

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**LIMITAÇÃO DOS JUROS: ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS,
INFRACONSTITUCIONAIS E SUPRACONSTITUCIONAIS**

Rui Portanova

Orientador: Clèmerson Merlin Clève

Curitiba, 2000

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO

**LIMITAÇÃO DOS JUROS: ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS,
INFRACONSTITUCIONAIS E SUPRACONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada como requisito
para obtenção do grau de doutor.

RUI PORTANOVA

Orientador: Clèmerson Merlin Clève

Curitiba, 2000

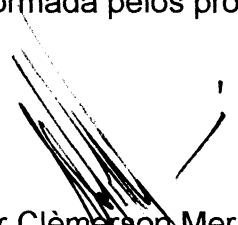
TERMO DE APROVAÇÃO

Rui Portanova

Limitação dos Juros: Argumentos Constitucionais,
Infraconstitucionais e Supraconstitucionais

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de
Doutor, no Curso de Pós-Graduação em Direito das Relações
Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:


Doutor Clèmerson Merlin Clève

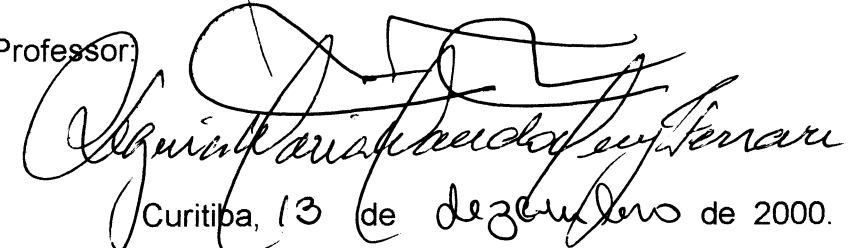
Professor:

Professor:

Professor:

Professor:




Curitiba, 13 de dezembro de 2000.

*Todos são iguais perante a lei, mas alguns
são superiores a ela*

Carlos Drummond de Andrade

*À Cristina,
meu laço*

SUMÁRIO

RESUMO	9
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	11
PRIMEIRA PARTE: ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS.....	20
(A) CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	21
(B) A CONSTITUIÇÃO, OS JUROS E O STF	24
A CONSTITUIÇÃO E OS JUROS	24
OS JUROS E O STF	26
INTERPRETAÇÃO DO § 3º DO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	28
EFEITOS DO JULGAMENTO DA ADIN Nº 4	38
JURISPRUDÊNCIA CONTRA A ADIN Nº 4.....	45
(C) ARGUMENTOS AINDA NÃO ENFRENTADOS PELO S.T.F.	49
(C.1) O PRINCÍPIO DA INDELEGABILIDADE	49
ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	52
A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PODER DE LEGISLAR SOBRE JUROS	53
SITUAÇÃO LEGISLATIVA QUANDO DO JULGAMENTO DA ADIN Nº 4	56
A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDELEGABILIDADE DOS PODERES	57
(C.2) OUTROS ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS	60
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	61
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	63
D) CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
SEGUNDA PARTE: ARGUMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS	68
(A) CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	69
(B) ARGUMENTANDO COM A LEI 4.595/64.....	70
OS JUROS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	70
A LEI 4.595/64.....	72
“LIMITAR” NÃO SIGNIFICA “LIBERAR”	73
INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL DA LEI 4.595/64	75
CRÍTICA À SÚMULA 596 DO STF	76
O “SPREAD” E A LESÃO ENORME	79
(C) ARGUMENTOS MAIS EFICAZES	82
NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO	82

AUTORIZAÇÃO E PROCESSO	85
CAPITALIZAÇÃO E CLÁUSULA SUBSTITUTIVA	87
EVENTUAL EXCLUSÃO DO § 3º DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	88
(D) CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
TERCEIRA PARTE: ARGUMENTOS SUPRACONSTITUCIONAIS	92
(A) CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	93
(B) O CONTRATO E OS JUROS	97
O CONTRATO E A CONSTITUIÇÃO	97
A RELATIVIDADE DOS CONTRATOS.....	98
A CONSTITUIÇÃO E O CONSUMIDOR	104
AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	105
EFEITOS DA APLICAÇÃO DO CDC	108
(C) LIMITAÇÃO DOS JUROS PELA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO.....	111
O CDC E A LIMITAÇÃO DOS JUROS.....	111
CLÁUSULAS ABUSIVAS	113
ABUSO PELA CUMULAÇÃO DE JUROS COM TAXA DE REFERÊNCIA (TR)	118
TEORIA DA QUEBRA DA BASE NEGOCIAL.....	123
(D) CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
CONCLUSÃO	131
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	135

RESUMO

O § 3º do artigo 192 da Constituição Brasileira diz que “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 ...”. Numa Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 4), os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por decisão majoritária, decidiram que a norma constitucional não é auto-aplicável. Com isso, as instituições financeiras entenderam que estão liberadas para cobrar os juros que bem entenderem. O presente trabalho apresenta argumentos constitucionais, infraconstitucionais e supraconstitucionais que buscam demonstrar, juridicamente, que os juros estão limitados também para as instituições financeiras. O argumento constitucional mais freqüente é aquele da auto-aplicabilidade do § 3º do artigo 192 da Constituição Federal. Como dito, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn-4, já afastou tal fundamento. Por causa disso, a primeira parte do trabalho é dedicada a apresentar argumentos até agora não enfrentados pela Corte Maior. Logo, ainda é possível levar para discussão na Suprema Corte temas como a violação dos princípios da indelegabilidade dos Poderes, legalidade, igualdade e função social da propriedade. A segunda parte do trabalho se ocupa de argumentos de ordem infraconstitucional. Com efeito, está a merecer melhor atenção a interpretação da Lei 4.595/64, pois ela fala em uma “autorização” ao Conselho Monetário Nacional para “limitar” os juros “quando necessários”. Nesse passo, as instituições não têm demonstrado a efetiva existência de tal “ato administrativo autorizativo”, fazendo indevida interpretação extensiva para “liberar” os juros “por tempo indefinido”. A terceira parte da presente pesquisa apresenta uma série de argumentos supraconstitucionais. Parte-se da relativização do contrato e da proteção ao consumidor para, fazendo interpretação do contrato, impedir a ilimitação em face da abusividade das cláusulas ou com base na teoria da quebra da base negocial. Esses últimos argumentos têm-se mostrado mais eficazes, pois evitam o recebimento de Recursos Especiais e Extraordinários.

ABSTRACT

Brazilian Constitution in article 192, third paragraph, says that “the real rate interest, in these included comissions and any other else remuneration direct or indirectly refering to the credit concession, can not be higher than twelve per cent by year...”. In a Direct Writ of Inconstitutionality (Adin 4), the Supreme Federal Court, by majority, has decided that the constitutional rule it is not self-executable. Thus, the financial institutions have understood they are free to practice the interestes they wanted to. This thesis presents constitutional arguments, infra-constitutionals and supra-constitutionals and intends to demonstrate juridicaly, that the interestes are limiteded also for financial institutions. The most frequent constitutional argument is that one which proposes the self-executability of the 192 article, third paragraph, of the Brazilian Constitution was said herein Supreme Federal Court, on the judgement of ADIn 4, had already rejected that argument. For this reason, the first part of the research is dedicated on showing arguments that, until now, were not faced by the Court. Therefore, it’s still possible to take to discussion in the Supreme Court subjects such as the violation of undelegability between powers, of the rule of law, equality and of the social relevance of property. The second part of the paper developes the infra-constitutionals arguments. As a matter of effect, deserves better attention on the interpretation of law 5.595/64, since it deals with an “authorization” to the National Monetary Council to “restrain” interestes “when it be necessary”. Thus, the Institutions haven’t been demonstrating the effective existence of such “authorizative administrative act”, making on undue and extensive interpretation to get the interestes “free” “by an indefined time”. The third part of the present research shows a series of supra-constitutional arguments. It starts with the relativization of the contract and with the consumer protection, making an interpretation of the contract in order to avoid the lack of limitation due to abusive clauses, on achieving the same goals by an interpretation based on the theory of standards breaking. These last arguments have been more efficient, because they prevent the setting up Specials or Extraordinaries Appeals.

INTRODUÇÃO

Vamos falar de limitação de juros.

A importância do tema reside no fato de, como diz a própria lei, “... é de interesse superior da economia do país não tenha o capital remuneração exagerada impedindo o desenvolvimento das classes produtoras.”¹

O limite da nossa pesquisa é, estritamente, o campo jurídico. Contudo, não há como negar, o tema desata indiscutível interesse ideológico, que acaba revelando o compromisso de quem interpreta com uma determinada idéia de mundo. Não podemos perder de vista que estamos em sede interpretativa da Constituição. Logo, não há como fugir do comprometimento ideológico, pois

“o teor fortemente ideológico dos termos e expressões constitucionais provoca no intérprete (jurista ou órgão aplicador), conforme sua posição na situação comunicativa, reações as mais dissonantes, variando, por conseguinte, o conteúdo das respectivas metalinguagens sobre questões de inconstitucionalidade das leis.”²

Refoge de nosso interesse a perquirição a respeito da intromissão do Poder Judiciário em tema que interessa ao Poder Executivo como implementação política. No ponto, estaremos

¹ Conforme um dos considerandos do Decreto nº 22.626, de 07.04..33.

² Marcelo Neves. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 161.

apenas tangenciando a questão da divisão, competência e controle dos Poderes, tal como proposta por Montesquieu.³

Dentro dos limites jurídicos propostos, apresentaremos argumentos constitucionais, infraconstitucionais e supraconstitucionais capazes de fundamentar, adequadamente, entendimento jurídico pela limitação dos juro.

Tomaremos por base temas constitucionais. No entanto, como a pesquisa centra-se mais primordialmente na perspectiva jurisdicional, é lícito, desde logo, tomar como fundamento maior de nossa proposta aquilo que se pode identificar como a própria razão de ser do Poder Judiciário, qual seja, fazer justiça.⁴ Por outro lado, também a tese da inexistência de direito absoluto, ao lado da recusa a todo excesso, já seriam fundamentos suficientes para concluir pela limitação dos juro.

Etimologicamente, a palavra “juro” deriva de *jus, juris*. Ensina De Plácido e Silva que “originariamente era empregado na mesma acepção de direito”.⁵

Convém que se diga logo: não se encontra na doutrina um conceito definitivo e absoluto sobre juro. Tal é a incerteza conceitual que Ives Gandra da Silva Martins, escrevendo e estudando sobre a matéria há mais de 20 anos e participando de Congressos Nacionais, Internacionais a respeito do assunto, confessa:

³ Montesquieu. *De L'esprit des lois*. Paris: Éditions Guarnier Frères, 1956.

⁴ Como ensina Ada Pellegrini Grinover, em sede jurisdicional, “o Estado aceita a provocação do interessado e a sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até ao final, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e *fazer justiça*”. (grifei)

⁵ *Vocabulário Jurídico*, v. III, p. 903.

“não vislumbrei ainda um conceito jurídico definitivo sobre os juros, independente da adjetivação que se lhe possa dar de juros reais, nominais, positivos, negativos, expurgados, etc.”

É indubitável, contudo, que, “sendo os juros rendimento de capital vinculado ao custo da moeda, relaciona-se à perda de sua substância dessa própria moeda”.⁶

Vale dizer, há uma inescapável relação entre juros e inflação. Essa relação (juros e inflação) é relevantíssima para o sistema jurídico brasileiro. A custo de muitos planos econômicos, construímos índices e critérios para corrigir o valor da moeda frente à inflação. Com efeito, depois de tantos períodos inflacionários, pouco e pouco, a correção monetária passou a ser conceito integrado na vida de todos nós. Assim, é lícito acrescentar correção monetária e juros adequados ao valor principal de um crédito. O que é cobrado além disso é usura, é ilícito.

A usura é uma questão antiga que não está de modo nenhum superada em nosso tempo.

Maria Cristina Cerezer Pezzella, depois de referir que as XII Tábuas sancionaram que ninguém excedesse na cobrança de juros (Os *maiores* estabeleceram nas leis que o ladrão fosse condenado em dobro e o usurário em quádruplo), destaca que “já em época muito antiga do Direito romano existia a preocupação com a concentração da riqueza e punia-se com maior rigor a usura que o roubo. Sendo esta época anterior ao cristianismo, não se pode atribuir tal preceito à doutrina cristã, mas a um valor intrínseco da justiça social romana”.⁷

⁶ In: *Revista Forense*, v. 304, p. 224.

⁷ PEZZELLA, Maria Cristina. *Propriedade Privada no Direito Romano*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, p. 172.

Retira-se do voto do Ministro Sydney Sanches,⁸ quando do julgamento da ADIn nº 4, que a “angústia brasileira contra os juros altos é idêntica a de todos os povos em todos os tempos”. Com efeito, Aristóteles afirmava que *pecunia non parit pecuniam*. Por sua vez, Jesus Cristo, segundo Lucas, pregava: *mutum date, nihil sperantes*.

A taxa de juros em Atenas era de 12% ao ano. Essa taxa era habitual na China, mas podia atingir até 30%. Também era de 12% a taxa em Roma, mas efetuavam empréstimos até a 48%. Na Idade Média, os lombardos e judeus cobravam a taxa de 20%. Na Inglaterra, Henrique VIII, em 1546, proibiu taxa superior a 10%. Contudo, nas colônias inglesas, notadamente na Índia, cobrava-se até 60%. Enfim, pensadores e filósofos sempre esposaram a teoria de que não é lícito cobrar-se preço pela utilização da moeda. Vale lembrar, no ponto, Aristóteles e sua tese de que a moeda, ao contrário dos seres vivos, não se reproduz.⁹

Ensina Lélcio Candiota de Campos que “em atenção à importância do mercado financeiro na orientação da economia, tanto na França como na Itália e na República Federal Alemã, os juros bancários se regulam pelos usos, pela taxa habitual, ou seja, pelo próprio mercado”.¹⁰ *Data venia*, não há tanta liberdade, quanto poderia supor a afirmação do digno jurista gaúcho.

Certo que, na França, segundo referem Ripert-Roblot, os juros nas contas bancárias fluem de pleno direito e, mesmo, independem de estipulação expressa, sendo que, o mais das vezes, na prática, vêm definidos de maneira vaga na convenção das partes, como, por exemplo, à “taxa bancária usual”. De outra parte, podem ser alterados pelo banco durante o

⁸ In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 147. p. 773.

⁹ In: *Repertório da Enciclopédia do Direito Brasileiro*, v. 30. p. 296.

¹⁰ CAMPOS, Lélcio Candiota de. “Juros em Empréstimos Concedidos por Instituições Financeiras”. *Revista dos Tribunais*, v. 631. p. 41.

curso da conta de acordo com as flutuações do aluguel do direito.¹¹ Contudo, não se pode perder de vista que há um limite estabelecido pela lei sobre usura, de 28.12.66, a qual define os empréstimos usurários do seguinte modo:

“Art. 1º Constitui empréstimo usurário todo empréstimo concedido a uma taxa efetiva global que no momento da sua concessão exceda, de mais de um quarto, a taxa efetiva média praticada no curso do trimestre precedente pelos bancos e estabelecimentos financeiros registrados no Conselho Nacional de Crédito para operações da mesma natureza comportando riscos análogos, se não exigida dos mutuários nas operações da espécie ou que exceda, se decisão existe, a taxa efetiva admitida por este órgão.”

A liberdade a respeito da contratação de juros também não é ilimitada na legislação italiana. Assim, se, por um lado, o Código Civil de 1942 diz que na conta-corrente comum (mercantil) fluem juros à taxa estabelecida no contrato ou “pelos usos”, por igual refere que prevalece, na ausência de um ou outro, a taxa legal de 5% ao ano (art. 1.825). No que se refere aos contratos de abertura de crédito, aplica-se a regra geral sobre taxa de juros (*saggio degli interessi*) do art. 1.284, segundo o qual os juros superiores à taxa legal devem ser determinados por escrito, prevalecendo, em caso contrário, a taxa legal. Também nos contratos de antecipação bancária admite-se taxa variável de juros, mas esta variabilidade toma em consideração a “taxa oficial” do Instituto de Emissão. Seja como for, a lei italiana é exigente em relação à usura. Admite que os juros sejam convencionados, mas

*“quando houver uma tal desproporção com a prestação feita, a mostrar que o credor abusou da situação de necessidade, da inexperiência, ignorância ou estado de ânimo do devedor, pode ser reduzida a uma medida não inferir ao juro legal, que o juiz considere equânime”.*¹²

¹¹ Ripert-Roblot. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, v. II, 1976. p. 282.

¹² Violante, Luciano. *Novissimo Digesto Italiano*, v. VXX, 1975. p. 392.

Por fim, também o sistema na Alemanha Ocidental não era tão liberal em relação aos juros. Lá havia lei que conferia a um órgão público fiscalizador do crédito competência para, em consonância com o Banco da República Alemã, estabelecer condições para a concessão de créditos pelas instituições financeiras, fixando limites de juros. Certo, não havia lei limitando juros, contudo, a convenção das partes podia ser declarada nula, caso ocorresse infração à Segunda parte do artigo 138 do Código Civil, que disciplina a respeito da desproporção de vantagens de uma parte em relação a outra.¹³

É bem de ver que nosso Decreto nº 22.626/33, em um de seus considerandos, refere que “*todas as legislações modernas adotam normas severas para regular, impedir e reprimir os excessos praticados pela usura*”. Com efeito, em muitos países, a taxa legal de juros situa-se entre quatro e sete por cento ao ano. Em outros – como é o nosso caso – vai até os doze por cento ao ano. Inclusive nos Estados Unidos, sempre citado como modelo de liberalismo, existem *usury statutes* e, ao contrário da apregoada política do *laissez faire*, do *caveat emptor*, é cada vez maior a preocupação hodierna com a regulamentação do crédito e a proteção legal a consumidores e tomadores de empréstimos naquele país.

Em verdade, os juros excessivos sempre mereceram a crítica geral e providências no campo legislativo. O objetivo sempre foi inibir essa prática, que, de regra, é voltada a interesses isolados e momentâneos, em detrimento dos interesses gerais da sociedade.

¹³ Schlegelberger-Hefermehi. *Schlegelberger's Kommentar zum Haldesgesetzbuch*. Berlin und Frankfurt A.M., v. III, Comentários ao artigo 352, nota 23, 1965. p. 1.625.

Por evidente, estaremos centrados na limitação dos juros nos negócios jurídicos bancários. Só nesses casos o debate tem interesse, em face dos termos da Súmula 596 do STF, que tem o seguinte enunciado:

“as disposições do Decreto 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”.

Fora dessas hipóteses, não pode haver dúvida: “é vedado... estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal”.¹⁴

Atualmente, no Brasil, as instituições financeiras contratam juros ilimitadamente.¹⁵ Não é difícil constatar que parcela significativa de julgadores se mostram, pelo menos, incomodados com tal descontrole. Aqui e ali, encontramos soluções jurisprudenciais tendentes a limitar os juros.

O argumento constitucional mais freqüente é o da auto-aplicabilidade do § 3º do artigo 192 da Constituição Federal. Como é sabido, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn-4 afastou tal fundamento. Tramita no Congresso Nacional uma PEC (Proposta de Emenda Constitucional) sob nº 21 que, entre outros provimentos, exclui, pura e

¹⁴ Esta é a disciplina do artigo primeiro do Decreto nº 22.626, de 07.04.33, que faz expressa referência ao artigo 1.062 do Código Civil que, por sua vez, limita os juros em seis por cento ao ano.

¹⁵ Em 22 de setembro de 2000, depois que o presente trabalho tinha sido depositado na secretaria do Curso de Doutorado da UFP, mas antes da arguição, a Presidência da República editou a Medida Provisória nº 1.965-19. Tal disposição de nulidade de pleno direito as estipulações usurárias (Incisos I e II do art. 1º). Contudo, no art. 4º é dito que 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.”

simplesmente, o § 3º do artigo 192 da Constituição. Eventual supressão do dispositivo constitucional não irá desatualizar o presente trabalho, pois, na primeira parte, estaremos expondo argumentos até agora não enfrentados pela Corte Maior. Logo, ainda é possível apresentá-los em ações e recursos junto à Suprema Corte.

A segunda parte do trabalho ocupa-se de argumentos de ordem infraconstitucional, que, por igual, podem ser adequados para limitar os juros.

A terceira parte da pesquisa aprecia uma série de argumentos eficazes, tanto para o presente como para um futuro muito provável. Convém notar como, até agora, o enfrentamento da questão com fundamentos supraconstitucionais tem evitado recursos especiais e extraordinários, viabilizando que os julgamentos de segundo grau de jurisdição tornem-se definitivos.

O país vive dias de reformas constitucionais.

Como dito, tramita no Congresso proposta de exclusão do § 3º do artigo 192 da Constituição Federal, sob a estranha justificativa de que “jamais foi aplicado no Brasil”.¹⁶ Diante disso, o presente trabalho reveste-se de maior importância. Aqui, como dito, a questão referente à limitação dos juros desborda do enfrentamento pertinente à auto-aplicabilidade do § 3º do artigo 192, em vias de desaparecimento. Parece mais oportuno que, nesses tempos, busquem-se argumentos dotados de maior abrangência no tempo, no espaço e na doutrina.

¹⁶ Proposta de Emenda à Constituição nº 39, de 1995, do Deputado Adhemar de Barros Filho e Outros.

Assim, tal como quer a Constituição Federal, garante-se uma ordem econômica “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” que visa a “assegurar a todos existência digna” (*caput* do artigo 170) e a “um sistema financeiro nacional estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade” (*caput* do artigo 192).

PRIMEIRA PARTE: ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS

(A) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nesta primeira parte do trabalho, veremos argumentos constitucionais que viabilizam o entendimento da limitação dos juros. São fundamentações jurídicas que tomam por base, unicamente, o texto constitucional vigente. Mas não só isso. Além de tomar por princípio a Lei Maior, neste tópico, a análise estará centrada, exclusivamente, em recursos argumentativos eminentemente ligados à interpretação constitucional, sem desbordar, nem para outros textos legais, nem a outras formas de exegese.

