualquer outro, sendo instrumento universal de pagamento, é porque ela é medida de valor, podendo ser todo bem ou serviço monetariamente avaliado.

Ensina o mestre que a interdependência entre moeda-valor e moeda-pagamento se funda no seu poder aquisitivo, sendo ao mesmo tempo *mensura* e *mensuratum*: é medida de valor (traduzindo o valor das mercadorias) e é objeto de avaliação (circulando como uma verdadeira mercadoria). E a unidade monetária pode perder seu poder aquisitivo, desvalorizando-se no mercado, restringindo-se economicamente a sua fungibilidade ou aptidão para substituir outros bens e para solver obrigações.

Deste modo, pode-se notar que a moeda sempre tem um valor nominal e um valor efetivo ou poder aquisitivo. Questão diversa é a pertinente ao nominalismo e ao valorismo.

Letácio Jansen com clareza explica o nominalismo e o valorismo:

Pensava-se, outrora, que a moeda tinha um valor, decorrente de sua “bondade intrínseca”, vulgarmente atribuída à qualidade do metal em que ela era cunhada. No início da Idade Moderna, contudo, o advogado francês CHARLES DUMOULIN, considerado o príncipe dos juristas do século XVI, superou a falsa dicotomia entre “bondade intrínseca” e “bondade extrínseca”, evidenciando que a bondade intrínseca era, na verdade, “o curso e o valor imposto a toda moeda, enquanto moeda.

A doutrina monetária de DUMOULIN, que, depois de consagrada no Código de Napoleão, generalizou-se no ocidente com a designação de “princípio do valor nominal”, era em resumo (respeitando, sempre que possível, a linguagem do autor), a seguinte:

- a) sem que a moeda fosse empregada – ainda que para fins de negócio, e com objetivo de lucro, ou para propiciar uma renda – ela não estava sendo aplicada ou transferida como massa (de ouro ou de tal ou qual metal), nem como um corpo certo, formado de determinada maneira, e configurado sob uma imagem definida, mas levando-se em conta a sua quantidade e o seu valor, conforme o seu curso;
- b) daí, no momento do pagamento, bastava o devedor entregar ao credor o referido valor, pelo qual as peças monetárias em questão houvessem sido transferidas ou aplicadas;
- c) se ocorresse, na prática, uma mutação nas peças monetárias (entre o momento da constituição da obrigação e do pagamento) ainda assim deviam prevalecer as regras acima (de se considerar, apenas, o valor imposto e corrente), desde que tal mutação fosse política, isto é, feita para o interesse público, e não sem segredo ou para proveito particular dos governantes;
- d) as regras acima valiam ainda que a mutação ou deterioração das peças monetárias ocorresse por outra razão, ao longo de um período de tempo significativo, e desde que a situação geral, e das pessoas em particular, não fosse sensivelmente afetada, e não houvesse interesse especial de alguém nessa modificação;
- e) mas se a moeda mudasse de mês em mês, ou de ano em ano, como se a sua fabricação servisse de rede para absorver, por inteiro, os bens e direitos dos indivíduos, isso constituiria uma tirania e um abuso, tornando-se a marca da moeda, nesse caso, um índice falso, razão por que ela não devia mais ser considerada como moeda, mas como massa, segundo o corpo e a qualidade material das peças (sendo impossível evitar, contudo, nesse caso, os infundáveis problemas que surgiriam).

A doutrina de DUMOULIN, não obstante as controvérsias que suscitou, tornou-se uma ortodoxia, impondo-se ao direito anglo-saxão e continental, inclusive o brasileiro, anterior a 1964.²⁴²

[...]

A partir do século XVII, por assemelhação à consagrada expressão jurídica “poder liberatório”, os economistas passaram a dizer que o dinheiro atribuía, por igual, às pessoas, um “poder” aquisitivo. De uma perspectiva funcionalista – diversa da estruturalista que estamos adotando –, o valor de compra é, com efeito, na prática, tão importante para alguém quanto o direito público subjetivo de livrar-se das obrigações. Daí por que alguns juristas – a começar por SAVIGNY, no século XIX – terem-se apegado

²⁴² JANSEN, Letácio. O direito e a transição para um regime de estabilização monetária. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 326, p. 85-101, abr./jun. 1.994, p. 87-88.

a essa noção econômica, dando surgimento a uma doutrina que NUSSBAUM, mais tarde, designou “valorismo”.²⁴³

J. A. Penalva Santos, no seu artigo “A Aplicação da Correção Monetária nas Condenações em Dívida de Dinheiro no Juízo Civil”²⁴⁴, destaca que na economia interna das nações a moeda desempenha três funções essenciais: é medida de valor, é instrumento de trocas e é instrumento legal de pagamento. Além dessas funções, ela possui três valores: o valor nominal, atribuído pelo Estado; o valor metálico ou intrínseco, atribuído pela quantia de metal (ouro, prata) que contém; o valor de troca ou corrente, que pode ser interno (poder aquisitivo) ou externo (quantia de moedas de pagamento estrangeiros com os quais se compra a moeda de determinado país, avaliado por cotações de bolsas ou mercados).

Após tecer tais considerações, ensina o autor que na história se sucederam doutrinas sobre o valor da moeda. A primeira foi a doutrina do valor metálico, que os pós glosadores chamavam de *bonitas intrinseca* da moeda, o seu valor intrínseco. O valor da moeda se reportava à quantidade e qualidade de metal precioso que a compunha. Hoje não tem mínima correlação o poder aquisitivo da moeda com a liga metálica que a forma.

Já o nominalismo sempre desempenhou papel importante na história dos povos e de sua economia. A doutrina nominalista firma-se no princípio de que é o príncipe que fixa o valor da moeda, o qual não pode ser modificado, seja qual for seu valor intrínseco. É o *valor impositus* ou *bonitas extrinseca*. Esta teoria se assenta no princípio da segurança das relações entre os indivíduos e com o próprio Estado, salvaguardando a autoridade deste. Contudo, às vezes o valor corrente da moeda se deprecia com relação ao seu valor nominal, pela perda do poder aquisitivo. Neste caso, evidentemente, o princípio nominalista deve ser substituído por outro, para garantir a confiança que a moeda deve inspirar nos súditos.

Com este fim se erige a teoria do valor corrente da moeda. Em torno do valor corrente giram todas as teorias do valorismo contratual. A moeda é vista pelo seu valor de troca por utilidades ou bens, pelo seu valor aquisitivo. Esta é a função da moeda que mais nos toca, pois é a que permite numa economia adquirir bens ou serviços. Explana Penalva Santos:

O valor corrente da moeda, derivado da confiança que lhe dispensa o público, se traduz, nos fatos, em seu poder aquisitivo, isto é, na relação existente entre o valor nominal e os preços dos bens e prestações avaliáveis em dinheiro (valor interno), e, também, o valor que marca a sua cotação no mercado (de

²⁴³ *Idem, ibidem*, p. 99-100.

²⁴⁴ SANTOS, J. A. Penalva. A aplicação da correção monetária nas condenações em dívida de dinheiro no juízo cível. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 20, p. 51-59, 1.975.

câmbio, bancário ou de Bolsa), por sua comparação relativamente a unidades monetárias de outros sistemas (valor externo).²⁴⁵

Washington Peluso Albino de Souza, no seu artigo “A Correção Monetária e o Contrato”²⁴⁶, colocando também que as teorias jurídicas do dinheiro que surgiram foram primeiro o metalismo, depois o nominalismo, e por último o valorismo, defende este último, em detrimento do penúltimo que com ele convive ainda. Ensina que o nominalismo surgiu com o direito de cunhar, do Rei, com o que o Estado passou a determinar o valor do dinheiro, agora também moeda de papel, impondo-lhe curso forçado e efeito liberatório. Há uma aceitação coativamente imposta. Ganha importância então distinção entre o valor real (poder aquisitivo de que é portadora a moeda) e o valor nominal da moeda. A autoridade passa a usar a moeda para a política econômica. O nominalismo fazia confundir a idéia de lícito com a de justo, pela soma do poder liberatório com o curso legal, que poderia ter resultado injusto.

Deste modo, o nominalismo não satisfazia as exigências do direito, como notara já Savigny na fase áurea do nominalismo, afirmando a importância do “valor corrente” da moeda, ao qual o contrato deveria atender. O contrato tradicional se revelou um instrumento de injustiças (“fortunas da inflação”, “enriquecimentos sem causa”), na medida em que as variações do poder de compra real da moeda não mais coincidia com o valor nominal nele registrado. Frente a isso o valorismo ganhou terreno, definido-se os tipos de valorismos, notadamente o contratual, o legal e o judiciário, isto é, o que decorre de contrato, de lei ou de decisão judicial.

Daí afirmar Albino de Souza:

Temos, pois, a inflação como medida de política econômica [...]. A atuação da *política econômica monetária* sobre os contratos, atingindo os valores neles expressos, altera os efeitos previstos e pretendidos entre as partes contratantes, justamente porque se sobrepõe ao objetivo motivador da manifestação de vontade autônoma.[...]. Ao Direito compete, entretanto, oferecer os meios pelos quais estes desajustamentos sejam desfeitos ou evitados, visto como, se de um lado tal política econômica costuma ser confundida com a própria *ordem pública econômica*, ou mais corretamente a ela ligada, nem por isso os efeitos jurídicos do contrato, desde que lícitos, podem ser desprezados ou vilipendiados.[...]. E, neste sentido, é que se tem recorrido à indexação como um expediente de ampla aplicação nos desajustes de valores [...] .A *correção monetária*, tomada no sentido corrente entre nós, corresponderá à indexação na hipótese de reajustamento de valores inflacionados.²⁴⁷

²⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 54.

²⁴⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. A correção monetária e o contrato. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. CANTO, Gilberto de Ulhoa (coordenadores). **A correção monetária no direito brasileiro**, Saraiva, São Paulo, 1.983, p. 243-279.

²⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 256.

A correção ou indexação corresponde ora ao valorismo contratual, pelo estabelecimento de um índice de correção contratualmente (em face do princípio da livre disposição de bens pelos proprietários, da autonomia da vontade, e do *pacta sunt servanda*), ora ao valorismo legal (atingindo tanto os que previram quanto os que não previram a inflação), e ora ao valorismo judiciário. A partir dessas considerações, Albino de Souza define a correção monetária:

A correção monetária apresenta-se-nos, pois, como um fato de natureza econômica derivada da inflação, que lhe confere o sentido de medida de política econômica, mas ao mesmo tempo altamente contagiado de valor jurídico, visto que voltada precisamente para compensar injustiças provocadas pela inflação. Sua função é a de 'reajustar valores deteriorados, atualizando-os'.[...] Imiscui-se no próprio sentido do 'poder liberatório' e do 'curso legal' da moeda, sendo, assim, um 'corretivo induzido' no princípio da 'Ordem Pública Econômica', como contrapeso em face dos prejuízos aos interesses privados.²⁴⁸

Ressalta o autor, que escreve em 1.983, que há problemas de seu tratamento, no Brasil, no âmbito dos três Poderes: há apatia das leis, num indiferentismo do Legislativo; a construção pretoriana não é sedimentada, havendo excessivo legalismo do Judiciário; há índices legais injustos, distorcidos, num autoritarismo exagerado do Executivo. Hoje percebe-se que, se todos esses problemas não findaram, pelo menos em muito diminuiram.

Mauro Brandão Lopes²⁴⁹ diagnostica de modo diverso a questão, embora a solução se dê no mesmo sentido. Não parte do nominalismo e do valorismo, mas das dívidas de dinheiro e de valor. Leciona que a dívida de dinheiro é aquela em quantidade determinada de moeda, constituída sob o domínio do princípio nominalista da moeda, decorrente de relação obrigacional de Direito Privado. Nesta dívida a inflação gera um desequilíbrio evidente na relação obrigacional, ocorrendo um locupetamento do devedor à custa do credor.

A dívida de valor, por sua vez, seria aquela em que a prestação do devedor não é uma soma de moeda, mas é o estabelecimento ou restabelecimento de uma específica posição patrimonial do credor. Na dívida de valor a estimativa e fixação em moeda se dá no momento, ou nos momentos, de cumprimento da prestação ou das prestações do devedor.

A questão para Brandão Lopes não está simplesmente em se deixar de lado o nominalismo para se adotar sempre o valorismo, como fazia Albino de Souza. Não se pode ignorar a distinção entre dívidas de dinheiro e de valor, diferença que não é criação legal mas emerge da realidade. Assevera o autor que:

²⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 260.

²⁴⁹ LOPES, Mauro Brandão. A atualização de obrigações pecuniárias não-indexadas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. CANTO, Gilberto de Ulhoa (coordenadores). **A correção monetária no direito brasileiro**, Saraiva, São Paulo, 1983, p. 307-317.

A distinção entre as duas espécies de dívida é básica, decorrendo da realidade social, e não de *fiat* legislativo; na primeira a prestação é a própria quantidade de moeda que é devida, usualmente, em virtude de contrato; e na segunda a moeda é tradução momentânea de prestação ou prestações que o direito prevê, ou a jurisprudência encontra, como remédio para lesão de direito individual; o campo normal da primeira é o dos contratos patrimoniais, ou seja, o mundo dos negócios, e o da segunda é o dos atos ilícitos e dos atos de império.²⁵⁰

O autor, peculiarmente, defende a existência não só desses dois tipos de dívida, mas também de uma terceira espécie, que seriam as dívidas indexadas, na verdade uma subespécie das dívidas de dinheiro, que trariam ínsita uma cláusula de indexação.²⁵¹ Deste modo, a dívida de valor não seria nem indexada, nem corrigida, pois não há um valor nominal que sofrerá depreciação, sua aferição só se dá no momento do pagamento. À dívida indexada também não se aplicaria a correção monetária pois as partes já elegeram um índice para manter o poder aquisitivo da quantia pactuada. Estas duas não se “corrigem”, mas se “determinam”.

Prescindiria, sim, da correção monetária, a dívida de dinheiro não indexada, porque, segundo o autor, *“É a única em que a prestação do devedor consiste em quantia de dinheiro de início determinada, de modo que a inflação introduz inequívoco desequilíbrio na relação obrigacional, locupetando-se o devedor à custa do credor com o cumprimento da obrigação.”*²⁵²

Deste modo, embora Albino de Souza e Brandão Lopes partam de pressupostos diferentes, pode-se detectar um importante ponto comum. Albino de Souza distingue o nominalismo e o valorismo, propugnando pela supremacia sempre do segundo. Brandão Lopes distingue três espécies de dívidas, e propugna que na única em que há perda do poder aquisitivo da moeda (a dívida pecuniária não indexada), a correção monetária deve incidir. Percebe-se que o ponto comum entre os dois autores é a exigência da manutenção do valor efetivo devido, incidindo sempre que necessário para tal a correção monetária.

Aliás, este é o ponto comum em praticamente todos os autores que tratam do tema hoje em dia. O valorismo efetivamente adentra as esferas antes ocupadas pelo nominalismo. Desprestigia-se o aspecto formal do valor nominal em prol do aspecto material da moeda, seu poder aquisitivo. Como se observará no capítulo 3, quebra-se hoje até mesmo a clássica

²⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 308-309.

²⁵¹ Ives Gandra da Silva Martins, citado por Celso Ribeiro Bastos, aborda esta colocação de Brandão Lopes, afirmando que o “[...] *nominalismo da moeda* [...] *pode ser atingido por variados fatores, ao ponto de se discutir ainda no Brasil se haveria apenas duas formas de pactuação, capazes de gerar as denominadas dívidas de dinheiro e as dívidas de valor, ou se a matéria não comportaria a existência de uma terceira, que seriam as dívidas indexadas.*” (BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**, Saraiva, São Paulo, 1.990, v. 7, p. 431).

²⁵² LOPES, Mauro Brandão. *Ob. cit.*, p. 312-313.

distinção entre dívidas de dinheiro e de valor, na medida em que se supera a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual.

Arriscar-se-ia até mesmo a dizer que todos os autores que escreveram recentemente são adeptos do valorismo, em detrimento do nominalismo, não fosse a posição de Letácio Jansen, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Monetário, externada na sua obra “A face Legal do Dinheiro”. Segundo este autor:

O nominalismo – com apoio no princípio geral que resguarda a estabilidade característica da ordem jurídica – estatui que, uma vez atribuída uma soma numérica a um ato jurídico, essa soma não pode mais ser alterada, qualquer que tenha sido a modificação posterior do valor intrínseco ou o poder aquisitivo (isto é, da eficácia) da moeda ou do crédito constituído. Deve ser respeitada, a todo tempo, a correspondência fixa, estabelecida no momento da formação do ato jurídico, entre a moeda e o montante atribuído a esse ato jurídico.[...]. O nominalismo é essencial ao conceito de moeda, sendo da própria substância do sistema monetário. A própria concepção moderna da moeda leva ao nominalismo, porque leva a que se tome a moeda como o único valor no Estado, de modo que, fora da moeda, só haja, como valor, outra moeda: a estrangeira.²⁵³

Para a atuação do nominalismo leciona o autor que é necessário que não se modifique contra a vontade do devedor a cifra monetária que figura no ato jurídico. Desenvolve uma crítica à correção monetária, procurando demonstrar como “[...] *desorganiza a ordem jurídica*”²⁵⁴, gerando perda de eficácia da moeda nacional, ofendendo atos jurídicos perfeitos e coisa julgada, desrespeitando a moeda nacional, ferindo o princípio da irretroeficácia das normas. Chega a afirmar que há “[...] *incompatibilidade entre a correção monetária e o chamado Estado de Direito.*”²⁵⁵

E Letácio Jansen, corrobora esta posição em uma série de artigos: “O Direito e a transição para um regime de estabilização monetária”²⁵⁶, “Resquícios da Correção Monetária na Constituição de 1988”²⁵⁷, “Aplicação do método de Kelsen ao estudo da moeda”²⁵⁸. Neste último escrito reconhece o autor que sua posição não foi admitida pelos tribunais:

A aplicação do método kelseniano ao estudo da correção monetária permitiu-me, num primeiro momento, proceder a uma crítica sistemática da doutrina da correção monetária, mesmo na época em que essa doutrina dominava por inteiro a cena jurídica do País.

²⁵³ JANSEN, Letácio. **A face legal do dinheiro**, Renovar, Rio de Janeiro, 1.991, p. 133.

²⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 115.

²⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 116.

²⁵⁶ JANSEN, Letácio. O direito e a transição para um regime de estabilização monetária. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 90, n. 326, p. 85-101, abr/jun. 1.994.

²⁵⁷ JANSEN, Letácio. Resquícios da correção monetária na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política – Novo Título = Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 84-92, jul-set. 1.994.

²⁵⁸ JANSEN, Letácio. Aplicação do método de Kelsen ao estudo da moeda. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 343, p. 149-156, jul/set. 1.998.

Embora as teses que eu defendi não tenham tido, junto aos tribunais, a repercussão que eu esperava, tenho a convicção de que suscitei inúmeras questões novas – ao propor, inclusive uma definição inédita de moeda e de norma monetária – que terão utilidade futura no estudo do direito.²⁵⁹

Para o autor, a correção monetária, de cunho valorista, está na contramão do atual processo de atualização monetária e de desindexação da economia. O autor compila algumas de suas sugestões em outro artigo seu, “A desindexação das dívidas judiciais”²⁶⁰, as quais culminaram com a redação do projeto de lei do Senado nº 99, de 1.998, apresentado pelo Senador Artur da Távola, hoje arquivado.²⁶¹

Ao que parece, não obstante a grande cultura jurídica de Letácio Jansen acerca do tema, toma uma posição central equivocada, consistente em entender que a correção monetária foi e é a responsável pela inflação. Chega a asseverar que “*É perfeitamente possível afirmar, portanto, que, se não tivesse ocorrido a fortíssima intervenção no domínio econômico promovida pelas centenas de leis, decretos-leis e decretos que disciplinam a correção monetária desde 1964, não teria havido a profunda desordem monetária pela qual estamos passando; ou, o que dá no mesmo, como se disse há pouco, a responsabilidade deste caos é da correção monetária [...]*.”²⁶²

Contudo, se é que a correção é um fator de inflação, não é preciso ser economista para saber que não é o único, pois a própria emissão de moeda pelo governo acima do crescimento da riqueza nacional, prática constante por vários anos, gera inflação. Pois a moeda é em certos termos uma mercadoria como qualquer outra, e o aumento da oferta diminui seu valor, depreciando-a. Mas, de qualquer modo, parece melhor localizar a correção como um fator de equilíbrio e igualdade contratual frente à depreciação do poder aquisitivo da moeda, mais como um remédio contra o mal que a inflação causa nas relações interprivadas do que uma causa dela.

Este tipo de posição, defensora do nominalismo como regra geral, vem sendo progressivamente atacada e cada vez mais afastada, entendendo-se artificial, no sentido de que a manutenção do valor nominal a todo custo nega a realidade. Como se observará em seguida, a correção monetária tem sólidos fundamentos que justificam sua incidência. Mais

²⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 156.

²⁶⁰ JANSEN, Letácio. A desindexação das dívidas judiciais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 95, n. 346, p. 101-111, abr/jun. 1.999.

²⁶¹ Conforme consulta via internet (www.senado.gov.br). Segundo esta o projeto se encontra arquivado desde 29/01/1.999, de acordo com o art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal, que dispõe: “*Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto a originárias da Câmara ou por ela revisadas e as com parecer favorável das comissões.*”

coerente do que Jansen é Ascarelli, cuja posição é explanada por aquele autor.²⁶³ Ascarelli procura criar um novo conceito de nominalismo, afirmando que se deve revisar o problema da importância do valor nominal, pois é confundido com algo diferente que é a irrelevância da oscilação do poder aquisitivo da moeda, ou com a obrigação da aceitação da moeda pelo seu valor nominal.

Ascarelli retoma a importância do nominalismo, contudo levando-se em conta permanentemente a importância do poder aquisitivo. A crítica, ao que parece, de Ascarelli ao valorismo está em que, qualquer que seja a tese seguida em dívidas de dinheiro, sempre está presente a prestação de dar peças monetárias e não a de prestar um poder aquisitivo. Este é um critério para a medição da qualidade da moeda prestada, não se podendo confundir, assim, o “valor” com a “medida do valor”. De qualquer modo, ao que parece, Ascarelli identifica um equívoco do valorismo que é mais terminológico do que de essência, conduzindo ao mesmo ponto das doutrinas valoristas apreciadas.

CAPÍTULO 2 – FUNDAMENTOS DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Para Washington Peluso Albino de Souza²⁶⁴ a promoção do desatrelamento da autonomia da vontade ao condicionamento externo do valor da moeda (com a conseqüente correção do valor nominal depreciado), nos contratos, pode ser promovido inspirado por cláusulas, elementos contratuais e teorias, já que o contrato impõe a idéia de equilíbrio, de harmonia de interesses opostos, de troca.²⁶⁵

Como cláusula elencou o autor a do número-índice, afirmando que sempre estabelecida por ORTNs, segundo a lei nº 6.423 de 1.977, tendo por exceções os bancos e as demais ali previstas, já que a “cláusula de escala móvel” e a “cláusula mercadoria” são excluídas pelo regime brasileiro de correção monetária. Contudo o artigo de Albino de Souza foi publicado no ano de 1.983, tendo havido várias mudanças legislativas desde aquele ano, de modo que as cláusulas e os índices de indexação serão analisados nos capítulos 4 e 5.

²⁶² JANSEN, Letácio. Resquícios da correção monetária na Constituição de 1988. Ob. cit., p. 85.

²⁶³ JANSEN, Letácio. O direito e a transição para um regime de estabilização monetária. Ob. cit., p. 99 e 100.

²⁶⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Ob. cit., p. 245 e ss.

²⁶⁵ Afirma o autor na ob. cit., pág. 245: “Assim sendo, o trabalho de análise exige penetração mais profunda nas razões dessa ‘convenção’, e logo depararemos com um ‘fato social’ motivador do próprio contacto entre as

Como elementos estruturais que conduzem à correção se afiguram para o autor citado:

a) a autonomia e o consensualismo, já que a vontade dos contratantes não se contenta com a expressão em moeda, e sim com o que a quantidade da moeda recebida viabiliza quanto à aquisição de bens;

b) a força obrigatória, pois pode ser estabelecido índice, o qual tem força obrigatória, apenas com restrição quanto à escolha do índice, no geral²⁶⁶;

c) a boa fé, pois há um enriquecimento do devedor com empobrecimento do credor, sem razões, pois a política econômica estatal e a inflação não estão na “álea” do contrato;

d) o consentimento, pois com o desequilíbrio contratual gerado pela inflação o acordo inicial estará desfeito, sendo inclusive motivo de resolução contratual, em análise jurídica profunda;

e) o objeto, pois sendo este a própria razão de ser do negócio, o efeito da inflação sobre ele coloca por terra toda razão de ser do negócio.

Como teorias, embora não sejam aplicáveis literalmente, aparecem fornecendo subsídios para análise a teoria da imprevisão (não aplicável pois a inflação é na maior parte dos casos previsível²⁶⁷), e a do enriquecimento sem causa (não aplicável pois há, pode-se dizer, segundo alguns autores, causa).

Albino de Souza propugna, assim, a aproximação das regras de direito a um ideal de justiça, o que passa por uma adequação do método para o tratamento da correção monetária, já que o dogmático estrito se mostrou deficiente. O autor *arrisca* algumas regras, aplicáveis à correção monetária no contrato, enunciando-as, do seguinte modo:

Regra da primazia da realidade econômica – ao regulamentar a efetivação dos atos e fatos econômicos a norma jurídica deve obedecer fundamentalmente à realidade econômica, em vez de distorcê-la.

Regra do equilíbrio – para toda relação jurídica envolvendo interesse econômico, há sempre um ‘ponto de equilíbrio’ ou uma ‘zona de equilíbrio’ que traduz a mais justa ponderação dos interesses individuais e sociais postos em confronto.

Regra da equivalência – quando as medidas de política econômica postas em prática por autoridade superior influem nos valores dos bens e serviços em proporções superiores às que representam as oscilações normais da conjuntura econômica, o pagamento da obrigação combinada deve satisfazer, na

partes, que, a partir dele, passam a negociar: a ‘troca’. Efetivamente, postos um diante do outro, os figurantes do contrato realizam a ‘troca’ e em decorrência desta é que os ‘efeitos jurídicos’ se justificam.”

²⁶⁶ Como já assinalado, esta questão será abordada nos capítulos 4 e 5, numa perspectiva atual, considerando a nova legislação.

²⁶⁷ Arnoldo Wald, contudo, no seu artigo “A evolução da correção monetária na *era da incerteza*”, entende que a teoria da imprevisão é aplicável, afirmando, à p. 16: “*Chegamos, pois, hoje, à conclusão de que a teoria da imprevisão se aplica à hipótese de inflação, tanto nos casos em que ela não foi prevista pelas partes como naqueles em que foi prevista sem que as partes concebessem, todavia, as dimensões que ela podia alcançar.*” (WALD, Arnoldo. A evolução da correção monetária na *era da incerteza*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. CANTO, Gilberto de Ulhoa (coordenadores). **A correção monetária no direito brasileiro**, Saraiva, São Paulo, 1.983, p. 9-24).

data de sua efetivação, a valor correspondente ao que representava no momento em que se ajustou o compromisso.

Regra da indexação – quando a política econômica posta em prática pelas autoridades superiores faz variar o poder aquisitivo da moeda em índices que ultrapassam os admitidos em uma economia estabilizada, cabe a essas autoridades assegurar também as medidas defensivas dos interesses privados capazes de serem atingidos diretamente pelos seus efeitos.²⁶⁸

Arnoldo Wald, em seu artigo “A Evolução da Correção Monetária na *Era da Incerteza*”²⁶⁹, também vem defender a correção monetária, não como solução definitiva para os problemas do país (pois a solução, propugnava o autor ao tempo do artigo, em 1983, era debelar a inflação), mas como um remédio, para que o direito não leve a injustiças em nome de um princípio em que não se pode acreditar, que é o da *ilusão e ficção da estabilidade do poder aquisitivo da moeda*, o qual não está nem na lei, nem na Constituição. Segundo o autor:

Por muito tempo, o jurista foi avesso ao reconhecimento da oscilação do poder aquisitivo da moeda. Vivia num sistema geocêntrico, admitindo a perenidade do valor da unidade monetária. Reinava, então, a chamada *ilusão da moeda estável*, a que se referiu Irving Fisher, que perdurou até que os fatos se tornassem mais fortes do que o misoneísmo do jurista.²⁷⁰

E conclui o autor:

Não sacrifiquemos a justiça a mitos, especialmente a mitos ultrapassados. O direito não é um mecanismo cego que possa ser utilizado para fins puramente econômicos. Ao contrário, ele é um instrumento inspirado numa finalidade ética e destinado a atendê-la. Ora, a correção corresponde, na realidade, a um imperativo ético baseado na boa fé das partes e no respeito à vontade real delas.[...]. A cláusula de correção monetária não é a injeção de morfina a que se referem alguns autores. É um grande remédio para grandes males [...sendo] uma técnica pela qual se adapta a lei à realidade evitando-se a *revolta dos fatos contra o direito*.²⁷¹

Dornelles da Luz, tratando especificamente do mútuo bancário, chega a considerar a correção monetária verdadeiro pressuposto legal dele. A correção deve incidir sobre a quantia mutuada, sob pena do próprio desfiguramento do mútuo, como leciona o brilhante jurista:

A obrigação de restituir o equivalente pode ficar seriamente comprometida nas dívidas de dinheiro, no caso de forte erosão inflacionária, se não houver, de contrapeso, um mecanismo de indexação que corrija o poder de compra da moeda a ser devolvida. Verdadeiramente nem um mutuante concederia empréstimo para receber menos, porque isso constituiria desfiguramento do mútuo, associando-o com doação da parte dos recursos não restituíveis. Por contrariar, portanto, a regra de direito pertinente ao instituto, independentemente da autorização legislativa específica, o Poder Judiciário possui instrumentos jurídicos para proceder a restauração da moeda em seu poder aquisitivo, pois é exigência da equidade sua correção, porque o que importa, nesse caso, não é a equivalência física, sua expressão extrínseca, mas a equivalência em valor, única realidade econômico-jurídica. Tratando-se de mútuo, sua correção é um pressuposto legal.^{272 273}

²⁶⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Ob. cit., p. 277-278.

²⁶⁹ WALD, Arnoldo. A evolução da correção monetária na *era da incerteza*, ob. cit., p. 9-24.

²⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 10.

²⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 23.

²⁷² A única exceção a esta regra, segundo o autor, seria a do art. 1.258 do Código Civil, no mútuo irregular de moedas de ouro e prata. Foi em consonância com tal regra que o Poder Judiciário, quando do Plano Cruzado,

Mas se deve avaliar também se a incidência da correção monetária não fere o curso forçado e legal da moeda. Luiz Gastão Paes de Barros Leães coloca esta questão.²⁷⁴ A moeda oficial, de curso legal ou forçado, tem sempre um valor nominal, que é relativo e convencional, bem como tem um poder aquisitivo, um poder de compra de bens e serviços. A perda do seu poder de compra é a perda de seu valor real. E daí se questiona se é lícito às partes, frente ao curso forçado e legal, promover livremente a compatibilização entre o valor real e o valor nominal da moeda, mediante indexação. Embora o autor trate da possibilidade de cláusulas indexatórias, suas considerações valem também para a correção monetária.

Segundo o autor, o curso legal é uma qualidade que reveste a moeda pela qual esta se impõe no país como meio de pagamento, não pode ser recusada na liberação de obrigações pecuniárias. Já a regra legal do curso forçado não se refere apenas à aceitação obrigatória da moeda como instrumento de pagamento, mas se reporta à imposição da moeda oficial como *único* instrumento válido de pagamento nas obrigações internas. Como ressalta Leães, são distintos o curso legal e o forçado:

Confunde-se, com freqüência, a noção de *curso legal* com a de *curso forçado*, mas são conceitos distintos. O curso legal faz com que determinada moeda passe a revestir efeito liberatório compulsório, de sorte que ninguém pode recusar-se a receber a moeda do País quando oferecida pelo devedor em pagamento de sua dívida de dinheiro. Já o curso forçado tem significação diferente: torna a moeda de curso legal o *único* instrumento idôneo de pagamento dessas obrigações.²⁷⁵

Esclarece o autor que no direito brasileiro a correção monetária passou, gradualmente, de remédio excepcional à regra geral. E desde 1.933 há legislação no país sobre curso forçado e poder liberatório da moeda nacional. Esta convivência revela que o curso forçado e legal, e a correção monetária e atualização do poder de compra, são regimes perfeitamente compatíveis. Assevera Leães:

Com efeito, a questão do valor da moeda, como meio de pagamento, nada tem a ver com a questão do curso legal ou forçado, na medida em que o curso legal ou forçado diz respeito à *circulação* da moeda nacional, e a sua atualização, à mera recomposição do seu *valor*. Eventual diminuição do poder de compra da moeda interfere, por certo, em sua função valorativa, mas não importa em restrição à

veio admitir o instituto da lesão, mesmo sem previsão no ordenamento (evolução da corrente do direito alternativo), para corrigir os valores, passado o período de congelamento artificial, que provocou desequilíbrio das partes no contrato. O Estado, afinal, tem o dever de reparar o dano por ele produzido, especialmente nos contratos quando, cerceando a liberdade inerente à autonomia privada, dá causa ao desequilíbrio.

²⁷³ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 97.

²⁷⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 88, p. 10-24, 1.992.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 11.

fungibilidade, como instrumento de pagamento. Daí a plena validade das cláusulas indexatórias, ainda que a moeda indexada tenha, por lei, curso legal ou forçado.²⁷⁶

Fábio Konder Comparato se posiciona no mesmo sentido, entendendo que “*Diversa da questão do curso legal, ou do curso forçado, é a do valor da moeda como meio de pagamento. Aquela diz respeito à circulação da moeda nacional; esta, ao seu poder aquisitivo.*”²⁷⁷ Deste modo, a legislação brasileira, ao impor o curso forçado e legal da moeda, não obsteu a correção monetária ou a indexação por cláusula contratual.

E ressalta Comparato que, embora possam as legislações se classificar em nominalistas ou valoristas, conforme imponham ou não o respeito ao valor nominal da soma devida nas obrigações pecuniárias, a legislação pátria não adotou o sistema nominalista. Afirma o autor: ‘

Em nenhum dos dois Códigos [Comercial e Civil], impôs-se aos credores de somas pecuniárias o recebimento da quantia expressa no título de dívida pelo seu valor nominal, com proibição de ágio ou indexação a outro parâmetro de avaliação. As disposições do art. 195 do CCom. e do art. 974 do CC dizem respeito à espécie de moeda de pagamento e não ao seu poder aquisitivo. E a norma do art. 1.258 do CC, que é *ius dispositivum*, só se aplica à hipótese que menciona: mútuo em moedas de ouro e prata.²⁷⁸

Deste modo, por fim, observa-se que, além de uma multiplicidade de argumentos favoráveis à correção monetária, não há óbice a ela no sistema jurídico positivo brasileiro. Assim é que, atualmente, a aplicação da correção monetária tem sido admitida e propugnada pela esmagadora maioria dos autores, como uma medida de equidade contratual. Mas nem sempre a questão se mostrou tão clara. Na evolução da legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras da correção monetária, os entendimentos foram os mais diversos, inclusive quanto ao objeto e termo *a quo* de sua incidência.

CAPÍTULO 3 – EVOLUÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

Uma aguda inflação permaneceu no cenário brasileiro por longa data, e com o passar dos anos o tratamento jurídico do fenômeno amadureceu. João Luiz Coelho da Rocha afirmava, em 1.989, antes, pois, do Plano Real, que “*A convivência do fenômeno*

²⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 12.

²⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Cláusulas contratuais e indexação de preços. Ob. cit., p. 36.

*inflacionário com a economia brasileira – com a sociedade brasileira – tem-se caracterizado por dois traços básicos: a permanência e a progressividade.*²⁷⁹ Já em 1.975 Penalva Santos afirmava que “*O Brasil é um país que, há algumas décadas, vem sendo assolado pela inflação, considerada fenômeno permanente.*”²⁸⁰

No amadurecimento do tratamento jurídico da matéria, desde a antiga predominância do nominalismo, até a atual predominância do valorismo, o percurso foi traçado por evoluções demoradas e nem sempre lineares e concatenadas da doutrina, legislação e jurisprudência. Por sinal, a jurisprudência teve papel de destaque neste contexto, assumindo muitas vezes papel criativo do direito frente à mora legislativa. Assim assinala João Luiz Coelho da Rocha:

Pois em países como o Brasil, de tradição cultural latina e formação ibérica, onde dificilmente a formulação jurídica não anda a reboque, bem atrás, dos fatos econômico-sociais, não é de espantar que a reciclagem inflacionária, e uma de suas seqüelas econômicas, a correção monetária, tenham encontrado grande resistência e enfrentado longa demora em se ver devidamente mensurados e tomados em conta pelo direito legislado, e sobretudo por aquele provindo da voz jurisprudencial.²⁸¹

A evolução do tratamento jurídico da correção monetária se deu desde o início com os pés fincados na clássica e rígida distinção entre dívidas de valor e dívidas pecuniárias. Penalva Santos de modo claro e sucinto as distinguiu, partindo de trabalho de Ruy Cirne Lima.²⁸² Na dívida em dinheiro ou pecuniária a prestação tem por base a moeda, que é o padrão de cômputo que determina o valor a prestar. Assim, a medida da prestação é determinada pelo valor nominal da moeda e não pelo seu poder aquisitivo. Já na dívida de valor, ao contrário, é a medida da prestação que determina o valor a ser prestado em moeda, levando-se em consideração, pois, o seu poder aquisitivo.

Leciona Penalva Santos:

Em assim sendo, esclarece o renomado autor [Ruy Cirne Lima] a verdadeira distinção entre as duas espécies de dívida:

- a) nas dívidas de valor propriamente ditas, o valor é o que lhes provém da medida da prestação a ser satisfeita em moeda;
- b) nas dívidas em dinheiro, o valor é o que lhes impõe a moeda a ser prestada, isto é, a moeda é o objeto imediato da prestação, enquanto que, nas dívidas de valor, o objeto imediato da prestação é o valor que, mediatamente, por intermédio da moeda será prestado.²⁸³

²⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 37.

²⁷⁹ ROCHA, João Luiz Coelho da. Falta ou atraso de pagamentos contratuais. Correção monetária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 74, p. 83, 1.989.

²⁸⁰ SANTOS, J. A. Penalva. Ob. cit., p. 55.

²⁸¹ ROCHA, João Luiz Coelho da. Ob. cit., p. 83.

²⁸² SANTOS, J. A. Penalva. Ob. cit., p. 56 e 57.

²⁸³ *Idem, ibidem*, p. 57.

O emprego da expressão “correção monetária” teria se dado, pela primeira vez, pelo Grupo de Trabalho nº 1 do Conselho de Desenvolvimento criado por despacho presidencial em 1.956 para rever a legislação dos serviços de energia elétrica. Este grupo sugeriu um novo regime econômico financeiro para as empresas de energia elétrica, com um sistema de correção, o que foi submetido à aprovação do Congresso Nacional. Embora não tenha sido convertido em lei, o sistema foi posteriormente reproduzido na lei nº 3.470.

A expressão fora usada no lugar de “reavaliação do ativo”, para não se proceder uma nova avaliação dos bens ou capital, mas apenas ajustar a expressão monetária do valor original.²⁸⁴ Afirma Letácio Jansen que “*Antes de 1964, em questões que envolviam obrigações monetárias, os tribunais aplicavam, como regra geral, o princípio do valor nominal, tradicionalmente consagrado em nosso direito.*”²⁸⁵

Frente à inflação e à necessidade que se impunha de uma atitude realista com relação ao desajuste do mecanismo contratual, iniciou-se a partir de 1.964 uma política legislativa com esse objetivo. Assim, a lei nº 4.357, de 10 de julho de 1.964 veio instituir a ORTN (Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional), como fator de correção para determinadas prestações de dinheiro.

Em seguida vieram outras leis: a lei nº 4.595/64 sobre o sistema financeiro nacional; a lei nº 4.830/64 sobre o sistema financeiro habitacional; no setor fiscal a lei nº 4.506/64; no setor de mercado de capitais a lei nº 4.728/65; no setor de seguros o decreto-lei nº 73/66 e a lei nº 5.488/68; nas desapropriações a lei nº 4.886/65; no setor imobiliário a lei nº 5.455/68, etc. A correção monetária dependia de lei, caso a caso. “*Em suma: institucionalizou-se a correção monetária pela via legislativa, relativa a certas obrigações entre particulares e, com especial ênfase, nos débitos fiscais, quando emerge interesse do Estado*”²⁸⁶, resume Penalva Santos.

A par de leis específicas que o Poder Legislativo foi editando, viabilizando a correção monetária em campos restritos, a jurisprudência veio reconhecer a correção nos danos pessoais decorrentes de atos ilícitos, evidentes dívidas de valor. Roberto Rosas retrata essa evolução:

O ressarcimento do dano pessoal foi o primeiro a clamar a atualização do valor. O atraso no cumprimento da obrigação de indenizar era deveras lamentável, e o credor da obrigação muitas vezes aguardava anos para o recebimento.

²⁸⁴ JANSEN, Letácio. O direito e a transição para um regime de estabilização monetária. Ob. cit., p. 88-89.

²⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 90.

²⁸⁶ SANTOS, J. A. Penalva. Ob. cit., p. 56.

É o dano causado por lesões físicas ou morais à pessoa. Por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal já assentava na Súmula 490: “A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se às variações ulteriores”.

A indenização por dano pessoal tem caráter alimentar, da própria manutenção e subsistência do indivíduo. Não pode ser postergada. Desta forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal passou a aceitar a correção monetária na indenização do dano pessoal (p. ex., RE 70.289, RTJ 57/439; RE 71.549, RTJ 58/764), não sem antes exigir a previsão legal (RE 72.648, RTJ 59/626), exigência superada.^{287 288}

Contudo, adverte Rosas que o ponto básico da indenização por perdas e danos é a indenização pelos danos patrimoniais, que ficara excluída. E para que sobre esta dívida incidisse a correção monetária foi necessário um outro passo da jurisprudência. O obstáculo era a inexistência da previsão legal e a predominância, àquela época, do nominalismo monetário. Por muito tempo o Ministro Aliomar Baleeiro foi voto vencido nesta tese para admitir aí a correção monetária, negando-a por diversas vezes o Supremo Tribunal. Alertava o Ministro, citado por Rosas: “*Em nenhum outro assunto atual, pois, é mais urgente a ação construtora do Supremo do que nesse da correção monetária, sem a qual o cumprimento das obrigações se degrada numa irrisão*’ (ERE 75.504).”²⁸⁹

Assim, por exemplo, em 1.973 o STF decidia de acordo com o voto do Ministro Relator Oswaldo Trigueiro, no RE n° 76.399:

Em numerosos casos, o Supremo Tribunal tem decidido que a correção monetária somente é cabível quando decorrente de preceito constitucional ou legal (recursos extraordinários ns. 66.583, RTJ 53/378; 68.196, RTJ 56/858; 71.050, RTJ 59/848; 70.703; 73.638; 73.176).

Reportando-me a esses precedentes, conheço do recurso e lhe dou provimento.

Decisão: Conhecido unanimemente e provido, contra os votos dos Mins. Rodrigues de Alckmin e Aliomar Baleeiro, 1ª Turma, em 15.6.1973.²⁹⁰

Até que no RE n° 89.663, em 1.975, após a luta argumentativa empreendida pelo Ministro Baleeiro, a tese da atualização da indenização decorrente de dano material foi consagrada pelo Supremo Tribunal Federal. O Pretório Excelso reconheceu a aplicação da correção por se tratar de dívida de valor. E após esta histórica decisão, o Supremo passou a pacificar este posicionamento, o qual consubstanciou-se no enunciado da súmula n° 562,

²⁸⁷ ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**, 10 ed., Malheiros, São Paulo, 2.000 p. 271.

²⁸⁸ Quanto à súmula 490 do STF escreve Rosas, na ob. cit., p. 214, que ante à necessidade da atualização dos valores dos danos pessoais na responsabilidade civil, uma das primeiras soluções foi tomar por base o salário mínimo vigente, com as posteriores variações. Mas a lei n° 6.205/75 descaracterizou o salário mínimo como fator de correção monetária, adotando as ORTN, tendo o STF dado pela invalidade da adoção do salário mínimo.

²⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 319.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Correção monetária – cabimento somente quando contratualmente estipulada ou expressamente autorizada por lei – Recurso extraordinário conhecido e provido. RE n° 76.399. Sociedade de Diversões Pachinko Ltda. e Estado de São Paulo. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. 15 jun. 1973. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro**, São Paulo, n 12, p. 98-99, 1.973.

aprovada em sessão plenária de 15 de dezembro de 1976: “Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios dos índices de correção monetária.”

Mas a jurisprudência, embora deste modo reconhecesse a correção monetária nas dívidas de valor, com relação às dívidas pecuniárias revelou-se ainda tímida, insistindo na inadmissibilidade de sua correção sem previsão legal. Curioso que mantivesse o Supremo este posicionamento, embora já reconhecesse a injustiça disto. Com efeito, no “Diagnóstico para Reforma do Poder Judiciário, oferecido pela Suprema Corte em 1975, e que teve importante papel na edição da súmula nº 562 no mesmo ano, afirmava em seu § 9º:

A pleora de processos cíveis, entre mais razões que a explicarão, encontra estímulo no desgaste do poder aquisitivo da moeda e na inexistência de atualização ou correção monetária das condenações. Obrigado, pelo Estado, a recorrer-lhe à Jurisdição, para obter reparo de lesão do seu direito, o demandante vencedor obtém reparação incompleta e desvaliosa, pela indispensável demora da demanda, com benefício do litigante sem razão.²⁹¹

Deste modo, embora solucionado o problema diagnosticado em relação às dívidas de valor, com a edição das súmulas nº 490 e nº 562, as dívidas pecuniárias careciam de solução jurídica. O decurso do tempo gerava clara injustiça, carcomendo o valor real da quantia nominal prevista na obrigação. Frente a isto já em 1975 havia doutrina que sustentava a extensão da correção monetária às dívidas pecuniárias. Assim sustentava Penalva Santos, em seu artigo de 1975²⁹², que a dívida de dinheiro passa, com a instauração da lide, a funcionar como se fosse verdadeira dívida de valor.

O autor citado já havia percebido a orientação dos Tribunais no sentido de aplicar às dívidas de valor a correção monetária. Bem como notara que foi instituída a correção monetária para dívidas pecuniárias em diversos setores através de leis específicas. Parte o autor disso tudo e defende a extensão da correção monetária a todas as dívidas pecuniárias no foro comum entre particulares, pois tais dívidas transmutam-se em verdadeiras dívidas de valor quando levadas a juízo.

Embora a tese ainda se prenda à tradicional dicotomia de dívidas, e defenda a aplicação generalizada da correção somente a partir da citação, não deixa de ser uma evolução frente ao panorama da época. Assim coloca Penalva Santos sua tese:

O problema que se põe diante de nós: o de se saber até que ponto pode ser mantido o princípio nominalista nas dívidas de dinheiro ou pecuniárias, verdadeira *fiction iuris* da perenidade do valor da moeda, encontra à frente uma situação de inflação declarada abertamente na maioria dos países [...].

²⁹¹ Roberto Rosas, na ob. cit., transpõe este artigo do Diagnóstico do STF, na p. 273.

²⁹² PENALVA SANTOS, J. A. Ob. cit., p. 57-59.

[...]. [...] a entrega jurisdicional deve ser feita pela moeda da execução, e não pela unidade monetária ao tempo da propositura da ação, sob pena de beneficiar-se o devedor com o retardamento do pleito, considerado verdadeiro locupletamento à custa do credor.

Nesta ordem de considerações, e levando em conta a instauração da lide, a dívida pecuniária ou de dinheiro passa a funcionar como se fora uma dívida de valor, no sentido de que não é determinada quantidade de dinheiro que o credor pretende, *em moeda fortemente depreciada*, sem uma correspondência em bens passíveis de serem adquiridos, mas uma quantidade de moeda que lhe permita adquirir a mesma quantidade de bens que o faria, se o devedor não houvesse recusado o pagamento, ao tempo do ajuizamento da ação.²⁹³

Interessante é aqui notar que desde 1.966 estava autorizada a implementação da correção bancária pelos estabelecimentos bancários sobre títulos de crédito descontados ou caucionados e os em cobrança simples, liquidados após o vencimento, calculada sobre os dias em atraso. Foi ela introduzida como uma penalidade extrajudicial denominada “Comissão de Permanência”, autorizada pela Resolução n° 15 de 28/01/1.966, e regulamentada pela Circular n° 82.²⁹⁴

Foi nesse panorama, em que a jurisprudência se negava a aplicar a correção monetária nas dívidas pecuniárias sem previsão legal, que foi editada a lei n° 6.849, que permitiu a correção plena, a contar da data do vencimento, dos títulos levados a juízo que legitimem processo de execução, bem como a famosa lei n° 6.899, de 8 de abril de 1.981. Estabeleceu esta lei:

Art. 1° A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

§1° Nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a contar do respectivo vencimento.

- §2° Nos demais casos, o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação.

Art. 2° O Poder Executivo, no prazo de 60 dias, regulamentará a forma pela qual será efetuado o cálculo da correção monetária.

Art. 3° O disposto nesta lei aplica-se a todas as causas pendentes de julgamento.

Art. 4° Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 5° Revogam-se as disposições em contrário.

O decreto que veio regulamentar esta lei é o de n° 86.649, de 25 de novembro de 1.981, com o seguinte teor:

Art. 1° Quando se tratar de dívida líquida e certa, a correção monetária a que se refere o art. 1° da Lei n. 6899, de 8 de abril de 1981, será calculada multiplicando-se o valor do débito pelo coeficiente obtido mediante a divisão do valor nominal reajustado de uma Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN) no mês em que se efetivar o pagamento (dividendo) pelo valor da ORTN no mês do vencimento do título (divisor), com abandono dos algarismos a partir da quinta casa decimal, inclusive.

Parágrafo único. Nos demais casos, o divisor será o valor da ORTN no mês do ajuizamento da ação.

Art. 2° A correção monetária das custas a serem reembolsadas à parte vencedora será calculada a partir do mês do respectivo pagamento.

²⁹³ *Idem, ibidem*, p. 58.

²⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 57.

Art. 3º Nas causas pendentes de julgamento à data da entrada em vigor da Lei n. 6899/81 e nas ações de execução de títulos da dívida líquida e certa vencidos antes do advento da mesma lei, mas ajuizadas a partir do início de sua vigência, o cálculo a que se refere o art. 1º se fará a partir de 9 de abril de 1981.

Art. 4º Nos débitos da Fazenda Pública objeto de cobrança executiva ou decorrentes de decisão judicial, a correção monetária continuará a ser calculada em obediência à legislação especial pertinente.

Art. 5º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Antes da lei nº 6.899/81, era a exegese literal do art. 1.061 do Código Civil que atravancava a correção monetária, ao afirmar que a indenização pela mora consiste em apenas o pagamento dos juros legais e da pena convencional. O princípio da responsabilidade pela mora era limitado pelo art. 1.061. Daí o entendimento da inadmissibilidade da correção sem previsão legal. Mas como visto a jurisprudência já havia rompido este limite com relação às dívidas de valor.

Daí notar Kasuo Watanabe, citado por Ada Pellegrini Grinover em seu artigo “A Correção Monetária e a Lei 6.899/81”²⁹⁵, que tal lei “*Veio explicitar princípio já existente no ordenamento, e que vinha sendo revelado pela jurisprudência. Ou seja, o princípio da revalorização de toda dívida do devedor moroso, pelo critério da correção monetária. Correção monetária que, como se sabe, nada acresce à dívida, mas é a própria dívida em sua manifestação atualizada.*”²⁹⁶

Com esta lei, nota Roberto Rosas que o único obstáculo à correção monetária das dívidas em dinheiro, que era a inexistência de previsão legal, restava assim superado. Daí passou-se a aplicar a correção monetária às dívidas de dinheiro a partir da data da publicação do diploma legal, o dia 9 de abril de 1.981.²⁹⁷ Já nas dívidas de valor a jurisprudência já trazia a correção, o que foi consolidada pela lei, mas ressalta Grinover que esse diploma veio ampliar, e não reduzir, a aplicação da correção, de modo que nas dívidas de valor, para a autora, a correção continua a se fazer a partir do dano, na linha jurisprudencial, e não a partir do ajuizamento da ação, como trouxe a lei.²⁹⁸ Com efeito, ainda hoje consagra a súmula nº 43 do STJ que: “*Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.*”

²⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A correção monetária e a lei 6.899/81. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. CANTO, Gilberto de Ulhoa (coordenadores). **A correção monetária no direito brasileiro**, Saraiva, São Paulo, 1.983, p. 319-326.

²⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 321.

²⁹⁷ ROSAS, Roberto. Ob. cit., p. 320.

²⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. cit., p. 321 e ss.

E entendeu o Pretório Excelso que não há dúvida da desnecessidade do pedido de condenação com correção monetária, para que esta incida, pois a reparação deve ser ampla.²⁹⁹ Efetivamente, assim, a lei trouxe uma evolução no tratamento jurídico da matéria. Mas não era ainda o último passo necessário.

Pela lei nº 6.899/81 a grande maioria dos débitos, que não comportam a via privilegiada da execução, apenas se beneficiam da correção monetária se cobrados judicialmente e após a data de citação do devedor. Daí assinalar Coelho da Rocha:

Teremos aí então uma imensidão de dívidas, oriundas dos mais diversos ajustes, as quais, se não honradas pelos seus respectivos devedores, estariam amesquinhasadas ao correr do tempo e das negociações acaso mantidas para seu recebimento.

Somente aquele credor que, de modo expedito e sem considerações outras, ajuizasse ação de cobrança logo após o vencimento do débito em aberto, e lograsse cedo citar o devedor, estaria se resguardando adequadamente do desgaste inflacionário e reduzindo a perda monetária.

Tudo isto sempre representou um vetor de estímulo ao mau pagador, ou a devedores sem grandes reservas de moralidade comercial, que, lançando mão de recursos e valendo-se de direitos formalmente límpidos a seu favor, somente pagam em juízo, ganhando algo no diferencial entre os dias de vencimento do débito e o de sua citação processual.³⁰⁰

Restava ainda, pois, esta questão a se solucionar. E a incidência da correção monetária desde a mora do devedor na generalidade das dívidas pecuniárias teve por marco o ano de 1.987, rompendo-se a barreira antes tão nítida e rígida entre dívidas pecuniárias e de valor. Lapidariamente retrata a fundamental evolução Coelho da Rocha:

Quer nos parecer que foi em obséquio a este quadro tão nítido de distorção econômica – e moral – das relações de comércio que o STF acabou evoluindo para configurar “o ilícito contratual como fonte direta de correção monetária, ainda que a lei ou o contrato não tenha previsto”.

Nesta decisão de 24.3.87, no RE 110.436 (RT 121/761) a Suprema Corte, pela sua 2ª Turma, de modo unânime, equiparou o ilícito extracontratual à falta contratual, determinando que mesmo se a lei ou o contrato não contemplarem correção monetária para débitos semelhantes, derivados daquela última, a correção incide.

Mais adiante, em 22.5.87, a mesma 2ª Turma da Corte Suprema, decidindo por unanimidade o RE 112.265, declarou que: “a jurisprudência do Supremo é pacífica no sentido de que, no ilícito contratual, é devida a correção monetária independentemente da Lei 6.899” (RTJ 122/419).

Esta evolução jurisprudencial vem corrigir aquela distorção econômica tão injusta para os credores contratuais. Podemos agora afirmar que em caso de inadimplência contratual, falta ou atraso em pagamento devido, o credor, prejudicado pela demora verificada, se habilita a receber o que é seu, mesmo pela via ordinária – se o título não ensejar a execução – fluindo a seu lado a correção monetária mesmo antes da data de chamamento do devedor a juízo.³⁰¹

Fábio Konder Comparato, no seu estudo “A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas conseqüências”³⁰² analisa de modo precioso o fundamento desta evolução da jurisprudência. Observa o autor que “*O instituto da mora não tem sido bem*

²⁹⁹ ROSAS, Roberto. Ob. cit., p. 321.

³⁰⁰ ROCHA, João Luiz Coelho da. Ob. cit., p. 84.

³⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 84.

compreendido em nossa teoria jurídica.”³⁰³ Mora não se identifica com o inadimplemento absoluto, como muitos têm entendido. E têm também entendido deficientemente que a caracterização da mora do devedor tem por elemento essencial a culpa, enquanto a do credor não. Segundo o autor:

É, pois, indispensável, se se quiser entender logicamente o sistema, admitir que a mora, seja do credor, seja do devedor, caracteriza-se, *objetivamente* [grifo nosso] pelo fato de a prestação devida não ser recebida, ou ter sido cumprida fora do tempo, do lugar ou da forma que se convencionou. Compete à parte à qual se imputa a mora demonstrar que agiu sem culpa, eliminando, destarte, os efeitos jurídicos que a lei faz decorrer daquela situação.³⁰⁴

Ressalta Comparato que em três acórdãos de 1.987, nos quais foi relator o Ministro Francisco Resek, foi que se firmou em nosso direito positivo a tese jurisprudencial de que a mora, nas obrigações contratuais pecuniárias, acarreta a responsabilidade do devedor de pagar o principal corrigido monetariamente. Resek, nos RE nº 110.436 e RE nº 107.603, equiparou o ilícito contratual ao extracontratual, condenando o devedor ao pagamento de valores reais, e não nominais. No RE nº 112.265 se afirmou que a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que no ilícito contratual é devida a correção monetária independentemente da lei nº 6.899/81, isto é, mesmo antes do ajuizamento da competente ação judicial.

E pergunta Comparato: qual o fundamento racional dessa jurisprudência? Esclarece que na Súmula nº 562 já se havia firmado que na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor. Tal foi estendido ao campo dos contratos porque se reconheceu, implicitamente, a unidade essencial de fundamento de ambas as responsabilidades, embora haja diferenças pontuais entre elas.

Antigamente havia fundamento na distinção, pois a responsabilidade por ato ilícito era sinônimo de vingança privada, não comportando idéia de dívida ou de reparação. Mas essa idéia evoluiu, passando à concepção de composição voluntária, e depois de composição legal. A apresentação dicotômica das obrigações em dívidas de dinheiro e de valor, sob forma de “summa diviso”, nas “Institutas” de Gaio, deixou de ter aspecto de radical dicotomia, para se tratar de atenuada distinção de regime jurídico, com a admissão de que as obrigações delituais têm por função, primordialmente, reparar o dano provocado pelo malefício.

Daí a tentativa do fim do século passado, na França, de resgate da separação absoluta entre responsabilidades, foi um retorno histórico. Afirma Comparato que “*Hoje, a tendência*

³⁰² COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**, Saraiva, São Paulo, 1.990.

³⁰³ *Idem, ibidem*, p. 365.

³⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 366.

dominante, em todos os sistemas jurídicos ocidentais, é de superar esta clássica dicotomia.”³⁰⁵ A responsabilidade contratual também se funda no prejuízo e visa tanto à reparação dos efeitos no patrimônio do prejudicado, quanto a punir o causador do dano, como medida sancionadora e preventiva. A diferença está apenas na origem, havendo a perquirição de estar ou não o responsável vinculado a deveres estipulados em contrato, mas tal só para se determinar se há ou não mora.

A partir disto, Comparato traz uma exegese aperfeiçoada do art. 1.061 do diploma civil, já que no artigo as perdas e danos só abrangem o principal devido. Este principal, por óbvio, não pode deixar de ser pago. E, nas palavras do autor:

[...] a correção monetária não pode ser, tecnicamente, considerada um acréscimo ao principal, mas sim a sua recomposição. Se o devedor de pecúnia está em mora temporal de pagá-la e vem a ser condenado no principal em valor nominal, ele encontrar-se-á em situação melhor do que se tivesse cumprido pontualmente seu dever; o credor, por sua vez, não obterá a plena satisfação de sua pretensão contratual nem verá ressarcido o prejuízo que a mora lhe causou.³⁰⁶

A exegese literal do artigo 1.061 do Código Civil peca por falta de técnica, operando uma disfunção da responsabilidade civil, e é poderoso estímulo ao inadimplemento das obrigações em épocas inflacionárias. Em face do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, a interpretação literal aí é um contra-senso interpretativo. Nisto também concorda Coelho da Rocha, ao afirmar que “*A estreita visão do art. 1.061 do CC parece assim superada.*”³⁰⁷

Deste modo se conclui a evolução do tratamento jurídico da correção monetária no direito brasileiro. O STF imprimiu uma evolução jurisprudencial flagrantemente benéfica, demonstrando capacidade de formulação precisa do direito à inegável realidade. A correção monetária incide quer sobre dívidas de valor, quer sobre dívidas pecuniárias, perdendo importância essa outrora rígida distinção.

Talvez permaneça ainda uma questão a ser abordada. Ficou claro que incide a correção quando da mora do devedor em obrigação contratual. Mas, e antes de se configurar a mora, no período entre a estipulação contratual e o vencimento da obrigação, se houver desvalorização da moeda, é possível a correção monetária do valor?

É verdade que atualmente a questão não tem tanto relevo, em face do grau de estabilidade econômica atingida com o Plano Real, em que a inflação não tem alcançado os elevados índices de outrora. Além disto muitas vezes os credores se munem de cláusulas de

³⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 369

³⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 371.

³⁰⁷ ROCHA, João Luiz Coelho da. Ob. cit., p. 85.

indexação, as quais serão abordadas no próximo capítulo. Mas, não é questão meramente teórica, pois há possibilidade fática, ainda mais ante a uma desestabilização econômica. Assim é que o Superior Tribunal de Justiça proferiu a decisão consubstanciada na seguinte ementa, no RESP nº 2.430/SP, em 06 de agosto de 1.990:

CORREÇÃO MONETÁRIA. CONTRATOS CELEBRADOS SEM SUA PREVISÃO. INCIDÊNCIA. - NÃO CONSTITUINDO A CORREÇÃO MONETÁRIA UM PLUS, MAS MERO INSTRUMENTO DE ATUALIZAÇÃO DA MOEDA DESVALORIZADA PELA INFLAÇÃO, DEVE ELA INCIDIR MESMO NOS CONTRATOS PACTUADOS SEM SUA PREVISÃO.

Tratava-se de contrato bancário sem pactuação de correção monetária, e no seu voto, o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Dias afirmou: *“Partindo da premissa, firmada por esta Turma, de que a correção monetária não constitui um ‘plus’, representando mera atualização da moeda aviltada pela inflação, não vejo como negar sua aplicação, sob pena de enriquecimento sem causa, dados os elevados índices inflacionários.”* Este entendimento foi reiterado no RESP nº 6.220/Sergipe, que tratava de cédula de crédito rural sem pactuação de correção monetária, tendo por Relator o Ministro Fontes de Alencar.

Na doutrina Mauro Brandão Lopes, já em 1.983, abordava a questão, afirmando que a lei nº 6.899/81 não tinha resolvido a questão quando o devedor não está em mora e a quantia fora defasada pela inflação. Afirmava o autor estar tal questão *“[...] à espera de solução legislativa, ou de construção jurisprudencial corajosa.”*³⁰⁸

E asseverava o autor que tal construção seria incentivada pelo princípio basilar da teoria dos contratos onerosos, o da equivalência das prestações dos contratantes, que reafirma a característica da comutatividade nos ajustes contratuais, no plano subjetivo (cada parte considera equivalente o que dá e o que recebe da outra), e a característica da não-lesão no plano objetivo (ocorre lesão quando a inflação introduz patente desequilíbrio de prestações, tornando inaplicáveis em sua literalidade os dispositivos do Código Civil).

Entende Brandão Lopes que seria uma nova teoria fundada no instituto da lesão. Tal teoria teria apoio no princípio constitucional da isonomia, pois ao legislador não cabe negar às dívidas pecuniárias não-indexadas a proteção que confere às dívidas pecuniárias indexadas e às dívidas de valor, firmando-se o princípio, então, de que o credor tem o direito de se recusar a receber crédito em moeda desvalorizada.

Deste modo, as duas outras dívidas (de dinheiro indexadas e de valor) continuam com seus próprios sistemas de atualização (na primeira incide o índice pactuado pelas partes e na

³⁰⁸ LOPES, Mauro Brandão. Ob. cit., p. 315.

segunda o valor nominal só é aferido no momento do pagamento descabendo correção), aplicando-se a “correção monetária” a esta terceira dívida, e somente a ela, buscando o magistrado o método de atualização mais adequado para restauração da equivalência das prestações. Assim “*Ter-se-á por enquanto afastado de vez o princípio nominalista da moeda, e talvez indefinidamente, com conseqüências que aos economistas caberá determinar.*”³⁰⁹

Com efeito, são procedentes os argumentos de Brandão Lopes. Contudo hoje a sua “construção jurisprudencial corajosa” não seria mais tão corajosa assim, tendo em vista os avanços da jurisprudência desde a época em que o autor publicou o artigo (1.983).

Realmente, no caso de desatualização do valor nominal da prestação contratual em dinheiro devida antes do vencimento da obrigação, cabe ao juiz aplicar a correção monetária, se cabível, a partir da análise da situação fática e dos fundamentos da correção monetária desenvolvidos no capítulo 2. E haverá uma série de fatores que o juiz deverá considerar: se houve desvalorização não prevista pelas partes, se há desequilíbrio, injustiça, contratual, a boa-fé das partes, eventual aplicabilidade da teoria da imprevisão, etc.

Contudo, não se pode esquecer hoje que a própria pactuação de cláusulas de correção monetária encontra restrições, impostas pela lei nº 10.192/2.001, frente a uma economia em que os índices inflacionários são baixíssimos se comparados com os de outrora. Como será analisado no capítulo seguinte, de modo geral é vedada pela lei a pactuação de correção em contratos de duração inferior a um ano, salvo exceções que estipula (são excetuados os contratos bancários, e aí os de mútuo bancário). Deste modo, o juiz deve atuar com atenção, pois seria ilógico conceder a correção quando não pactuada, num panorama de baixos índices inflacionários, em um contrato no qual a estipulação da correção estaria vedada.

O panorama atual da correção monetária, aqui retratado, é facilmente perceptível da leitura das notas, no capítulo referente à correção monetária instituída pela lei nº 6.899/81, do famoso Código de Processo Civil anotado por Theotonio Negrão.³¹⁰

Por fim, encerrando o capítulo, é oportuno destacar este trecho lapidar de recente voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, que retrata o posicionamento atual, já sedimentado, do Supremo Tribunal Federal (AI 232.682-3, DJU 24/2/99):

A correção monetária não é remuneração do capital, não se caracteriza como juros ou mesmo sanção, trata-se de mero fator de recomposição do valor nominal da moeda no sentido de evitar, sempre que

³⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 317.

³¹⁰ BRASIL. Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor / organização, seleção e notas Theotonio Negrão; com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. – 31 ed., atualizada até 5 de janeiro de 2.000. – Saraiva, São Paulo, 2.000, p. 1.872-1.891.

possível, sua corrosão frente aos efeitos inflacionários avassaladores que tomam conta deste país. A correção dos débitos ou daquilo que é pago com atraso é meramente para repor o valor respectivo do *status quo ante* [...]. Arrematando essa conclusão, fidedigna, considerados os ditames constitucionais, fez ver o nobre Relator no julgamento da apelação, Desembargador Décio Antônio Erpen: *Arremataria dizendo que a lei não esgota o Direito; e o Direito não esgota a realidade*.

Nada mais oportuno, ante a necessidade de implementar-se o trinômio ressaltado por Miguel Reale – Lei/Direito/Justiça. Não se trata, em si, do que se poderia chamar direito alternativo ou ativismo judiciário. Simplesmente, com o que decido até aqui, buscou-se a maior eficácia possível do arcabouço normativo constitucional, cumprindo o Judiciário o dever que lhe cabe, ou seja, de, mediante atos visando a tornar prevacente a Lei, o Direito e a Justiça, contribuir, de forma concreta, para a organização social, a crença dos jurisdicionados na atuação do próprio Estado.³¹¹

CAPÍTULO 4 – CLÁUSULAS DE INDEXAÇÃO

Fábio Konder Comparato, em seu artigo “Cláusulas Contratuais de Indexação de Preços”³¹², e Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em seu artigo “A Validade da Cláusula de Correção Cambial nas Obrigações Pecuniárias Internas”³¹³, realizam uma análise da evolução da legislação sobre a correção monetária nos contratos através de cláusulas de indexação, desde o decreto nº 23.501/33 até o ano de publicação dos dois artigos, em 1.992. Mas a evolução legislativa foi além, tendo como ponto de destaque a legislação que implantou e regulou o Plano Real, interferindo também na correção monetária, o que será analisado.

Segundo Fábio Konder Comparato não parece mais acertada a interpretação de Ascarelli quanto à natureza das cláusulas de indexação, entendendo que são autênticas dívidas de valor. Segundo Comparato:

Como foi salientado recentemente, as cláusulas de indexação realizam uma espécie de “valorização *a priori*”, mediante a aplicação de um critério de adequação do valor da obrigação, estipulado pelas partes. Nas dívidas de valor, ao revés, o índice é decidido no momento da liquidação, segundo prudente critério do juiz. Ademais, nas dívidas de valor o dinheiro é entendido como sucedâneo de outro bem, este sim objeto da obrigação; ao passo que nas obrigações indexadas a soma pecuniária é, incontestavelmente, o *id quod debetur*. É por isso mesmo, aliás, que a fixação da soma indexada admite o cálculo e a cobrança de juros, que se não confundem com o principal devido.³¹⁴

Uma série de leis, muitas instituidoras de planos econômicos, incidiram sobre os contratos, dispondo sobre a correção monetária e sua pactuação. Interessante é, então, destacar a imperatividade destas leis, reconhecida pelo STJ. Assim no RESP 173465/SC, na decisão de 18 de novembro de 1.999, que teve por Relator o Ministro Waldemar Zveiter, a

³¹¹ CANÇADO, Romualdo Wilson. LIMA, Orlei Claro de. **Juros, correção monetária, danos financeiros irreparáveis: uma abordagem jurídico-econômica**, Del Rey, Belo Horizonte, 1.999, p. 148.

