

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA
THAÍS HELENA ALVES ROSSA

A LIMITAÇÃO DOS JUROS COMPENSATÓRIOS NO MÚTUO BANCÁRIO

CURITIBA
2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA
THAÍS HELENA ALVES ROSSA

A LIMITAÇÃO DOS JUROS COMPENSATÓRIOS NO MÚTUO BANCÁRIO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de especialista no curso de Especialização *Lato Sensu* (Contratos Empresariais à Luz do Novo Código Civil) pela Escola Superior de Advocacia.

Prof.º Orientador: Maximiliano
Mens Woellner

CURITIBA
2003

THAÍS HELENA ALVES ROSSA

A LIMITAÇÃO DOS JUROS COMPENSATÓRIOS NO MÚTUO BANCÁRIO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de de especialista no curso de Especialização Lato Sensu (Contratos Empresariais à Luz do Novo Código Civil) pela Escola Superior de Advocacia, pela Banca Orientadora formada pelos seguintes professores:

ORIENTADOR: _____
Professor Maximiliano Mens Woellner

Professor 1º Membro da Banca

Professor 2º Membro da Banca

Curitiba, 10 de março de 2.003.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	v
I. CONTRATOS BANCÁRIOS.....	01
1.1 ORGANIZAÇÃO BANCÁRIA BRASILEIRA.....	01
1.2 CONCEITO JURÍDICO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (BANCO).....	03
1.3 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS.....	05
1.4 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS.....	08
II. REGIME LEGAL DOS CONTRATOS BANCÁRIOS.....	12
2.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DIREITO BANCÁRIO	12
2.2 APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	16
2.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CLIENTE BANCÁRIO.....	19
III. MÚTUO BANCÁRIO.....	22
3.1 NOÇÕES GERAIS.....	22
3.2 PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS, FORMA, PROVA E GARANTIAS.....	24
IV. JUROS.....	27
4.1 NOÇÕES HISTÓRICAS.....	27
4.2 NOÇÕES JURÍDICAS.....	31
4.2 JUROS COMPENSATÓRIOS NO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL.....	32
4.2.1 Lei da Usura.....	33
4.3 A LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DE 12%	35
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, a velocidade com que se operam as relações de consumo na atualidade influenciou diretamente na simplificação dos instrumentos contratuais utilizados na prática do comércio.

Por conseguinte, foi implementada a criação de todo um arcabouço com vistas a impingir uma maior dinâmica às relações negociais e, necessariamente com este objetivo de fomento à prática do comércio, surgiram os contratos bancários e, em especial o de mútuo.

Em que pese a importância destes instrumentos à ordem econômica, o ordenamento jurídico pátrio ainda não conta com uma regulação que especificamente trate dos contratos de mútuo.

Mais ainda, apesar das características peculiares que revestem estes instrumentos, não há solução legislativa que lhes tenha destinado tratamento específico, com o objetivo de facilitar a apreciação do aplicador da lei e mesmo o entendimento das partes que estiverem contratualmente vinculadas por estes instrumentos.

O ponto mais periclitante do tema que envolve os contratos de mútuo bancário (considerando já suplantada a polêmica de que eles se submetem aos ditames do Código de Defesa do Consumidor) é a questão atinente aos juros compensatórios que poderão ser cobrados como pagamento pelo capital disponibilizado pela instituição financeira.

Justifica-se: diversas polêmicas envolvem a prática do empréstimo de numerário pelos bancos, dentre estas, as que giram em torno dos próprios permissivos infraconstitucionais que regulam de forma genérica o limite de juros (Código Civil e Lei da Usura) e, principalmente a própria Constituição Federal, que, até poucos dias atrás não se sabia ser ou não auto-aplicável.

Diante dessas constatações, buscar-se-á no presente trabalho traçar inicialmente um panorama geral a respeito da estrutura do Sistema Financeiro Nacional e da posição em que se situam as instituições financeiras.

Posteriormente, serão abordados os diplomas legais que regulam a cobrança de juros compensatórios e, na sequência, serão tratados os aspectos específicos atinentes aos contratos de mútuo.

Em um momento derradeiro do trabalho, serão discutidos os pontos que envolvem a maior azáfama no meio jurídico na questão atinente aos juros compensatórios em contratos bancários, como a limitação dos juros e a discussão a respeito da auto-aplicabilidade do artigo 192, §3º da Constituição Federal, anteriormente à sua revogação pela Emenda Constitucional n.º 40.

I. CONTRATOS BANCÁRIOS

1.1 ORGANIZAÇÃO BANCÁRIA BRASILEIRA

Em razão da grande importância que a contemporaneidade dá aos aspectos econômicos na sociedade de consumo que mundialmente se vivencia, percebe-se em todos os ordenamentos jurídicos uma robusta regulamentação das atividades exercidas pelas instituições financeiras.

No mercado financeiro brasileiro, o Estado atua ditando a política relativa à moeda e ao crédito, “ora ampliando ou reduzindo os encaixes bancários, elevando ou diminuindo as taxas de redesconto e empréstimos a Bancos, aumentando ou restringindo o meio circulante¹”.

Para que se compreenda a organização bancária brasileira é necessário que se estude a composição do Sistema Financeiro Nacional (que a contém), que é formado pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, o Banco do Brasil, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e as demais instituições financeiras políticas e privadas.

Com o advento da reforma bancária brasileira, levada a cabo pela Lei n.º 4595/64, foi instituído o Conselho Monetário Nacional que passou a funcionar como gestor da política monetária e creditícia do país, formulando as políticas da moeda, do crédito, orçamentária e fiscal, sendo o órgão responsável por todas as atividades necessárias ao controle da solvência e liquidez dos bancos.

Segundo o mesmo normativo, ao Banco Central do Brasil foi incumbida a função de órgão executor das diretrizes exaradas pelo Conselho Monetário Nacional, competindo-lhe

¹ LUZ, Aramy Dorneles da. *Negócios jurídicos bancários: curso de direito bancário: o banco e seus contratos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 9.

exclusivamente as seguintes atividades: prover e administrar o meio circulante; determinar o percentual e receber os depósitos compulsórios dos bancos; realizar os depósitos compulsórios dos bancos; realizar operações de redesconto e empréstimo a instituições financeiras bancárias; controlar o capital estrangeiro, as reservas oficiais de ouro, de moeda estrangeira e direitos especiais de saque; fiscalizar as instituições financeiras e aplicar-lhes penalidades; além de outras atividades especificadas no artigo 10 e seguintes da Lei n.º 4.595/64.

Em um patamar hierarquicamente subordinado do Sistema Financeiro Nacional encontram-se as instituições financeiras, e, em especial as instituições bancárias, cujo conceito será melhor especificado em item seguinte.

A estrutura do Sistema Financeiro Nacional pode ser visualizada através do esquema a seguir apresentado:

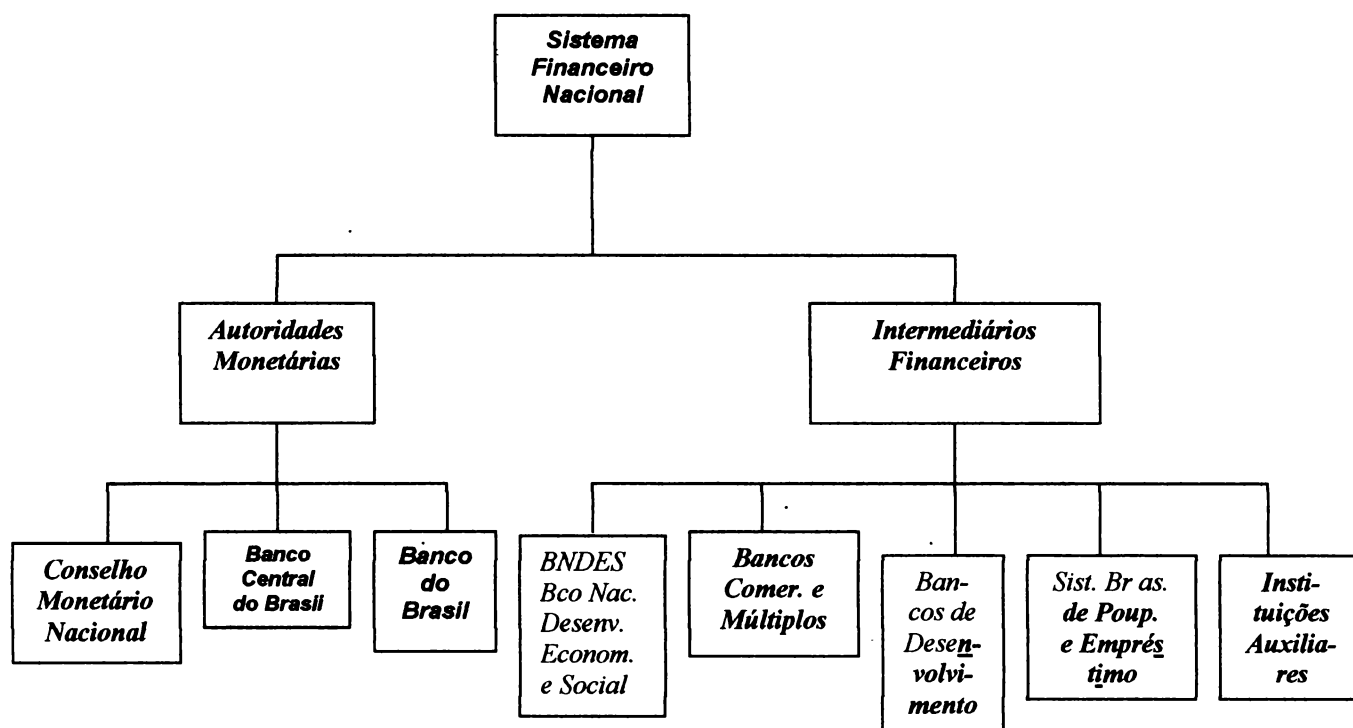


Figura 1 – Sistema Financeiro Nacional

Uma vez suplantada a explicação acerca da estrutura hierárquica do Sistema Financeiro Nacional, passa-se à abordagem dos dispositivos legais que lhe são aplicáveis.

1.2 CONCEITO JURÍDICO DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA

O conceito de instituição bancária está intimamente ligado à função por ela exercida, que consiste na “intromissão entre os que dispõem de capitais e os que precisam obtê-los, isto é, em receber e concentrar capitais para, sistematicamente, distribuí-los por meio das operações de crédito²”.

Neste sentido, o banco seria conceituado como uma empresa comercial que realiza a captação dos recursos de terceiros (poupança) e, com o fito empresarial de obtenção de lucro, acaba movimentando o mercado financeiro em que esteja inserida, através das atividades creditícias ativas e passivas (dar e tomar empréstimos) que constituem a sua especialidade. Neste sentido, o conceito trazido por Fran Martins:

Chamam-se *bancos* empresas comerciais que têm por finalidade realizar a mobilização de crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital. Além dessas, poderão os bancos praticar outras operações afins. As operações bancárias são consideradas sempre comerciais e como tais já estavam arroladas no §2º, do art. 19, do Reg. n.º 737, de 25.11.1850³.

O artigo 17 da Lei Brasileira de Reforma Bancária (Lei n.º 4595/64) traz a definição legal de instituição financeira, conforme se vê:

Artigo 17 - Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória

² MENDONÇA, J. X Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1939, p. 17.

³ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 14. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.407

a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

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

Em sua longa trajetória evolutiva, as entidades bancárias experimentaram diversos tipos de organização. Na sua origem, via de regra, todas acolhiam depósitos, concediam empréstimos, cumpriam ordens de pagamento. Paulatinamente, essas instituições passaram a se valer de diversos serviços especializados com o fito de atrair clientela, como cobranças, prestação de garantias, fornecendo informações, locando cofres, efetuando pagamentos e assim por diante.

A importância destas entidades tem assumido tamanho relevo na sociedade atual que, embora sejam elas eminentemente caracterizadas pelo exercício da captação e intermediação do crédito, podem assumir diversas formas, dentre estas a dos chamados ‘bancos de investimentos’ que englobam uma larga escala de atividades, incluindo atividades no mercado de capitais, gerenciamento de investimentos, *corporate financing*, aconselhamento e desenvolvimento de produtos no mercado.

Podem, também, assumir a forma de instituições especializadas em certos tipos de negócios e assumirem, assim, determinadas classificações como, por exemplo “Banco de crédito rural, Banco de crédito comercial, Banco de crédito industrial, Banco cooperativo ou Cooperativa de crédito, de crédito popular, Banco de investimento, Banco de desenvolvimento, Caixa econômica e Monte de Socorro, entre outros⁴”.

Por esta razão, Celso Marcelo de Oliveira acentua que “ao banco é atribuída a industrialização de crédito, o favorecimento da circulação de riquezas e a concentração de

⁴ LUZ, Aramy Dorneles da. *Negócios jurídicos bancários: curso de direito bancário: o banco e seus contratos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 9.

poupanças individuais. Além disso, o banco exerce função monetária, de crédito e também de investimentos⁵”.

A par disto, surge uma cada vez maior conscientização legislativa e jurisprudencial com vistas a dar aos contratos firmados pelas instituições financeiras e seus clientes – que são, hoje em dia, avantajada parcela da população – um tratamento como contratos autônomos típicos.