Temos presente a necessidade de guardar atenção ao que se pode chamar de contexto específico, ou seja, a busca do significado dentro de uma perspectiva mais especializada e peculiar. Com efeito, como ensina Willis Santiago Guerra Filho, na hermenêutica constitucional, a inteligência do texto se dá, em um primeiro momento, recorrendo aos tradicionais métodos filológicos, sistemáticos e teleológicos. Contudo, nos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), deve-se ir além. Trata-se da *Verfassungskonforme Auslegung* dos alemães, que é uma interpretação de acordo com as opções valorativas básicas, expressas no texto constitucional. Ou seja,

“é da recente experiência constitucional alemã... que se extrai os melhores subsídios para aprofundar a questão aqui colocada, da

necessidade de desenvolver uma forma específica de interpretar a Constituição.”¹⁷

Nossa abordagem, como de resto toda a pesquisa, restringe-se ao campo eminentemente jurídico. Contudo, isso não significa rendição a uma ingênua neutralidade. Quanto mais não seja, estaremos perquirindo a respeito do controle material da constitucionalidade. Nesse campo, como ensina Paulo Bonavides, “*é controle criativo, substancialmente político*”. Por isso, desde logo, queremos deixar claro que a abordagem jurídica não significa rendição ao “... *desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica...*”. Estamos cientes de que a investigação sobre o conteúdo da lei é uma investigação fundada “... *sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial*”.¹⁸

O argumento constitucional mais conhecido diz com a auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da Constituição Federal. Como se sabe, este enfoque já foi objeto de debate pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4–DF (ADIn nº 4).¹⁹ Nesta primeira parte do trabalho, pretendemos diversificar.

Ao primeiro, buscaremos acrescentar argumentos pela auto-aplicabilidade com enfoques um pouco diferentes daqueles apresentados pelos Ministros que ficaram vencidos naquele julgamento. Ao segundo, ainda em sede de interpretação com o texto constitucional, argumentaremos com outro tema, que refoge completamente do âmbito de incidência

¹⁷ Palestra sobre a denominação Hermenêutica Constitucional e Direito Alternativo. 1997.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., p. 270.

¹⁹ In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 147, p. 719.

discursiva da ADIn nº 4. A abordagem terá em mira a vulneração ao princípio da indelegabilidade dos Poderes, tema ainda não enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal.

(B) A CONSTITUIÇÃO, OS JUROS E O STF

A CONSTITUIÇÃO E OS JUROS

Quando se acusa a Constituição de intrometer-se em temas que não deveriam ser disciplinados pela Carta Magna, um dos alvos preferidos são os juros. Afirma-se que este tema é estranho ao direito constitucional.

É bem de ver que, a partir das primeiras décadas do século XX, surgiu um debate envolvendo a economia, a atuação do Estado no fenômeno econômico e os aspectos políticos e jurídicos relacionados a essa mudança de pensamento. Por consequência, em afronta ao constitucionalismo típico do liberalismo, os textos constitucionais começaram a cogitar e incluir capítulos dedicados à “Ordem Econômica e Social”. A Carta mexicana de 1917 e a alemã de 1919 são apontadas como precursoras dessa mudança.²⁰ Vale a pena referir a importância da Constituição de Weimar, como modelo para outras tantas constituições.

Logo, a crítica não procede. Hoje, existem princípios de natureza constitucionais que obrigam a todos a atuarem dentro de uma certa “ordem econômica e social”. Não pode haver

²⁰ Nesse sentido HORTA, Raul M. *Constituição e Ordem Econômica e Financeira*. Rev. Inf. Leg., n. 111, p. 7; COMPARATO, Fábio K. *Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988*. Revista de Direito Público, n. 93, p.263; TELLES, Celso. *Da Constituição Real à Constituição Econômica*. Revista ADEPSP, n. 15, p. 7; GRAU, Eros R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. 4ª ed., p. 46.

áreas jurídicas estanques, incapazes de absorver novos fatos, novos conceitos, novos valores, em interação com o dinamismo da infra-estrutura material.

*“Questões que tradicionalmente estavam restritas à órbita do direito privado, passam a ser vistas sob a ótica do direito público, e vice-versa. O Direito Econômico, onde se manifesta de forma mais clara esse abrandamento da dicotomia tradicional, é talvez o ramo do direito que mais atenção desperta em nossos dias, na exata medida em que se propaga o debate sobre o poder do capital versus o fortalecimento de um Estado mais democrático, mais social e, acima de tudo, mais humano”.*²¹

Assim, o mandamento constitucional limitador dos juros não deve ser visto apenas como restrição à liberdade contratual. Tampouco a disciplina constitucional significa uma indevida intromissão do Estado na vida econômica. Em sua essência, a norma deve ser encarada como restringência imposta pelo legislador constitucional ao arbítrio do Estado no estabelecimento de políticas monetária e creditícia.

Logo, como ensina Luís Roberto Barroso:

*“É de se assinalar que, na interpretação da Constituição, documento jurídico fruto da vontade soberana do poder constituinte, já não cabe oporem-se argumentos de conveniência e oportunidade, fundados em apreciações políticas ou técnico-econômicas. Existe norma, e ao intérprete e aplicador cabe fazê-la atuar.”*²²

A taxa de juros não é uma simples variante dependente, nem mero reflexo da realidade do mercado financeiro e da própria economia do país, insuscetível de regulação legal.

²¹ MIRANDA, José Gustavo Souza. *A concentração de Empresas e a Ordem Econômica*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dezembro de 1999.

²² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 3. ed., 1996. p. 226.

Como assevera o Desembargador gaúcho Márcio Borges Fortes, em suas decisões, mesmo que se considere a taxa de juros como determinada pelo ponto de intersecção de uma linha de oferta com uma de procura de dinheiro, não é possível esquecer que a oferta de dinheiro é controlada pelas autoridades financeiras, ou seja, pelo Estado:

“O constituinte não resvalou para uma fantasia demagógica que não pode ser realizada, uma espécie de revogação da lei da oferta e da procura. Interpretar a limitação da taxa de juros como mero resultado da interação da oferta com a procura de dinheiro, soa como uma compreensão reducionista da teoria keynesiana, bem mais complexa que isto.”

Logo, a fixação da taxa de juros é ato de política monetária e creditícia, que não só pode como deve ter suas fronteiras claramente demarcadas pela lei. Por certo, a Constituição não estabelece uma taxa permanente, rígida, mas permite sua flutuação dentro de um limite preciso, restringindo o arbítrio das autoridades às quais incumbe a formulação da referida política.²³

Seja como for, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o § 3º do art. 192 da Constituição não é auto-aplicável.

Ainda que resumidamente, vale a pena recordar como aconteceu.

OS JUROS E O STF

Como se sabe, o § 3º do artigo 192 da Constituição Federal limita a taxa de juros. Enuncia:

²³ A decisão pode ser encontrada em diversos votos proferidos por aquele julgador. Dentre essas decisões, está a Apelação Cível 5 98 490 589, a qual não está disponível em repertório de jurisprudência.

“as taxas de juros reais, nela incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano...”.

Um dia após a promulgação da Carta, o então Presidente da República, José Sarney, pediu a seu Consultor-Geral um parecer. Saulo Ramos emitiu a peça jurídica que tomou o nº SR-70, que foi publicada no dia 07.10.88 no Diário Oficial da União. No mesmo dia, o Banco Central notificou todo o Sistema Nacional, através da Circular nº 1.365, de que a taxa de juros ainda não estava limitada em 12% ao ano. O dispositivo constitucional não obrigava de imediato, pois dependia da edição de lei complementar.

Carlos Roberto Siqueira Castro lembra que “não foram poucos os juristas de superior prestígio que aderiram a esse entendimento, em pareceres encomendados por entidades patronais do sistema financeiro, a exemplo da Federação Nacional dos Bancos e da Federação Brasileira das Associações de Bancos”.²⁴ Com efeito, o volume nº 88 da Revista de Direito Público foi sede editorial de inúmeros desses pareceres encomendados, todos eles sustentando a carência de auto-aplicabilidade da norma constitucional limitadora dos juros reais.²⁵

Em 19.10.88, com base no artigo 103, VIII, da Constituição Federal, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) intentou Ação Direta de Inconstitucionalidade requerendo medida cautelar de suspensão dos efeitos do ato normativo. O feito voltava-se contra o ato normativo do Presidente da República que aprovou o parecer do Consultor-Geral sobre taxa de Juros. A ação tomou o nº 4-7.

²⁴ 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*. p. 80.

²⁵ Por exemplo: MEIRELLES, Hely Lopes. *Tabelamento de juros*. p. 147; TÁCITO, Caio. *O art. 192 da Constituição Federal e seu § 3º*; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tabelamento de juros reais e sua conformação jurídica*; BASTOS, Celso Ribeiro. *Tabelamento de Juros*; FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Os princípios do Direito Constitucional e o art. 192 da Carta Magna*; MARQUES, José Frederico. *Tabelamento de juros*.

A medida cautelar foi logo indeferida, “porque não satisfeito, no caso, ao menos o requisito do *periculum in mora*”.²⁶

A ação (ADIn nº 4) teve como Relator o Ministro Sydney Sanches. O julgamento deu-se no dia 07.03.91. A decisão afastou diversas preliminares e, no mérito, julgou improcedente por maioria de votos. Votaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Paulo Brossard e o Presidente Néri da Silveira. A maioria vencedora foi formada pelos Ministros Sydney Sanches, Moreira Alves, Aldir Passarinho, Octávio Gallotti, Célio Borja e Celso de Mello. O Ministro Sepúlveda Pertence não participou do julgamento. Estava impedido, pois havia oficiado como Procurador-Geral da República.

INTERPRETAÇÃO DO § 3º DO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nesse ponto, convém que se traga ao debate uma série de argumentos que, de uma forma ou de outra, demonstram um descompasso entre o que foi decidido pela Suprema Corte e a melhor interpretação que se pode retirar do § 3º do artigo 192 da Constituição Federal.

Antes de mais nada, convém trazer, em síntese, os argumentos pela não-auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional. Alega-se ser essa uma norma constitucional de eficácia contida. Por não ser completo (pleno); por não ter suficiente densidade normativa, não é possível aplicação imediata do dispositivo constitucional. Assim, seria indispensável uma normação infraconstitucional integradora do sentido programaticamente colocada na Constituição. Em consequência, sustentam a imprescindibilidade da *interpositio legislatoris* prevista no *caput* do dispositivo. Essa determinação, colocada na cabeça, estende-se a todo o

²⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4-7. In: Revista Trimestral de Jurisprudência, v.133. p.499.

corpo do artigo, deixando-o como norma aberta. Ademais, o tema dos juros reais, acrescentam, é absolutamente estranho ao direito constitucional, e no texto máximo não há um conceito autônomo e sequer elementos a permitir a apreensão do sentido material de juros reais. A noção conceitual deverá, pois, ser trazida pela norma integradora.

No texto constitucional, ao primeiro, tem-se uma série de incisos, numerados de I a VIII, cujas matérias, indubitavelmente, devem ser objeto de regulamentação subconstitucional.

O tema dos juros está no § 3º.

Convém repetir a parte que mais nos interessa do enunciado do texto constitucional.

“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:

...

“§ 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 que a lei determinar.”

Não há negar, uma parte do § 3º do artigo 192 depende de regulamentação a ser editada em lei complementar. Contudo, esta parte não é aquela que se refere ao valor dos juros.

O § 3º está dividido em duas partes. Primeira, a que estabelece o conceito de juros reais; segunda, a que prevê punição criminal para quem ultrapassar o percentual fixado, “*nos termos em que a lei determinar*”.

A parte do dispositivo que condiciona a uma futura legislação, à evidência, é aquela de natureza penal do texto: o crime de usura. A parte de disposição criminal do parágrafo é que depende de lei regulamentadora.

Por óbvio, não se está esquecendo, aqui, a Lei da Usura e suas disposições penais (artigo 13 do Decreto 22.626, de 07.04.33). Contudo, o dispositivo constitucional está-se referindo a uma futura regulamentação que reprimirá o abuso do poder econômico. Ou seja, uma futura lei que vise ao aumento arbitrário dos lucros, dentre outros propósitos (§ 4º do art. 173 da Constituição Federal). Eventual lei de estruturação do sistema financeiro nacional não terá por fim dizer se os juros podem alcançar este ou aquele limite: a Constituição Federal reservou para si a tarefa de estabelecê-lo.

Para conferir garantia ao sistema financeiro, o constituinte determinou que a infração ao limite eleito será conceituada como crime. E será punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar. Seja como for, caberá, portanto, à futura lei dar eficácia ao princípio do *nullum crimen sine lege*.

O § 3º do artigo 192 da Constituição Federal pode ser considerado auto-aplicável porque contém no próprio texto todos os comandos para sua exata e correta aplicação.

Vale a pena notar que, no conceito de juros reais, o texto constitucional já inclui todas as despesas necessárias à realização do crédito “...*nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito...*”.

Ora, estabelecido pela própria norma constitucional esse conceito, seria desnecessária, por inútil, qualquer regulamentação. Regulamentação que, de resto, não poderia fugir ao que a própria regra maior determina, estabelece e expressamente delimita: “*não poderão ser superiores a doze por cento ao ano*”.

Enfim, a Lei Complementar só é necessária, quando sua edição está prevista de modo expreso na própria Constituição. A Lei Maior costuma deixar dúvida quanto à previsão, nela própria inserta, da necessidade de futura regulamentação. Fora destas hipóteses, condicionar o exercício de um direito constitucionalmente garantido, a uma prévia atuação do Poder Legislativo, significa, ao mesmo tempo, tornar o legislador ordinário mais importante que o constituinte e usurpar o Poder do Judiciário de dizer e interpretar o direito.

Tome-se, ao primeiro, o texto do § 3º do artigo 192 da Constituição que diz:

“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.”

É lícito concluir que o legislador constituinte, ao assim dispor, não submeteu a parte cível do tema ao regramento infraconstitucional. Submeteu, isto sim, o disciplinamento penal da cobrança acima desse limite aos “*termos que a lei determinar*”.

José Afonso da Silva, pronunciando-se primeiro pela imprensa e depois em sede doutrinária, é a favor da auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional. Entende que 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 incisos 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.

E conclui:

“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 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 e parágrafos e uns e outros, não raros, a incisos. Isso, no caso em exame, não prejudica a eficácia do texto.”²⁷

Cumpre, ainda, tomar em consideração a lição de Ruy Barbosa, lembrada pelo Ministro Paulo Brossard, ao proferir seu voto divergente, por ocasião do julgamento da referida ADIn nº 4-DF:

“...entre os textos constitucionais executáveis sem o concurso da legislação aplicativa sobressaem as de caráter proibitório. É que a norma proibitiva encerra em si mesma tudo quanto se há mister, para

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. Malheiros, p. 758.

que desde logo se torne obrigatória a proibição, embora a sanção contra o ato, que a violar, ainda não esteja definida. Se a Constituição proíbe formalmente certos e determinados Atos, a prática de qualquer deles transgride ipso facto o preceito constitucional; porquanto a interdição, como interdição, na medida traçada pelos seus termos, é cabal quanto à obrigação, que juridicamente, estabelece erga omnes, de ser respeitada.”²⁸

No mesmo sentido, doutrina Luís Roberto Barroso:

“As normas constitucionais como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre as quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua não observância, há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão ao seu comando.”²⁹

Por fim, vale acrescentar, por resumo, que, sem dúvida, por seu teor, o art. 192, § 3º, da atual Constituição Federal, tem caráter proibitório. Mais uma razão para ser considerada norma não dependente de regulamentação.

Ainda que se pudesse admitir a eventual necessidade de lei complementar, é de rigor que se tomem em consideração alguns argumentos.

Ao primeiro, como mostra José Afonso da Silva, o § 3º do art. 192 prevê que as taxas de juros reais já incluem comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente pertinentes à concessão do crédito. Logo, só a parcela de juros não poderá ser superior a doze por cento ao ano. Ao depois, refere que o termo “juros reais” não oferece dificuldade de conceituação, pois os economistas e financistas sabem que são aqueles que constituem valores

²⁸ In: Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 147, p. 827.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 72.

efetivos, e se constituem sobre toda desvalorização da moeda. Revelam ganho efetivo, e não simples modo de corrigir desvalorização monetária.³⁰

É bem de ver que, passados mais de dez anos desde a promulgação da atual Carta Política, ainda não houve a apregoada regulamentação. E parece que não haverá. Tome-se em conta a postura do Governo Central, como tem sido amplamente noticiado na imprensa. A considerar, ainda, os reiterados Mandados de Injunção³¹ em que o Supremo Tribunal Federal declarou a mora do Poder Legislativo, comunicando aos legisladores para que suprissem a omissão. Tudo, lamentavelmente, sem efeito prático.

Ao depois, é de se perguntar: quais seriam os limites da nova (e eventual) lei? Não há como deixar de afirmar que a nova lei teria de considerar que o texto constitucional já contém uma parte de ordenação completa, de sentido pleno, de eficácia irrestrita, e, portanto, de aplicação imediata: a estipulação de limite máximo às taxas de juros reais. Eventual lei complementar, ou a legislação ordinária só poderão trazer regramentos sobre a remuneração do capital, porém sem desrespeitar a limitação imperativa dos doze por cento ao ano.

Se nenhuma norma infraconstitucional poderá elevar a taxação acima do mencionado teto, não há como deixar de reconhecer a esta aplicação imediata. Por isso, *ad argumentandum tantum*, se, na ausência de lei complementar, devesse ser observada a legislação anterior à Constituição de 1988, mesmo assim a taxa de juros reais não poderia ser superior aos doze por cento ao ano. Acontece que nenhum texto legal permite taxação mais elevada.

³⁰ José Afonso da Silva, *op. cit.*

³¹ Tomem-se, por exemplo, os Mandados de Injunção nºs 323-8-DF, 342-4-SP, 379-3-SP, 502-8-SP.

Por fim, como veremos, a norma constitucional apenas dá dignidade constitucional a uma tradição nacional de limitação dos juros, tema que, há muito tempo, está inserido na nossa legislação ordinária.

Francisco Carlos Duarte, na sua *Análise Funcional da Corrupção Judiciária no Brasil*, vê a lide constitucional que deu origem à ADIn nº 4 na seguinte perspectiva.

A decisão constitucional, limitando a especulação financeira, representaria uma intervenção indevida no sistema econômico. Assim, para organizações funcionais da política, tal decisão significava também um evento que deveria ser decifrado. Seja como for, em face da força Constitucional, o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional, que são organizações funcionais da política, deveriam agir conforme o novo direito. Para isto, teriam que se adequar ao ambiente; isto é, tornando esse evento tema da sua comunicação, o que não aconteceu. Estas organizações funcionais não se adaptaram em termos evolutivo à complexidade do sistema global proposto pela nova Constituição Federal. Pelo contrário, editaram atos negando a aplicação direta do texto constitucional. Contra estes atos foi ajuizada uma ação declaratória de inconstitucionalidade pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Porém, o Supremo Tribunal Federal entendeu que esses atos administrativos eram válidos.

E conclui:

“A nossa tese pretendeu demonstrar que no momento da organização da decisão do STF existiram pressões ou injunções de organizações funcionais da economia e da política (Federação Nacional das Associações de Bancos, Banco Central, Banco do Brasil, Conselho Monetário Nacional, bancos estaduais, etc.) para a não aplicação do

*código binário jurídico. O que era direito, isto é, uma decisão programante que assumiu a forma de programa condicionante, foi categorizado como não direito mediante o argumento da não auto aplicabilidade da norma constitucional. Dessa maneira, se essa norma não era direito, não constituía então um programa condicionante... Uma decisão constitucional que era direito, foi virada pelo avesso e reconhecida ou desconhecida como não direito”.*³²

Neste ponto, vale a pena tomar em consideração o item nº 6 da ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4:

“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 inciso e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de 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” (R.T.J, v. 147, p. 720).

Em suma, os votos majoritários que embasaram a decisão do Supremo Tribunal Federal tomaram em consideração a distinção entre normas jurídicas “auto-aplicáveis” e “normas programáticas”, ou normas “não exequíveis”, ou seja, “*non self-executing*” (“não auto-executáveis”, “não bastante em si”).

³² DUARTE, Francisco Carlos. *Organização das Decisões e Estrutura da Informalidade no Aparato Judiciário. (Análise funcional da corrupção judiciária no Brasil)*. Tese de doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1996. (mimeo)

Os constitucionalistas costumam apresentar diversas formas e critérios quando se dedicam ao problema da eficácia jurídica das normas constitucionais.³³ Contudo,

“todos os autores citados partem da premissa de que inexiste norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar-se, em última análise, uma graduação da carga eficaz das normas constitucionais”.³⁴

Ou seja, “inexiste norma constitucional destituída de eficácia”.³⁵

Jorge Miranda utiliza a mesma terminologia utilizada pelos votos vencedores da ADIn nº 4. Contudo,

“deve frisar-se, antes de mais, que entre normas preceptivas e normas programáticas (assim como entre normas exeqüíveis e normas não exeqüíveis por si mesmas) não há uma diferença de natureza ou de valor. Umas e outras são normas jurídicas e, desde logo, normas jurídico-constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional; nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa. As diferenças que existem são de estrutura e de projeção de cada norma no ordenamento”.³⁶

Diante de tantas e tão ilustradas posições doutrinárias, dando conta de uma eficácia mínima de toda e qualquer norma constitucional, a decisão do Supremo Tribunal Federal, sem dúvida, perde em qualidade. Vale repetir com Ruy Ruben Ruschel que

“em atitudes semelhantes a essa enxergamos uma evidente tendência dos juristas mais conservadores no sentido de sobrepor velhas doutrinas, às quais aderiram em circunstâncias outras, a um texto

³³ Tomem-se, por exemplo, os seguintes autores: TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. p. 285; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 286; BARROSO, L. R., *Direito Constitucional*. p. 79-81; DINIZ, Maria Helena. *Constituição de 1988: Legalidade. Vigência e Eficácia. Supremacia*. p. 67; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. p. 314; MIRANDA, Pontes de. *Comentários*. t. I. p. 126; BASTOS, Celso Ribeiro, e BRITTO, C. A. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 34; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 195.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.258.

³⁵ Idem, *ibid.*, p. 226.

³⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2ª edição revista, 1983.

*novo, que pretende superá-las, construído pela vontade nacional soberana. Pensamos não deva ser este o papel do jurista arejado. Pelo contrário, cumpre-lhe tentar teorização renovadora e construtiva. Havendo norma inequivocamente posta, que atenda ao interesse do povo, deve ele daí partir na busca de soluções corajosas, deixando para trás teorias que não mais servem aos novos tempos”.*³⁷

A decisão do Supremo Tribunal Federal, apesar de respeitada por alguns, não convence a muitos, que buscam outros meios jurídicos para limitar os juro, já que, como veremos a seguir, a ADIn nº 4 não tem efeito vinculante.

EFEITOS DO JULGAMENTO DA ADIN Nº 4

A decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal em relação à aplicação do § 3º do artigo 192 da Constituição Federal tem, é certo, efeito *erga omnes*, mas teria efeito vinculante?