³¹² COMPARATO, Fábio Konder. Cláusulas contratuais de indexação de preços. Ob. cit., p. 37-48.

³¹³ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Ob. cit., p. 12-18.

³¹⁴ COMPARATO, F. K. Cláusulas Contratuais de indexação de preços. Ob. cit., p. 38.

ementa proclama: “[...]. I - Nos contratos de compra e venda ou quaisquer outros negócios jurídicos, as normas de ordem pública (Planos Econômicos) que estabelecem critérios de correção monetária incidem de imediato e, embora não alcancem o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, atingem até mesmo os contratos em curso. II – Recurso conhecido e provido.”

Esta imperatividade incide, a princípio, sempre. Contudo, as leis monetárias que visavam à estabilização não podem acabar por impor situações flagrantemente injustas, em razão do insucesso do fim almejado. E o Poder Judiciário sempre cuidou de corrigir as distorções a ele levadas, consertando os efeitos de estipulações legais que conduziriam, muitas vezes, ao enriquecimento sem causa do devedor.³¹⁵

Ambos os autores citados, Comparato e Leães, ressaltam anteriormente à análise das cláusulas de indexação, a distinção entre o curso legal ou forçado da moeda e a possibilidade de recomposição de seu poder aquisitivo ante à depreciação da quantia expressa em valor nominal, tema já abordado.³¹⁶ Com efeito, o curso legal ou forçado diz respeito à circulação da moeda, respeita exclusivamente à função solutória da moeda nas obrigações, enquanto o valor da moeda como meio de pagamento diz respeito ao seu poder aquisitivo, respeita à função valorativa da moeda.

Embora as partes tenham que estipular o pagamento em moeda corrente, estão livres para dar à moeda um valor liberatório determinado por uma cláusula de indexação. As cláusulas de indexação, pois, sempre pressupõem que o pagamento se faça em moeda corrente ou de curso legal. Sendo a indexação diversa da questão do curso legal, podem as partes, em face do princípio da autonomia da vontade nos negócios jurídicos privados, pactuarem cláusulas de indexação, salvo proibição legal. E na evolução da legislação brasileira foram variadas as posições assumidas.

A crise de 1.929 repercutiu no Brasil exercendo pressão sobre a moeda da época, o mil-réis. Em função disto acabou por ser editado em 1.933 o decreto nº 23.501. Para

³¹⁵ Assim, por exemplo, com relação aos expurgos introduzidos nos índices de correção (o que será abordado no capítulo seguinte), ou concedendo a correção monetária quando do insucesso do plano econômico que pretendia seu fim. Neste sentido a decisão no RESP 42226/SP, de 17 de dezembro de 1.996, tendo por Ministro Relator Bueno da Rocha, cuja ementa, entre outras coisas, afirmou: “1. A correção monetária nada acrescenta ao débito, atuando como mero fator de preservação econômica da moeda aviltada por processo inflacionário. [...] 3. O denominado ‘Plano Verão’ (Lei 7.730/99), embora tivesse desindexado a economia, não extinguiu a correção monetária, a qual continuou a existir no mundo jurídico, até mesmo porque o mencionado plano falhou na sua intenção de debelar o processo inflacionário. 4. Precedente da Turma. 5. Recusada que fosse a correção monetária, estaríamos a incentivar enriquecimento sem causa do devedor.”

³¹⁶ Comparato na ob. cit. às fls. 36 e Leães na ob. cit. às fls. 11 e 12.

Comparato, “Segundo melhor interpretação, esse Decreto não se limitou a criar, em sua mais ampla extensão, o curso forçado da moeda nacional. Ele proibiu, também, a estipulação de cláusulas valorativas ou de indexação. Não fora assim, teríamos que os dois primeiros artigos do Dec. 23.501 seriam perfeitamente redundantes.”³¹⁷

No mesmo sentido entendeu Leães, afirmando que se o legislador entendeu necessário o segundo artigo do decreto, deduz-se que deu a ele outro sentido. “Esta distinção estaria na loução final do art. 2º - ‘pelo seu valor legal’ – que teria instaurado, ali, o princípio do nominalismo, que desautorizava toda espécie de cláusula valorativa ou indexadora.”³¹⁸

Esse decreto se apresentou não só como direito especial, mas como excepcional, com o escopo de vigorar temporariamente, enquanto durasse a crise econômica e financeira mundial. Nos seus consideranda o decreto afirmava que “O § 1º do art. 947 do CC, como disposição geral destinada à perpetuidade, não colide com a existência, por sua natureza transitória do curso forçado, mas enquanto este perdura não pode aquele ser aplicado.” Mas o que era provisório se tornou definitivo.

O reconhecimento do caráter definitivo do curso forçado só se deu em nosso direito com o decreto-lei nº 857, de 1.969, em seu art. 1º, comportando exceções em seu art. 2º (contratos e títulos referentes a importação e exportação, contratos de câmbio, etc.). O objetivo declarado do decreto-lei nº 857/69 foi consolidar e alterar “a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil”. Deste modo, leciona Comparato que isto significa que o decreto só regula o curso da moeda nacional e não o uso dela como medida de valor. O decreto-lei de 1.969 reeditou com alterações não significativas a regra do art. 1º do decreto de 1.933, não reproduzindo o art. 2º deste, declarando-o revogado.³¹⁹

Nota Leães que na vigência do decreto nº 23.501/33, a doutrina e a jurisprudência foram extremamente vacilantes quanto a cláusulas valorativas. Afora nos setores em que leis específicas, a partir de 1.964, já haviam imposto a correção, por longo período o Supremo Tribunal Federal resistiu a admitir o valorismo contratual, mediante cláusulas indexadoras instituídas por convenção entre as partes. Esta resistência teria começado a cair com a admissão nos contratos de cláusulas de escala móvel, cláusula-índice ou cláusula escalar, que estabeleciam uma “revisão”, a qual seria realizada por índices ajustados. Mas foi a partir de 1.978 que se firmou de modo manso e pacífico a jurisprudência da Suprema Corte entendendo

³¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Cláusulas contratuais de indexação de preços. Ob. cit., p. 39.

³¹⁸ LEÃES, Gastão P. de B. Ob. cit., p. 14.

³¹⁹ COMPARATO, Fábio K. Cláusulas contratuais de indexação de preços. Ob. cit., p. 39.

que, ausente expressa vedação de ordem pública, pode-se livremente pactuar correção monetária, não no sentido de ser esta uma “revisão” ou alteração, mas uma atualização.³²⁰

Mas ressalta Leães também a importância do decreto-lei nº 857/69, que banuiu o nominalismo do direito brasileiro, a partir de uma comparação dele com o decreto de 1.933. Firma-se, daí em diante, a possibilidade para a estipulação de cláusula de correção. Assevera o autor:

[...] podemos dizer, à guisa de conclusão, que o Dec. 857/69, banuiu de nosso Direito positivo o princípio do nominalismo monetário, eliminando, outrossim, qualquer barreira que porventura ainda se cogitasse a respeito da licitude da pactuação de cláusulas de indexação, em nosso País. Nesse sentido é Jurisprudência assentada no Supremo Tribunal Federal. Na vigência do Dec.-lei 857, a nossa mais alta Corte reiteradas vezes se pronunciou no sentido que *a correção monetária pode ser pactuada, por força do princípio da autonomia da vontade, e desde que não haja lei que a proíba.*³²¹

A tendência de admissão do pacto de correção, e a exegese do decreto-lei nº 857/69 acima pugnada por Comparato, foram chanceladas pela edição da lei nº 6.423 em 1.977. Esta lei no *caput* do art. 1º admitiria expressamente a correção “em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico”. Firmava-se em nosso direito a distinção entre o curso forçado e a valoração da moeda. Nesta lei o legislador veio regular a estipulação da correção monetária de modo a restringi-la à variação nominal da ORTN (Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional). Note-se que o § 1º do art. 1º veio estabelecer exceções, não se aplicando “c) às correções contratualmente prefixadas nas operações de instituições financeiras.”

Firmava-se então, em 1.977, a ORTN como único índice de correção, de regra. Cumpre destacar que anteriormente, em 1.975, a lei nº 6.205 veio estabelecer a “descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária”. Esta lei atribuiu, em seu art. 2º, ao Poder Executivo a fixação de um sistema de atualização monetária, em substituição ao salário mínimo. E este sistema veio com a lei nº 6.423/77.

A partir de 1.986 se deu um emaranhado legislativo, sempre se buscando a estabilidade econômica, o fim da inflação. Em linhas gerais, em 1.986 houve uma reforma no sistema financeiro nacional, a quarta reforma monetária do século, substituindo-se o cruzeiro pelo cruzado, através do decreto-lei nº 2.283 de 27 de fevereiro de 1.986 (e decreto-lei nº 2.284), corroborado pela resolução nº 1.100, de 28 de fevereiro de 1.986, do Conselho Monetário Nacional.³²² As três reformas anteriores foram: a substituição dos réis pelos

³²⁰ LEÃES, Gastão P. de B. Ob. cit., p. 14.

³²¹ *Idem, ibidem*, p. 16.

³²² Um cruzado (Cz\$ 1,00) correspondia a um mil cruzeiros (Cr\$ 1.000).

cruzeiros, através do decreto-lei n° 4.791, de 5 de outubro de 1.942³²³; a substituição do cruzeiro pelo cruzeiro novo, através do decreto-lei n° 1, de 13 de novembro de 1.965³²⁴, passando a ter vigência a partir de 13 de fevereiro de 1.967, através da resolução n° 47, do Conselho Monetário Nacional; a substituição do cruzeiro novo pelo cruzeiro, através da resolução n° 144, de 31 de março de 1.970, do Conselho Monetário Nacional.³²⁵

As normas da nova reforma de 1.986 proibiram correção monetária nos contratos de prazos inferiores a 12 meses, permitindo em prazos superiores, vinculada agora ao valor nominal das OTN. No mesmo ano o decreto-lei n° 2.290 viria admitir, nas obrigações de prazo igual ou superior a um ano, cláusula de revisão com base em índices setoriais de preços ou custos. Em 1.987 o decreto-lei n° 2.322 restabeleceria a OTN como único índice de reajuste, com algumas ressalvas, dentre elas as operações do mercado financeiro e de capitais, que teriam o índice determinado pelo CMN.

Em 1.989 houve outra reforma monetária, a quinta reforma ou Plano Verão, através da medida provisória n° 32, de 15 de janeiro de 1.989, convertida na lei n° 7.730, substituindo o cruzado pelo cruzado novo.³²⁶ Deu-se um plano de desindexação da economia, incluindo um congelamento geral de preços, salários e rendimentos, extinguindo-se as OTN. Com a extinção desta, tanto Leães quanto Comparato lecionam que considerou-se implicitamente revogada a legislação anterior que vinculava a correção às ORTN (1.977) e depois às OTN (1.986), ficando livre às partes a pactuação da indexação nos índices que quisessem.³²⁷

Mas esta liberdade não durou muito, porque menos de um mês depois de decretado o Plano Verão o governo editou a medida provisória n° 38, convertida na lei n° 7.738/89, para regular preços e valores em setores específicos, numa vã tentativa de dissipar dívidas e corrigir distorções. No mesmo ano, em abril, sobrevém a medida provisória n° 48, que criou o BTN, que foi instituído não como único critério de correção monetária, mas como mais uma alternativa para os contratantes. Note-se que foi um novo índice, e não substituição para as OTN.

³²³ Um cruzeiro (Cr\$ 1,00) correspondia a um mil réis (R\$ 1.000,00). Houve a extinção dos centavos através da lei n° 4.511, de 01 de dezembro de 1.964.

³²⁴ Um cruzeiro novo (NCr\$ 1,00) correspondia a um mil cruzeiros (Cr\$ 1.000), restabelecendo-se os centavos.

³²⁵ Um cruzeiro (Cr\$ 1,00) correspondia a um cruzeiro novo (NCr\$ 1,00), tendo sido um restabelecimento da antiga denominação. Posteriormente a lei n° 7.214, de 15 de agosto de 1.984, extinguiu a fração do cruzeiro (o centavo).

³²⁶ Um cruzado novo (NCz\$ 1,00) correspondia a um mil cruzados (Cz\$ 1.000,00).

³²⁷ É o que Comparato afirma, na ob. cit., p. 41, e Leães, na ob. cit., p. 17.

Em maio do mesmo ano o governo edita a medida provisória nº 54, com normas de ajustamento com relação aos “contratos em execução cujo objeto seja a produção ou o fornecimento de bens para entrega futura, a prestação de serviços contínuos ou futuros e a realização de obras”. Todas essas medidas provisórias, com pequenas alterações, foram convertidas na lei nº 7.777, em junho de 1.989. Mas já em julho ainda do mesmo ano a lei nº 7.801 veio reformular toda essa sistemática.

A lei nº 7.801/89 estabeleceu que os contratos (salvo exceções taxativas) “podem” ter cláusula de reajuste com base em BTN, devendo “preferencialmente” ter por base índices nacionais, setoriais ou regionais, de custos e preços. Vedou a vinculação da correção a certos índices como rendimentos de outros títulos da dívida pública e o salário mínimo. Deste modo, volta a legislação a privilegiar a liberdade de contratar na estipulação de cláusulas, salvo exceções legais. Interessante notar que a lei estatuiu em seu art. 3º que a correção monetária nos contratos celebrados por instituições financeiras são regidos pelas normas expedidas pelo Banco Central do Brasil.³²⁸

Tomando posse o novo governo federal, em 1.990, este deu ensejo a um novo plano de reajuste econômico. Muda novamente o sistema de reajuste de preços com a medida provisória nº 154, transformada na lei nº 8.030, vedando quaisquer reajustes de preços sem prévia autorização em portaria do Ministro da Fazenda, num congelamento geral de preços. Se nenhum preço podia ser reajustado as partes perderam todo direito de estipular correção monetária. A ilusão da estabilidade monetária, contudo, não durou um ano. Houve a sexta mudança de nome da moeda nacional: o cruzado novo foi substituído pelo cruzeiro, através da medida provisória nº 168, de 15 de março de 1.990, e resolução nº 1.689, do Conselho Monetário Nacional, de 18 de março de 1.990.³²⁹

Daí em 1.991 foram editadas as medidas provisórias nº 294 e 295, transformadas, respectivamente, nas leis nº 8.177 e 8.178, que instaurando o Plano Collor II, dando-se novo tratamento à estipulação contratual da correção monetária. Essa nova legislação restaurou o princípio da liberdade de indexar as obrigações, salvo as restrições legais.

Com relação às obrigações em geral, a lei permitiu cláusula de indexação com base em índice de preços, quando de contrato com prazo inferior a um ano, autorizando o uso da Taxa

³²⁸ Com propriedade nota Comparato, na ob. cit., p. 43, que “*A verdade é que jamais, em toda a conturbada história do nosso direito monetário, foram editadas tantas regras de emenda, revogação ou reformulação, em tão curto espaço de tempo (6 meses). A moeda nacional saiu desse banco de provas – ou sala cirúrgica – mais combatida do que nunca.*”

³²⁹ Um cruzeiro (Cr\$ 1,00) correspondia a um cruzado novo (NCz\$ 1,00), alterando-se só o nome pois.

Referencial (TR/TRD) nos contratos com prazo superior a 90 dias. Quanto à obrigações de venda de bens para entrega futura, prestações continuadas e realização de obras, vedou a correção nos contratos de prazo inferior a um ano baseada em índices que não refletissem a variação de custos e preços. Dessas regras se excluem os casos especiais do contrato de trabalho, das operações financeiras ou de mercado de capitais, de locações residenciais, etc., regidos por normas próprias, específicas, de correção monetária.

Com relação a toda essa selva normativa exposta afirma Comparato:

A rápida resenha da evolução do direito monetário brasileiro nos últimos sessenta anos, que se acaba de fazer, demonstra até que ponto de arbitrariedade e ineficiência chegou a manipulação da moeda nacional. O alvo principal dessa mixórdia normativa tem sido as cláusulas valorativas, pelas quais os agentes econômicos procuram, legitimamente, resguardar-se dos prejuízos conseqüentes à descontrolada perda do poder aquisitivo da moeda. As medidas se sucedem caoticamente nessa matéria, ora proibindo total ou parcialmente a estipulação de indexadores, ora suprimindo índices para criar novos, ora voltando tudo ao ponto de partida, como se a sociedade brasileira fosse mero laboratório de ensaios para a invenção de algum infalível remédio antiinflacionário.³³⁰

Mas a evolução legislativa não parou aí. A lei nº 8.218/91 veio estatuir a Unidade Fiscal de Referência (UFIR), como medida de valor e parâmetro de atualização monetária de tributos valores da legislação tributária federal. Contudo fica vedado o uso deste índice em negócio jurídico, como referencial de correção monetária do preço de bens, serviços, salários, aluguéis ou *royalties* (§ 2º do art. 1º).

Em 1.993 a medida provisória nº 319, convertida na lei nº 8.660/93, estabeleceu critérios para a fixação da Taxa Referencial (TR) pelo Conselho Monetário Nacional, e extinguiu a Taxa Referencial Diária (TRD). Alterou pelo seu art. 8º o art. 11 da lei nº 8.177, passando a admitir o uso da TR como base de remuneração somente quando tenham prazo ou período de repactuação superior a três meses. No art. 9º ressaltou a lei que as condições de remuneração e atualização monetária, e a fixação de prazos mínimos, das operações realizadas no mercado financeiro reger-se-ão pelas normas expedidas pelo Banco Central do Brasil, observadas as disposições que traz e as da lei nº 8.177/91.

Ainda em 1.993 foi editada a medida provisória nº 336, de 28 de julho, substituída pela lei nº 8.697 de agosto de 1.993, a qual, juntamente com a Circular do Banco Central nº 2.010/93, alterou a moeda nacional novamente, pela sétima vez no século, substituindo o cruzeiro pelo cruzeiro real, com vigência a partir de 01 de agosto de 1.993.³³¹ Em fevereiro de 1.994 veio a medida provisória nº 434 dispor sobre um novo programa de estabilização

³³⁰ COMPARATO, Fábio K. Cláusulas contratuais de indexação de preços, ob. cit., p. 46.

³³¹ Um cruzeiro real (CR\$ 1,00) correspondia a um mil cruzeiros (Cr\$ 1.000,00).

econômica, instituindo a unidade real de valor. Foi reeditada algumas vezes até culminar na lei nº 8.880 de maio de 1.994. Esta lei (e do mesmo modo as medidas provisórias que a antecederam) dispôs sobre a implementação do Real, prevendo para o dia 1º de julho do mesmo ano a sua primeira emissão.

Esta lei nº 8.880/94 previu a possibilidade de uso, como índice de correção monetária, da perda do poder aquisitivo do cruzeiro real em relação à unidade real de valor (unidade que a lei instituiu) (art. 4º, § 2º). Proibiu no seu art. 6º a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, com as exceções ali previstas. Possibilitou cláusula de reajuste de valor por índice de preços ou por índice que reflita a variação de custos e insumos, desde que a mesma fique suspensa por um ano (art. 11), ressalvando casos em que esta disposição não se aplica, sendo um desses as operações ativas e passivas bancárias.

Previu ainda o cálculo do IPC-r (art. 17), estabelecendo parâmetro para o cálculo. Trouxe a possibilidade de cálculo da TR, de que trata o art. 1º da lei nº 8.177/91 e a lei nº 8.660/93, com base na remuneração média dos depósitos interfinanceiros quando os depósitos a prazo fixo deixarem de ser representativos no mercado (art. 37). Estatuiu também no art. 38 que os índices de correção monetária no mês em que se verificar a emissão do real e no subsequente tomarão por base os preços em real, o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais, e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores, segundo critérios legais. No parágrafo único retirou todo efeito da aplicação de índice calculado de modo diverso.

Em junho de 1.994 foi editada a medida provisória nº 542, convertida em junho de 1.995 na lei nº 9.069, que “Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do Real e os critérios par conversão das obrigações para Real, e dá outras providências”. Esta lei vem estabelecer em seu art. 1º o curso legal do real (símbolo R\$) a partir de 1º de julho de 1994, a oitava mudança de moeda do século.³³² No art. 19 e seguintes estabelece a lei como se dá a conversão das obrigações pecuniárias, com ou sem cláusula de correção monetária, para o real. Reitera que nas obrigações em real somente é válido o cálculo da correção monetária baseado em índice de preços calculado de acordo com o art. 38 da lei nº 8.880/94 (art. 24, *caput* e § 5º).

Traz a lei um capítulo específico sobre a correção monetária, versado nos arts. 27 e 28, os quais vale a pena reproduzir:

Art. 27. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contraída a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, somente poderá dar-se pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor, Série r - IPC-r.

1º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às operações e contratos de que tratam o Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e o art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

II - aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados;

III - às hipóteses tratadas em lei especial.

2º Considerar-se-á de nenhum efeito a estipulação, a partir de 1º de julho de 1994, de correção monetária em desacordo com o estabelecido neste artigo.

3º Nos contratos celebrados ou convertidos em URV, em que haja cláusula de correção monetária por índice de preços ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, o cálculo desses índices, para efeitos de reajuste, deverá ser nesta moeda até a emissão do REAL e, daí em diante, em REAL, observado o art. 38 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

4º A correção monetária dos contratos convertidos na forma do art. 21 desta Lei será apurada somente a partir do primeiro aniversário da obrigação, posterior à sua conversão em REAIS.

5º A Taxa Referencial - TR somente poderá ser utilizada nas operações realizadas nos mercados financeiros, de valores mobiliários, de seguros, de previdência privada, de capitalização e de futuros.

6º Continua aplicável aos débitos trabalhistas o disposto no art. 39 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.

Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano.

2º O disposto neste artigo aplica-se às obrigações convertidas ou contratadas em URV até 27 de maio de 1994 e às convertidas em REAL.

3º A periodicidade de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir:

I - da conversão em REAL, no caso das obrigações ainda expressas em Cruzeiros Reais;

II - da conversão ou contratação em URV, no caso das obrigações expressas em URV contratadas até 27 de maio de 1994;

III - da contratação, no caso de obrigações contraídas após 1º de julho de 1994; e

IV - do último reajuste no caso de contratos de locação residencial.

4º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às operações realizadas no mercado financeiro e no Sistema Financeiro de Habitação - SFH, por instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem assim no Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE e aos financiamentos habitacionais de entidades de previdência privada;

II - às operações e contratos de que tratam o Decreto-lei nº 857, de 1969, e o art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

5º O Poder Executivo poderá reduzir a periodicidade de que trata esse artigo.

6º O devedor, nos contratos com prazo superior a um ano, poderá amortizar, total ou parcialmente, antecipadamente, o saldo devedor, desde que o faça com o seu valor atualizado pela variação acumulada do índice contratual ou do IPC-r até a data do pagamento.

7º Nas obrigações em Cruzeiros Reais, contraídas antes de 15 de março de 1994 e não convertidas em URV, o credor poderá exigir, decorrido um ano da conversão para o REAL, ou no seu vencimento final, se anterior, sua atualização na forma contratada, observadas as disposições desta Lei, abatidos os pagamentos, também atualizados, eventualmente efetuados no período.

Por fim, em junho de 1.995 foi editada a medida provisória nº 1.053, recentemente convertida, em fevereiro de 2.001, na lei nº 10.192, a qual culmina como o tratamento

³³² Um real (R\$ 1,00) correspondia a dois mil setecentos e cinquenta cruzeiros reais (CR\$ 2.750,00), já que o real

legislativo atual das estipulações contratuais indexatórias, superando aquela rígida imposição do art. 27 da lei nº 9.069/95, que vinculava as indexações dos contratos estabelecidos a partir de 1º de julho de 1.994 ao IPC-r, salvo as exceções que trazia. Nesta pequena e recente lei, de dezoito artigos, cumpre destacar os artigos 1º, 2º, 4º, 5º e 8º:

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I - pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969³³³, e na parte final do art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994³³⁴;

II - reajuste ou correção monetária expressas em, ou vinculadas a unidade monetária de conta de qualquer natureza;

III - correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados, ressalvado o disposto no artigo seguinte.

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nona revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

§ 3º Ressalvado o disposto no § 7º do nº. 28 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995³³⁵, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

§ 4º Nos contratos de prazo de duração igual ou superior a três anos, cujo objeto seja a produção de bens para entrega futura ou a aquisição de bens ou direitos a eles relativos, as partes poderão pactuar a atualização das obrigações, a cada período de um ano, contado a partir da contratação, e no seu vencimento final, considerada a periodicidade de pagamento das prestações, e abatidos os pagamentos, atualizados da mesma forma, efetuados no período.

§ 5º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos contratos celebrados a partir de 28 de outubro de 1995 até 11 de outubro de 1997.

§ 6º O prazo a que alude o parágrafo anterior poderá ser prorrogada mediante ato do Poder Executivo.³³⁶

equivalia a uma unidade real de valor (URV), a qual por sua vez equivalia a um dólar norte-americano.

³³³ Dispõe o decreto-lei nestes artigos: “Art. 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro. Art. 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior: I – aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias; II – aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito no exterior; III – aos contratos de compra e venda de câmbio em geral; IV – aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional; V – aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país. Parágrafo único. Os contratos de locação de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira ficam sujeitos, para sua validade a registro prévio no Banco Central do Brasil. Art. 3º No caso de rescisão judicial ou extrajudicial de contratos a que se refere o item I do art. 2º deste Decreto-lei, os pagamentos decorrentes do acerto entre as partes, ou de execução de sentença judicial, subordinam-se aos postulados da legislação de câmbio vigente.”

³³⁴ Reza o art. 6º da lei nº 8.880/94: “É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.”

³³⁵ Este artigo vem citado retro, no corpo do trabalho.

Art. 4º Os contratos celebrados no âmbito dos mercados referidos no § 5º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 1995³³⁷, inclusive as condições de remuneração da poupança financeira, bem assim no da previdência privada fechada, permanecem regidos por legislação própria.

Art. 5º Fica instituída Taxa Básica Financeira - TBF, para ser utilizada exclusivamente como base de remuneração de operações realizadas no mercado financeiro, de prazo de duração igual ou superior a sessenta dias.

Parágrafo único. O Conselho Monetário Nacional expedirá as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo, podendo, inclusive, ampliar o prazo mínimo previsto no caput.

Art. 8º A partir de 1º de julho de 1995, a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE deixará de calcular e divulgar o IPC-r.

§ 1º Nas obrigações e contratos em que haja estipulação de reajuste pelo IPC-r, este será substituído, a partir de 1º de julho de 1995, pelo índice previsto contratualmente para este fim.

§ 2º Na hipótese de não existir previsão de índice de preços substituto, e caso não haja acordo entre as partes, deverá ser utilizada média de índices de preços de abrangência nacional, na forma de regulamentação a ser baixada pelo Poder Executivo.³³⁸

A lei ainda veio, em seu art. 18, revogar por definitivo os §§ 1º e 2º do art. 947 do Código Civil. Como se nota, a lei veio permitir a estipulação de correção monetária somente nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano (art. 1º, III e art. 2º, *caput* e § 1º). Neste sentido a decisão do STJ no RESP nº 154927/SP, em 8 de fevereiro de 2.000, que teve por Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, e cuja ementa assim discorre:

Contrato de compra e venda de cotas. Ação de consignação em pagamento. Plano Real. Correção monetária. Súmula nº 05 da Corte.

1. [...]

2. A legislação do Plano Real não autoriza cláusula de correção monetária sem que seja observado o prazo mínimo de um ano.

3. Recurso especial não conhecido.

Como vinha acontecendo na generalidade das leis anteriores sobre correção monetária, a estipulação de indexação nos contratos bancários, e aí o mútuo bancário, continua a ser regida por lei própria (art. 4º), a lei nº 4.595/64, cabendo, em última análise, a regulação ao CMN. Permite ainda o uso da TBF como base de remuneração para operações do mercado

³³⁶ O Decreto nº 3.627, de 10 de outubro de 2.000 veio, em relação ao § 6º do art. 2º da medida provisória nº 1.950-68, de 21/09/2.000, a qual foi convertida nesta lei nº 10.192/2.001, estabelecer: "Art. 1º O prazo previsto no § 5º do art. 2º da Medida Provisória nº 1.950-68, de 21 de setembro de 2.000, fica prorrogado para 11 de outubro de 2001. Art. 2º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação. Art. 3º Fica revogado o Decreto nº 3.202, de 7 de outubro de 1.999."

³³⁷ São os mercados financeiros, de valores mobiliários, de seguros, de previdência privada, de capitalização e de futuros, conforme transcrição do artigo já efetuada retro no corpo do trabalho.

³³⁸ Com relação ao § 2º do art. 8º, vai o Poder Executivo editar o decreto nº 1.544, de 30 de junho de 1.995, estabelecendo: "Art. 1º Na hipótese de não existir previsão de índice de preços substituto, e caso não haja acordo entre as partes, a média de índices de preços de abrangência nacional a ser utilizada nas obrigações e contratos anteriormente estipulados com reajustamentos pelo IPC-r, a partir de 1º de julho de 1.995, será a média aritmética simples dos seguintes índices: I – Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); II – Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI), da Fundação Getúlio Vargas (FGV)."

financeiro de prazo igual ou superior a 60 dias, permitindo que o CMN regule esta regra (art. 5º).

Deste modo, encerra-se a evolução legislativa até a presente data sobre a estipulação da correção monetária nos contratos. Como observado, em todo esse emaranhado legislativo, as leis em geral sempre trataram as operações celebradas por instituição financeira, e aí o operação ativa de mútuo bancário, de modo apartado.

Assim também no tratamento atual da matéria, através da ressalva do art. 4º da lei nº 10.192/2.001, que esclarece que os contratos no âmbito do mercado financeiro (dentre outros) permanecem regidos por lei própria. Esta é a lei nº 4.595/64, que estatui no seu art. 4º que *“Compete privativamente ao Conselho Monetário Nacional: VI – Disciplinar o crédito em tôdas as suas modalidades e as operações creditícias em tôdas as suas formas [...]; XI – Estipular índices e outras condições técnicas sôbre encaixes, mobilizações e outras relações patrimoniais, a serem observadas pelas instituições financeiras.”*

Mas isto não descarta a importância do estudo nos contratos bancários do panorama geral da legislação a respeito da estipulação contratual da correção monetária. O CMN pode regular as operações bancárias, inclusive estipulando índices e a forma de correção contratual das obrigações pecuniárias, mas não fora de parâmetros que a lei venha, por acaso, estabelecer. Hoje, é verdade, a lei atual que trata do tema exclui expressamente sua incidência sobre as operações bancárias, mas a existência da lei nº 4.595/64 não impede que outra lei incida estipulando o modo de correção sem ressalvas, dentro do que o CMN terá de se pautar.

E aí aparece mais uma diferença entre o tratamento legislativo do mútuo bancário e o dos mútuos civil e comercial, pois estes se subordinam às disposições da lei nº 10.192/2.001, enquanto o mútuo bancário não, permanecendo regido pela lei nº 4.595/64, competindo ao CMN a regulação.³³⁹

CAPÍTULO 5 – ÍNDICES DE INDEXAÇÃO

³³⁹ Daí deve ser vista com ressalva a afirmação de Maria Helena Diniz, ao dizer que *“Tendo a jurisprudência consagrado a distinção entre juros e correção monetária, não há mais fundamento legal que obste à livre convenção da correção monetária nos mútuos, mesmo fora do sistema financeiro.”*³³⁹ (DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**, 2 ed., Saraiva, São Paulo, 1.996, p. 146-147).

Existem muitos índices de correção monetária. Destacava Mirian Gasparin de Oliveira, em artigo no jornal Gazeta do Povo de 5 de março de 2.000, que havia à época sessenta e cinco índices disponíveis.³⁴⁰ E destacava a jornalista os principais indicadores, com seus métodos de cálculo e aplicação indicada, um conhecimento que deve ser aqui reproduzido, pois indispensável ao jurista para uma correta aplicação dos indexadores:

IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo

Calculado pelo IBGE, reflete o custo de vida para famílias com renda mensal de 1 a 40 salários mínimos. A pesquisa é feita em nove regiões metropolitanas. Este índice corrige o salário mínimo e também baliza a inflação do país. Neste caso, o contrato estaria sendo corrigido pela média de inflação sentida pelas famílias de classe média.

Se for para escolher um índice “oficial” com base na inflação, o IPCA seria o mais indicado.

IGP – Índice Geral de Preços

Calculado pela Fundação Getúlio Vargas. É uma média ponderada do índice de preços no atacado (IPA), com peso 6; de preços ao consumidor (IPC) no Rio e SP, com peso 3; e do custo da construção civil (INCC), com peso 1.

É o índice ideal para ser usado em contratos de prazo mais longo, como aluguel.

IGP-M – Índice Geral de Preços do Mercado

Também da FGV. Metodologia igual à do IGP – DI, mas pesquisado entre os dias 21 de um mês e 20 do seguinte. O IGP tradicional abrange o mês fechado.

Usado para o reajuste de aluguéis e contratos do mercado financeiro a partir do primeiro dia útil do mês, o IGP-M mede sempre a inflação dos dez últimos dias do mês anterior e os vinte primeiros do mês corrente.

IGP-10 Índice Geral de Preços 10

Também da FGV e elaborado com a mesma metodologia do IGP e do IGP-M. A única diferença é o período da coleta de preços: entre o dia 11 de um mês e o dia 10 do mês seguinte.

Usado como indicador de tendência da inflação.

INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor

Média do custo de vida nas 11 principais regiões metropolitanas do país para famílias com renda de 1 até 8 salários mínimos, medido pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Usado para a correção de salários.

INCC – Índice Nacional de Custo da Construção

Um dos componentes das três versões do IGP, o de menor peso. Reflete o ritmo dos preços de materiais de construção e da mão-de-obra no setor.

Utilizado em financiamentos diretos de construtoras e incorporadoras.

CUB – Custo Unitário Básico

Índice que reflete o ritmo dos preços de materiais de construção e da mão-de-obra do setor. Calculado por sindicatos estaduais da indústria da construção, chamados de Sinduscon.

Usado para corrigir financiamentos de imóveis.

TR – Taxa Referencial

Reflete a média das taxas de juros dos CDBs (depósitos a prazo nos bancos) prefixados, aplicado sobre ela um redutor.

Usada para corrigir poupança e financiamentos habitacionais do SFH.

³⁴⁰ OLIVEIRA, Mirian Gasparin de. Entre 65 índices disponíveis, qual devo usar em meu contrato? **Gazeta do Povo**, Curitiba, 05 mar. 2.000.

O índice através do qual é realizada a correção monetária, seja um índice previsto através de cláusula contratual, seja um índice aplicado em juízo decorrente da corrosão do poder aquisitivo do valor nominal devido, deve ser um índice apto a cumprir efetivamente seu fim de recomposição do capital. Devem, assim, dois vícios ser evitados: um o de recompor insuficientemente o poder aquisitivo do valor nominal depreciado; outro o de crescer o capital indevidamente, resultando um valor total além da mera recomposição patrimonial.

A correção monetária, pois, só é justa, e efetivamente restabelece o equilíbrio, quando procedida através de índices idôneos. Não obstante o alerta de Ives Gandra da Silva Martins de que *“Não há forma fiel e absoluta para se medir a inflação, de tal maneira que são inúmeros os indexadores capazes de, setorialmente, apresentar soluções parciais, convivendo o país com inúmeros indexadores relativos, como o IPC, INVV, INPC, OTN, FGV, URP etc.”*³⁴¹ ³⁴², não se pode deixar de considerar que há índices que se podem considerar “idôneos”, e outros “não idôneos”, para proceder a medida da inflação, para efeitos de correção monetária.

Os índices idôneos são os produzidos por entidades especializadas e neutras (como, por exemplo, o IBGE ou a Faculdade Getúlio Vargas), com base na variação real dos preços. Quando é o Poder Judiciário que recompõe o capital de modo imperativo, deve cuidar de usar um índice o mais idôneo possível.³⁴³ ³⁴⁴ Quando o índice é estipulado contratualmente, em

³⁴¹ BASTOS, C. R. MARTINS, I. G. Ob. cit., v. 7, p. 431.

³⁴² Afirma a jornalista Mirian G. de Oliveira, em seu citado artigo, que *“Com a extinção da correção monetária, após o Plano Real, em 1.994, não foi criada uma lei específica apontando um índice oficial para corrigir contratos. Isso e o fato de existirem nada menos do que 65 índices de inflação calculados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Fundação Getúlio Vargas, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos (Dieese) e diversos órgãos regionais, transformaram a tarefa de definir o fator de correção dos contratos em tarefa difícil, que quase sempre exige o apoio de especialistas... e bom senso.”*

³⁴³ Conforme salienta a jornalista Mirian G. de Oliveira, no artigo citado, *“Alguns indicadores medem a inflação apenas no atacado, outros no varejo. Alguns calculam a inflação dentro do mês, outros utilizam a coleta de preços dos dez últimos dias do mês anterior e os 20 primeiros do mês atual, como é o caso do IGP-M. É importante verificar se o índice de inflação escolhido está de acordo com a realidade local. O Índice Geral de preços calculado pela Fundação Instituto de Pesquisas (Fipe), por exemplo, mede a inflação apenas de São Paulo. Os índices de inflação medidos pela Fundação Getúlio Vargas abrangem os preços praticados no Rio de Janeiro.”*

³⁴⁴ Letácio Jansen, no seu artigo citado *“O direito e a transição para um regime de atualização monetária”*, na p. 93, afirma que *“Os índices gerais de inflação são, muitas vezes, produto de manipulação, que os aumenta ou diminui. E, mesmo quando apurados por órgãos confiáveis (que estão sujeitos, às vezes, a greves, como é o caso entre nós do IBGE e da FGV), levam em conta preços que nada têm a ver com o interesse das partes.”* Esta crítica chama a atenção para que a escolha do índice pelo juiz tem de ser balizada não somente em torno da idoneidade da instituição que formulou o índice, mas também no objeto do contrato, para que o índice seja o mais afinado possível com os interesses em jogo. É de grande interesse, então, a lista formulada pelo IBGE na página da internet www.ibge.gov.br, em que divulga a variação dos índices de preços ao consumidor INPC e IPCA, com relação às regiões brasileiras, bem como em relação a “grupos” (divulga a variação de preços

cláusula pactuada pelas partes, essa exigência não é tão rígida, em face da autonomia da vontade e do poder de disposição das partes. Mas, como se sabe, nos contratos de adesão, em que a autonomia não se configura, não se pode unilateralmente impor índice que configure vantagem excessiva à parte que impõe as cláusulas contratuais, o que será uma espécie de índice inidôneo, como se apreciará.

O STJ já decidiu que os índices de preços são os fatores mais adequados para a atualização monetária. Neste sentido, por exemplo, as decisões do RESP nº 116269/MG e do EDAGA nº 85485/RJ, cujas ementas dentre outras coisas, respectivamente, asseveram:

[...]
I – A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU-SE NO SENTIDO DE QUE OS ÍNDICES DE PREÇOS (IGP-M E CUB) SÃO OS FAORES MAIS ADEQUADOS PARA A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

[...] [RESP nº 116269/MG, decisão de 15/12/1.997, Relator Ministro Waldemar Zveiter]

[...]
I – A JURISPRUDÊNCIA DO STJ PACIFICOU ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, O ÍNDICE DE PREÇOS É O FATOR MAIS APROPRIADO PARA CORRIGIR, MONETARIAMENTE, VALORES. O CERTO É QUE A TAXA REFERENCIAL, “TR” OU “TRD”, SENDO DE ÍNDOLE REMUNERATIVA DO CAPITAL, DEVE SER AFASTADA, QUANDO APLICADA AO ESCOPO DE TÃO SOMENTE CORRIGIR A MOEDA. NEM EM SUBSTITUIÇÃO AOS ÍNDICES CONTRATADOS, TAL TAXA REFERENCIAL (“TR”) PODE SER APLICADA.
II – ADMITE-SE VÁLIDA A APLICAÇÃO DO “IGP-M”, LEVANTADO PELA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, PARA CORREÇÃO DE TAIS IMPORTÂNCIAS.

[...] [EDAGA nº 85485/RJ, decisão de 22/10/1.996, Relator Ministro Waldemar Zveiter]

Cuidando da idoneidade do índice a aplicar, a Corte Especial fixou sua jurisprudência no sentido de que, quando não previsto um índice contratualmente, deve incidir um índice de preços, descabendo a incidência da Taxa Referencial (TR) quando não prevista contratualmente para o fim específico de correção monetária.

Esta problemática surgiu em função da MP nº 294 de 31 de janeiro de 1.991, convertida na lei nº 8.177/91. Esta, no seu artigo 1º, criou a Taxa Referencial (TR) como um novo índice de reajustamento monetário, extinguindo a BTN Fiscal, o BTN, o MVR e as demais unidades de conta assemelhadas que eram atualizadas, direta ou indiretamente por índices de preços (art. 3º da lei). Determinou que deixasse de ser calculado o IPC, o IRVF e o ICB pelos órgãos oficiais, impondo entretanto o cálculo do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC, art. 4º).

específica de cada grupo, por exemplo, grupo de cereais, leguminosas e oleaginosas, grupo de leite e derivados, grupo de combustíveis, de panificados, de transporte público, de frutas, de produtos farmacêuticos, de alimentação e bebidas, de habitação, de vestuário, de educação, de despesas pessoais, etc.), e até dos grupos em relação às capitais.

No art. 6º a lei regulou atualização das obrigações com cláusulas de correção pelos índices extintos, inclusive com relação às operações do mercado financeiro, determinando nos contratos que previssessem índice substitutivo a aplicação desse índice. Contudo, nos contratos em que não previsto, determinou a utilização da TR sendo caso de contratos referentes ao BTN, ou a unidade corrigida mensalmente, e a utilização da TRD sendo caso de contratos referentes ao BTN Fiscal ou a unidades corrigidas diariamente.³⁴⁵

Mas a TR não foi entendida como índice idôneo para o fim que a lei dispôs, como decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 493/DF. A decisão nesta ADIN, julgada pelo STF em 25 de junho de 1.992, tendo por Relator o Ministro Moreira Alves, dispôs em sua ementa, dentre outras coisas, que *“A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda.”* No mesmo sentido decidiu o STF nas ADINs nº 959/DF e nº 768/DF, afirmando que a estipulação da lei fere o ato jurídico perfeito quando contratos anteriores a ela previram índices contratuais diversos.

Deste modo o STJ, tendo em conta que a TR não é padrão específico de correção monetária, segundo o que foi reconhecido pelo STF, corrigiu a distorção legal nos casos postos à sua apreciação. Nos contratos em que o índice de correção pactuado fora extinto e não fora convencionado um índice substitutivo, não pode incidir a TR. Confirmam-se algumas ementas de julgados neste sentido:

DIREITO ECONÔMICO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INDEXADOR APÓS FEVEREIRO/91. TR. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO FATOR DE ATUALIZAÇÃO DE CONTA JUDICIAL. TAXA REPRESENTATIVA DO PREÇO DE CAPTAÇÃO DO DINHEIRO NO MERCADO FINANCEIRO. UTILIZAÇÃO DO INPC. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Não constituindo a TR índice de correção monetária, a teor do entendimento manifestado pelo STF (Adin nr. 493-DF), refletindo o preço de captação do dinheiro no mercado financeiro, descabe utilizá-la nos cálculos de liquidação judicial.

II – Nos casos em que previsto índice substituto no contrato, deve este prevalecer. Não o havendo, e inaplicável a TR, a atualização deve ser feita pelo INPC, mensurado pelo IBGE, por ser o melhor índice para representar a inflação.

[RESP nº 193196/SP, decisão de 27/06/2.000, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira]

[...]

- Em face da posição do Supremo Tribunal Federal inadmitindo a TR como fator de atualização monetária substitutivo do BTN, a correção da dívida rural, cuja forma de reajuste estava, por lei ou contrato, atrelada à variação do valor do referido título da dívida pública, deve ser procedida, a partir da edição da Lei 8.177/91, com base no INPC.

[...] [RESP nº 109939/MG, decisão de 16/11/2.000, Relator Ministro César Asfor Rocha]

³⁴⁵ Cf. Fábio K. Comparato, “Cláusulas Contratuais de Indexação de Preços”, ob. cit., p. 43 e 44.

[...]

- Não refletindo a TR a variação do poder aquisitivo da moeda, mas as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não pode ser ela utilizada como fator de atualização monetária a partir de fevereiro/91, devendo ser substituída pelo INPC, salvo nos meses em que tiver sido mais benéfica ao devedor.

[...] [RESP n° 182349/SP, decisão de 03/02/2.000, Relator Ministro Barros Monteiro]

[...]

- Em face da posição do Supremo Tribunal Federal, inadmitindo a TR como fator de atualização monetária substitutivo do BTN, a correção dos valores, cuja forma de reajuste estava, por lei ou por contrato, atrelada à variação do valor de referido título da dívida pública, cumpre seja procedida, a partir do advento da Lei 8.177/91 (março/91), com base no INPC.

[...] [RESP n° 156162/SP, decisão de 29/10/1.998, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira]

[...]

- O STF assentou o entendimento (ADIN 493-0) de que a Taxa Referencial (TR) não é índice de atualização da expressão monetária de valores defasados pela inflação passada.

[...] [RESP n° 131774/MG, decisão de 13/03/2.001, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins]

[...]

III – SEGUNDO PRECEDENTES DA TURMA, EM FACE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II E PAR. ÚNICO DO ART. 6. DA LEI 8.177/91, PROCLAMADA PELO STF NA ADIN 959/DF, NOS CONTRATOS EM QUE NÃO SE PREVIU ÍNDICE SUBSTITUTIVO A CORREÇÃO MONETÁRIA DEVE SER CALCULADA COM SUPORTE NO INPC, QUE MELHOR REFLETIU A INFLAÇÃO DO PERÍODO.

[...] [RESP n° 89295/PR, decisão de 12/05/1.998, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira]

Mas note-se que, mesmo que seja inaplicável a TR, sempre reconheceu o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal a incidência da correção monetária. Neste sentido, observem-se algumas ementas:

CORREÇÃO MONETÁRIA

1. A CORREÇÃO MONETÁRIA É NECESSÁRIA AO EQUILÍBRIO DO CONTRATO.
2. SUBSTITUIÇÃO DA TR PELO INPC, COMO ÍNDICE DE MEDIDA DA INFLAÇÃO.

[RESP n° 73235/MG, decisão de 18/12/1.995, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar]

Agravo regimental. Lei n° 8.177/91. Correção monetária.

1. A Lei n° 8.177/91 não aboliu a correção monetária e, quando não aplicável a Taxa Referencial como índice atualizador em determinados contratos, a jurisprudência desta Corte tem admitido a aplicação de outro índice econômico que reflita a desvalorização da moeda.

[...] [AGA 175056/GO, decisão de 03/11/1.998, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito]

EMENTA: Recurso extraordinário.

[...]

- No que diz respeito à aplicação da TR, ao contrato em causa há, realmente, ofensa ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição. Isso não significa, porém, que o contrato fique sem correção monetária, estabelecido para o caso, como indexador da correção monetária, índice oficial que se entenda apropriado.

[...] [RE n° 230934/MG, Relator Ministro Moreira Alves]

Coisa diversa é a possibilidade da aplicação da TR, posteriormente à lei n° 8.177/91 (que a instituiu), em virtude de *expressa pactuação* das partes, o que o Superior Tribunal tem admitido em diversos julgados. Não se trata mais de imposição legal da TR (índice que na

verdade não é de atualização monetária), em substituição a índices extintos, o que feria o ato jurídico perfeito. Aqui o emprego da TR seria viabilizado pelo império do princípio da autonomia da vontade e do poder de disposição de que as partes gozam. Em diversas ementas verifica-se este entendimento:

[...]
- A Taxa Referencial pode ser usada para a correção monetária do débito, desde que pactuada em contrato posterior à edição da Lei 8.177/91, como no caso. Precedentes.

[...] [RESP n° 185812/MG, decisão de 06/04/2.000, Relator Ministro César Asfor Rocha]

[...]
III. Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador de contrato de crédito bancário, desde que livremente pactuada.

[...] [RESP n° 270233/PR, decisão de 05/10/2.000, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

COMERCIAL. CONTRATO DE CRÉDITO BANCÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR.

I Quando pactuada, é possível a aplicação da TR como fator de atualização monetária.

[...] [RESP n° 257104/RS, decisão de 03/08/2.000, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

Contrato de empréstimo para aquisição de veículo. Juros. Capitalização. Repetição de indébito. Multa. Correção monetária. Precedentes da Corte.

1. Já assentou a Corte: a) não há limitação de juros em contratos de empréstimo não regidos por legislação especial que autorize; b) é vedada a capitalização dos juros em contratos da espécie sob julgamento; c) devidamente pactuada é possível a utilização da TR como índice de correção.

[...] [RESP n° 235412/RS, decisão de 06/11/2.000, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito]

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Contrato bancário. Correção monetária. TR.

1. O entendimento desta Corte é firme no sentido de que a TR pode ser utilizada como índice de correção monetária, desde que pactuada.

[...] [RESP n° 332628/RS, decisão de 09/11/2.000, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito]

Agravo. Recurso especial. Contrato de abertura de crédito. Taxa Referencial. Comissão de Permanência. Restituição dos valores recebidos indevidamente.

1. A Taxa Referencial, conforme jurisprudência desta Corte, somente pode ser utilizada como índice de correção monetária quando pactuada, o que não está demonstrado nos autos.

[...] [AGRESP n° 266152/RS, decisão de 21/11/2.000, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito]

Até mesmo é reconhecida, pelo Superior Tribunal, a possibilidade de pactuar correção pela TR quando se tratar de contrato de adesão, afirmando o Tribunal no RESP n° 103792 que *“Esta Corte tem variados precedentes sobre a possibilidade de incidência da TR quando devidamente pactuada, pouco importando seja o contrato de adesão”* (RESP n° 103792/PR, decisão de 19/02/1.998, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito).

Mas mantém posição diversa o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o qual embora vote a favor da possibilidade da avença contratual da TR, ressalva sua posição pessoal, conforme se lê deste seu voto no RESP n° 129140, em que foi o Relator (decisão de 18/12/1.997):

A utilização da TR para a correção de financiamentos contratados depois da edição da Lei 8.177/91, tem sido admitida nesta 4ª Turma, tese que deve ser reiterada no presente recurso. O julgamento do eg.

Supremo Tribunal Federal, referido nos autos, limitou-se a afastar a utilização da TR para a correção de financiamentos contratados ao tempo de regência de lei anterior.

Ressalvo a posição pessoal, pois entendo que uma taxa que serve para medir o custo do dinheiro não pode de modo nenhum servir para calcular a atualização do valor do débito, conclusão cujo acerto cada vez mais se evidencia na medida em que diminui sensivelmente a inflação e o custo do dinheiro cada vez mais se eleva; cobrar juros – que é o custo do dinheiro – e ainda atualizar o saldo por índice que mediu o custo do dinheiro, é cobrar juros duas vezes, além de corrigir o valor da dívida por índice que não se limita a refletir a inflação.

No entanto, os precedentes sobre este ponto são inúmeros: [...] ³⁴⁶

Efetivamente, como notou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, é um contra-senso admitir a TR. Ainda mais nos contratos de adesão, configura-se nitidamente como índice inidôneo. A sua admissão parte do pressuposto da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, contudo de uma visão oitocentista desses institutos, que hoje estão desfigurados. Nos contratos bancários, por exemplo, que são nitidamente de adesão, resta à parte aderente a escolha entre contratar ou não contratar, para ter acesso a serviços essenciais ao desenvolvimento da sociedade, como é o empréstimo. A parte aderente, não tendo acesso à formatação das cláusulas, sofre a incidência de um índice de correção monetária que na verdade não é apto à correção, mas sim à remuneração.

O art. 29 do CDC, no capítulo V deste diploma legal, afirma que *“Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”* E os arts. 46 e 47, os dois primeiros do capítulo VI do CDC, abrangidos pois pela norma anterior, afirmam:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Deste modo, afigura-se clara a ilicitude da TR como índice de correção monetária frente ao CDC. É uma cláusula que traz intrinsecamente dificuldade de compreensão do seu alcance, fixando como fator de correção monetária um índice cuja formulação não se destina à recomposição do capital frente à inflação, mas sim tem por base a remuneração de capital, sem que os consumidores, leigos normalmente no assunto, compreendam seu real alcance. E frente ainda à interpretação dos contratos favoravelmente ao aderente, consumidor nos termos do art. 29 do CDC, deve-se corrigir então os débitos por um fator idôneo à correção monetária do capital, afastando-se a TR.

³⁴⁶ Pode-se conferir que no mesmo sentido se expressa o ilustre Ministro nos RESPs, em que foi relator, n° 188712/RS, cuja decisão é de 01/12/1.998, e n° 163766/GO, cuja decisão é de 12/05/1.998.

Citando um aresto que trata da admissão da TR em contrato de operação de crédito, em homenagem ao princípio do *pacta sunt servanda*, em virtude de ter sido expressamente e “livremente” convencionada pelas partes, afirma Paulo Nalin que:

[...] no ramo contratual, ainda se sustenta – em plena virada do século XX, na suma aplicação do princípio da autonomia da vontade, externando a mínima importância que se atribui a valores e princípios constitucionais que, efetivamente, vieram modificar a moldura jurídica do contrato, incluindo, neste plano, o ‘status’ jurídico dos contratantes – a relativização das obrigações, a despatrimonialização e a função social do contrato. Ou seja, mesmo profundamente alterado o paradigma do contrato contemporâneo, insistem os Tribunais em afirmar a ampla vigência dogmática da vontade e do velho brocardo *pacta sunt servanda*.³⁴⁷

No mesmo sentido se posiciona Cláudio Petrini Belmonte:

Uma das ilegalidades mais frequentes nos mútuos feneratícios levados a efeito por instituições financeiras brasileiras é, mediante sua condição de supremacia negocial (contratos de adesão), a imposição do uso da Taxa Referencial (TR) como índice de atualização monetária. Ocorre que essa taxa é reconhecidamente um índice de juros e não mero indexador inflacionário, ao contrário do sustentado por essas instituições. Além de repor a depreciação da moeda, ainda acresce juros reais, o que faz com que a efetiva taxa de juros compensatórios (remuneratórios) cobrada no mútuo seja ainda mais elevada. Eis o porquê da ilegalidade do seu uso como forma de atualização monetária.³⁴⁸

Como assinalado no início do ensaio monográfico, a Constituição Federal procedeu uma inversão valorativa, promovendo a dignidade da pessoa humana e os valores existenciais a um nível superior em relação aos valores patrimoniais. Esta inversão deve atingir os negócios jurídicos privados, promovendo o destaque, hoje, da função social do contrato.

Ante a isso tudo, não há como prevalecer a TR, um índice que não mede especificamente a correção monetária, firmado em cláusula unilateralmente pela parte mais forte da relação, em verdadeiro prejuízo da parte mais fraca. Esta muitas vezes nem sabe que a TR não mede correção, quando ela aparece no contrato como cláusula que estipula correção monetária. E quando sabe, não tem a opção de modificar o índice, podendo apenas acolher ou não acolher o contrato no todo. Escolha essa que nem sempre tem, pois os clientes e a sociedade têm necessidade do crédito, que desempenha uma função social imprescindível de desenvolvimento econômico, conferindo uma utilidade marginal ao dinheiro.

E nem há que se afirmar, como o fez o Ministro Waldemar Zveiter, no seu voto como Relator no RESP nº 182146, que “[...] a caderneta de poupança é corrigida pela TR, ou seja, este é o índice de correção para a aplicação, mais os juros. Assim, estes não integram a TR

³⁴⁷ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ob. cit., p. 8-9.

³⁴⁸ BELMONTE, Cláudio Petrini. A redução do negócio jurídico e o contrato de mútuo feneratício. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 77, p. 15-41, mar. 2.000, p. 38.

como índice de correção, mas são um 'plus' na remuneração das cadernetas de poupança.” (RESP nº 182146/DF, decisão de 16/02/2.001, Relator Ministro Waldemar Zveiter).

É verdade que na caderneta de poupança não incide somente a TR, incidindo outras remunerações. Assim, por exemplo, o índice da TR de 18/06/2.001 a 18/07/2.001 é 0,2153%, enquanto o rendimento da poupança no mesmo período é de 0,7164%. Mas isto não significa que seja a TR um índice de correção monetária. Assim reporta a jornalista Mirian Gasparin de Oliveira: *“A Taxa Referencial (TR), calculada com base na média dos juros dos Certificados de Depósitos Bancários (CDBs), com um deflator, é hoje um dos índices mais utilizados para correção de contratos, principalmente bancários. A caderneta de poupança, por exemplo, é corrigida pela TR mais juros de 0,5% ao mês.”*³⁴⁹

Efetivamente, a TR não é índice de correção monetária, o que se aúfere claramente do diploma que a instituiu. Assim afirma a lei nº 8.177/91, em seu art. 1º:

Art. 1º O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial (TR), calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal.

Keyler Carvalho Rocha, economista e advogado, já assinalava em 1.991:

O Conselho Monetário Nacional, em reunião no dia 27.3.91, aprovou a metodologia que o Banco Central passará a seguir para fixar a Taxa Referencial (TR), nos termos do art. 1º da Lei 8.177 de 1.3.91.

Em síntese, a TR será estabelecida com base na remuneração média paga pela captação de depósitos a prazo fixo (CDB e prefixados) das 20 maiores instituições financeiras em volume de depósitos a prazo. A média será obtida nos 3 dias úteis que antecederem o último dia útil do mês anterior ao de referência e nos 3 primeiros dias úteis do mês de referência. Dar-se-á maior peso às taxas de juros dos 3 primeiros dias úteis (16,5%, 18% e 20%, respectivamente). Do valor apurado, ou seja, da taxa média ponderada de remuneração, deduzir-se-á 2%.

[...]

Com efeito, como mencionado acima, as taxas de juros variam em conformidade com o nível de risco e a incerteza da expectativa inflacionária. É evidente que nos meses seguintes ao “choque” do Plano Collor II, com a possibilidade de liberação de preços, feita casuisticamente, a imprevisibilidade de taxa inflacionária é enorme. Isso significa que os agentes econômicos superavitários deveriam exigir taxas de juros maiores para evitar o risco de juros reais negativos. Pode-se concluir, portanto, que a TR reduzida de 2% seria superior à expectativa inflacionária, incorporando a parcela de juros excedente.

Além disso, como é fixada com base nas taxas vigentes nos seis dias úteis finais e iniciais de cada mês, segue-se que é enorme a fragilidade da TR como explicitador da inflação vigente (ou da expectativa inflacionária). Com efeito, como é por todos conhecido, a taxa média de juros resulta da política monetária praticada pelo Banco Central do Brasil. Assim, se no período de cálculo ela for expansionista, a taxa média de juros declinará e, ao contrário, se for contractionista, aumentará. A possibilidade de as taxas médias de juros serem aumentadas ou reduzidas de acordo com a política monetária introduz um elemento potencial de manipulação que tira totalmente a confiabilidade da TR refletir com precisão a inflação (ou a expectativa inflacionária) vigente.

[...]

³⁴⁹ OLIVEIRA, Mirian Gasparin de. Artigo citado, jornal citado.

O simples risco que ocorra a possibilidade mencionada torna ilegítima a utilização da TR ou TRD para a atualização de valores, que teria de estar fundamentada em indexadores que refletissem com fidelidade a perda do valor aquisitivo da moeda, no período considerado.³⁵⁰

A lei nº 8.860/93 estabeleceu “novos critérios para a fixação da Taxa Referencial (TR)”, extinguiu a TRD (Taxa Referencial Diária), mas não alterou o parâmetro de cálculo da TR, reportando-se, em seu art. 1º, ao art. 1º, *caput*, da lei nº 8.177/91. Corroborando o entendimento de que a TR não é índice de correção, mas de remuneração, reportam-se os arts. 3º, 4º e 6º e 8º, aos negócios jurídicos que tenham a remuneração calculada com base na TR. Afirma o art. 7º que “*Os depósitos de poupança têm como remuneração ‘básica’ [grifo nosso] a Taxa Referencial (TR) relativa à respectiva data de aniversário.*” Ainda dispondo sobre a TR, estipulou o art. 37 da lei nº 8.880/94:

Art. 37. A Taxa Referencial (TR), de que tratam o art. 1º da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1.991, e o art. 1º da Lei nº 8.660, de 28 de maio de 1.993, poderá ser calculada a partir da remuneração média dos depósitos interfinanceiros, quando os depósitos a prazo fixo captados pelos bancos comerciais, bancos de investimento, caixas econômicas e bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimento deixarem de ser representativos no mercado, a critério do Banco Central do Brasil.

Oziel Chaves, economista, contabilista e perito judicial, no artigo intitulado “A ‘TR – Taxa Referencial’ como Fator de Atualização do Valor da Moeda”, expõe a variação da fórmula de cálculo da TR desde sua criação. Já desde o início, afirma o autor que “*Este estudo mostra que a ‘TR – Taxa Referencial’, por não se formar a partir de um índice de preços, sendo assim estimada ‘ex-ante’, não oferece condições técnicas para ser usada como parâmetro que reflita a desvalorização da moeda.*”³⁵¹

Leciona o autor que, após o regramento da medida provisória nº 294, de 31 de janeiro de 1.991 (transformada na lei nº 8.177/91), o Banco Central editou a resolução nº 1.805, de 27 de março de 1.991, regulamentando a fórmula de cálculo da TR. Esta foi criada pela medida provisória como uma taxa de juros paga pelo sistema financeiro, reduzida dela a parcela paga a título de impostos. Com a resolução “[...] *esse redutor passou a se fazer computando os efeitos decorrentes da tributação e da taxa real histórica de juros da*

³⁵⁰ ROCHA, Keyler Carvalho. A impropriedade da TR e TRD como indexadoras tributárias, trabalhistas, falimentares, etc. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 667, p. 239-341, mai. 1.991. O autor sustentava, também, a ilegalidade da taxa referencial, do modo como regulada pelo Banco Central, pois nada na lei que a instituiu legitimaria o redutor de 2% estabelecido no seu método de cálculo.

³⁵¹ CHAVES, Oziel. A “TR – taxa referencial” como fator de atualização da moeda. *In: www.direitobancario.com.br*, 01/07/2.001.

*economia, representados pela taxa bruta mensal de 2% (dois por cento), conforme o art. 3º, inciso III, da Resolução citada. Esta redução não estava prevista em lei.*³⁵²

A lei nº 8.660/93 extinguiu a TRD (Taxa Referencial Diária) e dispôs que a TR passaria a ser divulgada diariamente. O art. 37 da lei nº 8.880/94 veio estatuir normas temporárias para o cálculo da TR, durante a vigência da URV, passando a ser calculada a partir da remuneração média dos depósitos interfinanceiros. Ultrapassado esse período transitório, o Conselho Monetário Nacional editou a resolução nº 2.097, em 27 de julho de 1.994, instituindo nova metodologia de cálculo, assim resumida por Oziel Chaves:

1) constituição de uma amostra das 30 (trinta) maiores instituições financeiras que fornecerão dados para o cálculo da “TR” (art. 1º, da RES. 2.097/94); 2) que o cálculo partirá da remuneração mensal média dos certificados de depósitos bancários (CDB/RDB) emitidas a TAXAS DE MERCADO PREFIXADAS, com prazo de 30 (trinta) e 35 (trinta e cinco) dias, inclusive (art. 2º) e o cálculo será feito a partir do fornecimento de dados diários (§ 1º, do art. 2º) pelos bancos; 3) que a “TR” será obtida a partir da taxa apurada conforme o art. 2º da Resolução mencionada, deduzida de um REDUTOR relativo aos efeitos decorrentes da tributação e da taxa real de juros da economia (art. 3º, letra “b”). Quer dizer, as taxas de mercado prefixadas (incluindo uma previsão de inflação, portanto) fixadas pelo BACEN, para períodos pré-determinados. Essa fixação tem caráter óbvio de política econômica, objetivando estimular os depósitos nas cadernetas de poupança que têm como taxa nominal a “TR” acrescida da taxa de juros real de 0,5% (meio por cento) ao mês (taxa efetiva, capitalizada).³⁵³

O redutor a que se refere a resolução é estabelecido pelo Banco Central através de resoluções e circulares, para determinados períodos. Assim, versaram sobre o redutor a resolução nº 2.097 de 27/07/94, a circular nº 2.097, de 24/08/94, a circular nº 2.541, de 25/04/95, a circular nº 2.585, de 30/06/95, todas obedecendo a metodologia da resolução nº 2.097/94. A resolução nº 2.265, de 28/03/96, estabeleceu que os valores do redutor serão fixados a cada três meses, respeitado o prazo mínimo de antecedência de noventa dias.³⁵⁴

Conclui Oziel Chaves que a TR não pode ser usada para fins de atualização monetária por vários motivos: não é um indexador mas um rendimento ou remuneração básica; não guarda vínculo técnico com a evolução dos preços da economia, sendo estimada “ex-ante” e

³⁵² *Idem, ibidem.*

³⁵³ *Idem, ibidem.*

³⁵⁴ Na página do Banco Central na internet (www.bacen.gov.br) pode se verificar que continuou a mudar a metodologia de cálculo do redutor da TR. Assim, por exemplo, notícia o Bacen: “As mudanças ocorridas no cálculo do redutor da Taxa Referencial (TR), a partir de novembro, proporcionaram maior transparência e automaticidade em seu cálculo, além de tornar mais competitiva a rentabilidade das cadernetas de poupança em relação às demais aplicações financeiras. A forma de fixação do redutor da TR, antes fixada com antecedência de seis meses, passou, em 1.11.97, a ser determinada pela fórmula $R = a + bTBFm$, onde a e b são parâmetros fixados pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), podendo ser alterados desde que com antecedência mínima de seis meses, e $TBFm$ é a média das Taxas Básicas Financeiras (TBF) dos últimos cinco dias úteis do mês anterior.” Ou ainda: “Em dezembro de 1997, a fórmula do redutor foi alterada para $R = (1 + TBFm) / (a + bTBFm)$, sendo que os parâmetros a e b podem ser alterados com antecedência mínima de 30 dias.

não constatada “ex-post”; é uma taxa monitorada pelo Banco Central através de um redutor também estimado, que representaria impostos e juros reais embutidos na amostra de taxas de CDB/RDB ao prazo de 30/35 dias coletadas nos bancos comerciais; com inflação cadente e índices de preços até mesmo negativos, a correção pela TR gera uma diferença a maior (por exemplo, entre janeiro de 1.994 e dezembro de 1.996 há uma diferença a maior de 24,19% da TR em relação ao IGP-M da FGV).

A respeito da taxa referencial, leciona Rubem Martinez Cunha, no seu artigo “SFH – o impacto da inflação e dos juros no equilíbrio do sistema”³⁵⁵:

A TR foi criada no Plano Collor II, com o intuito de ser uma taxa básica referencial dos juros a serem praticados no mês iniciado e não como um índice que refletisse a inflação do mês anterior. Ela deveria funcionar como uma Libor ou Prime Rate (FORTUNA, 1999, p. 89).

Explicando:

Libor = London interbank ordinary

Rate = taxa de juros básica/mínima, sem riscos

Prime = equivalente americano (USA)

[...]

A correção monetária deve sempre ser zero quando a inflação é zero, isto é, a correção monetária é zero na ausência de inflação. Mas a taxa de juros não zera com a inflação: a taxa de juros existe em economias que não conhecem inflação, e sempre existiu dentro do padrão ouro mais estrito, pois a taxa de juros é o custo do dinheiro para o tomador de empréstimo e a remuneração para o proprietário do patrimônio (fator dinheiro). Estes somente zeram quando o dinheiro é dado “de graça”.

Com a TR, teríamos uma “correção monetária” que nunca zera, mesmo que a inflação fosse zero, mesmo num total congelamento de preços. Quer dizer: mesmo que o plano de estabilização funcionasse extremamente bem, os saldos devedores dos mutuários estariam sempre corrigidos, o que é ilegal.³⁵⁶

Observa-se, deste modo, que a TR é índice de remuneração do capital, segundo as disposições legais apreciadas, sendo índice evidentemente inidôneo à correção monetária, não podendo ser “livremente” pactuada nos contratos adesivos em prejuízo da parte aderente. Deve, sim, ser substituída por um índice de preços, idôneo para aferir a desvalorização da moeda.

E não importa que a TR em determinados períodos assumia valor menor do que o índice de preços. Observa-se da comparação entre o IPCA (calculado pelo IBGE) e a TR³⁵⁷, que de 1.991 a 1.994 os dois índices permaneceram em patamares semelhantes, ora o primeiro superando o valor do segundo, ora o segundo superando o primeiro. De novembro de 1.994 a

Essa mudança metodológica de cálculo do redutor da TR visou aumentar a flexibilidade dessa taxa com a incorporação mais rápida de eventuais oscilações observadas nas taxas básicas de juros da economia.”

³⁵⁵ CUNHA, Rubem Martinez. SFH – o impacto da inflação e dos juros no equilíbrio do sistema. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, v. 9, p. 88-94, set/dez. 1.999. No artigo o autor, com uso de conceitos econômicos e jurídicos, demonstra a impropriedade do uso da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária nos contratos do Sistema Financeiro de Habitação.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 91.

outubro de 1.995, observa-se que o percentual da TR em todos os meses superou o percentual indicado pelo IPCA, em prejuízo dos mutuários cujos débitos foram corrigidos pela TR neste período. De outubro de 1.995 a abril de 1.997, os meses em que um índice superou o outro voltaram a se alternar.

Contudo, novamente, de maio de 1.997 a dezembro de 1.998, a TR voltou a superar o IPCA em todos os meses com exceção de dois (fevereiro e maio de 1.988, em que por pequena diferença o IPCA superou a TR), gerando claro contraste na atualização dos débitos por um e por outro índice, em prejuízo do mutuário cujo contrato previa a TR. Voltaram em seguida os dois índices a se alternar na superioridade de um sobre o outro, até que desde junho de 2.000, até junho de 2.001, de modo inédito, o IPCA superou a TR em todos os meses, em benefício dos mutuários cujos contratos foram reajustados pela TR no período.

O que se quer afirmar, com isto, é que não importa quem seja o beneficiado ou o prejudicado pelo uso da TR. Claro que soa muito mais injusta quando prejudica o mutuário, já que este firma um contrato de adesão, no qual a cláusula de correção pela TR já está predisposta no contrato pelo mutuante. De qualquer modo, certo é que a TR não mede correção monetária, sendo índice inidôneo de atualização do valor mutuado.