1.3 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Segundo acentua Deltan Martinazzo Dallagnol “as operações bancárias se dão por meio dos contratos bancários”, já que estes instrumentos “funcionam como fato jurídico propulsor da relação jurídica obrigacional bancária, engendrando direitos subjetivos e deveres jurídicos⁶”.

Segundo leciona o mesmo autor, conceituar os contratos bancários é tarefa custosa, já que ao mesmo tempo em que é necessário os distinguir dos demais contratos civis e comerciais, situando-os em um âmbito deveras restrito, é necessário, também, destinar a eles um espaço suficientemente amplo para abranger todas as atividades historicamente incluídas no rol bancário.

Fundamentalmente, dois critérios podem ser adotados para a conceituação dos contratos bancários: o critério objetivo, segundo o qual o contrato bancário é todo aquele firmado por um banco e o critério subjetivo, pelo qual é contrato bancário toda avença que tem por objeto a intermediação do crédito.

⁵ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de defesa do cliente bancário*. Campinas: LZN editora, 2002, p. 18.

⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Correção monetária e juros no contrato bancário*. Curitiba: Juruá, 2002.

Contudo, basta uma análise mais perfunctória para se denotar que mencionados parâmetros não se apresentam suficientes a explicar determinadas situações.

Explicando melhor, percebe-se que o primeiro critério não explica os contratos firmados pela instituição financeira, mas que não são bancários, como o contrato de trabalho, de locação, prestação de serviços e outros.

Por sua vez, o segundo critério não serviria para afastar as operações que não se situam propriamente no âmbito bancário, tais como cobranças, pagamentos, etc.

Sérgio Carlos Covello, valendo-se dos princípios de cada um desses critérios, adota um critério sincrético para conceituar o contrato bancário como “(...) o acordo entre Banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito”⁷.

Na classificação dos contratos bancários, diversos critérios são utilizados. Contudo, o critério que se afigura mais importante é o que classifica os contratos bancários em típicos e atípicos.

Os contratos típicos podem ser entendidos como aqueles que são celebrados mediante o cumprimento da função creditícia dos bancos, isto é “dar dinheiro”(moeda).

Diferentemente, os contratos atípicos são aqueles que se caracterizam pela presença de alguma obrigação de fazer que vincula a instituição bancária.

Em uma zona intermediária, pode-se visualizar os contratos mistos, que são instrumentos que envolvem créditos e serviços, como intermediação bancária no pagamento (pagamento e cobrança) e intermediação bancária na venda de valores mobiliários. Nesta mesma categoria situam-se as obrigações de “crédito documentário”, nas quais o banco

⁷ COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 3.ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1999, p. 47.

assume obrigações de fazer (prestação de serviço no recebimento e/ou pagamento de terceiro), as quais consubstanciam obrigações de dar e, principalmente, de fazer.

Tendo em vista que a grande maioria dos contratos bancários envolve a intermediação de crédito (contratos bancários típicos), a doutrina também os divide em contratos ativos e passivos, conforme o banco assuma a posição de credor ou devedor da obrigação principal.

Esclarecendo melhor, as operações passivas objetivam a captação de recursos junto à coletividade, que se mostram imprescindíveis para o exercício das atividades bancárias, isto é, “operações em que a sociedade se torna devedora”⁸, como por exemplo os depósitos, emissões de notas bancárias, os redescontos, etc.

Diversamente, nas operações ativas, as instituições financeiras concedem crédito aos seus clientes com recursos arrecadados das operações passivas que celebra. Como exemplos de operações ativas podem ser mencionados os empréstimos, os descontos de títulos de terceiros, as antecipações, as aberturas de crédito e as cartas de crédito.

Outras classificações dos contratos típicos são trazidas pela doutrina⁹, como a que divide os contratos em públicos e privados, dependendo da fonte da qual são oriundos; a que os considera segundo a sua duração, separando-os em contratos de curto (normalmente para capital de giro, isto é, de 120 a 360 dias), médio (até cinco anos) e longo prazo (destinados a investimentos significativos que exijam tempo de carência para retorno financeiro); a classificação que os enxerga segundo a garantia oferecida, podendo ser de natureza real (bens móveis e imóveis) ou pessoal (quando incidirem sobre o patrimônio de uma pessoa de confiança do garantido); e, ainda, a que os distingue em razão dos bens financiados, como sendo contratos de produção ou de consumo.

⁸ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 14. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.433

⁹ LUZ, Aramy Dorneles da. *Negócios jurídicos bancários: curso de direito bancário: o banco múltiplo e seus contratos*, 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 37/38.

Enfim, inúmeras outras classificações podem ser mencionadas. Contudo, bem se sabe que a importância das classificações se verifica segundo a utilidade que elas possam ter em dado momento.

Por uma questão de objetividade e, considerando que mencionadas classificações não constituem objeto específico do presente trabalho, não se fará uma abordagem aprofundada a respeito delas.

1.4 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Além das inúmeras características que podem ser atribuídas aos contratos comerciais, outras ainda devem ser melhor evidenciadas para que se aprofunde o estudo dos contratos bancários. São estas¹⁰:

a. Instrumento de crédito: O contrato bancário, em sua grande maioria, é instrumento de crédito, do que decorrem diversos outros elementos, tais como: fidúcia, já que, de um lado o banco sofre intensa fiscalização por parte do Poder Público para que inspire credibilidade à coletividade e de outro o banco investiga a situação financeira do cliente, para verificar a solidez e confiabilidade de sua situação creditícia; prazo, que é o tempo havido entre a prestação e contraprestação (esta é diferida, e não imediata); juro ou interesse, que é o pagamento do tempo pelo qual se retarda o pagamento de um crédito e risco, inseparável da operação de crédito, seja risco particular (relativo a uma pessoa ou operação), geral (relativo a acontecimentos gerais que envolvem toda a nação ou até várias nações) ou corporativo ou profissional (relativo a um setor, uma classe ou uma profissão qualquer);

¹⁰ Características abordadas segundo enunciação de Deltan Martinazzo Dallagnol. (Op. Cit.)

- b. Rígida contabilidade: Arnaldo Rizzardo, ao tratar desta peculiar característica dos contratos bancários afirma que há a “(...) contabilização de todos os valores que ingressam e saem do banco, com a escrituração, de modo a não permitir margem de dúvidas quanto ao seu montante, ao vencimento, aos encargos inerentes e às amortizações”¹¹.
- c. Complexidade estrutural e busca de simplificação: Conforme as palavras de Deltan Martinazzo Dallagnol “o contrato bancário revela uma complexidade estrutural e busca simplificação”¹². Em outras palavras, na medida em que os contratos firmados entre a instituição financeira e seus clientes se aperfeiçoam com vistas a acompanhar evolução das relações negociais, todos os demais atos acessórios tendem a serem simplificados.
- d. Profissionalidade e comercialidade: A característica da profissionalidade se explica pelo fato de que a instituição financeira celebra os contratos bancários como atividade econômica, e mais ainda, mencionados contratos constituem verdadeiros atos de comércio, até por cominação legal, já que envolvem intermediação, habitualidade e lucro.
- e. Informalidade: No contrato bancário prevalece a informalidade. Sabe-se que normalmente não se exige que a forma integre necessariamente a substância do ato. É o que afirma Dornelles da Luz. Para ele, “a informalidade crescente dos contratos do mercado financeiro é uma das características da atualidade, a maior parte dos quais materializam-se em sumárias fichas gráficas. (...) A agilidade do mercado financeiro e o alto grau de concorrência têm produzido esta inovação”¹³. Ainda, ao tratar desta característica Arnaldo Wald afirma que “o Direito Bancário contemporâneo tem por características a padronização, utilização da informática e formalismo. Mas utiliza o termo “formalismo” no sentido de “fôrmas”, pois os

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Correção monetária e juros no contrato bancário*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 28.

¹³ LUZ, Aramy Dorneles da. *Negócios jurídicos bancários: curso de direito bancário: o banco múltiplo e seus contratos*, 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 28.

contratos bancários são realizados padronizadamente, sendo contratos de adesão. Ressalta que os mecanismos utilizados são "rápidos, simples e seguros"¹⁴.

f. Sigilo: É o verdadeiro jurídico de sigilo profissional. Em decorrência do artigo 38 da Lei n.º 4.595/64, os contratos bancários contém o dever de sigilo que deve permear as suas operações ativas e passivas. Ao se deparar com as mais diversas situações, os tribunais pátrios e a doutrina têm relativizado a questão do sigilo bancário quando estiverem em jogo interesses fundamentais de maior relevância perante o ordenamento jurídico. Por oportuno, transcreve-se o entendimento de Arnaldo Wald acerca do tema:

A regra no desenvolvimento da atividade bancária é o sigilo das informações sobre as movimentações financeiras, mas o interesse social pode exigir dados de certa conta bancária, para o conhecimento das situações correlatas à prática de atos ilícitos, o que justifica a quebra do sigilo. Existindo dois interesses, o do cidadão isoladamente considerado e o da coletividade, que, em princípio, não são conflitantes mas que podem vir a sê-lo, a questão será resolvida com a instauração de processo que garanta a ampla defesa e o contraditório. Ao analisar o caso concreto, o magistrado observará qual a atitude que acarretará menos danos: recusar a quebra do segredo ou determinar que a informação seja apresentada para o esclarecimento de certos fatos. Esta última alternativa somente se legitima com a presença de forte presunção capaz de justificá-la¹⁵.

g. Contrato de massa: A atualidade é marcada pelas relações jurídicas que atingem um número indeterminado de pessoas. Nestes termos, a instituição bancária oferece e firma operações com um grande número de clientes indistintamente. Dada a necessidade de promover a circulação do crédito, optou-se pela padronização dos instrumentos contratuais, que passaram a ser "produzidos em série", em massa, já que se tornou inviável a elaboração de um contrato para cada um dos seus clientes.

h. Contrato de adesão e formulário: O contrato bancário é contrato de adesão e formulário. Sem adentrar às distinções entre contratos de adesão e contratos formulário, cabe

¹⁴ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Correção monetária e juros no contrato bancário*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 29.

¹⁵ WALD, Arnaldo. Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. *Revista dos Tribunais*. Ano 6. N. 22. Jan./Mar. de 1998. São Paulo: RT, p. 23.

acrescentar as consequências da presença destes instrumentos nas relações jurídicas passam. Contudo, a principal destas características e da qual decorrem as demais características é a estipulação unilateral das cláusulas da avença, não sendo conferida à outra parte (o aderente) a possibilidade discuti-las.

i. Interpretação específica: A interpretação dos contratos bancários exige especificidade, ou seja, deve-se considerar o contrato bancário segundo a realidade prática bancária onde está inserido, sem deixar de lado a importância de se proteger a parte juridicamente mais fraca. Estabelece a doutrina regras de interpretação dos contratos de adesão, e por conseguinte dos contratos bancários. Por esta razão, afirma Orlando Gomes que "(...) a singularidade de sua estruturação (dos contratos de adesão) não permite seja interpretado do mesmo modo que contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes. É de se aceitar, como diretriz hermenêutica, a regra segundo a qual, em caso de dúvida, as cláusulas do contrato de adesão devem ser interpretadas contra a parte que as ditou"¹⁶, que consiste na presunção de vulnerabilidade do contratante aderente.

¹⁶ GOMES, Orlando. Introdução ao curso de Direito Civil, 13 ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.998, p. 269.

II. REGIME LEGAL DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

2.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DIREITO BANCÁRIO

O princípio da igualdade no atual sistema constitucional está consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e consiste no verdadeiro cerne do ideal democrático:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) (sem negritos no original)

Consoante o entendimento de Paulo de Barros Carvalho, o destinatário do princípio da igualdade “é o legislador, entendido aqui na sua proporção semântica mais larga possível, isto é, os órgãos da atividade legislativa e todos aqueles que expedirem normas dotadas de juridicidade”¹⁷ (sublinhados acrescentados).

Ainda, J. J. Gomes Canotilho¹⁸, ao discorrer a respeito do princípio da igualdade, salienta os traços mais importantes do conteúdo por ele suscitado, que são a igualdade na aplicação do direito, a igualdade quanto à criação do direito, a igualdade de oportunidades e a igualdade perante os encargos públicos.

Ao falar do aspecto da aplicação do princípio da igualdade no direito, José Afonso da Silva¹⁹ salienta que este não pode ser analisado apenas em seu sentido jurídico-formal, isto é, a igualdade de todos perante a lei, pois o seu sentido é muito mais amplo, irradiando influências em todos os aspectos jurídicos de um Estado de Direito.

A desigualdade econômica não é, de modo algum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato, mais desigualdades

¹⁷ *Curso de Direito Tributário* – 13.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2000, p.148.

¹⁸ *Direito Constitucional*, 5.ed. totalmente refundida e aumentada – Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 575.

¹⁹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, p. 219.

econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a transformação da época industrial, com a tendência a maior desigualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensas das desigualdades.

Assim sendo, o renomado constitucionalista sustenta a idéia de que o princípio da igualdade, para que cumpra o seu verdadeiro intuito, deve ser compreendido em seu sentido material, oferecendo-se um tratamento isonômico aos que se encontram em igual situação e um tratamento diverso aos casos desiguais, na medida da diversidade verificada.