Carlos Roberto Siqueira Castro, amparado em “ensinamentos doutrinários consagrados nesse sítio da teoria constitucional”,³⁸ entende que o julgado da Corte guardiã da Constituição, por isso que proferido em sede de ação direta ou de controle concentrado de constitucionalidade das leis, irradia efeitos *erga omnes*,

*“além de ser vinculativo para atividade judicante de valoração da ordem jurídica em todas as instâncias do Poder Judiciário...”*³⁹

³⁷ RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito Constitucional em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997. p.132.

³⁸ No ponto, valem as referências a BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*. p. 135; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. p. 57/59; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. p. 114; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle de Inconstitucionalidade da Lei e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. p. 203; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. p. 134; além do próprio autor, no ensaio *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos*, in *Revista Forense*, v. 335, p. 37-44.

³⁹ *Mandado de Injunção. Limitação da Taxa de Juros. Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas. Considerações acerca do Art. 192, par. 3º, da Constituição Federal*. p. 81.

Data venia, ainda que se admita eficácia *erga omnes*, o efeito vinculante é, pelo menos, duvidoso.

No ponto, como ensina Clèmerson Merlin Clève,

*“a decisão do Supremo Tribunal Federal produz coisa julgada oponível erga omnes, estendendo seus efeitos para além das partes (no sentido formal) residente na relação processual objetiva; por isso é desnecessária a comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 52, X, da Lei Fundamental da República”*⁴⁰

Antes de mais nada, convém tomar-se em conta que o julgamento da ADIn-4 deu-se no ano de 1991. Ou seja, naquela época, sequer se poderia cogitar de efeito vinculando por interpretação analógica do § 2º do artigo 102 da Constituição, pois referido parágrafo foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 3, editada em 17.03.93. Ou seja, quase dois anos do STF. Enfim, quando do julgamento da ADIn, não existia a ADC.

De qualquer sorte, tome-se o texto constitucional e ver-se-á que somente “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas *ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*” é que, nos termos do § 2º do artigo 102 da Constituição Federal, “...produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

Grifei o texto constitucional na parte a que se refere ao tipo de ações, para o fim de dar destaque ao fato de que, a vinculação haveria somente em caso de apreciação, por aquela Alta Corte, de ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em sede de Juízo Abstrato e Efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 19, p. 289.

E, por evidente, não se pode confundir a natureza e os efeitos de uma *ação direta de constitucionalidade* (que, pelo texto constitucional, tem efeito vinculante) com uma outra que é *ação direta de inconstitucionalidade*. (sem efeito vinculante constitucionalmente previsto)

Quisesse o legislador constitucional estender a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante às decisões do Supremo, em ações diretas de inconstitucionalidade, teria feito isso, modo expreso, quando da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, já que colocou ambas as ações no art. 102.

Seja como for, independente do que o Supremo tenha julgado, é importante ter em mente a existência de “lacunas estáticas” e “lacunas dinâmicas”. No ponto vale a pena reproduzir decisão do Tribunal alemão, referida por Luiz Afonso Heck:

“A evolução real ou jurídica pode, contudo, deixar uma regulamentação, até então clara e perfeita, incompleta, carente e, simultaneamente, susceptível de complementação. A admissão jurídico-constitucional à investigação e a colmatagem de lacunas acha a sua justificação, em outras coisas, no fato de que as leis estão submetidas a um processo de envelhecimento. Elas encontram-se em um ambiente de relações sociais e de concepções socio-políticas, com cujas transformações o conteúdo normativo também pode mudar-se (comparar com BVerf.GE 34,269 [288]). À proporção que se formam lacunas legais em virtude de tais transformações, a lei perde a sua capacidade de manter pronta para todos os casos, a que a sua regulamentação aspira, uma solução justa. Os Tribunais, em decorrência, estão autorizados e obrigados a examinar o que, sob as circunstâncias modificadas, é ‘Direito’ no sentido do artigo 20 alínea 3, da Lei Fundamental” (BVerf. GE – Bundesverfassungsgerichtsentscheidung [Decisão do Tribunal Constitucional Federal]).⁴¹

⁴¹ HECK, Luiz Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Fabris. 1995. p. 209.

Certo que o Tribunal Federal alemão fez referência à dinamicidade da lacuna legal. Contudo, é lícito dizer o mesmo em relação a uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Um julgamento, para servir de referência, deve ser apreciado, tanto numa perspectiva “real” como “jurídica”. Assim, também as decisões “*encontram-se em um ambiente de relações sociais e de concepções sócio-políticas, com cujas transformações o conteúdo normativo também pode mudar-se*”. O direito (vindo da lei ou das decisões dos Tribunais) “expressa um estado jurídico-cultural de um povo numa certa época em um dado momento histórico.”⁴²

Convém tomar em consideração, ainda, que a ADIn nº 4 teve o julgamento de improcedência, e não de procedência. Ora, não parece adequado, extrair-se o efeito da declaração de constitucionalidade, quando a Ação de Declaratória de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente.⁴³

Seja permitido, aqui, utilizar-se um argumento de ordem processual.

Diz o artigo 469 do Código de Processo Civil que não fazem coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (inciso I), “*a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença*” (inciso II) e “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo” (inciso III). A partir disso, é oportuno, no caso, distinguir-se o efeito de uma “sentença procedente” de uma “sentença improcedente”.

⁴² PEZZELLA, Maria Cristina. *Op. cit.*, p. 172.

⁴³ Interessante notar que, na ementa da decisão do STF, quando se refere ao mérito, diz: “ação julgada improcedente, por maioria de votos (declarada a constitucionalidade do ato normativo impugnado).”

Numa decisão procedente de inconstitucionalidade tem-se que os fatos e os fundamentos foram considerados absolutamente suficientes para inquirir de inconstitucional a lei ou ato normativo submetido a julgamento. Assim, não importa que venham a existir argumentos favoráveis à constitucionalidade. Há um dispositivo sentencial que levou em consideração fatos e fundamentos já suficientes para ferir de morte a lei ou ato normativo.

Diferente é o que ocorre quando uma ação é julgada improcedente. Aqui, de regra, tem-se que, apenas os fatos e fundamentos (que, como visto, não transitam em julgado) alegados na petição inicial da ação foram considerados insuficientes para embasar juízo positivo de inconstitucionalidade. É certo que o Supremo não se limita aos argumentos levantados, e trata o julgamento tendo em vista todos os termos da Constituição. Contudo, é lícito concluir-se que sempre haverá outros motivos, fáticos ou jurídicos, possíveis de serem eventualmente favoráveis à declaração de inconstitucionalidade.

Em resumo, o STF, ao julgar improcedente a ADIn-4, disse que aqueles argumentos não foram suficientes para um juízo positivo de declaração da inconstitucionalidade. Isso, por si só, não significa que o ato normativo é constitucional. O máximo que se pode afirmar é que, ato é constitucional frente àqueles motivos. Contudo, como outros argumentos não foram tomados em consideração, tem-se que, eventualmente, outras razões poderão levar ao reconhecimento da inconstitucionalidade do ato.

Fosse a ADIn nº 4 julgada sob a disciplina da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, talvez se pudesse afirmar o efeito vinculante da decisão.⁴⁴ É que, nesta nova lei (chamada de LADIn), que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, é dito no artigo 24 que

“proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

Como se vê, a nova lei dá ênfase ao objeto material da ação, qual seja, o ato normativo, e à “proclamação” da constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Por consequência, projeta os efeitos de tal proclamação para os julgamentos (seja de procedência, seja de improcedência) para ambas as ações declaratórias (de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade).

O parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.882/99 oportuniza a vinculação de tais decisões, pois tem a seguinte dicção:

*“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.*⁴⁵

⁴⁴ Hoje, o processo das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal tem suas regras diretoras estabelecidas nos artigos 102 e 103 da Constituição Federal, na Lei 9.868/99 (LADIn) e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) 167/187. A Lei 4.337/64, como ensina Nelson Nery Jr., está revogada (Recursos na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade – Apontamentos Sobre os Recursos na LADIn (L. 9.868/99) In: *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁴⁵ A Lei 9.882 de 03.12.99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal, em seu artigo 10, § 3º também prevê que “a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Seja como for, nem a previsão legal, nem eventuais e futuras decisões com efeito vinculante podem ser recebidas assim, passiva e indistintamente aplicadas a todos os casos. Isso “implicaria divergir do entendimento pacífico do próprio STF, que já assentou, à luz dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, ou ainda genericamente da noção substantiva do devido processo legal, que o juízo de constitucionalidade sobre a razoabilidade/proporcionalidade *em abstrato* de determinada exigência não exclui um juízo de constitucionalidade na aplicação destes princípios diante das peculiaridades do caso concreto”.⁴⁶

Ademais, é bem de ver que as decisões do STF, proferidas em processos objetivos em que é investigada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo, geram efeito no âmbito abstrato da norma como tal, e não no âmbito concreto, de caso a caso, das relações entre as pessoas. Ou seja, a decisão, operando no plano abstrato, não interfere diretamente no seio das relações concretas.

A nova lei não mudou algo que é sagrado no Direito brasileiro. O STF dispõe do poder de controle abstrato da norma, mas isso não significa dizer que a Corte Suprema disponha de competência para resolver, desde logo, questões que emergirão no plano concreto. Como diz Clèmerson Merlin Clève:

“A decisão de inconstitucionalidade limita-se a reconhecer a nulidade da lei, ficando para o plano judicial concreto, a solução das situações em que eventualmente, a incidência de outros princípios constitucionais e valores (boa-fé, segurança, justiça, razoabilidade)

⁴⁶ SOUZA PINTO, Paulo Brossard de, e GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *A Inconstitucionalidade do Depósito de 30% da MP após o Julgamento das ADINs 1.922 e 1.976-7 pelo STF – Considerações sobre o Devido Processo Substantivo*. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 54, p. 77.

*aconselha a permanência, no plano concreto, de determinados efeitos já produzidos”.*⁴⁷

Enfim:

*“O controle abstrato tem a finalidade precípua,... de proteger a ordem jurídica objetiva. Por isso, a função jurisdicional neste caso se aproxima bastante de uma atividade legislativa de caráter negativo. As questões concretas, decorrentes da incidência da lei não são, no Direito brasileiro, levadas em consideração. Referidas questões somente serão objeto de apreciação judicial em sede de processo subjetivo”.*⁴⁸

Por causa dessas razões, é que, como veremos a seguir, é possível encontrar-se decisões limitando os juros, com amparo em argumentos constitucionais.

JURISPRUDÊNCIA CONTRA A ADIn Nº 4

Há reiteradas decisões contrárias ao que foi decidido por maioria na ADIn-4, que não reconhecem o efeito vinculante da decisão da Corte Maior.

Aliás, já era previsível que isso acontecesse em face da tese aprovada, por maioria, no VIII Encontro Nacional de Tribunais de Alçada, *verbis*:

“A limitação constitucional da taxa de juros reais é aplicável de imediato. Entende-se por juro real o juro excedente à taxa inflacionária. No juro real incluem-se os custos administrativos e operacionais, as contribuições sociais (FINSOCIAL, PIS e PASEP) e os tributos devidos pela instituição financeira. Está proibido o juro composto. O IOF está excluído do juro real.”

⁴⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Op. cit.*, p. 289.

⁴⁸ *Idem*, p. 295.

Vale salientar, como primeiro exemplo, decisão do Tribunal de Alçada do Paraná. Entre outras, toma-se a Apelação 43.000-4, julgada em janeiro de 1992, cuja ementa anuncia:

*“Cédula Rural Pignoratícia – Execução... Juros – Limite constitucional – Art. 192, par. 3º, da CF – Norma auto-aplicável – Necessidade de regulamentação somente no tocante à definição da ilicitude penal (crime de usura), naturalmente em respeito ao princípio da reserva legal.”*⁴⁹

É de se mencionar, por oportuno, um voto do Ministro Paulo Brossard. Em julgamento com data posterior àquele da ADIn-4, enfrentando o mesmo tema, o Ministro gaúcho decidiu pela auto-aplicação do limite constitucional dos juros.

Eis o teor do voto vencido:

*“O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD (Relator): Reporto-me ao voto proferido no julgamento da ADIn 4-7/600 e não conheço do RE. Por maior respeito que deva ter a acórdão do Pleno, como o proferido na mencionada ADIn a ele não posso prestar homenagem. Entre v. julgado e o Brasil, fico com este, enquanto a usura, condenada pela Constituição, no mais explícito e terminante de seus preceitos, e, contudo, pimpante, gordacha, próspera e luzidia, não destruí-lo.”*⁵⁰

Na sua composição atual, o Supremo Tribunal Federal deixou de ser uníssono quanto ao tema, na sua abordagem constitucional. O Ministro Marco Aurélio quebrou a harmonia do Egrégio sodalício. Vale lembrar que o Ministro Marco Aurélio fora um dos votos vencidos quando do julgamento da ADIn nº 4, mesmo assim, até então vinha homenageando, em órgão fracionário, o julgamento do Pleno.

⁴⁹ Conforme Revista dos Tribunais, v. 675, p. 188-190.

⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 161.541/9-RS - publicado no DJ de 30.09.94 p. 26.178. Em face do voto vencido, ficou relator para o acórdão o Ministro Francisco Rezek.

Costumava votar assim:

“muito embora seja simpático o enfoque de S. Exa (se referia ao voto do Ministro Paulo Brossard) e continue convencido de que estamos diante de um preceito auto-aplicável, em que os juros reais revelam-se pelo quantitativo que remunera o capital, quantitativo desprovido da reposição do poder aquisitivo da moeda”.⁵¹

Agora não, o Ministro Marco Aurélio, a partir do Agravo de Instrumento nº 234.873-1, procedente do Rio Grande do Sul, mudou de orientação.

Eis a decisão, na parte que mais interessa:

“Quando a Corte apreciou a questão alusiva à auto-aplicação do parágrafo 3º do artigo 192 da Carta da República, no que impõe respeito ao limite máximo de doze por cento para os juros reais – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4, relatada pelo Ministro Sydney Sanches -, fiquei vencido, na companhia honrosa dos Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard e Néri da Silveira, no tocante à conclusão sufragada pela Corte de origem, ou seja, da eficácia imediata do preceito. Passei a ressaltar, no campo monocrático e na Turma a convicção pessoal. Todavia, os ditames da consciência levaram-me a assumir, ultimamente posição diversa, voltando a sustentar a tese que desde o início defendi. É que a usura vem vencendo o Brasil, com nefastos efeitos no campo social. Grassa o desemprego, fato que contribui para o aumento da criminalidade. As contas públicas estão seriamente comprometidas com os acessórios da dívida interna. Por isso, voltei a expressar o convencimento externado nos idos de 1991, e que, com a passagem do tempo, somente restou robustecido. Tenho como auto-aplicável, tal como vem proclamando o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, a regra do parágrafo 3º do artigo 192 da Carta quem a rigor, deveria estar em dispositivo autônomo. A única justificativa para o lançamento da norma em parágrafo é a notória fuga do legislador constituinte de 1988 à elaboração de um diploma constitucional com número excessivo de artigos.

⁵¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 163239-9-RS, de 22.02.94.

*Reportando-me ao voto que venho fazendo juntar em hipóteses semelhantes à dos autos, conhece deste agravo, negando, no entanto, acolhida ao pedido nele formulado”.*⁵²

Seja como for, ainda que se preste respeito ao que foi decidido pela Corte Maior, há questões ainda não apreciadas pelo Supremo. O tema principal diz com a indelegabilidade dos Poderes e veio no bojo de lei editada após o julgamento da ADIn-4. Por isso não foi – nem poderia ser – considerada, apanhada e atendida pela decisão da Egrégia Corte.

É o que veremos a seguir.

⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 234.873-1, publicado no DJU de 29.04.99.

(C) ARGUMENTOS AINDA NÃO ENFRENTADOS PELO S.T.F.

(C.1) O PRINCÍPIO DA INDELEGABILIDADE

Vale a pena ressaltar, o argumento constitucional que segue, não leva em conta o mesmo tema, objeto do processo que levou o Supremo Tribunal Federal a julgar improcedente da ADIn-4 em face do entendimento de que o art. 192, § 3º, da Constituição Federal não é auto-aplicável.

A tese é outra. À vista da Constituição de 1988, a Lei 4.595/64 viola o princípio da indelegabilidade dos poderes. Esse argumento ainda pode ser invocado frente ao Supremo Tribunal Federal.

Como ensina Clèmerson Merlin Clève, no mundo ocidental, de um modo geral, existem três fórmulas básicas por meio das quais o Poder Executivo vê-se autorizado a desenvolver atividade normativa primária. A primeira é a delegação sem previsão constitucional: “transferência da função normativa atribuída originária e constitucionalmente ao Poder Legislativo a órgãos... integrantes dos demais Poderes do Estado”.⁵³ A segunda é a delegação com assento constitucional. A terceira é a função legislativa decorrente de

⁵³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O Congresso e as delegações legislativas*. p. 81.

atribuição, campo das Medidas Provisórias previstas no artigo 62 da nossa Lei Fundamental, qual seja. Aqui o Executivo, em certas circunstâncias graves e excepcionais, tem

“o poder de legislar diretamente a respeito de determinadas matérias, sem necessidade de autorização prévia do Parlamento”.⁵⁴

O emérito constitucionalista paranaense, alinhando textos constitucionais estrangeiros, demonstra que as Constituições mais modernas admitem a delegação legislativa. Como se trata de algo excepcional e extraordinário, em face do princípio da separação e independência dos Poderes, convém pôr em destaque a necessidade de interpretação restritiva e os limites da delegação. Nesse passo, a determinação do artigo 76 da Constituição italiana (1947), limita a delegação dentro de determinados princípios e critérios, somente por tempo determinado e para objetos definidos.⁵⁵ No que diz, especialmente, à limitação no tempo, tem-se a Constituição francesa de 1958 onde,

“nos termos do art. 38, pode o Governo solicitar autorização para editar ordonnances, por um período determinado, disciplinando matérias que constituem, ordinariamente, objeto de lei”.⁵⁶

A Constituição brasileira de 1946 não previu nenhuma forma de delegação legislativa ao Poder Executivo. Somente em 1961 a Emenda Constitucional nº 4 introduziu a lei delegada. O princípio da indelegabilidade das funções legislativas foi retomado pela Emenda Constitucional nº 6/63. Na Constituição de 1967 repetiu-se o princípio da indelegabilidade (art. 6º, parágrafo único) com as exceções previstas nos artigos 55, 56 e 57. Na Emenda Constitucional nº 1/69, a delegação legislativa tinha previsão expressa. Por fim, a

⁵⁴ Clève, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. p. 27.

⁵⁵ Nesse ponto, Clèmerson Merlin Clève, op. cit., reporta-se ao ensinamento de Paolo Biscaretti Di Ruffia.

⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 25.

Constituição de 1988, no seu artigo 68, prevê “*as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional*”.

Observa, adequadamente, Clèmerson Clève que o Constituinte de 1988 procurou conciliar o necessário fortalecimento do Legislativo com os imperativos da sociedade contemporânea. Com efeito, fortalecido o Congresso, nem por isso o Constituinte deixou de admitir a delegação de função legislativa ao Executivo. A delegação ao Presidente da República (art. 68, § 2º, da CF), terá a forma de resolução do Congresso Nacional, onde deverão ser especificados o conteúdo e os termos do seu exercício.

Contudo,

*“algumas matérias constituem reserva absoluta do Legislativo. Não podem, portanto, ser objeto de delegação. São entre outras, aquelas prevista no parágrafo primeiro do art. 68: - atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar....”*⁵⁷

No ponto, não se pode perder de vista, como ensina Gomes Canotilho, que um dos mais importantes princípios constitucionais a assinalar nesta matéria é o da indisponibilidade de competência ao qual está associado o princípio da tipicidade de competência.

*“Daí que: (1) de acordo com este último, as competências dos órgãos constitucionais sejam, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição; (2) de acordo com o primeiro, as competências constitucionalmente fixadas não possam ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribuiu.”*⁵⁸

⁵⁷ Idem, *ibid.*, p. 33.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 679.

Vejamos se estão atendidos os requisitos acerca da delegação ao Poder Executivo para que disponha sobre juros no Brasil.

ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como se sabe, depois da edição da Lei 4.565/64, o Banco Central do Brasil passou a ser o executor da política do Conselho Monetário Nacional.

Havia verdadeira delegação do poder de legislar ao Poder Executivo. Ronaldo Ausone Lupinacci⁵⁹ refere existência de vício da delegação e alinha uma série de argumentos doutrinários que atacavam a inconstitucionalidade da lei frente aos termos do § 2º do artigo 36 da Constituição de 1946, que era expresso: “*é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.*”

O STF acabou editando a Súmula 596, depois de muitas decisões reconhecendo a delegação de Poder, e um verdadeiro “poder legiferante” a um órgão do Poder Executivo.

Nas decisões que conduziram à conclusão da Súmulas, cuidava-se de interpretar o art. 4º, especialmente os incisos IX e XVII, da mencionada Lei. O primeiro outorga poderes ao Conselho Monetário Nacional (via Banco Central) para “limitar” taxas de juros, e o segundo, para “regulamentar operações de redesconto e empréstimos”.

Não se concorda com o autoritarismo implantado, contudo, é lícito reconhecer que a interpretação do Supremo respaldou, com coerência, a política de juros implantada após 1964,

⁵⁹ LUPINACCI, Ronaldo Ausone. *Limite da Taxa de Juros no Brasil*, p. 44.

placitando a outorga de poderes próprios do Legislativo ao Executivo, por meio do Conselho Monetário Nacional, criado pela Lei 4.595/64.

Sucedem que, com a Carta de 1988, adveio uma nova situação.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PODER DE LEGISLAR SOBRE JUROS

A Constituição de 1988, com o já tão citado § 3º do artigo 192, determinou a limitação dos juros em 12% ao ano. O Supremo Tribunal Federal foi chamado a se pronunciar pela via da ADIn-4. O tema central daquela decisão era a aplicação imediata, ou não, do dispositivo constitucional.

Não se cogitou, como agora se fará, a respeito da violação ao princípio da indelegabilidade de Poderes.

Com efeito, tome-se o art. 22 da Constituição de 1988, em seus incisos VI e VII.

“Artigo 22: Compete privativamente à União legislar sobre:

...

VI – sistema monetário e de medidas, títulos e garantia dos metais;

VII – política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores.”

Ou seja, é da competência exclusiva da União legislar sobre o sistema monetário e de medidas a respeito da política de crédito.