Por mais que não haja perfeita equivalência entre todos os índices que medem a inflação num período, é da álea natural do contrato a variação a mais ou a menos de um determinado índice de *correção monetária* (idôneo) eleito. Mas não é da álea natural a variação da TR, que não é índice de correção, e além de tudo tem sua fórmula de cálculo sujeita a freqüentes alterações pelo Banco Central.³⁵⁷ Por sinal, não seria de estranhar que o Banco Central alterasse a fórmula quando de um período de defasagem da TR em relação aos índices de preços, sob argumento de não gerar prejuízos aos mutuantes.

Nos contratos de mútuo do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que não se aplica a correção pela TR, mas sim pelo Plano de Equivalência Salarial, a fim de manter a equação econômico-financeira nesses contratos, em função de princípios específicos que os norteiam (da transparência, do atendimento das

³⁵⁷ As fontes utilizadas para obtenção dos valores percentuais de reajuste impostos pelos índices foram os sites www.ibge.gov.br, e www.calculos.com.br.

³⁵⁸ Oziel Chaves, no artigo já apreciado, intitulado “A ‘TR – Taxa Referencial’ como Fator de Atualização da Moeda”, explicita a variação do modo de cálculo da TR desde sua criação.

necessidades habitacionais do mutuário sem afetar sua dignidade, saúde e segurança jurídica, da vulnerabilidade do mutuário, da boa-fé e da equidade).³⁵⁹

Ressalta Rubem M. Cunha, no seu precioso artigo citado a respeito do tema, que o STF já havia afastado na ADIN n. 493-DF a aplicação da TR nos contratos firmados antes de 01/03/91, por respeito ao ato jurídico perfeito. A incidência da TR vinha ocorrendo em função da resolução n° 1.446, do CMN, com base no decreto-lei n° 2.291/86, a qual afirmava que os saldos devedores dos mutuários do SFH deviam ser corrigidos pelos índices de correção dos depósitos da caderneta de poupança.

Mesmo depois da decisão do Pretório Excelso o CMN expediu, no mesmo sentido, o art. 19 do regulamento anexo à resolução n° 1.98-/93, de 30/04/93, insistindo na vinculação dos saldos devedores ao índice de reajuste das cadernetas de poupança, impondo a aplicação da TR nos contratos firmados no âmbito do SFH, pois nesta época já vigorava a lei n° 8.177/91. E na sentença nos autos da Ação Civil Pública n° 96.3494-0 (2ª Vara/MT), proposta pelo Ministério Público Federal contra a União e diversos bancos, o autor citado, na qualidade de Juiz Federal, afirmou que “[...] *os contratos firmados no âmbito do SFH vinham sendo corrigidos pelo índice de caderneta de poupança ‘há décadas’*. Entretanto, esqueceram-se de dizer os réus, que também ‘há décadas’ o índice de correção da caderneta de poupança, antes da instituição da TR, era efetivo índice de correção monetária, ou seja, índice que refletia a depreciação da moeda frente à inflação.”³⁶⁰

O eminente juiz federal no seu artigo demonstra com clareza, usando das fórmulas econômico-matemáticas cabíveis, que o uso da TR no SFH implica distorção do valor dos juros reais, passando estes a superar os limites legais estabelecidos (quer pela lei n° 4.380/64 – 10%, quer pela lei n° 8.692/93 – 12%). Além disto, a lei n° 4.380/64 determina a aplicação de índice de “correção monetária” (e a TR não o é) nos contratos vinculados ao SFH. Por fim o autor destaca, ressaltando a posição do STJ acima abordada, que o mutuário tem direito ao equilíbrio econômico-financeiro no contrato, afastando-se o uso da TR no âmbito do SFH.

E tudo o referido à TR também se aplica a qualquer taxa que queira, num contrato bancário, fazer as vezes de um índice de correção monetária, sem na verdade sê-lo. Por exemplo, a TBF. Como reporta a jornalista Mirian de Oliveira, “...os empréstimos bancários

³⁵⁹ O RESP n° 157841/SP, decisão de 12/03/1.998, em que foi Relator o Ministro José Delgado, aborda a questão, colocando o Relator em relevo e explanando os princípios citados, em seu voto. No mesmo sentido de inaplicabilidade da TR no SFH em prol do Plano de Equivalência Salarial o RESP n° 140839/BA, decisão de 23/11/1.999, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins.

³⁶⁰ CUNHA, Rubem Martinez. Ob. cit., p. 89.

*de longo prazo são reajustados pela Taxa Básica de Financiamento (TBF), que é calculada com base nas taxas de juros dos Certificados de Depósitos Bancários com rendimento prefixado, transformadas em longo prazo.*³⁶¹

A TBF, ou Taxa Básica Financeira, foi instituída pelo art. 5º da medida provisória nº 1.053, de 30 de junho de 1.995, “para ser utilizada exclusivamente como base na remuneração de operações realizadas no mercado financeiro de prazo de duração superior a sessenta dias”. Reflete o resultado da concorrência entre bancos na captação de recursos (CDB/RDB). A resolução nº 2.171, de 30 de junho de 1.995, do Banco Central, estabeleceu sua metodologia de cálculo. Pela comparação com a resolução nº 2.097/94 do Banco Central (que estabeleceu a metodologia da TR), observa-se que a TBF é exatamente igual à TR antes de deduzidos os juros reais e os impostos. Ou seja, tomando-se a TBF de um determinado dia e deduzindo-se dela o redutor da TR estipulado pelo Banco Central para o período, encontra-se a Taxa Referencial.³⁶²

E os tribunais têm o dever de reconhecer os índices inidôneos e bani-los.³⁶³ Também se caracterizam como índices inidôneos aqueles nos quais são introduzidos expurgos. Acontece que o Poder Público, com intentos de política monetária, produz, por vezes, o que se denomina de “expurgos inflacionários”. Isto é, apresenta índices oficiais internamente corroídos, bem menores que os índices reais, e para fins de autofinanciamento os torna vinculantes.

Surge a discrepância entre o índice legal e o índice real. É o efeito perverso do “Poder Monetário” do Estado. Foram os expurgos produzidos, especialmente, nos diversos planos econômicos (Plano Verão, Plano Collor I, Plano Collor II, Plano Real). Na linha dos dois autores que se seguem, com exceção da situação do IPC de janeiro de 89, indefinida ainda, não há índices de preços que incrementem substancialmente as dívidas, só havendo os que reduzem, estando viciados pelos “expurgos”.

Cançado e De Lima versam o assunto em sua obra conjunta, dedicando um capítulo inteiro e 61 páginas ao tema.³⁶⁴ O Poder Judiciário veio, predominantemente, reconhecendo a

³⁶¹ OLIVEIRA, Mirian Gasparin de. Artigo citado, jornal citado.

³⁶² CHAVES, Oziel. Ob. cit.

³⁶³ Outro exemplo, mas quanto aos débitos tributários, é que foi reconhecida pelo STJ a inidoneidade da Taxa Selic, seja como fator de remuneração ou também de correção monetária, com uma larga, contundente e convincente argumentação. Pode ser verificada no RESP nº 215881/PR, decisão de 13/06/2.000, Relator Ministro Franciulli Netto. Inclusive reconheceu o STJ que sua incidência juntamente com a correção monetária configuraria *bis in idem*, porque já traz insito fator de neutralização da inflação.

³⁶⁴ CANÇADO, R. W. LIMA, O. C. De. Ob. cit., p. 121-182.

injustiça dessa ação dos Poderes Legislativo e Executivo que atua sobre a autonomia contratual, desvirtuando seus objetivos. O Judiciário aplicou, deste modo, nos casos colocados sob seu império, índices reais e idôneos, e não meros índices oficiais que o governo pretendeu fazer vincular. Explicam lucidamente os autores o problema dos expurgos, já em sua origem, e como vem sendo solucionado, abordando também o instituto da correção monetária em sua origem, em trecho que merece transcrição:

A longa experiência inflacionária vivida pelos brasileiros foi responsável pela criação de uma estrutura jurídica que, na medida do possível, funciona como um ‘antídoto’ contra os efeitos inflacionários. O instituto da ‘correção monetária’ foi gradativamente assimilado e aperfeiçoado pelo Poder Judiciário, culminando com o reconhecimento de que “correção monetária não é um ‘plus’ mas mera atualização do poder de compra da moeda” [nota - comenta o Resp nº 126538]. A partir daí, foi rápida a evolução jurisprudencial, entendendo-se hoje que a atualização monetária é aplicável mesmo contra disposição contratual em contrário à sua incidência (por exemplo, nos casos de devolução de prestações de consorciados desistentes), e que os expurgos inflacionários devem ser incluídos nos cálculos mesmo após o trânsito em julgado de conta de liquidação homologada por sentença transitada em julgado [...]. Nos primeiros anos da criação do instituto da correção monetária ela só funcionou como instrumento a favor do Estado por dois motivos: ‘primeiro’, porque os débitos fiscais pagos com atraso passaram a ser atualizados monetariamente, reduzindo os efeitos da evasão fiscal, e segundo, porque passou a ser um fator de atração em favor da venda de Títulos Públicos.

Neste período se tornou famosa a ‘Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional’ – ORTN – título largamente aceito pelo mercado porque, ao ter seu valor atrelado a índices idôneos de medida de variação dos preços, obteve o reconhecimento geral de sua ‘Idoneidade Financeira’, como título que preservava o Valor Real da importância aplicada. Nesta época, era o Poder Executivo o principal interessado em manter o referido atrelamento, de vez que isto aumentava sua capacidade de ‘captar empréstimos’ junto ao público.

Todavia, na medida em que o estoque da dívida pública foi se avolumando e a inflação se elevando, surgiram as primeiras tentativas de subversão da proteção legal até então outorgada a este título (que fazia variar os respectivos valores na proporção da variação efetiva de preços, medida por índice idêneo). Esta subversão foi logo apelidada de ‘expurgo de inflação’ ou ‘expurgo inflacionário’ e prontamente surgiram reações contra eles, posicionando-se o Judiciário contra os expurgos.³⁶⁵

Os expurgos, gerando uma “inflação legal”, francamente inconstitucional, têm conseqüências danosas. A inflação passou a ser uma excelente maneira de produção de rendas para o governo. O governo pode, por duas ou três manobras manipulativas sucessivas, inverter sua posição, em termos de endividamento, sem lançar mão de um único imposto. A inflação pode ser manejada tanto para reduzir a dívida pública interna, quanto até para pressionar qualquer Poder da República e seus membros. O “Poder Monetário”, ao produzir uma inflação legal menor do que a inflação real, beneficia ou apenas o cidadão, tão somente conforme ocupe posição de devedor ou credor numa relação obrigacional.

Esse uso do Poder Monetário é, assim, uma ameaça à estabilidade social, ferindo até mesmo a proteção assegurada ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Há uma violação ao princípio romano recepcionado do “suum cuique tribuere”. Contraria mesmo

aquele sentido das normas que estabelecem orçamento nacional, restrições ao poder de tributar, controle das emissões de moeda, limites de endividamento, ou outras limitações do governo, constitucionais, frente à sociedade.

Entendem os dois autores que há ofensa direta ou indireta a pelo menos oito regramentos da Constituição: o do salário mínimo, precatórios judiciais, títulos da dívida pública para pagamento de desapropriações, títulos da dívida agrária, salários de contribuição para fixação de reajustes dos benefícios previdenciários, proventos da aposentadoria, créditos nas instituições financeiras sob intervenção ou liquidação extrajudicial, débitos dos Estados e Municípios por dívidas previdenciárias.³⁶⁶

Também é inidôneo o índice fixado posteriormente ao contrato, por escolha unilateral do credor. Mais propriamente, neste caso, a cláusula contratual que é inidônea, como aquela cláusula diretamente aplicada aos contratos bancários e financeiros, que atribua ao fornecedor poder de escolha entre os múltiplos índices de reajuste, entre os admitidos legalmente. Esta cláusula é abusiva, do ponto de vista da defesa do consumidor, como ressalta Antônio Carlos Efig.³⁶⁷

³⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 149 e 150.

³⁶⁶ Daí, fundamentalmente, Cançado e De Lima, na página 135 e seguintes, criticam o voto do relator Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Demócrito Reinaldo, que se veio posicionar de modo contrário ao entendimento que nos Tribunais se seguia, de modo avesso à justiça contratual, num sentido de decisão que se quer ver no passado, e se justifica por aquela confusão de se associarem conceitos jurídicos e econômicos, frente ao desconhecimento sobretudo destes últimos. Afirma o Ministro: “*Por mais injusta que possa ser a correção monetária consiste apenas, na parcela de inflação reconhecida por lei.*” Baseia-se em que “*Se a lei – para o caso específico – instituiu o índice de atualização, deve o legislador ter sido despertado para que este fosse o mais consentâneo com a realidade nacional e com o interesse público. Transmudar-lhe é defeso ao Judiciário, ao qual é vedado investir-se na condição de legislador ‘positivo’.*” E elogiam os dois autores, já na p. 142 e seguintes, o voto do Ministro José Delgado, que sustenta que: “*A visão sistêmica de qualquer dispositivo positivado não pode ignorar fatos que são imodificáveis na vida do homem e que, por tal razão, a norma jurídica não pode alcançá-los em sua estrutura, como é o caso da morte do ser humano, da existência do passado, da imprevisibilidade do futuro e tantos outros mais. Determinados fenômenos econômicos e financeiros incluem-se nesta categoria, como a lei da oferta e da procura e o da inflação. Eles existem e se transformam em realidades inalcançáveis pela lei que fica impotente na busca de modificá-los. Podem regulá-los, porém, nunca desconfigurar os efeitos das caracterizações factuais que eles constróem.[...]. Sendo fato econômico e financeiro ao mesmo tempo, insuscetível de ser determinado o seu quantum por lei, em face de ser fenômeno que a ela não se submete, tem, ao meu pensar, de ser enfrentada com a característica de sua essencialidade, isto é, como fato de desvalorização da moeda no percentual produzido. Nenhuma lei, portanto, pode modificar esse percentual e afirmar que ela existiu em um quantitativo maior ou menor do que a realidade determinou. Se o fizer, há de ser considerado como ato inexistente, sem conseqüências jurídicas, por despido de eficácia valorativa.[...]. É verdade que o nosso ordenamento jurídico permite que motivos de força maior possam alterar as relações contratuais. Ocorre que, tais motivos devem ficar configurados e comprovados no curso dos dias, para que possa receber apoio dos operadores do direito. Ao contrário, seria se navegar em tantas aventuras quantas o príncipe entendesse efetuar, o que não se compatibiliza com um Estado que se diz vinculado aos princípios democráticos e, conseqüentemente, da lei.*”

³⁶⁷ EFING, Antônio Carlos. Ob. cit., p. 199-201.

Neste sentido decidiu o STJ nos RESPs nº 43618 e nº 66592, cujas ementas assim dispõem:

ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO, COM CLÁUSULA DE CORREÇÃO DAS PARCELAS PELA VARIAÇÃO DA OTN, “OU, EM CASO DE SUA EXTINÇÃO OU VARIAÇÃO MENOR DO QUE 35% DO PERCENTUAL DE CAPTAÇÃO EM CDB PÓS-FIXADA PELA VARIAÇÃO DIVULGADA PELA ANBID, ‘PELO CRITÉRIO QUE A ARRENDADORA FIXAR’”. ILICITUDE DE TAL CLÁUSULA EM SUA PARTE FINAL, SUJEITANDO O ATO AO ARBITRÍO DE UMA DAS PARTES CONTRAENTES. PRECEDENTES DA 2ª SEÇÃO DO STJ, QUANTO A NOTA DE CRÉDITO RURAL (RESP 44.847, DJ DE 10/02/1997). RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. [RESP nº 43618/SP, decisão de 10/03/1.997, Relator Ministro Nilson Naves]

DIREITO COMERCIAL. LEASING. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

1 – A orientação que veio a prevalecer nesta Corte repudia, com veemência, possa o credor, a seu talante, estipular unilateralmente índice de correção das prestações.

2 – Recurso especial conhecido, mas desprovido. [RESP nº 66592/SC, decisão de 10/03/1.998, Relator Ministro Bueno de Souza]

Por fim, cumpre a análise da possibilidade da indexação cambial, sendo o índice escolhido a cotação de determinada moeda estrangeira, chamada então de *moeda de conta*.³⁶⁸

³⁶⁹ Este índice poderá ser legal ou ilegal, conforme haja ou não amparo legal para tal previsão.

A respeito da indexação cambial, ressalta Comparato:

Na análise jurídica das cláusulas de indexação cambial, houve quem sustentasse que a moeda estrangeira está *in obligatione*, enquanto a moeda nacional apenas *in solutione*. Essa interpretação foi convincentemente refutada por Ascarelli, ao mostrar que na indexação cambial a obrigação não é estipulada em moeda estrangeira, sendo esta indicada tão-só como mero índice de referência para a liquidação da soma devida. Há que se distinguir, pois, as obrigações pecuniárias indexadas a moeda estrangeira, das obrigações de pagamento em moeda estrangeira, as quais, por força da *facultas solutionis* legal – como a que previam os revogados §§ 2º e 3º do art. 947 do CC – podem ser solvidas, à escolha do devedor, em moeda nacional pelo câmbio do dia do pagamento.^{370 371}

³⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Cláusulas contratuais de indexação de preços, ob. cit., p. 36.

³⁶⁹ Maria Elisa Mendes Gualandi, no seu artigo “Indexação – Obrigações em Moeda Estrangeira”, nas p. 130 e 131, cita conceitos da cláusula-ouro e da cláusula de escala móvel. Assim a cláusula-ouro seria na definição de José Tadeu De Chiara “[...] a disposição contratual ou a estipulação cambiária pelas quais se determina que se efetue pagamento em ouro, em moeda estrangeira ou nos respectivos equivalentes em moeda nacional, com o fim de assegurar a manutenção do valor pecuniário de obrigação frente à depreciação ou oscilação do valor real da moeda do Estado em que se deva cumprir tal obrigação.” Diferentes seriam as cláusulas de escala móvel, citando a definição de Arnoldo Wald, pela qual “[...] é a cláusula que estabelece uma revisão, pré-convencionada pelas partes, dos pagamentos que deverão ser feitos de acordo com as variações do preço de determinadas mercadorias ou serviços ou do índice do custo de vida ou dos salários.” (GUALANDI, Maria Elisa Mendes. Indexação – obrigações em moeda estrangeira. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 64, p. 129-140, 1.993).

³⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Cláusulas contratuais de indexação de preços, ob. cit., p. 37.

³⁷¹ No mesmo sentido Leães, em ob. cit., p. 19.

Anteriormente à clareza com que dispôs o Plano Real e legislação pertinente (desde o art. 6º da lei nº 8.880 de 27 de maio de 1.994³⁷²), foram suscitadas dúvidas em nossa doutrina quanto à impossibilidade de pactuação de cláusula de indexação cambial nos contratos de modo geral.³⁷³ Estas dúvidas repercutiram inclusive na jurisprudência do STJ.

Assim é que o STJ decidia contrariamente à possibilidade da indexação cambial, no RESP nº 23707, em 22/06/1.993, e no RESP nº 1641, em 18/12/1.993, cujas ementas, entre outras coisas, e respectivamente, dispõem:

[...]
É TAXATIVAMENTE VEDADA A ESTIPULAÇÃO, EM CONTRATOS EXEQUÍVEIS NO BRASIL, DE PAGAMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA, A TANTO EQUIVALENDO CALCULAR A DÍVIDA COM INDEXAÇÃO AO DÓLAR NORTE-AMERICANO, E NÃO AO ÍNDICE OFICIAL OU OFICIOSO DE CORREÇÃO MONETÁRIA, LÍCITO SEGUNDO AS LEIS NACIONAIS.

AÇÃO DE COBRANÇÁ DA VARIAÇÃO CAMBIAL, PROPOSTA PELA VENDEDORA. NULIDADE DE PLENO DIREITO DA CLÁUSULA OFENSIVA À NORMA IMPERATIVA E DE ORDEM PÚBLICA.

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. [RESP nº 23707/MG, decisão de 22/06/1.993, Relator Ministro Athos Carneiro]

[...]
CLÁUSULA, EM CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL, DE REAJUSTAMENTO DA DÍVIDA PELA PARIDADE COM MOEDA ESTRANGEIRA. O ART. 38 DA RESOLUÇÃO N. 980/84 DO BANCO CENTRAL EXTRAVASA O PERMISSIVO DO INCISO V DO ARTIGO 2. DO DECRETO-LEI N. 857/69, CONTRARIANDO, ASSIM, O DISOPOSTO NO ART. 1. DO ALUDIDO DECRETO-LEI, QUE VEDA A ESTIPULAÇÃO, EM CONTRATOS EXEQUÍVEIS NO BRASIL, DE PAGAMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA, A TANTO EQUIVALENDO CALCULAR A DÍVIDA COM INDEXAÇÃO AO DÓLAR, E NÃO AO ÍNDICE OFICIAL PREVISTO NA LEI N. 6423/77.

[...] [RESP nº 1641/RJ, decisão de 18/12/1.990, Relator Ministro Athos Carneiro]

É verdade que estas ementas se reportavam a uma época em que só era permitida a correção pela variação nominal das ORTN, segundo a lei nº 6.423/77, e deste modo não poderia mesmo ser fixada a indexação cambial. Mas observe-se o que o Ministro Relator

³⁷² Dispõe o artigo: “Art. 6º É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.”

³⁷³ Assim, por exemplo, Leães, ob. cit., p. 18-22, sustentava em 1.992 a possibilidade da pactuação, entendendo que a legislação do Plano Collor II, de 1.991, regularia completamente a matéria sobre correção monetária, revogando tanto as normas de natureza genérica quanto as exceptivas, dentro destas as relativas à correção cambial. Deste modo, superadas as vedações legais proibitivas da pactuação de correção cambial, entendeu o autor que era esta possível. No mesmo sentido, em artigo conjunto “Correção Monetária pela variação Cambial”, Carlos Augusto da Silveira Lobo e José Ricardo Pereira Lira entenderam em 1.992 que não havia norma legal vigente impedindo a estipulação de cláusula de correção cambial para a generalidade das obrigações pecuniárias internas. (LIRA, José Ricardo Pereira. LOBO, Carlos Augusto de Silveira. Correção monetária pela variação cambial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 85, p. 12-21, 1.992). Já Maria Elisa Mendes Gualandí, na ob. cit., p. 138, em 1.993, em sentido oposto, concluía que “Já há mais de vinte anos vêm permanecendo aplicáveis os dispositivos do Dec.-lei 857/69, tendo sido as obrigações

Athos Carneiro afirmava em seus votos, respectivamente, nos RESPs nº 23707/MG e nº 1641/RJ, cujas ementas foram citadas:

Nula, destarte, a cláusula de reajustamento do débito consoante as variações da moeda norte-americana, mas não as obrigações oriundas do contrato, em sua quase totalidade saldadas nas ações executivas das notas promissórias, com a devida atualização monetária, e também na moratória impetrada pela principal contratante. Como sublinhou o Dr. João Henrique Serra Azul, ilustre Subprocurador-Geral da República, em seu douto parecer, “em face do precedente, nos parece que o recurso deva ser conhecido e provido, ocorrendo negativa de vigência do art. 1º do Decreto-Lei 857/69, lei de ordem pública que o Juiz ou Tribunal de 2º Grau deverá conhecer de ofício, em face do exame da possibilidade jurídica do pedido [...]”. [RESP nº 23707/MG]

Então, como agora, cuidava-se de arrendamento mercantil firmado entre empresas brasileiras, tendo por objeto veículo fabricado no Brasil e obviamente comprado e pago com moeda brasileira: “em negócios dentro do país, pagos em moeda nacional, somente é cabível a correção pelos índices das ORFNs, ou índices outros admitidos pelas leis e pela autoridade monetária brasileira, mas desvinculados da chamada cláusula-ouro, hoje cláusula-dólar”. [RESP nº 1641/RJ]

Já de modo diverso, entendendo pela possibilidade da indexação cambial, decidia posteriormente o Superior Tribunal de Justiça, no RESP nº 36120, em 21/09/1.993, no RESP nº 33992, em 24/06/1.997, no RESP nº 119773, em 23/11/1.998, e no RESP nº 57581, em 05/08/1.999, cujas ementas, respectivamente, dispõem:

COMERCIAL – VALIDADE DE CONTRATO CELEBRADO EM MOEDA ESTRANGEIRA – PAGAMENTO EM CRUZEIRO – EXEGESE DA NORMA CONTIDA NO ART. 1. DO DECRETO-LEI N. 857/69.

I – LEGÍTIMO É O PACTO CELEBRADO EM MOEDA ESTRANGEIRA, DESDE QUE O PAGAMENTO SE EFETIVE PELA CONVERSÃO NA MOEDA NACIONAL.

II – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO AJUSTE POR SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ART. 1. DO DECRETO-LEI N. 857/69, NÃO FAVORECE OS PARTÍCIPES NA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO PORQUE ESTARIAM TIRANDO PROVEITO DA PRÓPRIA TORPEZA.

III – O LEGISLADOR VISOU EVITAR NÃO A CELEBRAÇÃO DE PACTOS OU OBRIGAÇÕES EM MOEDAS ESTRANGEIRAS, MAS SIM, AQUELES QUE ESTIPULASSEM O SEU PAGAMENTO EM OUTRO VALOR QUE NÃO O CRUZEIRO – MOEDA NACIONAL – RECUSANDO SEUS EFEITOS OU RESTRINGINDO SEU CURSO LEGAL.

IV – INTELIGÊNCIA DO ART. 1., DO DECRETO-LEI N. 857/69. PRECEDENTES RESPS. NOS. 4.819-RJ E 11.801-0-RJ

V – RECURSO NÃO CONHECIDO. [RESP nº 36120/SP, decisão de 21/09/1.993, Relator Ministro Waldemar Zveiter]

MOEDA ESTRANGEIRA. DÓLAR. VALIDADE DO PACTO.

ADMITE-SE A VALIDADE DA CLÁUSULA QUE UTILIZA A MOEDA ESTRANGEIRA PARA DEFINIR A OBRIGAÇÃO A SER PAGA NO EXTERIOR, SENDO PEDIDO, NA AÇÃO DE COBRANÇA, O PAGAMENTO EM MOEDA NACIONAL. ALÉM DISSO, A NULIDADE DA CLÁUSULA, NO CASO DOS AUTOS, IMPLICARIA O ENRIQUECIMENTO INJUSTO DO DEVEDOR.

DL. 857/69.

RECURSO NÃO CONHECIDO [RESP nº 33992/SP, decisão de 24/06/1.997, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar]

em moeda estrangeira por poucas vezes abordadas em normas de nossa legislação, e, mesmo nessas ocasiões, sem que fosse levado por terra o ditame enfocado.”

PROCESSO CIVIL. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ATRELA A CORREÇÃO MONETÁRIA À VARIAÇÃO CAMBIAL DE MOEDA ESTRANGEIRA. PAGAMENTO EFETUADO EM MOEDA NACIONAL, COM BASE NA COTAÇÃO DO CÂMBIO. LEGALIDADE. DECRETO-LEI Nº 857/69, ART. 1º. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I – Distinguem-se, por sua natureza, o pagamento efetuado em moeda estrangeira e a utilização dessa moeda como fator de atualização monetária.

II – O artigo 1º do Decreto-Lei nº 857/69 veda o curso legal de moeda estrangeira no território nacional, o que significa que o pagamento não pode ser efetuado nessa moeda. [RESP nº 119773/RS, decisão de 23/11/1.998, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira]

CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. VALIDADE DE CONTRATO CELEBRADO EM MOEDA ESTRANGEIRA. PAGAMENTO EM MOEDA NACIONAL MEDIANTE CONVERSÃO. CORREÇÃO CAMBIAL.

- Legítimo é o pacto celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional. Precedentes do STJ.

- Obrigação do devedor de restituir, em moeda nacional, o equivalente em dólares norte-americanos emprestados. Variação cambial que não constitui, a rigor, correção monetária, mas a expressão do principal devido.

Recurso especial não conhecido. [RESP nº 5781/SC, decisão de 05/08/1.999, Relator Ministro Barros Monteiro]

Cumpram-se alguns trechos do que afirmava o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, com base também nos julgados anteriores, no seu voto no RESP nº 119773, cuja ementa foi transcrita, julgando causa que versava sobre estipulação de indexação cambial em contrato de compra e venda de uma empresa (realizado antes do advento do Plano Real e legislação correspondente):

Não se pode convencionar que o pagamento deve ser feito em dólar, sob pena de burla ao curso forçado instituído pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 857/69. Nada impede, todavia, que o dólar seja usado como indexador, como mero fator de atualização monetária, devendo haver a conversão em real no momento do pagamento conforme a cotação avençada.

[...]

Distinguem-se, por natureza, a previsão contratual de um índice ou um fator que resguarde as partes da desvalorização da moeda – para que se permite o uso de cotação de uma moeda estrangeira – e o uso dessa moeda para o pagamento.

O que veda a norma inserida no art. 1º é o curso legal de outra moeda para obrigações a serem solvidas no território nacional; não toca o dispositivo na utilização de cotação cambial para atualizar valores contratuais. Aliás, guardam mesmo entre si natureza diversa: um diz respeito à preservação do valor obrigado e outro à forma de liquidação do vínculo obrigacional.

Hoje, contudo, quaisquer dúvidas não mais cabem com relação à possibilidade de fixação de cláusulas de indexação cambial em contratos posteriores ao advento do Plano Real e legislação correspondente. O art. 6º da lei nº 8.880 de 27/05/94 já afirmava: “*Art. 6º É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.*” A lei nº 10.192/01, que consolida uma série de medidas provisórias iniciadas na nº 1.053, de 1.995, é também clara ao afirmar:

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. *São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:*

I - pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

II - reajuste ou correção monetária expressas em, ou vinculadas a unidade monetária de conta de qualquer natureza; [grifo nosso]

Dispõe o decreto-lei nº 857/69 nos artigos citados:

Art. 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Art. 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

I – aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;

II – aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito no exterior;

III – aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;

IV – aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

V – aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

Parágrafo único. Os contratos de locação de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira ficam sujeitos, para sua validade a registro prévio no Banco Central do Brasil.

Art. 3º No caso de rescisão judicial ou extrajudicial de contratos a que se refere o item I do art. 2º deste Decreto-lei, os pagamentos decorrentes do acerto entre as partes, ou de execução de sentença judicial, subordinam-se aos postulados da legislação de câmbio vigente.

Deste modo, são atualmente vedadas definitivamente pelo art. 1º, II, da lei nº 10.192/01, as cláusulas de indexação cambial, com apenas as exceções acima expressas.³⁷⁴

Aliás, com relação à exceção do inciso V do art. 2º do decreto, escreve Maria Gualandi, citando Ricardo Martins:

No entender do Autor citado tal dispositivo teria, entre outras, a intenção de possibilitar prática amparada, por exemplo, pela Res. 63/67, do Banco Central, que permite o repasse, em moeda nacional, de empréstimos obtidos por instituições financeiras no exterior. Neste caso, por exemplo, possibilita-se a um mutuário brasileiro obrigar-se a pagar a uma instituição financeira encargos por esta assumidos

³⁷⁴ Posição interessante é a de Ives Gandra da Silva Martins, no seu artigo “O Juiz e a Economia – Reflexos da Inflação na Prestação Jurisdicional”. Justifica-se, por certo, em face da alta instabilidade econômica e de normas jurídicas que regulavam as relações econômicas que atingiam o país nos anos anteriores à publicação de seu artigo. Afirma o reconhecido autor: “Como é pacífico nos dias que correm, pela aplicação jurisprudencial da teoria da imprevisão, há de se concluir que, mesmo que a lei vede a adoção de determinados índices, se estes forem os mais adequados para o equilíbrio contratual, poderá o Poder Judiciário utilizá-los para reequilibrar contratos ou fazê-los vigentes, desde que a moeda de pagamento seja o cruzeiro, nas obrigações internas. Não vejo, pois, porque não a adoção de uma âncora cambial para efeitos de estipulações contratuais, a fim de que não se produza enriquecimento ilícito, na medida em que tal índice represente a melhor forma de afastar os efeitos desequilibradores da inflação e das manipulações governamentais.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. O juiz e a economia – reflexos da inflação na prestação jurisdicional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 64, 1.993, p. 127).

perante credor estrangeiro, através de operação que nominalmente é em moeda nacional, cujo ajuste é em moeda estrangeira.³⁷⁵

A respeito do repasse do empréstimo externo cabem duas ressalvas. A primeira é de que a correção, com base na variação cambial, é limitada até o efetivo desembolso pelo banco nacional da quantia, solvendo sua dívida com o banco estrangeiro.³⁷⁶ A segunda é de que a quantia emprestada pelo banco nacional ao mutuário deve efetivamente ter provindo do exterior, cabendo ao banco demonstrar isto no caso de eventual ação judicial.³⁷⁷

Este tema ganhou relevância com a crise cambial de 1.999, quando houve grande desvalorização do real frente à moeda norte-americana. Quem tinha contrato vinculado à variação cambial com os bancos sofreu enorme prejuízo. Surgiu uma argumentação jurídica relevante em prol dos devedores, que tem apresentado vários argumentos de relevo.

Um seria a teoria da imprevisão, pela qual se deve proceder uma revisão do contrato frente ao acontecimento de fatos inesperados, imprevisíveis (como a repentina mudança de política econômica pelo governo), e que venham a causar o desequilíbrio contratual, gerando graves prejuízos (até mesmo a ruína em alguns casos) a uma parte e o enriquecimento da outra. O art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe nesse mesmo sentido, protegendo o consumidor ao entabular como direito básico do consumidor “[...] a *modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.*”

³⁷⁵ GUALANDI, Maria Elisa Mendes. Ob. cit., p. 137-138.

³⁷⁶ Neste sentido a ementa do RESP nº 164929/RS, que dispõe: “DIREITO CIVIL. CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO. CORREÇÃO CAMBIAL ATÉ O DESEMBOLSO DO NUMERÁRIO EM FAVOR DO CREDOR ESTRANGEIRO. A PARTIR DESTA DATA, CORREÇÃO PELOS ÍNDICES INTERNOS DE ATUALIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – O contrato de repasse de empréstimo externo, regulado por meio de resolução do Banco Central, abrange dupla relação obrigacional: uma, entre o banco nacional e o estrangeiro, com pagamento em dólar; outra, entre aquele e a empresa tomadora do dinheiro. Em outras palavras, a instituição brasileira assume a posição de repassadora do numerário adquirido no exterior, tornando-se devedora perante o banco estrangeiro e credora perante a empresa, no Brasil. II – A correção cambial deve estender-se até o efetivo desembolso do numerário, pelo banco nacional, para satisfazer a dívida em dólares, perante o banco estrangeiro; a partir daí, a correção será pelos índices internos de atualização das dívidas. [...]” (RESP nº 164929/RS, decisão de 14/12/2.000, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

³⁷⁷ Neste sentido o RESP nº 196436/RS (que embora trate de contrato de *leasing*, sendo a hipótese do parágrafo único e não do inciso V do art. 2º do decreto nº 857/69, sua afirmação aqui transposta se aplica também ao inciso V), o qual dispõe: “[...] 4. O tribunal local, fazendo remissão expressa ao art. 6º da Lei nº 8.080/94, aplicou-o ao vedar, também nos embargos de declaração, a utilização da variação cambial, baseada no dólar americano, para efeito de reajustamento da importância financiada, tendo em vista que não foi comprovado pela arrendante que a quantia empregada no contrato foi captada no exterior. Por outro lado, reexaminar o contrato e as provas dos autos constitui operação proibida pelas Súmulas nºs 05 e 07 do STJ.” (RESP nº 196436/RS, decisão de 14/11/2.000, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito).

Outro argumento seria, com base no Código de Defesa do Consumidor, a necessidade de equivalência contratual, erigida a princípio (art. 4º, III, 6º, II, CDC), vedando-se estipulação que venha a causar onerosidade excessiva ao consumidor. Verifica-se objetivamente um desequilíbrio insustentável, e não exige o CDC que tal resulte de ato reprovável do fornecedor, bastando a objetiva verificação. E, de qualquer modo, se o banco não provar que a origem dos recursos provém do exterior, não configuraria possível a indexação cambial que a lei veda com exceções expressas, nem mesmo sendo necessária o uso da argumentação anterior.

A discussão no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, bem como nos outros Tribunais estaduais, não tem encontrado solução unitária, e a questão, ao que parece, ainda não chegou ao Superior Tribunal de Justiça, para assentar-se em última análise o assunto. Bem resume o quadro o Desembargador Ulysses Lopes do Tribunal de Justiça do Paraná, em trecho que cumpre reproduzir de seu voto como Relator na Apelação Cível nº 86350-3, em decisão de 16 de maio de 2.000:

É importante de início registrar que essa questão não tem recebido tratamento uniforme pela jurisprudência.

Há decisões que mostram-se contrárias ao argumento sustentado pelo autor e recorrido. Em geral, tais precedentes não tem considerado a aplicação da teoria da imprevisão (cláusula 'rebus sic standibus'), mas o princípio 'pacta sunt servanda' em situações como a dos autos.

Quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 78478-1, em que a recorrente figurou como parte, a 5ª Câmara Cível deste pretório, através do voto do Des. Fernandes, assentou: "... pretende o recorrido vincular o contrato de compra e venda aos reflexos do mercado, ou seja, reduzir arbitrariamente seus compromissos avençados, diante da perspectiva de que não fez um bom negócio. Entretanto, não pode insurgir-se contra cláusulas que pactuou como vantajosas (melhor prazo para pagamento de sua dívida) por ocasião da assinatura do contrato, eis que o mesmo obriga as partes, tendo força de lei. Nesse sentido, nos ensina o mestre Orlando Gomes, em sua obra Contratos, 12ª ed. 6ª tiragem, 1992, Forense: É a pedra angular da sentença do comércio jurídico ... não se apresenta apenas como corolário exclusivo da regra moral de que todo homem deve honrar a palavra empenhada. Justifica-se, ademais, como decorrência do próprio Princípio da autonomia da vontade, uma vez que a possibilidade de intervenção do Juiz na autonomia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar" (Fonte – JUDWIN, Tribunal de Justiça do Paraná).

No mesmo sentido, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais: Agravo de Instrumento nº 276537-1 (acórdão nº 22409), 5ª Câmara Cível: "... ainda que pública e notória a desvalorização do real em relação ao dólar, esse fato, por si só, não se consubstancia em prova inequívoca do desequilíbrio financeiro entre as partes, nem evidencia indispensável verossimilhança no tocante à satisfação dos pressupostos para a aplicação da teoria da imprevisão..."

Do Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelação Cível nº 262762-1, 7ª Câmara de Direito Privado, relator Des. Leite Cintra.

Do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul: Apelação Cível nº 186070025, 3ª Câmara Cível, rel. Juiz Celeste Vicente Rovani.

Do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro: Apelação Cível nº 57248/87, 6ª Câmara Cível, rel. Juiz Sérgio Cavalieri Filho.

Do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: Apelação Cível nº 1365185, acórdão nº 33814, 2ª Turma Cível, rel. Des. Valtenio Mendes Cardoso. (JUIS nº 19).

Do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (consulta via internet): Agravo de Instrumento nº 1999.002.3145, 18ª Câmara Cível, Des. Cassia Medeiros.

Como já consignado, a questão não é tranqüila, existindo, portanto, decisões em sentido oposto às citadas. Colham-se as seguintes:

Do nosso Tribunal de Alçada: Agravo de Instrumento n° 133823-6, 3ª Câmara Cível, rel. Juiz Grandinetti e Apelação Cível n° 122399-8, 8ª Câmara Cível, rel. Juiz Arenhart. Neste último consta da parte final da ementa: "... A liberdade de contratar não é absoluta, ou seja, limita-se a supremacia da ordem pública, a partir do surgimento do estado social democrático de direito. Quando onerosa a relação contratual, gerando impossibilidade subjetiva de se executarem os contratos, perfeitamente plausível a revisão judicial" (JUIS n° 19).

Do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (consulta via internet): Agravo de Instrumento n° 1999.002.3341, 14ª Câmara Cível, rel. Des. Mauro Nogueira – "...É direito do consumidor a revisão das cláusulas contratuais tornadas excessivamente onerosas por fato superveniente, assim podendo compreender a súbita e inesperada alteração da política monetária e cambial, como a elevação do dólar norte-americano, e os reflexos causados no contrato de 'leasing' ajustados com cláusula de variação cambial".

Do Tribunal Federal da 3ª Região (consulta obtida do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, via fax): Agravo de instrumento n° 1999.03.00465-2, rel. Juíza Marisa Santos: "É fato público e notório que a maxidesvalorização do Real acarretou a alta do Dólar norte americano; tanto que, nesta data, a imprensa noticia o seu fechamento em R\$ 2,08 (dois reais e oito centavos). Consequentemente, todos aqueles que contrataram o arrendamento mercantil com cláusula de reajuste pela variação cambial sofrem oneração econômica incompatível com seus rendimentos que, como também é público e notório, não foram corrigidos desde a implantação do Plano Real. O consumidor contratou, nesses casos, confiando na propaganda feita pelo Governo Federal acerca da estabilidade da economia e, especialmente, de que o Dólar se manteria dentro da banda cambial divulgada pelo Banco Central do Brasil. Confiou e contratou, sem poder prever que, de uma hora para outra, em menos de uma semana, suas prestações fossem elevadas em quase 100% (cem por cento) do que anteriormente poderia prever. É este, sem dúvida, o momento em que o Poder Judiciário, chamado a decidir, deve atuar prontamente para evitar o perecimento do direito de todos quantos se encontrarem nessa caótica situação". O mestre Caio Mário da Silva Pereira, ao discorrer sobre a teoria da imprevisão, ou seja, da possibilidade de um contrato tornar-se excessivamente oneroso para uma das partes, dificultando ou impossibilitando a sua execução, ensina: "Todo contrato é previsão, e em todo contrato há margem de oscilação do ganho e da perda, em termos que permitem o lucro ou prejuízo. Ao direito não podem afetar estas vicissitudes, desde que constringidas nas margens do lícito. Mas, quando é ultrapassado um grau de razoabilidade, que o jogo da concorrência livre tolera, e é atingido o plano de desequilíbrio, não pode omitir-se o homem do direito, e deixar que em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato um dos contratantes leve o outro à ruína completa, e extraia para si o máximo benefício"(...) "Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo, e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. Mas, se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes da celebração, imprevistas e imprevisíveis em tal momento, e geradoras de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação" ("Instituições de Direito Civil", vo. III, Forense, 10ª ed., 1995, págs. 98 e 100).

Depois de assim colocar a questão, o Des. Ulysses Lopes concluiu seu voto do seguinte modo:

Imprevista não era de fato a flutuação do câmbio. A variação cambial sempre foi uma constante na economia brasileira.

Mas não se pode deixar de reconhecer que absolutamente imprevista era a variação do dólar nos patamares alcançados – chegou a mais de 100% em alguns períodos.[...].

Não se olvida que o contrato faz lei entre as partes, como aludem as diversas decisões a respeito do assunto. Igualmente não se desconhece que o recorrido, ao contratar, optou pela forma de indexação que melhor atendia as suas possibilidades financeiras. Ao contratar, portanto, prevaleceu a autonomia da vontade das partes.

Mas não é possível negar que houve um rompimento do equilíbrio contratual, motivado por circunstâncias que as partes não podiam prever. E quando tal ocorre, forçosa a intervenção do Poder Judiciário, a fim de que, revisado o contrato, seja restabelecida a igualdade.

Vale dizer, o rigorismo do princípio “*pacta sunt servanda*” precisa ser mitigado na situação dos autos. E, em seu lugar, deve incidir a teoria da imprevisão.

[...]

Por fim, é importante registrar que a revisão da aludida cláusula contratual encontra amparo também no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), que em seu art. 6º, V, dispõe: [...].

E, retratando a falta de univocidade da questão, o julgamento desta apelação se deu segundo o voto do Relator, mas por maioria. A maioria dos julgados que negam a revisão do contrato usam em sua argumentação a livre pactuação entre as partes, a autonomia da vontade, a obrigatoriedade dos contratos, o princípio do *pacta sunt servanda*. E muitas vezes clamam esses princípios até mesmo ao tratar de contratos de adesão. Mas desconsideram a mitigação (se não *superação*) desses princípios na realidade atual. Bem como desconsideram a transmutação da inspiração contratual do individual (o *egoístico* das codificações) para o coletivo (a função social constitucional), e a inversão constitucional da predominância do *ter* para o *ser*.

Há casos mais simples de ser solvidos, e há alguns de maior complexidade. Quando o contrato não envolve o repasse de empréstimos externos, atuando o valor cambial como mero fator indexador do contrato, a questão é simples. Há evidente enriquecimento de uma parte em prejuízo (ou até ruína) da outra parte, pois a variação cambial não refletiu a desvalorização do valor nominal do capital em reais, funcionando como verdadeiro fator de lucro sobre o capital, e não de “correção”, recomposição, de um capital depreciado em seu valor nominal. É evidente a aplicação da teoria da imprevisão, ou mesmo, a despeito desta, é evidente a necessidade de restabelecimento do equilíbrio contratual, em face do princípio da boa fé objetiva que inspira o contrato socialmente funcionalizado. Quanto mais quando se tratar de contrato de consumo em face dos princípios que inspiram este capítulo jurídico específico.

Quando se tratar de repasse de empréstimo externo, e este deve estar provado, e não apenas alegado (não havendo prova se aplica o que foi dito acima), a questão se torna mais complexa. Isto porque, embora haja prejuízo evidente de uma parte, não há benefício evidente da outra, a qual tem de cumprir suas avenças perante o credor externo, as quais se submetem ao regime cambial.

Deste modo, neste último caso a mera substituição do indexador cambial por um índice interno de correção pode inverter a situação: normalizá-la para o devedor mas levar à ruína o credor, que tem de cumprir suas obrigações perante as instituições externas de onde

provieram os recursos que repassou. Não está só em jogo a ruína do devedor, mas também do credor, o qual muitas vezes mantém uma empresa que no contexto social produz riqueza e empregos. Mas também não se pode desconsiderar que a mádesvalorização, nos termos em que se pôs, foi algo imprevisto e imprevisível. Assim sendo, o restabelecimento do equilíbrio (termo que remete à igualdade) contratual não pode simplesmente impor a uma ou a outra parte o prejuízo, mas deve reparti-lo.

Mas claro que esta não é uma resposta geral a todas as situações. Cada juiz deve averiguar em face de cada caso concreto a solução mais consentânea para que o contrato cumpra sua função social, e não meramente econômica. Cumpre recordar as palavras de Paulo Nalin:

Não mais se concebe que a relação jurídica obrigacional seja descrita num contexto de subordinação entre sujeitos, mas sim, como uma relação de cooperação entre eles, em razão de um interesse superior da coletividade e da produção. Nesse contexto, mostra-se o liame necessário entre uma relação jurídica individual e a funcionalização do instituto do contrato, em que um dos aspectos de projeção é a quebra, ou, ao menos, a mitigação, do princípio da relatividade do contrato, passando uma simples relação contratual a despertar o interesse daqueles que por ela não são diretamente atingidos.³⁷⁸

PARTE III – JUROS

INTRODUÇÃO

A enorme maioria dos juristas encontra grandes dificuldades ao tratar dos juros, refletindo-se isto na jurisprudência. De que decorre tal dificuldade? Decorre, muitas vezes, da dificuldade em se associarem técnicas e conceitos econômicos e financeiros, fugidios aos jurisconsultos, ao jurídico. Retratam bem o problema Romualdo Wilson Cançado e Orlei Claro de Lima, em sua obra conjunta “Juros, Correção Monetária e Danos Financeiros Irreparáveis”:

1. A experiência forense mostra ser generalizada a dificuldade de os operadores do direito associarem conceitos econômico-financeiros a conceitos jurídicos, quando lidam com questões em que a correta compreensão dos primeiros se faz necessária, implicando o fato na deficiente instrução dos processos em que esta associação é indispensável. Face à maior incidência de problemas desta natureza nos processos de execução de títulos judiciais ou extrajudiciais, é na instrução deles que esta deficiência se apresenta de forma mais nítida, chegando a variáveis econômico-financeiras que, a par das de natureza jurídica e fática, compõem o caso concreto (via de regra também o Juiz não é especialista na matéria), com reflexos negativos na qualidade das decisões judiciais.
2. Por outro lado, o exame das perícias elaboradas pelos auxiliares do Juízo (peritos nomeados por ele), tem revelado, muitas vezes, que a atuação destes não concorre para melhorar esta qualidade, podendo até piorá-la, seja em razão de deficiências técnicas pessoais, seja porque, nos laudos elaborados por alguns deles, nota-se forte tendência para invadir a área jurisdicional, de forma ostensiva ou subreptícia, muitas vezes objetivando reconstituir o título judicial exequendo em bases financeiras diferentes daquelas determinadas no próprio título, de boa ou de má-fé.³⁷⁹

Também o artigo “O Embuste das Medidas Adotadas para a Redução das Taxas de Juros”³⁸⁰, produzido pela Associação Brasileira de Empresários pela Cidadania, reflete esta dificuldade:

A discussão em torno das taxas de juros praticadas no mercado financeiro sempre despertou enormes discussões, seja por economistas, seja pelos juristas. Muitas questões foram resolvidas (bem ou mal) pela jurisprudência; outras permanecem nebulosas, ora pelo desconhecimento jurídico da parte dos economistas, ora pela ignorância dos conceitos econômicos da parte dos juristas.

³⁷⁸ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ob. cit., p. 204.

³⁷⁹ CANÇADO, Romualdo Wilson. LIMA, Orlei Claro de. Ob. cit., p. 7-8.

³⁸⁰ Associação Brasileira de Empresários pela Cidadania. O embuste das medidas adotadas para redução das taxas de juros. In: www.direitobancario.com.br, 01/07/2001.

Já disseram, aliás, que na economia moderna o jurista que não conhece economia não é nada, como o economista que não conhece o direito também não é nada. Isso porque ambos, defendendo seus pontos de vista, acabam por pretender estabelecer a prevalência dos conceitos de uma ciência sobre a outra.³⁸¹

Trata-se de um tema que está na área limítrofe entre a economia e o direito. Estudam-se aqui conceitos econômicos e financeiros, muitas vezes fugidios aos profissionais jurídicos, e cuja compreensão é necessária ao adequado manuseio dos institutos, na resolução das questões práticas apresentadas nos tribunais. Ressalta-se mais uma vez a importância da quebra das barreiras entre as ciências, do saber interdisciplinar e transdisciplinar. A questão dos juros figura-se como mais uma situação em que a compreensão do jurídico prescinde do conhecimento variado de outras áreas do saber. A ciência do direito não pode ser pura, como quis Kelsen, pois o seu objeto só encontra sentido no social, que lhe confere densidade semântica.

Assim sendo o estudo não poderia deixar de partir da análise, ainda que ligeira, de noções históricas e econômicas dos juros, para em seguida introduzir seu conceito jurídico (capítulo 1). Após isto será estudado o tratamento dos juros remuneratórios no direito brasileiro infraconstitucional, para logo depois tratar de seu limite constitucional (capítulos 2 e 3, respectivamente).

O tema da capitalização de juros merece análise detida em capítulo seguinte (capítulo 4), porque, como se observará, às vezes o modo de cálculo de juros influi mais do que a própria taxa para a determinação do montante de juros que devem ser pagos. Cumpre, por fim, abordar a licitude, e a possibilidade de cumulação, dos diversos encargos decorrentes do inadimplemento do mutuário: juros compensatórios, comissão de permanência, juros moratórios e multa contratual (capítulo 5).

CAPÍTULO 1 – JUROS: NOÇÕES HISTÓRICAS, ECONÔMICAS E JURÍDICAS

A cobrança de juros em empréstimos vem de longa data, existindo já em tempos anteriores à Bíblia, tendo sido a obrigação de juros sempre estigmatizada na história, marcada por preceitos morais e religiosos. Já vinha proibida em diversas passagens bíblicas, tanto no

³⁸¹ *Idem, ibidem*. Logo após esta afirmação o artigo assevera que é exatamente isto que ocorre hoje com o sistema financeiro nacional, procurando o Banco Central, ligado ao Poder executivo, impor regras econômicas de acordo com os mais variados interesses.

velho (em algumas passagens de Provérbios, por exemplo) quanto no novo testamento (no Livro de Lucas 6: 34-35, por exemplo). Pedro Frederico Caldas faz um sintético apanhado histórico do tema:

Ao longo da história, a taxa de juros, mesmo a sua simples cobrança, tem sido centro de acesa polêmica: os fenícios não toleravam que fossem auferidos em quantidade superior ao capital emprestado; os hebreus só praticavam com os estrangeiros; os espartanos parecem não ter praticado o empréstimo a juros, face à proibição imposta pela legislação de Licurgo, enquanto os Atenienses sempre o praticaram e com taxas bastante altas; os romanos o praticavam sem taxa legalmente fixada até o advento de sua regulamentação com a lei de Duílio e Menênio, em 398; o catolicismo sempre profligou o empréstimo a juros, principalmente a juros altos, a que os doutores da Igreja denominavam *usura vorax*, culminando a proibição de sua cobrança por decisões conciliares, principalmente por resolução dos Concílios de Nicéia e de Latrão, embora a realidade dos mortais tenha levado Pio IX, em 1860, a emitir empréstimo em escudos romanos. O Corão tornou os juros interditos no Oriente muçulmano. Seu capítulo XXX, v. 38, diz que “o dinheiro que dais a juros para aumentardes com o bem dos outros, não aumentará perante Deus”, ameaçando, no capítulo II, v. 276, com o fogo eterno aqueles que se voltassem para a usura.³⁸²

Há cerca de 3.800 anos, na Babilônia, o Código de Hamurábi dispunha detalhadamente sobre a taxa de juros, fixando-a em 20% para empréstimos em moeda e 33,5% para empréstimos em cereais. Na Índia já em tempos remotos havia uma regulação do assunto, variando a taxa de acordo com a existência de garantias.³⁸³ O Código de Manu estabelecia taxas diferenciadas para cada casta. Na China a taxa habitual era de 12%, elevando-se nos empréstimos a longo prazo podendo chegar até a 30%.³⁸⁴ No Egito antigo o empréstimo de medidas de trigo era regulado, sendo possível a cobrança de interesse em mesma medida.

Contrariamente a parte do que leciona Caldas no trecho acima transcrito, Francisco de Almeida Santos ensina que na Grécia Antiga os juros eram condenados, pois era incompatível com a vertente aristotélica do pensamento grego, segundo a qual o dinheiro era estéril, logo não poderia gerar juros. No último período da civilização grega teriam sido admitidos, porém de modo limitado a 12 % ao ano.³⁸⁵

José Reinaldo Coser destaca que, realmente, “*Na Grécia antiga, Aristóteles entendia que a atividade econômica era suspeita e perigosa, ‘tudo quanto é tráfico e deslocamento de riqueza, quando dá lugar a um pagamento, é imoral’. A idéia de empréstimo por amizade deve prevalecer sobre a idéia de empréstimo por juro.*”³⁸⁶ Esta doutrina seria mais tarde, na

³⁸² CALDAS, Pedro Frederico. As instituições financeiras e a taxa de juros. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 101, p. 76-96, jan/mar. 1.996, p. 79.

³⁸³ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os juros compensatórios no mútuo bancário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 63-71, mai/ago. 1.998, p. 65.

³⁸⁴ COSER, José Reinaldo. **Juros**, Editora de Direito, São Paulo, 2.000, p. 18.

³⁸⁵ SANTOS, Francisco C. de A. Ob. cit., p. 65.

³⁸⁶ COSER, José R. Ob. cit., p. 13.

Idade Média, retomada pelos canonistas, dentre eles Alberto e São Tomás de Aquino. Mas afirma o autor que a taxa de juros em Atenas era de 12% a 18% ao ano.³⁸⁷

Nardim Darcy Lemke destaca que em Roma os juros já tinham assumido juridicamente caráter de adição pecuniária ao principal, sendo percebidos por dia, num aumento do capital (“additamentum pecuniae ad sortem principalem; accessionem crescentis in dies singulas pecuniae”).³⁸⁸ A taxa era de 12%, podendo elevar-se até 48%, mas Justiniano fixou depois quatro taxas de juros de acordo com o devedor.³⁸⁹ Ele reduziu a taxa a 6%, mas os comerciantes só podiam tomar a 8% e as pessoas de hierarquia elevada a 4%.³⁹⁰

Na Idade Média o juro era abominado, denominando-o Santo Agostinho de *mammona iniquitatis*, preconceito que se estenderia aos séculos seguintes.³⁹¹ O direito canônico proibiu totalmente os interesses por considerá-los imorais.³⁹² Pensadores e filósofos esposaram também a teoria de que não era lícito cobrar preço pelo uso da moeda, pois, como ensinava Aristóteles, esta não se reproduz (*pecunia non pariti pecuniam*). Apesar das proibições da Igreja Católica, o mútuo com juros se difundiu, no século XIII, principalmente através de judeus e lombardos.³⁹³

Na Inglaterra, em 1.546, Henrique VIII proibiu taxa de juros superior a 10%, mas nas colônias inglesas (como na Índia) a taxa chegava a 60%.³⁹⁴ Ainda na Divina Comédia Dante Alighieri, ao detalhar o inferno, colocou os que cobravam juros ao lado dos sodomitas na parte mais baixa do sétimo círculo do inferno.³⁹⁵ Assinala Lemke que a reversão só se deu na modernidade, lecionando nos seguintes termos:

Após a Reforma de Martinho Lutero, os protestantes admitiram imediatamente a cobrança de juros, que, até então, era praticada às escondidas (MENDONÇA, M. I., 1956, II/74) e, nas famosas Cartas de Grishow, JEREMIAS BENTHAM faz a defesa da liberdade de estipulação das taxas de juros, cuja admissão já era preconizada por MONTESQUIEU, *ipsis verbis*:

“Constitui realmente uma ação muito boa emprestar a outrem o próprio dinheiro, sem cobrar juros; percebe-se, porém, que isto não pode ser considerado senão um conselho de religião, e não uma lei civil.

Para que o comércio possa ser bem exercido, é preciso que o dinheiro tenha um preço, mas que esse preço, seja pouco considerável. Se ele for muito alto, vendo que este lhe custará mais em juros do que aquilo que ele poderia ganhar em seu comércio, nada empreenderá; e se o dinheiro não tiver o seu

³⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 18.

³⁸⁸ LEMKE, Nardim Darcy. Limites da taxa de juros no mútuo bancário. **Revista Jurídica Blumenau**, Blumenau, v. 1, n. 1/2, p. 91-115, jan/dez. 1.997, p. 94.

³⁸⁹ COSER, José R. Ob. cit., p. 18.

³⁹⁰ CALDAS, Pedro Frederico. Ob. cit., p. 79-80.

³⁹¹ SANTOS, Francisco C. de A. Ob. cit., p. 65.

³⁹² CALDAS, Pedro F. Ob. cit., p. 80.

³⁹³ COVELLO, S. C. Ob. cit., p. 153.

³⁹⁴ COSER, José R. Ob. cit., p. 18.

³⁹⁵ SANTOS, Francisco C. de A. Ob. cit., p. 63.

preço, ninguém o emprestará; sendo assim, o negociante, também, por sua vez, nada empreenderá” (s/data, II/76).³⁹⁶

Ensina Caldas também que foi o credo reformista que rompeu com a posição do catolicismo, estando na vanguarda da aceitação dos juros, pois não condenavam nem o lucro nem a riqueza. As bases do liberalismo moderno começaram a ser fincadas no Século XVII, principalmente com John Locke, na Inglaterra, rompendo com a tradição aristotélica. Assinala também Caldas que Montesquieu esteve na vanguarda desse rompimento com o viés feudal dos juros, afirmando o autor iluminista que *“O dinheiro é o signo dos valores. Claro é que quem tem necessidade desse signo deve alugá-lo, como faz com tudo que tem necessidade. A diferença única é que as outras coisas se podem alugar ou comprar, enquanto que o dinheiro, que é o preço das coisas, se aluga e não se compra.”*³⁹⁷

Mas o triunfo do liberalismo econômico e da liberdade contratual seria consagrado só com a Revolução Francesa, que declarou livre a fixação dos juros em assembléia de 12 de outubro de 1789. A partir daí se desenvolveu com todo vigor a noção econômica dos juros que é hoje adotada, a qual merece ser pincelada. De outro lado os socialistas condenam mesmo os modernos, os juros.³⁹⁸

Assevera Francisco Santos que os economistas têm compreendido melhor do que os juristas o fenômeno dos juros, sendo mais abertos à realidade fática. A partir disso, leciona o autor em linhas que merecem ser transcritas para uma compreensão econômica, ainda que mínima, dos juros:

A mais lúcida oposição às teorias religiosas, morais e éticas, sobre a proibição dos juros, partiu não de juristas, mas de economistas. Forma Jeremy Bentham (*Defensy of Usury*) e outros da mesma escola os primeiros a demonstrar e afirmar a doutrina da “frutuosidade do dinheiro”. Diz-se que Bentham para os fins de utilização econômica equiparou em todos os sentidos as coisas não fungíveis às coisas fungíveis. Eugênio Gudín (*Princípios de Economia Monetária*), invocando em verbete sobre o “juro” de autoria do advogado Alberto Barreto de Melo, no Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro (vol. XXX, p. 295/296), assim justifica a existência daquele prêmio:

“o juro decorre do seguinte fenômeno assinalado, pela primeira vez de modo magistral, por Böhm-Bawerk. É que o processo indireto de produção é muito mais produtivo do que o processo direto. O metro cúbico de água, no exemplo que figuramos, exigirá muito menor quantidade de trabalho e de terra, obtido indiretamente pela construção de uma linha adutora, do que carregado pelo homem, ou mesmo nas costas de um animal. Isso quer dizer que a produtividade do trabalho e da terra acumulados, isto é, do capital, é muito maior do que a produtividade do trabalho e da terra diretamente utilizados para o mesmo objetivo.

Este é o motivo por que aquele que toma capital emprestado, pode e se dispõe a restituir mais tarde um determinado prêmio ou percentagem daquilo que ele recebeu, quer o primitivo empréstimo tenha sido feito em mercadorias e serviços, como no regime da economia primitiva de troca, quer em dinheiro, como no regime da economia monetária. Como é também esse o motivo por que o prestamista de

³⁹⁶ LEMKE, Nardim Darcy. Ob. cit., p. 95.

³⁹⁷ CALDAS, Pedro F. Ob. cit., p. 80.

³⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 80.

capital, dono de um fator de produção que, além da utilidade e da escassez, é dotado de uma maior produtividade do que a do trabalho e da terra diretamente aplicados, exige, para pôr esse fator de produção à disposição de outrem, uma recompensa superior à do estrito valor do trabalho e da terra incorporados no seu capital.

Assim, capital é trabalho e terra economizados e acumulados. E o juro provém da diferença entre a produtividade do trabalho e terra acumulados anteriormente e a produtividade do trabalho e terra diretamente utilizados no presente.

Tal é o fundamento da existência do juro.”³⁹⁹

A essa motivação ditada pela economia monetária clássica, pode-se acrescentar outras razões de ordem econômica, do ângulo do consumo, como a diferença entre a satisfação presente e a equivalente satisfação no futuro, ou, da vertente do investimento, como a diferença por opção inversa. isto é, pela poupança remunerada, ou seja, pela troca do consumo imediato por um consumo ao longo do tempo ou pela acumulação de capitais.

De qualquer ângulo que se examine o fenômeno do juro na vida real, um fato é certo, ele existe e é com freqüência exigido pelos prestamistas de capital, ou cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, sempre se caracterizando, do ponto de vista econômico, como uma remuneração ou uma compensação, um prêmio ou um preço pelo capital transferido temporariamente ao devedor.⁴⁰⁰

Ronaldo Ausone Lupinacci, abordando o ângulo econômico dos juros, realça que, realmente (como salientou o trecho acima transcrito) várias teorias procuraram fornecer uma explicação econômica dos juros, de diversos ângulos. Gide, apreciando o que denomina de “o mais antigo dos assuntos econômicos”, os juros, observa que “[...] *passando pelos antigos, pelos modernos (Nassau Sênior e Böhm-Bawerk), pelos contemporâneos (Wicksell e Keynes), Carlos Galves registra que nenhuma das respectivas teorias dá uma explicação completa do fenômeno dos juros, mas cada uma delas ‘chama a atenção para um aspecto fundamental do problema’* (*Manual de Economia Política Atual*, FU., 14 ed., p. 184/189).”⁴⁰¹

Pedro Caldas assinala que hoje em dia o nível dos juros tem uma importância central na economia de um país. Não somente como elemento de composição de custo, mas é instrumento para contração ou expansão da base monetária, conforme seja o nível aumentado ou diminuído. Se o nível é aumentado o custo de produção também aumenta, *desaquecendo-se* a economia, podendo até provocar recessão econômica, onerando também o *carregamento* da dívida pública e privada. Se o nível é diminuído há a expansão da base monetária pela expansão do crédito em geral, aquecendo (ao menos em médio e curto prazos) a expansão econômica. E este cenário macroeconômico é retrato das decisões dos agentes no plano microeconômico, que tendem ou não a consumir ou poupar conforme oscile a taxa de juros.⁴⁰²

³⁹⁹ José Reinaldo Coser, na obra citada “Juros”, também reproduz, na pág. 17-18, este trecho da obra de Eugênio Gudín “Princípios de Economia Monetária”.

⁴⁰⁰ SANTOS, Francisco C. de A. Ob. cit., p. 63-64.

⁴⁰¹ LUPINACCI, Ronaldo Ausone. **Limite da taxa de juros no Brasil**, Editora de Direito, São Paulo, 1.999, p. 23.

⁴⁰² CALDAS, Pedro F. Ob. cit., p. 76.

Incorrendo também na análise econômica, José Reinaldo Coser explica que na concepção clássica o juro era considerado renda do capital. Hoje não é mais o preço da poupança como era naquela concepção microeconômica, mas é o preço da própria moeda gerado não por dados individuais, mas pela soma de dados globais. Estes são consequência de decisões dos poderes públicos, tendo os juros se tornado um mecanismo de direção econômica, no âmbito da macroeconomia.⁴⁰³

E Coser, adiante, transcreve passagens da obra “Princípios de Economia Monetária”, de Eugênio Gudín, explicando que Wicksell distinguia taxa de juros do mercado, que é o preço pago pelo aluguel do dinheiro, e a taxa “normal ou natural”, que é a expectativa de rendimento da aplicação de novos capitais. Quando a taxa de juros é menor do que a taxa normal, diminuem os recursos depositados nos bancos pelas pessoas, já que a remuneração que recebem terá baixado também, aumentando a procura de mercadorias e serviços para consumo. Aumenta a tomada de capital por empreendedores, aumentando também a procura dos demais fatores de produção (trabalho e matéria-prima).

Isto conduz ao aumento do lucro dos proprietários de matérias-primas, bem como ao aumento dos salários dos operários. Também aumentam o preço das mercadorias e serviços, pois aumentou a procura de bens de consumo e de fatores de produção. A procura aumentou em dois sentidos: o do consumo pelos que não mais economizam nos bancos, e o aumento de consumo pelos operários, fornecedores e proprietários. Ao mesmo tempo a produção dessas mercadorias de consumo tende a diminuir, em função do deslocamento dos fatores de produção para o setor de investimentos. Há alta de preços e este processo continuará enquanto a taxa de juros for menor do que a natural.

De modo contrário, se a taxa de juros é mantida artificialmente em patamar superior à taxa normal ou natural, tende a ocorrer a deflação. Já se a taxa normal for igual à natural, o sistema econômico estará em equilíbrio, com o nível de preços estável.⁴⁰⁴

Lupinacci destaca, analisando esse contexto macroeconômico, citando Carlos Galves, que a baixa taxa de juros favorece o investimento, a produção, o progresso da economia, operando as altas taxas de juros em sentido inverso. Afirma, citando Gides, que o empréstimo só poderia conduzir à ruína se não tivesse o caráter produtivo, pois o mutuário toma recursos tendo em vista um rendimento esperado do capital. Deste modo, citando I. Lapidus e K. Ostrovitianov, leciona o autor que na economia capitalista, num período bastante longo, a taxa

⁴⁰³ COSER, José Reinaldo. Ob. cit., p. 14.

média do lucro deve ser o mais alto limite da taxa de juros. Somente em casos particulares a taxa de juros poderia exceder ao nível médio de lucro. Pois se isto se generaliza parte dos capitais colocados na indústria a abandonam para se destinar ao crédito, e a taxa de juros não poderia deixar de cair.

Assim, se as taxas de juros superam a taxa de lucros é porque estão atuando fatores perturbadores na economia, como a atuação desastrada do Estado. Isto enseja a prática do abuso, acentuando a fragilidade dos mutuários. Baseado em dados estatísticos citados na obra de Galves, Lupinacci informa que a longo prazo a participação do lucro na economia norte-americana permaneceu mais ou menos estável em torno de 10% brutos (sem abatimento de impostos) da renda total. No Brasil, na década de 70, o “milagre econômico” ensejou uma taxa média de lucros de 20% ao ano, caindo desde aquela década, chegando atualmente a menos de 10% ao ano, frente ao que é distoante e absurda a taxa de juros praticada. Ainda mais quando as taxas dos povos “civilizados” situam-se próximo à nossa taxa legal (6% ao ano).⁴⁰⁵

Afirma José Reinaldo Coser, analisando a precisão do ensinamento de Gustavo Saad Diniz, “[...] *que o crescente spread das instituições financeiras sobrelevam o capital especulativo, em total detrimento do capital produtivo [...]*”⁴⁰⁶ Os economistas clássicos definiam os juros como a remuneração paga pelo tomador ao detentor do capital. Karl Marx conformou os juros à taxa de lucro, entendendo que os juros consistem na participação financeira no lucro do capitalista produtivo, e deste modo a taxa de juros deve ser inferior à taxa média de lucro. John M. Keynes completou esse conceito econômico de juros, agregando os aspectos objetivo (escassez de capital) e subjetivos (renúncia à liquidez monetária e oferta e procura da moeda em investimentos). A partir do conceito keynesiano os juros passaram a ser instrumento de políticas de desenvolvimento econômico, manipulando-se a oferta monetária disponível.⁴⁰⁷

É nesse contexto econômico que se inserem, centralmente, as instituições financeiras, atuando de um lado captando dos poupadores, e pagando-lhe os juros da aplicação financeira, e de outro emprestando aos tomadores (consumidores, produtores, empreendedores), e cobrando-lhes os juros correspondentes à sua remuneração, custos e riscos.