Nestes termos e, restringindo o estudo do princípio da igualdade ao âmbito restrito do presente trabalho, percebe-se que a aplicação deste brocardo ao Direito Bancário vem a orientar o critério da especialidade que norteia o regime contratual dos contratos bancários.

Explicando melhor, percebe-se que todos os entes (legislativos ou fiscalizadores) que estiverem envolvidos na atividade bancária, devem pautar suas condutas na igualdade em seu sentido material, dando aos instrumentos bancários a regulação especial que se apresenta necessária para a tutela dos valores e direitos dos que estiverem envolvidos na relação jurídica bancária (consumidor, sistema financeiro, ordem constitucional, etc.).

E foi justamente com esse escopo de observância ao sentido material do princípio da igualdade, até o momento em que o Direito Comercial se tornou ramo autônomo, separando-se do direito civil. Também, como este mesmo fim, a tendência que se observa é a de especialização do direito bancário.

Atualmente, percebe-se que o Direito Comercial serve somente de suporte genérico aos contratos bancários, posto que esses instrumentos não são especificamente regulados no direito positivo brasileiro. Na verdade, salvo algumas exceções, não se encontra no ordenamento jurídico brasileiro regulação própria aos contratos bancários, sendo que as

normas existentes dizem respeito aos órgãos do Sistema Financeiro Nacional e não aos instrumentos contratuais firmados.

Aramy Dorneles da Luz²⁰ relata que, antes de sua aprovação no Congresso Nacional, o projeto do Código Civil trazia dispositivos que tratavam de algumas espécies de contratos bancários, tais como, o depósito bancário, a abertura de crédito bancário, o crédito documentário, o desconto e a antecipação bancária. Contudo, a versão aprovada do Código Civil, ora em vigência, não mais conta com estes dispositivos.

Na prática, além da aplicação do Direito Comercial, percebe-se que o Direito Bancário empresta subsídios do Direito Civil, dos usos e costumes (rotinas bancárias), além do tratamento que vê dispensado pela legislação meramente operacional das resoluções e circulares.

Essa lacuna legislativa que se verifica no âmbito das operações bancárias acaba trazendo consequências de ordem pragmática. A respeito destas implicações, interessantes as palavras de Aramy Dornelles da Luz:

A falta de previsão e disciplina dos negócios bancários no Código do Comércio, como em qualquer outra legislação importa em liberdade contratual, no acionamento do império da autonomia da vontade para reinar absoluta naquilo que não seja afetado pelos comandos do direito administrativo. Nesse vazio de limites atua a auto-regulação sob o influxo de dois vetores: um nacional, o da realidade do mercado; outro externo, dos usos e costumes dos negócios bancários internacionais a incidir sobre alguns tipos operacionais mais que em outros como são os casos de câmbio, crédito documentário, seguros, *leasing*, para só verificar²¹.

Os autores que entendem pela tendência de autonomia (especialidade) do Direito Bancário, fundamentam sua tese na ausência de previsão nos Códigos Comercial e Civil a respeito de seus negócios, no excesso de comandos de Direito Administrativo, no regime

²⁰ LUZ, Aramy Dornelles da. *Negócios jurídicos bancários: curso de direito bancário: o banco múltiplo e seus contratos*, 2. ed. reform., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 17.

²¹ LUZ, Aramy Dornelles da. *Negócios jurídicos bancários: curso de direito bancário: o banco múltiplo e seus contratos*, 2. ed. reform., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 18.

peculiar de intervenção e liquidação extrajudicial, na eficiência da sua auto-regulação, no internacionalismo de sua prática e o sigilo por imposição legal.

Dentre esses autores, Carlos Alberto de Oliveira Cruz, ao tratar do tema, acentua que:

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

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

Em rápida reflexão, quer nos parecer que o Direito Bancário satisfaz os três requisitos: dispõe de princípios, conceitos e termos característicos (assim, por exemplo, os princípios da livre concorrência e defesa do consumidor; a limitação de juros (taxas e capitalização) e criminalização da usura; o controle e regulação da atividade financeira pelo Estado); merece estudo singularizado (embora com inegável timidez, vários cursos jurídicos incluem o Direito Bancário em seus currículos, atividades de extensão ou pós-graduação; a literatura específica, por outro lado, já se faz notar!); e, finalmente, é destinatário de inúmeras leis, confirmando uma disciplina própria (dentre tantas leis, lembráremos: mercado de capitais, usura, nota promissória, cheque, sistema financeiro da habitação, protesto)²².

Destarte, na ausência de uma regulação própria, alguns valores envolvidos nas relações jurídicas bancárias acabam sendo protegidos por leis mais abrangentes como o Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, leis diversas, o que garante um mínimo de segurança jurídica aos contratantes.

Não se pode olvidar, contudo, que a regulamentação de instrumentos contratuais tão corriqueiramente utilizados só teria a acrescentar um maior conhecimento por parte dos envolvidos e mesmo por parte dos profissionais que os interpretam.

²² CRUZ, Carlos Alberto de Oliveira. Autonomia do direito bancário, São Paulo, abr. 2002. Disponível <<http://www.direitojustica.com.br/artigos>> Acesso em: 07 jun. 2003

2.2 APLICAÇÃO DA LEI N.º 8.078/90 AOS CONTRATOS BANCÁRIOS

No presente item serão traçados alguns aspectos importantes acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, sem a pretensão, todavia, de esgotar o assunto, dada a sua amplitude.

Embora ainda persistam algumas resistências, o entendimento que predomina na doutrina e jurisprudência é o que pugna pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, mormente em razão de se tratarem de instrumentos de adesão e, principalmente em face da previsão expressa da incidência da norma consumerista. Talvez, as maiores oposições que ainda existam, dizem respeito à aplicação parcial da norma a algumas operações e não à sua totalidade.

Assim como as demais legislações protetivas, o Código de Defesa do Consumidor vêm a equilibrar substancialmente uma situação jurídica que se encontra naturalmente desequilibrada por questões fáticas. Ou seja, a Lei n.º 8.078/90 protege a parte presumidamente vulnerável na relação jurídica (o consumidor), com o fito de deixar os contratantes em um patamar equivalente.

Transcrevem-se na sequência os dispositivos do mencionado *codex* que indicam a sua aplicação aos contratos bancários:

Art. 2 - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.

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

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

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

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

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

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

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

II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III - acréscimos legalmente previstos;

IV - número e periodicidade das prestações;

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

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

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

Como se denota da simples leitura desses comandos, por expressa vontade do legislador em atender a vontade do constituinte originário, houve a inequívoca inclusão do exercente da atividade bancária no rol dos fornecedores.

Houve também a adoção do conceito de consumidor por equiparação (art. 29 da lei), fazendo-se presente o conceito de consumidor para o caso de práticas abusivas, que, ao que parece, foi uma tentativa do legislador em obstar controvérsias a respeito da incidência do código a esta ou àquela relação jurídica.

Por outro vértice, os que entendem pela não aplicação ou mesmo pela incidência parcial dos mecanismos consumeristas aos contratos bancários, fundamentam seu discurso no não enquadramento destes instrumentos à legal definição de consumo, conforme o sentido literal da parte final do artigo 2º da Lei n.º 8.078/90.

Neste sentido, ressaltam-se as palavras de Luciano Braga Cortes:

O objeto dos contratos bancários é o dinheiro, considerado pela linguagem econômica fator de produção que pode gerar riqueza. "Pode" gerar riqueza, porque depende de sua boa ou má utilização. Incontroverso, porém, que é fator de produção. Toda vez que se busca crédito nas instituições financeiras é para utilizar como fator de produção; portanto, todas as operações bancárias que concedem crédito ao tomador não são regidas pelo CDC, haja vista que em sua essência, o contrato bancário visa ao crédito, que constitui o seu objeto e a razão de sua existência. Os bancos são os mediadores do crédito. Quando realizam uma operação ativa, obrigam-se a uma prestação que consiste em conceder o crédito. Sendo passiva a operação, o cliente é que dá o crédito. A característica básica dos contratos de crédito bancário é, pois, de dar.

Assim, o empréstimo bancário, a abertura de crédito em conta corrente, o empréstimo em conta corrente, a antecipação bancária, o crédito documentado ou documentário, o crédito

imobiliário, o crédito rural, o crédito industrial, o crédito comercial, o crédito à exportação, os empréstimos externos e o repasse em moeda estrangeira, a alienação fiduciária em garantia, dentre outros, não estão sob a batuta da tutela específica do CDC.

A utilização de crédito concedido por instituição financeira gera a presunção *iuris tantum* de que o dinheiro foi utilizado como fator de produção. A moeda é o instrumento mais forte da produção, logo será sempre um meio, um instrumento. Em assim sendo, o dinheiro utilizado através da concessão do crédito bancário não é o elo final da cadeia produtiva; por conseguinte, o tomador do empréstimo não é o destinatário final fático do bem ou do serviço. Nos empréstimos bancários - em todas suas modalidades - não se preenche a qualidade objetiva de destinatário final fático do bem ou serviço, de modo que o sistema tutelar do CDC a eles não se aplica.

Isto não quer dizer, contudo, que todas as operações bancárias estão fora do âmbito do CDC. Nada disso. Os serviços de natureza bancária incluídos na Lei nº 8.078/90 são as chamadas operações passivas, como a poupança, a conta corrente sem concessão de crédito, as aplicações financeiras e os contratos atípicos, como a custódia de valores e aluguel de cofres. Estes estão regulados pelo Código do Consumidor²³.

Percebe-se assim que o argumento que sustenta a idéia de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários está centrado no fato de que o agente financeiro, nas operações de concessão de crédito (que consistem na maioria das avenças firmadas pelas instituições bancárias), tecnicamente não se enquadrarem na definição de fornecedor, eis que (em tese) nenhum bem de consumo ou serviço é fornecido.

Segundo os que assim entendem, sendo apenas emprestadas quantias em dinheiro a serem restituídas na estrita conformidade com as condições pactuadas, não há que se falar em relação de consumo, não se verificando a figura do destinatário final nos contratos bancário (pelo menos em contratos de mútuo). Para esses, a rigor, nem mesmo haveria consumo, visto que o capital emprestado deve ser restituído ao mutuante. O dinheiro apenas circula, não sendo consumido.

A título de ilustração, traz-se à colação os entendimentos de abalizados autores que comungam este entendimento:

A finalidade dos Bancos é intermediar o dinheiro para a produção: já o consumo é o contrário, é para um fim determinado, que alguns autores denominam destruição. O

²³ CÔRTEZ, Luciano Braga. Código de Defesa do Consumidor: A Aplicação Restritiva do CDC aos Contratos Bancários - RJ n. 241, nov, p. 17, 1997.

consumidor destrói o bem, porque ao consumir vai depreciando o bem. Portanto, o consumidor é o que destrói o bem, e o Banco o que fornece o dinheiro²⁴.

Ainda sobre o tema, o entendimento de Arnaldo Wald:

A nova lei também não se aplica às operações de empréstimo e outras análogas realizadas pelos bancos, pois o dinheiro e o crédito não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, sendo ao contrário, instrumentos ou meios de pagamentos, que circulam na sociedade e em relação aos quais não há destinatário final (a não ser colecionadores de moeda e o Banco Central quando retira a moeda de circulação)²⁵.

Em que pese a consistência dos argumentos dos que entendem pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, no presente estudo partir-se-á da premissa de que o referido *codex* é sim aplicável a estas avenças, partilhando-se a opinião de diversos autores como Arnaldo Rizzardo, Deltan Martinazzo Dallagnol, Antonio Carlos Efigênia e tantos outros.

2.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CLIENTE BANCÁRIO

Na data de 26/07/01, foi editada pelo Banco Central do Brasil a Resolução nº 2.878/01, à qual se atribuiu o nome de Código de Defesa do Consumidor Bancário.

Para Celso de Oliveira, a edição do mencionado normativo é decorrente da “oportuna e necessária intervenção do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional na organização do Sistema Financeiro Nacional no sentido de limitar os poderes das Instituições Financeiras na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes consumidores e ao público em geral”²⁶.

²⁴ Waldirio Bulgarelli, *O direito do consumidor e os contratos financeiros*, p. 139.

²⁵ WALD, Arnaldo. *Lei de defesa do consumidor*, Cadernos IBCB 22, p. 61/62.

²⁶ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de defesa do cliente bancário: à luz do código de defesa do consumidor*. Campinas: LZN editora, 2002, p. 23.

Na verdade, a Resolução n.º 2.878/01 objetivou a criação de normas procedimentais a serem observadas pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral.

Contudo, inovação alguma foi preconizada pelo mencionado normativo.

De uma singela leitura de seus vinte e dois artigos, percebe-se que por ela apenas foi conferida nova leitura a certos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, em especial, aos presentes no capítulo III (Dos Direitos Básicos do Consumidor), no capítulo V (Das Práticas Comerciais), capítulo este que, subdividido em cinco seções, trata da oferta, da publicidade, das práticas abusivas, (como no caso da "venda casada", disposta no CODECON no art. 39, I, e, na Resolução 2.878, no art. 17), da cobrança de dívidas e dos bancos de dados e cadastros de consumidores, e, também, aos dispositivos elencados no Capítulos VI (Da Proteção Contratual).

