

Contratos Bancários: Polêmicas e Ilegalidades

Leonardo Araujo Marques

Promotor de Justiça Titular da Promotoria Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Empresarial e Tributário; Professor dos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV; Professor da Telejur e de outros cursos jurídicos.

INTRODUÇÃO: CONCEITO DE CONTRATOS BANCÁRIOS

Desde o pórtico advertimos: são muitas as polêmicas e as ilegalidades quando nos voltamos para o estudo dos contratos bancários. Mas antes de destacar os pontos que sob nossa ótica merecem especial atenção, é de todo oportuno esclarecermos sobre qual terreno iremos caminhar, pois, afinal, o que são contratos bancários?

A base da nossa resposta deve ser extraída do conceito hodiernamente aceito pela grande maioria dos doutrinadores para os contratos em geral. Assim, relembramos que desde Clóvis Beviláqua¹ contrato pode ser conceituado como o encontro de vontades de duas ou mais pessoas para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

A esta receita devemos acrescentar apenas dois novos ingredientes, um objetivo e outro subjetivo. O último é a presença de uma Instituição Financeira, que a partir de agora denominaremos apenas de Bancos. O outro ingrediente é a operação bancária, isto é, não basta para definição de contrato bancário a presença de um banco, havendo a necessidade de que ele esteja no desempenho de operação de índole creditícia, intermediando recursos monetários.

Dessa forma, definimos contrato bancário como o negócio jurídico bilateral, decorrente do encontro de vontades de duas ou mais pessoas, uma delas necessariamente instituição financeira, no desempenho de sua função bancária, que produz, resguarda, modifica ou extingue direitos e gera obrigações jurídicas de cunho patrimonial.

¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª Ed. Editora Francis Alves: Rio de Janeiro, 1929.

Como já salientado, a intenção de nossas breves considerações não tem a audácia de tratar de todos os assuntos relacionados aos contratos bancários. Aliás, sequer conseguiremos abordar de forma abrangente todos os aspectos polêmicos, muito menos identificar todas as ilegalidades que podem ser encontradas no meio bancário. Nossa missão é analisar apenas alguns dos pontos mais relevantes, seara que desperta cada vez mais o interesse dos operadores do direito.

1. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: TODO CLIENTE É CONSUMIDOR?

Há de se ressaltar que, do ponto de vista doutrinário, remanesce a discussão sobre a constitucionalidade da aplicação, em tese, do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, conforme preceitua o § 2º do seu artigo 3º.

Arnoldo Wald² capitaneou um renomado grupo de juristas, dentre eles Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Geraldo Camargo Vidigal e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, todos contratados pela FEBRABAN³, que elaborou preciosos pareceres jurídicos defendendo a inconstitucionalidade da aplicação do CDC às operações bancárias⁴. Os principais fundamentos foram: 1) dinheiro e crédito não podem ser considerados produtos ou serviços; 2) os clientes devedores não usam o dinheiro e o crédito como destinatários finais, pois esses recursos tendem a voltar ao mercado como instrumentos de pagamento; 3) o cliente investidor também não se enquadraria no conceito de consumidor, pois não está adquirindo produtos ou serviços; 4) a atividade bancária, segundo a Constituição Federal, está submetida apenas à normatização do Conselho Monetário Nacional.

Por outro lado, Newton de Lucca, Sergio Cavalieri Filho, Néelson Nery Jr, Cláudia Lima Marques e vários outros juristas prontamente se opuseram à inconstitucionalidade defendida pelos Bancos. Aliás, nessa linha foi a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar, por maioria, improcedente a ADI 2591⁵. O Superior Tribunal de Justiça também comunga desse entendimento, conforme se extrai do entendimento pacificado na Súmula 297⁶.

2 WALD, Arnaldo. *O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. **Revista dos Tribunais**. Volume 666, p. 7/17.

3 Federação Brasileira dos Bancos.

4 A FEBRABAN patrocinou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591.

5 Vencidos, em parte, os Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim.

6 STJ, Súmula 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

A principal justificativa é a inexistência de diferença entre os serviços bancários e os demais serviços em geral, ao menos para fins de incidência do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação não afasta o poder normativo do Conselho Monetário Nacional.

Mas se não existe dúvida na jurisprudência sobre a incidência, em tese, das normas consumeristas aos contratos bancários, semeamos outras: Aplica-se o CDC a todos os contratos bancários? Todos os clientes podem ser considerados consumidores?

Se não há dúvida sobre a aplicação do CDC quando o cliente não é empresário, o contrário desperta grandes discussões. Quando um empresário individual ou uma sociedade empresária contrata um mútuo ou celebra um depósito bancário, estas operações estão submetidas às normas do CDC?

O objetivo da legislação especial é proteger o vulnerável na relação de consumo, especialmente em razão das inúmeras ilegalidades constatadas com a proliferação dos contratos de massa, em que a vontade do mais fraco não é levada em consideração no momento da formação do contrato. O artigo 2º do CDC dispõe que consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza bens ou serviços como destinatário final. Esse conceito, infelizmente, há muito se mostra incapaz de identificar o público alvo do CDC⁷.

Basta imaginar, por exemplo, um contrato de depósito bancário celebrado com uma grande construtora ou, ainda, um contrato de leasing financeiro de um caminhão com um microempresário do ramo de transporte.

Na primeira hipótese temos a grande construtora como destinatária final de um serviço bancário, mas não nos parece coerente a aplicação do CDC a esta relação. Por outro lado, na segunda hipótese, o microempresário não é o destinatário final econômico, mas se apresenta extremamente vulnerável diante do banco.