⁴⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 114-116.

⁴⁰⁵ LUPINACCI, Ronaldo Ausone. Ob. cit., p. 24-27.

⁴⁰⁶ COSER, José R. Ob. cit., p. 18.

⁴⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 19.

Pedro Caldas salienta que são as operações passivas dos bancos que formam o grande *funding* das suas operações ativas. O custo da atividade bancária é formado dos juros pagos aos poupadores (aplicadores), salários, impostos e contribuições, alugueis, comunicações, energia, material, etc. O que permite ao sistema bancário arcar com o custo e gerar o lucro do banqueiro é o *spread*, que é o diferencial entre o juro pago na captação e o cobrado no empréstimo. Se a todos fosse permitida a intermediação financeira, não haveria necessidade de bancos, mas o sistema conduziria à insegurança e anarquia financeira, o que justifica a existência e necessidade da manutenção dos bancos, privados ou estatais, a prestarem um serviço fundamental para a sociedade.⁴⁰⁸

Além dos custos (juros pagos aos aplicadores e outras despesas), não se pode esquecer do risco como fator de quantificação dos juros. Como adverte João Luiz Coelho da Rocha. *“A remuneração do capital de empréstimo, na sua estrutura teórica, ela deve considerar o maior ou menor risco econômico que o mutuante corre de não ter o retorno previsto de seu dinheiro, ou de não tê-lo como previsto, e tudo isso repercute na formulação. na quantificação dos juros.”*⁴⁰⁹

Pode-se, com base nos conceitos econômicos formulados, analisar, ainda que mal (com os poucos conhecimentos econômicos auferidos), a situação brasileira atual. O Banco Central do Brasil adotou uma política de juros altos, muito mais altos do que a taxa *média* de lucro nacional, com a intenção de, ainda que artificialmente, manter a inflação em patamares reduzidos. Tanto é que, sempre que alguma crise internacional ou mesmo interna, econômica, circunda o país, ameaçando desestabilizar a economia e gerar inflação, as taxas são elevadas a níveis estratosféricos de modo artificial.

E o Conselho Monetário Nacional, órgão do Banco Central que implementa esta política, teria recebido a competência para tal da Lei de Reforma Bancária (art. 4º. IX), o que será oportunamente analisado. Quando, próximo à vigência da Constituição Federal de 1.988, houve dúvidas acerca da auto-aplicabilidade do limite constitucional de juros de 12% ao ano, o Banco Central do Brasil emitiu uma nota analisando as conseqüências da limitação dos juros para a economia brasileira, texto reproduzido no voto do Ministro Relator Sydney Sanches, proferido no julgamento pelo Supremo Tribunal da ADIn nº 4-7/DF.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ CALDAS, Pedro F. Ob. cit., p. 76-77.

⁴⁰⁹ ROCHA, João Luiz Coelho da. Os juros no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 37, n. 114, p. 73-81, abr-jun. 1.999, p. 75.

⁴¹⁰ O acórdão é reproduzido na íntegra na Revista Tributária e de Finanças Públicas (novo título da RT – Caderno de Direito Tributário), São Paulo, v. 3, n. 12, p. 243-344, jul-set. 1.995, p. 271-275.

Dentre as conseqüências da fixação do limite o texto arrolou “dificuldades na condução da política monetária pelo Banco Central, pela impossibilidade criada de manejar adequadamente as taxas de juros”, e o “aumento do risco de hiperinflação”, “necessidade de aplicação de uma política fiscal mais apertada” (a qual ainda hoje é buscada, campo em que houve avanços, notadamente com a Lei de Responsabilidade Fiscal), “incompatibilidade com o atual nível de tributação sobre as operações financeiras” (o governo teria diminuída sua receita), “estímulo ao endividamento”, etc. O texto afirma ainda:

Na medida em que o Banco Central fica impedido de modificar as taxas de juros além do limite estipulado, por motivos legais ou operacionais, a política monetária passa a ser totalmente passiva. Nesse caso, duas alternativas extremas de política econômica poderiam ser vislumbradas: ajuste fiscal ortodoxo e recessivo ou expansão monetária hiperinflacionária.

[...]

O argumento subjacente ao tabelamento dos juros é sempre no sentido de que permitirá aumentar os investimentos, pela redução eventual de custos e, conseqüentemente, promover o crescimento econômico. Na realidade, contudo, para investir, é necessário que haja poupança, e esta, como se sabe, é função da renda e da taxa de juros. Por conseguinte, o fato de se terem taxas de juros atraentes não é condição suficiente para aumentar os investimentos. Na outra ponta, devem existir poupadores dispostos àquela taxa, a abrir mão de seu consumo presente para financiar o investimento que aumentará a produção no futuro. Caso contrário, o resultado seria apenas aumento da demanda agregada – ou seja, consumidores e investidores disputando simultaneamente o mesmo estoque de bens e serviços –, havendo, conseqüentemente, maiores pressões sobre os preços. Com os atuais níveis das taxas de inflação, o processo descrito será um meio seguro para colocar o País rapidamente no caminho da hiperinflação.

Além disso, um país em desenvolvimento, carente de capital, não pode prescindir, de forma nenhuma, da poupança externa; e esta, por sua vez, só afluirá se encontrar condições adequadas, entre as quais a estabilidade econômica e a remuneração dessa poupança que se traduz nas taxas de juros. Dessa forma, quando o objetivo é atrair poupança externa, as taxas de juros desempenham um duplo papel:

- a) pelo seu nível maior ou menor que a média internacional, estimulam o ingresso ou fuga de capitais;
- b) pela sua flexibilidade, permitem à Autoridade Monetária utilizá-las como instrumento importante de estabilidade econômica.

Haroldo Malheiros Durlerc Verçosa, em monografia apresentada para acesso à primeira categoria de procurador do Banco Central do Brasil, em que trata da regulamentação do Banco Central do Brasil, afirma que:

Outro dos primeiros problemas a serem enfrentados para que o BCB possa exercer livremente uma política monetária eficaz está na revogação do limite de juros reais em 12% ao ano, imposto pelo § 3º do art. 192 da CF. Esse dispositivo representa uma camisa-de-força ao BCB, cerceadora da liberdade de adaptar a taxa de juros às necessidades de cada momento da evolução da economia nacional, usando-a como importantíssimo instrumento de política monetária.

[...]

O “brasilianista” Keith S. Bosenn inclui o tabelamento de juros entre as medidas por ele consideradas de duvidosa ou muito duvidosa sabedoria, dizendo que ela “is not only quixotic, but also threatens the entire Brazilian financial system with imminent collapse”.

[...]

Deve-se, portanto, aproveitar-se a oportunidade da próxima revisão constitucional, para retirar a limitação de juros do seu texto, deixando para o BCB a competência quanto ao seu estabelecimento,

utilizando aquela taxa pra fins de política econômica, de acordo com o seu prudente critério e segundo as necessidades da economia em cada momento.⁴¹¹

Pedro Frederico Caldas retrata bem esse quadro que se estabeleceu:

Nesse ambiente econômico conturbado, as autoridades governamentais atuavam na ponta monetária da economia, forçando mediante restrições de crédito e fortalecimento da cunha fiscal a prática dos juros altos, aumentando os custos econômicos internos, que se compensavam por forte proteção no plano do comércio internacional, opondo barreiras tarifárias ao ingresso de bens e serviços.

Cansada de tentativas de estabilização econômica desastrosas, a sociedade como um todo passou a exigir do Governo em geral um ataque às causas reais da inflação, o que se vem fazendo ao longo dos últimos anos, embora de forma lenta, em face das resistências corporativas de toda ordem e à leniência do nosso legislativo. Parece que o país, finalmente, descobriu que o controle da inflação se dá por ataque doloroso às suas causas básicas, e, não, por truques e “efeitos especiais”.

As considerações econômicas foram feitas para mostrar que o descontrole da economia e seu efeito mais perverso – a inflação – empurram o País para a cobrança de taxas de juros sem precedentes, fato que abriu, há mais de dez anos, um grande debate nacional sobre qual o nível adequado de taxas de juros do sistema financeiro. Esse debate levou os constituintes de 1988 a introduzirem na Constituição da República o estabelecimento de nível de taxa máxima permitido para o sistema financeiro, sob a equivocada visão de que o problema dos preços – e os juros são um dos preços da economia – pode ser contornado pelo controle administrativo ou tabelamento.

Economistas das mais diversas tendências foram acordos em condenar o tabelamento constitucional dos juros e todos apontavam para o perigo de uma taxa artificialmente baixa de juros conduzir o país definitivamente para a hiperinflação e frustrar qualquer tentativa séria de estabilização da economia em razão da impossibilidade de se praticar uma política monetária forte com uma taxa de juros artificialmente baixa.⁴¹²

Embora não caiba aqui discutir a propriedade ou impropriedade dos argumentos econômicos do Banco Central, bem como não caiba discutir *teoria econômica*, cabe sim uma comparação com a *realidade econômica e social*. Salta aos olhos que o tema assume uma densidade econômica (e os trechos transcritos servem para demonstrar isto) em que não se pode aqui aprofundar, bem como que é relevante a possibilidade de o Banco Central usar os juros como instrumento de políticas macroeconômicas. Mas também, por outro lado, salta aos olhos uma realidade econômica e social que não pode ser deixada, de modo algum, de lado.

As taxas de juros, nos patamares praticados hoje, contrariam a função social do contrato de mútuo bancário. Como se ressaltara no início do trabalho, o contrato tem razão de ser no interesse da coletividade e da produção. A função social do contrato bancário é a prestação de um serviço essencial ao desenvolvimento da sociedade, que é o fornecimento do crédito, produzindo uma multiplicação do dinheiro disponível.⁴¹³ Como observado no estudo

⁴¹¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A regulamentação do art. 192 da Constituição Federal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 94, p. 35-86, 1.994, p. 56-57.

⁴¹² CALDAS, Pedro F. *Ob. cit.*, p. 88.

⁴¹³ E nem se argumente, numa argumentação engenhosa mas que faz falsas deduções, que o fim social do contrato é o bem comum da sociedade como um todo, e que esse bem comum será melhor atingido com uma política de juros que permita manter a inflação estável e promover o desenvolvimento social “equilibrado”, não importando que o meio utilizado para isso sejam as elevadíssimas taxas de juros. Esse pensamento parte de uma

econômico dos juros, e decorre da lógica, a taxa de juros praticada pelos bancos deve ser inferior ou igual à taxa média de lucro da sociedade, para que a sociedade (na média) possa ter acesso a este serviço. Assim retratava o panorama atual a “Nota para Imprensa” do Banco Central divulgada em 17 de outubro de 2.000⁴¹⁴:

Os juros praticados no segmento livre de operações de crédito, tanto para pessoas físicas quanto para pessoas jurídicas, voltaram a indicar tendência de queda em setembro de 2000, conforme se pode ver no gráfico 1, revertendo a leve tendência de alta que se observava a partir de meados de agosto. Aparentemente, com a divulgação dos índices de preço ao longo do mês de setembro, foram se diluindo as preocupações do mercado financeiro com a inflação doméstica e os juros ao tomador voltaram a ceder, atingindo média de 53,4% a.a. em setembro, igualando o nível observado em agosto. A mesma reversão de tendência quanto aos juros cobrados pelas instituições financeiras é também observável no tocante aos *spreads* bancários, isto é, das diferenças entre as taxas de juros de captação e de aplicação. No gráfico 2, identifica-se claramente o movimento dos *spreads* bancários médios, com o aumento dos *spreads* na segunda quinzena de agosto e a tendência de queda em setembro, quando atingiram média de 37,2% a.a., contra 37,5% a.a. no mês anterior.

Ou seja, a taxa de juros atinge patamar, atualmente, que seria difícil de ser alcançado por taxa de lucro médio de qualquer sociedade do mundo, restringindo, na prática, o empréstimo a alguns poucos privilegiados que desempenham atividade altamente lucrativa, àqueles abastados que podem ou preferem pagar o preço (juros) do consumo presente em troca do consumo futuro, ou aos desesperados que recorrem ao empréstimo na iminência da insolvência. A taxa atual de juros é, pois, incompatível com a função social do contrato de mútuo bancário.

Por outro lado, as altas taxas transferem capital da esfera produtiva para a especulativa, rendendo mais auferir juros do capital do que investir e produzir, desacelerando a economia, contrariando, novamente, a função social do instituto de mútuo bancário, bem como indo de encontro ao objetivo constitucional de “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II, CF).

visão de sociedade como aquela do positivismo de Durkheim em que a sociedade é um ente superior, acima da mera soma dos seus membros. Ao que parece, é a mesma lógica que legitimaria a pena de morte aos criminosos, ou o extermínio dos indivíduos não produtivos de uma sociedade, em prol do bem maior da sociedade (despersonalizada como um ente superior, transcendental). Também não se justifica o outro extremo, obviamente, em que o bem individual implique a ruína social. Mas é evidente que o bem da sociedade sempre passa também pelo bem dos seus membros individualmente considerados, sendo difícil um conceito abstrato de bem comum da sociedade aplicável genericamente a todos os casos. Estes devem ser analisados no particular, segundo um princípio de razoabilidade ou proporcionalidade, por sinal hoje em fase jurídica áurea, conclamado em todos os ramos do direito, pois permite a vinculação de normas e princípios abstratos aos casos concretos, promovendo equidade e justiça. De qualquer modo, não se pode permitir o “extermínio” econômico-financeiro do devedor, através de taxas abusivas, o que repercutirá infalivelmente na sua esfera de gozo dos direitos mais básicos e essenciais (mesmo existenciais, como alimentação, vestuário, etc.), consagrados na Carta.

⁴¹⁴ Disponível na internet, no site do Banco Central “www.bacen.gov.br”.

Por outro lado tais taxas operam uma transferência de capital exacerbada de capital para os mais abastados da população, aí os banqueiros, gerando uma concentração de recursos, contrariando o objetivo erigido na Constituição de “erradicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (art. 3º, III, CF).^{415 416}

Além disso, atomizando a questão, é de extrema injustiça, evidentemente abusiva, até mesmo extorsiva, a taxa de juros atual para os devedores, os quais celebram contratos de adesão, não podem optar por juros mais baixos (porque não são oferecidos e as cláusulas são predispostas), não lhes restando, ante à necessidade que têm desse serviço essencial, de função social, nem mesmo a liberdade de contratar ou não contratar. O patamar dos juros fere assim o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido a nível constitucional no art. 1º, III, da CF. Representa inversão dos valores constitucionais, massacrando o homem existencial em prol do homem econômico, pois os juros no atual patamar estão longe de funcionar como um mecanismo econômico para o desenvolvimento existencial do homem. Fere, por igual, o art. 170 da Constituição Federal, o qual subordina a livre iniciativa à justiça social, conferindo o aspecto finalístico da ordem econômica, a qual só ganha sentido na realização da existência humana digna.

Enfim, da análise da teoria econômica ponderada com a *realidade* econômica, bem como com os fins da economia constitucionalmente albergados, conclui-se que a prática dos juros nas taxas atuais é, economicamente, infeliz, afóra o ponto de vista jurídico que se analisará detidamente nos capítulos a seguir. Muito embora do ponto de vista puramente da teoria econômica possa ser feliz a prática atual, enraizada no âmago da filosofia liberal (ou neoliberal), do ponto de vista da *fronesis*, ou sabedoria prática, que procura nunca analisar a

⁴¹⁵ O jornal Gazeta do Povo noticiava em 18 de julho de 2.001: “Crise: Elevação da taxa básica faz os custos das empresas crescerem e reduz os investimentos”. O artigo reporta que os a taxa de juros anuais, cobrada pelos bancos, em média, é em junho de 2.001, para a pessoa física: cheque especial 147,1%, crédito pessoal 74,4%, aquisição de veículos 38,6%, de outros bens 64,5%, numa média de 67,2%. Para pessoa jurídica a taxa, em média, é em junho de 2.001: capital de giro 34%, conta garantida 47,7%, desconto de duplicatas 45,9%, numa média de 37,5%. (Crise: elevação da taxa básica faz os custos das empresas crescerem e reduz os investimentos. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 18/07/2.001).

⁴¹⁶ O jornal Gazeta do Povo noticiou em 31 de julho de 2.001: “Boa fase: Bancos têm lucros maiores”, reportando que “*Levantamento realizado pela EFC – Engenheiros Financeiros & Consultores, com base em dados do Banco Central (BC), mostra que a desvalorização acelerada do real e os juros altos propiciaram lucros extraordinários para os bancos. [...] Carlos Daniel Coradi, presidente da EFC, observa que os bancos no Brasil demonstram capacidade de se adaptar às circunstâncias e ganham dinheiro com ou sem inflação. O estudo demonstra também que está havendo concentração no sistema financeiro nacional. Hoje o Brasil tem menos de 200 bancos. Já teve mais de 500.*” (Boa fase: bancos têm lucros maiores. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 31/07/2.001).

teoria sem contextualizá-la na realidade, a prática dos juros atuais é uma distorção econômica que merece correção.

Arremate-se a abordagem econômica citando parte do voto do ilustre Juiz Rui Cunha Sobrinho, do Tribunal de Alçada Paranaense, proferido no julgamento da Apelação Cível nº 0118536-2, julgada em 09/09/98:

Os banqueiros brasileiros devem se adaptar a índices civilizados de cobrança de juros. As revistas especializadas contam que na Europa, Estados Unidos e Japão, os bancos não se arriscam a ultrapassar o patamar de 12% ao ano. Menos iates, menos mansões luxuosas, menos carros importados, menos latifúndios especulativos, menos agonia de ficar biliardário em uma geração e mais competência, mais criatividade: estes os caminhos do capitalismo decente. O capital deve ter uma função social, assim como a propriedade. Uma pesquisa feita pelos Juizes Gaúchos Sérgio Gischkw Pereira e Araken de Assis tendo como fonte o World Financial Markets, consignou as seguintes taxas anuais cobradas por bancos internacionais a clientes preferenciais, em 1.986; EUA: 5,50%; Canadá: 5,33%; Japão: 3,73%; Itália: 6,70%. A pesquisa é antiga, mas os países de primeiro mundo continuam a cobrar juros neste mesmo patamar, quiçá em percentual menor. Mais recentemente, a Revista Veja de 11.3.98, trouxe reportagem informando as taxas de juros cobradas nos países civilizados: EUA: 5,4%, França: 3,5%; Alemanha: 3,4%; e Japão: 0,8% (é de pasmar...). Quando se constata que alguns bancos cobram, no Brasil, juros sobre cheques especiais à taxa de 12% ao mês, percebe-se que alguma coisa está errada, considerando que a inflação está contida e a remuneração paga aos investidores é sempre inferior a 12% ao ano. Os bancos devem se adaptar à nova realidade brasileira e mundial, fazendo com que o dinheiro volte ao setor produtivo, caso contrário não alcançaremos o primeiro mundo, na economia globalizada que agora se apresenta e, mais uma vez, perderemos o bonde da história. Basta de continuar enriquecendo o sistema financeiro e “tapando” furos de caixa do Governo Federal. Aliás, esta desculpa de juros altos por conta de dívida interna do Governo também deve acabar, porque ela está sendo paga com o dinheiro das privatizações, segundo foi anunciado. O comércio também perdeu sua referência. Segundo Joelmir Betting: “No crediário da loja, a lei da oferta e da procura virou lei do infarto e da usura, onde o prestamista deslumbrado – que não sabe fazer contas a perder de vista – paga juros de 8% ao mês”. Enquanto isto, os salários estão, praticamente, congelados. [...]. O país não pode continuar na “ciranda financeira”; na agiotagem institucionalizada. Nenhuma atividade renderá – em economia estabilizada –, ao tomador do empréstimo bancário, o valor suficiente para pagar o mútuo, razão pela qual, ou os juros caem a índices civilizados e decentes ou a quebraadeira será geral.⁴¹⁷

Apreciado um pouco da história dos juros, e o seu aspecto econômico, a abordagem de seu aspecto e conceito jurídico se torna mais simples, porque, como afirma Caldas, “*O direito reconhece o fenômeno econômico e, como diz Ruggiero, ‘apenas intervém para o regular, quer ditando normas para os casos em que, mesmo sem a vontade das partes, uma prestação deva produzir juros, quer pondo limites à liberdade das partes, para combater as manifestações patológicas desse fenômeno e em primeiro lugar a usura’.*”⁴¹⁸

Etimologicamente os juros já se relacionam com o direito. Juro vem da adaptação do latim *jure*, ablativo de *jus juris*, tendo o significado de direito.⁴¹⁹ Para estabelecer um conceito jurídico de juros, recorra-se ao magistério irreparável do mestre Pontes de Miranda:

⁴¹⁷ O acórdão pode ser acessado na internet no site www.ta.pr.gov.br.

⁴¹⁸ CALDAS, Pedro F. Ob. cit., p. 77-78.

⁴¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 78. Pode ser verificada a relação em qualquer dicionário da língua portuguesa.

Entende-se por juros o que o credor pode exigir pelo fato de ter prestado ou de não ter recebido o que se lhe devia prestar. Numa e noutra espécie, foi privado de valor, que teria de receber e não recebeu. Os nossos tempos quase só cogitam de interesses ou juros em dinheiro, porém nada obsta a que se estipulem interesses em natura, tratando-se de dívidas de outras coisas fungíveis. Dois elementos conceptuais dos juros são o *valor da prestação*, feita ou a ser recebida, e o *tempo* em que permanece a dívida. Daí o cálculo percentual ou outro cálculo adequado sobre o valor da dívida, para certo trato de tempo. É o *fruto civil* do crédito; no plano econômico, a renda do capital. [...].

Interesses são quantidades de coisas ordinariamente fungíveis, não necessariamente dinheiro, que se exigem como *rendimento* da obrigação de capital, em proporção da importância do capital (ou de seu valor) e do tempo durante o qual o credor está privado da utilização do que prestou, ou teria de receber. O crédito de juros nasce a determinado momento, periodicamente, como se pingasse da quantia devida, sem a diminuir. É em função do tempo, *pro rata temporis* [...].⁴²⁰

Leciona o também memorável Carvalho de Mendonça que:

Os juros representam a prestação devida ao credor como compensação ou indemnização pela temporária privação, ou pelo uso de uma quantidade de cousas fungíveis, chamada *principal*, e pelo risco do reembolso desta. Quem goza este capital paga o *premio* ou *juros*, valor do uso da quantidade. **objecto da prestação principal, equiparados aos fructos, e, por isso, na linguagem tecnico-legal, denominados *fructos civis*.**[...]. Constituem acessório ao capital principal (Cod. Civil, art. 178. §10. III: “os **juros** ou quaesquer outras *prestações accessorias*...”).⁴²¹

Dessas linhas não se distanciam os diversos civilistas e autores pátrios ao conceituarem os juros. Não se confunde de modo algum com a correção monetária, que é a mera expressão atualizada do valor nominal defasado. Destaca-se o **juro** ou **interesse**, normalmente usado no plural “juros”, como fruto do capital. Os **juros não são frutos naturais**, mas civis, frutos jurídicos, como entendiam já os romanos. É **produto de convenção ou da lei**, pois do dinheiro não nascem rendimentos automaticamente.

Considera o art. 60 do Código Civil Pátrio que “*Entram na classe das coisas acessórias os frutos, produtos e rendimentos.*” E o art. 58 reza que “*Principal é a coisa que existe sobre si, abstrata ou concretamente. Acessória, aquela cuja existência supõe a da principal*”, consagrando logo em seguida o art. 59 o princípio de que, “*Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal.*” E são os autores pátrios assentes em que os juros são frutos da capital, acessórios pois.

A exceção a esta regra é a posição de Francisco Cláudio de Almeida Santos, que restringe seu estudo aos juros compensatórios. Afirmo o autor:

A realidade da vida econômica, ao contrário da lei civil, indica que o juro compensatório ou remuneratório, principalmente no mútuo bancário, não é uma mera obrigação acessória, como podem ser conceituados os juros moratórios, mas um verdadeiro elemento essencial do contrato de mútuo bancário, muito embora estudos não tenham prosperado nessa linha, porque o juro, conforme salientado, é um elemento jurídico abominado, principalmente em virtude das razões religiosas que estão a varar os séculos.

⁴²⁰ MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 24, p. 15.

⁴²¹ MENDONÇA, J. X. C. de. Ob. cit., volume VI, parte I, p. 303-304.

Insistimos na idéia tirada da vida concreta no sentido de não significar o juro como preço do dinheiro apenas como uma obrigação acessória. Ao contrário, é ele também uma parcela da obrigação principal do devedor, além da obrigação de pagar a dívida contraída para aquisição do direito à titularidade do dinheiro. Recordamos que no anatocismo, instituto parcialmente rejeitado pelo direito pátrio, os juros se transformam em dívida principal de capital, pelo qual outras obrigações da mesma natureza surgirão.⁴²²

Contudo, não se pode crer que seja assim. Esta argumentação é a que legitimaria a prática ampla e irrestrita do anatocismo, ou “capitalização”, que consiste em os juros ingressarem no capital, “capitalizando-se”, ou seja, consiste em o acessório se tornar principal. Não se discorda que no mútuo bancário, ou mesmo comercial, mesmo que não se pactuem juros, estes incidam, em razão da onerosidade característica das operações comerciais, por muitos autores apontada. Mas daí a se considerar que os juros constituem obrigação principal é dar um passo muito além do devido. A questão do anatocismo será oportunamente estudada, mas desde logo se assevere que é uma prática pela qual o mutuante percebe juros de uma quantia (os próprios juros) que não emprestou, de que não dispôs. Prática, pois, flagrantemente injusta e, como se apreciará, injurídica.

Cumpra também, por enquanto, delimitar o tema aos juros compensatórios ou remuneratórios, que objetivam remunerar ou recompensar o mutuante pelo uso do capital, sejam contratualmente estabelecidos (convencionais) ou decorrentes de lei (legais). Estes juros têm natureza distinta da natureza dos juros moratórios, devidos a título de perdas e danos pela mora no cumprimento da obrigação, que também podem ser fixados em contrato (convencionais) ou decorrentes de lei (legais). Neste tempo a análise se circunscreverá ao estudo dos juros remuneratórios, especificamente vinculados aos contratos de mútuo, contudo não se deixará de abordar os juros moratórios mais tarde, em capítulo próprio. O pagamento dos juros compensatórios pode ser feito antecipadamente (juros pré-periódicos), em prestações, ou no vencimento da obrigação (pós-periódicos).

Os juros compensatórios normalmente são fixados no contrato (ditos daí contratuais ou convencionais), mas também podem decorrer de lei em hipóteses menos frequentes, como no caso da súmula nº 164 do STF.⁴²³ No contrato de mútuo bancário os juros remuneratórios são contratualmente fixados, podendo-se qualificar até de literária a hipótese em que não fossem fixados.⁴²⁴

⁴²² SANTOS, Francisco C. de A. Ob. cit., p. 71.

⁴²³ Reza a súmula: “No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão na posse, ordenada pelo juiz por motivo de urgência.”

⁴²⁴ Caso que, de qualquer modo, foi abordado na parte I do trabalho (capítulo 3, item 3.2), e que será retomado no capítulo seguinte.

Por fim, tomem-se as palavras de Cançado e De Lima, para conferir maior precisão semântica ao texto:

Inicialmente, deve-se ter em mente a diferenciação conceitual entre correção monetária, juros contratuais, juros compensatórios e juros de mora. Exclusivamente para *ajustar conceitos*, visando facilitar a compreensão do que se expõe a seguir, fica entendido que, aqui, a *correção monetária* é atualização do valor de data passada (expresso na moeda de origem), até a data para a qual foi calculado, na proporção da variação do poder aquisitivo da moeda, medida por *índice de preços*. Os *juros contratuais* representam a contraprestação remuneratória do valor correspondente à obrigação contratada, durante o tempo de vigência do contrato. Os *juros compensatórios* são os mesmos juros contratuais, só que passam a ser remuneratórios do capital retido pelo mutuário, após o vencimento da obrigação (estes juros são também chamados, pelo mercado financeiro, de *comissão de permanência*, e por alguns autores, de *juros remuneratórios*, ou, ainda, *juros convencionais*), e, finalmente, os *juros de mora* ou *juros moratórios*, constituem apenação pelo atraso culposo na liquidação da obrigação.⁴²⁵

CAPÍTULO 2 – JUROS REMUNERATÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO INFRACONSTITUCIONAL

O direito brasileiro remotamente decorre do direito português, ou melhor, por muito tempo “foi” o direito português, o qual já há muito vedava a usura, que era tratada como prática criminosa. A legislação sobre contratos usurários teve origem com a Coleção de Leis Extravagantes, compiladas por Duarte Nunes Leão, em 1.466, conhecida como Código Sebastião. Também se apresentava a vedação no Código Manoelino de 1.505, legislação que foi reunida nas Ordenações Filipinas de 1.603.⁴²⁶ Esta orientação seria revista em uma lei de 1.757 que permitiu a estipulação de juros em até 5%. Somente o Código Comercial Português de 1.833, extremamente liberal, permitiria a livre fixação de juros, mas em época na qual a legislação portuguesa não mais alcançava diretamente o Brasil.⁴²⁷

Neste país, uma lei da Regência Trina, de 24 de outubro de 1.832, estatuiu a liberdade para os juros no país, sem qualquer restrição quanto ao valor ou ao tempo, dispondo no art. 1º que o “juro ou prêmio de dinheiro, de qualquer espécie, será aquele que as partes

⁴²⁵ CANÇADO, R. W. LIMA, O. C. De. Ob. cit., p. 26.

⁴²⁶ Assinala Lemke, na ob. cit., p. 95-96, que as Ordenações Filipinas estatuíam que “[...] ‘nenhuma pessoa, de qualquer stado e condição que seja, dê ou receba dinheiro, prata, ouro, ou qualquer outra quantidade pesada, medida, ou contada à usura, por que, ou possa haver dar alguma vantagem, assi per via de emprestimo, como de qualquer outro contracto, de qualquer qualidade, natureza ou condição que seja, e de qualquer nome que possa ser chamado’ (tít. 67, 1, do Livro IV). E a penalidade é extremamente severa, pois, quem ‘o contrario fizer, e houver de receber ganho algum do dito contracto, perca todo o principal, que deu por haver o dito ganho e accrescença, se a já tiver recebida ao tempo, que por nossa parte fôr demandado, e tudo em dobro para a Corôa de nossos Reinos, e mais será degradado dous annos para Africa e isto pela primeira vez que fôr comprehendido, e lhe fôr provado: e pela segunda vez lhe sejam dobradas todas as ditas penas, assi civeis, como crimes: e pela terceira vez lhe sejam isso mesmo tresdobradas as ditas penas’ (tít. 67, 2, do Livro IV).”

⁴²⁷ SANTOS, Francisco C. de A. Ob. cit., p. 66.

convencionarem”. Antes disto o Príncipe Regente do Brasil, pelo Alvará de 05 de maio de 1.810, tornava lícito dar dinheiro para o comércio marítimo mediante prêmio, recebendo aí a legislação brasileira a influência da doutrina liberalista de Bentham. Essa nova inspiração legislativa emergida nos dois diplomas proveio da influência e doutrina de José da Silva Lisboa, que lecionava a utilidade econômica do dinheiro, na dupla função de estimulador de poupança e produtor de novas riquezas. O interesse seria uma recompensa paga por quem usa capital alheio.⁴²⁸

Essa inspiração seria tempo depois acolhida em parte pelo Código Comercial Brasileiro de 1.850, em seu artigo 248.⁴²⁹ Este Código, tratando do interesse precipuamente no título “Do Mútuo e dos Juros Mercantis”, mas não só nele, trouxe uma série de regras, muitas vigentes até hoje. É oportuno destacar neste momento algumas regras pertinentes.

Reza o nº 5 do art. 433 do Código Comercial que, acumulando-se juros vencidos, e sendo paga qualquer importância sem estipulação da dívida à qual se destina o valor, presume-se que se destinou aos juros. Somente o saldo é levado à amortização do capital. Embora afirme o nº 5 do art. 433 que “quando a dívida vence juros, os pagamentos por conta imputam-se primeiro nos juros”, a regra é nitidamente dispositiva. Até mesmo em função da redação do *caput*, ao estipular que “Quando se deve por diversas causas ou títulos diferentes, e dos recibos ou livros não consta a dívida a que se fez aplicação da quantia paga, presume-se o pagamento feito:”.

A redação desta regra confere abertura para a aplicação subsidiária do Código Civil, que rege a imputação do pagamento entre os artigos 991 e 994. O art. 993 dispõe no mesmo sentido da regra comercial analisada (sendo também claro seu caráter dispositivo). Já o art. 991 do diploma civil estatui que o devedor obrigado por dois ou mais débitos a um só credor tem o direito de indicar a qual deles oferece o pagamento, sendo todos líquidos e vencidos.

⁴²⁸ *Idem, ibidem*, p. 66.

⁴²⁹ Estatui o artigo: “Art. 248. Em comércio podem exigir-se juros desde o tempo do desembolso, ainda que não sejam estipulados, em todos os casos em que por este Código são permitidos ou se mandam contar. Fora destes casos, não sendo estipulados, só podem exigir-se pela mora no pagamento de dívidas líquidas, e nas ilíquidas só depois da sua liquidação. Havendo estipulação de juros sem declaração do quantitativo, ou do tempo, presume-se que as partes convieram nos juros da lei, e só pela mora (art. 138).” Afirma Geraldo de Camargo Vidigal a respeito deste artigo: “Em contraste com a segunda e a terceira alíneas desse art. 248, pertinentes aos juros moratórios das dívidas líquidas, a primeira de suas alíneas, ao admitir que possam ser contados, ainda que não estipulados, os juros, a serem eles exigíveis desde o tempo do desembolso, evidenciam haver o Código Comercial acolhido o princípio da liberdade para os juros. Mas, ao admiti-lo somente para os casos em que os faculta o próprio Código, patenteia que só parcialmente acolheu o princípio liberal.” O Código não permite, por exemplo, no art. 253, a cobrança de juros de juros, o anatocismo. (VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Taxas de juros, no Brasil. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 3, n. 10, p. 35-43, out/dez. 2.000, p. 36).

Não encontrando esta regra vedação no Código Comercial, rege ela subsidiariamente as operações mercantis.

E esta análise se torna interessante quando se confronta com o artigo 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Este dispositivo assegura ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, com redução proporcional dos juros e demais acréscimos. Assim, uma vez aplicado o CDC ao contrato de mútuo bancário, torna-se mais interessante ao mutuário, ao invés de pagar os juros (no caso de não serem capitalizáveis), imputar o valor no capital, seja quando tiver que pagar juros periodicamente, seja quando por qualquer motivo não tiver condições de pagar o principal mais os juros, e tenha que optar. Isto porque sobre os juros não capitalizáveis nunca incidirão juros remuneratórios, só eventualmente moratórios, enquanto sobre o principal periodicamente, mas sempre, incidirão os juros remuneratórios e eventualmente moratórios. Compensa, pois, amortizar o principal, que passará a render menos juros remuneratórios.⁴³⁰

Prosseguindo a análise de regras jurídicas pertinentes, cumpre destacar que se o mutuante dá quitação do capital, sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos, exonerando-se o devedor, com base no princípio “accessorium principalem sequitur”, ou seja, o acessório segue o principal (art. 252, Código Comercial). Se o devedor paga juros não estipulados, não pode repeti-los, salvo quando excedem limite imposto por lei, quando poderá repetir o excesso ou imputá-lo ao capital (art. 251, Código Comercial). Por outro lado, se o credor dá quitação de juros menores do que os estipulados, não pode exigir diferença relativa ao vencimento passado. Contudo, só por isso, os juros futuros não se reduzem a menos dos estipulados (art. 250, Código Comercial).

Alguns autores, tendo por base o “princípio da frutiparidade dos desembolsos comerciais”, colocam que quem desembolsa tem direito a juros, mesmo quando não

⁴³⁰ Por exemplo, a situação em que se contrai um empréstimo de R\$ 100,00, com juros remuneratórios de 10% ao mês, não capitalizáveis, por cinco meses, e juros moratórios de 1% ao mês. Ao final dos cinco meses terá que devolver os R\$ 100,00, mais uma quantia de interesses de R\$ 50,00, num total de R\$ 150,00. Isto porque a cada mês renderam R\$ 10,00 de juros não capitalizáveis.

Se o devedor só dispuser de R\$ 50,00 para pagar ao mutuante, se imputar no principal este será reduzido a R\$ 50,00, e passará a render por mês somente R\$ 5 de juros remuneratórios, mais juros de mora de R\$ 0,50 ao mês, o que será somado a R\$ 50,00 dos juros não pagos sobre os quais só incidirão juros de mora de R\$ 0,50 ao mês, já que os juros não são incorporados ao capital quando não há “capitalização”. Ao final dos cinco meses seguintes o mutuário deveria então R\$ 130,00 [50 + (5 x 5) + (5 x 0,5) + 50 + (5 x 0,5)].

Do contrário, se o mutuário imputasse o valor de que dispunha para o pagamento dos juros vencidos de R\$ 50,00, saldaria sua dívida referente aos juros vencidos, mas o principal de R\$ 100,00 continuaria rendendo R\$ 10,00 por mês de juros remuneratórios, mais R\$ 1,00 de juros de mora de 1% ao mês. Deste modo, ao fim de cinco meses seguintes, a dívida do mutuário somaria R\$ 155,00 [100 + (5 x 10) + (5 x 1)].

estipulados. Assim entende Francisco Santos, citando como partidário desse entendimento Dornelles da Luz.⁴³¹ Neste sentido leciona também Fran Martins:

Deve-se, entretanto, compreender que, dado o caráter especulativo das operações comerciais, sempre visa o mutuante à cobrança de juros. E, sendo assim, nos dias atuais pode-se dizer que há como que um assentimento tácito entre mutuante e mutuário sobre o pagamento de juros nos empréstimos mercantis, cabendo às partes, em geral, fixar apenas a sua taxa, entendendo-se que, se nada foi convencionado nesse sentido, a taxa devida será a legal. Essa interpretação de certo modo contraria os arts. 248, *in fine*⁴³², do Código Comercial, e 1.262 do Código Civil, que requerem a convenção “expressa” sobre os juros. Mas o caráter oneroso das operações mercantis autoriza a aceitação da convenção tácita.⁴³³

O Código Civil pátrio de 1.916, em seu artigo 1.262, refletindo sua postura reconhecidamente calcada no liberalismo e individualismo, acolheu a liberdade de pactuar juros remuneratórios, que vinha do Código Comercial, permitindo a fixação de juros em taxa inferior ou superior à legal, com ou sem capitalização. A taxa legal, estipulada no artigo 1.062 do mesmo diploma, é de seis por cento ao ano.

Contudo, a livre pactuação dos juros não demoraria muito para ser disciplinada por lei. para “regular, impedir e reprimir os excessos praticados pela usura” (conforme se lê dos *consideranda* do diploma que se seguiu em 1.933). Assim reporta o assunto Caldas:

O nosso Código Civil, na esteira das legislações mais modernas, não cuidou do regramento dos juros convencionais, limitando-se a disciplinar os juros legais e os juros moratórios, adotando posição não-intervencionista, afinada com a ideologia central do código, que imbicava na direção da mais ampla da autonomia contratual, deixando que as partes dispusessem sobre o conteúdo e a economia dos contratos. Quanto ao mútuo feneratício (*de foenus*, palavra que designava juros, em Roma), i.e., mútuo de dinheiro a juros, as partes eram livres para fixar a taxa abaixo ou acima da taxa legal, nos termos do art. 1.262. Mais tarde, cedendo a uma tendência de intervenção do Estado na economia, entre nós acentuada a partir da chamada Revolução de Trinta, leis emergenciais e restritivas da liberdade contratual vieram a estabelecer uma severa política de juros e restrições quanto ao pagamento em moeda estrangeira, como será visto.⁴³⁴

A chamada Lei da Usura (LU), decreto n° 22.626, de 07 de abril de 1933, editada pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas entronizado pela Revolução de 1.930, no contexto do reordenamento econômico em face da crise de 1.929, estabeleceu em seu art. 1° que é vedado “estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código

⁴³¹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Ob. cit., p. 68-70.

⁴³² Estatui o art. 248, *in fine*: “Havendo estipulação de juros sem declaração do quantitativo, ou do tempo, presume-se que as partes convieram nos juros da lei, e só pela mora (art. 138).” E estatui o art. 138 do Código Comercial: “Art. 138. Os efeitos da mora no cumprimento das obrigações comerciais, não havendo estipulação no contrato, começam a correr desde o dia em que o credor, depois do vencimento, exige judicialmente o seu pagamento.”

⁴³³ MARTINS, F. Ob. cit., p. 310.

⁴³⁴ CALDAS, Pedro F. Ob. cit., p. 81.

Civil, art. n. 1.062⁴³⁵”. Ou seja, o decreto proibiu a fixação de taxas de juros superiores a 12% ao ano (ou 1% ao mês). O art. 2º da LU vedou o recebimento de taxas maiores à prevista na lei a pretexto de comissão. E o art. 11 estabeleceu que “*O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais.*” Entendeu a doutrina e a jurisprudência que a nulidade atinge somente a cláusula ilegal, sem compreender a nulidade do contrato todo.

O art. 13 da LU, que foi revogado pela decreto-lei nº 869, de 18 de dezembro de 1.938, tipificava como delito de usura todas as simulações ou práticas tendentes a disfarçar a taxa real de juros ou fraudar comandos legais, para sujeitar o devedor a encargos e prestações além dos contratualmente fixados, cominando pena de prisão (de seis meses a um ano) e de multa para as infrações, dobrando as penas do caso de reincidência. O art. 14 previa a possibilidade de punição da tentativa e o art. 15 previa circunstâncias agravantes, ambos também revogados pelo diploma de 1.938.

O decreto-lei nº 869/38, que definiu os crimes contra a economia popular, foi logo suplantado pela lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1.951, a qual alterou a legislação vigente dos crimes contra a economia popular. Em seu art. 1º estatui que “*Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta lei regulará o seu julgamento.*” A redação da lei, no tocante ao tipo legal da usura real e pecuniária, pouco discrepou da redação do decreto-lei anterior, apenas aumentando a pena. O artigo 4º da lei nº 1.521/51 tipifica o crime de usura do seguinte modo:

Art. 4º Constitue crime da mesma natureza [contra a economia popular] a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

- a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida em lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;
- b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena: detenção de seis meses a dois anos e multa de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

§ 1º Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatário ou mediadores que intervierem na operação usurária, bem como os cessionários de crédito usurário que ciente de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessiva transmissão ou execução judicial.

§ 2º São circunstâncias agravantes do crime de usura:

- I) ser cometido em época de grave crise econômica;
- II) ocasionar grave dano individual;
- III) dissimular-se a natureza usurária do contrato;
- IV) quando cometido:

⁴³⁵ Art. 1.062: “*A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano.*” E reza o artigo 1.063: “*Serão também de seis por cento ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada.*”

- a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;
- b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 anos ou de deficiente mental, interdito ou não.
- § 3º A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o Juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido.

Deste modo, ficavam definidas a usura real e a pecuniária. A usura pecuniária, nos termos do que interessa a este trabalho, é aquela em que ocorre cobrança de juros excessiva, que ultrapassa os limites legais. A usura real é aquela em que ocorre estipulação contratual de vantagem desproporcional, que ultrapasse um quinto do valor da prestação feita ou prometida, abusando de necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte.

Com a formulação dos conceitos penais, usura no direito brasileiro não pode mais ser considerada apenas como a *cobrança de juro*, assumindo o caráter de *cobrança ilegal de juro*. É um refinamento jurídico do conceito vulgar do léxico, pois neste a usura, do latim *usura* assume também a conotação de “1. *Juro de capital*. 2. *Contrato de empréstimo com cláusula em que o devedor obriga ao pagamento de juros*. 3. *Juro excessivo, exorbitante; onzena*.⁴³⁶ 4. *Lucro exagerado*.”⁴³⁷ Juridicamente a usura assume a conotação não apenas de lucro exagerado, mas de lucro ilegal, acima da taxa permitida por lei, configurando este ilícito civil também um ilícito penal, denominado de crime de usura (pecuniária ou real).⁴³⁸

A lei de 1.951 foi severa na disciplina dos crimes contra a economia popular, dentre eles a usura. O art. 5º estabelece que de regra não é possível suspensão da pena ou liberdade condicional. O art. 6º traz a possibilidade de suspensão provisória da atividade ou profissão do infrator. O art. 7º determina até mesmo recurso de ofício sempre que resultar absolvição de acusado em processo por crime contra a economia popular, ou quando do arquivamento dos autos de inquérito.

⁴³⁶ Por sinal, quanto à onzena assinala o léxico: “[De ‘onze’ + o fem. da term. ‘-eno’ dos distributivos latinos.] S. f. 1. *Juro de onze por cento*. 2 *Fig. Juro exorbitante, excessivo; usura*. 3. *Ant. Porção de onze objetos*.” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Ob. cit., p. 1.225).

⁴³⁷ *Idem, ibidem*, p. 1.744.

⁴³⁸ Márcio Mello Casado expõe as raízes do termo: “*Usura é um verbete originário do latim ‘usura’, sendo este termo derivado de ‘usus’*. Assim, na concepção primeira do termo, a usura foi considerada como o custo decorrente do uso de determinado bem. Mesmo que na origem o vocábulo tenha sido utilizado como o preço pago pelo uso de qualquer coisa, o termo acabou sendo desvirtuado e passou a estar ligado ao ‘usus’ do dinheiro. A usura, num sentido posterior, passou a estar ligada somente ao juro que ultrapasse as taxas fixadas em lei.” (CASADO, Márcio Mello. Panorama constitucional da figura da lesão enorme no direito pátrio. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 47, n. 262, p. 10-28, ago. 1.999. **Revista dos Tribunais**, v. 775, p. 46-64, mai. 2.000, p. 46).

Note-se que nunca, jamais, o crime de usura da lei nº 1.521/51 fora revogado. Permanece a tipificação da usura pecuniária, a qual, em tese, não se aplicaria às instituições financeiras (partindo do princípio que estas não se subordinam à Lei da Usura), mas também permanece a tipificação da usura real, que se aplica a todos, vedando um lucro superior a 20% nas operações de crédito. Nem mesmo a Lei de Reforma Bancária posterior, que logo será abordada, atingiu a usura real, bem pelo contrário, passou longe dela, só dispondo quanto a juros, só tendo potencialidade de repercutir na usura pecuniária. Ademais, para de resto configurar a usura real, é patente a inexperiência da grande maioria dos clientes quando contratam com os bancos, ou mesmo a sua necessidade de contratar que se estampa em face da opção pelo empréstimo, não obstante as taxas absurdas que o banco unilateralmente predispõe no contrato de adesão.

Márcio Mello Casado desenvolve de modo interessante a tese da lesão enorme nos contratos creditícios com instituições financeiras, no seu artigo “Panorama Constitucional da Figura da Lesão Enorme no Direito Pátrio”.⁴³⁹ Destaca o autor neste artigo que permanece vigente a usura real, manifestação da lesão enorme. Afinal, o direito penal pinça condutas que são ilícitas em outros campos do direito, sancionando-as ao seu modo peculiar. A usura real é a tipificação do ilícito civil da lesão enorme. Estampa de modo claro que é vedada a estipulação abusiva em contratos de vantagem superior a 20% do preço da prestação, limitando o lucro a 1/5. Isto de um *viés* penal, configurando a usura real. Contudo, o ilícito civil da lesão enorme pode se configurar com um lucro menor, cabendo ao prudente arbítrio do juiz, numa análise do caso concreto perante princípio da boa fé, verificar se há o abuso.

Posteriormente à Lei dos Crimes contra a Economia Popular, estabeleceu a Lei de Reforma Bancária (LRB), lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1.964, ano do movimento militar vitorioso, no seu art. 4º, *caput* e incisos VI, IX, XVII e XXII:

Art. 4º Compete privativamente ao Conselho Monetário Nacional:

VI – Disciplinar o crédito em tôdas as suas modalidades e as operações creditícias em tôdas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras;

IX – Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover: [...];

XVII – Regulamentar, fixando limites, prazos e outras condições as operações de redesconto e empréstimo, efetuadas com quaisquer instituições financeiras públicas e privadas de natureza bancária;

XXII – Estatuir normas para as operações de instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos desta lei;

⁴³⁹ *Idem, ibidem*, p. 46-63.

O art. 9º da LRB determinou a competência do Banco Central do Brasil para “[...] *cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.*” Dentro dessa autorização o Banco Central veio a baixar a Resolução nº 389, de 15 de setembro de 1.976, autorizando os bancos comerciais a utilizarem as taxas de mercado, as quais não têm qualquer limitação atualmente.⁴⁴⁰

Apreciando a disciplina dos juros nos contratos firmados por instituições financeiras, e a relação entre os dois diplomas legais (LU e LRB), as decisões entre os tribunais estaduais conflitavam⁴⁴¹, até que o Supremo Tribunal firmou o seu entendimento na súmula nº 596. O conflito aparente entre leis federais, embora hoje seja matéria conferida em sede recursal ao Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição Federal de 1.988 (art. 105. III. “a” e “c”), antes era da alçada do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o art. 119, III, “a” e “d”, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1.969, estabelecia:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Reza a súmula nº 596: “*As disposições do Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.*” Deste modo, a cobrança de taxas excedentes ao limite da LU, desde que autorizadas pelo Banco Central, não é ilegal, sujeitando-se os percentuais unicamente aos limites ditados pelo CMN. Ressalta Antônio Ferreira Álvares da Silva que “*Basicamente, a restritiva Súmula 596 cristaliza jurisprudência formada no Acórdão, do Tribunal Pleno, alusivo ao RE 78.953-SP (DJ 9.4.75) e está ancorada em voto prolatado pelo douto Min. Oswaldo Trigueiro, em 6.11.74, ‘verbis’:[...]*”⁴⁴²

A ementa do acórdão do RE nº 78953 tem o seguinte teor:

I. MÚTUO. JUROS E CONDIÇÕES. II. A CAIXA ECONÔMICA FAZ PARTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – ART. 1, INCISO V, DA LEI 4.595/64, E, EM CONSEQÜÊNCIA, ESTÁ SUJEITA ÀS LIMITAÇÕES E À DISCIPLINA DO BANCO CENTRAL, INCLUSIVE

⁴⁴⁰ LEMKE, Nardim Darcy. Ob. cit., p. 96.

⁴⁴¹ É o que afirma Caldas, em ob. cit., p. 85.

⁴⁴² SILVA, Antônio Ferreira Álvares da. Juros – tabelamento geral, amplo e irrestrito. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 64, p. 115-119, abr-jun. 1.993. O autor transcreve na íntegra o voto do Ministro Trigueiro no acórdão citado.

QUANTO ÀS TAXAS DE JUROS E MAIS ENCARGOS AUTORIZADOS. III – O ART. 1 DO DECRETO 22.626/33 ESTÁ REVOGADO “NÃO PELO DESUSO OU PELA INFLAÇÃO, MAS PELA LEI 4.595/64. PELO MENOS AO PERTINENTE ÀS OPERAÇÕES COM AS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO, PÚBLICAS OU PRIVADAS, QUE FUNCIONAM SOB O ESTRITO CONTROLE DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL”. IV – RE CONHECIDO E PROVIDO. [RE nº 78.953/SP, decisão de 19/02/1.974, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro].

Entendeu a Corte Suprema, no voto do Ministro Trigueiro, posição corroborada pelos demais Ministros (todos em votos curtos tendo em conta a relevância do assunto), que há superposição do art. 4º, incisos VI, IX, XVII, da LRB, ao art. 1º da LU. A Lei de Reforma Bancária, estabelecendo nova técnica para formulação da política da moeda e do crédito, criou o Conselho Monetário Nacional, “conferindo-lhe poderes normativos, quase legislativos”⁴⁴³, estampados no diversos incisos do art. 4º da lei, e deixou a seu encargo limitar quando necessário as taxas de juros, liberando as instituições financeiras da LU no atinente (apenas) à taxa de juros e outros encargos.⁴⁴⁴

Destaca Geraldo Vidigal que “São expressivos, nessa matéria, os venerandos acórdãos do E. Supremo Tribunal Federal, proferidos nos Recursos Extraordinários 78.953, 79.122, 79.833, 79.943, 80.189, 81.217, 81.490, 81.809, 81.877, 81.990, 82.184 e 82.758.”⁴⁴⁵ Os acórdãos posteriores vieram corroborar a tese erigida no citado RE nº 78953, citando-se, a exemplo, algumas ementas:

TAXA REMUNERATÓRIA DE SERVIÇOS. JUROS E ENCARGOS BANCÁRIOS. LEI DE USURA. II. REVOGAÇÃO DO ART. 1 DO DECRETO N. 22.626/33 PELA LEI NÚMERO 4.595/64. III. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. [RE nº 81693/SP, decisão de 26/08/1.975, Relator Ministro Thompson Flores]

TAXA REMUNERATÓRIA DE SERVIÇOS BANCÁRIOS E OPERAÇÕES FINANCEIRAS. O ARTIGO 1 DO DECRETO N. 22.626/33 ESTÁ REVOGADO, NO TOCANTE ÀS OPERAÇÕES COM INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO PÚBLICAS OU PRIVADAS, PELA LEI 4.595/64. QUE MANDA OBSERVAR OS LIMITES IMPOSTOS PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL NACIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. [RE nº 82196/SP, decisão de 01/09/1.975, Relator Ministro Moreira Alves]

⁴⁴³ São as palavras que usou o Ministro Xavier de Albuquerque em seu voto no RE nº 78.953.

⁴⁴⁴ Por consequência, os dispositivos da lei nº 1.521/51, que erigiram a usura pecuniária e a real, não têm aplicação no tocante à mensuração dos juros remuneratórios pelas instituições financeiras (usura pecuniária). Contudo, a lei não deixou de ser aplicada com relação aos particulares de modo geral. Assim, por exemplo, a decisão nos autos de “Habeas Corpus” nº 0106118-3, julgado em 12/06/1.997 pela 1ª Câmara Criminal do tribunal paranaense, traduzida na seguinte ementa: “‘HABEAS CORPUS’ – PACIENTE DENUNCIADO POR CRIME DE USURA – LEI Nº 1.521/51 – ART. 4º, ‘A’ – DECRETO Nº 22.626/1933 – LEGISLAÇÃO EM VIGOR – FALTA DE JUSTA CAUSA INOCORRENE – ORDEM DENEGADA – 1. A lei de usura está em vigor, incidindo nas sanções do artigo 4º, “a”, primeira figura, da lei nº 1521/51, aquele que cobra juros em taxa superior à do Decreto 22.626/1933, ressalvadas as situações previstas na Súmula nº 596 do STF. 2. Se o fato narrado na denúncia em tese configura infração penal, não há como agasalhar a assertiva de falta de justa causa para a ação penal.” [HC nº 0106118-3, decisão de 12/06/97, Relator Juiz Nério Ferreira]

⁴⁴⁵ VIDIGAL, Geraldo de C. Taxas de juros, no Brasil, ob. cit., p. 38.

JUROS, DESCONTOS, COMISSÕES E OUTRAS FORMAS DE REMUNERAÇÃO DE OPERAÇÕES E SERVIÇOS BANCÁRIOS OU FINANCEIROS. DESDE O ADVENTO DA LEI NÚMERO 4.595, DE 1964, QUE REVOGOU O ART. 1 DO DECRETO N. 22.626/33 (LEI DA USURA), SUJEITAM-SE AOS LIMITES FIXADOS PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO STF: RE N. 78.953, 05.03.75. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. [RE n° 82439/SP, decisão de 23/09/1.975, Relator Ministro Xavier de Albuquerque]

1. AS TAXAS DE JUROS E OUTROS ENCARGOS COBRADOS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS POR INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO JÁ NÃO SE ACHAM SOB INCIDÊNCIA DAS LIMITAÇÕES PREVISTAS NO DECRETO N. 22.626-33, MAS, ISTO SIM, AO QUE DISPÕE A LEI N. 4.595-64, ÀS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL E ÀS LIMITAÇÕES E À DISCIPLINA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL, COMO DECIDIU, ALIÁS, O STF NO RE 78.953. [RE n° 81692/SP, decisão de 14/11/1.975, Relator Ministro Antônio Neder]⁴⁴⁶

E a Corte Suprema firmou seu entendimento na súmula citada de n° 596, a qual ainda hoje é lembrada pelo Superior Tribunal de Justiça em suas decisões. Ainda é a orientação dela que prevalece na jurisprudência nacional, sobretudo em função da posição da Corte Especial, que é o órgão que em última análise examina a questão após a Constituição Federal de 1.988. Esta Corte entende que nos contratos firmados por instituições financeiras não há, de modo geral (afora quando há legislação especial de regência), limite para a fixação dos juros. É o entendimento externado, a título de exemplo, nos recentes acórdãos que se seguem:

Contrato de financiamento. Termo de transação. Capitalização. Juros. Precedentes da Corte.

1.[...]

2. Os juros nos contratos de financiamento, sem a cobertura de legislação especial de regência, assim a de cédulas de crédito rural, comercial e industrial, não estão limitados a 12% ao ano, prevalecendo a Súmula n° 596 do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte. [RESP n° 259349/MA, decisão de 29/03/2.001, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito]

COMERCIAL. CONTRATO DE DESCONTO DE TÍTULOS E ABERTURA DE CRÉDITO. JUROS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. LIMITAÇÃO (12% AA). LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI N. 4.595/64. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. SÚMULA N. 596-STF.

I. Inadmissível recurso especial em que é debatida questão federal não objetivamente enfrentada no acórdão a quo.

II. Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos bancários de desconto de títulos e abertura de crédito em conta-corrente.

III. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. [RESP n° 271791/SP, decisão de 03/04/2.001, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

Contrato de abertura de crédito. Cheque especial. Ação monitória. Juros, correção monetária. comissão de permanência.

⁴⁴⁶ Vejam-se também, a exemplo, e no mesmo sentido, na mesma época, os REs n° 8158/SP, decisão de 01/09/1.975, Relator Ministro Cordeiro Guerra, n° 80115/SP, decisão de 16/09/1.975, Relator Ministro Djaci Falcão, n° 82508/SP, decisão de 09/12/1.975, Relator Ministro Cunha Peixoto, n° 84393/SP, decisão de 15/10/1.976, Relator Ministro Antônio Neder.

1. Já decidiu a Corte que nos contratos de abertura de crédito em conta corrente incide a Súmula n^o 596 do Supremo Tribunal Federal, vedada a limitação dos juros a 12% ao ano prevista na Lei de Usura (Decreto n^o 22.626/33).

[...] [RESP n^o 244868/RS, decisão de 19/12/2.000, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito⁴⁴⁷]

COMERCIAL. CARTÃO DE CRÉDITO. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI N. 4.595-64. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. SÚMULA N. 596-STF.

I. Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos de cartão de crédito.

II. Recurso especial conhecido e provido. [RESP n^o 297500/RS, decisão de 13/03/2.001, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

DIREITOS COMERCIAL E ECONÔMICO. FINANCIAMENTO BANCÁRIO. JUROS. TETO DE 12%. EM RAZÃO DA LEI DE USURA. INEXISTÊNCIA. LEI 4.595/64. ENUNCIADO DA SUM. 596 STF. [...]

I – A Lei 4.595/64, que rege a política econômico-monetária nacional, ao dispor no seu art. 4^o. IX, que cabe ao Conselho Monetário Nacional limitar taxas de juros, revogou, nas operações realizadas por instituições do sistema financeiro, salvo exceções legais, como nos mútuos rurais, quaisquer outras restrições a limitar o teto máximo daqueles.

[...] [RESP n^o 164935/RS, decisão de 16/06/1.998, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira]

Contudo a opinião divergente cada vez mais conquista espaço, inclusive na Corte Especial⁴⁴⁸, tendo se difundido no meio jurídico nos últimos anos. Realmente, os argumentos que fundaram a edição da súmula n^o 596 vêm sendo, um a um, sepultados.

Assim, por exemplo, Pedro Luiz Pozza, juiz do Rio Grande do Sul, afirma que o enunciado da súmula se baseia em interpretação equivocada, pois o inciso IX do art. 4^o. da LRB, que estaria a autorizar a cobrança de juros acima de 12% ao ano,

[...] em verdade, usa o verbo *limitar*, não aumentar. Limitar significa reduzir, restringir, diminuir. Tanto que o inciso em questão, em sua parte final, refere que esta limitação destina-se a assegurar taxas favorecidas a determinados financiamentos. Se é assim, conclui-se que o objetivo do legislador foi, justamente, do de restringir os encargos praticados pelos Bancos, não de conceder ao Conselho Monetário Nacional uma carta de alforria, permitindo a cobrança de juros abusivos.⁴⁴⁹

Vilson Rodrigues Alves entende que, em verdade, em nenhum momento a lei n^o 4.595/64 autorizou que se fixasse percentual acima do teto previsto na Lei da Usura. Uma coisa é autorizar o CMN a delimitar as taxas de juros e outros encargos, e outra coisa diversa é autorizá-lo a elevar tais taxas a quaisquer níveis. Por outro lado, a LU limita a taxa de juro a

⁴⁴⁷ No RESP n^o 247814/RS, decisão de 24/10/2.000, chega a afirmar o Ministro que “É monótona a jurisprudência da Corte sobre a ausência de limitação da taxa de juros em contrato de cheque especial, incidindo a Súmula n^o 596, do Supremo Tribunal Federal.”

⁴⁴⁸ Como se observará, entende a Corte que nos empréstimos regulados por lei específica posteriormente à Lei de Reforma Bancária não se aplica a súmula n^o 596. Embora tais leis específicas disponham que compete ao CMN fixar os juros para tais contratos específicos, na inércia deste órgão afirma o Superior Tribunal que prevalece ainda o art. 1^o da Lei da Usura.

⁴⁴⁹ POZZA, Pedro Luiz. A limitação das taxas de juros, a nível constitucional e legal, no crédito bancário. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 62, p. 291-302, nov. 1.994, p. 299.

1 % ao mês, e o princípio da legalidade, do art. 5º. II. CF, afirma que ninguém está obrigado a fazer, ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, e há lei vedando a cobrança em taxa maior.

Além disso, deve haver efetiva consideração do princípio da igualdade. No caso de taxa maior à da LU, deve-se proceder sua diminuição aos limites nesta previstos. O autor cita Arnaldo Rizzardo, afirmando este que *“O simples fato de a entidade creditícia classificar-se como banco não lhe outorga o direito de se situar em plano superior e privilegiado, a descoberto de leis que não tiveram limitado o campo de aplicação, malgrado entendimentos distorcidos e nocivos à economia nacional, criados em época em que jazia sepultada a Democracia no País.”*⁴⁵⁰

No caso de haver relação de consumo, leciona Rodrigues Alves que é aplicável ainda a regra do CDC do art. 6º, inciso V, pela qual é direito básico do consumidor a modificação de cláusulas contratuais que estatuem prestações desproporcionais, ou sua revisão por fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Márcio Mello Casado aprecia a questão realizando um interessante paralelo também com a figura da lesão enorme, e ressaltando o princípio da boa fé, em seu artigo “Panorama Constitucional da Figura da Lesão Enorme no Direito Pátrio”.⁴⁵¹

A regra da lei nº 4.595/64 pode ser questionada também perante a Constituição Federal, com base nas considerações traçadas quando se abordou o poder normativo do CMN. Abordando a questão o professor Marçal Justen Filho conclui pela “[...] impossibilidade jurídica de o CMN autorizar a cobrança da comissão de permanência ou dispor normas sobre quaisquer contratos praticados entre instituições financeiras e particulares.”⁴⁵² São ofendidos os princípios da separação dos poderes constituídos, e da não delegação de competências, bem como o princípio da liberdade de iniciativa e o da legalidade, e ainda o da isonomia. Concluiu o prof. que o CMN só pode receber competência administrativa, nunca normativa, não podendo inovar no ordenamento jurídico.

Neste sentido também se posiciona Álvares da Silva, destacando que não poderia a lei nº 4.595/64, nem em face da Constituição vigente à época, conferir a competência para limitar as taxas de juros ao CMN. Assinala o autor:

⁴⁵⁰ ALVES, V. Rodrigues. Ob. cit., p. 246.

⁴⁵¹ CASADO, Márcio Mello. Ob. cit., p. 46-63.

⁴⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 61.

[...] a Lei 4.595/64 confere poderes ao Conselho Monetário Nacional, apenas, para limitar as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração das operações e serviços bancários: limitar, segundo o *Dicionário Aurélio*, é “determinar os limites de, ou servir de limite a; extremar”.

Afora isso, impõe-se ressaltar que, mesmo se houvesse na Lei 4.595/64 delegação explícita para a fixação de taxas de juros, tal outorga seria nula, porquanto o § 2º, do art. 36, da Constituição de 1946, vedava, expressamente, a delegação de atribuições entre os Poderes.

[...]

Ademais, vale recordar que o saudoso mestre Orlando Gomes traz à lume, na obra *Questões mais Recentes de Direito Privado – Pareceres* – Saraiva; 1988, pp. 110/113 – valiosos e decisivos ensinamentos a respeito da “Natureza das Resoluções do Conselho Monetário Nacional”, da “Lei e Regulamento”, e conclui pela inconstitucionalidade da *Súmula n. 596 do STF*, sob o fundamento de que o Conselho Monetário não dispõe de poderes legislativos para inovar a ordem jurídica. Na realidade, esse órgão dispõe, apenas, do “poder regulamentar”, referido no inc. V, do art. 49, da CF.⁴⁵³

Também no mesmo sentido leciona o advogado José Reinaldo Coser⁴⁵⁴, concluindo pela inconstitucionalidade da limitação dos juros por órgão do Poder Executivo, em face dos artigos 22, VI, VII, 48, XIII, XIV, 49 e 68 da Carta Magna, e também do art. 25. I. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Tais dispositivos conferem privativamente ao Congresso Nacional a competência para regular a questão dos juros, vedando a delegação de competências do Congresso Nacional. O art. 25 do ADCT, por sua vez, revoga todos os dispositivos que deleguem ou atribuam a órgão do Poder Executivo competência atribuída ao Congresso Nacional. Em função disso tudo conclui Coser:

Hoje a limitação da taxa de juros é determinada por órgão do Poder Executivo, em afronta direta e indistarcável à Constituição, especificamente artigo 22, artigo 48, inciso XIII, pois a norma legal que regula a matéria é a lei nº 4.595/64. Mais especificamente aquela tão conhecida por tão debatida até a edição da Súmula 596, que não tem mais aplicação hoje.

Ora, se o artigo 192, especialmente no que se refere à limitação dos juros de 12% ao ano, não está regulamentado, a teor do que ficou decidido na ADIN nº 4 não é o emanado da Lei nº 4.595-64, por totalmente incompatível com a Norma Maior, que deverá ser seguido.

Assim, de duas uma. Ou o comando normativo da Lei nº 4.595/64 foi recepcionado pela Constituição como lei complementar, o que se faz para argumentar, logicamente no que com ela não seja incompatível, e assim, portanto, o artigo 192 estaria regulamentado e a taxa máxima dos juros reais seria de 12% ao ano, haja vista nenhum comando nesse sentido se vê naquela lei.

Ou, por outro lado, de fato estamos sem regulamentação do artigo 192 e, portanto, diante da ilegalidade e inconstitucionalidade das MP's e leis que tentaram reavivar aqueles atos, igualmente a limitação de juros é de 12% ao ano, haja vista princípios consagrados na Carta Política.

No campo das idéias, uma pergunta muito incômoda atormenta diuturnamente expressiva maioria dos brasileiros.

Qual o motivo justo e plausível, diante de todos (consagrado constitucionalmente), que explica o privilégio dado às instituições financeiras relativamente à cobrança de juros além do limite de 12% ao ano, posto que todos os seus serviços são cobrados de seus clientes?⁴⁵⁵

Não se questiona da primazia da lei bancária sobre a lei civil para o mútuo bancário. Mas para que a lei nº 4.595/64, que estabeleceu a competência do CMN, não seja tida por

⁴⁵³ SILVA, Antônio Ferreira Álvares da. Ob. cit., p. 117-118.

⁴⁵⁴ COSER, José Reinaldo. A ilegalidade da taxação dos juros pelo Conselho Monetário Nacional. In www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

inconstitucional, deve-se entender que apenas reservou ao órgão do Executivo competência administrativa e fiscalizatória, jamais normativa. O que se pode questionar, então, é a constitucionalidade de uma estipulação acerca dos juros que crie direitos e obrigações, que tenha, pois, caráter de norma jurídica inovadora no ordenamento. E a fixação do valor dos juros, ou sua delimitação, é criação de direito, pois delimitar o percentual dos juros é conferir o próprio conteúdo do direito de cobrar juros. Não se pode olvidar que a permissão do CMN para a cobrança de juros superiores à taxa legal para a generalidade das pessoas seja inovação no ordenamento jurídico, a criação de um direito que os demais não têm.

Assim, se o CMN não tem sequer o “acesso” à “limitação” de juros (que em verdade mesmo nunca realizou), pois a lei não lhe deu permissão para “limitar” ou “delimitar” (ou, tendo dado, tal permissão é tida inconstitucional, e conseqüentemente, “não tida”), conclui-se que continuam a vigorar as disposições da Lei da Usura para as instituições financeiras.