Depois, prossegue a Carta, no art. 48, XIII, atribuindo exclusivamente ao Congresso Nacional a competência para dispor sobre matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações.

É bem de ver que o art. 62 da Carta Magna ressalva apenas a competência do Executivo para, em caso de urgência, editar Medidas Provisórias.

Por fim, o art. 68, em seu § 1º, proíbe a delegação de atos da competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 48, XIII).

Ante os dispositivos acima referidos, afigura-se clara a conclusão de que a Carta de 1988 revogou as disposições da Lei 4.595/64 no ponto em que atribuíam ao Conselho Monetário Nacional, via Banco Central, o poder de legislar em matéria financeira, pois, outra coisa não é disciplinar taxas de juros e condições de empréstimos, por exemplo.

Assim, tendo a Constituição estabelecido a competência exclusiva do Legislativo da União para dispor sobre tais matérias, deixou de recepcionar a legislação anterior, que restou assim revogada, por não poder conflitar com a Lei Maior. Revogada a autorização legislativa, ficam sem efeito os atos praticados sob a sua égide.

Mais se reforça esse entendimento ao se examinar o art. 25 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 (ADCT).

Vale a pena reproduzir textualmente o dispositivo constitucional:

“Artigo 25 dos ADCT: Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa.”

É lícito concluir que o dispositivo transitório revogou expressamente, a partir de cento e oitenta dias de promulgação da Constituição, todos os dispositivos legais da Lei 4.595/64, que delegavam ao Conselho Monetário Nacional (órgão do Poder Executivo) competência para dispor sobre juros, pois, agora, esta competência, tal como assinalada pela nova Constituição, é exclusiva do Congresso Nacional.

Comentando o dispositivo, o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho deixa claro que, afora as leis delegadas e os decretos-leis, que tinham assento constitucional anterior, os demais atos normativos, quaisquer que fossem eles, restaram revogados.⁶⁰

As equipes econômicas que se sucederam simplesmente continuaram a raciocinar nos termos do período anterior à Carta de 88, estabelecendo a seu bel-prazer as mais altas taxas de juros de que tem notícia a história econômica mundial, sem qualquer oitiva do órgão competente: o Legislativo Nacional.

Impende reconhecer que tal situação se deve muito à inércia do próprio Poder Legislativo, aliás, reconhecida em mais de um Mandado de Injunção no respeitante ao tema.

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 4., p. 148.

Ocorre que, no julgamento da ADIn nº 4, nossa Corte Suprema levou em consideração o tema como se estivesse preservada a base legislativa anterior à Constituição Federal de 1988.

Na data do julgamento da ADIn nº 4, contudo, a situação legislativa, de alguma forma, poderia justificar a falta de investigação a respeito da violação ao princípio da indelegabilidade dos Poderes.

É o que veremos a seguir.

SITUAÇÃO LEGISLATIVA QUANDO DO JULGAMENTO DA ADIN Nº 4

De início, vale a pena destacar e tomar em consideração a data do julgamento da ADIn nº 4: *07 de março de 1991*.

Como visto, o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) autoriza que seu prazo de delegação (seis meses) seja prorrogado por lei.

Infelizmente, o legislador não titubeou em elaborar tantas leis quantas foram necessárias para prorrogar, indevidamente, a vigência dos dispositivos que atribuíram ou delegaram competência legislativa ao Poder Executivo.

Assim, primeiro veio a Lei 8.056, de 28 de junho de 1990. Em seu artigo primeiro foi

“prorrogada, até o dia 31 de dezembro de 1990, a vigência dos dispositivos legais que hajam atribuído ou delegado, ao Conselho Monetário Nacional e ao Conselho Nacional de Seguros Privados,

competências assinaladas, pela Constituição, ao Congresso Nacional.”

Depois veio a Lei 8.127, de 20 de dezembro de 1990, que prorrogou o prazo até 30 de junho de 1991. Neste período é que houve o julgamento da ADIn nº 4 (07.03.91).

Em 29 de junho de 1991, foi editada a Lei 8.201 para o fim único e exclusivo de considerar ”prorrogado, até o dia 31 de dezembro de 1991, o prazo a que se refere o artigo 1º das Leis nº 8.056, de 28 de junho de 1990, e nº 8.127, de 20 de dezembro de 1990”.

Como se pode notar, no dia do julgamento da ADIn-4, ainda era possível dizer que o princípio da indelegabilidade dos poderes estava razoavelmente atendido.

Por isso, esse tema não foi (e nem precisava ser) enfrentado naquele julgamento. Assim, sob este aspecto, a decisão do STF não tem mácula de inconstitucionalidade.

A nova questão constitucional surge, como veremos a seguir, no dia 29 de junho de 1991.

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDELEGABILIDADE DOS PODERES

Em 29 de junho de 1991, o legislador brasileiro cometeu um primor de inconstitucionalidade, ainda não apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, pois não era objeto da ADIn nº 4.

O legislador, talvez cansado de fazer tantas leis afrontosas ao princípio da indelegabilidade dos Poderes, claramente resolveu atalhar o caminho e fazer uma só, agora afrontosa também ao texto constitucional.

Com efeito, a Lei 8.393, de 30.12.91, diz:

“Art. 1º - É prorrogado até a data da promulgação da lei complementar de que trata o artigo 192 da Constituição Federal o prazo a que se refere o artigo 1º das leis 8.056, de 28 de junho de 1990, 8.127, de 20 de dezembro de 1990 e 8.201, de 29 de junho de 1991.”

Foi grifado aqui o texto da lei, pois aí reside a inconstitucionalidade ainda não apreciada pela Corte Suprema.

Veja-se que o artigo 25 dos ADCT, após referir os seis meses, é claro: *“sujeito este prazo a prorrogação por lei”*. Ou seja, a Lei 8.392 tornou indeterminado um prazo que a Constituição entende determinado.

Com isso, restou violado um princípio basilar do Estado de Direito, qual seja, a indelegabilidade dos Poderes.

“Essa delegação é repudiada pelo Direito Constitucional clássico. Este sempre considerou indelegáveis as funções recebidas pelo ‘poderes’, já que essa indelegabilidade é corolário da própria ‘separação’ de poderes. Por outra, já ensina Locke (Segundo tratado do governo civil, Cap. 2º) que nenhum poder tem o direito de delegar atribuições porque estas não lhe pertencem e sim lhe são delegadas pelo soberano: delegata potestas delegari non potest.”⁶¹

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. p. 154. Mais adiante (p.202), o mesmo doutrinador, sobre Lei Delegada, diz: *“Em relação à delegação ao Executivo, cumpre salientar a audácia de sua adoção em regime presidencialista. Na verdade, a delegação do poder de editar regras jurídicas novas, do Parlamento para o governo, não mais surpreende nem escandaliza, no regime parlamentarista; entretanto, no presidencialismo, sua admissibilidade é discutível”*.

Então o que ocorreu? Verdadeiramente, a lei tornou indeterminado um prazo que a Constituição fixa como determinado. Ou seja, nossos legisladores - em afronta ao Poder outorgado pela sociedade brasileira - abriram mão de seu Poder previsto na Constituição para fazer o Brasil retroceder a mesma situação dos tempos de chumbo da ditadura militar.

Em outras palavras, o legislador brasileiro delegou um Poder que não poderia delegar. “Só o Legislativo pode editar leis, sendo-lhe vedado delegar esse poder.”⁶²

Nesse passo, violou cláusula pétrea da Constituição Brasileira, pois fez lei sobre tema que não admitia sequer emenda constitucional, qual seja o da “separação dos poderes” (inciso III, § 4º do artigo 60 da Constituição Federal).

Vale a pena destacar o entendimento de Ives Gandra Martins, em seu comentário ao artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“A ação normativa é tipicamente do Congresso Nacional, cabendo ao Executivo legislar por medidas provisórias ou leis delegadas. Tenho por inconstitucional o Poder Legislativo outorgado ao Banco Central para, através de resoluções, normar matéria bancária, prática todavia, aceita, inclusive pelos tribunais”⁶³ (grifei)

Aí temos uma inconstitucionalidade que refoje aos termos da ADIn-4 e que, ainda, não foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Veja-se, em 1988, reimplantou-se o Estado de Direito no país. Com a nova Constituição, houve o retorno da independência efetiva dos poderes. Infelizmente, em várias

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 15.

⁶³ MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (o livro não tem suas páginas numeradas).

áreas do Executivo nacional, especialmente na área econômico-financeira, permaneceu a idéia de que nada mudara.

Ao jurista, contudo, parece lícito que se cobre a interpretação à luz dos novos tempos (democráticos) plenamente consagrado no texto constitucional vigente.

Logo, é de rigor concluir que, revogada a delegação, cessam os efeitos das Resoluções do Banco Central, liberadoras das taxas de juros. Só o Congresso, agora, pode fixá-las. Ficam sem efeito os atos administrativos.

Além desse argumento, há outros também ainda não enfrentados pela nossa Suprema Corte.

É o que veremos a seguir.

(C.2) OUTROS ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS

Vamos apresentar alguns outros argumentos baseados em princípios constitucionais que podem ser invocados para limitar os juros.

Por evidente, não se vá diminuir de importância a presente fundamentação pelo fato de se basear em princípios. Como diz Celso Antonio Bandeira de Mello:

“princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a

*lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico... ”.*⁶⁴

Concluindo: “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma”.⁶⁵

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O primeiro fundamento parte do princípio da legalidade consagrado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal. É princípio absoluto: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Convém que se diga logo: não há nenhuma lei que obrigue alguém a pagar juros acima de 12% ao ano. O que existe no repertório legislativo brasileiro em termos de lei (determinação oriunda democrática e legitimamente do Poder Legislativo) é a limitação em 12% ao ano.

Claro, temos as Resoluções do Banco Central. Contudo, Resolução não é lei.

Não podemos esquecer que, com a idéia de Estado Democrático de Direito, substitui-se a idéia da vontade do rei como fonte de todo o Direito pela idéia da lei como resultante da vontade geral. Com o princípio da separação de poderes, como diz Maria Sylvia Zanella di Pietro

*“tirou-se do Poder Executivo a capacidade de ditar leis gerais, já que estas constituem expressão da vontade geral representada pelo Parlamento; ao Executivo compete apenas editar atos singulares previamente disciplinados em lei.”*⁶⁶

⁶⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, p. 230.

⁶⁵ *Idem, ibidem.*

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 14.

Cretella Jr., comentando o dispositivo constitucional, ressalta que o vocábulo “lei” não abrange os “atos administrativos”, os decretos, o regulamento, a portaria, o aviso, a instrução, a circular. No regime da Constituição de 1946, como, agora, no da de 1988, *a lei, só a lei*, é ato normativo primário, princípio quebrado em 1967 e em 1969, com o decreto-lei, que se equiparava à lei (grifei).⁶⁷

Por se tratar de Resoluções (e não lei) é lícito concluir que elas estão revogadas (ou ab-rogadas) pelo inciso II do artigo 5º da Constituição.

Vale a pena reforçar o argumento quanto à necessidade de lei (e não de Resolução). Voltando um pouco à indelegabilidade dos Poderes, convém considerar o único dispositivo constitucional que admite a quebra do princípio. Trata-se do artigo 68 que, como já visto, diz: *as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional*. No ponto temos que o exercício legislativo pelo Governo se dá na forma de *lei delegada* (e não por Resolução), elaborada *pelo Presidente da República* (e não pelo Conselho Monetário Nacional). Ademais, a delegação só se dá depois de adequada *solicitação* do Presidente. Por fim, para quebrar o princípio da indelegabilidade do Poder de legislar, não basta que a delegação seja dada só por uma casa legislativa, pois a Constituição estabelece que a solicitação do Executivo deve ser apreciada pelo *Congresso Nacional*.

Por conclusão, os devedores só estarão obrigados a fazer (no caso: pagar juros acima da taxa legal) em virtude de lei (e não em virtude de Resolução, que não é lei).

⁶⁷ CRETILLA JR. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. I, Rio de Janeiro: Forense Universitária. No mesmo sentido temos: MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*, Rio de Janeiro - São Paulo, 2ª ed., 1986, p. 429; Francisco Campos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 80, p.373; e ATALIBA, Geraldo. *Liberdade e Poder Regulamentador*. *Revista de Informação*

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Costuma-se falar mais da função social da propriedade tendo em vista a propriedade de bens imóveis, rurais e urbanos. Contudo, também quando se trata do tema pertinente a juros e sua disciplina constitucional, é de rigor perquirir-se a respeito da função social.⁶⁸

Por primeiro, é bem de ver que a garantia constitucional da propriedade (incisos XXII e XXIII do art. 5º da Constituição Federal) encontra-se no Capítulo que trata dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Ao depois, quando o Título VII da nossa Carta trata da Ordem Econômica e Financeira, lá está, no inciso II, a propriedade privada e, no inciso III, a função social da propriedade. Convém tomar atenção que também a “busca do pleno emprego” (inciso VIII) é um dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, tal como previsto no artigo 170 da nossa Carta Magna.

Por outro lado, no que tange ao objetivo específico do enfrentamento da questão sobre este enfoque, é de rigor trazer-se à consideração a distinção entre propriedade de bens de consumo e a propriedade de bens de produção.⁶⁹

Naquilo que nos interessa, para o momento, convém notar que o tema dos juros ainda não foi submetido ao Supremo Tribunal Federal, sob o enfoque do poder-dever do proprietário do capital “de dar a coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade”, pois, como bem de produção a propriedade sobre o capital

Legislativa, v. 66, p. 45.

⁶⁸ Como se verá adiante, também o contrato deve levar em conta a sua função social (p. 90)

⁶⁹ No ponto, vale a pena consultar, GRAU, Eros R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 4ª ed. p. 253, e COMPARATO, Fábio Konder, *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*, Revista de Direito Mercantil, n. 63, edição jul/set-86, p. 71-79.

*“transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos”.*⁷⁰

Uma atitude jurisdicional de controle nos juros é garantia de atendimento ao princípio constitucional da função social da propriedade (no caso o capital), pois, hoje,

*“os juros no Brasil, sem sobra de dúvidas, continuam a ser o maior freio ao crescimento da economia, como também à geração de emprego, que tanto a sociedade anseia como prioridade número um...Está na hora de os juros baixarem e, assim, a economia poder crescer, gerando mais emprego”.*⁷¹

⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 76.

⁷¹ CARRION JÚNIOR. *Pesadelo dos Juros*. Correio do Povo, dia 28 de setembro de 1999, p. 4.

D) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vale a pena trazer à baila, ainda, dois argumentos constitucionais.

Em primeiro lugar, cumpre registrar a posição original de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento.

Esse Desembargador gaúcho, no que concerne à taxa de juros e o que se lê no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal, manifestou-se em sede de doutrina pela desnecessidade de lei complementar para dar eficácia à norma constitucional.⁷²

Contudo, diante da decisão do Pretório Excelso, que entendeu que o § 3º do artigo 192 não é auto-aplicável, enquanto julgador, utiliza outro argumento para decidir pela limitação.

“A partir da inaplicabilidade da norma, devo categorizá-la e não simplesmente entendê-la como excluída, temporariamente, do ordenamento jurídico. Embora, por não ser auto-aplicável, deixe de ser norma preceptiva ou mandatória, resta-lhe a eficácia de se categorizar como norma programática, direcionada ao legislador para providências. E não só isto. Referida norma sustenta um princípio constitucional implícito, afirmativo de que toda taxa de juros acima de 12% ao ano é usurária ou excessiva.

⁷² NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal – Ordem Econômica e Financeira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 253/255.

Como é consabido, tanto a regra programática como o princípio constitucional são dados paramétricos para a interpretação das demais normas jurídicas infraconstitucionais.”

A origem dessa conclusão tem respaldo em Celso Ribeiro Bastos, quando afirma que “as normas programáticas são as que não reúnem condições de uma integral aplicação de imediato”, mas “já reúne condições por si só, para funcionar como critério de interpretação de outras normas preceptivas”.⁷³

Em segundo lugar, merece destaque o argumento que utiliza o princípio constitucional da igualdade.⁷⁴ Neste aspecto, vale a pena reproduzir parte do voto vencido do eminente Desembargador gaúcho Osvaldo Stefanello:

Data venia, o STF e os Tribunais partem de uma construção fictícia, dando extensão e alcance não permitidos, pela lei, à referida exegese segundo a qual as instituições financeiras não estão afetas aos limites de juros, nos percentuais previstos no Decreto nº 22.626. Exegese que veio consagrar um odioso privilégio a essas instituições, especialmente considerando-se que os contratos de financiamento, na realidade, se constituem em contratos de adesão, nos quais a liberdade de contratar desaparece por completo, e nos quais o mutuante fixa, a seu arbítrio, os encargos financeiros. Daí por que, ante a natureza adesiva desses contratos, fica a parte na contingência de submeter-se à vontade e à decisão da instituição financeira, sujeitando-se, as mais das vezes, a obrigações insuportáveis ao seu patrimônio.”⁷⁵

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Federal do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1988. p. 341/342.

⁷⁴ Sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade conferir Bandeira de Mello (1993) e sobre o sentido dinâmico do princípio da igualdade, Portanova (1999).

⁷⁵ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Voto vencido na Apelação Cível nº 1 88 106 652.

Apesar de tantos argumentos centrados na Constituição Federal, convém ser realista. Dentro do atual modelo jurídico e econômico e com a atual composição, dificilmente a Suprema Corte, seja qual for o argumento, limitará os juros para os bancos em particular, ou para as instituições financeiras em geral.

Apesar disso, é possível constatar, aqui e ali, algumas decisões mostrando que o tema intranqüiliza (e muito) a mente de alguns Ministros.

SEGUNDA PARTE: ARGUMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS

(A) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste ponto do trabalho, apresentaremos uma série de argumentos tendentes à limitação dos juros. Estaremos centrados menos no texto constitucional e mais em legislação infraconstitucional.

É importante ter em conta que a liberação dos juros está restrita às instituições financeiras. Convém que se faça este alerta, porquanto, ao longo do tempo, uma série de entidades tem logrado cobrar juros ilimitados, valendo-se de certa confusão na perfeita identificação de seus objetivos sociais e negociais.

Em verdade, é lícito concluir que o interesse primordial da orientação infraconstitucional tem como pano de fundo dois objetivos. Além da contrariedade pela ilimitação dos juros em favor das instituições financeiras, é possível constatar-se tanto o interesse de evitar o confronto com as reiteradas decisões do STF, como a esperança de que o STJ acabe por limitar os juros.

Num primeiro momento, veremos quais os argumentos mais fixados na interpretação da Lei 4.595/64. Ao depois, teremos possibilidade de alegações que, dependendo das circunstâncias, podem ser eficazes.

(B) ARGUMENTANDO COM A LEI 4.595/64

OS JUROS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A limitação dos juros faz parte da história do Direito brasileiro.

Desde a elaboração do projeto do Código Civil brasileiro, em fins do século XIX, ainda no auge do liberalismo econômico, já havia a idéia de limitação de juros. Por isso, quando da edição do nosso Código Civil, no Livro III (referente ao direito das obrigações), em seu capítulo XV, que trata dos juros legais, é dito:

“Art. 1062. A taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1262) será de seis por cento ao ano.

Art. 1063. Serão também de seis por cento ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada.”

Em 07 de abril de 1933, ou seja, menos de duas décadas depois do advento do nosso Código Civil, entra em vigor o Decreto nº 22.626, dispondo sobre os juros nos contratos.

Logo no art. 1º, o Decreto nº 22.626 proclama:

“É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1062).”

Por sua vez, o art. 13 do mesmo diploma legal tipifica como delito de usura toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa de juros ou a fraudar os dispositivos da lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento. Por causa desse dispositivo, esse diploma ficou conhecido como a “Lei da Usura”.

Note-se que o Decreto 22.626/33 não estabelecia qualquer distinção quanto à natureza da parte mutuante. Assim, a limitação dos juros se aplicava indistintamente às pessoas físicas e jurídicas, inclusive aos bancos e demais instituições financeiras.

Com tais textos legislativos, o Brasil conviveu ordeira e harmoniosamente por mais de meio século. E assim continuou durante algum tempo, mesmo após o advento da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a chamada Lei de Reforma Bancária.

A Lei 4.595/64 buscava organizar o Sistema Financeiro Nacional e, entre outras providências, criou o Conselho Monetário Nacional (CMN), com finalidade de formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do País (art. 2º). Para tanto, a lei conferiu competência normativa ao aludido Conselho para, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República, disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, bem como para *limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões, e quaisquer outras formas de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil...* (art. 4º, incisos VI e IX).

Com essa competência normatizante, o Conselho Monetário Nacional editou sucessivas Resoluções, resguardando os bancos e as demais instituições financeiras das restrições da limitação das taxas de juros.

Vale agregar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 596, dando conta de que

“as disposições do Decreto 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”.

Os argumentos infraconstitucionais, que desenvolveremos a seguir, devem, portanto, partir do estudo da Lei 4.595/64, pois esta foi a porta que abriu a possibilidade da liberação dos juros para as instituições financeiras.

A LEI 4.595/64

Como já vimos, há uma questão constitucional, ainda não enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, que confronta a Lei 4.595/64 e a nova distribuição de competência tal como prevista na Constituição Federal de 1988. Lá concluímos pela violação do princípio da indelegabilidade dos Poderes.

Contudo, ainda que se admita como recepcionada e em vigor a Lei 4.595/64, é importante que se coteje o que foi delegado pelo legislador de então e como tem-se dado o exercício desta delegação pelo Poder Executivo.

Vale a pena começar pelo texto da lei, com destaque de algumas palavras.

“Art. 4. Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

...

IX –

Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financiamento, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover:

- recuperação e fertilização do solo;*
- reflorestamento;*
- combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais;*
- eletrificação rural;*
- mecanização;*
- irrigação;*
- investimentos indispensáveis às atividades agropecuárias.”*

Não se podem perder de vista os estritos termos daquilo que diz o inciso IX do artigo 4º da Lei nº 4.595. Ali, outorga-se competência ao Conselho Monetário Nacional, para, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República **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 do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover* as atividades que descreve.

“LIMITAR” NÃO SIGNIFICA “LIBERAR”

As resoluções do Banco Central não atendem aos estritos termos da Lei 4.595/64.

Assim, foi delegado o poder de *limitar* os juros, mas as resoluções do Conselho Monetário liberam completamente os juros.

Em vez de tal limitação acontecer *sempre que necessário*, a ilimitação se dá ao inteiro alvitre das instituições financeiras. Os juros são pactuados quanto, como e quando interessar ao agente financeiro.