Os demais dispositivos constantes da mencionada resolução tratam de questões meramente operacionais e outras que visam, por exemplo, ao atendimento aos clientes portadores de deficiências físicas, à distribuição de senhas, à obrigatoriedade de atendimento convencional quando a agência bancária dispõe, além do atendimento no caixa, de atendimento alternativo ou eletrônico, bem como à permissão de acesso de não-clientes à agência bancária.

Para alguns autores, o advento do chamado Código de Defesa do Cliente Bancário é apenas um reflexo das reiteradas “reclamações dos usuários dos serviços bancários, fruto da inobservância por parte das instituições financeiras da legislação vigente”,

isto é, à Lei n.º 8.078/90 e que, “tal medida, tratada por alguns especialistas como periférica”, revela a incapacidade do BACEN em combater a questão de forma enérgica e segura”²⁷.

É sabido que, na prática, mesmo sob a fiscalização do BACEN, algumas instituições financeiras e de crédito continuam prestando os seus serviços e fornecendo os seus produtos na contrariedade ao Código de Defesa do Consumidor.

Diante disto, é de se indagar se, em sendo o Código de Defesa do Consumidor hierarquicamente superior à Resolução n.º 2.878/01, a edição de um normativo tão direcionado seria mais bem observado por seus destinatários. Contudo, a experiência empírica induz a uma resposta negativa.

No entanto, ainda que não se nutram grandes expectativas quanto ao seu cumprimento, não se pode olvidar que a Resolução n.º 2.878/01 reflete uma consequência extremamente positiva, que é a obrigatoriedade observância pelas instituições financeiras de determinados preceitos, sob pena de infringir mais um dever de conduta.

²⁷ MATOS, Leonardo Bragança de. Cartilha bancária . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2385>>. Acesso em: 11 mai. 2003.

III. MÚTUO BANCÁRIO

3.1 Noções gerais

Consoante afirma Deltan Martinazzo Dallagnol “a noção de mútuo bancário, isto é, do contrato bancário de mútuo é a noção do mútuo civil, adequado às características do mútuo bancário”.

Assim, genericamente falando, o contrato de mútuo pode ser entendido como o instrumento “pelo qual se transfere a propriedade duma coisa fungível a outrem que se obriga a pagar-lhe no mesmo gênero, quantidade e qualidade”¹.

Trazendo este conceito para a realidade das operações financeiras, constata-se a corriqueira presença do empréstimo de dinheiro, o chamado mútuo feneratício, que consiste na operação bancária mais difundida entre todas as classes sociais e econômicas, já que sua contratação é disponibilizada a todos aqueles que dispuserem de crédito perante o sistema financeiro.

Celso de Oliveira, ao tratar do conceito de contrato de empréstimo/mútuo bancário ressalta o instrumento em que “o cliente (tomador), mediante contrato firmado com o banco, se utiliza de dinheiro dos cofres, restituindo-o em parcelas acompanhadas do custo da operação e do custo do banco”. Não é outra a inteligência do artigo 586 do novo Código Civil.

Ilustrando melhor o conceito de mútuo bancário, traz-se o conceito de Fábio Ulhoa Coelho:

O mútuo bancário é o contrato pelo qual o banco empresta ao cliente certa quantia em dinheiro. A matriz dessa figura contratual, evidentemente, é o mútuo civil, isto é, o empréstimo de coisa fungível (CC, art. 1256). Ganha, no entanto, esse contrato alguns contornos próprios quando o mutuante é instituição financeira, principalmente no que diz respeito à taxa de juros devida².

¹ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio Eletrônico*, Editores: Carlos Augusto Lacerda e Paulo Geiger v. 14, 1994.

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124.

Assim, tem-se que o contrato de mútuo bancário pode ser traduzido em obrigação de dar, já que de um lado o banco se obriga a emprestar quantia em moeda (crédito ou dinheiro físico), e de outro há o comprometimento da outra parte em proceder à contraprestação futura, nos termos da avença firmada.

Haja vista se tratar de um contrato real, além do consentimento entre as partes, o mútuo bancário somente se aperfeiçoa pela efetiva entrega do bem fungível, segundo os termos do artigo 587 do Código Civil vigente.

Outra importante característica a ser ressaltada nos contratos de mútuo é o fato de se tratar de um contrato unilateral, porque, a partir do momento em que ocorre a tradição da coisa fungível (pela qual passa o contrato a existir), somente são atribuídas obrigações para o mutuário, que deverá restituir o capital equivalente, acrescido dos rendimentos pactuados.

Por conter em sua essência o intuito de obtenção de lucro, o contrato de mútuo bancário é dito oneroso e essa onerosidade é oriunda das vantagens e sacrifícios exigidos de ambas as partes ao contratar. Assim sendo, no âmbito do direito bancário não se pode cogitar a hipótese de concessão de empréstimo a título gratuito sem a incidência de juros (remuneração exigida sobre o capital emprestado), pois quando tal ocorre, há a transferência da avença para o rol dos contratos civis.

Via de regra, nos contratos de mútuo bancário há a estipulação dos juros em cláusula contratual. No entanto, se, por qualquer razão tal fato se tornar despercebido pelos contratantes e não houver a estipulação dos juros cobrados, há a possibilidade de se pleitear judicialmente a sua fixação, sob pena de enriquecimento do mutuário em detrimento das instituição financeira.

Aliás, é justamente pela presença desta característica que o mútuo bancário é chamado de feneratício, já que se diz “feneratício (de *foenus*, nome que se dava a esse fruto periódico do capital) ou frugífero o mútuo que rende frutos, juros remuneração, que é oneroso”³.

O mútuo bancário é contrato temporário, sendo que esta característica possui uma dupla significação. O primeiro sentido diz respeito ao fato de não poder ter este contrato um prazo infinito, tendo em vista que é imprescindível a presença da obrigação de restituir. Sob um segundo aspecto, o mútuo bancário é temporário porque não pode ser estipulada uma

³ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Correção monetária e juros no contrato bancário*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 71.

obrigação imediata de restituir, isto é, o dever do mutuário deve contar com um lapso temporal entre a prestação e a contraprestação.

Por fim, ressalta-se a característica de que a transferência do bem contratado deve se dar em torno de coisa fungível, mais especificamente, moeda ou títulos, sendo que estes últimos devem ser considerados em sua fungibilidade para que possam ser considerados objetos de contratos de mútuo.

3.2 Pressupostos subjetivos, forma, prova e garantias

Os pressupostos subjetivos do contrato de mútuo bancário dizem respeito às qualidades de que devem estar presentes nos indivíduos (pessoas físicas e jurídicas) que pretendam fazer uso deste instrumento.

Logicamente, o sujeito ativo do contrato de mútuo bancário é a instituição bancária, que é a sociedade anônima regularmente constituída, dotada de capacidade jurídica para ser titular de direitos e obrigações.

Quanto ao sujeito passivo (mutuário) outros pressupostos devem ser melhor abordados. Previamente, pode-se afirmar que o contratante passivo deve possuir a capacidade de assim se obrigar. Veja-se os dispositivos do Código Civil que tratam dessa capacidade:

Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

Art. 588. O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores.

Art. 589. Cessa a disposição do artigo antecedente:

I - se a pessoa, de cuja autorização necessitava o mutuário para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente;

II - se o menor, estando ausente essa pessoa, se viu obrigado a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais;

III - se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho. Mas, em tal caso, a execução do credor não lhes poderá ultrapassar as forças;

IV - se o empréstimo reverteu em benefício do menor;

V - se o menor obteve o empréstimo maliciosamente.

O artigo 34 da Lei n.º 4.595/64 trata de vedações incidentes quanto àqueles que pretendem a obtenção de recursos advindos de contrato de mútuo:

Art. 34. É vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos:

- I - A seus diretores e membros dos conselhos consultivos ou administrativo, fiscais e semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges;
 - II - Aos parentes, até o 2º grau, das pessoas a que se refere o inciso anterior;
 - III - As pessoas físicas ou jurídicas que participem de seu capital, com mais de 10% (dez por cento), salvo autorização específica do Banco Central da República do Brasil, em cada caso, quando se tratar de operações lastreadas por efeitos comerciais resultantes de transações de compra e venda ou penhor de mercadorias, em limites que forem fixados pelo Conselho Monetário Nacional, em caráter geral;
 - IV - As pessoas jurídicas de cujo capital participem, com mais de 10% (dez por cento);
 - V - Às pessoas jurídicas de cujo capital participem com mais de 10% (dez por cento), quaisquer dos diretores ou administradores da própria instituição financeira, bem como seus cônjuges e respectivos parentes, até o 2º grau.
- § 1º A infração ao disposto no inciso I, deste artigo, constitui crime e sujeitará os responsáveis pela transgressão à pena de reclusão de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal.
- § 2º O disposto no inciso IV deste artigo não se aplica às instituições financeiras públicas.

No que pertine à representação de pessoas jurídicas, pode-se mencionar que os poderes para dar ou tomar empréstimos não estão situados entre aqueles ditos gerais, tendo de ser especiais.

Ainda, cabe mencionar que os titulares do pátrio poder somente podem firmar contrato de mútuo em nome dos filhos no papel de assistentes ou representantes, somente mediante autorização judicial e o mesmo pode ser dito quanto aos tutores e curadores.

Não existe qualquer exigência no ordenamento jurídico pátrio quanto à necessidade de obediência a requisitos formais para a celebração do contrato de mútuo. No entanto, até para fins de comprovação, para instrumentalizar a cobrança, utiliza-se a forma escrita (embora não solene).

Também é comum a adoção do instrumento particular, podendo-se utilizar o instrumento público quando assim exigir a substância do ato, ou seja, quando estiverem envolvidas garantias reais, notadamente a hipoteca.

O contrato de mútuo bancário pode contar com a presença de garantias pessoais e reais. São exemplos de garantias reais o penhor, a hipoteca e a anticrese. Como exemplos de garantias pessoais pode-se citar a fiança, o *del credere*, o endosso, o aval e o aceite por intervenção.

Outrossim, relevante tratar do fato de que, comumente, o contrato de mútuo bancário é assegurado por um título de crédito assinado pelo devedor (ou por um interveniente garantidor), seja uma nota promissória ou mesmo uma letra de câmbio, o que assegura ao

banco a possibilidade de execução direta no caso de inadimplemento, ou mesmo do protesto como medida coercitiva de cobrança da dívida.

IV. JUROS

4.1 NOÇÕES HISTÓRICAS

Historicamente, segundo noticia Sérgio Borchardt, “existem duas teorias a respeito de juros. As mais antigas são as que condenavam mais do que explicavam, e por isso foram intituladas “doutrinas da condenação””¹. Consoante o mesmo autor, “as teorias mais recentes propõem-se a explicar o fenômeno dos juros: são as teorias puramente explicativas”.

Os povos da Antiguidade criaram os juros para compensar o uso do capital alheio. Entretanto, esta prática não era genericamente recomendada, pois, mesmo nos povos em que não se condenava a cobrança dos juros pelo empréstimo de dinheiro, havia a recomendação de que só fosse feita aos estrangeiros.

Biblicamente, tem-se o exemplo de Moisés que, no Antigo Testamento “recomendava o empréstimo gratuito aos israelenses (Levíticos, 25, 36-37; Êxodo 22, 25; Ezequiel)”², mas também aqui se tolerava a prática com relação aos povos estrangeiros.

Já em seu Novo Testamento, as escrituras bíblicas não contam expressamente com proibições à cobrança de juros, mas recomendam, de forma genérica, a prática desinteressada da caridade. Veja-se a esse respeito o exemplo contido em Lucas 6, 35: “(...) fazei o bem e emprestai, sem esperar nenhuma paga (...)”.

Em virtude dessas idéias, na Idade Média e até princípios do século XIX, época em que a Igreja detinha grande influência sobre o Estado e a sociedade civil, o empréstimo a juros

¹ BORCHARDT, Sérgio. O limite dos juros no Brasil após a constituição federal de 1988. *Direito Bancário*, Campinas, a. 1, nov. 2002. Disponível <http://www.direitobancario.com.br/artigos/direitobancario/nov5_2.htm> Acesso em: 05 fev. 2003.

² SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Juros: no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

tinha uma tonalidade pejorativa, tanto que mantinha seu antigo nome de "usura", e era considerado imoral pela grande maioria.

Em posição de destaque, encontram-se as críticas de Santo Tomás de Aquino, que condenava a cobrança de juros por entender que, por este exercício, estar-se-ia cobrando duas vezes pelo mesmo objeto³.

Posteriormente, em função das necessidades práticas e por força da implementação das práticas comerciais, o uso dos juros passou a ser justificado para casos excepcionais, tornando-se lícito e até mesmo corrente.

Assim, paulatinamente foi sendo atenuada a condenação formal sobre a cobrança de juros, dando surgimento às novas doutrinas que a permitem de modo implícito. São as chamadas teorias “explicativas”, segundo as quais, as indenizações pagas ao prestador pelo tomador têm motivos exteriores ao empréstimo, e consideram a idéia de lucros cessantes (privação de lucro à qual se sujeita o prestador) e de diminuição do patrimônio (aquele que empresta dinheiro à outrem sofre uma redução no montante de seus bens).