Com efeito, notaram já Cançado e De Lima que a lei nº 4.595/64, de acordo com a interpretação da súmula nº 596, veio criar mais um privilégio em favor das instituições financeiras,

[...] na medida em que renegavam os objetivos expressamente consignados na Lei da Usura, que fora promulgada, segundo um de seus “considerandos”, em favor do “...interesse superior da economia do País”, para que não tivesse o capital “...remuneração exagerada impedindo o desenvolvimento das classes produtoras”, e é o sistema financeiro que, ao longo de mais de trinta anos, vem auferindo “remuneração exagerada”, assim como é a prática das altas taxas de juros que vem impedindo o desenvolvimento das “classes produtoras”. Cabe ressaltar que os agentes financeiros não são culpados pela “remuneração exagerada” a que nos referimos, eis que ela não é concertada entre eles, para lesar os demais agentes econômicos, mas decorre da prática sistemática de políticas governamentais que vêm mantendo as taxas de juros em patamares elevadíssimos, desde há muito tempo.⁴⁵⁶

Notam os autores citados que com a súmula nº 596 do Supremo Tribunal, a LU continuou incidindo onde não deveria incidir se tivesse sido atendida a vontade do legislador, sendo aplicada quanto aos que não eram os reais destinatários da referida lei, perpetuando-se um privilégio e uma injustiça.⁴⁵⁷

Neste sentido se posiciona também Arnaldo Rizzardo, ao tratar dos juros no mútuo bancário e do entendimento jurisprudencial que exclui as instituições financeiras da incidência da LU. Leciona o autor:

Entretanto, nada mais ilegal, discriminatório e injusto do que tal diferenciação de tratamento. Em primeiro lugar, a Lei nº 4.595 em nenhum momento permitiu a graduação de juros acima da taxa legal. Autorizou o Conselho Monetário Nacional a delimitar as taxas de juros e outros encargos, mas

⁴⁵⁵ *Idem, ibidem.*

⁴⁵⁶ CANÇADO, R. W. LIMA, O. C. De. Ob. cit., p. 32.

⁴⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 32-33.

não a elevá-los a quaisquer níveis, ficando liberados os bancos dos percentuais ordenados pelo Código Civil e pelo Decreto 22.626. Engendrou o Supremo Tribunal Federal uma construção fictícia, dando um alcance à Lei nº 4.595 favorável às entidades bancárias, o que, de certa forma, obedece a uma tradição de nossas instituições, sempre voltadas a consolidar as estruturas das forças econômicas dominantes. Em segundo lugar, as taxas de juros estão previstas em lei. É ignominioso deixar ao arbítrio de um órgão federal a decisão de estabelecer os patamares de juros, tolhendo qualquer poder de deliberação do mutuário e ferindo o princípio da consensualidade e da bilateralidade do contrato. Diante da natureza adesiva deste tipo de negócio, fica a parte na contingência de submeter-se obrigatoriamente às decisões impostas pelo banco, sob pena de não conseguir o mútuo.⁴⁵⁸

[...]

[...] não há de se consagrar privilégios em favor de uma determinada classe de entidades ou pessoas, mesmo porque, por princípio constitucional, todos são iguais perante a lei.

Não há de se convalidar o privilégio sob o argumento de que a atividade creditícia constitui a razão de ser dos bancos, e que subsistem os mesmos em função de seu exercício.

[...]. O simples fato de a entidade creditícia classificar-se como banco não lhe outorga o direito de situar-se num plano superior e privilegiado, a descoberto de leis que não tiveram limitado o campo de aplicação, malgrado entendimentos distorcidos e nocivos à economia nacional, criados numa época em que jazia sepultada a democracia no país.^{459 460}

Realmente, em face do princípio constitucional da igualdade, bem explanado por Celso Antônio Bandeira de Mello na sua obra “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”⁴⁶¹, a discriminação efetuada não se justifica. Explana, sucintamente, o autor que as discriminações legais partem da igualdade material, de tratar desigualmente os desiguais. O fator de discriminação eleito, no caso o fato de terem as pessoas jurídicas o caráter de instituições financeiras, deve guardar correlação lógica com a discriminação legal efetuada, no caso a possibilidade de cobrarem juros acima da taxa da Lei da Usura. E este nexó lógico, o seu sentido, deve ser constitucionalmente albergado, deve estar em ressonância com os valores constitucionais.

Mas não é o caso. O nexó lógico entre a qualidade de instituição financeira e a possibilidade de cobrar juros sem qualquer limitação, até mesmo abusivos, como os praticados hoje, não tem a menor ressonância na Carta Magna, quer em face de seu artigo 1º, III, quer em face do art. 3º, I, II e III, quer em face do art. 170, como já fora apreciado no capítulo anterior. Este panorama sugere, em tese, duas possíveis soluções: ou a possibilidade de as instituições financeiras estipularem juros acima da taxa da LU é inconstitucional em face do princípio igualitário, devendo elas serem postas sob a égide da lei que atinge o

⁴⁵⁸ Pedro Luiz Pozza, em ob. cit., p. 300, afirma que esta posição está estampada no Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul em alguns julgados, arrolando alguns das 2ª, 3ª e 9ª Câmaras Cíveis.

⁴⁵⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Juros no mútuo bancário. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 15, n. 42, p. 158-163, mar. 1.988, p. 161-162.

⁴⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, ob. cit., p. 1.021 e 1.022.

⁴⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit.

particular comum; ou a taxa de juros é livre para todos, não se sujeitando nem mesmo o particular comum à LU.

Esta última hipótese é por evidência absurda, não encontrando amparo na legislação fundamental (Constituição Federal), nem na legislação que coíbe a prática dos juros extorsivos (Lei da Usura e Lei dos Crimes contra a Economia Popular), não havendo razão para abolir o veto universal, contra o abuso. Nem mesmo a liberação de juros aos particulares comuns está albergada na Lei de Reforma Bancária, que não lhes dirige o tom. Resta a primeira hipótese, verdadeira solução, segundo a qual a lei nº 4.595/64 é inconstitucional nos artigos em que abole qualquer limite à taxa de juros para as instituições financeiras, em face do princípio igualitário, subordinando-se elas à Lei da Usura.

Nardim Darcy Lemke, abordando a questão da desigualdade gerada pela súmula nº 596 do Supremo Tribunal, dentre outras coisas, leciona:

Qualquer que seja a razão, todavia, é certo que ela [a súmula] trata desigualmente os iguais. Em verdade, nenhuma diferença existe entre uma instituição financeira e uma empresa comercial, ou uma pessoa física, num mútuo, logo, não se apresenta qualquer razão para o tratamento diferenciado entre ambos. Em todos esses casos existe um empréstimo, de dinheiro, pelo mutuante ao tomador; há, também, obrigatoriedade de restituição deste valor, acrescido de juros compensatórios, se tal foi estipulado, dentro do prazo convenicionado.

Com o entendimento da Suprema Corte, passou a haver um tratamento desigual conforme quem seja o credor, isto é, enquanto os Bancos poderiam cobrar qualquer taxa de juros, os demais apenas podem cobrar juros moratórios [sic] de, no máximo, 12% ao ano, o que, *venia permissa*, ofende a regra da isonomia, consagrada no art. 5º da Constituição Federal. Dess'arte, tenho para comigo que tal Súmula tornou-se caduca com a vigência da atual Constituição Federal, na mesma linha do pensamento de VIEIRA (RT, 635/60).

A igualdade se constitui num dos elementos básicos à caracterização da “justiça” (FARIA, 1973, p. 23) e uma de suas conseqüências principais é a chamada “isonomia”, vale dizer, a igualdade de todos perante a lei (FARIA, 1973, p. 27). Para não ferir a igualdade perante a lei, temos que todos têm os mesmos direitos em idênticas condições, pois, pelo ditame legal, “é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes” (MELLO, 1995, p. 10).

[...]

No âmbito contratual, a absoluta igualdade de todos perante a lei conduziu às extraordinárias desigualdades econômicas que hoje conhecemos. Devemos, portanto, temperar as desigualdades entre os contratantes, de modo a compensar a fragilidade econômica de uns e a superioridade econômica de outros.

No caso dos Bancos, a Súmula do STF lhes dá um tratamento mais benéfico, muito embora sejam as instituições financeiras a parte mais forte da relação contratual, que impõe a sua vontade aos mutuários, limitados a aceitarem as condições que lhes são impostas em bloco, sob pena de não receberem o empréstimo. Estamos, pois, diante de contratos de adesão típicos, que já dão aos estabelecimentos bancários uma posição confortável de imposição de cláusulas por eles estipuladas, não restando ao mutuário senão aderir a tais cláusulas. Como, com muita propriedade colocado por RIPERT, “o contrato não é senão a lei do mais forte. Se os empresários capitalistas impõem suas condições à sua clientela e a seu pessoal, falseiam a noção de contrato tal como o Código Civil *nô-la deu*” (1947, p. 47).

Assim, se os tribunais dessem tratamento privilegiado aos mutuários, não estariam contrariando o princípio da isonomia, mas dando-lhe aplicação efetiva, pois, “entre o forte e o fraco é a lei que liberta e o contrato que escraviza”, na célebre observação de LACORDAIRE. Para repor a igualdade, a lei

deve intervir em favor da parte frágil na relação contratual, que, certamente, não são os Bancos. mas os mutuários.⁴⁶²

Abordando as taxas astronômicas cobradas pelos bancos, várias vezes maior do que o custo de captação do dinheiro, na medida em que não há limitação das taxas de juros pelo CMN, órgão “competente” para tal, Parizatto entende que o Poder Judiciário deve “dar um basta” nesta situação, a qual está em desacordo com a realidade nacional dos últimos anos de baixa inflação. Observa o autor que:

O glorioso Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, através de sua 2ª Câm. Cív. aos 7-12-95. na Ap. Cív. 195.154.356, sentindo a realidade momentânea, onde a inflação encontra-se em torno de 1% ao mês, mas os bancos e instituições financeiras têm cobrado taxas muitas vezes superior à inflação e àquilo que pagam a seus poupadores, num locupetamento abusivo e indevido a qualquer entendimento fático, jurídico e legal.

Tal Câmara entendeu pela inaplicabilidade da Súmula 596 do STF aos bancos, entendendo que deve se aplicar as disposições do Código Civil e da Lei de Usura, estando, ainda, os bancos sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. Esse entendimento encontra-se publicado na COAD 73.497. representando a nosso ver, um posicionamento corajoso e justo de tal respeitável Tribunal, local de onde têm saído decisões que merecem ficar na história do país, pois que retratam a realidade e o verdadeiro senso de justiça.

Não há, à evidência, como se permitir que haja um enriquecimento tão grande por parte das instituições financeiras, quando seus poupadores recebem um valor tão distante daquele cobrado nos empréstimos bancários, descontos, cheques especiais, cartões de crédito etc. Há necessidade de se adequar os juros bancários à inflação do país, de modo a se permitir a continuidade dos negócios bancários. Pessoas físicas, jurídicas, micro-empresários, não conseguem suportar taxas tão irrealis, totalmente distanciadas da realidade atual do país, o que vem contribuindo para a quebra de tantas pessoas e empresas. que não conseguem pagar aquilo que devem aos bancos.⁴⁶³

O Superior Tribunal de Justiça admitiu recentemente, numa evolução da jurisprudência pátria, que o limite da Lei da Usura se aplica sim aos contratos regidos por leis específicas posteriores à Lei de Reforma Bancária. Este avanço reporta-se ao mútuo rural, industrial e comercial, regidos, respectivamente, pelo decreto-lei nº 167/67. pelo decreto-lei nº 413/69, e pela lei nº 6.840/80.

A decreto-lei nº 167/67, no seu art. 5º afirma que “*As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros às taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar [...]*”. Do mesmo modo estatui o art. 5º do decreto-lei nº 413/69 que “*As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros e poderão sofrer correção monetária às taxas e aos índices que o Conselho Monetário Nacional fixar [...]*”. E a lei nº 6.840/80, no seu art. 5º estabelece que se aplicam ao mútuo comercial regulado por esta lei as normas do decreto-lei nº 413/69.

⁴⁶² LEMKE, Nardim Darcy. Ob. cit., p. 99-101.

⁴⁶³ PARIZATTO, João Roberto. **Multas e juros no direito brasileiro**, Editora de Direito, Leme (SP), 1.996, p. 82.

Com referência a esses dispositivos, entendeu a Corte especial que, ficando a cargo do CMN fixar as taxas de juros, e não o fazendo, persiste em relação a esses mútuos o limite da Lei da Usura, pois a súmula nº 596 se dirige à lei nº 4.595/64, estando ultrapassada em relação aos diplomas mais modernos. Este passo jurisprudencial teve por marco o RESP nº 111881/RS, cuja decisão data de 26/11/1.997, o qual levou à Segunda Seção (é a seção que *decide sobre matéria de Direito Privado*, composta dos Ministros que integram a 3ª e 4ª Turmas), do Superior Tribunal de Justiça, a divergência que vinha ocorrendo entre a 3ª e 4ª Turmas no tocante à limitação da taxa de juros no mútuo rural.

No longo acórdão (de mais de 22 páginas) deste Recurso Especial⁴⁶⁴, que teve por Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, este sustentou que a redação do artigo 5º do decreto-lei nº 167/67, que é posterior à lei nº 4.595/64, determinou “[...] *que ao Conselho Monetário Nacional compete fixar e ‘não que poderá fixar’ os juros a serem praticados. Assim, a faculdade prevista na Lei nº 4.595/64, art. 4º, inciso IX, cede à norma específica e mais moderna do Decreto-lei 167/67, que estabelece um dever.*”

À falta de regulamentação do CMN, entendeu o Ministro que não podem ficar as taxas de juros sujeitas à livre vontade das instituições bancárias, que buscam sempre o lucro, até exagerados, contrariando a própria finalidade do mútuo rural. Deste modo, a súmula nº 586 do STF não alcança o mútuo rural, devendo incidir, enquanto não houver regulamentação do Conselho Monetário Nacional, a taxa de juros máxima de 12% ao ano da Lei da Usura.

Votaram com o Relator os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro⁴⁶⁵, César Asfor Rocha.⁴⁶⁶ Foram vencidos os Ministros Costa Leite, Nilson Naves e

⁴⁶⁴ Seu inteiro teor pode ser obtido pela internet no site www.stj.gov.br.

⁴⁶⁵ Afirmou Barros Monteiro em seu voto que no art. 5º do decreto-lei “[...] *o legislador se mostrou mais rígido e grave, atento por certo às peculiaridades do crédito rural, em que não se pode descurar do amparo imprescindível que a ordem jurídica deve dispensar ao produtor agrícola. Eis por que o texto legal referido foi incisivo ao utilizar a expressão: ‘às taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar’.* A lei especial, por conseguinte, introduziu um regramento diverso do anterior, destinado às operações financeiras comuns: ao Conselho Monetário Nacional, em se tratando de financiamento rural, competia fixar as taxas de juros, e não simplesmente limitar, sempre que necessário for. Se assim é e se o legislador ordinário houve por bem alterar o sistema genérico anterior, para dispor de modo específico em relação ao crédito rural, minha posição não pode ser outra senão a de alinhar-me com o voto proferido pelo Sr. Ministro Relator, no sentido de que, ante a eventual omissão do Conselho Monetário Nacional quanto à fixação das aludidas taxas de juros, elas não podem ficar ao mero alvedrio das instituições financeiras [...]. Concluo, assim, que na área específica do crédito rural, as instituições bancárias não têm a mesma liberdade de que desfrutam nas operações financeiras comuns. Se o Conselho Monetário Nacional nada regulamentar acerca das taxas de juros no mútuo rural, é de prevalecer aí a taxa de juros máxima de 12% a.a., conforme estatuído no art. 1º do Dec. nº 22.626/33.”

⁴⁶⁶ Entendeu o Ministro em seu voto que “[...] *pretendeu o legislador dar ao crédito rural um tratamento diferenciado, retirando-o do foco de incidência da Lei nº 4.595/64. E o fez, certamente, por perceber que a voracidade com que certa parcela do sistema financeiro se deixava tocar, insaciavelmente, ao estabelecer juros extorsivos, não se coadunava com o tratamento diferenciado e estimulante que imperiosamente se deveria e*

Eduardo Ribeiro, os quais, prendendo-se a uma exegese literal da lei, entenderam que se o CMN não fixou os juros, não se aplica a Lei da Usura, mas sim a Lei de Reforma Bancária, permitindo-se às partes “contratar livremente”.⁴⁶⁷ Há, entendem, “[...] *que se respeitar o teto estabelecido pelo Conselho Monetário. Inexistindo esse, não há o que respeitar, é óbvio.*”⁴⁶⁸

E o entendimento quanto ao mútuo rural foi automaticamente estendido aos mútuos industrial e comercial, devido à semelhança dos dispositivos legais de regência, como já transcrito. É o que se verifica, por exemplo, no teor dos recentes acórdãos cujas ementas se seguem:

Cédula de crédito industrial. Juros. Multa. Honorários. Precedentes da Corte.

1. Já assentou a Corte que o “Decreto-lei nº 413/69, art. 5º, posterior à Lei nº 4.595/64 e específico para as cédulas de crédito industrial, confere ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Ante a eventual omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano prevista na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33), não alcançando a cédula de crédito industrial o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 596/STF (REsp nº 111.881/RS)”.

[...] [RESP nº 242722/RS, decisão de 15/12/2.000, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito]

COMERCIAL. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). INCIDÊNCIA. MULTA . INACUMULAÇÃO. LEI N. 4.595/64. REDUÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ao Conselho Monetário Nacional, segundo o art. 5º do Decreto-lei n. 413/69, compete a fixação das taxas de juros aplicáveis aos títulos de crédito industrial. Omitindo-se o órgão no desempenho de tal mister, torna-se aplicável a regra geral do art. 1º, caput, da Lei da Usura, que veda a cobrança de juros em percentual superior ao dobro da taxa legal (12% ao ano), afastada a incidência da Súmula n. 596 do C. STF, porquanto se dirige à Lei n. 4.595/64, ultrapassada, no particular, pelo diploma mais moderno e específico, de 1969. Precedentes do STJ.

[...][RESP nº 283095/MG, decisão de 28/11/2.000, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

Cédula de crédito comercial. Juros. Capitalização: reformatio in pejus. Honorários. Precedentes da Corte.

1. No plano infraconstitucional, já marcou a Corte a sua posição sobre a limitação dos juros em casos de cédula de crédito comercial no patamar de 12% ao ano, não se aplicando ao caso a Súmula nº 596 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

[...] [RESP nº 244844/RS, decisão de 29/03/2.001, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito]

COMERCIAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). INCIDÊNCIA.

deve conferir à atividade rural. Não fosse essa intenção legislativa, e se esse novo diploma legal não tivesse o condão de excluir o empréstimo rural do campo de incidência ‘genérico dos juros liberados’ (para o sistema financeiro) estabelecido pela Lei nº 4.595/64, seria inócua a inserção da expressão ‘às taxas que o Conselho Monetário fixar’, pois que as taxas do empréstimo rural já estariam também sob a regência do art. 4º, IX, da Lei nº 4.595/64, como antes do Decreto-lei nº 167 se encontravam. Sendo assim, em princípio, as taxas de juros referentes ao crédito rural serão as de que trata o Decreto nº 22.626, salvo se outras forem fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.”

⁴⁶⁷ São termos usados pelo Ministro Costa Leite em seu voto, e que reflete o vício que persiste dos juristas em se entender que nos contratos de adesão é possível a “livre” contratação. Na verdade, se prevalece a Lei de Reforma Bancária, é lícito aos Bancos fixar o valor dos juros e resta ao mutuário aceitar ou não contratar.

⁴⁶⁸ São termos usados pelo Ministro Eduardo Ribeiro em seu voto.

I. Ao Conselho Monetário Nacional, segundo o art. 5º do Decreto-lei n. 413/69, c/c art. 5º da Lei n. 6.840/80, compete a fixação das taxas de juros aplicáveis aos títulos de crédito comercial. Omitindo-se o órgão no desempenho de tal mister, torna-se aplicável cobrança de juros em percentual superior ao dobro da taxa legal (12% ao ano), afastada a incidência da Súmula n. 596 do C. STF. porquanto se dirige à Lei n. 4.595/64, ultrapassada, no particular, pelo diploma legal mais moderno e específico. de 1980. Precedentes do STJ.

II. Agravo desprovido. [RESP nº 257706/RS, decisão de 24/04/2.001, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL – TÍTULO EXECUTIVO – HÁBIL A SUSTENTAR EXECUÇÃO – TAXA DE JUROS

I – A cédula de crédito comercial é título executivo e pode sustentar processo de execução.

II – A cédula de crédito comercial, no tocante à limitação dos juros, tem a mesma disciplina da cédula de crédito rural (art. 5º da Lei 6.840/80 c.c. o art. 5º do Decreto-Lei 413/69). À mingua de fixação pelo Conselho Monetário Nacional, incide a limitação de 12% ao ano prevista no Dec. 22.626/33 (Lei de Usura). Precedentes da Corte.

III – Recurso conhecido em parte e, nessa parte provido. [RESP nº 223557/RS, decisão de 19/02/2.001. Relator Ministro Waldemar Zveiter]

Afora a questão específica dos mútuos rural, industrial e comercial, pode-se perceber em vários tribunais estaduais a tendência em admitir para os mútuos bancários em geral a limitação da taxa de juros efetuada pela LU. A exemplo, no Tribunal de Alçada paranaense. o eminente Juiz Cunha Sobrinho externou o seguinte entendimento, tendo sido seguido em aprovação unânime do seu entendimento pelo Juiz Revisor Jurandyr Sousa Júnior e pelo Juiz Presidente Sérgio Rodrigues:

Sob outra ótica, ainda que se considere não auto-aplicável o art. 192, § 3º da CF, os juros remuneratórios não podem, de qualquer maneira, ultrapassar os 12% ao ano. Lapidar, e suficiente para justificar o tema, decisão do TARGS em que foi relator o Juiz Jorge Alcebiades Perrone de Oliveira, transcrita em RT 747/145: “O dispositivo do art. 192 § 3º da CF não é auto-aplicável, conforme estabelecido na ADIN-4. Todavia, isso, por si só, não implica liberação das taxas de juros. A CF revogou a legislação anterior que permitia a ‘fixação pelo CMN’, via BACEN. Da conjugação dos arts. 22 e 48 da Carta, resulta que só o Congresso pode dispor sobre matéria financeira (incluindo, ai. por óbvio, as taxas de juros), vedada qualquer delegação de poderes nesta matéria (art. 68). Por outro lado, o art. 25 do ADCT, revogou expressamente, no prazo de seis meses da promulgação da Carta, toda legislação permissiva de delegações ao Executivo. Restaram, assim, revogadas a Lei 4.595/64, nessa parte, e as resoluções do Banco Central liberadoras das taxas de juros. A matéria deveria ter sido regulamentada por lei aprovada no Congresso, e tal não ocorreu. Vigente, pois, ainda o Dec. 22.626 – Lei de Usura, não revogado pela Lei 4.595/64, apenas declarado não incidente às instituições financeiras, segundo a Súmula nº 596 do STF”. Assim, por qualquer ângulo que se olhe, aplicando-se a Constituição Federal ou a Lei da Usura, os bancos estão proibidos de cobrar juros remuneratórios acima de 12% ao ano.⁴⁶⁹

Também a título de exemplo, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Desembargador Francisco José Moesch, Relator no julgamento, em 09/06/1.988, da Apelação Cível nº 198007072, afirmava em seu voto, em que foi acompanhado na decisão pelos demais magistrados:

A Lei 4.595/64 não pretendeu estruturar política de liberação dos juros; ao contrário, visou à sua limitação. E, de qualquer sorte, não revogou as normas sobre a matéria contidas no Código Civil e Lei de Usura. Assim Arno Werlang, no julgamento dos embargos infringentes de número 194097390 por este Grupo: “a autorização para a cobrança de taxas de juros acima das praticadas para a remuneração de caderneta de poupança não significa liberação de juros, cujos limites encontram-se determinados em lei, e não podem ser alterados por resolução”.⁴⁷⁰

Ou também note-se o julgamento no Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em que o voto do Juiz Relator Wander Marotta foi acompanhado na íntegra pelos demais juizes, na Apelação Cível nº 277299-0⁴⁷¹, julgada em 12/05/99, consubstanciando a seguinte longa ementa:

EMENTA: DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL - JUROS - LIMITAÇÃO A 12 % AO ANO - DECRETO 22.626/33 - VIGÊNCIA - SÚMULA 596 DO STF - EXEGESE EQUIVOCADA DO ART. 4º, IX, DA LEI 4.595/64, REVOGADO PELO ART. 25 ADCT. ESTIPULAÇÃO EXCESSIVA - ILICITUDE DO OBJETO - OFENSA À MORAL E AOS BONS COSTUMES - ART. 82 DO CCB - VANTAGEM INÍQUA - ARTIGO 51, IV, DO CDC.

Os juros, remuneração pelo uso da coisa ou quantia pelo devedor, em virtude do tempo em que ficou privado o credor desta, não podem, no ordenamento jurídico pátrio, superar o limite de 12% (doze por cento) ao ano.

Não foi revogado o Decreto 22.626/33 pelo Decreto sem nº de 25.04.91, por se cuidar aquele de decreto com força de lei. O Decreto sem nº de 29.11.91 (publicado no DOU de 02.12.91) tornou sem efeito a revogação do Decreto 22.626/33, sem que se cogite de repristinação.

A Súmula 596 do STF, já à época de sua edição, cristalizava entendimento equivocado. A atribuição ao Conselho Monetário Nacional, contida no artigo 4º, IX, da Lei 4.595/64, era para limitar as taxas de juros, e não liberá-las, devendo tal delimitação cingir-se à graduação até o limite legal (doze por cento ao ano), estatuído pelo Decreto 22.626/33.

Contudo, revogado está o artigo 4º, IX, da Lei 4.595/64, face ao art. 25, I, ADCT, c/c art. 48, XIII, da Constituição Federal de 1988, por atribuir, em ação normativa, ao Conselho Monetário Nacional, competência assinalada pela Lei Maior ao Congresso Nacional.

Inexistente a executoriedade compulsória do artigo 4º, IX, da Lei 4.595/64, norma especial, que restringia o campo de aplicação do Decreto 22.626/33, regulador das demais avenças, que não envolvessem instituições financeiras, passa a prevalecer, na íntegra, a norma geral do art. 1º deste Decreto, afastada a aberração de um efeito repristinatório.

A estipulação de juros excessivos fere o art. 82 do CCB. A ilicitude do objeto é conceito amplo, compreendendo tanto o que a lei proíbe quanto o que repugna à moral e aos bons costumes. É objeto de universal condenação a usura, a exploração do trabalho humano em favor da ganância, asfixiando o devedor, cujo esforço, voltado totalmente para a satisfação dos juros, lembra o castigo de Tântalo, por nunca se extinguir.

O Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV) confere proteção aquele que é atingido por cláusula abusiva, que coloca o consumidor em vantagem exagerada, como no caso dos juros, cláusula atípica de remuneração, quando excessivos.

⁴⁶⁹ É a posição expressada na Apelação Cível nº 0118536-2, julgada em 09/09/98, no Tribunal de Alçada Paranaense, e que pode ser verificada no site www.ta.pr.gov.br.

⁴⁷⁰ Encontra-se o inteiro teor do acórdão na **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 2, p. 295-299, 2.000. A ementa transpôs o conteúdo do voto, rezando parte dela que os juros remuneratórios “[...] *estão limitados em 12% ao ano, desimportando perquirir acerca da auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, porquanto em vigor a Lei da Usura e disposições do Código Civil.*”

⁴⁷¹ O acórdão na íntegra pode ser acessado na internet no site www.direitobancario.com.br, no item “jurisprudência selecionada”.

E pode-se perceber que algumas dessas decisões proferidas em tribunais estaduais reduzindo os juros remuneratórios a 12% ao ano, com base *infraconstitucional*. acabam por transitar em julgado, para o bem do devedor e do direito, conforme se pode observar nas ementas de vários Recursos Extraordinários, seguindo, a título de exemplo, ementas de acórdãos proferidos pela Corte Suprema:

EMENTA: Recurso extraordinário. Limitação de juros.

- Não tendo sido conhecido o recurso especial na parte que visava a afastar o fundamento *infraconstitucional* do acórdão recorrido sobre a questão da limitação dos juros, esse fundamento, que persiste, é suficiente “per se” para manter o acórdão recorrido não tendo sido ele atacável pelo disposto no art. 192, § 3º, da Constituição.

Recurso extraordinário não conhecido. [RE nº 277289/RS, s/d, Relator Ministro Moreira Alves]

EMENTA: Juros reais: limitação em 12% ao ano: acórdão recorrido que, além da auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF, invocou a Lei da Usura, fundamento suficiente que, à falta de impugnação no recurso especial, tornou-se precluso: incidência da Súm. 283/STF. [AGRRE nº 233280/RS. decisão de 02/02/1.999, Relator Ministro Sepúlveda Pertence]

Também têm transitado em julgado decisões que limitam os juros a 12% ao ano, com base exclusivamente *infraconstitucional*, em razão da farta fundamentação existente e usada pelos juízes em suas sentenças e acórdãos, de modo que a falta de impugnação em relação a algum dos argumentos conduz ao não conhecimento do recurso. Assim, por exemplo, as decisões do STJ externadas nas ementas a seguir transcritas:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. COMERCIAL. CONTRATO BANCÁRIO. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). INCIDÊNCIA DO CDC. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N.º 283/STF.

I. Inatacado o fundamento do acórdão relativo à incidência do CDC para reduzir juros remuneratórios considerados extorsivos, inviável o conhecimento do recurso especial em face do óbice da Súmula nº 283 do C. STF.

II. Recurso especial não conhecido. [RESP nº 303791/RS, julgado em 03/04/2.001. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

- JUROS. Fundamento no CDC. Falta de Impugnação.

Decidida a causa com base no CDC, não se conhece do recurso especial que não impugna a fundamentação do r. acórdão.

Recurso especial não conhecido. [RESP nº 302584/MG, julgado em 10/04/2.001. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar]

Outro avanço na jurisprudência pátria foi a exclusão de cláusulas potestativas na fixação da taxa dos juros bancários remuneratórios, como a cláusula contratual que vincula os juros à taxa divulgada pela Associação Nacional dos Bancos (ANDIB), ou pela Central de Liquidação e Custódia de Títulos Privados (CETIP), por ficar ao alvedrio exclusivo de uma das partes contratantes. Várias decisões da Corte Especial neste sentido culminaram na súmula nº 176 deste tribunal, que tem a seguinte redação: “É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANDIB/CETIP.”

Também se posiciona o Superior Tribunal no sentido de que é nula a cláusula que deixa a critério do credor a fixação da taxa de juros, por ser evidentemente potestativa. como reza, a exemplo, a seguinte ementa:

JUROS. Maior taxa de mercado praticada pelo credor. Cláusula potestativa. Art. 115 do Código Civil. É potestativa a cláusula de juros que deixa ao critério do credor a estipulação da taxa mensal, a ser por ele fixada de acordo com a mais alta que praticar o mercado financeiro. Art. 115 do Código Civil. [...] [RESP n° 260172/SP, julgado em 30/04/2.001, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar]

O Ministro Ruy Rosado De Aguiar, por sinal, numa posição de vanguarda na Corte Especial, identificando a peculiaridade dos contratos de adesão, entende que nos cartões de crédito não é possível que a administradora use de autorização para, em nome do cliente, pactuar juros acima de 12% ao ano, bem como entende potestativa a cobrança de juros acima deste limite sem prévio contrato que fixe a taxa. Afirma o Ministro em voto no RESP n° 276003:

Entendo que as administradoras de cartão de crédito não podem usar da autorização constante no termo de adesão para contratar em nome do cliente juros acima da taxa legal, ou além daqueles estipulados pelo Banco Central para a regulação do mercado financeiro. Contudo, vencido nessa posição. examino os argumentos expendidos pelo recorrente.

[...]

As instituições financeiras estão autorizadas a contratar juros nos termos em que for permitido pelo CMN, conforme dispõe a Súmula 596/STF, reiteradamente aplicada neste Tribunal. Cabe, portanto, deferir juros remuneratórios nos limites contratados.

Ocorre que, no caso, não há contrato definindo a taxa de juros, razão pela qual essa orientação não pode prevalecer. A se entender que a autorização para contratar juros permite a cobrança de qualquer taxa, estar-se-ia diante de cláusula potestativa, pois o devedor não sabe qual o índice a ser usado para o cálculo do seu débito.

O relator, porém, restou vencido também nesse ponto, pois a maioria entende que tem aplicação para o cartão de crédito o enunciado na Súmula 596/STF.⁴⁷²

A jurisprudência do STJ tem evoluído, já tendo se mostrado a Corte sensível, algumas vezes, à situação do devedor, que pactua adesivamente juros que não pode escolher, frente à necessidade do empréstimo. Assim, por exemplo, na posição do Ministro Aguiar, quem sabe um prenúncio de mudança de postura da Corte. Esta já chegou, por sinal, mesmo a contrariar seu tradicional entendimento numa situação de abuso completamente evidenciada. Leia-se a ementa:

COMERCIAL. JUROS BANCÁRIOS. MÚTUO. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – a cujo teor os juros bancários, no contrato de mútuo, não estão sujeitos ao limite, anual, de 12% (doze por cento) – deve ser seguida com cautela, a modo de que o devedor não fique preso a obrigações conjunturais. Hipótese, emblemática, em que os juros foram contratados à base de 36% (trinta e seis por cento) ao mês, nada justificando que o devedor fique assim vinculado, porque aquela taxa, depois, se

⁴⁷² RESP n° 276003/SE, decisão de 19/04/2.001, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. A ementa ficou assim definida: “*CARTÃO DE CRÉDITO. Juros. Limitação. Aplicação da Súmula 596/STF. Vencido nessa parte o relator. Recurso conhecido e parcialmente provido.*”

reduziu substancialmente. Em casos desse jaez, durante o prazo contratual, os juros são exigíveis nos termos contratados, e, após, pela taxa média do mercado, por espécie de operação, na forma apurada pelo Banco Central do Brasil, segundo o procedimento previsto na Circular da Diretoria nº 2.957, de 28 de dezembro de 1.999, que dispõe sobre a prestação de informações relativas a operações de crédito praticadas no mercado financeiro. Recurso especial conhecido e provido em parte. [RESP nº 137282/RS, julgado em 26/03/2.001, Relator Ministro Ari Pargendler]

Recentemente uma medida provisória, por várias vezes reeditada, dispôs sobre estipulações usurárias, considerando-as nulas. A primeira da série foi a medida provisória nº 1.820, de 05 de abril de 1.999, sendo reeditada atualmente, em 28 de junho de 2.001, com o nº 2.172-30. Estabelece o art. 1º desta:

Art. 1º São nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam:

I – nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverá o juiz, requerido, ajustá-las à medida legal ou, na hipótese de já terem sido cumpridas, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido;

II – nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido.

Parágrafo único. Para a configuração do lucro ou vantagem excessivos, considerar-se-ão a vontade das partes, as circunstâncias da celebração do contrato, o seu conteúdo ou natureza, a origem das correspondentes obrigações, as práticas de mercado e as taxas de juros legalmente permitidas.

O art. 2º do diploma legal torna nulas as cláusulas que visam a garantir tais contratos de mútuo com estipulações usurárias. O art. 3º estabelece a inversão do ônus da prova, a partir da demonstração pelo mutuário da verossimilhança da alegação. Contudo, o brilho da medida, um mecanismo de igualdade e justiça contratuais, é ofuscado pelo art. 4º, o qual perpetua as décadas de privilégios das instituições financeiras (na linha da súmula nº 596 do STF), ao assinalar:

Art. 4º As disposições desta Medida Provisória não se aplicam:

I – às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem como às operações realizadas nos mercados financeiro, de capitais e de valores mobiliários, que continuam regidas pelas normas legais e regulamentares que lhes são aplicáveis;

II – às sociedades de crédito que tenham por objeto social exclusivo a concessão de financiamentos ao microempreendedor;

III – às organizações da sociedade civil de interesse público de que trata a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, devidamente registradas no Ministério da Justiça, que se dedicam a sistemas alternativos de crédito e não têm qualquer tipo de vinculação com o Sistema Financeiro Nacional.

Parágrafo único. Poderão também ser excluídas das disposições desta Medida Provisória, mediante deliberação do Conselho Monetário Nacional, outras modalidades de operações e negócios de natureza subsidiária, complementar ou acessória das atividades exercidas no âmbito dos mercados financeiro, de capitais e de valores mobiliários.

Realmente, ao que parece, tal medida é inapta a reduzir o padrão dos juros a patamares civilizados. Cumpre ao Judiciário, exercendo seu *munus*, promover o acertamento dos casos

concretos, reduzindo aos patamares legais os juros. Como se observou, são muitos e altamente convincentes os argumentos jurídicos (afora os econômicos analisados no capítulo anterior) que determinam a aplicação do limite legal de 12% aos contratos bancários. Resumidamente, são eles:

a) vige a lei nº 1.521/51 a tipificar criminalmente a usura real, do âmbito da qual não se exime a instituição financeira, evidenciando o ilícito civil da lesão enorme, caracterizado sempre que o lucro ultrapassa 20%, mas pode se verificar com um lucro menor por análise do juiz;

b) a lei nº 4.595/64, no seu art. 3º, inciso IX, somente autorizou o CMN a “limitar” a taxa de juros, persistindo a anterior fixação do teto máximo pela Lei da Usura;

c) a delegação de competência ao CMN para regular as taxas de juros é inconstitucional;

d) a possibilidade das instituições financeiras de cobrarem juros acima da taxa que é a máxima para o restante da sociedade constitui numa desigualdade, num tratamento jurídico diferenciado, que não está albergado nos valores constitucionalmente erigidos;

e) ainda mais no âmbito das relações de consumo, em face dos princípios específicos do CDC, não tem lugar no direito a cobrança de juros nos patamares atuais;

f) não há, verdadeiramente, livre estipulação dos juros, ou a clássica autonomia da vontade contratual, porque se trata de contrato de adesão, sendo as cláusulas previamente entabuladas, sem que o cliente mutuário tenha a mínima liberdade em modificá-las, restando-lhe aceitar ou rejeitar em bloco, opção que nem sempre tem em face da necessidade que tem de crédito. Frente a isto, bem como a dispositivos (arts. 1º, 3º, 170) e princípios constitucionais, a ordem jurídica não legitima as taxas de juros abusivas, até extorsivas, praticadas pelos bancos.

CAPÍTULO 3 – LIMITE CONSTITUCIONAL DE 12% DOS JUROS REMUNERATÓRIOS

Feita a análise da questão dos juros remuneratórios à luz do ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional, na qual se concluiu que o direito pátrio não tolera taxa de juros acima de 12% ao ano, cumpre analisar a questão à luz do ordenamento constitucional.

Historicamente, a Constituição de 1.934 já punia a prática usurária no seu artigo 117, encampando o espírito de reordenação econômica que inspirara a Lei da Usura (1.933), após a crise de 1.929. Dispunha o referido artigo:

Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedade brasileira as estrangeiras que actualmente operam no país.

Parágrafo único. É proibida a usura, que será punida na forma da lei.

A vedação foi reproduzida, posteriormente, no texto constitucional das Carta de 1.937, que rezava no seu artigo 142 que *“A usura será punida.”* Também foi inserida a proibição na Carta de 1.946, no artigo 154, que prescrevia no seguinte molde: *“A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei.”*

Segundo estes anseios constitucionais que foi promulgada a lei nº 1.521/51, punindo os crimes de usura real e pecuniária. Posteriormente a lei nº 4.595/64, segundo a interpretação oficial que lhe foi dada, abriria uma brecha nos anseios da Constituição anterior, legitimando a cobrança de taxas até mesmo abusivas pelos bancos, sob o argumento de que, em sendo necessário, o Conselho Monetário Nacional limitaria as taxas, o que, como se sabe, nunca ocorreu. Não que nunca houvesse necessidade, mas sim nunca houvesse limitação. Sobre as Constituições que se seguiram, de 1.967 e 1.969, leciona Márcio Mello Casado:

Essas Constituições, talvez influenciadas pelo infeliz momento político em que o país estava afundado na época, não repetiram a tradicional norma que vedava explicitamente os negócios usurários.

O período que se inicia a partir de 31.03.64 é recheado de abusos e é neste contexto que se dá a edição da Lei 4.595, de 31.12.1964, a qual representa a primeira grande manifestação do poder dos bancos dentro do Brasil, embora tenha sido feita com o pretexto de democratização do crédito no país.⁴⁷³

A Constituição de 1.967 previu apenas a repreensão ao abuso do poder econômico, tipificando o aproveitamento desse poder, não deixando de albergar os diplomas legais anteriores de 1.933 e 1.951. Do mesmo modo dispôs a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1.969, ao estabelecer no art. 160 que *“A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] IV – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros;”*

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1.988 tratou especificamente dos juros remuneratórios das instituições financeiras, estabelecendo em seu artigo 192:

⁴⁷³ CASADO, Márcio Mello. Ob. cit., p. 55.

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: [incisos e parágrafos 1º e 2º]

§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano: a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos em que a lei determinar”

Este dispositivo legal gerou grande polêmica, divergindo a doutrina quanto à aplicabilidade imediata deste § 3º, ou seja, quanto à atual possibilidade de limitação da taxa de juros em 12% ao ano. Num primeiro período predominou, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que o dispositivo não tem eficácia plena e aplicabilidade imediata. Hoje, embora o Supremo Tribunal ainda decida pela negativa, proliferam decisões em primeiro e segundo grau afirmando a aplicabilidade imediata, bem como na doutrina é extensa a lista dos autores que pugnam pela imediata produção de efeitos da norma.

Note-se de princípio que a limitação dos injurídicos abusos bancários é mais profícua no âmbito infraconstitucional, porquanto o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal já firmou sua posição na ADIn nº 4-7/DF⁴⁷⁴, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, julgada em 07/03/1.991 (embora só publicada em 25/06/93). Logo que entrou em vigor a Constituição, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) promoveu uma ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, do ato da Presidência da República que aprovava o parecer SR-70 de 06/10/88, da Consultoria Geral da República, conferindo-lhe caráter normativo. O parecer concluía que a disposição do § 3º do art. 192, da Constituição Federal, que limita os juros, não é auto-aplicável.

O pedido cautelar (ADIMC nº 4-7/DF) foi indeferido unanimemente pelo Tribunal Pleno em 19/10/1.998, rezando a ementa da decisão que era a “*Medida Cautelar indeferida porque não satisfeito, no caso, ao menos o requisito do ‘periculum in mora’*”.⁴⁷⁵ Já a ação foi palco de acirrada discussão na Suprema Corte. Por apertada maioria de seis votos a quatro, a Corte julgou improcedente a ação, proferindo a seguinte ementa, no que interessa:

[...]

6 – Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no “caput”, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu § 3º, sobre taxa de juros reais (12 por cento ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de

⁴⁷⁴ Pode-se ter acesso ao acórdão na íntegra deste julgamento na **Revista Tributária e de Finanças Públicas** – novo título da **Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Tributário**, São Paulo, v. 3, nº 12, p. 243-344, jul/set. 1.995.

⁴⁷⁵ Pode ser acessada a ementa na internet no site www.stf.gov.br.

todas as normas do “caput”, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.

7 – Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria-Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do § 3º sobre juros reais de 12 por cento ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional.

8 – Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos. [ADI-4/DF, julgada em 07/03/1.991, publicada em 25/06/1.993, Relator Ministro Sydney Sanches]

O Relator Ministro Sydney Sanches, em longo e fundamentado voto, considerou que a vedação não é auto-aplicável, sendo seguido pelos Ministros Celso de Mello, Célso Borja, Octavio Gallotti, Aldir Passarinho e Moreira Alves. Votando em seguida ao Relator, inaugurou a posição destoante o Ministro Marco Aurélio, seguido pelos Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard e pelo Presidente Néri da Silveira. O Ministro Sepúlveda Pertence foi declarado impedido por ter atuado nos autos como Procurador-Geral da República, emitindo parecer sobre a medida cautelar.

O acórdão do julgamento é bastante extenso (ocupou cerca de cem páginas da Revista Tributária e de Finanças Públicas⁴⁷⁶) e traz uma rica argumentação, numa acirrada batalha jurídica travada em nosso Supremo Tribunal. Não cumpre destrinchá-lo neste simples esforço monográfico, mas sim realizar um resumido (tendo em vista a infinidade de opiniões e artigos que despontaram a respeito) quadro dos argumentos relevantes, que se apresentam no cenário jurídico brasileiro.

Por sinal, não cumpre gastar tantos esforços, à esta época e neste trabalho, na discussão da auto aplicabilidade do dispositivo por três razões: 1) uma análise séria comportaria um aprofundamento na teoria constitucional que esta breve monografia não comporta; 2) o ordenamento infraconstitucional limita os juros ao mesmo patamar que o dispositivo constitucional; 3) como se apreciará ao final do capítulo, a regra constitucional, ao que tudo indica, será logo revogada por emenda constitucional que tramita no Poder Legislativo.

Desde o início se revela questionável a falta de auto-aplicabilidade do dispositivo sob análise. Primeiro porque o argumento de que a expressão “juros reais” tem uma indestrincável densidade semântica cedeu, frente à larga exposição, após o julgamento da ADIn nº 4-7/DF pela Suprema Corte, por diversos autores, desse conceito usado rotineiramente no meio econômico.

Segundo porque mesmo que o artigo 192 no geral dependa de regulamentação, não se pode olvidar que a regra do § 3º é uma norma negativa, à qual os constitucionalistas costumam reconhecer eficácia plena sempre. De qualquer modo, pelo menos uma mínima eficácia constitucional (recorde-se o princípio pelo qual sempre se deve procurar conferir à norma constitucional a maior eficácia possível) teria o dispositivo, no sentido de vedar a recepção de normas infraconstitucionais anteriores que o contrariem. Assim sendo, as normas da lei nº 4.595, de 1.964, só poderiam ser recepcionadas sendo interpretadas no sentido de que o CMN pode variar a taxa de juros dentro do novo limite que a Constituição impôs.

Terceiro porque é o escopo constitucional da ordem econômica (título da Carta Magna no qual está inserida a regulação do Sistema Financeiro), erigido no art. 170 da Constituição, a “existência digna, conforme os ditames da justiça social”. A par disto, os artigos 1º e 3º da Lei Máxima, no mesmo sentido, operaram uma inversão entre a clássica hierarquia dos valores patrimoniais sobre os existenciais. O intérprete deve estar imbuído desses elementos, considerando o fim que a norma buscou alcançar (art. 170), bem como, no dizer do Ministro Marco Aurélio na ADIn, “deve ter presente o bem social” (art. 1º e 3º). Tendo em vista estes fatores, somado às considerações feitas em capítulos anteriores, é de toda suspeita a conclusão de que o dispositivo constitucional é despido de auto-executabilidade.

Até porque, se são possíveis duas interpretações extremamente coerentes (em hipótese) a respeito de um mesmo dispositivo, como já provou o estudo da filosofia e da argumentação que é possível (pois depende tudo do pressuposto de que se parte, e da lógica ou da totalidade, sistema, em que se insere), a opção deve ser pela técnica jurídica mais imbuída dos valores existenciais humanos, em detrimento dos patrimoniais, pois é a sistemática da Constituição brasileira.

Celso Ribeiro Bastos desenvolve larga argumentação para demonstrar a inaplicabilidade imediata do referido dispositivo.⁴⁷⁷ Em um capítulo de sua obra “A Constituição de 1988 e seus problemas”, desenvolve a argumentação tendo por parâmetro a decisão do STF que entendeu não auto-aplicável o §3º do art. 192.

Para avaliar a aplicabilidade, desenvolve uma apreciação do regime jurídico da lei complementar, já que a decisão do STF fala em unicidade normativa, muito embora só dois

⁴⁷⁶ **Revista Tributária e de Finanças Públicas** – novo título da **Revista dos Tribunais** – **Caderno de Direito Tributário**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 243-344, jul/set. 1.995.

⁴⁷⁷ Expressa sua opinião em duas obras, conduzindo argumentação diversa: BASTOS, C. R. **A Constituição de 1988 e seus problemas**, LTr, São Paulo, 1997, p. 228-241; BASTOS, C. R. MARTINS, I. G. da S. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**, ob. cit., p. 430-445.

dos votos vencedores se refiram à sistematicidade, defendendo os demais o caráter não executável pela razão da densidade semântica da expressão “juros reais” (já os quatro votos vencidos, explícita ou implicitamente, defendem a não sistematicidade do artigo).

São requisitos da lei complementar ser aprovada por maioria absoluta (art. 69. CF), bem como versar sobre matéria que a CF lhe afeta, não sendo exigência a regulamentação completa da matéria constante na norma constitucional que requeira tal lei complementar. Tal óbice só - poderia ser de ordem lógica, como no caso dos juros, que pressupõe cronologicamente a regulamentação completa da ordem financeira.

Alguns itens de lei, com efeito, quando englobados por laços lógicos, devem preceder uns aos outros ou serem pelo menos contemporâneos, como é o caso do art. 192. O que não significa que deva todo o assunto que prescinde da lei complementar ser tratado em uma única lei complementar. Mas, por outro lado, a liberdade do legislador não é também infinita, a ponto de desmembrar o art. 192 em número infinito de normas, já que o tratamento por demais isolado de temas com unicidade lógica acabaria por desvirtuar o fim proposto na Carta Magna.

A escolha do momento para regulamentar a CF, e a maneira, em grande parte, é da alçada soberana do Poder Legislativo. Portanto, a regra geral é a da liberdade normativa, exceto o tratamento unitário que se deve dar ao que é individual do ponto de vista lógico-material.

Entende Bastos que deste modo, a regulamentação prévia, ou ao menos simultânea, do sistema financeiro nacional em geral, à regulamentação dos juros do § 3º, tem suporte lógico material, não sendo requisito para as leis complementares em geral. Reconheceu-se o caráter sistêmico dos diversos elementos do art. 192. Também não seria auto-aplicável, deste modo, uma legislação complementar isolada que tratasse de tal questão dos juros, sem precedência lógica do tratamento do sistema financeiro. E tal foi decidido com relação ao § 3º, tendo em mira este parágrafo especificamente, não havendo a mesma exigência quanto aos outros dispositivos do art. 192. Enquanto não elaborada tal legislação complementar pertinente, vige a lei nº 4595/64.

Demonstra assim Bastos o fundamento, a seu ver, da decisão:

Defrontou-se, aí, o Pretório Excelso, com um caso de grande singularidade, consistente na circunstância de não poderem os juros serem tabelados, se não a partir da regulação do sistema financeiro, do qual o custo do dinheiro não é senão uma decorrência. Há uma inserção sistêmica do preço do dinheiro no seio

da estrutura financeira do país. Em sendo assim, é forçoso admitir-se que as taxas de juros só possam ser determinadas a partir do delineamento desta.⁴⁷⁸

Celso Bastos, em outra oportunidade, na obra conjunta com Ives Gandra Martins, “Comentários à Constituição do Brasil”, ao apreciar o § 3º do art. 192, defende, por outras vias, a inaplicabilidade imediata da regra. A só inserção do dispositivo em artigo que demanda lei complementar já tornaria insusceptível de incidência direta todos os preceitos que o compõem, exceto os que contivessem expressamente determinação em contrário. Leciona que todas as disposições de um artigo são partes do todo, e a princípio se sujeitam a seu *caput*.

Entende o autor que o artigo está na dependência de uma dupla legislação: uma ordinária, que defina o crime de usura, a qual deve ser precedida por uma outra, desta dependendo, que é complementar, que fixe os critérios para definição dos juros reais. Somente a expressão “juros reais” já está a impedir a auto-aplicabilidade, independentemente de interpretação sistemática, porque encerra um grande vazio normativo e semântico. Embora o texto constitucional seja feito para ser aplicado, nem todas as normas constitucionais possuem tal virtualidade.

Ao tratar da matéria, Ives Gandra da Silva Martins, no artigo “Juros Reais e sua Conformação Jurídica”⁴⁷⁹, revela a dificuldade da conceituação do que seriam os “juros reais”, que não engloba só saber se nele estão incluídas comissões e quaisquer remunerações referentes à concessão do crédito. Os juros reais seriam aqueles que se dariam acima da inflação, da correção monetária devida. Mas qualquer margem de erro na medição desta inflação tornaria tais juros irreais. Daí afirmar o autor: “*Em face do exposto, há de se compreender que o conceito de juros reais é de impossível conformação. na doutrina econômica e jurídica, pela impossibilidade real de se medir, ‘sem margem de erro’, a inflação de um país.*”⁴⁸⁰

E, daí, aponta Ives Gandra uma solução:

Em minha opinião, portanto, a melhor forma de se entender o que seriam juros reais no pensamento dos constituintes, isto é, juros acima de uma *inflação medida sem qualquer margem de erro*. seria outorgar ao Banco Central a possibilidade de, utilizando-se de uma cesta de índices de medição (variação cambial, taxa interbancária, índice de preços de mercadorias e de serviços etc.), medir a inflação, veiculando-a por resoluções periódicas, e sobre tal índice composto adicionar o rendimento *real* de 12%.

⁴⁷⁸ BASTOS, C. R. **A Constituição de 1988 e seus problemas**, ob. cit., p. 237.

⁴⁷⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Juros reais e sua conformação jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 635, p. 143-150, set. 1.988.

⁴⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 147.

Há de se considerar ainda que, se a lei complementar adotar um único medidor de inflação que não seja *real*, como, por exemplo, a OTN, que tem sido manipulada na recente história econômica do Brasil, tal lei complementar seria inconstitucional, visto que os juros medidos acima de uma inflação *irreal* seriam *juros irrealis* e a Constituição apenas cuidou de *juros reais*.⁴⁸¹

Data venia a posição do professor Ives Gandra, se há argumento que sustente a densidade semântica da expressão “juros reais”, não é este. Isto porque, conforme apreciado na parte da monografia referente à correção monetária, embora não exista um indicador de desvalorização da moeda universal, podem-se distinguir índices idôneos e índices inidôneos.

Bastaria, então, para a verificação do limite constitucional de 12% de juros reais, verificar que a taxa de juros disposta no contrato não supere em doze por cento a correção monetária apurada pelo índice contratual previsto na convenção, considerado sempre um índice de correção idôneo, ou seja, um índice de preços calculado por uma instituição neutra (como IBGE e FGV).

Se não previsto um índice de correção contratualmente, mas este se encontrar incluído num valor total de “juros nominais”, o cálculo tomaria por base o maior índice idôneo para o respectivo período, com base no princípio civil, comercial, e mais também dos contratos de adesão e do Direito do Consumidor, segundo o qual o contrato é interpretado em prol do devedor.

A este respeito, leciona a ilustre Juíza Rosana Fachin, cujos votos proferidos no Tribunal de Alçada Paranaense apresentam extensa argumentação no sentido da auto-aplicabilidade da norma constitucional, neste trecho destacando o ponto de vista do eminente Barbosa Moreira:

Taxa de juros reais, assim, é a parcela da taxa de juros que excede a taxa de inflação do período em questão. É conceito corredo, empregado e entendido por todos, especialistas e leigos, e presente nos diversos meios de comunicação.

Tal conclusão não escapou à observação minuciosa do mestre BARBOSA MOREIRA que, em palestra proferida na Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro, asseverou:

“Só na hora de interpretar a Constituição é que não se sabe o que é; não se sabe porque não se quer saber. É claro que a taxa de juros reais é tudo aquilo que se cobra, menos a correção monetária. Se sabemos o que é boa-fé, conceito muito mais vago, se sabemos o que são bons costumes, o que é vaguíssimo, se sabemos o que é mulher honesta, para aplicarmos o dispositivo legal que define o crime de estupro, porque é que não podemos saber o que taxas de juros reais? Isso faz parte da tarefa cotidiana do juiz: interpretar textos legais e definir conceitos jurídicos indeterminados; e este aqui não é tão indeterminado. Acho até que é bastante determinado.”(Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In Revista de Processo, editora Revista dos Tribunais, jan/mar. de 1991, n° 61, pag. 196).⁴⁸²

⁴⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 148.

⁴⁸² Apelação Cível n° 143054-4, Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, julgado em 22/11/1.999, Relator Juiz Cristo Pereira. A afirmação faz parte da declaração de voto vencido externada pela ilustre juíza. O acórdão na íntegra pode ser verificado no site www.ta.pr.gov.br.

Na mesma esteira da inaplicabilidade do dispositivo constitucional se coloca Pinto Ferreira⁴⁸³, defendendo a não aplicabilidade frente à densidade semântica da expressão “juros reais”, e à força atrativa da regra do *caput* que remete à lei complementar. Afirma (em 1.994) que a maioria dos autores entende neste sentido, entre eles Celso Ribeiro Bastos, Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito, José Frederico Marques, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Ives Gandra da Silva Martins.

No mesmo sentido se coloca Dornelles da Luz, afirmando existirem irremovíveis problemas de técnica jurídica para a admissão da auto aplicabilidade. Coloca este autor dois óbices. O primeiro da letra do artigo, que afirma que “não poderão”, e não que “não podem”. ou que “fica vedado”. O segundo consiste, a despeito do significado plurívoco de “juros reais”, em se indagar se os juros reais são os juros do repasse bancário, consistentes no “spread”, aquilo que o banqueiro coloca acima do custo de captação, ou são os juros finais, totalidade dos remuneratórios desembolsados pelo cliente. Isso “[...] *porque os juros são reais ou para o cliente ou para o banco.*”⁴⁸⁴

Entende deste modo o autor que se coloca a necessidade da lei complementar, não tendo havido em todos esses anos vontade política do Congresso Nacional em resolver o problema. Enquanto não é deste modo solvido, ficaria o mercado regulador das taxas de juros. Isso porque entende Dornelles da Luz que compete privativamente ao CMN limitar as taxas de juros, descontos e comissões de acordo com o art. 4º da lei 4595/64.⁴⁸⁵ Já discordamos desta tese, entendendo que há limitação aos juros de ordem infraconstitucional.

Do outro lado está a corrente, cujo número de adeptos cada vez mais cresce. que pugna pela aplicabilidade imediata do preceito sob análise. Nela está a sempre relevante opinião de José Afonso da Silva, que merece ser transcrita:

Pronunciamo-nos, pela imprensa, a favor de sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no “caput” do artigo. Todo parágrafo, quando tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo), liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. Veja-se, por exemplo, o § 1º do mesmo artigo 192. Ele disciplina assunto que consta dos incs. I e II do artigo, mas suas determinações, por si, são autônomas, pois uma vez outorgada qualquer autorização, imediatamente ela fica sujeita às limitações impostas no citado parágrafo.

Se o texto, em causa, fosse um inciso do artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas, tendo sido organizado num

⁴⁸³ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**, Saraiva, São Paulo, 1.994, v. 6, p. 568-573.

⁴⁸⁴ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 101.

⁴⁸⁵ Leciona o autor, contrariamente ao que já analisamos, que tal norma diz “quando necessário” porque a intervenção do Estado se dá em havendo necessidade de regulação, por motivos especiais (abusos ou necessidades de política monetária), fazendo-se constante sua presença apenas na vigilância e fiscalização das taxas. Como se não houvesse abusos...

parágrafo, com normatividade autônoma, sem referir-se a qualquer previsão legal ulterior. detém eficácia plena e aplicabilidade imediata. O dispositivo, aliás, tem autonomia de artigo, mas a preocupação, muitas e muitas vezes revelada ao longo da elaboração constitucional, no sentido de que a Carta Magna de 1988 não aparecesse com demasiado número de artigos, levou a Relatoria do texto a reduzir artigos a parágrafos e uns e outros, não raro, a incisos. Isso, no caso em exame, não prejudica a eficácia do texto.

“Juros reais” os economistas e financistas sabem que são aqueles que constituem valores efetivos, e se constituem sobre toda desvalorização da moeda. Revelam ganho efetivo e não simples modo de corrigir desvalorização monetária.

As cláusulas contratuais que estipularem juros superiores são nulas. A cobrança acima dos limites estabelecidos, diz o texto, será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei dispuser. Neste particular, parece-nos que a velha lei de usura (Dec. 22.626/33) ainda está em vigor.⁴⁸⁶

Também Edvaldo Brito defende a auto aplicabilidade do § 3º do art. 192, em seu artigo “O Sistema Financeiro Nacional”.⁴⁸⁷ Entende que o art. 192 tem aplicabilidade imediata, mas não integral. Explica por que a aplicabilidade é imediata: é matéria constitucional sistematizada, já regulada por leis integrativas que gozam da presunção de constitucionalidade, e que devem ser aplicadas em face do princípio da recepção e da eficácia das normas constitucionais.⁴⁸⁸

Assim, as normas que tinham o nível de lei são recebidas com o grau de lei complementar, e as conflitantes são rejeitadas. Na lacuna que as rejeitadas pela nova ordem deixam, e enquanto durar a inércia do legislador ordinário, aplicam-se diretamente as regras do art. 192. Daí concluir pela aplicabilidade imediata do § 3º, até mesmo porque independe do *caput*.

- Abordando a noção de juros, leciona que juros nominais são os que incluem a correção monetária. Daí, “[...] a taxa de juros reais, limitada a 12% (doze por cento), constitui-se no valor de tudo quanto o credor pode exigir do devedor, numa operação de crédito, a título de remuneração do capital objeto do mútuo, ou da venda a crédito, valor esse apurado pela diferença entre os juros monetários ou nominais legalmente permitidos e a taxa de inflação do período.”⁴⁸⁹ A remuneração superior ao limite constitucional, a qualquer título, tipifica a *usura real* da lei nº 1.521/51, perfeitamente admissível como integrativa, por força do § 3º. *in fine*.

⁴⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, 16 ed., Malheiros, São Paulo, 1.999, p. 801.

⁴⁸⁷ CRETELLA Jr., J. MARTINS, Ives Gandra da Silva. RESEK, José Francisco “et al.” **A Constituição brasileira de 1988: interpretações**, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1.988, p. 393-404.

⁴⁸⁸ Estabelece o princípio da eficiência, ou da máxima efetividade, ou da interpretação efetiva, na linha de Canotilho, que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. São *pressupostos* da efetividade da norma constitucional sua validade e a sua eficácia.

⁴⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 404.

Outro defensor da aplicabilidade imediata é Rodrigues Alves. Para este, os juros “São, por assim dizer, o preço do capital, ‘price of money’. Há os juros reais e há os juros nominais. Inexistindo inflação, ambos são conceptualmente coincidentes. Ocorrendo espiral inflacionária, os juros reais correspondem aos juros nominais com dedução da inflação. Noutros termos, no conceito econômico a taxa do juro real é a taxa do juro nominal menos a taxa da inflação.”⁴⁹⁰

Posto isso, entende que a referência do texto constitucional é clara, e tem a regra do § 3º todos os requisitos para sua operatividade imediata. Mesmo que venha uma lei futura declarar determinados conceitos, como o de juro real (havendo controvérsia quanto a esta necessidade), é certo que o limite da taxa de juro no percentual de 12% é insuperável, incontornável, sendo tal regra, neste aspecto fundamental, imperativa e inafastável.

Apesar, contudo, desta nitidez do texto constitucional que torna a regra auto aplicável, ou auto executável, ou “self executing”, segundo Rodrigues Alves prevalece (em 1.996) o entendimento em sentido contrário, inclusive no Supremo Tribunal, pelo qual se exige edição de lei complementar. A partir desta premissa, seria possível argumentar que não havendo lei complementar a instituição financeira tem liberdade para estipular a taxa de juros, segundo o preceito consignado na súmula nº 596 da Colenda Suprema Corte.

Contudo este raciocínio não é correto, prossegue o autor. Enfocada a lei nº 4.595-64 como a lei que integra o espaço da lei complementar, sendo recepcionada, está claro que não é aplicável a súmula nº 596, porque mesmo competindo ao CMN limitar as taxas de juros, descontos e comissões (art. 4º, IX, lei nº 4.595), não poderia, não pode e não poderá exceder o limite da Constituição, em que tem fundamento de validade a lei complementar. E descaberia argumento no sentido de que o texto constitucional alude a uma lei futura. A expressão “nos termos que a lei determinar” se refere à lei penal que definirá o tipo penal (princípio da reserva legal).

Relevante argumento dos que defendem a aplicabilidade plena e imediata da regra é no sentido de que, mesmo que se considere norma programática, a teoria constitucional pugna pela aplicabilidade imediata das normas proibitivas. Ou, mesmo que seja sua eficácia mínima, está a vedar a edição de normas que a contrariem, bem como a impedir a recepção de normas destoantes, salvo se interpretadas consoante a disposição constitucional. Realmente, a não se entender o limite auto-aplicável, “[...] *estar-se-ia a permitir que o legislador ordinário*

⁴⁹⁰ ALVES, V. R. Ob. cit., p. 242.

frustrasse a vontade do constituinte, deixando de aplicar a norma constitucional clara e indiscutível, bastando, para tanto, a não-edição da citada lei complementar, como fez até hoje.”⁴⁹¹

Multiplicam-se na doutrina as posições que admitem a auto-aplicabilidade da regra constitucional. Há um sem-número de artigos que neste sentido se estendem, como os dos Juízes Sérgio Gischkow Pereira⁴⁹², Régis Fernandes de Oliveira⁴⁹³, J. S. Fagundes Cunha⁴⁹⁴, Pedro Luiz Pozza⁴⁹⁵, Carlos Prudêncio⁴⁹⁶, Adair Philippsen⁴⁹⁷ (este último defendendo inovadora tese de declaração incidental da inconstitucionalidade por omissão, e conseqüente aplicação do dispositivo constitucional).

Também se posicionam no sentido da auto-aplicabilidade os autores Nardim Darcy Lemke⁴⁹⁸, Roberto Braga de Andrade⁴⁹⁹, Paulo César Lima Bastos⁵⁰⁰, Ronaldo Ausone Lupinacci⁵⁰¹ e José Reinaldo Coser.⁵⁰²

Afora a doutrina, a jurisprudência pátria, não obstante a posição **externada pela Suprema Corte no julgamento da ADIn nº 4-7/DF (frise-se, por apertada maioria de seis contra quatro), também não é uníssona no tocante à auto aplicabilidade do § 3º do art. 192 da Carta Magna. O Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela guarda da Constituição na estrutura brasileira, decidindo em última instância questões constitucionais, tem revisado inúmeras decisões, conformando-as à sua diretriz formulada em 1.991.**

Observa-se que continuou o órgão vinculado, ao longo dos anos, **àquela matriz**, a exemplo as decisões cujas ementas se seguem:

⁴⁹¹ POZZA, Pedro Luiz. Ob. cit., p. 298.

⁴⁹² PEREIRA, Sérgio Gischkow. A limitação constitucional dos juros reais. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 47, p. 179-194, nov. 1.989.

⁴⁹³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Taxa de juros. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 666, p. 233-235, abr. 1.991.

⁴⁹⁴ CUNHA, J. S. Fagundes. A auto-aplicabilidade do artigo da Constituição federal que limita os juros em 12% ao ano e a inadimplência. **Paraná Judiciário**, Curitiba, v. 39, p. 11-18, jan/jun. 1.992.

⁴⁹⁵ POZZA, Pedro Luiz. Ob. cit.

⁴⁹⁶ PRUDÊNCIO, Carlos. Eficácia da limitação constitucional dos juros reais. In: **www.direitobancário.com.br**, 01/07/2.001.

⁴⁹⁷ PHILIPPSEN, Adair. Limite de juros e inconstitucionalidade por omissão. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 172-178, set. 2.000.

⁴⁹⁸ LEMKE, Nardim Darcy. Ob. cit.

⁴⁹⁹ ANDRADE, Roberto Braga de. A limitação da taxa de juros reais e a revisão constitucional: um golpe de misericórdia? **Revista Tributária e de Finanças Públicas – Novo título da Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Tributário**, São Paulo, v. 3, p. 233-250, mai/jun. 1.993.

⁵⁰⁰ BASTOS, Paulo César Lima. Quem tem medo dos juros de 12% ao ano? **Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas**, São Paulo, v. 9, n. 116, p. 27-28, dez. 1.990.

⁵⁰¹ LUPINACCI, Ronaldo A. Ob. cit.

⁵⁰² COSER, José Reinaldo. Ob. cit.

EMENTA: Constitucional. Juros de 12% ao ano (Art. 192 § 3º, da CF). Norma de eficácia limitada. Precedente. Recurso provido. [RE nº 256383/RS, julgado em 12/09/2.000. Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Nelson Jobim]

EMENTA: Juros reais. Parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal.

- Esta Corte, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4, de que foi relator o eminente Ministro Sydney Sanches, firmou o entendimento, por maioria de votos, de que o parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição não é auto-aplicável, dependendo, portanto, de regulamentação.

- Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário conhecido e provido. [RE nº 285734/RS, decisão de 12.12.2.000. Relator Ministro Moreira Alves]

EMENTA: - Recurso extraordinário. Alegação de ofensa ao § 3º, do art. 192 da Constituição. O acórdão decidiu pela auto-aplicabilidade da norma maior aludida. O Plenário do STF, entretanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4-7/DF, a 7.3.1991, afirmou, por maioria de votos, não ser auto-executável o § 3º, do art. 192, da Lei Magna de 1.988. Recurso extraordinário conhecido e provido, com ressalva do ponto de vista do Relator. [RE nº 226633/RS, decisão de 22/09/1.988, Relator Ministro Néri da Silveira]

TAXA DE JUROS REAIS – LIMITE FIXADO EM 12% A.A. (CF, ART. 192, PAR. 3.) – NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA LIMITADA – IMPOSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO IMEDIATA – NECESSIDADE DE EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELO TEXTO CONSTITUCIONAL – A QUESTÃO DO GRADUALISMO EFICACIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS – APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR À CF/88 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

A regra inscrita no art. 192, par. 3., da Carta Política – norma constitucional de eficácia limitada – constitui preceito de integração que reclama, em caráter necessário, para efeito de sua plena incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado.

O Congresso Nacional desempenha, nesse contexto, a relevantíssima função de sujeito concretizante da vontade formalmente proclamada no texto da Constituição.

Sem que ocorra interpositio legislatoris, a norma constitucional de eficácia limitada não produzirá, em plenitude, as conseqüências jurídicas que lhe são pertinentes.