Arnaldo Rizzardo, escrevendo ainda antes da atual Carta Magna, anota algumas razões que mostram a injuridicidade do pensar alguma exceção em favor de instituições financeiras:

“Em primeiro lugar, a Lei nº 4.595 em nenhum momento permitiu a graduação acima da taxa legal. Autorizou o Conselho Monetário Nacional a delimitar as taxas de juros e outros encargos, mas não a elevá-los a quaisquer níveis, ficando liberados os bancos dos percentuais ordenados pelo CC e pelo Decreto nº 22.626.

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 dos juros, tolhendo qualquer poder de deliberação do mutuário e ferindo o princípio da consensualidade e da bilateralidade do contrato.”⁷⁶

Não parece ser difícil perceber que, na realidade, em nenhum momento, a Lei nº 4.595/64 permite a graduação (muito menos a total liberação) dos juros acima da taxa legal ou do limite convencional permitido. Em nenhum artigo da lei se encontra algum dispositivo que revogue, sequer implicitamente, o art. 1º da Lei da Usura e o art. 1.062 do Código Civil.

Ao depois, a lei fala em “sempre que necessário”, mas não é isso o que acontece.

⁷⁶ In: Revista AJURIS, v. 42, p. 161.

Veja-se, por exemplo, que o ilustre Ministro Xavier de Albuquerque entendeu que a cláusula “sempre que necessário” contida no inciso IX do artigo 4º da Lei 4.595/64 indica a remoção do limite genérico enunciado pelo Decreto nº 22.626/33.⁷⁷

Data venia, de uma permissão para fixar taxas de juros “sempre que necessário”, não se pode inferir autorização para desrespeitar o máximo legal.

Além disso, como veremos a seguir, não se pode perder de vista fatores contextuais que levaram à edição da Lei 4.595/64.

INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL DA LEI 4.595/64

Como visto, já parece injurídico admitir que a Lei nº 4.595/64 atribua competência (que é exclusiva e indelegável do Poder Legislativo) ao Conselho Monetário Nacional (órgão do Poder Executivo). Ademais, ainda que se permita tal delegação, ela é – nos estrito termos da lei - para *limitar* as taxas de juros. Logo, não pode exceder o limite já estipulado em lei anterior. Por fim, para permitir a ultrapassagem de parâmetros jurídicos tão relevantes, a lei foi sábia ao prever fatos e hipóteses de *necessidade*, e não de liberalidade.

Não se pode perder de vista, ainda, que tanto a lei como as decisões jurisdicionais que consagraram a ilimitação dos juros provêm de um montante político ditatorial, de preponderância absoluta do Poder Executivo sobre os demais. É inadmissível que se interprete de modo a fazer continuar tal resquício autoritário na nova ordem nascida da Constituição de 1988.

⁷⁷ Aresto publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, v.72, p.916.

Não custa lembrar, aqui estamos lidando com o sagrado princípio constitucional da independência e harmonia dos Poderes do Estado. Logo, vigora orientação hermenêutica basilar no sentido de não ter cabida, nem exceções, nem interpretações extensivas.

Não há esquecer que contra o entendimento que estamos sustentando, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 596. Por isso, uma crítica atualizada de tal decisão merece, a seguir, uma abordagem especial.

CRÍTICA À SÚMULA 596 DO STF

Diz a súmula 596 do STF:

“As disposições do Decreto nº 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.”

É possível entender que, mesmo diante dos termos da Súmula 596 do STF, a limitação dos juros nos contratos bancários é de rigor.

Convém, ao primeiro, tomar em consideração o momento histórico em que foi editada tal decisão.

É forçoso lembrar que a Súmula foi editada em dezembro de 1976, à época da vigência da Carta outorgada de 1969, em que, notoriamente, o Executivo dispunha de poderes extraordinários.

O eminente Desembargador aposentado Jorge Alcebíades Perrone de Oliveira, ainda quando juiz do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, costumava lembrar em seus votos que, naquele período de autoritarismo, o Brasil seguia o modelo da Constituição “gaulista” da França, de 1968, na qual, a pretexto de combate ao comunismo e ao terrorismo, o Executivo daquele país passou a poder editar leis, sendo reservado apenas o poder da Assembléia Nacional para determinadas matérias. Sendo o sistema francês misto de Parlamentarismo e Presidencialismo, o Legislativo se integra ao Executivo, na constituição do Gabinete e na indicação do Primeiro Ministro. Não foi, porém, o que se sucedeu aqui. A Carta de 67 e a de 69 outorgaram poderes extraordinários ao Executivo, autorizando-o a efetivamente legislar pelo instrumento do decreto-lei.⁷⁸

É de ser considerado, ainda, um outro argumento de ordem contextual.

Na época, a Lei da Reforma Bancária era quase uma necessidade conjuntural, em face do período inflacionário então vivido. Disso dá conta a decisão do Supremo Tribunal Federal, na apreciação do Recurso Extraordinário nº 78.953,⁷⁹ o qual serviu de base à Súmula 596.

Aquela preocupação, hoje, já não faz sentido. De um lado, porque, como visto, na caracterização constitucional do que sejam juros reais, não está incluída a correção monetária. De outro lado, porque a correção monetária, até então mal compreendida, passou a ser admitida, inclusive na via legislativa, também a partir de 1964, como é de conhecimento geral e se pode constatar de diversos textos doutrinários.⁸⁰

⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos Infringentes n. 1 94 254 561 do Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, julgado em 24 de novembro de 1995.

⁷⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. In: Revista Trimestral de Jurisprudência, v.72, p. 916.

⁸⁰ Entre outros, principalmente, WALD, Arnoldo. *A Correção Monetária no Direito Privado Brasileiro*. Revista AJURIS 4/24; e LUCCA, Newton de. *A Correção Monetária nos Títulos de Créditos*. RT 679/52.

Com efeito, o enunciado nº 596 do Supremo Tribunal Federal surgiu, principalmente, porque naquela época não havia correção monetária nos mesmos moldes de hoje e, com isso, o sistema financeiro nacional não lograva repor o valor real da moeda, no mesmo passo em que obtinha a remuneração do capital mutuado. Sem a correção monetária, efetivamente, o limite de juros de 12% ao ano levaria o sistema financeiro à completa inviabilidade.

Com a construção pretoriana, que redundou na edição do enunciado nº 596 do STF, a taxação dos juros acima do permissivo legal cumpria finalidade dúplice: repunha a perda inflacionária e remunerava o capital emprestado pelos bancos.

Hoje, isso não é mais necessário, porque a indexação da economia e a larga utilização da correção monetária afastou, pelo menos em grande parte, as perdas com a inflação.

Em consequência, a conclusão lógica e jurídica só pode ser uma: se, além da correção monetária, as instituições financeiras ainda pretendem cobrar juros ilimitados, tal comportamento revela uma demasia. Vale lembrar que, no resto do mundo, os bancos sobrevivem, aliás, folgadamente, com juros que não ultrapassam 5 ou 6% ao ano. Logo, não é possível entender porque, no Brasil, os bancos gozam de tratamento privilegiado, nesse sentido, em relação a outras partes do mundo.

Esses argumentos não têm sido suficientes para sensibilizar os Ministros do Superior Tribunal de Justiça que, em sede de Recurso Especial, repetem em seus acórdãos a vigência da Lei 4.595/64 e da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, é possível tomar em consideração um outro argumento baseado em legislação infraconstitucional, que tem logrado algum efeito em sede de recurso ordinário, mas ainda não foi submetido à decisão do STJ. É a lesão enorme.

O “SPREAD” E A LESÃO ENORME

Vale a pena trazer ao debate, ainda em sede infraconstitucional, a adequada elaboração jurídica centrada na conjugação de leis que acabam por viabilizar outra forma de limitação dos juros.⁸¹

O instituto da lesão tinha previsão no Direito de Portugal, nas Ordenações Manuelinas e Filipinas. Os juristas brasileiros, contudo, ignoram a lesão. No Código Comercial de 1850, a rescisão por lesão foi excluída expressamente nas compras e vendas celebradas entre comerciantes. O Código Civil, ao tratar dos vícios do consentimento, não inclui a lesão enorme. Contudo, o Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938, tendo cunho penal em seu art. 4º letra *b*,⁸² combinado com o artigo 145, II, do Código Civil (nulidade do contrato por objeto ilícito), tem servido de base para doutrina civilista extrair a reincorporação da lesão como causa de nulidade dos contratos no direito brasileiro.

Arnaldo Rizzardo afirma que a lesão enorme voltou a figurar no direito positivo brasileiro. Para tanto, toma como suporte a Lei nº 1521, de 26.12.51, cujo artigo 4º também define como ilícito penal “obter ou estipular...” do mesmo modo que o artigo 4º do Decreto-Lei 869.

⁸¹ No ponto, é tomado em referência o texto constante do informativo Carta Maior “Especial Juris I”, que tem como diretor o Dr. Joaquim Ernesto Palhares.

⁸² Diz a letra *b* do artigo 4º do Decreto-Lei 869/38: “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”.

Assim:

*“Ora, se a desproporção entre as prestações, dentro dos limites fixados por esta lei nº 1521, constitui ilícito penal, é evidente que a lesão enorme voltou a figurar no sistema do direito positivo. No círculo do ilícito penal estão compreendidos todos e quaisquer ilícitos civis, embora o campo do ilícito civil não abranja todos os ilícitos penais.”*⁸³

Do mesmo sentir é Ruy Rosado de Aguiar Junior. Argumentando com o artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, alerta que o professor Ruy Cirne Lima sempre considerou o princípio da lesão enorme incorporado ao Direito brasileiro.⁸⁴

Anelise Becker diz que

“a lesão, ou usura real, é espécie, como a usura pecuniária, do gênero usura, e consiste na exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitante à sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado”.⁸⁵

Nesse passo, entende visível o elemento objetivo da lesão, quando o inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor consigna como direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam *prestações desproporcionais*”.⁸⁶ Como efeito, do contrato lesionário, a jurista gaúcha, vislumbra que

“entre a validade e a invalidade do contrato, há um meio-termo, a invalidade parcial. Ao pronunciá-la, o juiz não modifica propriamente as cláusulas do contrato, mas se opõe à sua aplicação quando este tem

⁸³ Apelação Cível nº 27.850, da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, in *Da Ineficácia dos Atos Jurídicos e da Lesão no Direito*. p. 102.

⁸⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Aspectos do Código de Defesa do Consumidor*. Revista Ajuris, v. 52, p. 179.

⁸⁵ BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. São Paulo: Saraiva. p. 185.

⁸⁶ Idem, p. 169.

*por efeito torná-lo contrário à ordem pública, e pode fazer isso por meio de duas técnicas: a desconstituição de uma cláusula ou de uma parte do ato, ou redução das estipulações excessivas. Em ambos os casos, destrói uma fração daquilo que as partes pactuaram”.*⁸⁷

Sabendo-se que a Lei Federal 1.521/51 considerava abusivos os negócios com lucros ou proveito econômico excedente a um quinto do valor patrimonial da coisa envolvida na transação, não é difícil mensurar a forma de adequação de qualquer contrato bancário e apontar a lesão enorme, justificadora da alteração judicial do contrato ao patamar fixado em lei.

A tese da lesão tem merecido pouca repercussão jurisprudencial.⁸⁸ Os Tribunais, de regra, evitam sua aplicação.

Seja como for, a seguir veremos, ainda no campo infraconstitucional, argumentos que têm merecido plena acolhida no Superior Tribunal de Justiça, inclusive com o beneplácito do STF.

⁸⁷ Idem, p. 161.

⁸⁸ Como exemplo de aplicação da teoria especificamente a respeito de limitação dos juros, encontramos a Apelação Cível nº 737.410-7 da 11ª Câmara Ordinária do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, Relator juiz Maia da Cunha. Ementa publicada na p. 4 da Carta Maior (Especial Juris) Ano II, nº 9, julho/98.

(C) ARGUMENTOS MAIS EFICAZES

NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO

Apesar da Lei 4.595/64 e da Súmula 596/STF, é possível fazer interpretação infraconstitucional e obter decisão plena de êxito junto ao Superior Tribunal de Justiça pela limitação dos juros.⁸⁹

Vale a pena ressaltar que, nessas decisões, o Superior Tribunal de Justiça não chega a afastar a ilimitada possibilidade de cobrança de juros pelas instituições financeiras. Pelo contrário, sempre é ressalvada, pelos Ministros, a possibilidade de cobrança de juros acima do limite constitucional; a incidência da Lei 4.595/64 e a validade do disposto na Súmula 596/STF.

O argumento culmina com a limitação dos juros a 12% ao ano, mas o caminho segue rumos diferentes.

Em suma, a tese é outra. A interpretação é retirada dos próprios termos do inciso IX do Art. 4º da Lei em questão. Tal como diz a lei

⁸⁹ Tomo como referência, aqui, dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. O primeiro é o Recurso Especial nº 146.477-RS tendo como relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar. O segundo é o Recurso Especial nº 79.507-RS (259) que teve como relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Os dois julgamentos foram em 05 de março de 1998. Não se tem notícia de que tais decisões já tenham sido publicadas em algum repertório jurisprudencial.

“compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República” (caput do artigo 4º), “limitar, sempre que necessário, as taxas de juros...” (parte inicial do inciso IX do mesmo artigo).

Como se vê do texto legislativo, a liberação dos juros não se deu pela via direta dos termos daquela Lei 4.595. A ilimitação dos juros não é incondicional, automática e imediata. A lei apenas delegou poderes ao Conselho Monetário Nacional.

Assim, tem-se que o Conselho Monetário Nacional tem que emitir um ato administrativo adequado dando conta do valor dos juros que pode ser cobrado. Esse ato administrativo é uma autorização.

O disposto na Lei nº 4.595/64 e na Súmula 596/STF têm por pressuposto a efetiva existência de um ato normativo do Conselho Monetário Nacional chamado *autorização*.

Na verdade, a necessidade dessa autorização não chega a ser novidade. O próprio Supremo Tribunal Federal já tinha decidido no Recurso Extraordinário 83.466/SP:

“A cobrança de taxas que excedam o previsto no Dec. 26.626/33, desde que autorizadas pelo Banco Central, não é ilegal, sujeitando-se os seus percentuais unicamente aos limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional e não os estipulados na Lei de Usura.”⁹⁰

Como se vê, é de rigor que haja um ato formal de autorização da autoridade financeira do País, não se tratando propriamente do Banco Central (como refere a decisão do STF), mas o Conselho Monetário Nacional como definido na Lei 4.595/64.

⁹⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 83.466/SP, In: Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 79, p. 620.

Como se sabe, tais autorizações existem. Assim, autorização, por si só, não é a questão que leva ao julgamento pela limitação dos juros pelo Superior Tribunal de Justiça. O que tem levado os Ministros a impedir a ilimitada cobrança de juros é a *falta de prova* da autorização.

Assim:

“2. A taxa de juros está limitada, pelo Código Civil art. 1062) e pela Lei de Usura (Dec. 22. 626/33, art. 1º) sendo de 6% ao ano para os juros legais, e de 12% ao ano para os juros convencionais.

3. As instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional podem cobrar juros acima desses limites, fixados pelo Conselho Monetário Nacional (art. 4º inciso IX da Lei 4595/64; Súmula 596/STF).

*4. Para praticar juros acima dos limites legais, o credor deve demonstrar nos autos a existência da autorização da autoridade financeira (CMN), bastando para isso a indicação da resolução que a contenha”.*⁹¹(grifei)

A necessidade de autorização se torna mais necessária, dependendo do tipo de negócio jurídico bancário. Por exemplo, quando se trata de cédula de crédito, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que os Decretos-Leis 167/67 e 413/69, que são posteriores à Lei nº 4595/64, conferem ao Conselho Monetário Nacional o *dever* de fixar os juros a serem praticados. Assim:

*“ante a eventual omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano prevista na Lei de Usura... não alcançando a cédula de crédito rural o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 596 do STF”.*⁹²

Essas decisões do Superior Tribunal de Justiça avançam de forma elogiável. Por isso, ressaltamos, a seguir, dois detalhes processuais relevantíssimos.

⁹¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 98.616/RS, 4ª Turma, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 03.02.97. No mesmo sentido REsp. n. 84.815/RS, 4ª Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 11.11.96.

⁹² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 111.881 – RS, Segunda Seção.

AUTORIZAÇÃO E PROCESSO

Como se verá, neste ponto, o argumento assume um perfil probatório crucial.

Em primeiro lugar, é bem de ver que a prova da efetiva existência dessa autorização é analisada sob o enfoque o princípio do ônus da prova. Assim,

“por esse prisma, esse requisito (a autorização do Conselho Monetário nacional) exsurge como elemento constitutivo do direito da instituição bancária de cobrar os juros às taxas pactuadas, sendo certo que, por isso, caberia ao exequente provar a existência do mesmo, exatamente por aplicação do artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil.”⁹³

A base da fundamentação é o artigo 333 do Código de Processo Civil, que diz:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

“I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

“II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

O credor tem que provar a autorização do Conselho Monetário Nacional para cobrar juros acima do limite de 12%. Não estando nos autos a autorização, tem-se que o credor não se desincumbiu de provar um fato constitutivo de seu direito. E a solução sentencial só poderá ser a redução dos juros aos limites do Código Civil e Lei de Usura.

Ao depois, tem mais um dado importantíssimo: *o juiz pode conhecer a questão de ofício.*

⁹³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Resp. 79.597-RS.

Com efeito, para considerar como indispensável a prova da efetiva existência da autorização do Conselho Monetário Nacional, o juiz não precisa que a questão tenha sido controvertida no processo. Logo, se a sentença, de ofício, limitar os juros com fundamento na falta de autorização, não estará agindo *extra petita*.

Vale a pena transcrever decisão do STJ:

“Não vislumbro, por outro lado, tenha havido julgamento extra petita. Os embargantes pleitearam na petição dos embargos fosse determinada ‘a cobrança de juros legais ou seja de 12% ao ano’, no que foram atendidos pelo Tribunal de Alçada. Assinale-se que em nosso Direito vigora o princípio de que as leis são do conhecimento do Juiz, bastando que as partes apresentem-lhe os fatos, conforme consagrado nos brocardos jura novit curia e da mihi factum dabo tibi jus. (grifado no original).”⁹⁴

Assim, quando não estiver comprovada nos autos a autorização do Conselho Monetário Nacional, os juros pactuados em patamar superior a 12% (doze por cento) ao ano, devem ser reduzidos ao patamar legal. Para tanto, não há necessidade de que o devedor alegue a falta de autorização. O tema desata interesse público. Logo, pode ser conhecido de ofício e em qualquer grau de jurisdição.⁹⁵

A seguir veremos como o Superior Tribunal de Justiça também tem evitado a ilimitação na capitalização e nos juros de mora.

⁹⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 79.597-RS.

⁹⁵ Depois de entregue a tese, mas dias antes da arguição, o Supremo Tribunal Federal fez publicar uma decisão relevantíssima. Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário n. 260.464-0. Como diz o despacho que não recebeu o recurso, “Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Banco do Brasil S/A contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que fixou os juros a serem cobrados em operação de crédito rural em 12% ao ano, baseando-se para tal na Lei de Usura”. O STJ, na sua decisão, entendeu indispensável a prova da autorização do Conselho Monetário Nacional para cobrar juros acima do limite de 12%. Pois bem, intentado o agravo regimental contra o não recebimento do extraordinário pelo Ministro Ilmar Galvão, a decisão da Primeira Turma tem a seguinte ementa: DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO, À MÍNGUA DE PREQUESTIONAMENTO DOS TEMAS CONSTITUCIONAIS NELE SUSCITADOS. IRRESIGNAÇÃO FUNDADA NA ALEGAÇÃO DE ACHAR-SE O REFERIDO PRESSUPOSTO CONFIGURADO NO FATO DE AS OFENSAS À CONSTITUIÇÃO RESULTAREM DO PRÓPRIO ACÓRDÃO. hipótese em que somente por via de embargos declaratórios, independente de sua acolhida ou apreciação, o pressuposto poderia ser tido como atendido. AGRAVO IMPROVIDO. A decisão tem a data de 15 de agosto de 2000, mas foi publicada oficialmente em 07 de dezembro do mesmo ano.

CAPITALIZAÇÃO E CLÁUSULA SUBSTITUTIVA

Como visto, temos uma série de argumentos a favor da limitação dos juros. Contudo, as entidades financeiras, para além da cobrança de juros ilimitados, costumam fazer incluir em seus contratos, generalizadamente, juros sobre juros. Ou seja, a capitalização. Na esteira dos argumentos infraconstitucionais dos juros, é bem de ver que o Decreto 22.626/33, assim como a Súmula 596 do STF, veda a capitalização.

Vale referir que a capitalização somente será admitida se houver expressa autorização legal. Assim, é permitida a capitalização semestral nos casos alcançados pelo Decreto-Lei 167/67 (que dispõe sobre crédito rural) e pelo Decreto-Lei 414/69 (que trata de operações de título de crédito industrial) e pela Lei nº 680/90 (que disciplina a nota de crédito comercial). Admite-se, ainda, a capitalização anual nos contratos de conta-corrente conforme artigo 4º do Decreto 22.626/33.

O Enunciado nº 121 da Súmula do STF deve ser harmonizado com o similar de nº 596, e o próprio STF tem entendido que o fato de não se aplicar a Lei da Usura às taxas de juros praticadas pelo Bancos não significa que eles estejam liberados para praticar capitalização em afronta ao Decreto nº 22.626/33.⁹⁶

Ademais, mesmo nestes casos de autorização legislativa para capitalizar, é absolutamente necessário que do contrato conste clara e expressamente a possibilidade da contagem de juros sobre juros. Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

⁹⁶ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível nº 1 92 042 711, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Alçada do RS, julgada em 21 de maio de 1992, Rel. Dr. João Pedro Freire, publicada no Julgados TARS, v. 83, p. 273.

“a capitalização... depende de pacto expresse... a simples referência ao método hamburguês e a possibilidade de capitalização não significa a existência de previsão contratual para captação mensal.”⁹⁷

Na esteira do entendimento mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, também não se admite a cláusula que permite a substituição dos juros contratados por qualquer outro índice em caso de inadimplemento.

A jurisprudência do STJ já se firmou no sentido de ser realmente defesa a alteração dos juros em caso de inadimplemento, tendo em vista que os juros remuneratórios são invariáveis, esteja ou não em mora o devedor.