Conforme noticia Arnoldo Wald, “os autores protestantes, economistas clássicos e filósofos franceses do século XVIII, liderados por Montesquieu, consideraram cabível a cobrança de juros pela utilização do capital alheio”⁴, desde que estabelecida em bases moderadas e não configurando a usura. A proibição medieval à cobrança de juros tornou-se incompatível com os interesses da sociedade burguesa da época.

No entanto, o aparecimento da doutrina utilitária, atribuída a Jeremias Bentham, “que defendia a usura e afirmava a frutuosidade do dinheiro” somente ocorreu em 1787⁵.

³ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Juros: no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

⁴ WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*, 3.ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1972, p. 210.

⁵ ESTRELA, Hernani. *Direito comercial (estudos)*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1969, p.46.

Começaram a surgir, então, as teorias que buscavam justificar a cobrança dos juros, denominadas teorias explicativas, as quais se dividem, basicamente, em dois grandes grupos: teorias monistas e teorias dualistas.

No que diz respeito à teoria monista, destaca-se que para estes há sempre presente um empréstador e um tomador. Assim, a cobrança de juros pode ser explicada do ponto de vista do empréstador ou do tomador.

Nestes termos, o empréstador é o poupador que se separa de seu dinheiro e com isso faz um sacrifício que tem um certo valor e este custo é repassado para o tomador na forma de juros (teoria da abstinência). O juro é a justa remuneração da abstinência do capitalista que se separa de sua poupança. Há juro porque há necessidade de espera. Esse intervalo de tempo é comparável a um custo.

Sob o ponto de vista do tomador, pode-se dizer que o empresário, quando toma dinheiro emprestado, ele se serve do mesmo para conseguir aumentar o rendimento de sua produção e é dessa forma que aparece a rentabilidade do capital. É necessário saber se o lucro auferido com o aumento da produção será o suficiente para cobrir a despesa proveniente dos juros. Esta é a tese da produtividade do capital.

Tem-se também a tese do ágio, cuja idéia principal é a de que o empréstimo é uma operação de troca: é a troca de um bem presente por um bem futuro. Ora, como os bens presentes têm mais valor do que os bens futuros, é necessário, para que haja igualdade de valor, acrescentar certa quantia ao bem futuro, e essa é o juro, para que ele seja igual ao bem presente.

Por outro vértice, a teoria dualista explica o problema dos juros estudando dois fatores: a oferta e a procura de capitais. Da teoria da procura dos capitais retiram a idéia de

que a produtividade impõe um limite máximo à taxa de juro e da teoria da oferta, a idéia de que um mínimo deve ser fixado à taxa do juro pelo sacrificio aceito pelo poupador.

Mencionadas teorias que até aqui foram citadas estão ligadas à concepção clássico-econômica do juro, considerando-se o mesmo como a renda do capital.

Hodiernamente, os juros são considerados mais como preço da própria moeda do que o preço da poupança. Esse preço não é mais determinado utilizando-se dados individuais, mas pela soma de dados globais, que são conseqüências das decisões dos poderes públicos. O juro tornou-se instrumento da direção econômica e por isso passa a fazer parte de uma teoria macroeconômica.

Segundo informa Arnoldo Wald, várias legislações do século XIX e início do século XX não fixavam limites máximos para os juros, pois seus organizadores entendiam que o Estado não devia interferir nas relações comerciais entre os indivíduos.

Tanto é assim, que a primeira nação a limitar a cobrança de juros até um certo percentual foi a França, que, em lei editada na data de 03 de setembro de 1807, fixou o limite máximo das taxas de juros em 5% (cinco por cento) para matérias civis e 6% (seis por cento) para negócios mercantis.

Com a evolução das sociedades e com a implementação de um Estado intervencionista tanto no plano econômico como no campo social, passou-se a aceitar a cobrança de juros dentro de um limite prefixado e a se combater todas as formas de agiotagem e de usura, considerando-as até como figuras típicas de direito penal, sendo o juro conceituado como o rendimento do capital expresso em dinheiro. Nestes termos, o juro corresponderia ao preço do aluguel do dinheiro por determinado período de tempo, nele encontrando-se embutido também o risco.

No caso específico do Brasil, o primeiro Código Civil (1916), que era caracterizado por conceitos individualistas inspirados no individualismo do século XVIII, adotou o princípio da autonomia contratual, permitindo, em seu artigo 1.262, a livre fixação de juros nos contratos de mútuo.

Na sequência, houve a limitação da cobrança de juros pelo Decreto n.º 22.626/33, denominada Lei da Usura, a qual limitou as taxas de juros ao patamar de 1% (um por cento) ao mês, tendo vedado a capitalização com periodicidade inferior a um ano.

Em 1988, a Constituição Federal restringiu a cobrança de juros à taxa anual de 12% (doze por cento) no parágrafo 3º do artigo 192. Durante a vigência do mencionado dispositivo, houve grande controvérsia acerca da sua eficácia, em vista da inexistência de legislação complementar que regulasse a sua auto-aplicação.

Recentemente, em 29 de maio de 2003, foi editada a Emenda Constitucional n.º 40, que revogou o mencionado dispositivo limitador.

4.2 NOÇÕES JURÍDICAS

Segundo explicações trazidas por De Plácido e Silva, a palavra juros, que é aplicada notadamente no plural, “quer exprimir propriamente os *interesses* ou *lucros*, que a pessoa tira da inversão de seus capitais ou dinheiros, o que recebe pelo devedor, como paga ou compensação, pela demora no pagamento que lhe é devido”.

Assim, os juros se apresentam como resultados obtidos com os empréstimos em dinheiro, em especial os mútuos, fundados no percentual mensal ou anual que previamente se estabelece em uma determinada avença.

Tecnicamente, os juros são considerados como coisa acessória em relação ao capital (artigo 60 do antigo Código Civil), tratando-se, portanto, de um fruto civil. Disso, decorrem algumas consequências:

- a) a contagem dos juros não subsiste com a extinção da obrigação principal;
- b) não se concebe a obrigação de pagar juros sem que haja uma obrigação principal;
- c) o reconhecimento da obrigação de pagar juros implica o reconhecimento da obrigação principal, o que, inclusive, interrompe a prescrição da ação de cobrança da obrigação principal (Código Civil de 1916, art. 172; o Código Civil de 2002, art. 202)⁶.

Juridicamente falando, “a palavra *juros* serve para designar a remuneração pela disponibilidade de uma importância em dinheiro por determinado tempo”⁷, podendo ser classificados em convencionais e legais, segundo decorrerem da avença entre as partes ou decorrerem de lei.

Podem, também, serem denominados moratórios, se consistirem em uma indenização prefixada pelo atraso no cumprimento da obrigação (mora) ou compensatórios, se visarem compensar a utilização do capital.

4.3 JUROS COMPENSATÓRIOS NO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL

Segundo o já explicado no item anterior, os juros compensatórios podem ser denominados moratórios (decorrentes do atraso na contraprestação) ou compensatórios (que visam compensar o prestador pelo que deixou de lucrar).

Em sendo compensatórios, a regra é que sejam previstos em contrato (artigo 406 do Código Civil vigente). Se, por algum motivo, as partes assim não estipularem, será observada a taxa constante de lei para tanto.

⁶ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Juros: no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42.

⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Limite constitucional dos juros bancários: doutrina e jurisprudência*, 2.ed., Campinas: LZN Editora, 2002, p. 217.

Existem diversos dispositivos infraconstitucionais que tratam da fixação das taxas de juros ante a ausência de previsão contratual.

Iniciaremos o presente estudo em 1916, quando o Código Civil Brasileiro, refletindo sua postura nitidamente calcada em princípios liberais e individualistas, acolheu a liberdade de pactuar os juros compensatórios, permitindo a fixação de juros em taxa inferior ou superior à legal, com ou sem capitalização (art. 1062 do Código Civil revogado).

No entanto, a fim de impedir os excessos praticados pela agiotagem e usura, passou a existir, à época, uma forte tendência de regulação por lei das taxas de juros. Acrescentam-se a este respeito, as palavras de Pedro F. Caldas:

O nosso Código Civil, na esteira das legislações mais modernas, não cuidou do regramento dos juros convencionais, limitando-se a disciplinar os juros legais e os juros moratórios, adotando posição não-intervencionista, afinada com a ideologia central do código que imbuía na direção da mais ampla autonomia contratual, deixando que as partes dispusessem sobre o conteúdo e a economia dos contratos. Quanto ao mútuo feneratício (de *foenus*, palavra que designava juros, em Roma), i.e., mútuo de dinheiro, com juros, as partes eram livres para fixar a taxa abaixo ou acima da taxa legal, nos termos do artigo 1.062. Mais tarde, cedendo a uma tendência de intervenção do Estado na economia, entre nós acentuada a partir da chamada revolução de Trinta, leis emergenciais e restritivas da liberdade contratual vieram a estabelecer uma severa política de juros e restrições quanto ao pagamento em moeda estrangeira, como será visto⁸.

Como se vê, começava a se perceber que a permissão contida no artigo 1.062 do Código Civil de 1916, dava margem à cobrança excessiva de juros compensatórios.

4.3.1 Lei da Usura

Importante diploma neste aspecto, foi o Decreto n.º 22.626/33, a chamada Lei da Usura, cuja edição buscou coibir a cobrança de juros de forma indiscriminada e abusiva, limitando os juros compensatórios em até 12% ao ano (art. 1º).

⁸ *Apud* DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Correção monetária e juros no contrato bancário*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 198.

Também, mencionado diploma proibiu que, a pretexto de comissão, houvesse o recebimento pelo prestador de taxas maiores do que as permitidas no corpo daquela lei; vedou a capitalização dos juros (anatocismo); permitiu "que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais"; estabeleceu que "não é válida a cláusula penal superior à importância de 10% do valor da dívida"; e o art. 11 estatui que o contrato celebrado com infração ao disposto naquela lei seria nulo de pleno direito, cabendo ao devedor a repetição do que houvesse sido pago a mais".

Na época da edição da Lei de Usura, estava em plena vigência o Código Civil de 1916, cujo artigo 1062 previa que "a taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (artigo 1262), será de seis por cento ao ano".

Assim, na ausência de previsão legal a taxa máxima de juros seria de 6% (seis por cento) ao ano.

Com o advento da Lei da Reforma Bancária (Lei n.º 4.595/64), que criou o Conselho Monetário Nacional e lhe deu a incumbência de formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do País e o artigo 3º, inciso II, ressalta que essa política objetiva regular o valor interno da moeda, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários.

Nestes termos o art. 1º do Decreto nº 22.626 estaria revogado, não pelo desuso ou pela inflação, mas pela Lei nº 4.595, pelo menos no pertinente às operações com as instituições de crédito, públicas ou privadas, que funcionam sob o estreito controle do Conselho Monetário Nacional.

Também, relevante observar que a partir de 1975, a rigidez na cobrança de juros constante da Lei da Usura passou a contar com os contornos trazidos pela Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal, que proclamou a vigência de delegação legislativa ao Conselho

Monetário Nacional, outorgada pela Lei nº 4.595, de 31.12.64, para estabelecer as taxas de juros e os encargos cobrados pelo sistema bancário. Veja-se: "As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional".

Na realidade, a dicção desse enunciado sumular retrata um entendimento adotado na consonância dos termos da Lei nº 4.595, de 31.12.64, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional.

Muitos autores entendem que mencionado dispositivo apresenta-se inconstitucional desde a época de sua edição (1964), já que a esse tempo, "vigorava a vedação expressa e ao mister, insculpida no § 2º, do art. 36, da Carta Magna de 1946, que estatuiu in verbis: "§ 2º – É vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições""⁹.

Para estes, como consequência lógica, tal delegação legislativa teria nascido sob o vício da nulidade, por inconstitucionalidade .

Não se adentrará ao mérito da constitucionalidade ou não do mencionado dispositivo, tendo em vista que a presente monografia não se destina a uma cognição exauriente sobre o assunto (o que nem seria possível no âmbito restrito do trabalho), mas tão-somente a uma visão panorâmica a respeito das diversas nuances do tema.

4.4 LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DE 12% DOS JUROS COMPENSATÓRIOS

A Constituição Federal de 1988 buscou traçar regras de orientação à estruturação do Sistema Financeiro Nacional, dispondo em seu artigo 192, os princípios a serem observados por uma legislação que futuramente deveria ser editada para sua complementação.

⁹ SILVA, Antônio F. Álvares da Silva. *JUROS : TABELAMENTO PELA LEI DA USURA*. Disponível <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m11-007.htm> > Acesso em: 11 fevereiro 2003.

Destarte, a disciplina do Sistema Financeiro Nacional está consubstanciado em um único artigo da Constituição Federal vigente, desdobrado em oito incisos e três parágrafos, nos seguintes termos:

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:

I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;

II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador.

III - as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente:

a) os interesses nacionais;

b) os acordos internacionais;

IV - a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas;

V - os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;

VI - a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;

VII - os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento;

VIII - o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.

§ 1º. A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.