Ausente o ato legislativo reclamado pela Constituição, torna-se inviável pretender, desde logo, a observância do limite estabelecido no art. 192, par. 3., da Carta Federal. [RE nº 168501/RS, julgado em 28/09/1.993, Relator Ministro Celso de Mello]

Como ressaltado, a jurisprudência nacional (incluindo tribunais estaduais e juízes singulares) não é pacífica neste tema, como mesmo se poderia observar a partir da série de artigos escritos por juízes que retratam a aplicabilidade da disposição constitucional. Como mero exemplo da divergência, assim, as seguintes ementas que retratam julgados de tribunais estaduais que admitiram a auto-aplicabilidade da regra constitucional:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES – EMBARGOS À EXECUÇÃO – JUROS – LIMITAÇÃO – ART. 192, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NORMA AUTO-APLICÁVEL. RECURSO REJEITADO. A norma do artigo 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal, que limita em 12% a taxa de juros, é auto-aplicável, não estando sujeitada a regulamentação por lei ordinária. A cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura. A lei nº 4.595/64, que criou o Conselho Monetário Nacional, conferiu-lhe poderes para limitar as taxas de juro e não para majorá-las. A CF de 88, no art. 48, XIII, determina que é atribuição específica do Congresso Nacional dispor sobre matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações. A Constituição impede delegação de competência exclusiva do Congresso Nacional, princípio básico da organização de poderes. O Ato das Disposições Transitórias, fixou prazo de 180 dias para a validade da legislação infraconstitucional. A partir daí, a lei a ser aplicada para reger o sistema financeiro nacional é a Lei de Usura. A Súmula 596 não tem mais validade, porque editada na vigência da anterior Constituição.

[Apelação Cível nº 0110011-8/01, s/d, Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Relator Convocado Juiz Manasses de Albuquerque]⁵⁰³

EMENTA - EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR JULGADOS IMPROCEDENTES - RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - COBRANÇA DE JUROS ACIMA DO LIMITE LEGAL - INADMISSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO.

Não obstante as reiteradas manifestações do Pretório Excelso, os juros compensatórios devem se conter no limite previsto no art. 192, § 3º, da C.F., que não carece de regulamentação para definição de que sejam juros reais.

A comissão de permanência não pode ser admitida como fator de atualização monetária, como instrumento de defesa anti-inflacionária, posto que, sabidamente, ela é fixada pela taxa de juros de mercado ou pela taxa de juros nominais, abrangente dos juros reais em época de inflação, com o que supera a correção monetária. [Apelação Cível nº 20425, Tribunal de Justiça de Mato Grosso. s.d. Relator Desembargador Orlando de Almeida Ferri]⁵⁰⁴

EMENTA - COMERCIAL – CIVIL – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO – TAXA DE JUROS: 12%, LIMITE CONSTITUCIONAL – ARTIGO 192, § 3º DA CONSTITUIÇÃO: AUTO-APLICABILIDADE A PARTIR DE 06.03.89(ART. 25 ADCT) – LIMITAÇÃO DE TAXA DE JUROS PELO CMN: DELEGAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES: INCONSTITUCIONALIDADE: CF 1946. ART. 76. § 2º – USURA – ANATOCISMO: PROIBIÇÃO.

1. A cláusula contratual que prevê juros acima de 12% ao ano e com capitalização é nula de pleno direito.

2. O tabelamento de juros na constituição, artigo 192, § 3º é disposição completa, de eficácia plena: não necessita de norma regulamentadora.

2.1. A ultratividade consentida constitucionalmente da resolução 389 de 22.09.76 e da resolução 1.064 de 06.12.85 do conselho monetário durou até 03.03.89, por inércia do legislativo.

2.2. A interpretação que permite entender como delegada a competência para legislar ao executivo ou a seus órgãos sobre matéria financeira provoca inconstitucionalidade, porque nenhum poder pode delegar atribuições, art. 76, § 2º da constituição de 1946.

3. A limitação de juros pela lei da usura permanece em vigor(decreto 22.626/33).

3.1. A capitalização de juros (anatocismo) é proibida, mesmo quando especificamente contratada (súmula 121 do STF). [Apelação nº s/n, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, julgado em 16/12/1.999, Relator Desembargador Eduardo de Moraes Oliveira]⁵⁰⁵

- AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO — PEDIDO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS — VIABILIDADE — LIMITE CONSTITUCIONAL — ART. 192, § 3º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — AUTO-APLICABILIDADE — NORMA QUE DISPENSA REGULAMENTAÇÃO, SENDO DE EFICÁCIA PLENA COM INCIDÊNCIA IMEDIATA.

O § 3º do art. 192 da CF é norma auto-aplicável e de incidência imediata, não dependendo de regulamentação por lei complementar. Trata-se de norma autônoma, não condicionada à lei prevista no caput do artigo.

Estabelecida a regra da taxa de juros reais de 12% ao ano, com ou sem lei complementar, os juros não poderão ser superiores a esse limite. A lei a ser elaborada é que estará subordinada ao § 3º do art. 192, e não este subordinado àquela; tudo que prescreverá a lei complementar deverá estar de acordo com a norma constitucional, ou então será inconstitucional.

O limite de juros de 12% ao ano, previsto na Constituição chega a ser elevado diante do atual quadro econômico do país. Não se pode permitir a cobrança de juros excessivos e de forma em que todos são obrigados a aceitar. Fica muito difícil suportar as taxas de juros da maneira em que são praticadas, não podendo o Judiciário ficar omissivo, devendo intervir ainda que se trate de contrato firmado "livremente" entre as partes.

⁵⁰³ **Cadernos do Ministério Público do Paraná**, v. 1, n. 3, Curitiba, dez. 1.988, p. 21-22.

⁵⁰⁴ Extraído da internet no site www.direitobancario.com.br, no item “jurisprudência selecionada em direito bancário”.

⁵⁰⁵ Extraído da internet no site www.direitobancario.com.br, no item “jurisprudência selecionada em direito bancário”.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS — CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL — IMPOSSIBILIDADE.

Conforme remansosa jurisprudência, já sumulada no Superior Tribunal de Justiça, a capitalização dos juros só é permitida nas operações em que a lei expressamente a autoriza, o que incoorre nos contratos de arrendamento mercantil.

TAXA REFERENCIAL — INAPLICABILIDADE, POR NÃO INDICAR A DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA.

Ante o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da utilização da TR como fator de atualização monetária, a matéria já não mais comporta grandes discussões.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR — APLICABILIDADE AOS CONTRATOS BANCÁRIOS — INCLUSÃO NO CONCEITO DE FORNECEDOR DO ART. 3º DA LEI N. 8.078/90.

Os contratos de abertura de crédito, de financiamento, de leasing, e alienação fiduciária estão incluídos no conceito legal de serviços previsto no Código de Defesa do Consumidor. Assim, não há como afastar a incidência da Lei n. 8.078/90 aos contratos firmados pelas instituições financeiras. [Apelação Cível nº 98011495-0, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgado em 10/12/1.998, Relator Desembargador Carlos Prudêncio]⁵⁰⁶

JUROS. Fixada a taxa de juros no limite máximo de doze por cento, em texto expresso da Constituição Federal, a redução a esse limite dos juros cobrados em operações de crédito, é imposição constitucional que dispensa regulamentação para sua imediata aplicação. [Apelação Cível nº 5560/89, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, s/d, Relator Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes]⁵⁰⁷

CÉDULA DE CRÉDITO RURAL, CERCEAMENTO DE DEFESA, DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO, LIMITAÇÃO DE JUROS, SECURITIZAÇÃO, COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, HONORÁRIOS.

[...] 6. Os juros remuneratórios não podem ser superiores a 12% ao ano, quer porque o art. 192 § 3º da Carta Magna é auto-aplicável, quer porque a Constituição Federal (arts. 22, 48, 68, par-1 e 25 ADCT) revogou a legislação anterior que permitia o CMN, via BACEN, dispor sobre a matéria, voltando a prevalecer, desta forma, o dec. 22.626/33 (Lei da Usura), que não foi revogado. [...]. [Apelação Cível nº 0118536-2, Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, julgado em 09/09/98, Relator Juiz Rui Cunha Sobrinho]

Firma esta posição também, a ilustre juíza Rosana Fachin, que sustentando reiteradamente seus lúcidos argumentos no Tribunal de Alçada paranaense, traz à colação mais autores e jurisprudência partidários da tese da auto-aplicabilidade, *verbis*:

RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (RT 666/233), NAGIB SLAIB FILHO (Anotações à constituição de 1988, Rio de Janeiro, Forense, 1.984, p. 335), LUÍS ROBERTO BARROSO (O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades na Constituição brasileira, Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 193), NELSON NERY JÚNIOR (Código de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 5ª ed., São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 526), JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (RF 304/151, RP 61/196), além de farta jurisprudência e dos votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Paulo Brossard e Néri da Silveira (ADIn-4-DF), subscrevem a hipótese da auto-aplicabilidade da presente norma, corrente à qual também nos filiamos.

Também na seara da jurisprudência dos Tribunais Estaduais, cabe mencionar: TAPR (Ap. Civ. nº 43000-4 da 2ª Câm. Cível, in RT 675/188; Ap. Civ. nº 130550-6, e 131665-6, ambas da 4ª Câm. Cível); TARS (Ap. Civ. nº 191024199, da 1ª Câmara Cível, in RT 675/194; Ap. Civ. 192008027, da 7ª Câm.

⁵⁰⁶ Extraído da internet no site www.direitobancario.com.br, no item “jurisprudência selecionada em direito bancário”.

⁵⁰⁷ A íntegra do acórdão consta na revista **A advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas**, São Paulo, v. 9, n. 16, p. 9-16, dez. 1.990.

Cível, in RT 678/184 e Ap. Civ. nº 196009337 da 4ª Câ. Cível, in RT 734/488) e TJSC (Ap. Civ. nº 960006262-9, da 1ª Câ. Cível, in RT 747/137).⁵⁰⁸

Embora a posição da Suprema Corte seja uníssona negando a aplicabilidade do dispositivo em comento, algumas das decisões dos tribunais estaduais acabam por prevalecer, por falta de impugnação específica pela via extraordinária, como se nota em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça. Por exemplo o retratado na ementa que se segue:

COMERCIAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. JUROS. LIMITAÇÃO (12% A.A.). FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL INATACADO. SÚMULA N. 126/STJ – MULTA MORATORIA. 10%

I. “É inadmissível recurso especial, quando o recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” (Súmula n. 126/STJ).

II. Legítima é a cobrança da multa de 10%, prevista no contrato, no caso de inadimplemento da obrigação.

III. Recurso especial conhecido em parte e provido. [RESP nº 279451/GO, julgado em 16/11/2.000, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior]

Visando a solver o problema da falta de regulamentação da norma constitucional, vários mandados de injunção foram interpostos na Suprema Corte, desde que esta definiu a necessidade de edição de lei complementar pelo Congresso Nacional.⁵⁰⁹ Funcionaria o mandado de injunção no caso como remédio ou ação constitucional para tutelar o direito de juros limitados ao patamar de 12%, ante à ausência de norma regulamentadora exigida (no entender da Corte) pela Constituição.

O Pretório Excelso tem deferido os mandados apenas no sentido de notificar o Congresso Nacional da mora legislativa, e sem estabelecer prazo para o suprimento da omissão, sem impor pois sanção alguma, conforme orientação fixada no MI nº 361. Só caberia fixar prazo para suprimento da omissão, entende a Corte, quando o devedor do direito é o próprio órgão público omissor, caso não vislumbrado na questão dos juros, pois quem deve limitar a cobrança a 12% é a instituição financeira, enquanto o órgão omissor é o Congresso Nacional. E entende a Corte que somente o órgão público responsável pela edição da norma, e não o particular, é parte passiva legitimada neste mandado.

⁵⁰⁸ Na declaração de voto vencido da juíza, na Apelação Cível nº 143054-4, do Tribunal de Alçada Paranaense, julgada em 22/11/1.999, Relator Juiz Cristo Pereira.

⁵⁰⁹ Cf. Carlos Roberto Siqueira Castro, que analisa em longo artigo o mandado de injunção especificamente no campo da limitação constitucional de juros. (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, Mandado de Injunção. Limitação da taxa de juros. Eficácia das normas constitucionais programáticas. Considerações acerca do art. 192, § 3º, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política – Novo título = Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 7, n. 26, p. 76-109, jan/mar. 1.999).

Deste modo, o mandado de injunção assume no caso eficácia muito tênue, meramente declarativa, continuando a não explicar seu próprio nome (“mandado”) e a restringir essa garantia estampada no art. 5º, LXXI, da Carta Magna. Por sinal, em entendimento discrepante da maior parte da doutrina... A título de ilustração, seguem-se ementas de julgamentos proferidos em mandados de injunção relativos à limitação dos juros, pela Suprema Corte:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. PRETENDIDA VIABILIZAÇÃO DO DIREITO A JUROS REAIS DE 12% PREVISTOS NO § 3º DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIANTE CONDENAÇÃO DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA À RESTITUIÇÃO DE JUROS E TAXAS PAGOS A MAIS E SUSTAÇÃO DOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO.

Carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Mandado de injunção não conhecido. [MIQO nº 326/DF, decisão de 20/02/1.992. Relator Ministro Célio Borja. Relator para o acórdão Ministro Ilmar Galvão]

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA JURÍDICA – TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192, § 3º) – OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL – FIXAÇÃO DE PRAZO PARA LEGISLAR – DESCABIMENTO. NO CASO – WRIT DEFERIDO EM PARTE.

- A regra inscrita no art. 192, § 3º, da Constituição, por não se revestir de suficiente densidade normativa, reclama, para efeito de sua integral aplicabilidade, a necessária intervenção concretizadora do Poder Legislativo da União. Inércia legiferante do Congresso Nacional.

- O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que, estimulando gravemente a erosão da consciência constitucional, evidencia o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos poderes do Estado. O inadimplemento do dever constitucional de legislar, quando configure causa inviabilizadora do exercício de liberdades, prerrogativas e direitos proclamados pela própria Constituição, justifica a utilização do mandado de injunção.

- Não se revela cabível a estipulação de prazo para o Congresso Nacional suprir a omissão em que ele próprio incidiu na regulamentação da norma inscrita no art. 192, § 3º, da Carta Política, eis que essa providência excepcional só se justificaria se o próprio Poder Público, para além do seu dever de editar o provimento normativo faltante, fosse, também, o sujeito passivo da relação de direito material emergente do preceito constitucional em questão. Precedentes. [MI nº 470/RJ, s/d. Relator Ministro Celso de Mello]

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. JUROS. LIMITE CONSTITUCIONAL DE 12%. AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA DO ART. 192, PAR-3., CONSTITUIÇÃO.

Mora do Congresso nacional reconhecida, para regulamentação do dispositivo. Precedentes.

Mandado de injunção parcialmente deferido para comunicar o Poder Legislativo sobre a mora em que se encontra, cabendo-lhe tomar as providências para suprir a omissão. [MI nº 430/DF, julgado em 26/05/1.995. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Mauricio Correa]⁵¹⁰

Ao que parece, antes de o Supremo Tribunal Federal tomar uma atitude mais séria com relação à mora legislativa do Congresso Nacional, mudando sua posição em relação ao mandado de injunção (o que, ao que parece, é uma questão de tempo, já sustentando o Ministro Ilmar Galvão a possibilidade de limitação da taxa dos juros via mandado de injunção), bem como antes de uma regulamentação da matéria por parte do Congresso

⁵¹⁰ Ver também, tendo o mesmo sentido das ementas transcritas, os mandados de injunção nº 323/DF, julgado em 08/04/1.994. Relator Ministro Moreira Alves, nº 507/SP, julgado em 26/05/1.997. Relator Ministro Néri da

Nacional, esse dispositivo deixará de existir. Se não, o que não faltará serão ataques, pois os banqueiros, financiadores de campanhas, têm um *lobby* forte no Poder Legislativo. Na melhor das hipóteses, serão editadas leis complementares a que se reporta o *caput* do artigo 192 da Constituição, mas sem a necessária regulação dos juros.

Em 12 de maio de 1.999 o Senado aprovava, em primeiro turno, com 67 votos favoráveis, 2 contra e uma abstenção, substitutivo apresentado pelo relator Jefferson Péres a proposta de emenda constitucional (PEC) apresentada por José Serra. O substitutivo abre as portas para a autonomia do Banco Central, retira da Carta Maior o limite das taxas de juros reais, bem como possibilita a regulamentação do sistema financeiro nacional por diferentes leis complementares.

Isto porque a decisão do Supremo Tribunal na ADIn nº 4-7/DF não permitiria a regulamentação do artigo 192 da Carta Política por partes. Passa o art. 192 a vigorar com o seguinte texto: *“O sistema financeiro nacional, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares, que disporão sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”*

A proposta original limitava-se a revogar dispositivos constitucionais, o que poderia gerar o inconveniente de ser o sistema financeiro regulado por leis ordinárias ou até por medidas provisórias. Observe-se o que afirmou o Senador Jefferson Péres, relator da matéria, consoante reportou os “Cadernos do Ministério Público”:

- Conforme o relator da matéria na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, senador Jefferson Péres (PDT-AM), ao modificar o art. 192, o Senado admite que o sistema financeiro nacional é heterogêneo e complexo e que sua regulamentação por uma única lei, como prevê a Constituição, é impossível. Por outro lado, ao suprimir o limite para a taxa de juros, acrescentou, reconhece que “é impraticável” determinar taxas de juros pela Constituição.⁵¹¹

Em 18 de outubro de 2.000, o Jornal Gazeta do Povo trazia uma manchete intitulada “Câmara deve votar emenda que acaba com limite para juros – Taxas anuais de 12% podem ser retiradas da Constituição Federal”.⁵¹² No dia 17 o governo conseguira aprovar na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara a PEC. O relator na CCJ da Câmara foi o deputado Mendes Ribeiro Filho (PMDB – RS).

Silveira, nº 472/DF, julgado em 06/09/1.995, Relator Ministro Celso de Mello, e AGRMI nº 335/DF, julgado em 09/08/1.991, Relator Ministro Celso de Mello.

⁵¹¹ **Cadernos do Ministério Público do Paraná**, v. 2, n. 5, Curitiba, jun. 1.999, p. 31.

⁵¹² **Gazeta do Povo**, Curitiba, 18/10/2.000.

Em 03 de novembro de 2.000 o periódico diário “Valor Econômico”⁵¹³ noticiava que a regulamentação do sistema financeiro entraria na pauta das matérias prioritárias do governo. Observou a notícia que a intenção de estabelecer regras para o sistema financeiro (de acordo com o *caput* do art. 192) foi sendo adiada por temor de que no conjunto fosse aprovada a regra que limita os juros a 12% ao ano. Em 17 de janeiro de 2.001 o “Valor Econômico” transmitia a afirmação do líder do governo na Câmara, deputado Arnaldo Madeira (PSDB-SP), em relação à PEC: “*Essa é uma das prioridades da nossa agenda para 2.001.*”

O mesmo periódico⁵¹⁴, em 22 de janeiro de 2.001, ia ao âmago da questão política, afirmando que “*Sob o ponto de vista jurídico, o 192 não precisa ser modificado para que o Congresso o regule. A mudança só é necessária para dar viabilidade política à regulamentação. Enquanto regulamentar o 192 significa o mesmo que colocar em prática um teto para os juros reais ao tomador de crédito, dificilmente a base governista deixará que a discussão avance. O governo é contra o tabelamento, por entender que ele engessa a política monetária.*” O relator na Câmara, da comissão encarregada da regulamentação do art. 192, Edinho Bez (PMDB-SC), é também um defensor da PEC, entendendo que sem a modificação é impossível levar seu trabalho adiante.

Desde a promulgação da Constituição 45 projetos de lei complementar para regulamentação do sistema financeiro nacional, e dois substitutivos do relator, foram apresentados, sem contudo que nenhum vingasse, consoante informou a secretaria da comissão na Câmara.⁵¹⁵

Em 17 de maio de 2.001 a Câmara de Deputados instalou a Comissão Especial que poderá aprovar a emenda constitucional, seis meses depois de o governo ter definido o assunto como prioritário. A autonomia do Banco Central e o resguardo do limite dos juros conferiria segurança ao mercado financeiro. Seria uma sinalização de segurança aos que investem no mercado brasileiro. O líder do governo na Câmara, deputado Arnaldo Madeira (PSDB-SP), afirmou que a intenção era concluir o assunto para ir a plenário até o fim de junho, mas isto dependeria da conjuntura política. O relator na Comissão Especial é o deputado Rubem Medina (PFL-RJ), que deve manter o texto feito pelo Senado.⁵¹⁶

⁵¹³ Conforme notícia de 03/11/2.000, do “Valor Econômico”, obtida na internet no site do senado federal www.senado.gov.br.

⁵¹⁴ *Ibidem.* conforme notícia de 22/01/2.001.

⁵¹⁵ *Ibidem.*

⁵¹⁶ *Ibidem.* notícia de 18/05/2.001.

Ao que tudo indica, em breve será votada favoravelmente a PEC, retirando o dispositivo tão polêmico da Constituição Federal, o que resfriará o calor da discussão relativa à auto aplicabilidade do § 3º do art. 192 da Carta. O que não implicará a liberação das taxas de juros, que continuará regida pelo ordenamento infraconstitucional.

CAPÍTULO 4 – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS

Capitalização dos juros significa juros compostos, em oposição aos juros simples. Enquanto naqueles os juros se incorporam ao capital ao final de cada período de contagem, nestes tal não ocorre. No caso de se incorporar, a taxa de juro do novo período incidirá sobre o *quantum* de juros do período anterior, porque incide sobre o capital total (capital inicial mais o juro que a ele se “incorporou”). É chamada “capitalização” de juros porque é a “ação” de tornar os juros em “capital”.

Pontes de Miranda afirmava que *“Dizem-se simples os juros que não produzem juros: juros compostos os que fluem dos juros. Se se disse ‘com os juros compostos de seis por cento’, entende-se que se estipulou que o principal daria juros de seis por cento e sobre esses se contariam os juros de seis por cento ao ano’ (= com capitalização anual).”*⁵¹⁷

Bruno Mattos e Silva explana a questão de modo singelo:

O que são juros simples? Juros simples são aqueles que incidem apenas sobre o principal corrigido monetariamente, isto é, não incidem sobre os juros que se acrescenta ao saldo devedor. Vale dizer, assim, que os juros não pagos não constituem a base de cálculo para a incidência posterior de novos juros simples. E o que são juros compostos? Juros compostos são aqueles que incidirão não apenas sobre o principal corrigido, mas também sobre os juros que já incidiram sobre o débito. Como se pode perceber, capitalização dos juros pode, matematicamente, ocorrer mês a mês, semestralmente, ano a ano, etc.⁵¹⁸

Este capítulo se destina a apreciar a possibilidade de se estipular juros compostos, ou capitalização de juros, ou ainda anatocismo, do ponto de vista econômico e jurídico. Primeiramente, é oportuno transcrever uma série de dispositivos legais e súmulas pertinentes:

Código Comercial de 1.850: Art. 253. É proibido contar juros de juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente ano a ano. Depois que em juízo se intenta ação contra o devedor, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros.

⁵¹⁷ MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., v. 24, p. 32.

⁵¹⁸ MATTOS E SILVA, Bruno. Anatocismo legalizado: a medida provisória beneficia as já poderosas instituições financeiras. In: www.direitobancario.com.br. 01/07/2.001.

Código Civil de 1.916: Art. 1.262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização.

Decreto-lei nº 22.626/1.933 (Lei da Usura): Art. 4º É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta-corrente de ano a ano.

Decreto-lei nº 167/1.967 (Títulos de Crédito Rural): Art. 5º As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros as taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar e serão exigíveis em 30 de junho e 31 de dezembro ou no vencimento das prestações, se assim acordado entre as partes; no vencimento do título e na liquidação, por outra forma que vier a ser determinada por aquele Conselho, podendo o financiador, nas datas previstas, capitalizar tais encargos na conta vinculada a operação. Parágrafo único. Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano.

Decreto-lei nº 413/1.969 (Títulos de Crédito Industrial): Art. 5º As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros e poderão sofrer correção monetária às taxas e aos índices que o Conselho Monetário Nacional fixar, calculados sobre os saldos devedores da conta vinculada à operação, e serão exigíveis em 30 de junho, 31 de dezembro, no vencimento, na liquidação da cédula ou, também, em outras datas convencionadas no título, ou admitidas pelo referido Conselho.

Parágrafo único. Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano.

Art. 14. A cédula de crédito industrial conterà os seguintes requisitos, lançados no contexto: [...] VI – Taxa de juros a pagar e comissão de fiscalização, se houver, e épocas em que serão exigíveis, podendo ser capitalizadas.

Lei nº 6.840/1.980 (Títulos de Crédito Comercial): Art. 5º Aplicam-se à Cédula de Crédito Comercial e à Nota de Crédito Comercial as normas do Decreto-lei nº 413, de 9 de janeiro de 1969, inclusive quanto aos modelos anexos àquele diploma, respeitadas, em cada caso, a respectiva denominação e as disposições desta Lei.

Medida Provisória nº 2.160-23, de 28 de junho de 2.001 (a primeira da série foi a nº 1.925 – Cédula de Crédito Bancário): Art. 3º [...] § 1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados: I – os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação.

Medida Provisória nº 2.170-34, de 28 de junho de 2.001 (a primeira da série que previu a capitalização – as anteriores não previam – foi a nº 1.963-17, de 30 de março de 2.000): Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Súmula nº 121 do STF: É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

Súmula nº 93 do STJ: A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.

Num ligeiro retrospecto histórico, antes de se passar à essência da questão, observa-se que o Código Comercial não admitia a capitalização, com exceção da anual em conta-corrente. O Código Civil brasileiro individualista e patrimonialista do início do século, externando em mais um ponto sua postura liberal, permitiu a livre pactuação do anatocismo. Contudo, foi revogado neste aspecto pela Lei da Usura, que pretendeu ceifar os excessos e abusos praticados na cobrança de juros. Em caráter excepcional admitiu a mesma regra

permissiva que já estabelecera anteriormente o Código Comercial, a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos de conta-corrente ano a ano.

Como leciona Roberto Rosas, a interpretação da Lei da Usura não foi pacífica, mas entendeu a Suprema Corte que ela proibiu o anatocismo ainda que expressamente estipulado, firmando seu entendimento na súmula nº 121, acima transcrita. Assevera o autor que *“Vários juristas interpretaram o citado diploma como não proibindo a capitalização quando expressamente estipulada (Camilo Nogueira da Gama, ‘Penhor Rural’, 2ª ed., n. 38). Contra essa opinião opõe-se o Min. Orosimbo Nonato, alegando que a vedação se caracteriza (RE 17.785). Em vários julgados a Corte ratificou a Súmula 121: ‘RTJ’ 92 1.341, 89 608 e 99 854.”*⁵¹⁹

Embora o Supremo Tribunal tenha decidido que a lei nº 4.595/64 derogou a Lei da Usura no tocante ao limite da taxa de juros para instituições financeiras (súmula nº 596), a Lei de Reforma Bancária não derogara a Lei da Usura no tocante à proibição da capitalização de juros. Somente seria possível a capitalização quando lei especial a permite, como as leis que disciplinam o crédito rural, crédito industrial e crédito comercial, desde que seja também pactuada (lei que permita é requisito necessário mas não suficiente). Nesse sentido vem decidindo atualmente o Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode notar a exemplo nas ementas que se seguem:

DIREITOS COMERCIAL E ECONÔMICO. FINANCIAMENTO BANCÁRIO. JUROS. TETO DE 12% EM RAZÃO DA LEI DE USURA. INEXISTÊNCIA. LEI 4.595/64. ENUNCIADO DA SÚM. 596/STF. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. EXCEPCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. ENUNCIADO DA SÚM. 282/STF.

I – [...]

II – Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por Lei específica, a capitalização de juros se mostra admissível. Nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela Lei 4.595/64 o art. 4º do DEC 22.626/33. O anatocismo, repudiado pelo verbete da Súm. 121/STF, não guarda relação com o enunciado da Súm. 596 da mesma Corte.

[...] [RESP nº 164935/RS, decisão de 16/06/1.998, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira]

MÚTUO BANCÁRIO – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO – TAXA DE JUROS – LIMITAÇÃO – CAPITALIZAÇÃO MENSAL – PROIBIÇÃO – PRECEDENTES.

[...]

II – A capitalização dos juros somente é permitida nos contratos previstos em lei, entre eles as cédulas e notas de créditos rurais, industriais e comerciais, mas não para o contrato de mútuo bancário.

III – Precedentes.

IV – Recurso conhecido e provido. [RESP nº 176322/RS, decisão de 23/02/1.999, Relator Ministro Waldemar Zveiter]

COMERCIAL. CARTÃO DE CRÉDITO. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). APLICAÇÃO DO CDC. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283 DO STF. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 121-STF.

⁵¹⁹ ROSAS, Roberto. Ob. cit., p. 55.

- I. Inatacado o fundamento do acórdão abusivo à aplicação do CDC para limitar os juros a 12% a.a., a admissibilidade do recurso especial encontra óbice na Súmula n. 283 do STF.
- II. Nos contratos de cartão de crédito, ainda que expressamente pactuada, é vedada a capitalização mensal dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula n. 121-STF.
- III – Recurso especial não conhecido. [RESP nº 302893/RS, decisão de 19/04/2.001, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

LEASING FINANCEIRO. Valor residual. Pagamento antecipado. TR. Juros. Limite.

[...]

- Aplicação da Súmula 121/STF para excluir a capitalização dos juros.

[...] [RESP nº 188145/RS, decisão de 06/05/1.999, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar]

Crédito industrial. Capitalização mensal de juros. Admissibilidade, desde que pactuada, em vista do disposto nos artigos 5º e 14, VI do Decreto-Lei 413.

[...] [RESP nº 101483/RS, decisão de 21/02/2.000, Relator Ministro Eduardo Ribeiro]

Recurso especial. Embargos à execução. Cédula de crédito à exportação. Capitalização mensal dos juros. Juros de mora.

1. Regida a cédula de crédito à exportação pela Lei nº 6.313/75, que determina a aplicação do Decreto-lei nº 413/69, tem-se que a capitalização mensal, quando pactuada, é permitida e que os juros, no caso de inadimplência, poderão ser majorados em até 1% ao ano.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. [RESP nº 219175/RS, decisão de 13/02/2.001, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito]

Recentemente, uma medida provisória, reeditada em 28 de junho de 2.001 sob nº 2.160-33, dispoñdo sobre a Cédula de Crédito Bancário, que “[...] é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade” (art. 1º, MP nº 2.160-23/2.001, atual da série iniciada com a MP nº 1.925), permitiu o pacto de capitalização dos juros neste título executivo específico.

Comentando a medida provisória, Nelson Lacerda se posiciona do seguinte modo:

Chamamos a atenção para o significado dessa MP, pois sua adoção amplia o poder das instituições financeiras e poderá causar prejuízos à sociedade. A MP define a cobrança de juros sobre dívidas, capitalizados ou não. A prerrogativa “capitalizados” derruba o princípio legal sedimentado desde 1850, no Código Comercial, na Lei de Usura, nos julgados do Supremo Tribunal Federal e na Constituição Federal, e quebra a hierarquia dos poderes. Se utilizada a prerrogativa em questão, o valor a ser pago quase dobra, senão vejamos tomando exemplos. Juros lineares a uma taxa de 10% ao mês: em 12 meses, sobre a dívida incidem juros anuais de 120%. Juros capitalizados: considerada a mesma alíquota de 10%, chegamos a 213% ao ano sobre o principal.[...]. Ao autorizar bancos a emitir CCB que, “(...) junto com a planilha ou extrato de conta corrente de juros, multas (...)”, é título executivo extra judicial e representa dívida em dinheiro certo, líquido e exigível, passa a ser válido seu lançamento como débito unilateral na conta corrente, sem consentimento do cliente. No Brasil, somente o poder público tem esta prerrogativa, que se aplica unicamente quando se trata de Dívida Ativa da União, de Estados e dos Municípios. Vista sob esse prisma, a MP 1925 concede soberania cabível somente ao Estado; logo, estamos falando de poderes inconstitucionais.[...]. Neste caso específico da MP 1925, gerando benefícios a um segmento da economia que, diferente de outros importantes setores produtivos, fechou o ano com grandes lucros decorrentes dos altos juros praticados, tornando o setor financeiro co-responsável pela crise econômica e ingovernabilidade do país. Esta MP é prova de que o governo

encontra-se refém do sistema financeiro. Cabe à sociedade brasileira não permitir que o desmando se concretize e esta MP seja negada. É o que se espera do Congresso.⁵²⁰

A Procuradora da República do Distrito Federal Valquíria Oliveira Quixadá Nunes, abordando também o referido diploma, assim se pronunciou:

A Medida Provisória nº 1.925, de 14.10.99, demonstra a conivência do Poder Executivo com os bancos para legalizar a prática do anatocismo, cobrança de juros sobre juros. A medida cria um novo título de crédito que dá aos banqueiros um rito célere contra a população endividada em detrimento do princípio da ampla defesa.

[...]

A medida provisória prejudica os correntistas das instituições financeiras. Depois de anos de luta, quando o Poder Judiciário repeliu o anatocismo e o Banco Central nunca puniu os bancos, o governo legaliza essa prática usuária e ainda amplia o poder de execução dessas instituições, com a alteração da Lei da Usura, que veda a prática do anatocismo, por constar no art. 4º da lei ser "proibido contar juros dos juros".

A jurisprudência assentada no STF, no STJ e nos TRFs demonstra a validade da proibição da Lei da Usura. A proibição da capitalização dos juros nos contratos de empréstimo, a exemplo do cheque especial, financiamentos para habitação etc. ficou clara. No entanto, quando os bancos se viram derrotados, saíram desesperados em busca de socorro ao governo, que prontamente os atendeu.

Aliás, para tutelar os interesses dos banqueiros, o governo não se importou nem com os demais poderes, interferindo diretamente na competência do Poder Legislativo, com a edição de medida provisória sobre a matéria, e ainda desrespeitando e afrontando o Poder Judiciário, que, com o repúdio categórico ao anatocismo, tentou fomentar em seus julgamentos o resgate do equilíbrio na relação cliente banco, já tão prejudicada com as abusivas taxas de juros praticadas, e que fica agora perdida com a imposição, pelo governo, da extorsiva cobrança de juros sobre juros.

[...]

A legalização do anatocismo, previsto no art. 3º da Medida Provisória nº 1.925 é um acinte aos tribunais e aos consumidores. Além disso, a medida provisória dá aos bancos um rito especial de cobrança. As vítimas de Sérgio Naya vão esperar vários anos, os bancos recuperarão seus créditos em 90 dias, violando totalmente o direito de defesa dos devedores.⁵²¹

Também recentemente vem sendo reeditada outra medida provisória, atualmente sob nº 2.170-34 (edição de 28 de junho de 2.001), que "dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências". Mais drástico, este diploma legal no seu art. 5º permite a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, em todas as operações realizadas pelas instituições financeiras.

A primeira edição da medida em que o artigo tem esta redação, que permite a capitalização, é a medida provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2.000, publicada no Diário Oficial de 31 de março de 2.000. Deste modo, a partir desta data estaria completamente liberada para as instituições financeiras a pactuação da capitalização de juros.

⁵²⁰ LACERDA, Nelson. Medida provisória 1.925 aumenta juros e poderes dos bancos. *In: www.direitobancario.com.br*, 01/07/2.001.

⁵²¹ NUNES, Valquíria Oliveira Quixadá. A proibição do anatocismo. *In: www.direitobancario.com.br*, 01/07/2.001.

Afora não se detectar relevância alguma, ou urgência alguma, nesta norma sob forma de “medida provisória”, requisitos que esta deveria conter, ela estatui preceito evidentemente discriminatório ao restringir a possibilidade exclusivamente à instituição financeira, sendo evidentemente inconstitucional.

A Gazeta do Povo de 12 de abril de 2.000 trazia a manchete “Medida benéfica bancos e afeta as pessoas que pagam empréstimos”, logo em seguida reportando o artigo “Governos autoriza cobrança de juros sobre juros – Financiamento de imóvel e cheque especial ficam mais caros”, de Mirian Gasparin de Oliveira. Logo após a “chamada”, reportava a autora que *“Mais uma vez o lobby dos banqueiros funcionou e o consumidor sai prejudicado. No dia 31 de março, praticamente na surdina, o governo federal editou medida provisória autorizando os bancos a cobrarem juros sobre juros em financiamentos habitacionais, cheque especial e em contratos com prazo inferior a um ano.”*⁵²²

Noticiava o artigo que várias liminares já haviam sido concedidas por juizes das Varas Cíveis de Curitiba, impedindo a cobrança de juros sobre juros, bem como que a Andif (Associação Nacional dos Devedores de Instituição Financeira) já estava tomando providências judiciais.⁵²³ Carlos Alberto Etcheverry, Juiz de Direito no Rio Grande do Sul, acompanhando a medida, asseverou em seu artigo “Capitalização de Juros”:

Como a manobra foi prontamente detectada, o Instituto Brasileiro de Direito Bancário enviou um pedido de encaminhamento de emenda supressiva ao senador Pedro Simon, que aceitou o encargo. Paralelamente, o Partido Liberal, em ação direta ajuizada há alguns dias, pleiteia a decretação da inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal.

O diretor jurídico da Federação Brasileira das Associações de Bancos - Febraban, negou a acusação de que o dispositivo legal resulte de lobby das instituições financeiras, creditando-a inteiramente ao Banco Central. Mas também ele achou inusual a iniciativa, afirmando que teria sido preferível que a mudança fosse feita por lei ordinária, de forma a “não dar a impressão de que foi feita às escondidas.” (Gazeta Mercantil, 07.04.2000, pág. A-17).

Em sua defesa, o Banco Central argumentou que não tinha cabimento editar uma medida provisória somente sobre este tema e que a medida serviu “para trazer racionalidade às regras de captação e empréstimos”. Este último argumento até faria sentido se, como afirmou o diretor de política monetária do Banco Central, houvesse a necessidade de se dar o mesmo tratamento aos investidores e a quem recebe empréstimos, a exemplo do que ocorre no resto do mundo. Mas, como lembrou o vice-presidente da Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade, dada as taxas de juros aqui praticadas, a capitalização tem efeitos muito mais graves.

[...]

Enxertando a regra sob exame em uma medida provisória que não tem qualquer relação com o sistema financeiro, existiriam boas chances de não chamar a atenção. Com uma vantagem adicional: a cobrança de juros compostos, tal como vedados na Lei de Usura, ficaria legitimada desde logo e até que os legisladores examinassem a medida provisória, que poderia ser reeditada ad infinitum, já que parece consolidado o entendimento de que o parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal - segundo o qual ela perde a eficácia se não convertida em lei no prazo de trinta dias - não diz o que diz.

⁵²² OLIVEIRA, Mirian Gasparin de. Governos autoriza cobrança de juros sobre juros – financiamento de imóvel e cheque especial ficam mais caros. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 12/04/2.000.

⁵²³ *Idem, ibidem*.

Como os critérios para aferir outros requisitos autorizadores do uso desse mecanismo legal - relevância e urgência - possuem uma elasticidade simplesmente inacreditável, nada haveria a temer se examinada a questão sob o aspecto jurídico. Claro, o mesmo observador referido anteriormente poderia afirmar que ao menos a relevância estaria presente, arrematando, em tom irônico, com a pergunta: mas para quem?⁵²⁴

A este respeito, Bruno Mattos e Silva afirmou:

Para edição de uma medida provisória, nos termos da constituição, existe a necessidade da questão ser relevante e urgente.

No caso em tela, a questão é, sem dúvida alguma, relevante. Justificaria a edição de uma medida provisória sobre o tema. Causa perplexidade, contudo, que a medida provisória tenha trazido regra mais benéfica para as já poderosas instituições financeiras!

[...]

No tocante ao outro requisito para a validade de uma medida provisória, não parece ser urgente a liberalização total do anatocismo: os bancos já são muito ricos e podem muito bem praticar o anatocismo apenas anualmente e devolver o dinheiro dos juros cobrados a maior, em razão de uma deliberada e consciente violação da Lei de Usura.

Isto é, o teor da medida provisória não é urgente para os interesses da sociedade: urgente ele é, porém, para os bancos, com inúmeras ações, contestando a ilegalidade do anatocismo, sendo julgadas procedentes, a mudança da legislação!

Contudo, dificilmente o STF irá proclamar a ilegalidade da referida medida provisória, em razão de falta do requisito de urgência.⁵²⁵

Analisado o panorama legislativo atual da capitalização de juros, cumpre estudá-la sob as óticas econômica e jurídica. Aqui também as opiniões divergem, havendo tanto quem propugne a capitalização dos juros de acordo com a taxa estabelecida, com o tempo de sua contagem, e quem defenda a não capitalização. Exponha-se, em primeiro lugar, aquela opinião, mais recente, que acompanha as atuais medidas legislativas, vindo contrariar o entendimento majoritário sedimentado no outro sentido.

Os autores Cançado e De Lima⁵²⁶ entendem que a súmula n° 121 da Colenda Suprema Corte não se aplica às instituições financeiras. Lecionam que deve ser harmonizada com a súmula n° 596 do mesmo Tribunal, e também com a súmula n° 93 do STJ. Esta última súmula reconhece a existência de reserva legal com relação à capitalização de juros sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial, ironicamente atingindo as “classes produtoras”, exatamente quem a LU objetivava proteger da “remuneração exagerada” do capital.

Lecionam os autores que a orientação jurisprudencial é no sentido de ser vedada a capitalização de juros em período inferior a um ano para todos os segmentos (seja instituição financeira ou não), sendo contudo permitida a capitalização anual de juros contratuais,

⁵²⁴ ETCHEVERRY, Carlos Alberto. Capitalização de juros. In: www.direitobancario.com.br. 01/07/2.001.

⁵²⁵ MATTOS E SILVA, Bruno. Ob. cit.

⁵²⁶ CANÇADO, R. W. LIMA, O. C. De. Ob. cit., p. 49-54.

compensatórios e moratórios para todos os agentes econômicos. A lei nº 4.595/64, neste tocante, em nada alterou a Lei da Usura, que repetiu o Código Comercial.

Há, no dizer dos dois autores, uma interpretação extensiva, e de acordo com os fins da lei, para o que seja “contrato de conta corrente” do art. 4º da LU e do 253 do Código Comercial, já que estes dois diplomas não estabelecem em qualquer de seus dispositivos distinção de tipo ou modalidade contratual, abrangendo então quaisquer saldos contratuais, que evoluam ao longo do tempo, tendo sido tal entendimento corroborado pelo STJ e STF. A capitalização em período inferior, como semestral, só é permitida quando há lei especial que com isso expressamente consinta (como os decretos-lei nº 167/67, no tocante à cédula de crédito rural, nº 413/69, no tocante à cédula de crédito industrial, e lei nº 6840/80, no tocante à cédula de crédito comercial).

No mesmo sentido dos autores acima, e por eles citado, está o prof. Humberto Theodoro Júnior⁵²⁷, que ressalva que só incidem tais capitalizações quando as partes expressamente pactuarem no contrato de financiamento. Não há vedação da Lei da Usura para isso, e a Lei Bancária não a alterou.

Cançado e De Lima procuram demonstrar que a proibição da capitalização dos juros decorreu de uma confusão entre as expressões “contar juros de juros” e “capitalização de juros”, defendendo a possibilidade da capitalização em qualquer período, de acordo com a referência temporal constante na própria taxa de juros.⁵²⁸ “Contar juro de juro”, explicam, significa uma cobrança de juros sobre uma parcela de juros não disponível para o mutuário, pois cobrada quando ainda não vencido o prazo do mútuo. Já a “capitalização do juro” significa integrar o juro ao capital, ao fim de cada período.

Ilustrando a diferença, num empréstimo de \$ 1.000,00, a uma taxa de juros de 25%, se o mutuante creditar ao mutuário \$ 750,00, estará cobrando juro de juro, o que não estará fazendo se entregar \$ 800,00. Isto porque $800 + 25\% = 1000$. O juro referente à taxa de juro de 25% de \$ 1000,00 é \$ 200,00. Se entregar somente \$ 750,00, significa que estará cobrando sobre o juro não vencido (200), juros (50), porque $200 + 25\% = 250$. É a contagem de juro sobre juro que é vedada. A capitalização, diversamente, é a mera incorporação do juro ao capital, ao final do período decorrido, no qual o capital ficou à disposição do mutuário.

Na linha desses autores, ainda, a não capitalização dos juros contraria prática internacional, obstruindo a inserção do país no processo de capitalização. Argumentam

⁵²⁷ *Idem, ibidem*, p. 56-60.

também que se é possível dar em mútuo os juros já vencidos, como admite a doutrina⁵²⁹, boa parte dos doutrinadores conferem tratamento jurídico diverso a situações iguais. Um contrato de mútuo de juros de 6% ao mês, de vigência de 1 ano, recebe por uma parte da doutrina tratamento jurídico diverso daquele em que há doze contratos sucessivos de mútuo mensais (no período de 1 ano, pois), com a mesma taxa de juros, conferindo o mutuante ao final de cada mês, ao mutuário, em mútuo, a quantia inicial do período mais os juros do período (o que é equivalente à capitalização).

Ressaltam os autores que essa diversidade de tratamento jurídico é absurda, ferindo inclusive o princípio da isonomia. Além disso, sustentam que a capitalização é um imperativo matemático-financeiro e sua não incidência contribui com conceitos jurídicos contraditórios. A não ocorrência da capitalização favorece o devedor em detrimento do credor, porque (procuram demonstrar que) a taxa de juro, não ocorrendo capitalização, tende a zero com o passar dos períodos.

Para demonstrar isto, partem os autores da premissa de que o dinheiro do capital e o dinheiro dos juros “jamais foram carimbados como tais”. Os juros, defendem, incorporam-se ao capital no ato do pagamento, tanto que se ocorrer novo empréstimo imediatamente, será só de capital, e não de capital mais juros. Ambos “são dinheiro”. Afirmam os autores: “*‘Desta forma, pode-se dizer, figurativamente, que os juros deslocam-se da rubrica de ‘juros’ para a rubrica ‘capital’, transformando-se em capital’. Neste passo ‘ocorre a ‘capitalização’ dos juros, e a partir daí eles não são mais juros, mas capital.*”⁵³⁰

A taxa de juro é sempre o quociente do valor do juro de um período, como numerador, e do valor do capital no início do período, como denominador. O percentual se adquire pelo artifício da multiplicação por 100. E a taxa sempre se refere a um período de tempo, o qual é indicado em seguida ao número percentual com a fórmula “a.d.”, “a.m.”, ou “a.a.”, que

⁵²⁸ *Idem. ibidem.* p. 61-82.

⁵²⁹ Também entendem ser tal possível outros autores, como: Carvalho de Mendonça, em ob. cit., p. 308, e nota 2 (“[...] tão condenável é que se acumulem ao capital juros vencidos – ‘anatocismus conjunctus’ – como se os calculem como capital a parte ‘anatocismus separatus’.”); e Pontes de Miranda, ob. cit., v. 24, p. 47 (“Não há anatocismo, nem proibida capitalização de juros, se o credor recebe os juros e empresta, de novo, a quantia recebida, parte, ou mais do que ela. Com o recebimento, os juros deixam de ser acessórios – portanto deixam de ser juros [...]”). Fran Martins, em ob. cit., p. 310, entende que não constitui anatocismo “[...] convencionar que juros vencidos e não pagos sejam capitalizados, passando a ser cobrados juros a partir da capitalização, pois, no caso, o que realmente se verifica é o aumento do montante do capital emprestado com a importância dos juros vencidos.”

⁵³⁰ CANÇADO, R. W. LIMA, O. C. De. Ob. cit., p. 65.

indicam a unidade de tempo ao fim da qual os juros são contados e, segundo os autores, devem ser incorporados ao capital.

Tal indicação já traria ínsito o período ao fim do qual as partes acordam com a capitalização, chegando a afirmar os autores, à luz da doutrina matemática, que “[...] *ante a definição de ‘taxa de juros’ (acima reproduzida), pode-se dizer que ela não existe, menos ainda taxa liberada de juros, se não se acolhe o princípio da periodicidade de sua capitalização.*”⁵³¹

Procura a dupla, então, demonstrar que a taxa de juros, não ocorrendo capitalização, tende a zero. Mas isso só é admissível porque partem da premissa (não aceita por outros tantos autores, como se verá) de que o juro se incorpora ao capital. Deste modo, se se empresta \$ 1.000,00, à taxa de 6% ao ano, para um período de 3 anos, não ocorrendo capitalização o capital renderá três parcelas de \$ 60,00.

Contudo no segundo ano a quantia à disposição do devedor não é apenas \$ 1.000,00, mas é \$ 1.060,00⁵³², de modo que a cobrança sem capitalização, sendo efetuada novamente em meros \$ 60,00, significa uma diminuição da taxa de juros para 5,66% a.a. No terceiro ano, a quantia de que o devedor efetivamente dispõe é de \$ 1.120,00 de modo que a cobrança dos 60,00 significa mera taxa de 5,36%, diversamente da taxa inicial de 6%.

No caso de inadimplemento do devedor, a tempo indefinido, e períodos indefinidos, *ad infinitum*, a taxa de juros compensatórios continuaria diminuindo, tendendo a zero. Tal significaria efetiva perda para o credor, em benefício do devedor, porque qualquer aplicação financeira, mesmo a mais segura e conservadora delas, em que os juros são capitalizados mensalmente, com o passar do tempo passaria a render mais vantagem ao credor.⁵³³

Deste modo, afirmam os autores que, no sistema de juros não capitalizados, “[...] *matematicamente, a taxa anual de juro tende a zero com o decorrer dos anos, descaracterizando-a como unidade de medida do rendimento ou do custo do capital. Em conclusão, pode-se afirmar que, em termos econômicos, a imposição de juro não capitalizado somente é tolerável quando a taxa anual de juro e o tempo decorrido são extremamente*

⁵³¹ *Idem, ibidem*, p. 71.

⁵³² Outra premissa muito discutível, pois isto não é necessariamente verdade, como também conduziria, em última análise, e exagerando, à necessidade de capitalizar todo o dia, ou até mesmo toda a hora e todo o segundo, considerando que a cada fração de tempo (qualquer) o dinheiro emprestado irá render juros na mesma proporção, entre uma unidade fracional de tempo escolhida e o tempo total previsto do empréstimo.

⁵³³ Além disso, defendem os autores que sendo o credor um banco, ele tem um custo de captação do recurso que empresta, e responde por tal recurso, mesmo em simples caderneta de poupança, com capitalização mensal.

*reduzidos, pois nestes casos a diferença no valor dos juros não tem expressão econômica significativa.*⁵³⁴

Logo, a expressão “taxa de juros de X% ao período n” significa, em termos de matemática financeira, que a cada período “n”, deve-se agregar ao capital inicial do período “n” o valor do juro, o valor de “x” para cada 100 de capital. E para não haver a capitalização deve-se acrescentar à expressão matemática o comando “não capitalizado”, “juro simples”, ou “juro pelo método hamburguês” (vários autores de matemática financeira equivalem esta última expressão àquelas).

Concluem Cançado e De Lima no seguinte sentido:

Em todo caso salvo disposição contratual formal em sentido contrário [grifo nosso], a capitalização dos juros é expressamente autorizada em base anual, para todos os agentes econômicos e, com menor periodicidade, nos casos previstos em Lei, para as instituições financeiras. Contudo, de lege ferenda, ou por construção pretoriana, o ideal seria que a periodicidade de capitalização pudesse ser estabelecida livremente por contrato, em quaisquer hipóteses, tanto por razões matemáticas, como de conveniência comercial como, finalmente, no caso brasileiro, por medida de justiça, posto que, em uma economia inexoravelmente globalizada (sente-se que pode haver alterações no processo de globalização, mas não nela, propriamente dita), não pode haver mais espaço para a manutenção de privilégios setoriais⁵³⁵, nem para persistência de artificialismos.⁵³⁶

No mesmo sentido, embora entenda que sempre a capitalização anual ou em período menor (quando lei permitir) se dá somente com convenção expressa, mostra-se Humberto Theodoro Júnior, citado pelos autores acima. É o sentido do seguinte trecho de um parecer seu:

De lege ferenda, se me afigura razoável deixar-se, dentro de parâmetros mais flexíveis, o problema dos períodos de capitalização de juros para a livre convenção das partes, ou mesmo fazê-la confundir com o simples enunciado da taxa de juros aplicável (anual, mensal, diária), como aliás, parece prevalecer no direito comparado e recomendar a técnica econômica e matemática. Mas, enquanto permanecerem em vigor o Código Comercial, o Código Civil e a Lei da Usura, não há como generalizar aquilo que tradicionalmente se vê como estrita exceção à regra de somente ser admissível a capitalização anual.⁵³⁷

Dornelles da Luz, do mesmo modo, mostra-se favorável à capitalização dos juros. A posição da Lei da Usura e do Código Comercial espelha uma época em que havia fontes de captação de recursos com juros baixos. Na década de 80, contudo, a economia entra em colapso, elevando-se os juros e ocorrendo um descontrole inflacionário. Demonstra a inversão do quadro o fato de antes a poupança comportar os recursos mais caros do mercado, e já na década de 90 ser o dinheiro de custo mais baixo. Em função disto os recursos dela é que são

⁵³⁴ *Idem, ibidem*, p. 80.

⁵³⁵ Normalmente este tipo de frase aparece em outro contexto...

⁵³⁶ *Idem, ibidem*, p. 83.

⁵³⁷ *Idem, ibidem*, p. 58.

canalizados para a agricultura, pagando-se aos aplicadores correção monetária e capitalização mensal dos juros. E prossegue o autor, em suas palavras, lecionando:

Universalizou-se em todas as fontes de captação o uso legalmente admitido, pois fundado em documento autorizativo do Conselho Monetário Nacional, via Banco Central do Brasil, da correção monetária e da capitalização mensal dos juros.

Não há como escapar da realidade. Os Bancos, fazendo o que se convencionou chamar de intermediação financeira, têm que repassar o dinheiro pelo seu custo, mais o *spread* que constitui sua comissão. Ora, se a capitalização mensal é consentida na captação como seria possível proibir seu repasse? Pode um comerciante ser obrigado a vender sua mercadoria com prejuízo? Há fundamento jurídico a respaldar uma proibição dessa natureza? Só mesmo em uma economia de guerra ter-se-á justificativa jurídica.

Aos poucos os Tribunais foram-se dando conta da absurdidade de algumas teses que entre eles encontrava sustentação.[...]. Mas, não demorará muito, chegará a admiti-lo [refere-se ao *compro* capitalizado dos juros] em toda operação bancária indistintamente, enquanto perdurarem essas ruinosas condições em nossa economia.⁵³⁸

O economista Gustavo Loyola, abordando a medida provisória nº 1.963 (atual 2.170-34), no seu artigo intitulado “A Pior Maneira de Reduzir os Juros”, mostrou-se radicalmente adepto da possibilidade dos juros compostos. Afirmou o autor:

Diversos argumentos jurídicos e econômicos estão sendo utilizados nesta *guerrilha* contra a capitalização dos juros. Mas na base de todos os argumentos estaria a idéia de que a *permissão* para a cobrança de juros sobre juros seria prejudicial aos consumidores e às empresas que *tomam recursos* emprestados no mercado financeiro.

É mais um típico caso onde a defesa do consumidor está servindo de *biombo* para teses *estapafúrdias* e totalmente divorciadas de qualquer base técnica séria.

O mais freqüente erro cometido pelos opositores da cobrança dos juros capitalizados é *ignorar* a existência da equivalência entre juros simples e juros compostos. Como esclarece *qualquer manual* introdutório de Matemática Financeira, num empréstimo de um ano a prazo, não há *diferença* entre a cobrança de juros de 1% a.m., capitalizados mensalmente, ou de 12,68% a.a., não capitalizados.

Assim, a vedação à cobrança de juros sobre juros não tem o condão de *reduzir os encargos* para os mutuários. Apenas prejudica a necessária transparência que deve haver nos contratos financeiros, por forçar os bancos a embutirem nas taxas nominais de juros um adicional equivalente à *capitalização*.

Há também uma boa dose de cinismo nas teses anti-anatocismo. Num país em que os ativos financeiros, como regra geral, têm prazos inferiores a um ano, todos aceitam ser remunerados pelos bancos, com períodos de juros inferiores a 12 meses. Ninguém reclama porque os bancos creditam mensalmente juros nas cadernetas de poupança. Mas a história é bem diferente quando se trata das *operações de crédito*.⁵³⁹

Não obstante haja autores que, assim, defendem a possibilidade jurídica da capitalização de juros, a grande maioria da doutrina se posiciona em sentido contrário. E não sem argumentos. A lista dos autores que assim se posicionam é enorme, tendo por base a Lei da Usura, até pouco tempo vigente, entendendo que só se admite a capitalização quando a lei expressamente a permite e é expressamente pactuada.

⁵³⁸ LUZ, A. D. da. Ob. cit., p. 99-100.

⁵³⁹ LOYOLA, Gustavo J. L. A pior maneira de reduzir os juros. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 3, n. 8, p. 243-244, abr/jun. 2.000, p. 243.

Neste sentido, além da jurisprudência, por exemplo, os autores Rodrigues Alves⁵⁴⁰, José Reinaldo Coser⁵⁴¹, Nardim Darcy Lemke⁵⁴², Cristiano Álvares Vallardes do Lago.⁵⁴³

Contudo, com a edição das novas medidas provisórias o cenário muda. bem como devem mudar os argumentos. Os argumentos tradicionais cedem indefesos frente ao novo argumento legislativo da medida provisória nº 2.170-34. Neste aspecto, interessante e original é o argumento do juiz Sérgio Gischkow Pereira, que entende, a partir da aplicabilidade imediata da regra constitucional que veda os juros reais a 12% ao ano, estar extirpada de nosso ordenamento jurídico a capitalização de juros.

Assim se pronuncia o autor: *“Inviável, por outro lado, permaneça a figura dos juros compostos. Admitida que fosse, estaria profundamente comprometida a limitação constitucional e burlada de maneira escancarada. O limite da Carta Magna é para a taxa de juros reais, sem abrir exceção par uma taxa real resultante de capitalização de juros.”*⁵⁴⁴

Como se procurará demonstrar por outras vias, a capitalização de juros não é juridicamente cabível, nem mesmo quando lei a permite. Antes disto, cabe expor o viés econômico dos juros compostos, colocando as conseqüências econômicas da capitalização de juros nos seus devidos termos, já que se trata do objeto da apreciação jurídica que se desvelará. Afinal, o direito é instrumento de regulação social, esvaziando-se quando se procura isolá-lo da economia, política, ciências sociais, etc.

O engenheiro Antônio de Pádua Collet e Silva, no seu artigo “Entendendo os Aspectos Legais dos Juros”⁵⁴⁵, aborda a capitalização sob o viés econômico e jurídico de modo simples e preciso. Para simplificar a análise inicia distinguindo, para efeitos de seu trabalho, duas expressões que utiliza. A primeira é “juros capitalizados”, que são os juros calculados pelo critério de juros compostos em períodos inferiores a um ano (dias, meses, etc.). A segunda é “juros legais”, que são os juros calculados pelo critério de juros simples em períodos inferiores a um ano e de juros compostos para períodos superiores a um ano (pois a Lei da Usura e o Código Comercial o permitem). A partir desta distinção avalia a repercussão

⁵⁴⁰ ALVES, V. R. Ob. cit., p. 248-249.

⁵⁴¹ COSER, José Reinaldo. Ob. cit., p. 47-51.

⁵⁴² LEMKE, Nardim D. Ob. cit., p. 109-110.

⁵⁴³ LAGO, Cristiano Álvares Vallardes do. Juros – art. 192 § 3º, da Constituição Federal – capitalização – comissão de permanência – aplicabilidade do CDC aos contratos bancários. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 24, n 70, p. 15-27, jan/mar. 1.998. p. 17-20.

⁵⁴⁴ PEREIRA, Sérgio G. Ob. cit., p. 193.

⁵⁴⁵ COLLET E SILVA, Antônio de Pádua. Entendendo os aspectos legais dos juros. *In: www.direitobancario.com.br*, 01/07/2.0001.

econômica da aplicação dos juros capitalizados e dos juros legais (estes capitalizados apenas anualmente, segundo a lei permite).

Parte o autor de um exemplo básico para que se possa “sentir” a diferença. Parte do valor do principal de R\$ 1.000,00, taxa de juros de 8% ao mês, de período mensal.

Primeiro considera período inferior a um ano, com prazo de um semestre (seis meses). do que resultaria ao fim um total com juros legais somando R\$ 1.480,00. O valor do principal e o valor do montante de juros não variam a cada mês, sendo o principal ao longo dos seis meses de R\$ 1.000,00, e o valor dos juros de R\$ 80,00 em cada mês. Já do cálculo com juros capitalizados resultaria um total de R\$ 1.586,87. A cada mês o valor do principal se altera, somando-se os juros do período anterior, o que resulta numa alteração do valor dos juros a cada mês, pois embora a taxa de juros não varie o principal aumenta (R\$ 80,00 no primeiro, R\$ 86,40 no segundo,...).

Daí concluiu que, neste primeiro exemplo, comparando os valores obtidos, os juros capitalizados resultaram uma remuneração para o capital em + 58%, enquanto os juros legais resultaram uma remuneração para o principal em + 48%. Deste modo os juros capitalizados proporcionaram um ganho comparativamente maior em + 7,22% sobre os juros legais.

Em seguida, considera o autor para os mesmos dados básicos um período superior a um ano (o que muda um pouco porque os juros legais podem ser capitalizados de ano a ano), um prazo de cinco anos (60 meses). O total com juros legais após o período de 5 anos soma R\$ 27.888,25. O valor do principal e a remuneração mensal de juros não varia dentro de cada ano. Somente ao completar cada ano o montante de juros do ano é acrescido ao valor do principal (juros compostos em períodos anuais). Já o total com juros capitalizados após o período de 5 anos é de R\$ 101.257,06. Não é erro de digitação, é este absurdo mesmo. A cada período mensal varia o valor do principal, incorporando-se o valor dos juros do período anterior, bem como a cada período varia o montante de juros, pois embora a taxa de juros seja a mesma o valor do principal aumenta.

Conclui o autor, após comparar os valores totais obtidos com os dois critérios de cálculo, que os juros capitalizados aumentaram a remuneração para o principal em + 10.025,7%, enquanto os juros legais proporcionaram um aumentaram a remuneração para o principal em + 2.288,8%. A aplicação dos juros capitalizados geraram um ganho comparativamente maior em +263,08% sobre o ganho proporcionado pelos juros legais

Após estas análises chega Collet e Silva à seguinte conclusão:

Os dois exemplos numéricos apresentados acima permitem compreender porque no gráfico resultante dos cálculos, a curva para Juros Capitalizados aumenta de forma tão acentuada frente à curva obtida para os Juros Legais. A resposta está nos prazos e respectivos períodos considerados, bem como no critério de cálculo adotado para maximizar os resultados.

[...]

A melhor forma para maximizar a rentabilidade dos juros é prolongar prazos e utilizar o critério de cálculo exponencial com Juros Compostos, com a maior quantidade de períodos possíveis para aplicação das taxas. Por outro lado, para minimizar os custos dos juros, deve-se reduzir os prazos e diminuir o fator exponencial do critério de cálculo.

Observe que no exemplo anterior, a aplicação de Juros Legais resultaria numa excelente remuneração de + 2.792,5% para o Capital Empregado do financiador, considerando o prazo de 5 anos e períodos mensais com taxa de juros de 8% ao mês. Certamente configura-se como usura, a pretensão de remunerações acima de tal patamar, aplicando-se os cálculos dos Juros Capitalizados.⁵⁴⁶

Demonstra o ilustre engenheiro ainda que os efeitos dos critérios de cálculo (juros legais ou capitalizados) é mais perverso do que o efeito das próprias taxas de juros. Observe-se o quadro comparativo que o autor faz entre os resultados obtidos com o uso dos juros legais e com o uso dos juros capitalizados, variando-se a taxa de juros mensais entre 1% e 12%:

Juros Mensais	Juros após 1 ano (doze meses)		Juros após 5 anos (60 meses)	
	Juros Legais	Juros Capitaliz.	Juros Legais	Juros Capitaliz.
1%	12%	12,7%	76,2%	81.8%
5%	60%	79,6%	948,6%	1.767.9%
8%	96%	151,8%	2.792,5%	10.025.7%
10%	120%	213,8%	5.053,6%	30.348.2%
12%	144%	289,6%	8.548,7%	89.659.7%

Após transplantar os efeitos disto num gráfico, Collet e Silva ressalta que o sentimento do ser humano é restrito para entender os efeitos da exponenciação, reclamando-se muito mais das taxas de juros do que do critério de cálculo. E prossegue que *“Cientes da restrição de tal intuição, especialmente pelos menos favorecidos, os preceitos bíblicos condenam a usura desde o Antigo Testamento. Talvez já soubessem, naquela época, dos resultados em se depositar um único grão de trigo no primeiro quadrado de um tabuleiro de xadrez, dobrando esta quantia nos quadrados seguintes. O número de grãos começa bem pequeno: 1. 2. 4. 8, 16, 32, 64, 128, ... mas quando chega no 64º quadrado, o resultado é quase 18. 5 quintilhões de grãos!”*

⁵⁴⁶ *Idem, ibidem.*

Analisando estes dados (bem melhor expostos na origem pelo engenheiro, com outros gráficos e tabelas), é realmente difícil compreender aqueles que defendem a capitalização de juros nos empréstimos. Ao menos impossível é compreender sob a ótica de que o direito deve valorizar o humano antes do que o patrimônio, sob a ótica de que este serve àquele e não aquele serve a este.

A evolução exponencial que toma a dívida é patentemente injusta, onerosa, constituindo verdadeiro enriquecimento sem causa, onerosidade excessiva, lesão enorme, ou como mais se queira denominar. Certo é que o direito não pode tolerar um fator tal de desequilíbrio e até, por que não, abuso contratual. Também certa é a sua inconstitucionalidade perante o art. 1º, III, 3º, I, II, III, 170, da Carta Magna. Talvez os juristas não se tenham dado conta ainda do conteúdo que a norma a qual permite a capitalização reveste.

Não obstante a previsão da medida provisória, acredita-se que os juízes e tribunais não se manterão silentes. Afóra a impossibilidade da veiculação da matéria via medida provisória, e a inconstitucionalidade do dispositivo, não pode ser a capitalização empregada, por evidência, em contratos de adesão. Isto porque o aderente não terá, com certeza, a possibilidade de optar entre formular um contrato de mútuo com capitalização de juros ou sem. Tendo como opção única firmar um contrato com capitalização, dada a necessidade que a sociedade tem deste tipo de operação, e dada a função social do contrato, que deve estar acessível à comunidade como meio de desenvolvimento social, não se pode afirmar que há vontade do aderente no sentido da capitalização.

Reza o Código do Consumidor, com relação aos contratos de adesão, no art. 54, § 3º (que por sinal se insere dentro do âmbito do conceito de consumidor do art. 29 do CDC, pelo qual é consumidor todo aquele que se sujeita à prática ali prevista), que “*Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.*” O art. 46 do mesmo Código afirma que os contratos não obrigarão os consumidores se não for dada oportunidade de conhecer o seu conteúdo e se for redigido de modo a dificultar a compreensão do seu alcance.

Ora, a mera previsão contratual de juros capitalizados não permite que se tenha alcance das considerações econômicas traçadas. Imagine um consumidor que, tendo dificuldades econômicas, utiliza o cheque especial para prover seu sustento básico e acaba por abrir um débito de R\$ 1.000,00. O banco ajuíza uma ação contra o cliente, que passa a discutir a questão em juízo, e permanecendo em dificuldades não paga.

Quem poderia imaginar que, passando-se cinco anos, a juros de 8% ao mês (que é um juro normal hoje para cheque especial), o critério de capitalização de juros conduziria o débito ao montante de, no mínimo (sem contar juros de mora), R\$ 101.257,06 ?? Ou mesmo que o período seja menor, quem poderia imaginar que, sem nem contar juros de mora, ao fim do terceiro ano devesse R\$ 15.968,17, e ao fim do quarto ano R\$ 40.210,57 ??

Se esta previsão já é difícil para pessoas que tiveram acesso ao ensino superior, minoria na sociedade, quanto mais para a maior parte da população brasileira. A estipulação contratual fere o princípio da boa fé (objetiva), que consagra a equidade e justiça contratuais. Além de tudo, quando se configurar relação de consumo, nunca é demais recordar o direito básico que se tem, à luz do art. 6º, V, do Código do Consumo, à modificação de cláusulas contratuais que estatuem prestação desproporcional.

Afora o aspecto de ordem eminentemente econômica, mas que repercute na esfera jurídica, e as considerações jurídicas traçadas, existe um outro aspecto eminentemente jurídico que torna a capitalização ilícita (mais do que apenas injusta é injurídica), inviabilizando-a. Demonstrar-se-á, contra os que entendem que a capitalização é, no âmbito econômico, um “princípio de contabilidade matemática”, que a capitalização, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio não tem lugar. É argumento inédito, para se desenvolver em oportunidade posterior, mas nada impede que já se lhe tracem linhas gerais.

Além de ser um instrumento de injustiça e desequilíbrio contratual, a capitalização de juros é inviável juridicamente porque contraria a própria natureza jurídica dos juros. A natureza jurídica dos juros é de obrigação acessória. Como afirmou o mestre Pontes de Miranda, “*Juros são sempre prestações de créditos acessórios.*”⁵⁴⁷ Os juros são frutos, mais especificamente, frutos civis. Como tal os juros caracterizam obrigação acessória, que “segue” a principal, mas não “é” a principal.

E os juros nunca serão obrigação principal a partir do mesmo fato jurídico (contrato) que gerou a obrigação principal de restituir o capital (prestação de dar o capital), e a obrigação acessória de prestar juros. Poderia ser a partir de novo fato jurídico (contrato) posterior, em que se dê outro mútuo idêntico, mas aí não serão os “juros” propriamente (no sentido estrito, a obrigação acessória) que passarão a ser obrigação principal, mas sim o valor, o dinheiro que se prestou a título de juro. Reitere-se: o acessório não “é” o principal.

Observe-se a lição de Pontes de Miranda de como surgem os juros:

⁵⁴⁷ MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., tomo nº 24, p. 20.