Assim:

“Os juros moratórios, limitados, em se tratando de crédito rural, a 1% ao ano, distinguem-se dos juros remuneratórios. Aqueles são formas de sanção pelo não-pagamento no termo devido. Estes, por seu turno, como fato de mera remuneração de 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.”⁹⁸

EVENTUAL EXCLUSÃO DO § 3º DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os argumentos infraconstitucionais aqui apresentados podem servir de roteiro importante na eventualidade de aprovação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 21 aprovada em maio de 1999, em primeiro turno, pelo Senado Federal.

⁹⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Resp. nº 38.633/RS, Rel. Min. Ruy Rsado de Aguiar, em 28.08.95, publicado no DJU de 09.10.95, *apud* Boletim JURUÁ, n. 92 ano 1995, ementa nº 5.42, p. 912.

⁹⁸ Sobre o assunto, dentre muitos precedentes, foi transcrito o Recurso Especial nº 85.969-RS publicado no Diário da Justiça de 06.05.96 da Quarta Turma.

Como já referido, pela Proposta, o § 3º do artigo 192 da Constituição será, pura e simplesmente, suprimido.

Ao contrário do que possa parecer, a permanecer a atual situação legislativa (infraconstitucional), indubitavelmente o efeito de tal Emenda será a efetiva limitação dos juros.

A saber.

Na sua interpretação mais favorável às instituições financeiras,⁹⁹ a Lei 4.595/64 é o único diploma legislativo que, até hoje, permite a cobrança de juros acima de 12% ao ano. O que fez a lei? Delegou um poder que é exclusivo do Poder Legislativo para o Poder Executivo.

Esta delegação com a Constituição de 1988 foi limitada no tempo. Com efeito, pelo artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tal delegação só poderia ter vigência por seis meses. Esse prazo, atendendo o permissivo constitucional, foi prorrogado por uma série de leis. A última dessas leis prorrogou por tempo indeterminado o prazo constitucional que era determinado.

Ora, suprimindo o § 3º do artigo 192 da Constituição, no ponto, implementar-se-á (para mais) a condição prevista no artigo primeiro da Lei 8.393 de 30.12.91.¹⁰⁰ Com efeito,

⁹⁹ Esperamos ter deixado bem claro que, no nosso entendimento, quando a Lei 4.595/64 fala na possibilidade de o Conselho Monetário Nacional “limitar” os juros, significa dizer que o poder delegado está restrito a determinações limitativas que vão desde zero a doze por cento ao ano. E não mais. Contudo, a Súmula 596 do STF permite uma interpretação mais favorável, qual seja, a possibilidade de uma Resolução “liberar” os juros acima de 12% ao ano.

¹⁰⁰ Que diz: Art. 1º É prorrogado até a data da promulgação da lei complementar de que trata o artigo 192 da Constituição Federal o prazo a que se refere o artigo 1º das Leis 8.056, de 28 de junho de 1990, 8.127, de 20 de dezembro de 1990, e 8.201, de 29 de junho de 1991.

não haverá necessidade de lei complementar para um dispositivo constitucional que não existirá mais.

Por consequência, volta a incidir, e já se implementa o prazo do art. 25 dos ADCT sobre a delegação permitida pela Lei 4.595/64. Ou seja, a lei estará revogada.

Revogado o único dispositivo legal em que se baseia a ilimitação dos juros, volta com toda a abrangência o Decreto 22.626/33.

E os juros estarão limitados a 12% ao ano.

(D) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda não se tem notícia da posição do STJ a respeito da limitação dos juros pela lesão enorme. Já os argumentos que buscam a incidência da lei de usura à limitação dos juros, não têm obtido sucesso. São reiterados os julgamentos no seguinte sentido:

*“Não incide a lei da usura, quanto à taxa de juros, nas operações firmadas com instituições do sistema financeiro. Súmula 596 do STF. Lei 4.595, de 31.12.64”.*¹⁰¹

Não é difícil, contudo, perceber que o Superior Tribunal de Justiça, pouco a pouco, vai procurando meios para pô-la em prática, entendimento geral que pode ser exemplificado na importante lição do Ministro Sálvio de Figueiredo, por meio de voto proferido no Recurso Especial nº 5-MT, que diz:

*“A estipulação e a percepção de juros não são contra a moral, nem contra o direito natural ou justo ... todavia, são contra a moral e depõem contra a própria organização social os juros excessivos. Por outro lado, se a permissão de juros há de ser regra, nem por isso há de o Estado permitir os juros extorsivos que levam à exploração do trabalho humano para a ganância dos usurários...”*¹⁰²

Seja como for, ainda há argumentos de ordem supraconstitucionais a serem considerados. Isso, contudo, é tema para um novo capítulo.

¹⁰¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Resp. 4285/RJ. Publicado no Diário da Justiça em 22.10.90, p. 11.671.

¹⁰² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RSTJ 4/1465.

TERCEIRA PARTE: ARGUMENTOS SUPRACONSTITUCIONAIS

(A) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir deste capítulo, vamos tomar em conta argumentos considerados supraconstitucionais que conduzem à limitação dos juros.

Apesar de se tratarem de argumentos (aqui ditos como supraconstitucionais), nem por isso se está abandonando o texto da Lei Maior. Tudo o que aqui se dirá tem como fonte primeira o texto constitucional.

“A Carta de 1988, com sua orientação voltada para o aspecto social, influirá decisivamente com respeito à intervenção do Estado nos negócios privados, frente ao gigantismo de várias entidades privadas – as grandes empresas – a começar pela definição de normas em vários setores, para defesa da parte economicamente mais fraca. Interferirá também no controle administrativo e no controle judicial de contratos entre particulares, mas ora dirigidos pelas novas diretrizes constitucionais (art. 170 e ss.).”¹⁰³

É a partir da Constituição que vamos alçar vãos para além do texto expresso na Carta Maior.

Justificamos a nomenclatura ”supraconstitucional” dada ao nome do capítulo e ao tipo de argumento, porquanto estaremos lidando, mediatamente, com a proteção de garantias,

¹⁰³ BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*.

direitos e princípios, imediatamente analisados desde o ponto de vista, principalmente, do instituto do abuso de direito.

Certo que, os princípios, direitos e garantias a que perpassam o presente trabalho, estão previstos na letra constitucional. Contudo, é lícito afirmar que, tanto quanto o abuso de direito, trataremos de verdadeiras conquistas da civilização, as quais, ainda que não tivessem sido tratadas na Carta Política, mesmo assim, seria de rigor que fossem levadas em consideração pelo julgador.

Veja-se, por exemplo, como o princípio da dignidade da pessoa humana “é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar...”¹⁰⁴

Vale a pena notar que, o artigo 192 da Carta Magna, desde logo, já projeta a necessidade do intérprete levar em consideração valores superiores, projetados para além da letra das leis. Por isso, é dito que o sistema financeiro nacional é “*estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade*”.

Os contratos bancários, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, são tipicamente uma avença de adesão. Com efeito, o art. 54, *caput*, e seus parágrafos, define como contrato de adesão aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade

¹⁰⁴ Alexandre Moraes, comentando o princípio da dignidade humana no seu livro, *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas.

competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Mais, de regra, são cláusulas pré-impressas, com letras minúsculas e sem destaque especial naquilo que é mais relevante em relação a juros.

Diante disso, é lícito concluir que a taxa de juros não é propriamente pactuada, mas *imposta* pela instituição financeira. Em se tratando de um contrato de adesão, é indispensável guardar atenção aos termos do pacto para evitar que o devedor seja submetido “a tratamento desumano ou degradante”, tal como garante o inciso III do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim, tem-se como imperiosa necessidade da busca de equacionamento de uma política judiciária, que, em observância à ordem jurídica estabelecida, sirva de freio e contrapeso a eventuais abusos que teimam em reinar impunemente na arbitragem do regime de juros no país. O proceder jurisdicional, neste sentido, se dá – imediatamente – pela perquirição do contrato à vista do instituto do abuso de direito,¹⁰⁵ aplicado, preferencialmente, na interpretação de cláusulas contratuais.

Logo, é juridicamente possível investigar – em sede jurisdicional – a existência de cláusulas abusivas e determinar, até de ofício, que o direito seja exercido de forma regular.

¹⁰⁵ Não há esquecer a crítica que se faz ao termo “abuso de direito”, pois ou é “direito”, e não se pode cogitar de “uso abusivo”, ou é “abuso”, e não é “direito”.

Convém referir, ainda, os princípios oriundos do Código de Defesa do Consumidor, cuja inspiração primeira, está o no inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal: “*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”.¹⁰⁶

Como se vê, continuamos nos limites da investigação restritamente jurídica. Contudo, a estreiteza da abordagem não significa esquecimento que optamos por uma forma de compreensão do fenômeno jurídico. Estamos num debate que desafia “*a voracidade econômica que torna cidadãos apenas consumidores*”. Na análise do contrato e suas cláusulas, admitimos o ser humano como um “*sujeito de direito de crédito*”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ O tema será abordado com mais abrangência em item especial mais adiante.

¹⁰⁷ Conforme FACHIN, Luiz Edson. *Em Busca de Novas Mandrágoras?* Revista de Estudos Jurídicos, v. I. IV, p. 91.

(B) O CONTRATO E OS JUROS

O CONTRATO E A CONSTITUIÇÃO

Há uma quase perfeita integração entre o contrato e a Constituição Federal.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, em lição doutrinária, no ponto, fala da estrita aproximação entre os termos “ordem econômica” e “boa-fé contratual”. Refere que não se está apenas em sede de conceito ético, mas também econômico. Nesse passo, o jurista coloca a funcionalidade econômica do contrato a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue. Vê um lado externo e outro interno do contrato, sendo que ambos os lados iluminados pela boa-fé. Externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica. Aqui, o contrato é visualizado como um fato submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa, por exemplo, que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual. Internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio.

Assim:

*“O artigo 4º (do Código de Defesa do Consumidor) se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança.”*¹⁰⁸

Antes de mais nada, é indispensável que se afirme: nem tudo que é contratado deve ser cegamente cumprido. Ao longo dos anos, a força coativa dos contratos se relativizou.

Como veremos a seguir, em toda parte vigora o princípio da relatividade contratual. No Brasil (como será visto mais adiante), a relatividade tem origem na própria lei (o Código de Defesa do Consumidor).

Começamos pelo princípio da relatividade contratual.

A RELATIVIDADE DOS CONTRATOS

A idéia de que o contrato obriga as partes, como se fosse lei – *pacta sunt servanda* – surge nas leis bárbaras e alcança o ápice de sua importância na era do Código de Napoleão.

Vigorava uma ideologia, eminentemente individualista, liberal e contratualista que se manteve nas legislações que seguiram e imitaram o Código Napoleônico.

Partia-se da idéia de que todos são livres e iguais em direitos. A liberdade natural do homem, portanto, só teria limites na sua própria vontade.

¹⁰⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *A Boa-fé na Relação de Consumo*. Revista Direito do Consumidor, v. 14, p. 22.

Vale a pena anotar os efeitos na economia, na política e no direito. Na economia, explodia o liberalismo, com as livres forças do mercado a regular a economia. Na política, era crescente a idéia do abstencionismo do Estado, a não se imiscuir nas relações privadas. Para o direito, entendia-se que a sua verdadeira fonte residia na vontade humana. O homem, como ente de razão, era posto no centro do universo. Assim, com absoluta igualdade e liberdade, toda e qualquer pactuação só poderia representar uma livre negociação e um absoluto equilíbrio contratual.

No direito contratual, fruto dessas idéias, consagrou-se o princípio do “voluntarismo jurídico” como base de todo o direito obrigacional. Toda a construção jurídica residia na autonomia privada e na liberdade contratual. Por isso, são características desse princípio a coercibilidade do que foi avençado e a irrevogabilidade unilateral das cláusulas contratuais. Somente o caso fortuito ou a força maior poderia liberar a parte contratante de cumprir com o pacto. Por isso, ao Poder Judiciário só cumpria o controle formal do contrato, sendo vedada toda e qualquer ingerência em suas cláusulas.

Ensina Enzo Roppo que o sistema clássico é fundado na mais ampla liberdade de contratar. Não se perquire sobre a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas. A justiça da relação é automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo do que foi pactuado corresponder à vontade livre, espontânea e consciente dos contraentes que pactuavam na conformidade com os seus interesses.¹⁰⁹

¹⁰⁹Vale lembrar que, tendo em conta que as revoluções burguesas e as sociedades liberais nascidas destas tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do “antigo regime”, era afirmada a paridade de todos os cidadãos perante a lei. Nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas não eram viciadas.

*“Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares - que se completavam reciprocamente - sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer contratual equívale a dizer justo”.*¹¹⁰

Com o advento do século XIX, deflagrou-se um importante movimento de transformações sociais, econômicas e políticas. Como diz Arnold Wald, trata-se de

*“uma autêntica revolução dos fatos contra o Direito, referida por Gaston Morin, trazendo a lume a socialização do Direito, que, cinquenta anos depois, seria objeto dos estudos de Georges Ripert, Pierre de Harven, René Savaier e outros”.*¹¹¹

É certo que, como assinala Anelise Becker:

*“A queda do voluntarismo não significa que a vontade não mais tenha qualquer função a desempenhar no Direito. Na medida em que a ordem jurídica reconhece nos indivíduos um poder de gerenciamento de sua relações jurídicas, certamente a vontade guardam ‘competência criadora’: seria um contra-senso negá-la quando o instrumento por excelência do comércio é o contrato, que tem origem voluntária. Descartada foi a idéia de autonomia da vontade como exercício de um poder soberano, paralelo à lei, o que não impede seja reconhecida pelo Estado uma certa força originária dos indivíduos para fixar, eles próprios, as regras que regerão suas relações em uma determinada operação jurídica”.*¹¹²

No Século XX, o liberalismo contratual entrou em declínio. Verificou-se que a tão decantada igualdade entre as partes contratantes estava apenas no plano da teoria. Era apenas formal. A desigualdade material entre os indivíduos era gritante. A consequência lógica na pactuação entre partes materialmente desiguais, por evidente, seria a exploração por aquela que se apresenta cultural e economicamente mais avantajada sobre a mais necessitada. A

¹¹⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, Coimbra: Almeida, 1988. p. 35.

¹¹¹ WALD, Arnold. In: *Revista Ajuris*, v. 64, p. 386.

¹¹² BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. Saraiva, p. 51.

ausência de uma efetiva vontade contratual, diante destas circunstâncias, põe à mostra toda a insuficiência do liberalismo contratual.

A industrialização, a massificação e a expansão dos contratos de adesão deixaram evidente que o conceito clássico de contrato não se adaptava à realidade socioeconômica. O acordo de vontade era mais aparente que real. Ficou claro o desnível entre os contratantes e que a liberdade de contratar não assegura a justiça contratual.

Ensina Cláudia Lima Marques:

*“No novo conceito de contrato, a equidade, a justiça (Vertragsgerechtigkeit) veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do hipossuficiente.”*¹¹³

Essas modificações no contrato causaram um aumento das disposições de ordem pública. A lei passa a proteger determinados interesses sociais para evitar abusos e excessos no exercício do direito. É o que se convencionou chamar de “teoria revisionista” dos contratos, que centra-se na diferença entre o “poder fazer” e o “não convir fazer”.

*“O contratante pode não estar impossibilitado de cumprir determinada prestação, entretanto, cumprindo-a e continuando a cumpri-la na forma do ajuste observa simplesmente que estará arruinando seu patrimônio em favor de um lucro excessivo de seu credor, uma vez que está caracterizado um desequilíbrio entre prestação e contraprestação, nunca resultante de um acordo de vontade no ato da contratação”.*¹¹⁴

¹¹³ MARQUES. Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 46. A autora chama esta renovação teórica do contrato à procura de equidade, boa-fé e segurança de “socialização da teoria contratual”.

¹¹⁴ SIDOU, Othon. *A Revisão Judicial dos Contratos*. Forense, 1984. p.107.

O ponto mais importante desta análise reside na compreensão a respeito da relação entre o “princípio da liberdade de contratar”, de um lado, e a “justiça contratual”, do outro. Como diz Dieter Schwab, *“a idéia da liberdade contratar, ao penetrar no mundo real/concreto, ao encontrar uma realidade social e econômica encontra, evidentemente nesta realidade, partes contratantes que, do ponto de vista fático, amiúde, possuem chances muito desiguais para poder implementar os seus interesses”*. Para o jurista alemão, tal situação pode ter diferentes causas. Pode ser, por primeiro e na maioria dos casos, a desigualdade, ou seja, a subjugação pela diferença entre as partes contratantes em decorrência de sua posição e mando, vinculada a poder econômico. Ao depois, pode ser causa referente à superioridade intelectual e econômica, ou seja, a supremacia de uma das partes sobre a outra no campo do conhecimento jurídico e no trato da experiência negocial. Por fim,

“até mesmo na hipótese de o consumidor ler e entender os formulários contratuais (contratos de adesão) e as cláusulas gerais de negócio que lhe são literalmente servidos ou colocados a frente (vorgesetzt), falta-lhe, quase sempre, a real oportunidade de seriamente negociar tais cláusulas e implementar a sua modificação”.¹¹⁵

Não se pode perder de vista que, de regra, os negócios jurídicos bancários nos quais os juros aparecem como uma das cláusulas, são contratos de adesão ou a eles equiparados. Ou seja, as avenças são estabelecidas previamente pelo estipulante, não permitindo negociação por parte do aderente.

De regra, as instituições financeiras costumam pactuar taxa de juros remuneratórios, fora de qualquer parâmetro legal. Quando questionadas em juízo, as instituições financeiras

¹¹⁵ Schwab, Dieter. *Liberdade Contratual e Formação dos Contratos*. Revista Direito e Justiça. Porto Alegre: PUCRS, v. 10, ano VIII. p. 87.

invocam o princípio da liberdade de contratar para verem cumpridas as disposições contratuais e, assim, pretenderem inviabilizar revisão dos pactos.

Carlyle Popp mostra como a tendência mais moderna tende a sepultar a classificação quintupla dos princípios contratuais. O flagrante papel social do contrato faz nascer um novo princípio, qual seja “da justiça contratual”.

*“Tal idéia justifica o princípio contratual mais moderno decorrente da necessidade de equidade no contrato, ou seja, de equivalência das obrigações assumidas”.*¹¹⁶

Nessa linha de orientação é que se baseiam as decisões do eminente Desembargador Henrique Osvaldo Poeta Roenick.

O eminente desembargador toma as lições de Louis Josserand¹¹⁷:

“... los juristas, por fieles que sean a la tradición, deben, en las horas en que vivimos, mirar en su derredor más bien que hacia atrás; deben vivir con su época, si no quieren que ésta viva sin ellos”.

E segue com Enzo Roppo:

*“O contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura, segundo o contexto econômico-social em que está inserido.”*¹¹⁸

E conclui:

¹¹⁶ POPP, Carlyle. *A Nova Visão Contratual, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato*. Estudos Jurídicos, Curitiba: Editora Universitária Champagnat, v. IV, Ago. 1997, p. 131.

¹¹⁷ JOSSERAND, LOUIS. *Derecho Civil*. tomo II, vol. I, Buenos Aires: EJE, 1950, p. 449.

¹¹⁸ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 24.

*“Desmistificando-se os conceitos de liberdade e igualdade no contratar, e assim encarando de frente a realidade social, à qual o Direito não pode olvidar, pois é fruto dela, tem-se como resultado a própria eficácia da ciência jurídica, retirada do abstracionismo a que anteriormente fora alçada. Com isto, na prática, tem-se a preocupação com a igualdade efetiva das partes e suas legítimas expectativas, possibilitando ao Judiciário o efetivo resguardo da comutatividade contratual, desbancando o dogma do pacta sunt servanda. A consequência natural, pois, é a revisão das cláusulas do contrato, sempre que estas, pela desigualdade das partes no momento de contratar, possam causar o aniquilamento daquela outra mais necessitada.”*¹¹⁹

Vale lembrar, com Miguel Reale, que um dos pontos fundamentais do Projeto de Código Civil Brasileiro é o de “tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato”¹²⁰

Como veremos a seguir, o relativismo contratual tornou-se mais agudo no sistema jurídico brasileiro, principalmente depois da edição do Código de Defesa do Consumidor.¹²¹

A CONSTITUIÇÃO E O CONSUMIDOR¹²²

É indispensável ter-se em conta que a Constituição Federal protege o consumidor: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (inciso XXXII do artigo 5º).

A Constituição, no art. 170, *caput*, diz que

¹¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão nº 5 98 513 398, publicado em 30.03.99.

¹²⁰ *O Projeto de Código Civil*, Saraiva, 1986 p. 93.

¹²¹ Na verdade, como ensina Gustavo Tepedino, para além do contrato, é possível pensarmos que a relativização dos conceitos jurídicos é “conquista indiscutível da civilística atual” que “altera a compreensão do fenômeno jurídico e permeia, portanto, a própria dogmática”. *Estudos Jurídicos*, Ago-97, p. 101.

¹²² O conceito de consumidor ainda está em aberto para discussão na doutrina e na jurisprudência. Na perspectiva legal, ele ingressa com a Constituição Federal de 1988, ganhando função e estrutura com o Código de Defesa do Consumidor em vários artigos, como por exemplo, o 2º, o 17º e 29º que, de forma mais ou menos direta, repercutem nos contornos ainda em formação do conceito de consumidor.

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados... entre outros o princípio da defesa do consumidor” (inc. V).

A defesa do consumidor está entre os magnos princípios que inspiram a ordem econômica e financeira nacional, a qual tem por fim assegurar a todos, a partir da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, uma existência digna e conforme aos ditames da justiça social.

É lícito dizer-se que, conceituado como direito fundamental e princípio magno da cidadania, o Código de Defesa do Consumidor adveio de expressa determinação que o Poder Constituinte Originário inseriu no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tendo por objetivo

“o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência (rectius: transparência) e harmonia das relações de consumo”,

consoante dispõe o artigo 4º da Lei nº 8.078/90.

AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Convém registrar, de logo, o entendimento de que os negócios jurídicos bancários estão no âmbito de regulação da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Com efeito, o art. 3º, *caput*, do CDC estabelece:

“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.”

Por sua vez, o mesmo artigo 3º, agora em seu § 2º, dispõe:

“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.”

A atividade bancária está inserida no mercado de consumo de bens e serviços, pois trata-se de atividade bancária e financeira, devidamente autorizada e fiscalizada pelo poder público, para uma prestação de serviços e um comércio de dinheiro.

Assim sendo, desimporta que a matéria trazida nas avenças negociais possuam exclusivo caráter patrimonial disponível. O que mais interessa é que o complexo jurídico-obrigacional a ela pertinente também está coberto por princípios, normas e regras de ordem pública indisponível e, como tal, regulado pelo Código de Proteção do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

No que respeita à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos negócios jurídicos bancários, convém que se faça breve consideração.