§ 2º. Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados.

§ 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.

Percebe-se que, sob uma interpretação literal do artigo 192 e §3º, ao tratar dos juros incidentes sobre as operações de crédito o constituinte originário remeteu a pretendida limitação a edição de uma legislação complementar que viesse a dispor de todos os assuntos atinentes ao Sistema Financeiro Nacional, inclusive as taxas de juros.

Assim sendo, logo após a promulgação da Carta Magna de 1988, surgiu grande controvérsia ao redor do tema, havendo muita discussão sobre a eficácia da mencionada disposição.

Tendo em vista a celeuma que se instaurou, o Presidente da República da época, viu-se obrigado a emitir alguma orientação a respeito da questão, a fim de instruir as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Para tanto, foi solicitado à Consultoria-Geral da República um parecer jurídico acerca da aplicabilidade imediata ou não do artigo em análise (Parecer SR-70), cuja ementa e conclusão seguem a seguir transcritas:

ASSUNTO: Reforma do Sistema Financeiro Nacional. Inteligência do artigo 192 da Constituição e seu § 3º.

EMENTA: - Em um único artigo a Constituição, promulgada ontem, manda reformar o Sistema Financeiro Nacional, estabelecendo exigências e diretrizes que deverão ser observadas pelo legislador ordinário em lei complementar. Impossibilidade de vigência imediata de uma única diretriz, destacada do conjunto. O tabelamento dos juros, previsto em parágrafo, sujeita-se à regra principal do artigo e não pode dela aparta-se para aplicação imediata no sistema ainda não submetido à reforma determinada pelo constituinte. Interpretação gramatical e sistemática. Preceito constitucional de integração e a imprescindibilidade da “interpositio legislatoris”.

PARECER Nº SR-70

1 - Encerrados os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, consulta-me o Excelentíssimo Senhor Presidente da República sobre a eficácia plena e a aplicabilidade imediata da norma do artigo 192, § 3º, da Nova Carta, que consagra a limitação dos juros.

(...)

CONCLUSÃO

89. A Constituição, ontem promulgada, propõe-se a criar um Estado de Direito voltado à causa social e à Justiça. No idealismo jurídico desses propósitos, o legislador constituinte entendeu ser necessária a estruturação, nova estruturação, do sistema financeiro nacional, submetendo-o à mais alta forma de legislação infraconstitucional, a lei complementar, que, pelo “quorum” qualificado, reúne maior consenso dos representantes da sociedade no Congresso Nacional.

90. A importância dada pelo constituinte a esta matéria, de alta relevância, não pode ser frustrada pelo intérprete afoito em aplicá-la através da fragmentação da organicidade do sistema concebido pela nova constituição.

91. Deixou o constituinte bem clara, ao tratar da matéria em único artigo, sua vontade de reformar o sistema financeiro como um todo e, nessa reforma, incluir as diretrizes dispostas nos incisos e parágrafos do comando principal.

92. Nem poderia ser de outra maneira. Em reforma de tal profundidade, o legislador constituinte agiu prudentemente, pois não desejou desestabilizar “ex-abruptio” as finanças nacionais e seu mercado, pois o atual sistema é extremamente complexo e sofisticado, conforme o demonstra a impressionante análise do Banco Central, transcrita neste Parecer.

93. É, pois, o artigo 192, por inteiro, norma de eficácia limitada e condicionada, dependente de intervenção legislativa infraconstitucional para entrar em vigência. Cumpre, portanto, respeitar a vontade do constituinte e, através dos dois Poderes que compõe o processo legislativo brasileiro, agilizar o previsto projeto de lei complementar, em que dará efetiva concreção ao novo mandamento constitucional.

É o meu parecer. S.M.J.

Brasília, 6 de outubro de 1988.
SAULO RAMOS
Consultor-Geral da República

Como se vê, o jurista que exarou o Parecer SR-70 entendeu que a regra constitucional do artigo 192 constituía complexo normativo aberto, cuja indeterminabilidade ou falta de completude impunha, como requisito inafastável de sua exequibilidade, a edição de ato legislativo com vistas a concretizar a norma constitucional, sem o qual se torna impossível a aproximação do referido preceito limitador com a realidade que ele se destina, por ser uma norma de eficácia limitada, condicionada à lei complementar futura.

A questão acerca da aplicabilidade imediata ou não da norma constante do artigo 192, parágrafo 3º da CF/88, também fez surgir inúmeros embates doutrinários, sendo que a questão não restou pacificada entre os juristas nacionais que adiante são referidos.

Hely Lopes Meirelles, em trabalho específico sobre o tema, abarcou a questão por duas vertentes: a primeira pelo aspecto formal da elaboração do artigo da Constituição e o segundo pela incompletude da norma constitucional, aliás, vertentes estas adotadas pela quase totalidade dos juristas pesquisados, conforme se vê:

“I - A TÉCNICA LEGISLATIVA

1 - A Constituição é a primeira lei do Estado, a lei fundamental. Dela partem todas as outras, que não lhe podem contravir ou transgredir. Mas nesse seu caráter de lei primeira, de lei magna, não afasta a obrigatoriedade de os seus elaboradores, ou melhor, os constituintes, obedecerem às regras técnicas de sua feitura, bem como de redação, precisão e concisão. A norma legal deve ser bem feita para ser por todos entendida e assimilada. A norma constitucional ainda com maior razão, pois a sua quase imutabilidade, quando não obedecidos aqueles critérios, pode levar à perplexidade, tornando-a de difícil compreensão e aplicação, emperrando o tecido social.

2 - O fazer lei, “lato sensu” exige, ao mesmo tempo, técnica e arte, para dar ao texto o rigor científico e o estilo escorreito da língua em que é escrita. Nas leis modernas entram não só elementos políticos e jurídicos, como também o técnico, o filosófico, e a perfeição gramatical.

3 - Discorrendo sobre a parte de fazer leis, escreveu Reed Dickerson, em excelente monografia: “Um bom governo necessita de leis que digam o certo de modo certo, na linguagem mais clara, mais simples e mais acessível” (A Arte de Redigir Leis, Rio, Forense, 1965, p. 27).

Para conseguir esse desiderato, o legislador há de conhecer as regras básicas de elaboração das leis e as noções fundamentais de técnica legislativa quer quanto à matéria a legislar, quer quanto à forma de expressar as normas legisladas.

4 - Como as leis em geral, a constituição tem preâmbulo, títulos, capítulos, seções. Nesta subdivisão estão os artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens.

O artigo é a unidade básica, dispondo sobre pontos determinados. É inconveniente a reunião de assuntos diversos no mesmo artigo. Os artigos devem ser numerados em sequência ordinal de 1º a 9º, e cardinal de 10 em diante, sempre em números arábicos.

5 - O parágrafo, que nos interessa na espécie, subdivisão do artigo, geralmente consigna a exceção da regra exposta no artigo, ou consubstancia uma variante da norma estabelecida. A disposição do parágrafo está sempre relacionada com o artigo de que faz parte, sendo grave defeito técnico incluir no parágrafo disposição dependente de outro artigo, porque dificultada a interpretação (cf. nosso Direito Municipal Brasileiro, 5a ed., São Paulo, Ed. RT, 1985, pp. 497 e ss.).

(...)

No Direito Positivo nacional, a melhor técnica legislativa é a do Código Civil, que contou com a colaboração primorosa e inexcédível de Rui Barbosa.

6 - A lei, tanto na técnica formal, como na lingüística, deve ser precisa, lúcida, escoreita, a fim de evitar a necessidade de exegese, que nem sempre capta a vontade inteira do legislador.

7 - Como nas leis, também as constituições a técnica de elaboração legislativa não deve conter tergiversações, a fim de não levar o seu aplicador à perplexidade, ou ao leigo à interpretação dúbia. Pode-se não ter uma Constituição capaz de entender a todos os diversos estamentos sociais; mas não se pode duvidar de sua precisão técnica, como garantia se sua aplicação, exatamente como pretende o legislador constituinte.

8 - O destinatário da Constituição é o povo. Zelar por sua execução é dever de todos, obedecendo-se ao espírito que a animou.

II - A REGRA CONSTITUICIONAL SOBRE O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

9 - O disciplinamento do sistema financeiro nacional está consubstanciado num único artigo da vigente Constituição da República, desdobrado em oito incisos e três parágrafos, "verbis":

"Art. 192..."

10 - O artigo retrotranscrito com seus incisos e parágrafos pretende estruturar o sistema financeiro nacional regulamentando-o através de lei complementar.

O que é sistema? Para Caldas Aulete, sistema é o conjunto de partes coordenadas entre si; reunião de proposições, de princípios coordenados de molde a formarem um todo científico ou um corpo de doutrina. Sistema financeiro nacional é o conjunto de empresas estatais e privadas, com o fim de realizar operações financeiras regidas por normas editadas pelo Governo e fiscalizada a aplicação pelos seus organismos monetários.

No Brasil, o sistema financeiro nacional só se tornou efetivo após o advento da Lei n.º 4.595, de 31.12.1964 e da Lei n.º 4.728, de 14.7.1965, sendo que a primeira extingui a Sumoc (Superintendência da Moeda e do Crédito), e criou o Conselho Monetário Nacional - CMN, incumbindo-o de formular a política de moeda e do crédito; e a segunda disciplinou o mercado de capitais e estabeleceu medidas para o seu desenvolvimento, afetas àquele Conselho e ao Banco Central do Brasil.

11 - O legislador constituinte preferiu traçar regras de orientação à estruturação do sistema financeiro nacional, já dispondo no art. 192, seus incisos e parágrafos, os princípios e os esquemas a serem observados na sua futura regulamentação complementar.

Como muitas vezes os preceitos constitucionais não são auto-aplicáveis, dependendo, portanto, de normatividade posterior, é que o legislador fala, "in casu" em lei complementar. A norma, assim posta no texto constitucional, é o que o eminente prof. José Afonso da Silva chama de norma de eficácia limitada e explica: "As normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes devolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surjam outros efeitos não essenciais, ou melhor não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes" (Aplicabilidade das Normas Constitucionais, Ed. RT, 1968, p. 76).

Diz mais o eminente Professor da Universidade de São Paulo: “Todas as normas de eficácia reduzida, no entanto, limitam-se a positivar princípios ou esquemas sobre a matéria objeto de cogitação do constituinte, o qual, deixa, ao legislador ordinário ou a outros órgãos do governo, sua concreção normativa, refiram-se, ou não, a uma legislação futura” (Ob. cit., p. 78).

12 - O art. 192 da Constituição de 1988 é uma norma a de eficácia limitada, pois ali se fixam princípios e esquemas sobre a futura legislação que irá disciplinar a operatividade do novo sistema financeiro nacional. Enquanto a nova futura lei, ali preconizada, não for elaborada e entrar em vigor, permanecem as atuais que, direta ou indiretamente não se contrapõe ao esboço traçado pelo legislador constituinte.

III - O § 3º DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

13 - o § 3º do art. 192 da Constituição da República de 1988 insere-se no contexto do princípios e esquemas que o legislador constituinte quer ver observados em lei complementar futura do sistema financeiro nacional.

O parágrafo acessório do artigo, não tem vida própria isolada ou autônoma; deve guardar a coerência da vigência concomitante com a lei complementar aventada no “caput” que definirá, por certo, a sua expressão mais crucial e de grande celeuma “as taxas de juros reais”.

O que são taxas de juros reais? O legislador constituinte não o disse, desde logo. Apenas referiu-se a alguns elementos que devem ser considerados, e descontados como despesas financeiras à efetivação do crédito. E isso é tudo? Não. Num país de inflação galopante e sem possibilidade visível de controle, a curto prazo, onde os índices de contagem inflacionária pululam, variando desde a OTN comum, passando pela fiscal e pelo dólar no câmbio oficial até desaguar nas altas astronômicas do ouro e do dólar no mercado paralelo, seria difícil às empresas financeiras e às próprias autoridades monetárias do Governo calcularem os juros reais, a serem cobrados nas operações do gênero. As taxas reais calculadas apenas sob os parâmetros estabelecidos pelo parágrafo constitucional, por não espelharem a realidade do mercado creditício, levarão, por certo, ao retraimento dos operadores, pois os juros reais constitucionais não estarão remunerando o capital, na satisfação dos lucros, numa economia de livre concorrência, e assim poderão tornar inviável o negócio do investidor, e este se retrair em prejuízo da economia da economia nacional, como um todo.

14 - A prudência recomenda uma definição legal dos juros reais, como quer o legislador constituinte e até a técnica legislativa a indica. O parágrafo, sendo atrelado ao artigo, não tendo vida autônoma, e havendo o “caput” feito depender de lei complementar a regulamentação do sistema financeiro nacional, aquela lei é que vai dar operacionalidade a toda a estrutura do sistema, inclusive definir juros reais, “de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade”.

15 - Assim sendo, como o legislador constituinte deferiu ao legislador ordinário o poder de regulamentador do sistema financeiro nacional, cabe a este explicitar o texto da Constituição para sua correta execução. Como o art. 192, no seu parágrafo 3º não exaure o conceito de juros reais, a lei complementar, que regulará o Sistema Financeiro Nacional, deve fazê-lo¹⁰.