Pelo fato de existir débito não se criam, necessariamente, dívidas de juros. Nem toda dívida produz juros. É preciso que haja, por alguma outra razão, eficácia geradora de dívida de juros. Cientificamente, é de mister que algum fato entre no mundo jurídico e, fazendo-se fato jurídico, dê-se irradiar a dívida de juros. Tal fato pode ser o fato mesmo da dívida, que se torne elemento do suporte fático de alguma regra jurídica sobre juros (e.g., dívida e mora no pagamento), ou algum ato jurídico. Supõe-se dívida, portanto principal (*sors, caput*); economicamente, o capital produz os juros: juridicamente, há *outro* fato jurídico, freqüentemente negócio jurídico, pacto, que versa sobre os juros. Os juros entram, numa e noutra espécie, na classe dos frutos, em sentido lato.⁵⁴⁸

A capitalização é o mecanismo pelo qual os juros se tornam “capital”, ou seja, num viés jurídico, a obrigação acessória, por um passe de mágica, passa a ser principal. Isto não é viável no ordenamento jurídico brasileiro. Neste os juros são acessórios, e não principal. Admitir a capitalização significa, contrariando toda técnica jurídica, burlando a essência do instituto, que desde as origens velava pelo equilíbrio e justiça contratual, admitir a principalização dos juros, em fraude à lei.

Desde as origens romanas o juro ou interesse é obrigação acessória. A razão disto é muito simples. É porque não é principal. E não é mero jogo de palavras. Desde cedo se percebeu que a quantia a título de juros não poderia, sem ultrapassar o limite do abuso, equiparar-se ao capital. É, então, óbvio que a devolução do capital é a obrigação principal, porquanto a de juros tem menor relevo, se traduz em menor montante pecuniário.

A figura romana da lesão enorme, já inscrita no Código de Justiniano e vinculada à equidade do pacto, ainda hoje sobrevive no ordenamento pátrio como usura real, para vedar o abuso que constituiria um lucro superior a 20% da prestação realizada. Os juros, por conseguinte, são acessórios do principal. Qualificam-se de frutos, não naturais porque não nascem naturalmente do capital, mas civis, porque nascem convencionalmente, civilmente.

Observem-se as ponderações do ilustre Pontes de Miranda:

Os créditos de juros vão-se acumulando, somam-se, cobram-se em todo; mas cada crédito de juros tem a sua existência à parte, o seu prazo de preclusão (raro) ou de prescrição. (Nada mais absurdo do que dizer-se que o capital e os juros constituem-se uma só dívida. Escreveu-o J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, VI, Parte I, 312, e VI, Parte II, 362 e 365. Porém isso não se enquadraria no direito romano, nem no direito comum, nem em qualquer sistema jurídico. Há o crédito principal e os créditos de juros. Soma, se ocorre, é apenas de ordem contabilística: não se fundem os créditos. [...])⁵⁴⁹

Embora o mestre não chegue à mesma conclusão, a heterogeneidade jurídica entre os juros e o capital, o primeiro obrigação acessória, e o segundo obrigação principal, não permitem que o primeiro, num “toque mágico” (e unilateral, sempre do credor banqueiro,

⁵⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 21.

⁵⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 22.

diga-se), transmute-se no segundo. Passaria o mutuante a auferir juros sobre um capital que nunca colocou à disposição do mutuário.

Assim, juros compostos inexistem juridicamente. Capitalização de juros é uma aberração jurídica que só poderia ser viável dentro de uma racionalidade punitiva do devedor, nunca dentro de uma racionalidade de igualdade entre as posições jurídicas de credor e devedor, o que é exigido por um contrato socialmente funcionalizado. Quem sabe caibam juros compostos contra quem praticou um ato ilícito (e, ainda, na súmula nº 186 do STJ, que externiza o caráter punitivo, só “por aquele que praticou o crime”), quem sabe nos juros moratórios (mora culposa), mas nunca, jamais, nos juros contratuais.

E também não se pode, em fraude à lei (à natureza jurídica dos juros), estipular contratos sucessivos de mútuo disfarçando o anatocismo. Como lecionou Pontes de Miranda, *“Não há anatocismo, nem proibida capitalização de juros, se o credor que recebe os juros empresta, de novo, a quantia recebida, parte, ou mais do que ela. Com o recebimento, os juros deixaram de ser acessório – portanto deixaram de ser juros [...]. Pode haver fraude à lei [...], ainda que a posse do dinheiro possa ser transferida ‘brevi manu’ após pôsto à disposição do credor, o que dificulta a prova da ‘fraus legis’.”*⁵⁵⁰

Não pode a lei (muito menos medida provisória) desvirtuar a natureza jurídica do instituto, como já decidiram os tribunais inúmeras vezes. E não se afirma que não deve, mas sim mesmo que não pode. Norma jurídica que contraria a natureza jurídica do instituto jurídica não é. Não se pode contrariar a natureza jurídica das coisas, estipulando claros benefícios para uns em detrimento de outros, de modo evidentemente injusto. Assim já decidiu a Colenda Corte Especial quando certas leis no campo da correção monetária inseriram expurgos nos índices, desvirtuando-os de seu verdadeiro papel no mundo jurídico de atualização do principal. Não há motivo para não seguir a mesma lógica no âmbito da capitalização dos juros. Em conclusão, não pode a lei (medida provisória), ou o pacto, firmar a capitalização, medida injusta e injurídica.

Mesmo que se entenda que lei permite a capitalização, e é válida, afirma a súmula do Superior Tribunal que é possível o “pacto de capitalização de juros”. Mas no contrato bancário há de se questionar “que ‘pacto’?” É a instituição financeira que dita as regras do jogo, cabendo ao cliente meramente aderir a uma regra que é inadvertidamente injusta e também injurídica (frente a lei constitucional, civil e do consumidor). Se há um mínimo de

⁵⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 47-48.

vontade nestes “pactos”, certamente não tem o sentido da capitalização. Se é que o cliente entender o que ela significa...

Além de tudo isso, é inoperante o argumento da injustiça de o banco capitalizar nas operações passivas e não nas ativas. Isto porque o banco capitaliza porque quer, não havendo norma legal que o obrigue. O faz com o objetivo de atrair e manter poupadores para usar os recursos nas operações ativas. Porque se não o fizesse correria o risco de a cada mês o cliente reaplicar a quantia em outro banco para ver seus valores capitalizados. Importa recordar que os juros pagos a mais não podem ser repetidos (art. 251 Código Comercial). O que é diferente de quando o Banco cobra a mais, caso em que tem incidência até mesmo o art. 1.531 do Código Civil, pelo qual deverá a instituição pagar ao devedor o equivalente do que exigir.

E é vedada a capitalização sob insígnia qualquer como, por exemplo, “renda diferida de termos postecipados”. Os juros compostos são proibidos sob qualquer denominação. Deste modo, não podem proceder os bancos pelo sistema de amortizações da Tabela Price, porque se refere à amortização de juros compostos. A respeito da Tabela Price afirma o advogado e administrador de empresas Antonio Scavone Júnior:

A Tabela *Price*, como é conhecido o sistema francês de amortização, há muito vem sendo **ilegalmente** utilizada neste país, principalmente pelos bancos, construtoras e agentes financeiros.

Mas o que é a *Tabela Price*? Segundo lição do ilustre matemático JOSÉ DUTRA VIEIRA SOBRINHO, que cita trecho da obra do professor MARIO GERALDO PEREIRA, *a denominação Tabela Price se deve ao matemático, filósofo e teólogo inglês Richard Price, que viveu no século XVIII e que incorporou a teoria dos juros compostos às amortizações de empréstimos (ou financiamentos). A denominação "Sistema Francês", de acordo com o autor citado, deve-se ao fato de o mesmo ter-se efetivamente desenvolvido na França, no Século XIX. Esse sistema consiste em um plano de amortização de uma dívida em prestações periódicas, iguais e sucessivas, dentro do conceito de termos vencidos, em que o valor de cada prestação, ou pagamento, é composto por duas parcelas distintas: uma de juros e uma de capital (chamada amortização)*. (Mário Geraldo Pereira. Plano básico de amortização pelo sistema francês e respectivo fator de conversão. Dissertação - Doutorado – FCEA. São Paulo, 1965 *apud* José Dutra Vieira Sobrinho. Matemática Financeira. São Paulo. Atlas. 1998. p. 220).

Não de forma diferente, dispõe Walter Francisco: *Tabela Price é a capitalização dos juros compostos*. (Matemática Financeira, São Paulo, Atlas, 1976).

Há uma tentativa de explicação para o uso disseminado do sistema francês: a maioria dos livros destinados ao estudo da administração financeira é tradução de edições estrangeiras., v.g. LAWRENCE J. GITMAN – *Principles of managerial finance*. Harper & Row, Publishers Inc. U.S.A. 1984.

Entretanto, esqueceram os ilustres tradutores de observar a legislação vigente no Brasil, em especial o Decreto n. 22.626/33 que proíbe terminantemente a capitalização composta de juros, orientação que consta da **Súmula 121 do STF: É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.**

[...]

Outrossim, a Tabela *Price* é um sistema de amortização absolutamente inacessível ao homem médio, já que incorpora juros sobre juros ou juros exponenciais.

[...]

Nesse sentido, mesmo sem entender, o contratante acaba aceitando o abissal acréscimo no valor das parcelas em virtude da inclusão dos juros capitalizados mensalmente decorrentes da aplicação da Tabela *Price*.

[...]

Mesmo aqueles que conhecem o significado, dificilmente sabem demonstrar os labirínticos cálculos envolvidos e prever o alcance dos aumentos que serão carreados às parcelas em decorrência da aplicação da Tabela *Price*.

Em verdade, no mais das vezes, o sistema francês é utilizado para mascarar o preço real pretendido, principalmente nos contratos de compra e venda de imóveis (cf. Luiz Antonio Scavone Junior. Os Contratos Imobiliários e a previsão de aplicação da Tabela *Price* – Anatocismo. São Paulo, Revista de direito do consumidor n. 28 – Ed. Revista dos Tribunais – outubro/dezembro/1998, p. 129).^{551 552}

Por fim, cumpre destacar que a disposição da medida provisória que viabiliza a capitalização de juros, nas operações de instituições financeiras, em prazos inferiores a um ano, não atinge a impossibilidade de capitalização de juros após intentada ação contra o devedor. Reza o art. 253 do Código Comercial, não se sabe por que esquecido. *in fine*: “Depois que em juízo se intenta ação contra o devedor, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros.” Esta disposição do Código Comercial é norma especial para contratos comerciais (tal como o contrato bancário), e especial em relação ao período posterior à propositura da ação contra o devedor.

É, pois, norma especialíssima que não foi revogada. Primeiro não foi revogada pela Lei da Usura ou Código Civil porque a norma do Direito Comercial visou a regular situações após a propositura da ação especificamente em contratos comerciais, como o contrato bancário. Não foi também revogada pelos diplomas especiais que regem os mútuos rural, industrial e comercial, porque não se debruçaram sobre a capitalização especificamente após a mora. E não perde efeitos perante a medida provisória, até mesmo para quem admite a capitalização de juros (tese com que não concordamos), porquanto o tratamento da norma comercial é especialíssimo em relação ao período subsequente à propositura da ação. período que a medida provisória não atingiu ao estabelecer um tratamento genérico.

A norma comercial não cede nem perante a Lei da Usura nem perante a medida provisória, enfim, pelas mesmas razões pelas quais o Código Comercial não foi inteiramente derogado pelo Código Civil posterior: porque é norma especial, até mesmo especialíssima. Não há razão, assim, para o esquecimento ou não aplicação do art. 253 do Código Comercial, o qual continua plenamente em vigor.

⁵⁵¹ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Tabela price: enfim os tribunais reconhecem a ilegalidade. *In*: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

⁵⁵² Cf. o artigo “A tabela price é legal?”, também de Luiz Antonio Scavone Junior, e Pedro Afonso Camargo, em que os autores se delongam em demonstrar através de cálculos e fórmulas matemáticas que a tabela price se refere à aplicação de juros compostos. (SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. GOMES, Pedro Afonso. A tabela price é legal? *In*: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001).

CAPÍTULO 5 – INADIMPLENTO: JUROS COMPENSATÓRIOS, COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, JUROS MORATÓRIOS E MULTA CONTRATUAL

Trata este capítulo dos encargos resultantes do inadimplemento contratual por parte do devedor mutuário, no mútuo bancário. Uma vez se configurando a mora do devedor, isto é, não efetuando o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados (art. 955, Código Civil), responde o devedor por perdas e danos (art. 1.056, Código Civil). As perdas e danos abrangem tanto o dano efetivo quanto o lucro cessante (art. 1.059, Código Civil) oriundas diretamente da inexecução (art. 1.060, Código Civil).

Nas obrigações de pagamento em dinheiro, reza o art. 1061 da lei civil que as perdas e danos consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional. Contudo, este artigo deve ser interpretado de acordo com os seus fins (art. 5º, LICC), como já se fez quando se incluiu a correção monetária na exegese como resultante da mora, embora não esteja no artigo expressamente consignada.

5.1 Juros compensatórios

Já se observou que, para efeitos deste trabalho (num acordo lingüístico), os juros contratuais remuneratórios são a contraprestação remuneratória do valor prestado na obrigação, devida nos períodos em que vige o contrato, e que os juros compensatórios são os mesmos contratuais, mas devidos após o vencimento da obrigação, com o inadimplemento do devedor. Estes remuneram o capital retido pelo cliente, após o vencimento da obrigação.

O entendimento segundo o qual não existe legalmente limite para fixação da taxa dos juros contratuais remuneratórios, nos contratos firmados por bancos, seja limite infraconstitucional ou constitucional, acarreta a liberdade para fixação dos juros compensatórios. O entendimento segundo o qual há sim limite, infraconstitucional ou constitucional, para os juros remuneratórios, acarreta, por sua vez, igual limite para os juros compensatórios.

Os juros compensatórios já são admitidos por J. M. de Carvalho Santos, o qual cita Pedro Lessa, que desenvolve em seu voto argumentação convincente:

“Uma só questão é discutível nestes autos: Tendo as partes contratantes estipulado os juros que o mutuário devia pagar *durante a vigência do contrato*, e terminado o prazo deste sem que estivesse paga a dívida, devia o mutuário pagar juros menores, ou nenhum juro, desde a data em que incidiu em mora? A estipulação dos juros está bem claramente na escritura de fls. 7-v.

Não conheço regra nem princípio de direito, que mande que os juros contratados para o tempo de execução do contrato deixem de ser pagos depois que o devedor *cai em mora*. quando nada a esse respeito se declarou no contrato.

Os juros convencionados são para todos os períodos, em que o mutuante é privado do gozo do seu dinheiro e corre os riscos da conservação do mesmo em poder de outrem.

Na locação de coisas, prescreve o art. 1195 do Código Civil se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado.

No mútuo deve prevalecer a mesma regra; e os juros, conseqüentemente, devem ser os mesmos da vigência do contrato.

Os juros estipulados *por via de regra se não extinguem sem o efetivo pagamento* [...].⁵⁵³

Segundo Cançado e De Lima “[...] *nunca houve proibição de se cobrar juros compensatórios para qualquer agente econômico* [...]”, apenas há a restrição de que “[...] *para os agentes econômicos não caracterizados como instituições financeiras. as limitações à liberdade de ajustar as taxas de juros contratuais implicaram na correspondente restrição quantitativa para a cobrança de juros compensatórios.*”⁵⁵⁴ Os juros para remuneração são devidos até o efetivo pagamento.

Afirma Carvalho de Mendonça, citado pela dupla de autores: “*Se os juros correntes não deverem ser pagos, o devedor ficaria, depois de vencida a dívida, em melhor posição do que estava antes do vencimento, o que não é compreensível. Desde que há estipulação de juros, os juros estipulados correm até o efetivo reembolso.*”⁵⁵⁵

Realmente, a não exigibilidade dos juros compensatórios seria incentivo ao inadimplemento, corroborando o locupetamento do devedor às custas do credor. **ainda mais** quando o credor é um banco e o dinheiro tem custo de captação. Soma-se **também** o argumento de que o responsável pela mora responde pelos prejuízos a que der causa. Assim, quando o mutuário retém o capital do mutuante, este deixa de dar emprego remunerado ao seu capital retido, arcando então o mutuário com a remuneração do capital.

Esta posição, como comprovam aqueles autores, vem sido referendada por larga doutrina, e é nesse sentido que vem se posicionando a jurisprudência. É o que reflete, por exemplo, a seguinte ementa, ressaltando a necessidade de pactuação dos juros compensatórios (ou seja, pactuação da incidência dos juros remuneratórios após a mora):

COMERCIAL. CONTRATO BANCÁRIO. CUMULAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS E MORATÓRIOS. POSSIBILIDADE.

Em contratos bancários, afigura-se possível a cobrança cumulada de juros remuneratórios e moratórios, após o inadimplemento, desde que pactuados, como na espécie.

⁵⁵³ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: arts. 1118-1264*. Freitas Bastos S.A., 10 ed., Rio de Janeiro, 1.977, vol. XVII, p. 459-460.

⁵⁵⁴ CANÇADO, R. W. LIMA, O. C. de. Ob. cit., p. 33.

⁵⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 38-39.

Recurso especial conhecido e provido. [RESP nº 1944262/PR, decisão de 08/02/2.000. Relator Ministro César Asfor Rocha]

Os juros remuneratórios, já ressaltou a jurisprudência, não podem ser majorados com o inadimplemento. Já decidia o Superior Tribunal de Justiça, em aresto de 11 de novembro de 1.991, citado pelo magistrado Fagundes Cunha⁵⁵⁶, que o aumento dos juros remuneratórios com o inadimplemento constitui verdadeira sanção pelo inadimplemento. Reconheceu a Corte Especial naquela ocasião que o aumento da taxa podia ter natureza de cláusula penal. entendimento expresso na seguinte ementa:

Ementa: Juros. Cláusula penal. Limitação.

A elevação dos juros em contratos bancários, em razão do seu inadimplemento, pode ter a feição de cláusula penal.

Caso de aplicação do limite imposto pelo art. 920 do Código Civil.

Recurso não conhecido.⁵⁵⁷

Mais tarde o Superior Tribunal consagrou a acertada ponderação segundo a qual se os juros compensatórios forem maiores do que os remuneratórios, há na verdade uma majoração disfarçada dos juros moratórios (estes um apenamento em razão da inadimplência) em fraude à lei. Assim, por exemplo, reza a ementa que se segue, que embora verse sobre o crédito rural não há óbice, muito pelo contrário, para que o entendimento seja estendido aos demais contratos de mútuo:

DIREITOS COMERCIAL, ECONÔMICO E PROCESSUAL. MÚTUA RURAL. JUROS. TETO DA LEI DE USURA. TAXAS LIVRES. NÃO-DEMONSTRAÇÃO POR PARTE DO CREDOR DE AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. PREVISÃO DE INDEXAÇÃO MONETÁRIA PELOS MESMOS ÍNDICES DA CADERNETA DE POUPANÇA. MÊS DE MARÇO/90 (41,28%). LEI NUM. 8.088/90, ART. 6. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL DE ELEVAÇÃO DA ALÍQUOTA DE JUROS PREVISTA PARA A HIPÓTESE DE INADIMPLEMENTO DO MUTUÁRIO. ILEGALIDADE (PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5. DL 167/67). CAPITALIZAÇÃO MENSAL. NÃO PACTUAÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO.

[...]

IV – OS JUROS MORATÓRIOS, LIMITADOS, EM SE TRATANDO DE CRÉDITO RURAL. A 1º. AO ANO, DISTINGUEM-SE DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. AQUELES SÃO FORMAS DE SANÇÃO PELO NÃO-PAGAMENTO NO TERMO DEVIDO. ESTES, POR SEU TURNO, COMO FATOR DE MERA REMUNERAÇÃO DO CAPITAL MUTUADO, MOSTRAM-SE INVARIÁVEIS EM FUNÇÃO DE EVENTUAL INADIMPLÊNCIA OU IMPONTUALIDADE. CLÁUSULA QUE DISPONHA EM SENTIDO CONTRÁRIO, PREVENDO REFERIDA VARIAÇÃO. É CLÁUSULA QUE VISA A BURLAR A DISCIPLINA LEGAL, FAZENDO INCIDIR, SOB AS VESTES DE JUROS REMUNERATÓRIOS, AUTÊNTICOS JUROS MORATÓRIOS EM NÍVEIS SUPERIORES AOS PERMITIDOS.

V – POSSÍVEL É A CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS NAS CÉDULAS RURAIS DESDE QUE HAJA AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL E SEJA EXPRESSAMENTE PACTUADA, NÃO SENDO HÁBIL A SIMPLES REFERÊNCIA AO

⁵⁵⁶ CUNHA, J. S. Fagundes. Ob. cit., p. 16-18.

⁵⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 16.

DENOMINADO “MÉTODO HAMBURGUESES”. [RESP nº 129855/RS, decisão de 18/12/1.997. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira]⁵⁵⁸

Segundo Theodoro Júnior, em parecer citado também por Cançado e De Lima, os juros compensatórios do mútuo não cessam nem mesmo com a *mora accipiendi*, no caso de recusa injusta do credor, porquanto o art. 976 do Código Civil afirma que os juros da dívida cessarão com o depósito em consignação, concluindo melhor doutrina que é com a efetuação do depósito que cessam os riscos e os juros.⁵⁵⁹ Neste caso pagará o devedor, enquanto retiver o capital alheio, e porque o retém, os juros convencionais remuneratórios (e não os moratórios, que se devem à infração). E os juros compensatórios são exigíveis seja pelo banco nos empréstimos, seja pelos clientes nas aplicações.

5.2 Comissão de permanência

A comissão de permanência foi estabelecida pela resolução nº 15 de 1.966 do Banco Central, alterada várias vezes (Circular nº 82/67, Resolução nº 389, de 15/09/76, Resolução nº 469/78, MNI nº 5, item 16-9-10, por exemplo, todos do Banco Central). Na demorada evolução da legislação e jurisprudência brasileiras sobre a correção monetária, a comissão de permanência teve importante papel como meio de atualizar o valor nominal do capital mutuado. Sempre foi calculada, no caso de juros remuneratórios, sobre o número de dias entre a data do empréstimo e o vencimento da dívida, ou no caso de mora sobre os dias de atraso.

- Mas também os juros compensatórios são às vezes chamados, no mercado financeiro, de “comissão de permanência”, de “juros remuneratórios”, ou “juros convencionais”. A Resolução nº 1.129 de 1.986, do CMN, estabeleceu a liberação da cobrança dos juros compensatórios, sob denominação de “comissão de permanência”, *verbis*: “[...] *podem cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, ‘Comissão de Permanência’, que é calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento.*”

Este tópico discorrerá sobre a grande confusão que se faz em torno do tema da comissão de permanência. Há quem entenda que ela se constitui apenas e tão somente pela correção monetária, há quem entenda que se constitui apenas pelos juros remuneratórios, e há

⁵⁵⁸ Neste sentido também, a exemplo, o RESP nº 130727/RS, decisão de 02/09/1.997. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

⁵⁵⁹ CANÇADO, R. W. LIMA, O. C. de. Ob. cit., p. 36-37.

quem entenda que pode englobar ambos, tanto correção quanto remuneração. Em verdade, a comissão de permanência não tem significado jurídico próprio, pois nem comissão em verdade é, passando ao largo do tradicional contrato de comissão. Deste modo pode ela, realmente, englobar em determinados casos a correção, os juros, ou ambos, e a sua disciplina é a que se daria a cada um destes institutos, conforme quais a componham. Dai a falta de uniformidade da jurisprudência no assunto, mesmo no Superior Tribunal.

Cumpra neste passo recordar que resolução do Conselho Monetário Nacional não tem força alguma de lei, como norma inovadora do universo jurídico, conforme considerações tecidas anteriormente. O CMN, pois, não tem competência para instituir comissão de permanência *per se*, para criar uma nova fórmula jurídica, uma nova remuneração bancária válida entre as partes. Deste modo, a comissão só é válida se o seu conteúdo (que pode ser de correção monetária, juros ou ambos) estiver em consonância com a legislação pátria de regência.

Primeiramente, há uma corrente que entende que a comissão de permanência é apenas um fator de atualização monetária. Assim o juiz Cristiano Álvaro Valladares do Lago sustenta que a comissão *“Tem por finalidade essencial atualizar o valor da dívida, a contar de seu vencimento, de forma a compensar a desvalorização da moeda, tanto que a cobrança da comissão de permanência é facultada à taxa de mercado do dia do pagamento.”*⁵⁶⁰

Afirma o autor que foi criada antes de se instituir a correção monetária, em consonância com a lei nº 4.595/64, e recentemente regulada pela Resolução nº 1.129/86 do Bacen. No seu entender, se houver concomitante previsão de correção e comissão, deve prevalecer aquela, porque decorre de lei formal e material (lei nº 6.899/81), que prevalece hierarquicamente sobre a resolução do Banco Central.

No mesmo sentido entende Ernesto de Oliveira S. Thiago Neto.⁵⁶¹ Discorre o autor que se o Superior Tribunal entendeu na súmula nº 30 que são inacumuláveis comissão de permanência e correção monetária, é porque têm a mesma natureza. Após longa discussão com relação à comissão de permanência e à sua cumulação com a correção monetária, acabou o Superior Tribunal de Justiça editando a súmula nº 30, que reza: *“A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.”* Por decorrência da súmula, afirma o autor, a comissão não consiste em juros remuneratórios ou compensatórios, mas sim em

⁵⁶⁰ LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Ob. cit., p. 20-22.

⁵⁶¹ THIAGO NETO, Ernesto de Oliveira S. A justiça já decidiu: é ilegal a cobrança de comissão de permanência que exceda a correção monetária indicada pelo INPC. In: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

atualização monetária do saldo devedor. Por conseqüência, deve a comissão de permanência ser efetuada com base nos índices de correção monetária. e não mais do que isso.

Apreciando a Apelação Cível nº 413456-5, da 8ª Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, Thiago Neto remete ao estudo, realizado pelo Relator Juiz Costa de Oliveira, do contrato comercial de comissão, com base na doutrina de Pontes de Miranda, concluindo que a comissão de permanência nada tem de “comissão”. É interessante destacar trecho da coerente exposição do ilustre magistrado:

A lei federal de n. 4.595, de 31.12.64 não criou ‘comissão de permanência’ (art. 4.º IX). O Conselho Monetário Nacional podia limitar juros, descontos, comissões e outras formas de remuneração de operações e serviços bancários. É oportuno aqui, pela matéria discutida, examinar-se o que seja o posto em lei: ‘comissão’.

Não foi criação da dita lei. Comissão é o pagamento que sempre se fez ao comissionário (termo melhor que ‘comissário’ como Pontes de Miranda demonstra com dados históricos), no contrato de comissão mercantil, ou civil. Na espécie teríamos contrato de comissão mercantil porque ao menos o comissionário é comerciante (comércio bancário) - CComercial, art. 165.

[...]

Fundamental elemento de contrato, de que se irradia pretensão do comissionário ao pagamento da comissão, é que o comissionário receba patrimônio do comitente para alienar; é assim, e somente assim, que faz jus ao pagamento (a receber a sua comissão), (sobre tudo isso, v. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 45/284, 329, §§ 4.722- 4.731).

O que é a ‘comissão de permanência’? Diz-se que a sede legal dela seria a mesma regra do art. 4.º IX da Lei 4.595/64, além do art. 9.º dessa mesma lei (v. fls. 87). Deve haver engano na invocação do art. 9.º, que trata apenas da competência do Banco Central, em traços gerais. Ora, essa lei não fala em ‘comissão de permanência’, mas em comissão. Somente pode ser, portanto, o sentido do direito tradicional. E quanto a isso, está correta a menção feita a De Plácido e Silva: ‘remuneração ou a paga que se promete a pessoa, a quem se deu comissão ou encargo, de fazer alguma coisa por sua conta’ (v. fls. 88). Aliás, continua mais baixo o autor de *Vocabulário Jurídico*, Forense, RJ- SP, 1961, t. 1-364. 1a. coluna: ‘Em regra a comissão-remuneração, atribuída para uma certa soma de serviços ou para cada encargo, é fixada por uma percentagem e se torna devida, quando realizado o negócio ou executado o encargo, em razão de seu valor...’ ‘A rigor, comissão distingue-se do interesse, da gratificação, do vencimento e do próprio salário, embora tenha o sentido de paga ou pagamento, resultante de serviço prestado ou de ato executado a mando de outrem...’ ‘É empregado ainda na equivalência de corretagem, que tal se entende a comissão ou paga à pessoa que serve de intermediário em negócios, aproximando os interessados’.

Em nenhum caso se vê na doutrina justificação de paga ou remuneração por o Banco estar à espera do cliente inadimplente, enquanto não solve o devido por contrato de mútuo. É simples: esse dinheiro mutuado não está posto à disposição no banco (que seria o comissionário com direito à comissão), para negociar. Ao contrário, aquele capital mutuado passou-se à esfera jurídica do tomador, do mutuário. No presente caso não se vê qualquer atividade do banco no sentido de estar cobrando títulos descontados em favor do mutuário devedor, nem por estar cobrando títulos caucionados que o mutuário lhe entregou para esse fim. Cobra-se a chamada ‘comissão de permanência’ porque o banco credor está esperando que o mutuário devedor lhe pague! Ora, pelo passar do tempo tem ele a seu favor a correção monetária plena e os juros. Pela inadimplência (e os cuidados necessários à preparação de cobrança judicial), já há a estipulação de multa. De outro lado - como dito - nada recebeu o banco do mutuário para fim de alienação, ou outro tipo de aplicação ou investimento, que justifique pagamento de ‘comissão’. Pela permanência do dinheiro com o cliente, sem paga do título correspondente, já se estipularam verbas a que correspondam causas econômicas reais: multa e juros. Contra a inflação já há a correção monetária. Logo, o que então se denominou ‘comissão de permanência’ não tem causa. A efetividade econômica que lhe corresponderia, para manter a integralidade da equação econômico-financeira entre mutuante e mutuário, seria a desvalorização da moeda. Tanto é assim que, por vezes, a quantia calculada a título de ‘comissão de permanência’ corresponde à mesma calculada com base em correção monetária. O termo ‘permanência’, aliás, assim o sugere. ‘Permanência’ de quê? O que está a permanecer é o vazio do

pagamento é a subsistência do débito. Para equilibrar essa mora entretanto como dito, temos a correção monetária, os juros e a multa.

Logo, a comissão de permanência não é comissão, criada pelo Direito Comercial. Foi criação do Conselho Monetário Nacional, ou do Banco Central. Estaria assim instituído um novo direito para um dos figurantes no contrato de mútuo. Ora, tal já estava proibido pela Constituição Federal 67. Emenda 1/69. Já então regra jurídica nova sobre direito comercial somente a podia editar a União (art. 8.º. XVII. 'b'). Instituição somente possível por meio de lei ('legislar sobre...').

Resta então uma de duas: ou a comissão de permanência é a correção monetária (Lei 6.899/81), ou a cobrança dela é contrária a direito. Como a correção monetária é instrumento de manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, até por regra jurídica não escrita ela já estaria no sistema jurídico. A lei escrita apenas a explicitou. Tem de aplicar-se. A 'comissão de permanência' porém não tem qualquer amparo jurídico.

[...]

Conclusão: como se vê, não tem o Banco recorrente razão na pretensão de haver a 'comissão de permanência'.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido da identidade funcional entre comissão de permanência e correção monetária, fazendo prevalecer a correção monetária quando da pactuação cumulativa de ambas, embora admita a incidência da comissão quando pactuada e não cumulada com a correção, podendo-se trazer à colação, a exemplo, três ementas num sentido e três noutro:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ECONÔMICO – EXECUÇÃO – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – COBRANÇA – IMPOSSIBILIDADE IN CASU – RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE – DECISÃO MONOCRÁTICA – AGRAVO REGIMENTAL – MANUTENÇÃO DE DECISÃO PROFERIDA.

I – Correta a decisão do tribunal a quo que, com base na súmula 30/STJ, afastou a cobrança da comissão de permanência porque reconheceu devida, na espécie, a incidência da correção monetária.

II – Agravo regimental improvido. [ADRESP nº 209108/RS, decisão de 15/09/2.000. Relator Ministro Waldemar Zveiter]

DIREITO ECONÔMICO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E CORREÇÃO MONETÁRIA.

A correção monetária é que é a forma legal de se atualizar o débito por índices oficiais, não a comissão de permanência, pois esta importa na estipulação de taxas que fica ao exclusivo alvedrio do credor.

Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. [RESP nº 94411/PE, decisão de 20-10-1.998. Relator Ministro César Asfor Rocha]

CORREÇÃO MONETÁRIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IOF.

INDEFERIDA A COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, COBRADA A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA, CABÍVEL A DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA A ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA. [...] [RESP nº 47144/SP, decisão de 16/08/1.994, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar]

Execução. Nota promissória. Art. 515 do Código de Processo Civil. TR. Comissão de permanência. Precedentes.

[...]

2. Já assentou a Corte: a) é possível, quando pactuada, a utilização da TR como índice de atualização monetária; b) prevista no contrato pode ser aplicada a comissão de permanência, desde o inadimplemento, observada a Súmula nº 30 da Corte.

[...] [RESP nº 248789/MS, decisão de 29/03/2.001, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito]

Contrato de abertura de crédito. Comissão de permanência. Correção monetária. Precedentes da Corte.

1. Precedentes da Corte autorizam a cobrança da comissão de permanência, desde que devidamente pactuada e não cumulada com a correção monetária.

2. Recurso especial conhecido e provido. [RESP n° 226752/PR, decisão de 17.02/2.000, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito]

Contrato de abertura de crédito. Cheque especial. Ação monitória. Juros, correção monetária, comissão de permanência.

[...]

3. É possível a cobrança da comissão de permanência da data do inadimplemento, desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula n° 30 da Corte).

[...][RESP n° 244868/RS, decisão de 19/12/2.000, Relator Carlos Alberto Menezes Direito]

Mas, por outro lado, há quem entenda (e aí a maior parte da doutrina) que a comissão de permanência sempre se constitui em juros compensatórios ou remuneratórios, podendo, às vezes, albergar *também* um fator de correção monetária. E as decisões citadas da Corte Especial, ao inviabilizarem a cumulação de correção monetária e de comissão de permanência, nem sempre as identificam. Admitem que a comissão engloba muitas vezes a correção, ou até mesmo às vezes é a correção, mas sem reconhecer que *sempre* há identidade, pois a comissão às vezes engloba também os juros remuneratórios, ou *somente* estes, como se observará adiante.

Assim é que Pedro Frederico Caldas afirma que:

Por longo tempo, muitos bancos, confundindo, deliberadamente ou não, a comissão de permanência com uma simples taxa de juros, costumavam introduzir cláusulas em seus financiamentos prevendo a cumulação da correção monetária contratada com a comissão de permanência, caso o mutuário ou comitente incorresse em mora. Como, na verdade, a taxa da comissão de permanência já trazia embutida a taxa de inflação, essa enormidade cometida pelos bancos exasperava as obrigações do devedor, elevando a dívida a um patamar muitas vezes insuportável.⁵⁶²

- Já se observou que problema não há na cobrança de juros compensatórios com a mora. São, afinal, os mesmos juros remuneratórios do capital cobrados após o inadimplemento do devedor, plenamente justificáveis, como se observou.

Grande parte da aversão dos juristas à comissão de permanência deve-se ao fato de ela poder, segundo a Resolução do CMN, ser cobrada “às mesmas taxas pactuadas no contrato original” (e até aí não haveria aversão), “ou à taxa de mercado do dia do pagamento”. E, a partir daí, normalmente a comissão de permanência é cobrada no mesmo patamar da *maior* taxa de mercado que esteja sendo praticada no dia de sua aplicação.

Uma interpretação coerente com os anseios constitucionais e legais permite concluir, ao contrário do que parece, que o CMN restringiu a aplicação de juros maiores às taxas de mercado, e não “ampliou a cobrança” permitindo-a em patamar superior à taxa contratual. Embora em tempos anteriores já se tenha admitido a majoração da taxa de juros com o

inadimplemento⁵⁶³, esta majoração na verdade camufla uma ilícita majoração dos juros moratórios para além dos patamares legalmente viáveis, como advertiu o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira em aresto citado no item anterior.

Não pode assim a comissão conter em seu bojo uma taxa de juros superior à taxa contratada, na verdade uma ilícita e disfarçada majoração dos juros moratórios. Do mesmo modo, se a comissão englobar correção monetária, ou se nela unicamente se constituir, não pode a instituição financeira modificar unilateralmente o índice utilizado para atualização do débito no contrato, depois da mora, para aplicar um índice superior, a pretexto de “comissão”.

Isto tudo afasta a discussão da doutrina sobre o tema da iliquidez deste tipo de obrigação, ou mesmo sobre o tema da potestividade de uma cláusula redigida em tais termos (em que ficaria ao alvedrio do credor apurar, ou até estabelecer, a taxa de juros que incide no capital mutuado). Discussão esta que emperraria o entendimento segundo o qual o banco pode apurar qualquer taxa de juros, ou a maior, existente no mercado.

Cabem ser ressaltadas, dentro desta visão de que a comissão é integrada por juros remuneratórios, algumas conclusões e posições sustentadas no “Simpósio sobre as Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica”⁵⁶⁴, de promoção do Tribunal de Alçada do Paraná, de agosto de 1.988, com referência à comissão de permanência. Participaram do Simpósio juízes dos tribunais de vários Estados brasileiros (Paraná, Rio de Janeiro, Minas Gerais, São Paulo, Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina), bem como professores e representantes do Banco Central.

A conclusão nº 1 (aprovada por unanimidade), é de que “*A exigência da comissão de permanência depende de previsão contratual.*” A nº 2 (aprovada por unanimidade), é de que “*Não são exigíveis, cumulativamente, a correção monetária e a comissão de permanência.*” A nº 8 (aprovada por unanimidade), de que “*A comissão de permanência à taxa de mercado*

⁵⁶² CALDAS, Pedro Frederico. Ob. cit., p. 89.

⁵⁶³ A previsão de cobrança em patamar superior, a partir da mora, era aceita, respeitados os limites legais (os quais, desde a súmula nº 596 da Suprema Corte, na prática, inexistem para os bancos), por Pontes de Miranda: “*As cláusulas de elevação dos juros, em caso de mora, são cláusulas com que o credor se precata contra a duração da mora, mas, aí, os juros a mais se não têm como juros moratórios, devido ao conteúdo mesmo da cláusula (juros ‘x’, ou, se ocorre ‘m’, juros ‘y’). A alusão, aí, é feita à mora, porém poderia ser a qualquer ‘outro’ fato que servisse de elemento diferenciador, no tempo, das taxas estipuladas. A construção jurídica tanto pode ser: ‘juros ‘y’, mas, enquanto não se der mora, juros ‘x’’, como ‘juros ‘x’, mas, se ocorrer mora, juros ‘y’’. Daí a necessidade de ‘x’ e ‘y’ não excederem as taxas máximas das leis contra a usura.*” (MIRANDA, P. de. Ob. cit., v. 24, p. 41 e 42).

⁵⁶⁴ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1.988 : Curitiba). **Conclusões do Simpósio**, ob.cit, p. 148-149.

do dia do pagamento deve ser discriminadamente calculada pelo credor até a data do ajuizamento da execução.”⁵⁶⁵

Nesse Simpósio, o juiz Celso Araújo Guimarães⁵⁶⁶ sustentou, na sua proposição intitulada “Comissão de Permanência”, que esta tem por fim remunerar o capital mutuado, e também atualizá-lo monetariamente, durante o período de prorrogação da operação de crédito não liquidada no vencimento. Engloba, segundo o juiz, os juros e a correção monetária. A comissão é disposição facultativa, não sendo imposta por lei, devendo ser estabelecida contratualmente e pedida judicialmente, sem o que só incide a correção monetária, em virtude da lei nº 6.899/81.

O mesmo ilustre magistrado, em posterior proposição (terceira) do mesmo Simpósio, com o título “Inacumulabilidade de Comissão de Permanência e Correção Monetária”⁵⁶⁷, entendeu que o inadimplemento significa uma “prorrogação forçada da operação vencida”, sendo devida a comissão de permanência quando da mora do devedor. Deste modo, justificarse-ia, a princípio, sua aplicação. Mas, além de remunerar, a comissão de permanência também corrige, porque está nela embutida a taxa que informou originariamente a operação. Daí decorre clara impossibilidade de sua cumulação com a correção monetária.

Leciona o juiz Celso Guimarães que a comissão não é mera remuneração, mas também engloba a atualização da moeda em face da perda da substância corroída pela inflação, ou seja, também tem o fator atualizador. Assevera o magistrado:

Na verdade, é de todo evidente que, identificando-se tal comissão, com as taxas aplicadas pelo mercado financeiro nas operações de mútuo traz ela insito o fator de atualização monetária do capital mutuado, simplesmente porque a instituição financeira, naturalmente, há que ressarcir-se da defasagem monetária provocada pela inflação, se tal fator de correção não estivesse incluído nas taxas aplicadas às operações financeiras, - pergunta-se - estariam os estabelecimentos de crédito a abrir mão da desvalorização da moeda? A resposta afirmativa se afigura, no mínimo, como ingênua.⁵⁶⁸

O juiz Francisco José Ferreira Muniz, realizando um confronto entre a comissão de permanência e a correção monetária naquele Simpósio⁵⁶⁹, entendeu que a lei nº 6.899/81 veio

⁵⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 149.

⁵⁶⁶ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1.988 : Curitiba). GUIMARÃES, Celso Araújo. **Comissão de permanência**, ob. cit., p. 71-74.

⁵⁶⁷ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1.988 : Curitiba). GUIMARÃES, Celso Araújo. **Inacumulabilidade de comissão de permanência e correção monetária**, ob. cit., p. 81-85.

⁵⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 85.

⁵⁶⁹ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1.988 : Curitiba). MUNIZ, José Ferreira. **Confronto de comissão de permanência e de correção monetária**, ob. cit., p. 75-79.

instituir a correção monetária para consagrar a “obrigação de indenizar o dano resultante da desvalorização da moeda”, dano oriundo da mora do devedor. E a comissão de permanência, sendo uma prefixação do prejuízo causado pela mora, e também sendo meio de coerção do devedor ao adimplemento (funções próprias de cláusula penal), é uma verdadeira cláusula penal moratória, cobrindo todo o dano, é uma convenção do “adequado ressarcimento”, englobando o dano advindo da correção monetária. O dano da correção monetária está coberto pela indenização prefixada na cláusula de comissão de permanência.

Também João Roberto Parizatto, em sua obra “Multas e Juros no Direito Brasileiro”, afirma que são incompatíveis comissão de permanência e correção monetária, e a sua incidência conjunta implicaria dupla penalização do devedor, “[...] pois que as mesmas possuem o mesmo efeito, ou seja, remunerar o prejuízo causado ao credor, pelo atraso do devedor.”⁵⁷⁰

Parizatto parte do pressuposto de que a comissão de permanência, obrigação de fonte convencional, abriga a previsão de fatores corretivos. A aplicação cumulativa seria um *bis in idem*, daí a súmula nº 30 do STJ. Mas também traz o autor acórdão no sentido de que a comissão de permanência, quando equivalente a juros e a este título cobrada, pode ser cumulada com a correção monetária. Mas, ressalta Parizatto com propriedade, “[...] tão somente quando a comissão de permanência for equivalente a juros, eis que admissível a cumulação da comissão com juros [quis o autor dizer correção monetária, ou parcela dos juros ‘nominais’ de correção].”⁵⁷¹

Como se observa, grande parte do dilema que cerca a comissão de permanência gira em torno do seu conteúdo. Cançado e De Lima, divergindo da linha da maioria da doutrina, procedem uma lúcida e relevante distinção, separando a cobrança da comissão nas operações prefixadas e nas posfixadas, e ressaltando que jurisprudência majoritária vem dando tratamento correto à comissão:

É que, nas obrigações denominadas “*prefixadas*”, em que a inflação e os juros compõem um único percentual, que é “*prefixado*”, não se distingue, na remuneração total da obrigação, o percentual de juros (que corresponde à parcela de juros), do percentual de correção monetária (que corresponde à parcela relativa à correção monetária). Por isto, ficam os valores respectivos englobados e expressos em um “*montante de rendimentos*”, de sorte que a “*comissão de permanência*”, à taxa “*prefixada*”, incidindo após o vencimento da obrigação, por poder ser cobrada às mesmas taxas pactuadas no contrato original, nestes casos engloba tanto juros como correção monetária. Nesta hipótese específica, o *Superior Tribunal de Justiça*, ao confirmar a incidência da “comissão de permanência” para o período “pós-vencimento” da obrigação, vem excluindo a incidência concomitante ou adicional do índice de

⁵⁷⁰ PARIZATTO, J. R. Ob. cit., p. 94.

⁵⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 95.

inflação real que tenha sido apurado, ainda que ele tenha sido expresso por percentual superior ao da variação “prefixada” pelas partes.

Ao reverso, no caso de obrigações “*posfixadas*”, em que o percentual correspondente à correção monetária é aferido no momento do vencimento da operação financeira, com base nos índices que, segundo o entendimento das partes, deveriam refletir a variação efetiva do poder de compra da moeda ocorrido no período de vigência do contrato, é óbvio que a “comissão de permanência” só engloba os juros. Neste caso o *Superior Tribunal de Justiça*, ao confirmar a incidência da “*comissão de permanência*”, à taxa de juros “pós-fixada”, para o período “*pós-vencimento*” da obrigação, vem autorizando a imposição concomitante do índice de “*correção monetária*” da obrigação, estabelecido no contrato, sem que ocorra *bis in idem* em matéria de incidência de correção monetária [...], e assim também vêm decidindo os demais Tribunais.⁵⁷²

A comissão seria assim a remuneração da operação que pode ou não, pois, conter a correção monetária. Também leciona Nardim Darcy Lemke que “*Em realidade, a correção monetária visa a manter constante o valor da moeda, enquanto a comissão de permanência busca remunerar o capital mutuado e os serviços bancários, além de, muitas vezes, para não dizer sempre, incluir nesta verba a própria correção monetária, ou parte dela (MORAIS. RT. 568/236).*”⁵⁷³

A inacumulabilidade da comissão de permanência e da correção monetária só tem razão de ser quando esta já está englobada por aquela. Quando a primeira não engloba a segunda é perfeitamente cabível a atualização do valor defasado, conforme a acertada orientação da Corte Especial no sentido de que a correção não é um *plus*, mas é o próprio débito em sua expressão atualizada.

O conteúdo da comissão deve, assim, ser desvelado pelo juiz (se necessário por perícia contábil), conferindo-lhe o mesmo tratamento dispensado aos institutos da correção monetária e dos juros, pois nada mais é (ou nada mais deve ser) do que um novo nome para a correção e os juros que incidem com a mora. Mesmo porque uma mera resolução do Banco Central não poderia cogitar em criar direito entre as partes.

É difícil encontrar acórdãos do Superior Tribunal que se debrucem sobre esta questão, em razão de que a comissão está prevista em cláusula contratual, cuja apreciação é restrita nos recursos especiais em face das súmulas n° 05⁵⁷⁴ e n° 07⁵⁷⁵ da Corte. Mas pode-se observar que no sentido exposto se posicionam os seguintes arestos do Superior Tribunal:

NOTA DE CRÉDITO COMERCIAL. MORA. AVALISTA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA.
[...]

⁵⁷² CANÇADO, R.W. LIMA, O. C. de. Ob. cit., p. 29-30.

⁵⁷³ LEMKE, Nardim D. Ob. cit., p. 105.

⁵⁷⁴ Do seguinte teor: “*A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.*”

⁵⁷⁵ Do seguinte teor: “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*”

3. A COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, QUANDO EQUIVALENTE AOS JUROS E A ESTE TÍTULO COBRADA NA FORMA DO CONTRATO, PODE SER CUMULADA COM A CORREÇÃO MONETÁRIA.

RECURSO NÃO CONHECIDO. [RESP nº 35082/SP, decisão de 07/11/1.994, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar]

FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E CORREÇÃO MONETÁRIA. INACUMULABILIDADE. ENUNCIADO N. 30 DA SÚMULA/STJ. MULTA CONTRATUAL. INCLUSÃO NO CÁLCULO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – A COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E A CORREÇÃO MONETÁRIA SÃO, EM PRINCÍPIO, INACUMULÁVEIS, NOS TERMOS DO ENUNCIADO N. 30 DA SÚMULA/STJ. EXCEPCIONANDO-SE AS HIPÓTESES EM QUE NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS TENHA RESTADO ESCLARECIDO QUE A COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, NO CASO CONCRETO, NÃO TRAGA EMBUTIDA PREVISÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

[...] [RESP nº 64290/SP, decisão de 10/06/1.996, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira]

Em conclusão, nada de novo apresenta (ou deve apresentar) a “comissão de permanência” ao jurista. Este deve esmiuçá-la, pondo a descoberto seu conteúdo, que **pode se referir** somente a juros, somente à correção monetária, ou a ambos. Em qualquer dos casos, não pode conter um aumento da taxa de juros contratada ou uma unilateral mudança de índice de correção monetária. E o tratamento dispensado a ela deve corresponder ao **tratamento** jurídico conferido a estes institutos, já abordados.

É sim possível a cobrança de comissão de permanência quando devidamente **pactuada**. A expressão não tem uma essência jurídica, e seu significado econômico não é **unívoco**. Quando inclui ou é a atualização monetária, não pode ser, por óbvio, com esta **cumulada**. Quando não inclui a atualização, sendo sinônimo de juros compensatórios, **pode incidir** concomitantemente índice de correção do capital, que nada acresce a este.

Ao juiz fica reservado o papel de destrinchar a fórmula da comissão, **impedindo** os abusos que a fórmula pode trazer. Este papel é especialmente reservado aos **tribunais** estaduais, pois a Corte Especial não se debruça sobre interpretação de cláusula contratual (esmiuçando, por exemplo, o que a cláusula da comissão na verdade contém) ou sobre reexame de prova (conforme, respectivamente, as súmulas de números 5 e 7 da Corte).⁵⁷⁶ Cabe também lembrar que resolução do Banco Central não tem força de lei, **não pode inovar**

⁵⁷⁶ Em inúmeras ementas se pode observar que o STJ se abstém de analisar o tema da comissão de permanência em função desses óbices. A exemplo a ementa no AGA 275256/RS, julgado em 07/12/2.000, que teve como Relator o Ministro Waldemar Zveiter: “AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE – ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA – INOCORRÊNCIA – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – SÚMULA 5/STJ – SÚMULA 83/STJ. [...]. II – O Tribunal a quo declarou a ilegalidade da comissão de permanência em si, por ser taxa apurada unilateralmente. Rever tal posicionamento demanda interpretação de cláusulas contratuais, o que é vedado em sede de Especial, pelo óbice contido na Súmula 5/STJ. [...]. IV – Agravo Regimental desprovido.”

na ordem jurídica, de modo que tudo que disser em contrário às linhas traçadas se tem por “não dito”.

A possibilidade de cumulação de comissão de permanência com multa ou juros moratórios será apreciada nos itens pertinentes a seguir, mas sempre se deve ter presente que tudo depende do conteúdo jurídico da comissão (correção, juros ou ambos). Com isso, o tema da comissão, antes tão complexo, se torna simples.

Por fim, cumpre ressaltar a situação legal específica dos mútuos rural, industrial e comercial, regidos respectivamente pelos decretos-leis nº 167/67, nº 413/69 e lei nº 6.840/80. Pacificou-se o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que nestes contratos específicos não cabe falar em comissão de permanência ou qualquer outro encargo resultante da mora que exceda o acréscimo de 1% à taxa de juros contratada (ressalvada a multa contratual). Como se notou que a Colenda Corte entende que para estes contratos vige a limitação da Lei da Usura, com o teto de juros de 12% ao ano, é possível no máximo em função da mora a elevação dos juros para 13% ao ano.

Isto porque a norma de regência do mútuo rural dispõe em seu art. 5º, parágrafo único, que *“Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano.”* Igualmente, a norma de regência do mútuo industrial reproduz esta disposição também no parágrafo único do art. 5º. Por sua vez, a lei do mútuo comercial determina que a este sejam aplicadas as disposições do mútuo industrial. Assim, a Corte Especial tem afastado a comissão de permanência nestes casos, conforme se constata nas recentes ementas transcritas a exemplo:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA A NORMA CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. LEI FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OFENSA NÃO CONFIGURADA. COMERCIAL. CRÉDITO RURAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 16/STJ. TR NÃO PACTUADA. PREÇO MÍNIMO DO PRODUTO. IMPOSSIBILIDADE. BTN E INPC. JUROS DE MORA DE 1% A.A. CLÁUSULA DE MAJORAÇÃO. ILEGALIDADE. MULTA MORATÓRIA DE 10% PACTUADA. INCIDÊNCIA. INDENIZAÇÃO DO PROAGRO. AUSÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. COMPENSAÇÃO EM EMBRGOS DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

- Este egrégio Tribunal fixou o entendimento de que cláusula acerca de inadimplemento de cédula rural deve observar o Decreto-lei nº 167/67, que prevê a incidência, no máximo, de juros moratórios à taxa de 1% a.a. (art. 5º, § único), acrescidos de multa de 10% sobre o montante devido, desde que expressamente pactuada (art. 71), sendo ilegal a previsão de aplicação de qualquer outra taxa, comissão de permanência ou encargo, tendente a burlar o referido diploma legal.

[...] [RESP nº 109939/MG, decisão de 16/11/2.000, Relator Ministro César Asfor Rocha]

COMERCIAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. PACTUAÇÃO EXPRESSA. SÚMULA N. 596-STF. NÃO INCIDÊNCIA EM RELAÇÃO A CRÉDITO COMERCIAL. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. LEI N. 6.840/80 E

DECRETO-LEI N. 413/69, ART. 5º. SÚMULA N. 93-STJ. MULTA MORATÓRIA. 10%. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INEXIGIBILIDADE.

[...]

II. Inobstante a possibilidade da cobrança da comissão de permanência em contratos estabelecidos pelos bancos, a cédula de crédito comercial tem disciplina específica no Decreto-lei nº 413/69, art. 5º, parágrafo único, e art. 58, que prevê somente a cobrança de juros e multa no caso de inadimplemento.

[...] [RESP nº 285924/SP, decisão de 06/02/2.001, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

Este entendimento da Corte Especial continua a considerar a comissão como ente com vida própria, como têm feito muitos tribunais, o que a perpetua como um “bicho de sete cabeças”. Uma vez desmembrada em juros e correção, torna-se claro que podem incidir a correção e os juros às mesmas taxas do que foi contratualmente fixado, mas sem **nenhum** acréscimo a mais que não a soma de 1% a título de mora sobre a taxa contratual. **Não pode** haver nenhuma elevação a mais, ainda que seja com o “obscuro” nome de comissão de permanência.

Se a comissão é apenas uma denominação para os juros, ou correção, ou ambos, torna-se óbvio que se não se pode deliberadamente aumentar estes, também não se pode instituir uma comissão em índice superior. Enfim, sempre que o jurista se defrontar com a comissão de permanência, deve desmembrá-la, de modo que não caberão maiores indagações se souber lidar com os institutos da correção monetária e dos juros.

5.3 Juros moratórios

Os juros moratórios diferem dos juros remuneratórios, embora tenham uma base comum, afinal ambos são juros, obrigação acessória. Até agora se estudaram os juros remuneratórios, que remuneram, premiam ou compensam o mutuante pela privação do capital emprestado (transferido) ao mutuário. Os juros de mora, ou moratórios, por alguns chamados de juros processuais, constituem por sua vez uma apenação e indenização pelo atraso culposo na liquidação da obrigação, visando também a preveni-lo.

Carvalho de Mendonça assim procede a distinção entre estas duas espécies de juros: *“Se os juros equivalem à recompensa do capital, dizem-se ‘compensatorios’; se visam indemnizar o credor pelo retardamento da obrigação, chamam-se ‘moratorios’.* Em essência, ambos são compensatorios na ampla significação deste termo.”⁵⁷⁷

Pontes de Miranda, após lecionar que embora os interesses sejam de regra dinheiro nem sempre isto ocorre, ressalta que *“Os interesses – juros ou outros – nada têm com os*

⁵⁷⁷ MENDONÇA, J. X. C. de. Ob. cit., 1925, v. VI, parte I, p. 304.

'juros de mora'. Aquêles são contraprestação, correspectivo do uso e fruição do capital que se emprestou. Êsses supõem o não cumprimento da obrigação, a 'mora' eficaz."⁵⁷⁸

Estabelece o art. 1.062 do diploma civil que a taxa de juros moratórios quando não convencionalizada será de 6% ao ano, e o art. 1.064 que o devedor está obrigado a tais juros moratórios independentemente de prejuízo. Em consonância com a linha liberal-individualista e patrimonialista do Código, o art. 1.262 permitia a liberdade de fixação de juros por cláusula expressa. Contudo a posterior Lei da Usura em seu artigo 5º estabeleceu que *"Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais."*

O art. 1º da lei nº 7.089/83 veio proibir a cobrança de juros de mora, por instituições financeiras, sobre título de qualquer natureza, cujo vencimento se dê em sábado, domingo ou feriado, desde que seja quitado no primeiro dia útil subsequente. O art. 3º da lei prevê que a inobservância da disposição anterior sujeita o infrator às penalidades do art. 44 da lei nº 4.595/64, dentre as quais está desde a simples advertência até multa pecuniária, suspensão do exercício do cargo, cassação da autorização de funcionamento, etc.

Tratando do mútuo assevera o art. 249 do Código Comercial: *"Nas obrigações que se limitam ao pagamento de certa soma de dinheiro, os danos e interesses resultantes da mora consistem meramente na condenação dos juros legais."* Revela contudo Carvalho de Mendonça⁵⁷⁹ que não é de "juros" que propriamente cogita o artigo, mas de "perdas e danos" resultantes do inadimplemento. E é "um" critério de avaliação das perdas e danos adotado pela lei.

Já anteriormente se observou que Fábio Konder Comparato leciona que a mora não é inadimplemento total, mas o não cumprimento da obrigação no tempo, local ou modo convencionalizados. Também se notou que é de regra a partir da mora que o débito, mesmo o contratual, deve ser corrigido monetariamente. Contudo, deve-se ainda ressaltar que a mora comercial nem sempre se efetiva do mesmo modo que a civil.

A mora do Direito Civil, com base no art. 960 do diploma pertinente, desde o inadimplemento, é a mora "ex re" ("dies interpellat pro homine"), ou seja, em que o devedor incorre "ipso iure". Já no Direito Comercial estabelece o art. 138, do Código Comercial, que *"Os efeitos da mora no cumprimento das obrigações comerciais, não havendo estipulação no*

⁵⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. Ob cit., tomo XLII, p. 61.

⁵⁷⁹ MENDONÇA, J. X. C. de. Ob. cit., 1925, v. VI, parte I, p. 303.

contrato, começam a correr desde o dia em que o credor, depois do vencimento, exige judicialmente o seu pagamento.”⁵⁸⁰

Ou seja, a mora do Direito Comercial é, diferentemente da mora civil. “ex persona”. para a qual é necessário o ato da constituição em mora, procedente do credor ou de seu legítimo representante. Há algumas exceções, quando no Direito Comercial a mora resulta mesmo da natureza das coisas (“mora ex re fit”), dentre elas quando no contrato se estipula que os efeitos da mora correm do dia em que o devedor, após o inadimplemento, não cumprisse a obrigação, independentemente de qualquer exigência (interpelação ou ação).⁵⁸¹

Então aparece a questão de se os juros moratórios são ou não, exigíveis a partir (e por causa) da mora do devedor, cumuláveis com os juros compensatórios e correção monetária. A correção monetária, como visto, não é um valor a mais que se acresce ao capital, mas sua mera atualização, recomposição, nem se questionando mais de sua incidência. Então, a pergunta a ser feita é: os juros moratórios são cumuláveis com os juros compensatórios?

Cançado e De Lima entendem que sim, bem como em uma das conclusões do Simpósio de Direito Bancário já citado se entendeu também pela cumulabilidade (conclusão nº 4, que no próximo item será transcrita). Segundo aqueles autores, “No que diz respeito à cumulação de juros compensatórios com moratórios, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de ser possível esta cumulação, que não constitui anatocismo, dada a natureza peculiar de cada qual.”⁵⁸²

Estabeleceu a súmula nº 102 do Superior Tribunal de Justiça que “A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.” Cançado e De Lima citam Humberto Theodoro Júnior, cuja opinião tem o mesmo sentido, e afirmando ainda a possibilidade da sua capitalização. Afirma este último: “Os juros de mora, em relação aos juros compensatórios, funcionam como simples mecanismo de elevação dos primeiros. Logo, sempre que for cabível a capitalização dos juros compensatórios⁵⁸³ deverá ocorrer também a dos moratórios, por força do princípio de que o acessório deve seguir o principal.”⁵⁸⁴

⁵⁸⁰ Estatui o art. 219 do CPC: “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.”

⁵⁸¹ *Idem, ibidem*, v. VI, parte I, p. 365-366.

⁵⁸² CANÇADO, R. W. LIMA, O. C. De. Ob. cit., p. 55.

⁵⁸³ A seguir se observará a incorreção desta afirmação.

⁵⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 60.

A opinião de Humberto Theodoro Júnior (o qual cita para corroborá-la Agostinho Alvim e Pontes de Miranda), no sentido da cumulação, bem se explicita no seguinte trecho, que merece ser transcrito, tratando de assuntos já versados:

É certo que, nas dívidas de dinheiro, as perdas e danos nos consistem nos juros de mora (CC. art. 1061). Isto porém não exclui o dever de manter a rentabilidade convencional a par da indenização moratória. Ou seja, a incidência dos juros da mora representa a sanção pelo retardamento culposo no reembolso da soma mutuada, o que não impede a exigibilidade durante o mesmo lapso da taxa remuneratória que se ajustou para o mútuo. Do contrário, ter-se-ia um verdadeiro locupetamento ilícito, toda vez que a taxa remuneratória convencional fosse maior que a taxa legal da mora. Todo mutuário se prevaleceria do descumprimento pontual da obrigação para continuar a usufruir do capital do mutuante mediante taxa de juros inferior à pactuada negocialmente.

E foi justamente por isso que a praxe bancária criou em favor das instituições financeiras a chamada “comissão de permanência”, que nada mais é do que a manutenção da taxa convencional de juros mesmo após o vencimento da operação de desconto ou de mútuo, tudo sem prejuízo da sanção específica da mora (juros moratórios).⁵⁸⁵

É extremamente coerente e justo que se exijam após a mora os juros compensatórios ou remuneratórios, em percentual que o mutuário já pagava antes de incidir na mora, contudo acrescido por um percentual correspondente aos juros moratórios, uma sanção que agrava a situação do devedor, numa tripa função de indenização pela mora, estímulo à pontualidade, e sanção pela impontualidade. Recorde-se que o aumento dos juros remuneratórios com a mora constitui, na verdade, uma majoração ilícita e disfarçada, de todo modo indevida. dos juros moratórios, para além do patamar máximo permitido legal, conforme já decidiu a Corte Especial em acórdãos anteriormente citados.

Os juros de mora não incidem “sobre” os juros compensatórios, o que constituiria capitalização, mas sim são “somados” a estes para incidir sobre o principal, conforme reza o art. 5º da Lei da Usura, ao permitir que pela mora os juros contratados sejam “elevados de 1% e não mais”. Para quem admite a capitalização anual de juros, ou em períodos menores no caso de leis de regência específicas que admitam, tese com que não compactuamos, os juros moratórios são capitalizados no mesmo período dos juros remuneratórios. Mas nem sempre (ao contrário do que afirma Theodoro Júnior), porque se deve estar atento à disposição do art. 253 do Código Comercial, segundo a qual “*Depois que em juízo se intenta ação contra o devedor, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros.*”

Como já se observou na abordagem do anatocismo, a disposição comercial não foi revogada nem perante a Lei da Usura nem perante a recente medida provisória que quis generalizar a possibilidade da capitalização. Deste modo, mais coerente no pensamento

⁵⁸⁵ *Idem, ibidem*, p.. 34-38.

tradicional (que admite a capitalização desde que permitida por lei e pactuada) é entender que só é possível a acumulação anual dos juros quando expressamente prevista e enquanto não há ação judicial contra o devedor, período em que este poderá estar ou não em mora devido às peculiaridades apreciadas da mora comercial. Somente no caso de estar em mora e antes de intentada ação judicial, dar-se-á lugar à capitalização dos juros moratórios juntamente (somados) com os compensatórios.

5.4 Multa contratual e cumulação com demais encargos

Segundo Washington de Barros Monteiro⁵⁸⁶, “Cláusula penal é um pacto secundário e acessório, em que se estipula pena ou multa para a parte que se subtrair ao cumprimento da obrigação, a que se obrigara, ou que apenas retardar.”⁵⁸⁷ Já fora chamada de “stipulatio poenae”, e recebe hoje o nome de cláusula penal, pena convencional, multa contratual (convencional), ou apenas multa.

Segundo o autor, tem duas funções: 1) de intimidação: funciona como meio de coerção, força intimidativa para impelir o devedor ao cumprimento da obrigação; 2) de ressarcimento: fixa, ainda, antecipadamente, o valor das perdas e danos (pretendem os contraentes se furtar aos inconvenientes da liquidação e da prova), de modo que é exigível a despeito da efetiva ocorrência de dano. Desta sua segunda função decorre estreita analogia com as perdas e danos, só que enquanto estas são apuradas depois, na cláusula penal o “quantum” vem de antemão arbitrado.

Distingue o autor a cláusula penal, com base no art. 917, do Código Civil, em cláusula penal que se refere à inexecução completa da obrigação, à inexecução parcial (cláusula especial), e ainda a que se refere à mera mora, denominando-a nos dois primeiros casos de compensatória e no último de moratória. Mas, como observaria Comparato, todos são casos de mora, na correta aceção desta. No primeiro caso, na linha de Monteiro, o credor opta entre a prestação e o valor da cláusula. No segundo caso, tem o credor a faculdade de exigir tanto a pena quanto a prestação da obrigação principal. No terceiro, há a multa moratória ou compulsória, exigível também com a prestação.

O Código Civil, no art. 920, limita o valor da cláusula penal ao da obrigação principal, que não pode exceder. A Lei da Usura, no art. 9º, afirma a invalidade da cláusula penal de valor superior a 10% do valor da dívida. Estabelece o art. 924 do diploma civil que, cumprida

⁵⁸⁶ MONTEIRO, W. de B. Ob. cit., v. 4, p. 216-237.

em parte a obrigação pelo devedor, o juiz pode reduzir proporcionalmente a multa estipulada. É medida de proteção do devedor de ordem pública, podendo o juiz proceder aí de ofício. É uma medida de equidade, e está na “faculdade” do juiz. Salvo as exceções do art. 924 e 920, a cláusula penal é irredutível, não se podendo alegar sua excessividade, segundo o art. 927, segunda alínea, do Código Civil.

O Código de Defesa do Consumidor prevê no § 1º do art. 52, com nova redação dada pela lei nº 9.298 de 1º de agosto de 1.996, que *“As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.”* Antes da alteração legislativa dispunha o parágrafo que a multa de mora não podia ser superior a 10% do valor da prestação.

O texto, portanto, vem reduzir a aplicação da multa de mora a um percentual de 2% para o caso do inadimplemento inclusive do mútuo bancário, pois se insere no art. 52, o qual regula o “fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor”. Cabe lembrar que o conceito de consumidor deste artigo (inserto no capítulo VI do Código do Consumo), é o conceito do art. 29 (inserto no capítulo V) do diploma do consumo, que reza que *“Para os fins deste Capítulo e do seguinte equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”*

A regra jurídica em comento é de ordem pública, como as demais do CDC (art. 1º). Segundo Rodrigues Alves, não cabe invocação de direito adquirido aos contratos já celebrados, porquanto assente no STF que não prevalece direito adquirido contra ordem pública. Afirma o autor: *“Ademais, se no contrato há cláusula a prever a multa em percentual superior a dois por cento, por exemplo em dez por cento do valor da prestação em atraso, não se pode deixar de considerá-la nula, na medida que são absolutamente inválidas as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigação abusiva (art. 52, IV, do CDC), ou que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 5, XV, do CDC).”*⁵⁸⁸

Contudo, não é a posição assumida pela Corte Especial, como retratam as seguintes ementas:

COMERCIAL. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. JUROS. LIMITAÇÃO (12%AA). AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). INCIDÊNCIA. MULTA. INACUMULAÇÃO. LEI N. 4.595/64. REDUÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE.
[...]

⁵⁸⁷ *Idem, ibidem*, v. 4, p. 216.

⁵⁸⁸ ALVES, V. R. Ob. cit., p. 251.

II. A redução da multa moratória de 10% para 2%, tal como definida na Lei n. 9.296/96, que modificou o Código de Defesa do Consumidor, somente é possível para os contratos celebrados após a sua vigência. Precedentes da Corte.

[...] [RESP n° 283095/MG, decisão de 28/11/2.000, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

COMERCIAL. CONTRATO BANCÁRIO. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI N. 4.595/64. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. SÚMULA N. 596-STF. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. MULTA. INACUMULAÇÃO. LEI N. 4.595/64. REDUÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

III. A redução da multa moratória de 10% para 2%, tal como definida na Lei n° 9.296/96, que modificou o Código de Defesa do Consumidor, somente é possível para os contratos celebrados após a sua vigência. Precedentes da Corte.

[...] [RESP n° 235380/MG, decisão de 28/03/2.000, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]⁵⁸⁹

É interessante aqui tratar da possibilidade, ou não, da cumulação da multa contratual com os encargos decorrentes do inadimplemento já apreciados: correção monetária, juros compensatórios, comissão de permanência e juros moratórios. Quanto à correção e aos juros compensatórios não há mais dúvidas de que são exigíveis até o final pagamento do mútuo, não havendo óbice à incidência conjunta da multa moratória, já que são institutos de natureza jurídica diversa.

Quanto à comissão de permanência, como já ressaltado diversas vezes, não é um novo instituto jurídico, devendo ser posto seu conteúdo a descoberto. Sendo este constituído de correção monetária e juros compensatórios é hipótese idêntica: tratam-se de institutos de natureza diversa, não havendo empecilho à aplicação concomitante. Contudo há autores que, talvez devido à obscuridade com que vêm a comissão de permanência, quando procuram enxergar nela um instituto autônomo, concluem ser a comissão e a multa moratória inacumuláveis. Outro problema, a ser analisado detidamente depois deste último, surge quando da aplicação simultânea da multa moratória e juros moratórios.

Os participantes do “Simpósio sobre as Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica” entenderam, em sua 4ª conclusão (por maioria), que “Além da comissão de permanência e juros de mora, é exigível a multa contratual.”⁵⁹⁰

Contudo, no decorrer do Simpósio, os dois juízes que trataram do tema da cumulação da comissão de permanência e multa contratual, entenderam por sua inacumulabilidade. O

⁵⁸⁹ No mesmo sentido também o RESP n° 232266/SC, decisão de 04/05/2.000, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior.