Por vezes, o Código de Defesa do Consumidor amplia o conceito de consumidor para proteger quem é a ele equiparado. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual *“equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas as práticas nele previstas.”*

O produto do banco é o dinheiro ou o crédito, que são bens juridicamente consumíveis, sendo ele, portanto, fornecedor; desta forma, os mutuários ou creditados, não passam de consumidores.

Os bens de consumo não são apenas os materialmente consumíveis, mas também os juridicamente consumíveis, nos termos do artigo 51 do Código Civil. É consumidor, então, não apenas aquele que adquire ou utiliza produtos ou serviços (art. 20), mas igualmente pessoas expostas às práticas, previstas no CDC (art. 29).

Majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que o CDC aplica-se aos negócios jurídicos bancários.

Tome-se por exemplo Arnaldo Rizzardo:

*“Não há dúvida quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, introduzido pela Lei 8.078, de 11.09.90, aos contratos bancários. Como é bastante comum, as entidades financeiras, cuja mercadoria é a moeda, usam nas suas atividades negociais uma série de contratos, em geral de adesão, a eles aderindo aqueles que necessitam de crédito para suas atividades.”*¹²³

Neste sentido, temos jurisprudência vinda do Superior Tribunal de Justiça:¹²⁴

“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BANCOS. CLÁUSULA PENAL. LIMITAÇÃO EM 10%.

¹²³ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. p. 24. No mesmo sentido: MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 85; FILOMENO, José Geraldo Brito. Op. cit., p. 34; ARRUDA ALVIM E OUTROS. *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo: RT, 1991. p. 18; MUKAI, Toshio. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9; CRETELLA JR., José. Op. cit., p. 16.

¹²⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 57974 - 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., publicado no DJ de 29.05.95.

“1. Os Bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo Banco. RECURSO NÃO CONHECIDO.”

EFEITOS DA APLICAÇÃO DO CDC

Vale a pena pôr em destaque os efeitos da aplicação do CDC aos negócios jurídicos bancários.

De logo, dois dispositivos merecem relevância. O primeiro diz com a possibilidade de declarar, mesmo de ofício, a existência de cláusulas nulas, enquanto abusivas. O segundo, é importante referir que, submetido o contrato ao CDC, opera-se a inversão do ônus da prova.

Coroando todo um conjunto de normas tutelares deferidas ao consumidor, o CDC dispõe sobre as cláusulas contratuais abusivas e estabelece nulidade de pleno direito.

Convém que se diga logo: as cláusulas abusivas são cognoscíveis de ofício pelo juiz, a todo o tempo e em qualquer grau de jurisdição. É de ter-se em conta, ainda, que, além do disposto no art. 51, *caput*, do CDC, incidem também o art. 146, parágrafo único, do Código Civil (hipóteses em que as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir), e do art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil (questões que o juiz poderá conhecer de ofício).¹²⁵

¹²⁵ Entretanto, no art. 51, §2º, visando a salvaguardar as relações jurídicas contratadas, o CDC estabelece, à semelhança do disposto no art. 153 do Código Civil, que a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

Passamos a exemplificar, dentre outras, as seguintes cláusulas que entendemos oportunas para análise do tema em questão:

- a) que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor, por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços, ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (art. 51, inc. I);
- b) que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos no CDC (art. 51, inc. II);
- c) que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, inc. IV);
- d) que permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral (art. 51, inc. X), ou que autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após a sua celebração (art. 51, inc. XI).

Ao lado das cláusulas nulas por abusivas, o CDC estabelece uma presunção *juris tantum* de excessividade, abusividade ou exagero à vantagem que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual (art. 51, § 1º, inc. II), ou se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (art. 51, § 1º, inc. III).

Por segundo, é de se ressaltar o princípio da inversão do ônus da prova. Com efeito, o CDC prevê a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor. O ônus da prova deve ser invertido e sempre deve ser utilizado a critério do Juiz, quando for verossímil a alegação ou quando o consumidor for

hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (art. 6º, inc. VIII, do CDC). O consumidor, de regra, é o hipossuficiente na relação jurídica proveniente de negócios bancários, por isso, nestes casos, é de rigor a inversão do ônus da prova.

(C) LIMITAÇÃO DOS JUROS PELA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO

O CDC E A LIMITAÇÃO DOS JUROS

No Código de Defesa do Consumidor há todo um complexo legislativo que oferece suficiente material interpretativo, para uma interpretação em prol da limitação dos juros. Eis algumas referências:

- a) liberdade de escolha e igualdade nas contratações (art. 6º, inc. II, do CDC);
- b) informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, inc. III, do CDC);
- c) proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, inc. IV, do CDC);
- d) modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, inc. V, do CDC);
- e) prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, inc. VI, do CDC);

Vale a pena notar, ainda, os termos do art. 31 do CDC, que trata dos direitos à informação. Ali, o CDC assegura ao consumidor o acesso às informações corretas, claras,

precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre as características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem. Em suma, o consumidor tem direito de ser informado sobre origem e dados dos produtos ou serviços, bem como sobre os riscos que apresentem à sua saúde e segurança.

Mais adiante, no art. 39, o CDC enuncia proibições de conduta ao fornecedor de produtos ou serviços. Dentre elas, vale destacar a prevalência da fraqueza ou ignorância do consumidor (inc. IV); a exigência de vantagem manifestamente excessiva (inc. V); a prática de outras condutas abusivas (inc. X); e a aplicação de fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido (inc. XI, Medida Provisória nº 1.477-31, de 19.12.96, DOU de 20.12.96).

Quando dispõe sobre a cobrança de dívidas, o CDC estatui que o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável (art. 42, parágrafo único do CDC).

Ao tratar da proteção contratual do consumidor, o CDC normatiza que o desconhecimento prévio sobre o conteúdo do contrato, tanto quanto o contrato redigido de modo a dificultar a compreensão do seu sentido e alcance, não obrigam o consumidor (art. 46). Em seguida, o CDC ordena: as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao devedor (art. 47).

Por fim, ainda no que interessa objetivamente tema do presente trabalho, o CDC dispõe sobre o contrato de adesão (art. 54, *caput*, e parágrafos), definindo-o como aquele

cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo.

Enfim, é de concluir-se que os negócios jurídicos bancários desatam defesa do consumidor, na forma do Código de Defesa do Consumidor que, por sua vez, está submetido ao catálogo de direitos fundamentais individuais, difusos e coletivos dos cidadãos. São direito cogentes e indisponíveis.

Neste rumo, fica aberta a possibilidade de investigação de cláusulas abusivas nos negócios jurídicos bancários. De regra, é possível constatar-se dois tipos de abusos, que serão objeto, a seguir de nosso estudo.

CLÁUSULAS ABUSIVAS

Ao longo do tempo, a doutrina vem orientando o debate sobre o abuso de direito em três teorias: a subjetiva, a objetiva e a mista. Para teoria subjetiva interessa a intenção do agente de prejudicar. Assim, é necessário que haja prova da chicana, do dolo ou da culpa, caracterizante da abusividade. Para a teoria objetiva, não há necessidade de se pesquisar a intenção do agente, basta o exercício irregular de direito. A teoria mista, com Josserand¹²⁶ por exemplo, fixa quatro critérios para definir abuso. Três critérios são subjetivos: intenção de prejudicar, culpa na execução e interesse não legítimo. Ao lado disso, vem o desvio do direito de sua função social (critério teleológico ou finalista).

¹²⁶ JOSSERAND, Louis, De L'Esprit Des Droits, 1939, p. 365.

Conforme ensina Mário Julio de Almeida Costa, atualmente, compreende-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, que, simultaneamente se alarga na esfera dos direitos que não são atribuídos apenas ao interesse próprio, mas também ao interesse de outrem, ou no interesse social (direito-função). Na ciência jurídica moderna, é comum a distinção entre direitos subjetivos do tipo tradicional e os poderes funcionais. Em relação aos direitos de crédito, a antiga subjetividade encontra-se em crise, deflagrada em virtude da doutrina do abuso de direito, ou melhor, do uso do direito numa direção ilegítima.

Assim, segundo o mestre português,

“o abuso do direito ocorrerá quando um certo direito, em si mesmo reconhecido como válido, seja exercido de forma que ofenda o sentimento predominante de justiça na comunidade social. Frente a utilização abusiva do direito, apresenta-se duas sanções: na primeira, a ordem jurídica não reconhece o direito àquele que o exerce abusivamente; na Segunda, condena o titular do direito exercido abusivamente a indenizar ao prejudicado as perdas e danos fundado em fato ilícito extracontratual. Observando-se somente no segundo caso a figura do abuso de direito possuirá autonomia dogmática, pois no primeiro confundir-se-á com a mera falta de direito.”

Enfim, “o exercício de um direito deve atentar para o seu fim social e econômico; ultrapassado estes limites o exercício do direito será abusivo”.¹²⁷

O Código Civil Brasileiro não previu expressamente o abuso de direito. Sua admissão se dá por interpretação, *a contrario sensu*, do inciso I do artigo 160. Com efeito, se são lícitos os atos praticados “no exercício regular de um direito”, aqueles outros, praticados

¹²⁷ COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. p. 56-59 e 64.

irregularmente, serão ilícitos. Ou seja, com abuso de direito. O abuso foi descrito por Luiz Alberto Warat como

*“el acto lícito a nivel jurídico, pero que el juez considera que debe ser alterado en su ejercicio en virtud de una prohibición emergente de las reglas de acción con plena vigencia social.”*¹²⁸

O Código de Defesa do Consumidor reserva toda a Seção II do Capítulo VI, onde enumera, a partir do seu artigo 51 uma série de possibilidades de nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais.¹²⁹

De regra, a jurisprudência tem recorrido ao inciso IV do artigo 51 do CDC, o qual se refere a cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Com isso, é possível arredar a iniquidade remuneratória, porquanto nula a cláusula que autoriza a prática de interesses excepcionais.¹³⁰

Vale a pena notar que, a boa-fé apresenta-se sob dois enfoques: o subjetivo e o objetivo.

“A boa-fé subjetiva é a consciência ou a convicção de se ter um comportamento conforme ao direito ou conforme à ignorância do sujeito acerca do direito do outro. Já a boa-fé objetiva permite a concreção de normas impondo que os sujeitos de uma relação se conduzam de forma honesta, leal e correta”.

¹²⁸ WARAT, Luiz Alberto. *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*. p. 39. Sobre o mesmo tema, vale a pena conferir: YASSIM, Amadeo Assad. *Considerações sobre Abuso de Direito*; LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. e BERNAL, José Manuel Martin. *El Abuso del Derecho*.

¹²⁹ A lista foi aumentada por extensa lista que aparece na Portaria nº. 4, de 13 de março de 1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, publicada no Diário Oficial da União de 16 de março de 1998.

¹³⁰ Tome-se como exemplo a Apelação Cível nº 1 97 088 271, julgada pela Sexta Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, em 26 de junho de 1997. Rel. Armínio José Abreu Lima da Rosa.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor foi

*“a primeira lei a tratar da boa-fé objetiva que, assim, encontrou repercussão concreta no ordenamento contemporâneo brasileiro não se limitando a introdução do princípio no art. 4º, III (cláusula geral da boa-fé). Para controlar o abuso contratual, no art. 51, IV, perfaz uma trajetória mais ampla, pois tipifica várias hipóteses legais de deveres que, se não tivessem sido previstos em lei, incluir-se-iam, entretanto, no âmbito de concreção da boa-fé objetiva”.*¹³¹

Convém ter-se claro que nos negócios bancários “proliferam as cláusulas abusivas e leoninas, previamente estabelecidas, imodificáveis e indiscutíveis quando da assinatura dos contratos”.¹³² Com efeito, a grande maioria dos contratos bancários são contratos de adesão. Trata-se de contratações em massa que, como observado por Cláudia Lima Marques, na experiência alemã, por si só, já servem como indício da vulnerabilidade do co-contratante:

*“a vulnerabilidade fática estará quase sempre presente, dependendo da jurisprudência a aplicação analógica ou não, no caso concreto, das normas tutelares do CDC.”*¹³³

Assim, falando especificamente de credores, vale a pena mencionar a referência ao abuso da posição jurídica do credor, tal como diz Ruy Rosado de Aguiar Jr., ensinando que: tal noção

*“tem em vista a noção de exercício inadmissível e abusivo de direito, seu exercício inútil ou imoderado, bem como o comportamento contraditório – venire contra factum proprium – a alegação inadmissível de nulidade formal – a suppressio -, e a aquisição jurídica desleal”.*¹³⁴

¹³¹ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Op. cit.*, p.199 e 210.

¹³² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. p. 24.

¹³³ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 86.

¹³⁴ AGUIAR JR. Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*. Aide, 1991. p. 248-249.

A expressão usada no Código do Consumidor, “nula de pleno direito”, traz ao debate duas questões.

*“A primeira a que se trata de nulidade e não de anulabilidade... Nunca têm eficácia, não convalidando nem pela passagem do tempo e nem pelo fato de não serem alegada...A segunda questão envolve o seguinte questionamento. A nulidade da cláusula abusiva se refletiria sobre todo o contrato, anulando-o, ou seria uma nulidade parcial, só da cláusula?...Se é possível anular a cláusula com manutenção do contrato na parte não ofensiva ao direito do consumidor, esta é a solução mais lógica”.*¹³⁵

Como refere Paulo Luiz Neto Lôbo, a nulidade de pleno direito, tal como prevista no CDC, reforça o caráter de ordem pública da proibição. As cláusulas abusivas são insuscetíveis de convenção e convalidamento.

*“O interesse lesado não pertence individualmente ao aderente, mas a toda comunidade potencialmente atingida. Daí a nulidade poder ser suscitada judicialmente não só pelo aderente (ação individual), mas pelo Ministério Público, por associações civis constituídas há mais de um ano ou pela autoridade pública (ação civil coletiva ou inibitória)”.*¹³⁶

É lícito afirmar que a contratação de juros em taxas que superam em muito ao índice inflacionário mais a correção monetária, já é um abuso. Quando se sabe que o devedor não teve oportunidade de discutir os juros que foram impostos, então já se pode consolidar o entendimento de que, realmente, estamos diante de cláusula abusiva.

Há quem faça a interpretação do contrato fundando-se somente em argumento de ordem pública.¹³⁷ Com efeito, a partir da nova concepção de macroeconomia criada com Plano

¹³⁵ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. AIDE, 1991. p.69.

¹³⁶ LÔBO, Luiz Neto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. Saraiva, 1991. p. 178.

¹³⁷ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível n. 197 187 313, Relator Roberto Expedito da Cunha Madrid.

Real, não é permitido ao intérprete valer-se de um concepção de julgamento ultrapassada pela nova realidade. No campo da aplicação do direito, ante a nova situação vertida do Plano Real, cabe, pois, ao juiz, fazer as necessárias adequações do contrato à nova ordem pública instalada no país.

No ponto, é de referir-se a lição de Orlando Gomes, quando diz que os contratos em oposição a esses princípios não podem ser válidos. “*Embora não proibidos expressamente, tais negócios se consideram como se fossem concluídos em desobediência a uma lei imperativa*”.¹³⁸

A abusividade mais se ressalta quando, além dos juros, o contrato prevê, como critério de correção monetária, a Taxa Referencial.

É o que veremos a seguir.

ABUSO PELA CUMULAÇÃO DE JUROS COM TAXA DE REFERÊNCIA (TR)

Um caso de contratação abusiva evidente acontece quando, além dos juros (de regra, com taxas mais elevadas do que o limite legal de 12% ao ano) também consta a contratação de correção pela Taxa de Referência (TR).

Assim, antes mesmo que se cogite da auto-aplicabilidade do § 3º do artigo 192 da Constituição Federal, ou mesmo de eventual incidência de norma infraconstitucional, é de rigor que se *interprete o contrato*, sob o ponto de vista do abuso de direito.

¹³⁸ GOMES, Orlando. Contratos. p. 186.

Ora, falando em correção monetária, o contrato dá a entender que está apenas buscando “*um minus*”, qual seja, a reposição das perdas decorrentes da inflação. E elege a TR como fator de atualização da moeda.

Ocorre que a TR não é instrumento de reposição das perdas inflacionárias. Não é índice que possa medir a inflação. Logo, ela não pode servir como indexador. Verdadeiramente, a TR já é – por si própria – taxa de juros remuneratórios.

Como está na própria Lei 8.177/91 que criou a TR, em seu artigo 1º, a taxa referencial destina-se à remuneração do capital. Após o advento do Plano Real, mais explícita ficou esta finalidade da TR. Basta que se vejam as variações do denominado “fator de redução” e, com isso, o aumento ou diminuição da remuneração dos capitais condicionados a eles. E mais: com o estímulo dado às cadernetas de poupança, no Plano Real, estabilizada a moeda, os índices da TR continuaram sendo positivos, com nítida, indiscutível e indisfarçável feição de juros.

É bem de ver que a utilização da TR como indexador do preço do dinheiro representa uma dupla imputação de juros ao contrato. A TR reflete uma média da taxa de juros se estes se elevam, a TR sobe junto, corrigindo a inflação passada por um índice superior à própria inflação.

Vale a pena conferir a brutal diferença de percentagem na correção pela TR e pelo IGP-M:

Justiça Federal
Núcleo de Contadoria

Núcleo D – Lançamento de Índices		
Data	TR	IGP-M
Jun/97	0,6535%	0,7400%
Jul/97	0,6580%	0,0900%
Ago/97	0,6270%	0,0900%
Set/97	0,6474%	0,4800%
Out/97	0,6553%	0,3700%
Nov/97	1,5334%	0,6400%
Dez/97	1,3085%	0,8400%
Jan/98	1,1459%	0,9600%
Fev/98	0,4461%	0,1800%
Mar/98	0,8995%	0,1900%
Abr/98	0,4720%	0,1300%
Mai/98	0,4543%	0,1400%
Jun/98	0,4913%	0,3800%
Jul/98	0,5503%	-0,1700%
Ago/98	0,3749%	-0,1600%
Set/98	0,4512%	-0,0800%
Out/98	0,8892%	0,0800%
Nov/98	0,6136%	-0,3200%
Dez/98	0,7434%	0,4500%
Jan/99	0,5163%	0,8400%
Fev/99	0,8298%	3,6100%
Mar/99	0,9007%	2,8300%
Abr/99	0,6092%	0,7100%
Mai/99	0,5761%	-0,2900%
Jun/99	0,3108%	0,3600%
Jul/99	0,2933%	1,5500%
Ago/99	0,2945%	1,5600%
Set/99	0,2033%	1,4500%
Out/99	0,2265%	1,7000%
Nov/99	0,1998%	2,3900%
Dez/99	0,2998%	1,8100%
Jan/00	0,2150%	1,2400%
Fev/00	0,2330%	0,3500%
Mar/00	0,2242%	0,1500%
Abr/00	0,1301%	0,2300%
Mai/00	0,2492%	0,3100%

O Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 493 – DF e na ADIn nº 513 – 8 DF, espancou as dúvidas, ao decidir que a TR não pode servir de indexador, isto porque, segundo a própria lei que a criou, não reflete a inflação passada, mas representa futura remuneração das aplicações financeiras, portanto corporifica taxa de juros.

Vale a pena conferir o que foi dito pelo Ministro Sepúlveda Pertence na ADIn nº 493-0/DF:

“Não posso aceitar, data venia, que a mesma lei que define critérios de apuração desta taxa de remuneração, sem nada ter a ver com a variação do poder aquisitivo da moeda, tome-o, ela mesma, como índice de correção monetária, em substituição a índices legais anteriores que, mal ou bem, pretendiam medir, aí sim, a desvalorização do padrão monetário nominal. Não se destinando, segundo sua definição legal, a dimensionar esta desvalorização, a TR não pode servir de índice de correção da expressão nominal de moeda do negócio objeto de ato jurídico perfeito”.

No mesmo julgamento, cujas razões de decidir foram adotadas na apreciação da ADIn nº 513-8-DF, sobre o cabimento da utilização da TR ou da TRD como indexadores, asseverou o Ministro Octávio Gallotti:

“Observo que, certamente, não pode esta taxa ser considerada um simples fato de correção monetária. A correção monetária visa corrigir, simplesmente, a expressão monetária da obrigação, preservando seu valor intrínseco, o valor aquisitivo da moeda. Já a taxa de referência, tal como definida pelo art. 1º da Lei 8.177 de 91, não possui a característica de neutralidade, própria de um índice de correção da moeda, porque seu cálculo se baseia na variação do custo do dinheiro, que é influenciado pela liquidez do mercado. É um meio de remuneração e não de recomposição do capital. Por isso. Sr. Presidente, ela não parece um meio idôneo para manter a equação financeira de um contrato.”

Assim, partindo-se desses esclarecimentos, é possível afirmar, categoricamente, com base na lei vigente e na jurisprudência, que a TR é *taxa de juros remuneratórios*.

Então o que temos num contrato onde, além dos juros, é também contratada a correção pela TR?

Sem que o devedor se aperceba, há um abusivo e ilegítimo *bis in idem*. O contrato sonega e esconde do devedor que está cobrando duas vezes a mesma rubrica de juros. Aqui vemos violação ao artigo 6º, inciso III, do CDC. O contrato carece de informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

E pior, como a TR tem a parcela de juros flutuante, verdadeiramente, fica em aberta uma taxa que aparentemente parecia expressamente fixada. Neste ponto, é clara a violação ao CDC. Vale lembrar que, no art. 39, o CDC enuncia, modo exemplificativo, proibições de conduta ao fornecedor de produtos ou serviços. Dentre as quais podem ser colocadas sob relevo prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor (inc. IV); exigir-lhe vantagem manifestamente excessiva (inc. V); praticar outras condutas abusivas (inc. X) e aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal do contratualmente estabelecido (inc. XI).

Ou seja, o valor fica exclusivamente ao arbítrio e alvedrio do credor, pois:

“A TR, como é sabido, não é, na verdade, índice de atualização da moeda, mas uma taxa remuneratória calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, banco múltiplo com carteira comercial ou de investimento, caixas econômicas, ou títulos públicos federais, estaduais e municipais, de

acordo com a metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, como estabelecido no art. 1º da lei que a instituiu...”
(Apelação Cível nº 1 92 106 961. Rel. Tael Selistre).

Vale lembrar, no ponto, que, quando trata dos direitos à informação, seja na fase pré-contratual ou na de contratação, o CDC assegura ao consumidor alguns direitos. Vale a pena indicar: o acesso a informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre as características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem e demais dados dos produtos ou serviços, bem como sobre os riscos que apresentem à sua saúde e segurança (art. 31).