Ao final do trabalho, conclui o professor Hely Lopes Meirelles:

IV - RESPOSTA AO QUESITO ÚNICO

(...)

Ao quesito único - Sim. Depende de lei complementar, que regulará o Sistema Financeiro Nacional, o conceito de juros reais nas operações financeiras, já que o dispositivo constitucional que trata da matéria, não é um artigo, mas sim um parágrafo que, pela técnica

¹⁰ *Apud* SANCHES, Sydney. Revista de Direito Público, ano VII, Editora RT, n.º 88, p. 147-150

legislativa, se atrela ao “caput”, dele dependendo para ter vida e operatividade, consoante exposição nos tópicos de estudo¹¹.

Também José Frederico Marques fez uma abordagem sobre o artigo 192, parágrafo 3º da Carta Magna, levando em consideração a estruturação da norma legal e respeitando-se as partes integrantes do dispositivo. Assim dispôs o eminente autor:

Esse preceito constitucional nos itens e parágrafos em que se desdobra, é o documento normativo, em que se situa o ponto de partida da interpretação a ser desenvolvida, para usar-se expressão empregada por Giovanni Farello, ao falar em “documenti normative come punto di partenza perle intrepreti” (L’ interpretazione della Legge, 1980, n. 14, p. 101).

Esse documento normativo (o art. 192) colocado sobre a rubrica “Do Sistema Financeiro Nacional”, no cap. IV, do Título VII, da Constituição, é o único inserto no mencionado capítulo; e ele se compõe da cabeça do artigo, de oito itens e de três parágrafos. O “nomem iuris” da rubrica, os itens e parágrafos ali existentes, formam o documento normativo com base no qual serão constituídas as premissas, regras interpretativas e conclusões pertinentes ao entendimento a ser dado àquele texto constitucional.

De início, há que registrar o seguinte: o art. 192 delegou à legislação complementar o disciplinamento tal do sistema financeiro nacional, muito embora indicando expressamente alguma das matérias que devem ser obrigatoriamente reguladas na lei delegada.

Trata-se, portanto, de norma constitucional que depende de lei complementar para ser posta em vigor.

Pelo que ali se acha escrito, “o sistema financeiro nacional...será regulado em lei complementar”, o que significa a esta (a lei complementar) delegada foi a regulamentação da referida matéria.

De par com essa delegação inequívoca e expressa, a Constituição declarou que o sistema financeiro nacional deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”, regra essa imposta à legislação complementar a ser elaborada. Além disso, o art. 192 determinou que essa lei complementar disporá, ainda, sobre as questões e matéria constantes dos incs. I a VIII, com os esclarecimentos indicados a seguir nos §§ 1º, 2º e 3º.

Pela delegação expressa que a norma constitucional contém, atribuído está a lei complementar, para a devida regulamentação de todo o “sistema financeiro nacional”, o que é fundamental no tocante a seu exato entendimento.

(...)

4. O art. 192, da atual Constituição, é evidentemente norma não self-executing, tanto mais que sua determinação principal é a de atribuir a lei complementar a regulamentação do sistema financeiro nacional.

Note-se e observe-se que o texto constitucional não determina quais as regras fundamentais do sistema financeiro nacional, para, depois, declarar quer a lei complementar deverá regulamentá-las. No art. 192, o que primeiro se estabelece é que “o sistema financeiro nacional (...) será regulado em lei complementar”. Esta é a regra fundamental do citado preceito da Constituição, a revelar que preocupação principal do legislador constitucional foi a de entregar a lei complementar, e não a leis ordinárias, a regulamentação básica do sistema financeiro nacional. Para tanto traçou, desde logo, a orientação a ser seguida ao construir-se tal sistema, o que o fez, “verbis”: “estruturado de forma a promover o

¹¹ *Apud* SANCHES, Sydney. Revista de Direito Público, ano VII, Editora RT, n.º 88, p. 147-150

desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”. Nesse seguimento do documento normativo não se criou mera regra programática, mas impôs a diretriz ou causa finalis na lei complementar.

A seguir, o art. 192 faz a indicação de assuntos, questões e matéria que devem ser incluída, obrigatoriamente, na lei complementar, e que estão expressas nos itens em que o preceito constitucional se desdobra, acrescido, ainda, do que se acha expresso nos três parágrafos nele exarados.

Donde inferir-se que caberá à lei complementar, o disciplinamento do sistema financeiro nacional, observando-se para tanto, as diretrizes impostas na Constituição, e nesse disciplinamento incluindo-se tudo quanto vem indicado no texto do art. 192.

Enquanto não for promulgada a lei complementar, o sistema financeiro nacional continua subordinado ao sistema em vigor, visto que enquanto a aplicação das regras do art. 192 estiver aguardando a lei complementar, esse preceito constitucional não tira “la efficacia della logge anteriori”, como diz C. Azzarite (ob. cit., p. 103).

5. Se o art. 192 determinou que o sistema financeiro nacional seja regulado em lei complementar e nela se incluam as questões e matérias ali apontadas, é óbvio que o estatuído em seu § 3º, a respeito das “taxas de juros reais”, também só terá vigência após a promulgação da lei complementar. Se cabe a esta regulamentar o sistema financeiro nacional, por imposição taxativa do próprio cânon constitucional, seria errôneo e contra a letra deste, antecipar a aplicação do que vem determinado no § 3º, do art. 192. É que “comumente, o conteúdo do parágrafo deve ligar-se e sujeitar-se à prescrição contida na disposição principal como o particular ao geral”, como lembra o Prof. Vicente Ráo (ob. cit., n. 207, p. 326).

Não há necessidade de muito esforço dialético, para afirmar-se que a matéria de que trata o § 3º, do art. 192, é de natureza financeira, cuidando-se, portanto, de regra especial conexa, por subordinação, à regra de ordem geral constante do “caput” do texto constitucional.

Se o sistema financeiro nacional deve ser estabelecido e regulado em lei complementar, nesta se incluindo tudo o que no art. 192 está indicado, claro que também o problema das taxas de juros reais deverá ser ali disciplinado. Isto posto, enquanto não sair a lei complementar, permanece válida e aplicável a legislação existente, tanto mais que, recordando lição de Rui Barbosa, cabível no caso, “a execução de tal norma supõe uma série de regras práticas, um conjunto de operações sucessivas, um sistema de aplicações delicadas, que a cláusula constitucional deve guiar, mas que nela não estão exaradas, nem dela poderiam desentranhar por si mesmas. Cabe, pois, à lei formulá-las, e, enquanto as não formule, a disposição constitucional não terá desembaraçado o seu caminho” (ob. cit., pp. 489 e 490).

O problema dos juros reais mormente na situação atual em que o país está sofrendo os efeitos de uma inflação galopante que a tudo subverte, constitui questão de alta indagação, que não se disciplina “sic et simpliciter”, mas exige difícil equacionamento de dados múltiplos e complexos a serem analisados com profundidade e percuciência.

Todavia, tratando-se, como se trata, de matéria inserta no chamado sistema financeiro nacional, por força do que dispõe o contexto do mandamento constitucional, não é este que a regulamenta, visto que a própria Constituição delegou essa regulamentação à legislação complementar.

A regra do § 3.º, do art. 192, será uma daquelas a serem obrigatoriamente contempladas na futura lei complementar, onde receberá o disciplinamento normativo adequado¹².

Ao final de sua exposição, o mencionado autor assim concluiu:

¹² *Apud* Sydney Sanches, Revista de Direito Público, RT 88, p. 158-161.

“a) a regra do art. 192, § 3º, da Constituição em vigor, somente poderá ter aplicação depois de promulgada lei complementar regulando o sistema financeiro nacional;”

Também, autores como Celso Ribeiro Bastos, Arnaldo Wald e muitos outros comungam do mesmo entendimento quanto à não auto-aplicabilidade do artigo 192 da Constituição Federal.

Por outro lado, existem posições doutrinárias contrárias que pregam a autonomia normativa contida no parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal. Os que assim entendem aduzem que a norma indicada no parágrafo não se encontra subordinada a necessidade de edição de lei complementar para gerar efeitos, por não se encontrar intimamente ligada ao conteúdo do *caput* do artigo em discussão.

Dentre tais doutrinadores, pode-se citar José Afonso da Silva, que abarcou a discussão da seguinte forma:

“6. Tabela de juros e crime de usura

Está previsto no § 3º do art. 192 que as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão do 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.

Esse dispositivo causou celeuma e muita controvérsia quanto à sua aplicabilidade.

Pronunciamos-nos, pela imprensa, a favor de sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no *caput* do artigo. Todo parágrafo, quando tecnicamente bem situado (e esse 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 art. 192. Ele disciplina assunto que consta dos incs. I e II do artigo, mas suas determinações, por si, são autônomas, pois uma vez outorgada qualquer autorização, imediatamente ela fica sujeita às limitações impostas no citado parágrafo.

Se o texto, em causa, fosse um inciso do artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas, tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem referir a qualquer previsão legal ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata. O dispositivo, aliás, tem autonomia de artigo, mas a preocupação, muitas e muitas vezes revelada ao longo da elaboração constitucional, no sentido de que a Carta Magna de 1988 não aparecesse com demasiado número de artigos, levou a Relatoria do texto a reduzir artigos a parágrafos e uns e outros, não raro, a incisos. Isso, no caso em exame, não prejudica a eficácia do texto.

“Juros reais” os economistas e financistas sabem que são aqueles que constituem valores efetivos, e se constituem sobre toda desvalorização da moeda. Revelam ganho efetivo e não simples modo de corrigir desvalorização monetária.

As cláusulas contratuais que estipularem juros superiores são nulas. A cobrança acima dos limites estabelecidos, diz o texto, será conceituada como crime de usura, punido, em todas

as suas modalidades, nos termos que a lei dispuser. Neste particular, parece-nos que a velha lei de usura (Dec. 22.626/33) ainda está em vigor¹³.

Gabriel Wedy analisa a situação sobre outro prisma, enfocando a aplicabilidade imediata do artigo 192 da Constituição, fundada no respeito à intenção do legislador constituinte, bem como na autonomia inerente ao texto constitucional, por considerar a norma descrita no parágrafo 3º do artigo 192 não subordinada ao “caput” do texto legal, e portanto não necessitando de lei complementar para ter efeitos plenos e mediatos.

Neste diapasão, dissertou o jurista abordado:

Não é admissível a não-aplicabilidade de uma norma constitucional “bastante em si mesma”, pois se assim fosse, estaríamos dando guarida para o esvaziamento do disposto constitucional que é límpido ao limitar os juros reais em 12% ao ano. A norma constitucional é eficaz quando efetivamente obedecida. A ausência de efeitos jurídicos gera uma espécie de vazio normativo, um fenômeno tecnicamente chamado de anomia.

Perece-nos certo que qualquer norma jurídica, por mais bem redigida que seja, não é completa, porque exige a valoração dada pelo magistrado ao caso concreto, através de apreciações pessoais, proporcionadas pelo contraditório e pelo devido processo legal “due process of law”. Assim, na função de construtor do direito, deve o magistrado tomar conhecimento da norma e analisá-la em cotejo com situações sociológicas, políticas e históricas para a prestação justa da tutela jurisdicional invocada.

A norma é de eficácia plena, tendo em vista que a limitação de juros está no ânimo do legislador, pois existe a expectativa de sua efetiva aplicação, regulando conduta que é incerta, pois pode ou não ocorrer. Por essa razão, está claramente dissociada da cabeça do art. 192, que fala, abstratamente, de uma possível lei que venha a regulamentar o Sistema Financeiro Nacional.

Em nenhum momento, portanto, se permitiu que o limite de juros fosse violado, eis que mesmo com a entrada em vigor da nova norma infraconstitucional, não lhe é facultada dispor taxas de juros superiores a 12% ao ano.

(...)

O discutido parágrafo é de aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no caput do artigo.

(...)

Se o referido texto fosse um inciso do artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas trata-se de um parágrafo com normatividade própria, não exigindo qualquer regulamentação ordinária complementar, portanto, é de eficácia plena e auto-aplicável.

Assim, o argumento de que o art. 192, § 3º, baseado em sua parte final – “nos termos que a lei determinar”, necessita de lei que o regulamente carece de validade, pois a mencionada lei reguladora está prevista no caput do artigo e atinge somente as questões elencadas nos incs. I a VIII. O § 3º trata de questão totalmente desvinculada do caput e seus parágrafos. Por ser autônomo, a incidência deste, então, é imediata¹⁴.

¹³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 17.ed., Malheiros: São Paulo, 2000, p. 801.

¹⁴ WEDY, Gabriel. *O limite constitucional de juros*. Síntese, 1997, p. 67-71.

Encerrando a análise doutrinária sobre o tema, destaca-se a posição adotada por Simone Hegele Bolson, que se apoiando no conceito de Estado Social consagrado na Constituição de 1988, ou seja, em um modelo intervencionista de Estado, que se volta para a implementação de políticas que se fundam no acesso e garantia aos direitos de cidadania.