⁵⁹⁰ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1.988 : Curitiba). **Conclusões do Simpósio** ob. cit., p. 149.

juiz paranaense Carlos Vitor Maranhão de Loyola⁵⁹¹ entende que a comissão de permanência, estipulada pela resolução nº 1.129 de 1.986, do Banco Central, só sendo exigível após o inadimplemento da obrigação pecuniária, conserva, dentre outras funções, a de ressarcir o credor dos prejuízos decorrentes do atraso. Tem ela o caráter de cláusula penal. É composta do índice de correção monetária, dos juros remuneratórios do capital mutuado e da taxa de remuneração dos serviços bancários. A incidência da multa e da comissão seria um “bis in idem” intolerável.

Ressalta o magistrado que o item II da resolução veda a cobrança da multa, conforme sua redação que assim dispõe:

I – Facultar aos Bancos Comerciais, Bancos de Desenvolvimento, Bancos de Investimento, Caixas Econômicas, Cooperativas de Crédito, Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento e Sociedades de Arrendamento Mercantil cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além dos *juros de mora* na forma da legislação em vigor. ‘*comissão de permanência*’, que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado no dia do pagamento.

II – Além dos encargos previstos no item anterior, não será permitida a cobrança de quaisquer outras quantias compensatórias pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos.

O também juiz paranaense Nei Roberto Guimarães⁵⁹², do mesmo modo, entende inacumuláveis comissão de permanência e multa contratual. Anota corretamente que a correção monetária é mera atualização, destinando-se a resguardar o valor do capital mutuado em razão da depreciação que sofreu no valor nominal da moeda, ou seja, é “simples atualização do capital, sem qualquer acréscimo”. Já a comissão de permanência, comportando a correção, comporta também acréscimo, tendo função remuneratória também do tempo decorrido. A multa contratual é cláusula penal, que incide com o inadimplemento.

Deste modo entende o magistrado que a comissão, ao trazer a correção e a remuneração do capital, remuneração frente ao inadimplemento, é uma pena pelo atraso do devedor. Aplicar as duas, daí, é submeter o devedor a “duas penas pelo mesmo delito”. Mas note-se que o autor afirma também que “*A cumulação da correção monetária com a multa contratual, e mais os juros* (aos de mora se refere o autor), *se constitui, segundo o prisma enfocado nestas considerações, em algo ético e juridicamente aceitável. posto que a correção*

⁵⁹¹ SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1.988 : Curitiba). LOYOLA, Carlos Vitor Maranhão de. **Inadmissibilidade de cumulação de comissão de permanência com multa contratual**, ob. cit., p. 87-90.

⁵⁹² SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1.988 : Curitiba). GUIMARÃES, Nei Roberto. **Inadmissibilidade de cumulação de comissão de permanência com multa contratual**, ob. cit., p. 91-99.

apenas atualiza o capital, os juros correspondem pela renda do dinheiro. e a multa contratual trata apenas da cominação pela inadimplência.”⁵⁹³

Coloca o autor a competência do CMN para disciplinar as condições do crédito como algo inquestionável, e coloca como de inquestionável autoridade as resoluções. A resolução que instituiu a comissão de permanência faculta a sua cobrança, aliada aos juros moratórios, mas no item II proíbe a cobrança de outros acréscimos, a qualquer título. E o contratante não deve cumprir por inteiro o que contratou, mas apenas o que é legal ou juridicamente permitido. Deste modo, são inacumuláveis a comissão de permanência e a multa contratual.

Neste sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, conforme transparecem as recentes⁵⁹⁴ ementas que se seguem⁵⁹⁵:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 535 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITO INFRINGENTE. POTESTIVIDADE DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. HIPÓTESE EM QUE HOVE REVELIA E CUMULAÇÃO COM MULTA CONTRATUAL. INADMISSIBILIDADE.

- Ausente omissão, contradição ou obscuridade, rejeitam-se os embargos de declaração com propósito infringente e que busca reforma de juízo negativo de admissibilidade de recurso especial.

- É assente na Jurisprudência pátria que são inacumuláveis a comissão de permanência e a multa contratual. [EDAGA nº 337332/RS, decisão de 17/05/2.001, Relatora Ministra Nancy Andrighi]

Direito Comercial. Agravo no recurso especial Ação de conhecimento. Rito ordinário. Contrato de abertura de crédito. Relação de consumo. CDC. Aplicabilidade. Comissão de permanência. Cumulação com multa e juros moratórios. Inadmissibilidade.

- O contrato de abertura de crédito, caracterizada a relação de consumo, está subordinado ao regime do CDC.

- É defesa a cumulação da comissão de permanência com os encargos de multa e juros moratórios.

- Agravo no recurso especial a que se nega provimento. [ADRESP nº 292984/RS, decisão de 22/05/2.001, Relatora Ministra Nancy Andrighi]

COMERCIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). RECONHECIMENTO NO TRIBUNAL A QUO DA AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. TESE INAMOVÍVEL NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. MULTA. INACUMULAÇÃO. LEI N. 4.595/64.

I. Fundando-se o acórdão recorrido exclusivamente na auto-aplicabilidade do limite de juros remuneratórios inscrito no art. 192, § 3º, da Carta Constitucional, impossível sua reforma no âmbito do recurso especial.

II. A existência de cláusula permitindo a cobrança de comissão de permanência com suporte na Lei n. 4.595/64 c/c a Resolução n. 1.129/86-BACEN, não pode ser afastada para adoção da correção monetária sob o simples enfoque de prejuízo para a parte adversa. Todavia, a concomitante previsão contratual de multa por inadimplência e juros, reconhecida pelo aresto a quo, exclui a comissão de permanência, de acordo com as normas pertinentes à espécie.

⁵⁹³ *Idem, ibidem*, p. 97.

⁵⁹⁴ Há tempos que o STJ tem decidido neste sentido. Em 1.994 já se observam acórdãos com o mesmo conteúdo, mas o assunto não era ainda unânime, como demonstra o acórdão que foi julgado por maioria de votos, traduzido na seguinte ementa: EXECUÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MULTA CONTRATUAL. A MULTA CONTRATUAL E A COMISSÃO DE PERMANÊNCIA NÃO SE AGREGAM. RECURSO ESPECIAL DENEGADO. MAIORIA. [RESP nº 34549/MG, decisão de 17/11/1.994, Relator Ministro Fontes de Alencar]

⁵⁹⁵ Confirmam-se também, a exemplo, os RESPs nº 235380/MG, decisão de 28/03/2.000, e nº 279022/RS, decisão de 06/02/2.001, ambos de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior.

III. Recurso especial de fls. 295/305 não conhecido. Recurso de fls. 264/268 conhecido e desprovido. [RESP nº 267933/MS, decisão de 22/03/2.001, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

COMERCIAL. CONTRATO BANCÁRIO. SÚMULAS Nº 282 E 356 DO STF. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INACUMULABILIDADE COM MULTA. LEI 4.595/64.

I. Incidência das súmulas nºs 282 e 356 do STF a obstar a admissibilidade recursal no tocante à capitalização de juros, à novação e ao cerceamento de defesa.

II. São inacumuláveis a multa com a comissão de permanência, em razão do veto contido na Resolução 1.129/86 – BACEN, que editou decisão do Conselho Monetário Nacional proferida com suporte na Lei nº 4.595/64.

III. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido. [RESP nº 292330/RJ, decisão de 13/03/2.001, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior]

Grande parte do raciocínio dos juízes citados, seguido pelos arestos acima, parte do significado equívoco da expressão comissão de permanência, já que seu conteúdo varia, parecendo às vezes um instituto jurídico com vida própria e obscuro, intangível, que gera uma remuneração exacerbada do capital. Ainda mais então se sobre ela incidir juros moratórios e multa...

Em verdade, contudo, a comissão de permanência pode se constituir em correção monetária, ou juros contratuais remuneratórios, ou em ambos, mas nunca ir além disto. Se for além disto, será ilegal, pois sem amparo na legislação, já que resolução não pode criar direito entre as partes inovando no mundo jurídico. Como se observa novamente, a abordagem da comissão de permanência em termos jurídicos é simples, porque ela não existe em si, não é uma nova fórmula jurídica, mas remete a outras tradicionalmente estudadas. Já verificou-se a legitimidade da cobrança tanto da correção monetária quanto dos juros remuneratórios após a mora. Assim, se a multa tiver natureza jurídica diversa da correção e dos juros remuneratórios, poderá ela incidir sobre o débito, sem risco de incorrer em *bis in idem*.

A natureza da correção monetária é de mera atualização do principal, não sendo acréscimo, mas mera “recomposição” do principal. A natureza dos juros compensatórios é de remuneração do capital, ou seja, é um prêmio, interesse, em razão do uso do capital pelo mutuário e privação dele pelo mutuante. A multa moratória tem natureza jurídica múltipla de sanção e indenização pela mora, e prevenção desta. Assim sendo, pode incidir ainda sobre o principal, além da correção e juros remuneratórios, a multa contratual, pois tem natureza jurídica diversa daqueles dois institutos.

Questão diversa é a da incidência da multa moratória concomitantemente com os juros moratórios. Reza o art. 1.061 do Código Civil: “As perdas e danos, nas obrigações de pagamentos em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional.” Deste modo, percebe-se que o devedor de uma prestação pecuniária sem juros

remuneratórios (por exemplo, o comprador na compra e venda), ou o devedor de uma prestação não pecuniária reduzida a dinheiro com o inadimplemento, passa a dever tanto o juro moratório quanto a multa contratual (*pena convencional*), sobre o valor pecuniário. Esses devedores devem ambos os encargos.

Nestes casos, tanto juros moratórios quanto multa contratual se destinam a coibir o inadimplemento (prevenindo e punindo), bem como a ressarcir o credor dos danos. A cláusula penal é uma prefixação das perdas e danos que não se relaciona diretamente com o lapso temporal do inadimplemento, enquanto os juros de mora se relacionam.

Mas nas dívidas de dinheiro que rendem juros não pode ser aplicado o mesmo raciocínio, pelas razões evidentes que serão expostas. Se interpretado literalmente o artigo 1.061 do Código Civil, que estabeleceu que as perdas e danos englobam tanto multa moratória quanto os juros moratórios, para obrigações de pagamento em dinheiro, se excluiriam no período da mora os juros remuneratórios do capital. Deste modo, frente ao nível das taxas de juros remuneratórios atual, seria preferível ao devedor tornar-se inadimplente, se os mesmos juros contratuais pagos anteriormente ao vencimento não devessem ser pagos também depois, sob a modalidade de “juros compensatórios”, ou mesmo englobados na “comissão de permanência”. A cláusula penal não bastaria a coibir o inadimplemento, nem mesmo os juros moratórios.

Deste modo, a doutrina e a jurisprudência corretamente construíram o entendimento pelo qual mesmo após a mora continua o devedor obrigado aos juros remuneratórios, assunto já abordado. Os juros compensatórios respondem pela “prorrogação forçada do mútuo” (embora juridicamente não ocorra prorrogação, mas inadimplemento⁵⁹⁶). Como no aluguel de um imóvel. A simples continuidade na cobrança dos juros compensatórios não é um apenamento, como já visto, mas decorre do próprio equilíbrio contratual. Mas essa mesma doutrina e jurisprudência esqueceu-se de adaptar ou reler o artigo 1.061, do Código Civil, à luz de sua construção.

O dispositivo civil trata das perdas e danos, o que o mutuante efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar. Mas aquilo que o mutuante perdeu, e o que deixou de lucrar, com a mora na devolução do principal, constitui justamente nos juros remuneratórios que perceberia na ocasião de eventual empréstimo do principal caso fosse a tempo restituído.

⁵⁹⁶ Veja-se o que afirma Pontes de Miranda, em ob. cit., v. 42, p. 56: “Se o mutuante deixa, após o vencimento, de exigir a restituição, há mora (se mercantil o mútuo, de eficácia com a interpelação judicial), e não prorrogação, nem renovação.”

E esses juros remuneratórios o mutuário continua pagando após a mora, segundo a construção doutrinária e jurisprudencial. Isto implica necessariamente uma releitura do art. 1.061 do Código Civil.

Apesar de os juros compensatórios, uma remuneração após a mora, aproximarem-se das perdas e danos, prestando-se a uma indenização, seriam inócuos como fator de penalização pela mora, já que antes da mora o devedor já os suportava. Embora o caráter indenizatório do art. 1.061 tenha sido substituído pela correta construção jurisprudencial, em prol do mutuante, no sentido da permanência dos juros remuneratórios após a mora, esta construção doutrinária e jurisprudencial não abrangeu o caráter sancionatório e preventivo dos institutos do artigo 1.061 do Código Civil. De outro lado, não mais se justifica, de modo algum, em face da construção, a incidência dos dois institutos concomitantemente.

Tanto os juros de mora quanto a pena convencional, articulados no dispositivo civil, têm por função a indenização das perdas e danos, a sanção e prevenção relativas ao inadimplemento. No mútuo bancário estes institutos não exercem a função indenizatória exercida pelos juros compensatórios. Visam, sim, a coibir o inadimplemento, já que o juro compensatório nada coíbe, já que o cliente tomou o mútuo com este mesmo encargo. Além disso, a taxa dos juros é fixada pelo banco tendo em vista o tempo do mútuo. Se a taxa fosse maior para um período maior, a situação incentiva o cliente de má fé a tomar mútuo por tempo menor e inadimplir, se somente houver incidência dos juros compensatórios.⁵⁹⁷

Deste modo, é cabível sim a incidência, além dos juros remuneratórios, de um instituto que sancione e previna a mora. Contudo, a dupla incidência de juros moratórios e de multa contratual é *bis in idem* injustificável, é dupla penalização do devedor pelo mesmo fato, é extorsão.

O artigo 1.061 deve ser adaptado à construção jurisprudencial. Se na dívida de dinheiro que não rendia juros remuneratórios ainda havia algum sentido, pois a cláusula penal ressarcia pelos danos da mora aferidos antecipadamente, com efeitos imediatos, e os juros moratórios ressarciam proporcionalmente ao lapso temporal da mora, a dupla incidência dos institutos não tem a menor razão de ser no contrato de mútuo bancário, o qual é alcançado pela construção doutrinária e jurisprudencial de continuidade dos juros remuneratórios.

⁵⁹⁷ Isto, por sinal afasta também a tese dos dois juízes supra-citados, que por sinal não fora acolhida no Simpósio, na conclusão nº 4, já transcrita. Defendiam os juízes a inacumulabilidade de multa com comissão de permanência. Contudo, se a comissão engloba os juros remuneratórios, o seu afastamento para a simples incidência da multa é flagrante estímulo à inadimplência.

Na medida em que no mútuo bancário os juros moratórios e a cláusula penal não desempenham papel propriamente indenizatório (mas apenas sancionatório-preventivo), e ante à impossibilidade de incidência de dois institutos com a mesma natureza jurídica (num *bis in idem* injustificável e decorrente da atrasada interpretação do art. 1.061 do diploma civil em relação à construção jurisprudencial), deveria a princípio a instituição financeira optar entre a cobrança dos juros moratórios ou da multa moratória, no mútuo bancário.

Mas a rigor escolha não há, por parte do banco, em face dos princípios civis e comerciais de interpretação contratual em prol do devedor, em face do princípio de interpretação dos contratos de adesão em prol do aderente, bem como em face do princípio de Direito do Consumo de interpretação em benefício do consumidor. Assim, prevalece o instituto menos gravoso ao devedor, *in concreto*, dentre a multa moratória e os juros moratórios, se previsão legal não houver que imponha um dentre os dois encargos.

Se se considerar que a resolução nº 1.129/86 do Banco Central tem força jurídica, não existiria a opção pelo instituto menos gravoso ao devedor, sendo sempre devidos os juros moratórios, somados à comissão de permanência (juros compensatórios e correção monetária), e nunca a multa contratual, conforme redação do seu item II. Contudo a posição mais coerente é no sentido de que a resolução não pode inovar no ordenamento jurídico, prevalecendo em face dela o instituto mais favorável ao devedor.

Por outro lado, inexistente essa opção se for resgatado do esquecimento o artigo 249 do Código Comercial, lei especial em relação ao Código Civil, e que estipula ao tratar do mútuo mercantil: “*Nas obrigações que se limitam ao pagamento de certa soma de dinheiro. os danos e interesses resultantes da mora consistem meramente na condenação dos juros legais.*” Este dispositivo estabelece que serão devidos “meramente” os juros moratórios, o que implica obrigatoriamente a inacumulabilidade com a multa moratória. É regra cuja aplicação é mais uma questão de memória do que de validade, pois sobre o mútuo mercantil prevalece a especialidade do Código Comercial frente a generalidade do diploma civil.⁵⁹⁸

⁵⁹⁸ Pontes de Miranda, embora reconheça a validade do artigo da lei comercial, abordou-o de modo diverso, entendendo que sua interpretação deve ser feita em conformidade com a do art. 1.061 do Código Civil, mas com uma ressalva relevante: se o mutuante quiser cobrar a multa contratual além dos juros moratórios deve comprovar o prejuízo. Assim tratou da cumulação dos juros moratórios, na taxa legal ou maior, e da cláusula penal, em ob. cit., v. 42, p. 78: “*Primeiramente, advirta-se que os juros moratórios podem ter sido fixados abaixo ou acima da taxa legal. Em segundo lugar, devemos de interpretar o art. 249 do Código Comercial como ressaltante da pena convencional, à semelhança do Código Civil, art. 1061. Ambas as regras jurídicas só se referem a obrigações pecuniárias, sendo que a da lei comercial se limitou a falar do mútuo. Porém, mesmo a respeito do mútuo, a atitude do intérprete do art. 249 do Código Comercial tem de ser a que [...] o mutuante não tem de provar os danos se apenas cobrar os juros moratórios. Tem, porém, o ônus de alegar e provar os danos*”

Num país em que se preconiza a limitação da taxa de juros a 12% ao ano (que é bem superior à de diversos países desenvolvidos), o acréscimo de 1% ao mês a título de mora significa um aumento da remuneração bancária em 100%, duplicando o ônus a ser suportado pelo devedor, constituindo uma penalização-prevenção bem mais do que suficiente. Em razão da construção doutrinária e jurisprudencial pela qual permanecem os juros remuneratórios após a mora, o banco lucra o mesmo que se houvesse emprestado o valor, e até mais no caso de aplicação dos juros moratórios!!

Também João Luiz Coelho da Rocha entende inacumuláveis, por outras razões, a multa contratual e os juros moratórios, *verbis*: “Mas, de certo, não há que pretender o acúmulo dos juros moratórios com multa de igual natureza, assim se devendo extrair do disposto no art. 1.061 do CC, por isso que a pena convencional ali referida, é obviamente a pré-fixação compensatória das perdas.”⁵⁹⁹

Rodrigues Alves entende também pela inacumulabilidade, afirmando: “[...] *abstraida a estrutura superficial da linguagem jurídica, tem-se que todo e qualquer acréscimo além dos juros de mora e atualização monetária não se consideram como estipulação de pena, ‘stipulatio poenae’.*”⁶⁰⁰ Entende pertinente o art. 924 do diploma civil, que permite redução proporcional da pena quando cumprida parcialmente a obrigação, citando *jurgado* que reconhece esta pertinência, devendo ser aplicado frente às circunstâncias do caso (boa fé do devedor, bom procedimento, recessão do país, grande carga penalizadora – tanto faz compensatória como moratória – , etc.).

Carvalho de Mendonça já em sua época tece consideração pertinente a toda essa carga de cumulações exorbitantes impostas nos empréstimos: “Se a usura for de tal ordem que apresente enorme e escandalosa desproporção entre a prestação, objecto da obrigação, e os juros, não importará em falta real de prestação, affectando um dos requisitos essenciaes do contracto? Não surgirá um negocio juridico contrario aos bons costumes? É questão digna de estudo.”⁶⁰¹ Reconhece assim o renomado autor que não pode haver condescendência do direito com a radical desproporção entre o principal e o acessório, hipótese que está para além de mera conjectura em nossa realidade.

que sofreu além da taxa legal dos juros moratórios, ou do que se estipulou, no contrato de mútuo, como juros moratórios.”

⁵⁹⁹ ROCHA, João Luiz Coelho da. Ob. cit, p. 81.

⁶⁰⁰ ALVES, V. R. Ob. cit., p. 246.

⁶⁰¹ MENDONÇA, J. X. C. de. Ob. cit., v. VI, parte I, p. 308.

Com relação a esta desproporcionalidade é aplicável também o Código de Defesa do Consumidor, ao erigir como direito básico do consumidor, no art. 6º, V. “*A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*”. Este direito pode ser invocado frente a cumulações que tornem desproporcional, muito onerosa, a dívida do consumidor. Mas isto não afasta a ampla gama de possibilidades para afastar a desproporcionalidade em relações que não são de consumo, como o instituto da *lesão*, a usura real, o princípio da comutatividade e igualdade contratual, etc.

Por fim, cumpre observar que de acordo com a súmula nº 616 do STF “*É permitida a cumulação da multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do Código de Processo Civil Vigente.*” Isto veio afastar em parte a estipulação do art. 8º da Lei da Usura, que reza: “*As multas ou cláusulas penais, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados, e não poderão ser exigidas quando não for intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação.*”

O fundamento desta súmula, como nota Parizzato, está em que a multa contratual “[...] tem a finalidade de impor uma sanção ao devedor inadimplente e os honorários advocatícios representam a remuneração do advogado, a quem estes pertencem (Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994, art. 22⁶⁰²).”⁶⁰³

⁶⁰² O art. 23 da lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, estabelece: “Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.”

⁶⁰³ PARIZZATO, J. R. Ob. cit., p. 19.

PARTE IV - CONCLUSÕES

Na introdução do esforço monográfico se destacou que as verdades que se desvelariam ao longo da tarefa seriam parciais, e não absolutas. As “verdades” são condicionadas pelos pontos de partida ou pressupostos do conhecimento, bem como pela historicidade do sujeito e do objeto do conhecimento (tempo, lugar, circunstâncias objetivas e subjetivas). Mas estas “verdades científicas” não somente sofrem influxo da realidade, mas também condicionam esta mesma realidade. Conhecimento e realidade interagem numa via de dupla mão, de modo que avulta a responsabilidade do sujeito que produz o conhecimento, sendo chamado para firmar um compromisso com o mundo que deseja construir.

Desde logo se firmaram como pressupostos: a abertura do sistema jurídico e a necessidade de interdisciplinariedade e transdisciplinariedade do conhecimento; os fenômenos da fragmentação e constitucionalização do Direito Privado; a supremacia da Constituição, que opera uma inversão na hierarquia valorativa (do ter para o ser) dos velhos Códigos, aplicando-se diretamente nas relações interprivadas; que o saber produzido deve contribuir para a “re” construção do contrato de mútuo bancário, sob uma perspectiva socialmente funcionalizada.

Por outro lado, firmou-se de início um compromisso com a exposição da realidade prática do direito, na qual ainda se opera com os velhos conceitos, objetivo para o qual contribuiria em muito a consulta jurisprudencial, que foi largamente utilizada no tratamento da correção monetária e dos juros.

O esforço monográfico andou em cima do muro. De um lado procurou não cair no mundo do ideal, produzindo uma teoria tão distante da realidade prática que não se prestaria a atuar sobre esta; de outro, procurou não cair completamente no mundo real, na prática cega desprovida de teoria, ou imbuída de uma teoria alienada, reprodutora e legitimadora de uma realidade social que somente agrada à pequena fatia privilegiada da população. Deste modo andou o trabalho pelos caminhos da enraizada dogmática, contudo reiteradamente parou e se debruçou sobre *topóis* argumentativos, introduzindo no velho discurso uma retórica emancipadora.

Para analisar a correção monetária e os juros no mútuo bancário, foi preciso um estudo prévio do contrato bancário de mútuo, a que se dedicou a parte I da monografia, com forte nota dogmática. O mútuo bancário foi contextualizado no âmbito dos contratos bancários. O contrato bancário é aquele em que o sujeito banco atua como comerciante, no exercício da mercancia como profissão habitual. O contrato bancário tem por características: a) é instrumento de operação de crédito; b) implica rígida contabilidade; c) revela complexidade e busca simplificação; d) é realizado com profissionalidade e comercialidade; e) prevalece a informalidade; f) há dever jurídico de sigilo; g) é realizado em massa; h) é contrato de adesão e formulário; i) submete-se a específica interpretação contratual, materialmente isonômica.

Estas três últimas características foram bem destacadas, pois aí se localiza o primeiro *topói* argumentativo introduzido. O desequilíbrio de forças, entre o elaborador do contrato e o aderente, engendra a necessidade da atuação do Estado e do intérprete em prol do último, para compensar, por meio de uma desequiparação jurídica, a desigualdade econômica, técnica, etc. Se se considerar que o contrato de adesão não tem natureza contratual (corrente minoritária), aumenta mais ainda o espaço de atuação do intérprete ou julgador para promover a justiça na relação encetada.

O Direito Bancário é quiçá um novo ramo jurídico, havendo muitos autores que defendem sua autonomia. Surge em função do princípio da igualdade, quando o legislador passa a conferir tratamento diferenciado aos desiguais. Esse novo ramo sofre influxo de muitas normas de Direito Público, dos costumes e práticas bancários e de inúmeros instrumentos normativos editados pelo Banco Central. Contudo o poder regulamentar deste órgão do Executivo é limitado, não podendo em face das normas e princípios constitucionais, produzir normas que inovam no mundo jurídico, criando direito entre as partes.

Ao contrato bancário, tendo em vista as regras de solução de antinomias com especial relevo para a da especialidade, aplicam-se os Direitos Civil, Comercial, Bancário e do Consumidor. O Código do Consumidor não trouxe somente um conceito de consumidor, mas vários. Sempre que o cliente do banco se enquadrar no conceito de consumidor, sobre a sua relação com o banco incidirão as normas do consumo pertinentes a tal conceito, pois o banco é fornecedor e suas práticas são regidas claramente pelo diploma do consumo.

Regem o contrato bancário com prioridade as normas de consumo aplicáveis. Subsidiariamente, são aplicadas as normas bancárias. De modo sucessivo e novamente subsidiário à regração assim formada, incidem as normas comerciais. Por último, naquilo que

não derogado pelas fases anteriores, aplicam-se as normas civis. Embora as normas civis sejam as últimas na ordem de prioridade, de prevalência qualitativa, elas predominam quantitativamente. Assim se dá com o mútuo bancário.

O mútuo bancário, embora seja especificamente um contrato bancário, enquadra-se no gênero dos contratos comerciais. O mútuo feito pelo banco sempre é comercial, mesmo que o mutuário não seja comerciante, pois a instituição financeira intervém na qualidade de comerciante (em atividade habitual e visando ao lucro), e o direito pátrio não admite atos anfíbios ou bifrontes (integridade ou indecomponibilidade do ato comercial).

Um dos mais antigos contratos de que se tem notícia, o mútuo bancário passou ao longo da história por reprimendas relativas à aversão pela usura. O conceito de mútuo bancário é, basicamente, o conceito do mútuo civil, agregados os elementos típicos do contrato bancário. Assim, é o empréstimo de bem fungível para consumo, obrigando-se o mutuário cliente a restituir o *tantundem* (em mesmo gênero, quantidade e qualidade), mais os encargos pactuados (dada a onerosidade do contrato), ao mutuante banco. A prática notabiliza como bem fungível por excelência do mútuo bancário a moeda (dinheiro físico ou moeda escritural, crédito). O dito “mútuo de firma” não é em verdade mútuo bancário, e ao “mútuo de títulos” se aplica a maior parte das considerações relativas ao mútuo de moeda.

O banco instrumentaliza por meio do contrato de mútuo uma operação ativa, realizando uma prestação pecuniária presente (com o dinheiro captado nas operações passivas), contra uma prestação pecuniária futura. É um contrato real, unilateral, oneroso e temporário. O objeto do contrato de mútuo bancário é a operação pela qual se dá o mútuo, a operação ativa bancária assinalada. Já o objeto direto da relação jurídica obrigacional de mútuo é a prestação de dar (restituir) o equivalente (em bem fungível), e o objeto indireto da relação obrigacional de mútuo é um bem fungível, normalmente a moeda.

No mútuo a entrega da coisa fungível ao mutuário (que transfere a propriedade), e o consenso, são pressupostos ou condições de existência do contrato. São efeitos jurídicos do pacto a obrigação do mutuário de restituir o equivalente e de pagar os juros e encargos, do modo avençado (no prazo, local, e nas taxas, pactuados), afora outras obrigações do mutuário contratualmente estabelecidas. O Código de Defesa do Consumidor permite o adimplemento antecipado da obrigação pelo mutuário, com a redução proporcional de encargos.

O sujeito ativo do contrato sempre é o banco. Os requisitos quanto ao sujeito passivo, o cliente mutuário, são os mesmos do mútuo civil, acrescentando-se as particularidades

ditadas pela lei nº 4.595/64. A forma e a prova do mútuo bancário são tomadas pelas mesmas particularidades da forma e prova do mútuo comercial. Legalmente o contrato é informal (salvo quando firmada garantia que exija instrumento público), e as operações do mercado financeiro são cada vez mais informais. Contudo, via de regra, o contrato é realizado na modalidade escrita, com fins probatórios.

As garantias no mútuo bancário podem ser reais ou pessoais, impondo as normas de consumo se viabilize o pleno conhecimento, pelo cliente mutuário, da obrigação acessória assumida. Os títulos de crédito que o próprio cliente mutuário assina e entrega ao banco não são propriamente garantia, mas constituem um “atalho” para a cobrança judicial, na medida em que substituem o controle de uma situação jurídica material pelo de uma situação jurídica formal. Também cumpre destacar que o mútuo é contratual, e não cartular, de modo que se não for firmado contrato escrito, nem por isso os títulos “são” o mútuo, mas constituem um meio de prova e de cobrança do contrato de mútuo informal que está subjacente. *“É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”* (súmula nº 60 do STJ).

O tema da correção monetária e dos juros, no contrato bancário de mútuo, é normalmente entendido com dificuldade pelos juristas, porque está numa zona fronteira entre o direito e a economia, envolvendo noções jurídicas e econômicas.

A moeda sempre tem um valor nominal e um valor efetivo, ou poder aquisitivo. A inflação, ou desvalorização da moeda, introduz um fator de desigualdade no contrato, o qual deve ser contornado pela correção monetária. Assim sendo, a doutrina valorista tem predominado, em detrimento do nominalismo. O curso legal ou forçado da moeda não é empecilho para a atualização monetária, pois enquanto o curso legal ou forçado respeita apenas à circulação da moeda nacional, a atualização respeita ao seu poder aquisitivo.

Até a década de 80, a jurisprudência pátria reconhecia o princípio da reserva legal da correção monetária no campo das dívidas pecuniárias (ou de dinheiro), só sendo possível a atualização quando lei a previa. Uma das primeiras leis a permitir a correção foi a lei nº 4.595/64, facultando ao Conselho Monetário Nacional instituir fator corretivo nos contratos bancários, o que desde logo fez através da comissão de permanência. Mas jurisprudência evoluiu em relação aos contratos em geral, e acabou por perder importância a outrora rígida distinção entre dívidas de dinheiro e de valor.

O entendimento dos tribunais brasileiros, desde o julgamento do RE nº 110.436, em 1.987, pelo Supremo Tribunal Federal, pacificou-se no sentido de que é possível e devida a correção de ambas as dívidas (pecuniárias e de valor), desde a mora, independentemente de lei, reconhecendo implicitamente a unidade de fundamento das responsabilidades contratual e extracontratual. Concluiu a jurisprudência, acertadamente, que a correção monetária não é remuneração do capital, mas é mero fator de recomposição do valor nominal da moeda, sanando os perversos efeitos da inflação no contrato.

A possibilidade de pactuação de cláusulas de indexação ao longo dos últimos trinta anos é regada por uma verdadeira selva normativa, de diversos planos econômicos. Frequentemente os contratos bancários receberam disciplina à parte, conferindo situação privilegiada ao mutuante, através da possibilidade de instituição de cláusulas de indexação que na generalidade dos contratos seriam vedadas. A disciplina atual, produto do Plano Real, é dada pela lei nº 10.192 de fevereiro de 2.001, que corrobora uma série de medidas provisórias iniciada com a nº 1.053, de junho de 1.995.

O diploma legal referido permite a estipulação da correção ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais, ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados, nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. A lei comina de nulidade a pactuação da correção em contratos de prazo inferior a um ano. Contudo a lei estipula que os contratos celebrados no âmbito do mercado financeiro continuam regidos pela legislação própria, que é a lei nº 4.595/64, reiterando o tradicional privilégio concedido aos bancos na pactuação de cláusulas de correção. Assim, de acordo com o entendimento majoritário pelo qual cabe ao Conselho Monetário Nacional regular a matéria, resta possibilitada a correção monetária em prazo inferior a um ano no mútuo bancário.

Existem muitos índices de correção monetária, pois o resultado da mensuração do fenômeno inflacionário varia conforme o lugar e os produtos ou serviços que são tomados por referência. Mas isto não implica a rejeição da idoneidade dos índices. Devem-se separar os índices idôneos, que são os índices com base na variação real de preços, calculados por entidades neutras (como o IBGE e a FGV), dos índices inidôneos. O STJ já reconheceu que os índices de preços são os fatores mais adequados para a atualização monetária.

A taxa referencial (TR) não é um índice idôneo de correção monetária, pois nem mesmo é índice de correção monetária, mas de remuneração de capital, ou seja, é uma taxa de

juros. Esta afirmação encontra ressonância na voz de inúmeros especialistas, nos diplomas legais que a instituíram, bem como na jurisprudência.

Contudo a Corte Especial a tem admitido quando pactuada pelas partes, em face da autonomia da vontade, mantendo o Ministro Ruy Rosado de Aguiar posição divergente no corpo do tribunal. Tem razão o ilustre ministro, pois não há que se falar de autonomia da vontade, conceito oitocentista, nos modernos contratos de adesão, bem como porque a TR é ilícita frente ao princípio da transparência do Código do Consumo. Embora rotineiramente favoreça o mutuante, independentemente de quem seja favorecido é um índice inidôneo porque, além de ser manipulável pelo Banco Central (que freqüentemente altera sua metodologia de cálculo), não se presta ao fim que se propõe, a atualização do numerário.

Também são inidôneos para atualização do valor os índices expurgados ou corroídos, tendo a jurisprudência reconhecido a sua ilegalidade quando planos econômicos pretenderam os impor, numa face perversa aos contratos da atuação do Poder Monetário. A indexação cambial, por sua vez, pode ser legal ou ilegal, tendo sido diversificado o tratamento legislativo e jurisprudencial da matéria ao longo dos anos. Continua a vigor o decreto-lei nº 857/69, e perante ele a Corte Especial já decidiu tanto pela ilegalidade quanto pela legalidade dos índices ligados ao câmbio, prevalecendo nos últimos acórdãos, reiteradamente, a legalidade da indexação cambial. Contudo o Plano Real, recentemente, a veda, através do art. 8º da lei nº 8.880/94, e do art. 1º, parágrafo único, incisos I e II, da lei nº 10.192/01.

Esta legislação veda a correção cambial, ressaltando os permissivos estampados no decreto-lei nº 857/69, ganhando relevo dentre eles o repasse de empréstimo externo, no âmbito deste trabalho. A indexação cambial no repasse de empréstimo externo, embora possível, só vigora até o efetivo desembolso pelo banco nacional da quantia, em face do banco estrangeiro. Além disto, para ser judicialmente aplicada, deve o banco demonstrar que a quantia efetivamente proveio do exterior. A discussão ganhou relevo com a crise cambial de 1.999, e não tendo ainda alcançado o STJ carece de uniformidade e de uma última posição na jurisprudência.

O tema relativo aos juros e sua limitação, outro assunto na área limítrofe entre economia e direito, remonta à antigüidade. Até o final da Idade Média eram abominados pela doutrina cristã, bem como pela filosofia de base aristotélica. A reforma protestante iniciou uma mudança de panorama, concretizada após a Revolução Francesa com a doutrina econômica liberal, pela qual se vislumbra que o empréstimo a juros é importante alavanca de

desenvolvimento social. Além de ter um papel relevante na microeconomia, a evolução dos estudos econômicos permitiu desvelar sua função macroeconômica de intervenção estatal na economia.

O governo, mantendo a taxa artificialmente alta, acima da taxa média de lucro da sociedade, pode retrair a economia e diminuir os índices inflacionários. Contudo esta atuação, embora encontre sustento na *teoria* econômica, promove na *realidade* econômica e social, no plano das relações individuais, grande injustiça, não se coadunando com os princípios jurídicos constitucionais que disciplinam a atividade econômica. É distorção que deve ser juridicamente corrigida. Os bancos se inserem neste contexto, de um lado captando recursos dos poupadores, e pagando-lhes juros dessas aplicações, e de outro emprestando aos tomadores, cobrando-lhes juros maiores. A diferença entre o juro pago na captação e o cobrado no empréstimo é o *spread* bancário, que suporta os custos e riscos da atividade, bem como o lucro do banqueiro.

No plano jurídico os juros constituem obrigação acessória, frutos civis, cobrados pelo fato de se ter prestado ou de não ter recebido o que se lhe devia prestar. O cálculo percentual é realizado sobre o valor da dívida, para um certo prazo de tempo. Os juros remuneratórios objetivam recompensar o mutuante pelo uso do capital, tendo natureza distinta dos juros moratórios os quais têm caráter indenizatório, sancionatório e preventivo.

Os juros remuneratórios no direito brasileiro infraconstitucional são limitados. Esta afirmação é enraizada em diversos argumentos, *topois* argumentativos, que conduzem à mesma conclusão. Resumidamente, são eles:

a) vige a lei nº 1.521/51 a tipificar criminalmente a usura real, do âmbito da qual não se exime a instituição financeira, evidenciando o ilícito civil da lesão enorme, caracterizado sempre que o lucro ultrapassa 20%, mas pode se verificar com um lucro menor por análise do juiz;

b) a lei nº 4.595/64, no seu art. 3º, inciso IX, somente autorizou o CMN a “limitar” a taxa de juros, persistindo a anterior fixação do teto máximo pela Lei da Usura;

c) a delegação de competência ao CMN para regular as taxas de juros é inconstitucional;

d) a possibilidade das instituições financeiras de cobrarem juros acima da taxa que é a máxima para o restante da sociedade constitui numa desigualdade, num tratamento jurídico diferenciado, que não está albergado nos valores constitucionalmente erigidos;

e) ainda mais no âmbito das relações de consumo, em face dos princípios específicos do CDC, não tem lugar no direito a cobrança de juros nos patamares atuais;

f) não há, verdadeiramente, livre estipulação dos juros, ou a clássica autonomia da vontade contratual, porque se trata de contrato de adesão, sendo as cláusulas previamente entabuladas, sem que o cliente mutuário tenha a mínima liberdade em modificá-las. restando-lhe aceitar ou rejeitar em bloco, opção que nem sempre tem em face da necessidade que tem de crédito. Frente a isto, bem como a dispositivos (arts. 1º, 3º, 170) e princípios constitucionais, a ordem jurídica não legitima as taxas de juros abusivas, até extorsivas, praticadas pelos bancos.

Farta jurisprudência dos tribunais estaduais já se posiciona neste sentido. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, órgão que dá a última palavra atualmente nos processos judiciais que versam a matéria infraconstitucional dos juros, mantém ainda entendimento acorde com a súmula nº 596 do STF.⁶⁰⁴ Deste modo, para a Corte Especial, a Lei de Reforma Bancária derogou a Lei da Usura no tocante à limitação de juros, com relação às instituições financeiras.

Contudo o Superior Tribunal reconhece a limitação dos juros nos mútuos rural, industrial e comercial, regidos por diplomas legais específicos posteriores à lei nº 4.595/64, e que estabelecem a competência do Conselho Monetário Nacional para fixar (e não que este “poderá fixar”) limite à taxa de juros. Numa interpretação construtiva, a Corte entendeu que a especial redação dessas leis específicas afasta a incidência da súmula nº 596 do STF, impondo a limitação de juros de 12% ao ano, da Lei da Usura, enquanto o CMN não cumprir seu papel.

Além deste avanço jurisprudencial, outro consistiu no entendimento da Corte Especial no sentido de que a cláusula contratual que vincula os juros à taxa divulgada pela ANDIB ou CETIP é nula, por ser potestativa (súmula nº 176, STJ⁶⁰⁵). Algumas vezes o STJ já se mostrou sensível à alta taxa de juros cobrada no país, sendo de se esperar que seu entendimento evolua no sentido de cada vez mais restringir o abuso usurário praticado pelos bancos.

Mas não é só a legislação infraconstitucional que trata dos juros no cenário jurídico brasileiro. Também a Constituição Federal de 1.988, a exemplo de várias Constituições

⁶⁰⁴ Reza a súmula: “As disposições do Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.”

⁶⁰⁵ Reza a súmula: “É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANDIB/CETIP.”

anteriores, versou o tema, contudo de modo mais grave do que estas, limitando a taxa de juros reais a 12% ao ano. Instaurou-se, com a Carta Magna, grande polêmica acerca da auto-aplicabilidade da regra inscrita em seu artigo 192, § 3º. O Supremo Tribunal Federal firmou sua posição na ADIn nº 4-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, por apertada maioria de seis contra quatro, no sentido da não auto-executoriedade do dispositivo em comento. Contudo, é crescente o número de autores e juízes que se filiam à corrente da aplicabilidade imediata do dispositivo, parecendo hoje que, ao menos na doutrina, é esta a corrente que predomina.

São muitos os argumentos de ambas as correntes da discussão. Contudo, não parece ser um debate de grande utilidade prática hoje, porque, além de o Supremo Tribunal já ter firmado sua posição reiteradamente sustentada, como guardião da Carta Magna, ao que tudo indica o dispositivo constitucional será em breve revogado por emenda constitucional. Além disso, o ordenamento infraconstitucional brasileiro já limita os juros ao mesmo patamar que a regra constitucional.

De qualquer modo, soa estranha a falta de aplicabilidade imediata do § 3º do art. 192, quando limita a taxa de juros, isto porque: diversos autores, na economia e no direito, já esclareceram o significado da expressão “juros reais”, e mesmo que não fosse de clara semântica, é papel cotidiano do jurista dar precisão a conceitos vagos; o dispositivo é uma regra negativa, de vedação, à qual os constitucionalistas costumam atribuir eficácia plena, tendo no mínimo eficácia no sentido de inspirar uma nova interpretação das normas infraconstitucionais, e de não recepcionar as conflitantes; é escopo constitucional da ordem econômica a existência digna, fundada nos ditames da justiça social, com prevalência do *ser* sobre o *ter*, o que deve conduzir a escolha do operador jurídico pela interpretação mais conforme estes preceitos, no caso de haver duas interpretações perfeitamente sustentáveis.

Após a decisão do Pretório Excelso, vários mandados de injunção foram impetrados como remédios constitucionais, com o fim ver tutelado o direito a uma taxa de juros limitada ao patamar anual de 12%. Contudo o Supremo tem deferido esses mandados apenas no sentido de advertir o Congresso Nacional da mora legislativa, sem estabelecer prazo para purgação desta, e sem resolver o problema prático que o mutuário lhe propõe em face da instituição financeira. Procedendo assim a Corte Suprema confere mínima eficácia à sua decisão, meramente declaratória, de modo a não explicar o próprio nome do remédio constitucional empregado (“mandado” de injunção).

A par da questão da limitação dos juros, infraconstitucional ou constitucional, o método de cálculo do interesse (juros simples e compostos), muitas vezes subestimado, pode determinar um montante bem maior ou bem menor de juros a pagar. Enquanto os juros simples incidem apenas sobre o principal, os juros compostos incidem não só sobre este, mas também sobre os juros que já incidiram sobre o débito. Os juros compostos são os calculados pelo método da capitalização de juros, ou seja, a incorporação dos juros ao capital, tornando-os em capital, “capitalizando-os”.

Até os últimos anos era a Lei da Usura que regia o tema da capitalização de juros no mútuo bancário, permitindo-a somente ano a ano e quando pactuada, sendo derogada neste tocante por alguns diplomas especiais (como os do mútuo rural, industrial e comercial), que permitiram a capitalização de juros em prazos menores (súmula n° 93 do STJ⁶⁰⁶). Fora destes casos se pacificou a jurisprudência no sentido de que, inclusive nos contratos bancários, “*É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada*” (súmula n° 121 do STF). Concluíram assim os tribunais que a lei n° 4.595/64 não derogara a Lei da Usura neste ponto.

Recentemente duas medidas provisórias mudaram o cenário. A medida provisória n° 2.160-23, de 28 de junho de 2.001 (a primeira da série foi a n° 1.925), que instituiu a cédula de crédito bancário, possibilitou irrestritamente a capitalização de juros dos mútuos veiculados por esta cédula. A medida provisória n° 2.170-34, de 28 de junho de 2.001 (a primeira da série que previu a capitalização foi a n° 1.963-17, de 30 de março de 2.000), por sua vez, estendeu a possibilidade da capitalização em prazos inferiores a um ano a todas as operações realizadas pelas instituições financeiras.

Esta regulação, além de despida da relevância e da urgência que o documento legislativo exige, estatui preceito inconstitucionalmente discriminatório, possibilitando a capitalização apenas no âmbito do sistema financeiro nacional. Sempre houve uma aversão dos juristas à capitalização, de modo que os tribunais sempre restringiram a possibilidade de sua aplicação aos casos em que, além de ter sido pactuada no instrumento contratual, existe expressa previsão legal. Deste modo, frente à nova regulamentação legal da capitalização, caem por terra todos os argumentos tradicionais, extremamente legalistas, no sentido da vedação da capitalização. Por outro lado, surgem recentemente autores que propugnam sua

⁶⁰⁶ Reza a súmula: “*A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.*”

aplicação irrestrita, por ser um imperativo de contabilidade matemática que não repercutiria de modo significativo nos encargos assumidos pelo mutuário.

Mas a nova legislação e os novos argumentos em prol da capitalização não devem prevalecer. O direito é instrumento de regulação social, que não pode ser aplicado sem a compreensão da realidade sobre que atua. O método de capitalização de juros introduz no contrato um fator de desigualdade contratual, e não transparece seu verdadeiro significado. Bom exemplo usado foi o do mutuário que toma um empréstimo de R\$ 1.000,00, que rendem juros de 8% por mês. O montante do débito após cinco anos discrepa radicalmente se calculado pelo tradicional método de juros legais, capitalizáveis somente ano a ano, ou pelo método de capitalização mensal permitido pelos novos diplomas legais. Enquanto pelo método dos juros legais o total devido soma, ao final dos cinco anos R\$ 27.888,25, pelo método da capitalização mensal o total devido soma R\$ 101.257,06.

Evidenciada a aberração contratual que a capitalização pode produzir, certo é que não se sustenta frente ao direito. A evolução exponencial do débito que produz é patentemente injusta, configurando enriquecimento sem causa, onerosidade excessiva, lesão enorme, abuso contratual. Não se sustenta perante os valores erigidos pela Carta Magna em seus arts. 1º, III, 3º, I, II, III, e 170. O aderente, já que não tem opção de alterar as cláusulas contratuais nos contratos bancários adesivos, firma o contrato frente à necessidade que tem do mútuo, um contrato com importante função social. Se há vontade neste contrato firmado, com certeza não se dá no sentido da capitalização. Se é que o aderente compreender o alcance da cláusula...

Também não se sustenta a capitalização perante o Código de Defesa do Consumidor, especificamente ante o princípio da transparência (art. 46, art. 54, § 3º), e o princípio que veda a onerosidade excessiva ou a prestação desproporcional. A capitalização é vedada sob qualquer nome que apareça, seja “renda diferida de termos postecipados”, tabela *price*, etc.

Além de tudo isto, há um último argumento, inédito, que cumpre ser melhor desenvolvido em outra ocasião, mas cujas linhas gerais foram traçadas. É o argumento pelo qual a capitalização de juros não é viável em nosso sistema jurídico, é uma aberração jurídica, porquanto os juros constituem obrigação acessória, são frutos civis, enquanto o equivalente (ou principal) é a obrigação principal. Estas duas obrigações não se misturam ou fundem em nosso sistema jurídico, vedada então a transformação, por um “toque mágico”, do acessório em principal. Além disso, a capitalização, exposta de um modo “nu e cru”, é a possibilidade de o mutuante receber juros de uma parcela de capital que não tinha e não dispôs ao mutuário.

Após intentada ação contra o devedor, reza o art. 253 do Código Comercial que não é possível a capitalização, norma especialíssima que não foi revogada por nenhum diploma legal subsequente e que tem plena aplicação no mútuo bancário.

A cobrança de juros remuneratórios após o inadimplemento da obrigação, denominados aqui de juros compensatórios, é plenamente possível, o que é reconhecido pela doutrina e jurisprudência. Contudo os juros compensatórios não podem ser estabelecidos em taxa maior do que os juros remuneratórios pactuados para a vigência do contrato, o que constituiria uma majoração disfarçada dos juros moratórios em fraude à lei. Já decidiu neste sentido o Superior Tribunal de Justiça.

A comissão de permanência, instituída pela resolução nº 15 de 1.966 do Banco Central, alterada várias vezes posteriormente, e hoje regida pela resolução nº 1.129/86, é um arcabouço ou continente sem conteúdo jurídico definido. E nem poderia ter, porque o Banco Central não pode através de seus instrumentos normativos inovar na ordem jurídica, criando direito entre as partes.

O seu conteúdo varia, e daí a grande confusão gerada na doutrina e jurisprudência. Assim, há doutrina e jurisprudência no sentido de que a comissão engloba somente a correção monetária, há doutrina e jurisprudência no sentido de que a comissão engloba somente juros remuneratórios do capital mutuado, bem como há doutrina e jurisprudência no sentido de que engloba ambos, juros e correção. Inclusive a Corte Especial já decidiu, em bases fáticas diversas, que comporta somente correção, ou que comporta somente juros.

Assim sendo, o STJ se pronunciou com extrema coerência, rara no tratamento da comissão, que a súmula nº 30 do STJ⁶⁰⁷ só se aplica nos casos em que a comissão de permanência engloba o fator corretivo do capital mutuado. Constatado o fato de que a comissão é um continente sem conteúdo definido, sua disciplina se torna muito simples. O operador do direito deve desvelar seu conteúdo, e dispensar a ela o tratamento que seria conferido ao institutos jurídicos que a formam, impedindo os abusos que aquela fórmula “disfarçada” pode trazer.

Deste modo, a comissão não pode englobar juros compensatórios que excedam o valor dos juros remuneratórios pactuados para a vigência do contrato, ou do mesmo modo conter um índice de correção monetária diverso do pactuado para a vigência do contrato. A

⁶⁰⁷ Reza a súmula: “A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.”

possibilidade de cumulação da comissão com a correção e os juros é avaliada do mesmo modo, destrinchando o conteúdo da comissão.

Os juros moratórios se distinguem dos juros remuneratórios, pois enquanto estes remuneram o mutuante pela privação do capital, aqueles exercem tripla função de indenização, prevenção e sanção, com relação ao inadimplemento (mora). Os juros moratórios legais são de 6% ao ano, contudo podem ser elevados contratualmente até um máximo de 12% ao ano. Configurando-se a mora, passam a incidir. São exigíveis no mútuo bancário, somando-se à taxa de juros compensatórios devida.

A multa contratual, ou cláusula penal, ou pena convencional, é um pacto secundário acessório, também com função indenizatória, sancionatória e preventiva, em relação ao inadimplemento (mora). O Código de Defesa do Consumidor, no art. 52, § 1º, previa um limite de 10% do valor da prestação para a multa, contudo a lei nº 9.298, de 1º de agosto de 1.996, reduziu este limite a 2%. É norma jurídica de ordem pública, inderrogável pela vontade das partes. A Corte Especial já decidiu diversas vezes que a nova lei só se aplica para os contratos firmados após a sua vigência.

Não há veto à cumulação da multa moratória com correção monetária e juros compensatórios, uma vez que têm naturezas jurídicas diversas, desempenham diferentes papéis. Quanto à cumulação com a comissão de permanência, não haveria maior dificuldade porque a comissão não pode ir além da correção e dos juros compensatórios, com os quais a multa pode ser cumulada. Porém segundo o entendimento do Superior Tribunal em diversos arestos, o item II da resolução nº 1.129/86 (BACEN) vedou a cumulação da multa contratual com a comissão de permanência. Mas se o conteúdo da comissão não pode ir além dos juros remuneratórios e da correção, não haveria óbice lógico a impedir a cumulação com a multa!!

Acontece que o item II da resolução veda a cobrança de qualquer encargo além dos previstos no item I, e este elenca a comissão de permanência e os juros moratórios. Na verdade, o óbice está na cumulação da multa contratual com os juros moratórios. O mútuo bancário, diferentemente da generalidade das obrigações de pagamento em dinheiro, não pode ser regido pela tradicional interpretação do art. 1.061 do Código Civil⁶⁰⁸, defasada com relação a este contrato em particular. Na generalidade dos contratos, consoante a regra civil, podem ser exigidos cumulativamente a multa contratual e os juros moratórios. Ambos desempenham aí função de prevenir, punir e indenizar, mas enquanto a cláusula penal é uma

prefixação das perdas e danos gerados pelo inadimplemento, imediatamente, os juros moratórios se relacionam com o lapso temporal do inadimplemento.

Contudo, no mútuo bancário, segundo construção doutrinária e jurisprudencial, o devedor, com a mora, continua obrigado aos juros remuneratórios (compensatórios). Estes acabam por exercer praticamente toda a função de indenização do mutante pela “prorrogação forçada” do mútuo. Essa construção da doutrina e jurisprudência implica necessariamente uma releitura do art. 1.061 do Código Civil. Assim sendo, no mútuo bancário a multa e os juros moratórios passam a ter apenas o propósito de coibir o inadimplemento, numa dupla função sancionatória e preventiva, já que o juro compensatório nada coíbe nesse sentido.

Cabe pois, além dos juros compensatórios, a incidência de um instituto que sancione e previna a mora. Todavia, a dupla incidência de juros moratórios e multa contratual é um *bis in idem* injustificável. Deste modo, ou incide um instituto, ou o outro. Em face dos princípios civis, comerciais e do consumo aplicáveis, quando os dois institutos estiverem previstos no contrato, incide o menos gravoso ao consumidor. Se se considerar que a resolução do Banco Central tem força jurídica, opção não há, incidindo os juros moratórios somente. Bem como não há opção se resgatado do esquecimento o art. 249 do Código Comercial, que pugna pela aplicação meramente dos juros moratórios.

Em conclusão, todo o estudo realizado permitiu observar que a prática de juros desenvolvida no Brasil discrepa dos mais básicos princípios jurídicos de igualdade e justiça. Ao contrário do que sucede com a correção monetária, os juros constituem um tema longe de alguma uniformidade na doutrina e jurisprudência, muito em função de sua vinculação com a disciplina econômica e dos interesses que envolve.

O ensaio monográfico se embrenhou na técnica e na prática jurídica, dissecando o tratamento doutrinário e jurisprudencial conferido aos juros no mútuo bancário, passando pela análise do contrato de mútuo bancário, e pelo dedicado estudo da correção monetária. Essa completa análise permitiu, ressalvadas as limitações do autor, desenvolver uma visão coerente e sistêmica do assunto, bem como introduzir esquemas jurídico-argumentativos emancipadores com o fim de reduzir as patentes injustiças das altíssimas taxas de juros praticadas no Brasil, em consonância com os valores propugnados na Carta Magna.

⁶⁰⁸ Reza o artigo: “As perdas e danos, nas obrigações de pagamentos em dinheiro, consistem nos juros de mora

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**, 3 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.996.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários**, Bookseller, Campinas, 1.996.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 63, p. 45-63, [s.d.].

ANDRADE, Roberto Braga de. A limitação da taxa de juros reais e a revisão constitucional: um golpe de misericórdia? **Revista Tributária e de Finanças Públicas – Novo título da Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário**, São Paulo, v. 3, p. 233-250, mai/jun. 1.993.

Associação Brasileira de Empresários pela Cidadania. O embuste das medidas adotadas para redução das taxas de juros. *In: www.direitobancario.com.br*, 01/07/2.001.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.993.

BARRETO, Lauro Muniz. **Direito bancário**, Editora Universitária de Direito Ltda., São Paulo, 1975.

BASTOS, Celso Ribeiro. **A Constituição de 1988 e seus problemas**, LTr, São Paulo, 1.997.

_____. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**, Saraiva, São Paulo, 1.990.

BASTOS, Paulo César Lima. Quem tem medo dos juros de 12% ao ano? **Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas**, São Paulo, v. 9, n. 116, p. 27-28, dez. 1.990.

BELMONTE, Cláudio Petrini. A redução do negócio jurídico e o contrato de mútuo feneratício. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 26, n. 77, p. 15-41, mar. 2.000.

BITTAR, Carlos Alberto (coordenador). GARCIA JR., Ary Barbosa, “et alli”. **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**, Saraiva, São Paulo, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 9 ed., UnB, Brasília, 1.997.

BRASIL. Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor/organização, seleção e notas Theotônio Negrão, com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. – 31 ed., atualizada até 5 de janeiro de 2.000. – Saraiva, São Paulo, 2.000.

BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**, 9 ed., Atlas, São Paulo, 1.997.

_____. O Direito do Consumidor e os contratos financeiros. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 94, p. 126-129, 1.994.

CALDAS, Pedro Frederico. As instituições financeiras e a taxa de juros. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 101, p. 76-96, jan/mar., 1.996.

CANÇADO, Romualdo Wilson. LIMA, Orlei Claro De. **Juros, correção monetária, danos financeiros irreparáveis: uma abordagem jurídico-econômica**, Del Rey, Belo Horizonte, 1.999.

CASADO, Márcio Mello. Panorama constitucional da figura da lesão enorme no direito pátrio. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 47, n. 262, p. 10-28. ago. 1.999. **Revista dos Tribunais**, v. 775, p. 46-64, mai. 2.000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Mandado de Injunção. Limitação da taxa de juros. Eficácia das normas constitucionais programáticas. Considerações acerca do art. 192. § 3º, da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política – Novo título = Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 76-109, jan/mar. 1.999.

CHAVES, Oziel. A “TR – taxa referencial” como fator de atualização da moeda. *In*: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**, 4 ed., Saraiva, São Paulo, 1.993.

COLLET E SILVA, Antônio de Pádua. Endendendo os aspectos legais dos juros. *In*: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

COMPARATO, Fábio Konder. Cláusulas contratuais de indexação de preços. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 85, p. 34-48, 1.992.

_____. **Direito empresarial: estudos e pareceres**, Saraiva, São Paulo, 1.990.

COSER, José Reinaldo. A ilegalidade da taxação dos juros pelo Conselho Monetário Nacional. *In*: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

_____. **Juros**, Editora de Direito, São Paulo, 2.000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do juiz no Processo Penal**. Trabalho preparado e em parte apresentado no Seminário Nacional sobre Uso Alternativo do Direito, Rio de Janeiro, 7 a 9 de jun., 1.993.

COVELLO, Sérgio Carlos. **Contratos bancários**, 3 ed., Editora Universitária de Direito. São Paulo, 1.999.

CRETELLA Jr., J. **Comentários à Constituição de 1988**, 2 ed., Forense Universitária. Rio de Janeiro, 1993, v. 8.

_____. MARTINS, Ives Gandra da. RESEK, José Francisco “et al.”. **A Constituição brasileira de 1988: interpretações**, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1.988.

CRUZ, Carlos Alberto de Oliveira. Existe um Direito Bancário? *In*: **www.direitobancario.com.br**, 01/07/2.001.

CUNHA, J. S. Fagundes. A auto-aplicabilidade do artigo da Constituição Federal que limita os juros em 12% ao ano e a inadimplência. **Paraná Judiciário**, Curitiba, v. 39, p. 11-18, jan/jun. 1.992.

CUNHA, Rubem Martinez. SFH- o impacto da inflação e dos juros no equilíbrio do sistema. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, v. 9, p. 88-94, set/dez., 1.999.

DAIBERT, Jefferson. **Dos contratos**, 4 ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.995.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**, 2 ed., Saraiva, São Paulo, 1.996.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.999.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. Capitalização de juros. *In*: **www.direitobancario.com.br**, 01/07/2.001.

FACHIN, Luiz Edson. RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 4, p. 243-263. 2.000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2 ed., Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1.986.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**, Saraiva, São Paulo, 1.994.

GOMES, Orlando. **Contratos**, 18 ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.999.

_____. **Introdução ao curso de Direito Civil**, 13 ed, Forense, Rio de Janeiro, 1.998.

GOMES, Pedro Afonso. SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. A tabela *price* é legal? *In*: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Aval: alcance da responsabilidade do avalista**, 2 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A correção monetária e a lei nº 6.899/81. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. CANTO, Gilberto de Ulhoa (coordenadores). **A correção monetária no direito brasileiro**, Saraiva, São Paulo, p. 319-326, 1.983.

GUALANDI, Maria Elisa Mendes. Indexação – obrigações em moeda estrangeira. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresário**, São Paulo, n. 64, p.129-140, 1.993.

HAPNER, Carlos Eduardo Manfredini. **Direito do Consumo – aspectos de Direito Privado**. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1.989.

JANSEN, Letácio. **A correção monetária em juízo**, Forense, Rio de Janeiro. 1.986.

_____. A desindexação das dívidas judiciais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 95, n. 346, p. 101-111, abr/jun., 1.999.

_____. **A face legal do dinheiro**, Renovar. Rio de Janeiro. 1.991.

_____. Aplicação do método de Kelsen ao estudo da moeda. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 343, p. 149-156, jul/set., 1.998.

_____. O direito e a transição para um regime de estabilização monetária. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 90, n. 326, p. 85-101, abr/jun., 1.994.

_____. Resquícios da correção monetária na Constituição de 1.988. **Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política – Novo Título = Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 84-92, jul/set., 1.994.

JUNQUEIRA, Luiz Zenum. Natureza jurídica do contrato bancário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 70, p. 39-51, 1.998.

LACERDA, Nelson. Medida provisória 1.925 aumenta juros e poderes dos bancos. *In*: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

LAGO, Cristiano Álvaro Vallardes do. Juros – art. 192 § 3º, da Constituição Federal – capitalização – comissão de permanência – aplicabilidade do CDC aos contratos bancários. **Revista de julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 24, n. 70, p. 15-27, jan/mar. 1.998.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 88, p. 10-24, 1.992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**, 3 ed.. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.997.

LEMKE, Nardim Darcy. Limites da taxa de juros no mútuo bancário. **Revista Jurídica Blumenau**, Blumenau, v.1, n. 1/2, p. 91-115, jan/dez., 1.997.

LIRA, José Ricardo Pereira. LOBO, Carlos Augusto de Silveira. Correção monetária pela variação cambial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 85, p. 12-21, 1.992.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no Estado social, crises e transformações**, Edfaul, Maceió, 1.983.

_____. O negócio jurídico como obstáculo ao desenvolvimento da teoria do contrato. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, p. 155-164, 1.983.

LOPES, Mauro Brandão. A atualização de obrigações pecuniárias não-indexadas. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. CANTO, Gilberto de Ulhoa (coordenadores). **A correção monetária no direito brasileiro**, Saraiva, São Paulo, p. 307-317, 1.983.

LOYOLA, Gustavo J. L. A pior maneira de reduzir os juros. **Revista de Direito Bancario e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 243-244, abr/jun. 2.000.

LUCCA, Newton De. A aplicação do Código do Consumidor à atividade bancária. **Cadernos do Ministério Público do Paraná**, v. 2, n. 6, p. 16-22, jul. 1.999.

_____. **A interpretação judicial dos contratos bancários (O Código do Consumidor e sua aplicação na atividade bancária)**. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 22 out., 1.999.

_____. **Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito**, Pioneira, São Paulo, 1.979.

_____. O Código de Defesa do Consumidor: discussões sobre seu âmbito de aplicação. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 85, p. 81-89, 1.992.

LUPINACCI, Ronaldo Ausone. **Limite da taxa de juros no Brasil**, Editora de Direito. São Paulo, 1.999.

LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários, o banco múltiplo e seus contratos**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 3 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, 14 ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Juros reais e sua conformação jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 635, p. 143-150, set. 1.988.

_____. O juiz e a economia – reflexos da inflação na prestação jurisdicional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 64, 1.993.

MATOS E SILVA, Bruno. Anatocismo legalizado: a medida provisória beneficia as já poderosas instituições financeiras. *In: www.direitobancario.com.br*, 01/07/2.001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, 3 ed., Malheiros, São Paulo, 1.993.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**, 4 ed., Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., Rio de Janeiro, 1.927.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, 2 ed., Editorial Estampa, Lisboa, 1.989.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, 3 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, Saraiva, São Paulo, 1.969.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Conceito pós-moderno de contrato: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba, 2.000. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

NUNES, Valquíria Oliveira Quixadá. A proibição do anatocismo. *In*: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

OLIVEIRA, Mirian Gasparin de. Entre os 65 índices disponíveis, qual devo usar em meu contrato? **Gazeta do Povo**, Curitiba, 05 mar. 2.000.

_____. Governo autoriza cobrança de juros sobre juros – financiamento de imóvel e cheque especial ficam mais caros. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 12/04/2.000.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Taxas de juros. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 666, p. 233-235, abr. 1.991.

PARIZATTO, João Roberto. **Multas e juros no direito brasileiro**, Editora de direito, Leme (SP), 1.996.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A limitação constitucional dos juros reais. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 47, p. 179-194, nov., 1.989.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS – TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação – a nova retórica**, Martins Fontes, São Paulo, 1.996.

PHILIPPSEN, Adair. Limite de juros e inconstitucionalidade por omissão. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 172-178, set. 2.000.

POZZA, Pedro Luiz. A limitação das taxas de juros, a nível constitucional e legal, no crédito bancário. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 62, p. 291-302, nov. 1.994.

PRUDÊNCIO, Carlos. Eficácia da limitação constitucional dos juros reais. *In*: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 23 ed., Saraiva, São Paulo, 1.998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, Aide, Rio de Janeiro, 1.988.

_____. **Contratos de crédito bancário**, 3 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.997.

_____. Juros no mútuo bancário. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 15, n. 42, p. 158-163, mar. 1.988.

ROCHA, João Luiz Coelho da. Falta ou atraso de pagamentos contratuais. Correção monetária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 74, p. 83, 1.989.

_____. Os juros no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.37, n. 114, p. 73-81, abr/jun. 1.999.

ROCHA, Keyler Carvalho. A impropriedade do TR e TRD como indexadoras tributárias, trabalhistas, falimentares, etc. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 667, p. 239-341, mai. 1.991.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**, 10 ed., Malheiros, São Paulo, 2.000.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os juros compensatórios no mútuo bancário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 63-71, mai/ago., 1.998.

SANTOS, J. A. Penalva. A aplicação da correção monetária nas condenações em dívida de dinheiro no juízo cível. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 20, p. 51-59, 1.975.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado: arts. 1118-1264**. Freitas Bastos S.A., 10 ed., Rio de Janeiro, 1.977.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Tabela *price*: enfim os tribunais reconhecem a ilegalidade. *In: www.direitobancario.com.br*, 01/07/2.001.

SILVA, Antônio Ferreira Álvares da. Juros – tabelamento geral, amplo e irrestrito. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 64, p. 115-119, abr/jun. 1.993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, 16 ed., Malheiros, São Paulo, 1.999.

SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA (1. : 1998 : Curitiba). **Conclusões do Simpósio**. Curitiba: Juruá, p. 148-149, 1.998.

_____. COUTO E SILVA, Clóvis. **O princípio da boa fé e as condições gerais dos negócios**. Curitiba: Juruá, p. 29-41, 1.998.

_____. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Notas sobre os contratos bancários**. Curitiba: Juruá, p. 47-53, 1.998.

_____. GUIMARÃES, Celso Araújo. **Comissão de permanência**. Curitiba: Juruá, p. 71-74, 1.998.

_____. GUIMARÃES, Celso Araújo. **Inacumulabilidade de comissão de permanência e correção monetária**. Curitiba: Juruá, p. 81-85, 1.998.

_____. GUIMARÃES, Nei Roberto. **Inadmissibilidade de cumulação de comissão de permanência com multa contratual**. Curitiba: Juruá, p. 91-99, 1.998.

_____. JUSTEN FILHO, Marçal. **Competência normativa do Conselho Monetário Nacional**. Curitiba: Juruá, p. 54-62, 1.998.

_____. LOYOLA, Carlos Vitor Maranhão de. **Inadmissibilidade de cumulação de comissão de permanência com multa contratual**. Curitiba: Juruá, p. 87-90, 1.998.

_____. MUNIZ, José Ferreira. **Confronto de comissão de permanência e de correção monetária**. Curitiba: Juruá, p. 75-79, 1.998.

SOUZA, J. Jacaúna de. Direito Bancário brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 10, p. 49-61, 1.973.

SOUZA, Waschington Peluso Albino de. A correção monetária e o contrato. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. CANTO, Gilberto de Ulhoa (coordenadores). **A correção monetária no direito brasileiro**, Saraiva, São Paulo, p. 243-279, 1.983.

THIAGO NETO, Ernesto de Oliveira S. A justiça já decidiu: é ilegal a cobrança de comissão de permanência que exceda a correção monetária indicada pelo INPC. *In*: www.direitobancario.com.br, 01/07/2.001.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A regulamentação do art. 192 da Constituição Federal. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 94, p. 35-86, 1.994.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. A correção monetária nos contratos bancários. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. CANTO, Gilberto de Ulhoa (coordenadores). **A correção monetária no direito brasileiro**, Saraiva, São Paulo, p. 281-306, 1.983.

_____. Taxas de juros, no Brasil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 3, n. 10, p. 35-43, out/dez. 2.000.

WALD, Arnaldo. A evolução da correção monetária na *era da incerteza*. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. CANTO, Gilberto de Ulhoa (coordenadores). **A correção monetária no direito brasileiro**, Saraiva, São Paulo, p. 9-24, 1.983.

_____. Dos princípios constitucionais e da limitação do poder regulamentar na área bancária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 88, p. 5-9, 1.992.

_____. O papel pioneiro do Direito Bancário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 27, p. 13-15, 1.997.