Ademais, ao tratar da proteção contratual do consumidor, o CDC normatiza que o desconhecimento prévio sobre o conteúdo do contrato, tanto quanto o contrato redigido de modo a dificultar a compreensão do seu sentido e alcance, não obrigam o consumidor (art. 46). Em seguida, ordena: as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao devedor (art. 47). Da interpretação do contrato temos que o devedor foi induzido em erro, pois foi disfarçada, oculta e subrepticamente pactuada duas vezes a taxa de juros. Escamoteadas como estão tais pactuações a respeito de juros e correção monetária, não podem – eficazmente - adentrar ao mundo jurídico. São cláusulas abusivas.

TEORIA DA QUEBRA DA BASE NEGOCIAL

Luiz Renato Ferreira da Silva anota que a preferência doutrinária e jurisprudencial no Brasil inclina-se pela revisão dos contratos por meio da teoria da imprevisão. Porém, uma outra forma de tratar o tema, de modo mais abrangente e mais objetivo, é valer-se da teoria da quebra da base do negócio.

O doutrinador gaúcho distingue os institutos:

*“Em primeiro lugar, pode-se estabelecer uma relação de gênero e espécie, no sentido de que, na imprevisão, o elemento causador se reveste de caráter genérico, enquanto na teoria da base há um caráter mais específico. A teoria da base, por sua vez, engloba circunstâncias outras que as abrangidas pela imprevisão, como, por exemplo, a frustração do fim do contrato, e não somente a onerosidade excessiva. Mas a principal diferença diz respeito à previsibilidade das circunstâncias supervenientes, exigida naquela e despcienda nesta”*¹³⁹.

A teoria da quebra da base do contrato, centra-se na boa-fé objetiva e leva em conta o momento do contrato, como influência subjeta, e as circunstâncias e situações que surgem posteriormente e que outras deixaram de existir, levando à rediscussão do que fora assumido.¹⁴⁰ Assim, não há confundir teoria da imprevisão com teoria da quebra da base do contrato. A “teoria da imprevisão” necessita de um acontecimento, de um fato não-previsível. Na “teoria da quebra da base negocial”, mesmo fatos previsíveis podem eventualmente provocar uma tensão entre o querer subjetivo dos contratantes e as circunstâncias concretas. Não se perquire da *“existência de culpa ou de dolo, pois o relevante na abordagem do tema é a absoluta ausência de artifício, atitudes comissivas ou omissivas, que possam alterar a justa e perfeita manifestação de vontade dos envolvidos em um negócio jurídico ou dos que sofram reflexos advindos de uma relação de consumo”*.¹⁴¹

Naquilo que mais nos interessa, cumpre dizer que o debate sobre a quebra da base do contrato é investigação perfeitamente prevista pelo artigo 6º, V, 2ª parte, do Código de Defesa

¹³⁹ SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Causas de Revisão Judicial dos Contratos Bancários*. Revista AJURIS EDIÇÃO ESPECIAL. Março de 1998. v. II, p. 609.

¹⁴⁰ LARENZ, Karl. *A Base Del Negocio Juridico y Cumplimiento de Los Contratos*. p. 225.

¹⁴¹ BONATO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. p. 37.

do Consumidor, que autoriza investigar a justiça da base do contrato, e fecha as portas tanto para o Recurso Especial como para o Recurso Extraordinário.

Com efeito, veja-se que o artigo 6º, inciso V, do CDC diz que

“são direitos básicos do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

Como se vê, não há exigência de imprevisibilidade do evento futuro, e aí está a maior proximidade legal com a teoria da quebra da base do contrato do que com a teoria da imprevisão.

Com isso, tomando-se em conta a adesividade dos contratos bancários, já fica potencializada uma primeira rachadura na base do contrato.

Cuida-se, aqui, da boa-fé objetiva, que deve nortear os pactos, dando azo, assim, à modificação das avenças, muito embora a ocorrência de eventos futuros, em tese, previsíveis e até mesmo previstos pelo contratantes. Como ensina Luiz Renato Ferreira da Silva, *a doutrina é unânime, no estrangeiro como no Brasil, em afirmar que a fundamentação prende-se à boa-fé no seu sentido objetivo, como regra de conduta que indica às partes o caminho que devem trilhar nos seus relacionamentos jurídicos, sem que possam, com tais agires, prejudicar a outra parte.*¹⁴²

¹⁴² SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Op. cit.*, p. 138 e seguintes.

O confronto entre a realidade econômica do País (com inflação baixa e até casos de deflação) e os juros exageradamente pactuados acabam por demonstrar uma situação juridicamente inaceitável. Com efeito, uma das partes obtém ganhos excepcionais, em detrimento da outra, numa ausência de causa jurídica e econômica quanto a tal transferência patrimonial. Logo, tem-se que – ocorrente tal hipótese – estamos diante de tratamento iníquo à parte aderente a tais contratos. Não se pode perder de vista o período de estabilidade econômica vivenciado pela Nação. Com efeito, apesar do Plano Real, que reduziu os índices inflacionários a patamares insignificantes (inclusive com casos de deflação), os contratos teimam em prever juros muito acima do que se poderia consentir com razoável e adequado.

Com esta situação não é difícil constatar um grave desequilíbrio entre as prestações. Há flagrante lesividade, pois – desequilibradas as posições – temos que uma parte (o devedor) sofre com a imposição de tratamento iníquo.

Quando a taxa remuneratória está muito além daquilo que poderia ser admitido como aceitável numa economia estável, e o operador do direito constata a extrema onerosidade que se impôs a um dos contratantes, o CDC é fonte normativa que permite assegurar um equilíbrio nas prestações.

Como se sabe, a aplicação da lei deve ser feita de acordo com seus fins e o bem comum (arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Não pode o magistrado afastar-se da justiça. Pelo contrário, deve buscar equacionar a relação havida entre as partes. Não existe um direito absoluto, sendo indispensável que o juiz busque o desejável estado de equilíbrio. Assim, sendo possível reconhecer-se a remuneração do capital aplicada ao mutuário como

abusiva, tem-se que a abusividade revela enriquecimento sem causa. E a cláusula deve ser declarada nula.¹⁴³

¹⁴³ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível 196. 063.507, Relator Dr. Roberto Laux, em 05/12/96.

(D) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os argumentos (aqui chamados) supraconstitucionais são os que oferecem o maior grau de eficiência do ponto de vista da possibilidade de vitória para quem busca a limitação dos juros.

Quando o acórdão decide a questão da limitação dos juros à luz de cláusula contratual, os recursos especial e extraordinário não podem ser admitidos.

A interpretação de cláusula fecha a porta do Recurso Especial em face dos termos da Súmula 5 do STJ, que diz: “a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”. Por igual, também o recurso extraordinário não será recebido, por incidência da Súmula 454 do STF, que tem os seguintes termos: “simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar ao recurso extraordinário”.

Vale a pena reproduzir as razões que têm levado os Tribunais superiores a negarem seguimento a recursos extraordinários e especiais em casos referidos nesta parte do trabalho.

No Recurso Especial nº 164345-RS (REG 98 106200), publicado no Diário da Justiça de 29 de junho de 1998, o Ministro-Relator Ruy Rosado de Aguiar entendeu, por primeiro, que a

“revisão da taxa de juros é uma possibilidade que decorre do direito de o contratante submeter ao juiz toda questão que envolva a alegação de abusividade de cláusula contratual...”

Assim, citando texto da decisão de segundo grau, sempre que a estipulação delirar, por completo do percentual de 12%, pode haver abusividade.

“E abusividade, destaco, que se dá em contrato por adesão, no qual ao mutuário, necessitado do numerário (ou correntista necessitado do crédito), resta apenas aceitar o que lhe é imposto, sem a possibilidade, outrossim, de encontrar taxas mais favoráveis (significativamente, é claro, porque sempre haverá variação não expressiva) em dito mercado...”

Por conclusão, o recurso não foi conhecido com o seguinte fundamento:

“Tenho que na primeira assertiva, o r. acórdão não causou ofensa à lei nem dissentiu de outros julgados. Tanto a lei quanto os precedentes invocados não negam a possibilidade de revisão de cláusulas de contrato bancário. O segundo ponto foi decidido mediante a interpretação de cláusula contratual, incidindo a Súmula 5 desta eg. Corte.”

A ementa tem a seguinte redação:

“JUROS. TAXA. REVISÃO JUDICIAL.

O juiz pode rever taxa de juros consideradas abusivas, nas circunstâncias do negócio. Inexistência de ofensa à lei e de dissídio.

Recurso não conhecido.”

No mesmo sentido foi a decisão no Agravo de Instrumento nº 179643, que tem a seguinte ementa:

“Os artigos ditos violados não serviram de fundamento à v. decisão recorrida. Esta não negou a possibilidade das instituições financeiras cobrarem juros anuais acima de 12%, no entanto, entendeu abusiva a

estipulação de tal taxa no patamar de 132% ao ano, por contrariar princípios gerais de direito, notadamente aquele que veda o enriquecimento ilícito.

*A questão demandaria interpretação de cláusula contratual, inviável em sede de Especial, a teor da Súmula 5/STJ”.*¹⁴⁴

Enfim, o Superior Tribunal de Justiça, por diversos argumentos, possibilita a ampla investigação do contrato, sua licitude e seu equilíbrio. E isso já é um alento para quem busca, na limitação dos juros, a justiça na sua mais ampla configuração.

¹⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo de Instrumento nº 179643-RS (98/0012772-0).

CONCLUSÃO

Vimos razões jurídicas que autorizam concluir pela possibilidade de limitação dos juros.

Para além da auto-aplicabilidade do parágrafo terceiro do artigo 192 da Constituição, encontramos outros fundamentos constitucionais que, adequadamente, viabilizam limitar os juros nos negócios jurídicos bancários.

Assim, afastado o efeito vinculante da ADIn-4, trouxemos ao debate questões constitucionais ainda não enfrentadas expressamente pelo Supremo Tribunal Federal. Foi posto em destaque a violação ao princípio da indelegabilidade dos Poderes, quando a lei 8393/91 tornou indeterminado um prazo que o artigo 25 do Ato das Disposições Transitórias expressamente limita em 180 dias. Ademais, a Corte Maior também não enfrentou a questão da limitação dos juros do ponto de vista de princípios fundamentais, como o da função social da propriedade, legalidade e igualdade.

Outrossim, argumentos de ordem infraconstitucional foram apresentados para impor legitimamente a limitação dos juros. No ponto, foi destacado como tem ocorrido, permissivamente, uma indevida interpretação extensiva da lei 4595/64, quando se confunde o

verbo "limitar juros sempre que necessário" (referido na lei) com "liberar juros incondicionalmente", conforme se tem constatado na realidade. Ademais, repete-se a Súmula 596 do STF esquecendo-se de fazer a devida interpretação contextual. Na época de sua emissão, não havia sequer correção monetária. Seja como for, mostramos dois argumentos com razoável possibilidade de eficácia em sede de recurso especial. Ao primeiro, é possível pensar-se na nulidade de "spread" exagerado, pela aplicação do instituto da lesão enorme. Ao depois, o STJ seguidamente tem decidido pela necessidade da efetiva existência nos autos da prova da autorização do Conselho Monetário Nacional que autorize a cobrança de juros ilimitadamente.

Por fim, enunciamos alguns argumentos supraconstitucionais, que apresentam grande possibilidade eficaz. A partir da relativização do princípio *pacta sunt servanda*, restou possível a interpretação das cláusulas contratuais. Com incidência do Código de Defesa do Consumidor, pode-se afastar cláusulas abusivas, sem que o feito seja submetido a recurso especial ou extraordinário.

Como visto, nossa pesquisa limitou-se ao campo do direito. Não adentramos em razões econômicas, políticas e éticas que fundamentam a possibilidade do controle jurídico a respeito da taxa de juros. A discussão descambaria para uma infundável perquirição ideológica.

Na verdade, como os juros altos têm servido para utilização de política de Governo no combate à inflação, este é um dos campos onde se ouvem freqüentes alegações de intromissão indevida do Poder Judiciário.

“Tal opinião revela ignorância palmar das regras e princípios constitucionais que asseguram a autonomia dos Poderes. Na vigente sistemática constitucional brasileira, nenhuma lesão a direito, ainda que hipotética ou meramente alegada, pode ser subtraída ao exame judicial, qualquer que seja a importância do assunto ou o grau de interesse que nele tenha as demais esferas de poder. Não há nem pode haver temas proibidos ao debate judiciário e ao crivo jurisdicional.”¹⁴⁵

É importante ter-se em mente que, na realidade brasileira deste início de século, os juros cobrados pelas instituições financeiras, não só não têm qualquer limite, como também não têm nenhum controle. Os bancos cobram o que bem entenderem. Ora, omissos o Poder Executivo na sua função controladora, inerte o Poder Legislativo na sua missão reguladora, o cidadão tem buscado o Poder Judiciário para fazer valer o seu direito. Com efeito, num estado democrático de direito, não se pode dar guarida ao arbítrio, muito menos das entidades financeiras.

E qual os juros que os juízes que limitam têm permitido? Qual o limite dos juros no Brasil? Resposta: o limite que decorre do sistema jurídico.

Por evidente, não se pode buscar parâmetros no mercado financeiro, pois, se assim fosse, estar-se-ia recorrendo às taxas praticadas pelos próprios Bancos. Em última análise, os próprios Bancos é que estariam a decidir quais as taxas aplicáveis.¹⁴⁶

¹⁴⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Poder Judiciário. Flagrantes Institucionais*. p. 26.

¹⁴⁶ Não há esquecer que as instituições praticam taxas como ANBID que já foi banida pelo STJ, conforme Súmula 176 “É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANDID/CETIP”.

Por igual, a definição de quais os juros possíveis não pode advir de critério subjetivo do juiz.

Na busca de um ponto de equilíbrio, tem-se que o sistema legislativo é o melhor companheiro para uma solução razoável.

Nesse rumo, constata-se que não há nenhum dispositivo de lei que autorize a prática de juros acima daquele que o Código Civil e o Decreto 22.626/33 fixam como limite. Assim, por analogia, chega-se ao limite de 12% ao ano.

Ou seja, exatamente aquele percentual previsto na Constituição Federal.

Por isso, é lícito concluir que, em face do princípio da força vinculante da Constituição, o legislador maior, como que está a dizer ao político, que há uma medida em todas as coisas, impondo-lhes uma regra de moderação. Pode-se tomar de empréstimo expressão peculiar de Norberto Bobbio e afirmar, que a limitação dos juros subsiste entre nós como uma espécie de *promessa não cumprida*” da democracia brasileira.¹⁴⁷

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia - uma defesa das regras do jogo*. p. 33.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. “A Boa-fé na Relação de Consumo”. *Rev. Dir. do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 14, 1995.
- _____. *Aspectos do Código de Defesa do Consumidor*. Ajuris, Porto Alegre, v. 52, 1991.
- _____. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 1991.
- ATALIBA, Geraldo. “Liberdade e Poder Regulamentado”. *Rev. Inf. Legislativa*, v. 66.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1.
- _____. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v.10.
- _____. “Tabelamento de Juros”. *Rev. Dir. Público*, v. 88.
- _____, BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BERNAL, José Manuel Martín. *El Abuso del Derecho*. Madrid: Montecorvo, 1982.
- BITTAR, Carlos Aberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.
- BONATTO, Cláudio, MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

- CAMPOS, Lélío Candiota de. “Juros em empréstimos concedidos por instituições financeiras”. *RT* 631, p. 38-49, 1988.
- _____. “Juros em Empréstimos Concedidos por Instituições Financeiras”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 631, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1980.
- _____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.
- CARRION JÚNIOR. “Pesadelo dos Juros”. *Correio do Povo*. Porto Alegre. 28.09.99.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos”. São Paulo: *Revista Forense*, v. 335, p. 37-44, 1998.
- _____. “Mandado de Injunção. Limitação da Taxa de Juros. Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas. Considerações acerca do art. 192, par. 3º, da Constituição Federal”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 26, p. 76-109, 1999.
- _____. *O Congresso e as Delegações Legislativas*. São Paulo: Forense, 1986.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Forense, 1997.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. “Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em sede de Juízo Abstrato e Efeitos sobre os Atos Singulares Praticados sob sua Égide”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 19.
- _____. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle de Inconstitucionalidade da Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. Del Rey, 1993.
- COMPARATO, Fabio Konder. “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”. *Revista de Direito Mercantil*, nº 63, jul/set-86.
- _____. “Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988”. *Revista de Direito Público*, nº 93.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. I.
- _____. *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- DI RUFIA, Paolo Biscaretti. *Derecho Constitucional*. Tradução espanhola por Pablo Lucas Verdú. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1982.

- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DUARTE, Francisco Carlos. “Organização das Decisões e Estrutura da Informalidade no Aparato Judiciário. (Análise funcional da corrupção judiciária no Brasil)”. Tese de doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. (memo)
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Justiça e pluralismo. Poder Judiciário: Flagrantes Institucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FACHIN, Luiz Edson. *Em Busca de Novas Mandrágoras?* Estudos Jurídicos, Curitiba: Universitária Champagnat, v. IV, p. 89-93, 1997.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1995.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 24. ed., 1997.
- _____. “Os princípios do Direito Constitucional e o art. 192 da Carta Magna”. *Rev. Dir. Público*, v. 88, p. 162 e seguintes.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 34, 1992.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Forense, 6. ed., 2ª tiragem, 1978.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4. ed.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Hermenêutica Constitucional e Direito Alternativo”. Palestra na Semana Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, dia 20 de julho de 1997. (memo.)
- HECK, Luiz Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Fabris. 1995.
- HORTA, Raul M. “Constituição e Ordem Econômica e Financeira”. *Rev. Inf. Leg.*, n. 111.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. tomo II, vol. I, Buenos Aires: EJE, 1950, p. 449.
- LARENZ, Karl. *A Base Del Negocio Juridico y Cumplimiento de los Contratos*. Madrid, 1956.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LUCCA, Newton de. *A Correção Monetária nos Títulos de Créditos*. São Paulo: Rev. Tribunais, v. 679.

- LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- LUPINACCI, Ronaldo Ausone. *Limite da Taxa de Juros no Brasil*. São Paulo: Editora Direito Ltda, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1992.
- MARQUES, José Frederico. “Tabelamento de juros”. *Rev. Dir. Público*, v. 88, p. 158 e seguintes.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Juros Reais e sua conformação jurídica”. São Paulo: *Revista Forense*, v. 304, p.221-226.
- _____. “Tabelamento de juros reais e sua conformação jurídica”. *Rev. Dir. Público*, v. 88, p. 182.
- MEIRELLES, Hely Lopes. “Tabelamento de juros”. *Rev. Dir. Público*, v. 88, p. 147 e seguintes.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. Rio de Janeiro: São Paulo, 2. ed., 1986.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2 ed. revista. Coimbra Editora Limitada, tomo II, 1983.
- MIRANDA, José Gustavo Souza. “A concentração de Empresas e a Ordem Econômica”. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dez 1999.
- MIRANDA, Pontes de. “Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda nº 1, de 1969)”. 2 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. I, 1970.
- MONTESQUIEU. *De L'esprit des lois*. Paris: Éditions Guarnier Frères, 1956.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas.
- MUKAI, Toshio. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal – Ordem Econômica e Financeira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. São Paulo: Saraiva, 15. ed.
- NERY JR., Nelson. “Recursos Na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade – Apontamentos Sobre os Recurso na LADIn (L. 9868/99)”. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. Coord. Eduardo

- Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- PALHARES, Joaquim Ernesto. “O abusivo *Spread*. A lesão enorme. Carta Maior”. *Especial Juris I*, Ano I, n. 1, nov. 1996.
- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. “O Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito Privado Alemão e Brasileiro”. *Rev. de Direito do Consumidor* n. 23-24, p. 199-224. jul/dez 1997.
- _____. *Propriedade Privada no Direito Romano*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- POPP, Carlyle. *A Nova Visão Contratual, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato*. Estudos Jurídicos, Curitiba: Editora Universitária Champagnat, v. IV, p. 127-152, ago. 1997.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Princípios do Processo Civil*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- RIPERT-ROBLOT. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. v. II, 1976.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Da Ineficácia dos Atos Jurídicos e da Lesão no Direito*. Ajuris, Porto Alegre, v. 42.
- RUSCHEL. Ruy Ruben. *Direito Constitucional em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.
- SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SCHLEGELBERGER-HEFERMEHI. *Ischlegelberger's Kommentar zum HaldesgesetzbuchI. Comentários ao artigo 352*, Berlim und Frankfurt A.M., v. III, nota 23, 1965.
- SIDOU, Othon. *A Revisão Judicial dos Contratos*. São Paulo: Forense, 1984.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 14. ed.
- SILVA, Luiz Renato Ferreira da. “Causas de Revisão Judicial dos Contratos Bancários”. Porto Alegre: *AJURIS. Edição Especial*, v. II, mar 1998.
- _____. *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. 1998.
- SOUZA PINTO, Paulo Brossard de, GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. “A Inconstitucionalidade do Depósito de 30% da MP após o Julgamento das ADINs 1.922 e 1.976-7 pelo STF – Considerações sobre o Devido Processo Substantivo”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 54.

- SCHWAB, Dieter. "Liberdade Contratual e Formação dos Contratos". In *Revista Direito e Justiça da PUCRS*, v. 10, ano VIII.
- TÁCITO, Caio. "O art. 192 da Constituição Federal e seu par. 3º". *Rev. Dir. Público*, v. 88, p. 147 e seguintes.
- TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TEPEDINO, Gustavo. "As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual". *Estudos Jurídicos*, Curitiba: Editora Universitária Champagnat, v. IV, n. 1, p. 101-114, ago. 1997.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Del Rey, 1994.
- VIOLANTE, Luciano. *Novissimo Digesto Italiano*. v. VXX, 1975.
- WALD, Arnold. "A Correção Monetária no Direito Privado Brasileiro". *Ajuris*, Porto Alegre, v. 4.
- _____. "A Correção Monetária no Direito Privado Brasileiro". *Ajuris*, Porto Alegre, v. 64.
- WARAT, Luiz Alberto. *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*. Buenos Aires: Aheledo-Perrot, 1969.
- WEDY, Almeida. *O Limite Constitucional dos Juros Reais*. Porto Alegre: Síntese, 1997.
- YASSIM, Assad Amadeo. "Considerações sobre Abuso de Direito". *Jurisprudência Brasileira*, Curitiba: Juruá, v. 92, p. 13-23, 1984.