Sob este viés, o parágrafo 3º do artigo 192 da CF/88 seria norma totalmente desvinculada do “caput”, sendo autônoma e de incidência imediata, refutando a exposição doutrinária daqueles que não dão aplicabilidade imediata ao texto legal em comento, sob o argumento de ausência de definição da expressão “juros reais”, pois considera também que a expressão é completa e bastante em si, sendo desnecessária qualquer conceituação a respeito, pugnando, como se vê abaixo, que o julgamento do STF, na Adin nº 4 (4-7-600) não tem efeitos “erga omnes”, portanto não vinculando os demais setores sociais e aqueles integrantes do Poder Judiciário:

Outro argumento utilizado na defesa da cobrança de juros usurários pelas instituições bancárias é a decisão da ADIn nº 4-7/DF, na qual o STF negou a auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192, sob a argumentação de que lei complementar há de conceituar o que se entende por juros reais, estando o § 3º submetido ao caput do dispositivo e por isso dependente de complementação legislativa.

Registra-se que a ADIn nº 4-7/600 foi julgada antes da implementação do Plano Real e em condições econômicas diferentes das de hoje (embora o “fantasma da inflação”, neste momento, esteja rondando o País). Aquela decisão não tem o efeito vinculante e erga omnes atribuídos às ações declaratórias de constitucionalidade, como, equivocadamente, vem sendo publicado. Tanto não o tem, que, no caso de um juiz de Direito, através do controle difuso, julgar de forma diversa da decisão prolatada no Supremo Tribunal Federal, não cabe a reclamação à Corte Constitucional, uma vez que a vinculação de juízes e tribunais se dá tão-somente nas ações declaratórias de constitucionalidade, sendo ainda assim discutível, embora admissível nestas a reclamação para que se atendam as forças legislativas que emanam das ações declaratórias de constitucionalidade.¹⁵

Demonstrado restou, pelos inúmeros posicionamentos doutrinários estampados acima, que a questão acerca da aplicabilidade imediata e totalmente eficaz do artigo 192, parágrafo 3º, da Constituição da República, foi debatida por muito tempo entre os juristas pátrios.

Restou, assim, ao Supremo Tribunal Federal, quando acionado pelo PDT – Partido Democrático Trabalhista, dar a palavra final acerca da aplicabilidade e eficácia do artigo 192 da CF/88.

¹⁵ BOLSON, Simone Hegele. *Os juros nos contratos bancários e auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988*. Juris Síntese, n.º 18, 1999, p. 21

E realmente a Suprema Corte assim o fez através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4, na qual o Tribunal, em sessão plenária, expôs e julgou a constitucionalidade do ato da Presidência da República, que acatou o Parecer SR-70, pela não aplicabilidade imediata da norma constitucional abordada.

Por força da aludida decisão, a jurisprudência da Suprema Corte tem se inclinado para admitir a não auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional. Contudo, esta posição ainda está longe de ser unânime nos tribunais pátrios, podendo-se encontrar inúmeras decisões que entendem de modo oposto:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

“17002593 – JUROS – LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL – ART. 192 § 3º CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – LEI DE USURA – MULTA MORATÓRIA – C. DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Juros. Limites constitucionais. Auto-executoriedade da norma do artigo 192, § 3º da Constituição. Recepção da "Lei de Usura" em detrimento à "Lei de Reforma Bancária". Penalidade moratória. Redução ex officio. Ordem pública. I – A Constituição da República dispensa lei complementar no que refere à definição e limitação dos juros reais. A norma do artigo 192, § 3º da Carta de 1988 recepcionou a "Lei de Usura", afastando a incidência do artigo 4º, inciso IX, da "Lei de Reforma Bancária", que, indevidamente, delegou ao Conselho Monetário Nacional a regulamentação dos juros. Interpretação dos artigos 36, § 2º da Constituição de 1946 e 48, XIII, c/c 68, § 1º da Carta de 1988 e artigo 25 do ADCT. II – A multa moratória deve ser aplicada pelo percentual fixado no Código de Defesa do Consumidor por ocasião do inadimplemento e não pelo valor ajustado no contrato. O artigo 52, § 1º do CDC, por conter norma de ordem pública, poderá ser adotado de ofício pelo juiz. III – Apelação do banco-embargado parcialmente provida apenas para reduzir os honorários de advogado ao mínimo legal. (MSL)”¹⁶

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

“27003239 – EMBARGOS A EXECUÇÃO – CONTRATO BANCÁRIO – JUROS – VIGORA A LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – A CORREÇÃO MONETÁRIA DEVE SER DE ACORDO COM O IGPM, AFASTADA A TR – Prova pericial desnecessária, tratando-se de discussão meramente de direito. Alegado desvio de finalidade não torna nulo contrato de abertura de crédito fixo. Apelações rejeitadas.”¹⁷

Tribunal de Alçada do Estado do Paraná

“9001745 – JUROS – LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EM 12% AO ANO – ARTIGO 192, 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NORMA AUTO-APLICÁVEL – DESNECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO RECURSO DESPROVIDO – As normas constitucionais que contenham vedações, declarações de direito ou proibições, são, de regra,

¹⁶ Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC 1.401/99 – Reg. 310.399. 17ª Câmara Cível. Rel. Desig. Des. Bernardo Garcez. 3 de março de 1999. *Repertório Juris Sintese Millennium, Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual*. Rio Grande do Sul, nº 22, Síntese Editora, 2000. CD Rom.

¹⁷ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC 598420735. 11ª Câmara Cível. Rel. Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos. 24 de fevereiro de 1999. *Repertório Juris Sintese Millennium, Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual*. Rio Grande do Sul, nº 22, Síntese Editora, 2000. CD Rom.

de eficácia plena. Por ser uma norma proibitória e por conferir também um direito aos que operam no mercado financeiro, o 3º, do art. 192, da Constituição Federal, é de aplicabilidade imediata e de eficácia plena. A resistência prática dos setores econômica e politicamente influentes a uma derrota na elaboração legislativa (Luis Roberto Barroso, o direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, ed. renovar, 1990, p. 190 e segs.), não pode ser endossada pelo poder judiciário para impedir a realização efetiva da norma constitucional limitadora de juros.”¹⁸

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

“408733 – AÇÃO MONITÓRIA – COBRANÇA DE SALDO BANCÁRIO – DISCUSSÃO SOBRE O MONTANTE DO DÉBITO – REMISSÃO DAS PARTES À VIA ORDINÁRIA – LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS JUROS DE 12% AO ANO (ART. 192, PAR. 3º, DA CF) – 1 – Consoante o magistério de Sálvio de Figueiredo Teixeira, “optou o legislador brasileiro pelo monitorio documental, que pressupõe ‘prova escrita’, com os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade, não se prestando a tal o chamado ‘começo de prova’”. Não estando os documentos carreados pelo autor revestidos da liquidez necessária, afigura-se inadequada a ação monitoria porque a despeito da incontrovérsia sobre o débito (an debeatur), sobre o quantum debeatur remanescem fundadas dúvidas. 2 – A cobrança dos juros não pode ultrapassar o limite constitucional dos 12% ao ano. A uma porque é indevida a delegação de poder do Congresso Nacional ao Conselho Monetário Nacional para regulamentar os juros (Desembargador João Mariosa) e a duas porque inexistente norma regulamentando a matéria.”¹⁹

Como se percebe, foram manifestados os mais diversos posicionamentos a respeito da auto-aplicabilidade do §3º do artigo 192 da Constituição.

Contudo, toda a controvérsia que se instaurou a respeito da eficácia do dispositivo, tornou-se inócua com o advento da Emenda Constitucional n.º 40, a qual editada em 29 de março de 2003, acabou por revogá-lo.

¹⁸ Paraná. Tribunal de Alçada do estado do Paraná. EI 105720902 – Ac. 690. 4º Grupo de Câmaras Cíveis. Rel. Juiz José Molteni Filho. 7 de agosto de 1998. *Repertório Juris Síntese Millennium, Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual*. Rio Grande do Sul, nº 22, Síntese Editora, 2000. CD Rom.

¹⁹ Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. AC 48.988/98 – 109.380. 1ª T. Rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira. 28 de outubro de 1998. *Repertório Juris Síntese Millennium, Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual*. Rio Grande do Sul, nº 22, Síntese Editora, 2000. CD Rom.

CONCLUSÃO

No presente trabalho monográfico procurou-se traçar um delineamento a respeito do conceito do que seriam as instituições financeiras, sua regulamentação, sua localização no Sistema Financeiro Nacional e sua importância perante o cenário econômico do país.

Para analisar a questão atinente aos juros no mútuo bancário, partiu-se de uma análise prévia das características dos contratos bancários em geral e da legislação à qual estariam submetidos.

Em razão desta compreensão, concluiu-se pela necessidade de um regramento específico destes instrumentos e ainda, pela característica autonomia do direito bancário.

Tratando mais especificamente da espécie contratual denominada mútuo bancário, abordou-se a sua ampla utilização nas relações negociais e sua grande relevância na circulação do crédito, fator este que se apresenta como primordial à dinâmica das relações de consumo.

Nesse quadro de relevância à circulação do crédito, procurou-se situar a prestação e a contraprestação das partes envolvidas no contrato de mútuo bancário, isto é, tratar da cobrança de juros sob os aspectos mais relevantes.

Assim, inicialmente se tratou do conceito de juros ante os conceitos histórico, econômico e jurídico, passando-se, na sequência, a se tratar da cobrança dos juros segundo a previsão do ordenamento jurídico infraconstitucional, em especial a Lei da Usura.

Na seara do direito constitucional, foi examinada com certa profundidade a auto-aplicabilidade do §3º do artigo 192 da Constituição Federal, trazendo-se à baila os diversos argumentos conflitantes existentes acerca do assunto e noticiando-se o fim da discussão

acerca do dispositivo pelo advento da Emenda Constitucional n.º 40, que acabou por revogá-lo.

À vista de tudo o que se expôs, pôde-se concluir pela ausência de um dispositivo específico que restrinja a cobrança de juros compensatórios nos contratos de mútuo bancário. Entretanto, em que pese a inexistência de previsão legal a este respeito, não se deve olvidar que essa prática encontra limites também para as instituições financeiras, as quais, além de se sujeitarem aos princípios constantes do Código de Defesa do Consumidor, têm sua autonomia de contratar restringida pelos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato.

Consoante este mesmo raciocínio, à presença de casos concretos, deixa-se registrada a necessidade de uma interpretação sistemática das normas existentes a respeito dos limites de juros compensatórios em contratos, levando-se em conta o custo do dinheiro emprestado e a impossibilidade de lucro excessivo para uma das partes em detrimento da outra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOLSON, Simone Helege. *Os juros nos contratos bancários e auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988*. Juris Síntese, n.º 18, 1999, p. 21
- BORCHARDT, Sérgio. *O limite dos juros no brasil após a constituição federal de 1988*. Direito Bancário, Campinas, a. 1, nov. 2002. Disponível <http://www.direitobancario.com.br/artigos/direitobancario/nov5_2.htm> Acesso em: 05 fev. 2003.
- BULGARELLI, Waldirio. *O direito do consumidor e os contratos financeiros*, São Paulo: Atlas, p. 139.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5.ed. totalmente refundida e aumentada – Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 575.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 13.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.148.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124.
- CÔRTEZ, Luciano Braga. *Código de Defesa do Consumidor: A Aplicação Restritiva do CDC aos Contratos Bancários* - RJ n. 241, nov, p. 17, 1997.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 3.ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1999, p. 47.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Correção monetária e juros no contrato bancário*. Curitiba: Juruá, 2002.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao curso de Direito Civil*, 13.ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.998, p. 269.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio Eletrônico*, Rio de Janeiro: Editores Carlos Augusto Lacerda e Paulo Geiger v. 14, 1994.

LUZ, Aramy Dorneles da. *Negócios jurídicos bancários: curso de direito bancário: o banco múltiplo e seus contratos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 14. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 542 p.

MATTOS E SILVA, Bruno. *Anatocismo legalizado: a medida provisória beneficia as já poderosas instituições financeiras*.

<http://www.direitobancario.com.br/artigos/direitobancario/nov5_2.htm> Acesso em: 16 fev. 2003.

MENDONÇA, J. X Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1939, p. 17.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de defesa do cliente bancário*. Campinas: LZN editora, 2002, p. 18.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Limite constitucional dos juros bancários: doutrina e jurisprudência*, 2.ed., Campinas: LZN Editora, 2002, p. 217.

Repertório Juris Síntese Millennium, *Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual*. Rio Grande do Sul, nº 22, Síntese Editora, 2000. CD Rom.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SANCHES, Sydney. *Revista de Direito Público*, ano VII, Editora RT, n.º 88, p. 147/150

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Juros: no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

SILVA, Antônio F. Álvares da Silva. *Juros : tabelamento pela lei da usura*. Disponível <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m11-007.htm> > Acesso em: 11 fevereiro 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, edição universitária, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 35/36.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, p. 219.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*, 3.ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1972, p. 210.

WALD, Arnoldo. *Lei de defesa do consumidor*, Cadernos IBCB n. 22, ano II, p. 61/62.

WALD, Arnoldo. *Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais*. Revista dos Tribunais. Ano 6. N. 22. Jan./Mar. de 1998. São Paulo: RT, p. 23.

WEDY, Gabriel. *O limite constitucional de juros*. Síntese: Porto Alegre, 1997, p. 67/71.