Caminha para pacificação o entendimento de que não se aplica o CDC aos contratos bancários em que as pessoas jurídicas buscam capital de giro para sua atividade. Nesse sentido destacamos:

Nesta vertente, é de se destacar que o contrato celebrado entre as partes se destina a capitalizar a empresa autora. E

7 A doutrina ainda discute qual a melhor teoria para conceituar consumidor: a subjetiva ou finalista, restringindo o conceito de consumidor para o destinatário final econômico do produto ou do serviço; ou a objetiva ou maximalista, que flexibiliza e amplia o conceito de consumidor com base na vulnerabilidade.

quando o produto do contrato bancário se destina a capital de giro, não se pode qualificar a pessoa jurídica mutuária como destinatária final do produto, de modo que as normas consumeristas não incidem na relação contratual em exame, por insuficiência do respectivo suporte fático. Essa orientação tem sido adotada pelo STJ⁸.

Agravo regimental no agravo de instrumento. Contrato de mútuo bancário. **Crédito destinado ao capital de giro da empresa**. Conceito de destinatário final afastado. Relação de consumo inexistente. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes desta corte. Incidência da Súmula 83 do STJ. Agravo regimental improvido⁹.

Ainda em clima de restrição, o Superior Tribunal de Justiça já sinalizou que a aplicação do CDC às sociedades empresárias só deve ocorrer de forma excepcional. Vejamos:

Direito civil. Consumidor. Agravo no Recurso Especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação. - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de **somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto**; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. Negado provimento ao agravo¹⁰.

Nota-se, portanto, que não basta ser destinatário final para a pessoa jurídica empresária se beneficiar das regras do Código de Defesa do Consumidor. Além dessa condição, o elemento vulnerabilidade é de vital importância para a caracterização da relação de consumo.

A vulnerabilidade hoje é tão importante para o Superior Tribunal de Justiça, que em alguns casos decidiu-se pela aplicação do CDC mesmo quando o empresário, na hipótese, não era destinatário final. No julgamento do REsp. 716.877/SP pela 3ª Turma, o Ministro Ary Pargendler

8 TJ/ES, Apelação Cível 011.03.079935-4. Segunda Câmara Cível.

9 STJ, AgRg no Ag 900.563/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 03/05/2010.

10 STJ, AgRg no REsp 687.239/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06.04.2006, DJ 02.05.2006 p. 307.

destacou a controvérsia e se posicionou pela ampliação do conceito de consumidor nos seguintes termos:

No estado atual do nosso ordenamento, a pessoa jurídica está incluída no conceito de consumidor por expressa disposição de lei (CDC, art. 2º, caput).

A dificuldade da definição legal é a de que a qualidade de consumidor está vinculada à condição do adquirente do produto, a de destinatário final.

A noção de destinatário final não é unívoca. Pode ser entendida como o uso que se dê ao produto adquirido. Sob esse viés, seria consumidora a pessoa jurídica que utilizasse o produto para fins não econômicos. Isso poderia reduzir a proteção legal do consumidor a pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa. A doutrina e a jurisprudência, por isso, vêm ampliando a compreensão da expressão 'destinatário final' para aqueles que enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade.

Nessa linha, uma pessoa jurídica de vulto que explore a prestação de serviços de transporte tem condições de reger seus negócios com os fornecedores de caminhões pelas regras do Código Civil. Já o pequeno caminhoneiro, que dirige o único caminhão para prestar serviços que lhe possibilitarão sua manutenção e a da família deve ter uma proteção especial, aquela proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor. A propósito, José Geraldo Brito Filomeno extrai da doutrina estrangeira um exemplo muito apropriado à espécie *sub judice*:

'... o homem que dispõe de um caminhão apenas para conduzir seu negócio é um consumidor com relação ao grande fabricante do caminhão com relação ao qual dificilmente se poderia dizer que tivesse igual poder de barganha' (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª edição, Forense Universitária, pág. 33)''

Nessa esteira, mesmo quando uma pessoa física ou jurídica não seja propriamente destinatária final do produto ou do serviço, evidenciada sua vulnerabilidade perante o fornecedor, pode-se aplicar o CDC.

Foi exatamente o que aconteceu no julgamento do REsp. 1080719/MG, também da Terceira Turma, desta feita tendo como relatora a Min. Nancy Andrighi. O Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão do Tribunal Mineiro e determinou a aplicação do CDC numa relação em que um pequeno empresário do ramo de transportes litigava com a Volkswagen. Vejamos a ementa:

Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório. - Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. - Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica. - Nesta hipótese está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido.

Analisando uma relação de financiamento bancário de atividade agrícola através de cédula de crédito rural, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça também determinou a aplicação do CDC, destacando que a vulnerabilidade é o elemento essencial para a caracterização da relação de consumo. Eis a síntese da decisão:

Sustentou, entre outras questões, que o CDC não se aplica às operações de financiamento agrícola, pois o crédito rural tem normas próprias, destacando que, nessa forma de empréstimo, o mutuante não utiliza o dinheiro como destinatário final. Para a Min. Relatora, em relação à possibilidade de ser aplicado o CDC às operações de financiamento agrícola, bem como quanto à validade da comissão de permanência, a jurisprudência do STJ já consolidada na Segunda Seção é no sentido contrário à pretensão da recorrente, isto é, aplica-se o CDC aos contratos firmados entre instituição financeira e o agricultor, pessoa física, ainda que para viabilizar seu traba-

lho como produtor rural. Diante disso, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados: AgRg no REsp 677.851-PR, DJe 11/5/2009; AgRg nos EDcl no REsp 866.389-DF, DJe 1º/7/2008; AgRg no REsp 794.526-MA, DJ 24/4/2006; REsp 435.249-MS, DJ 7/10/2002, e REsp 299.435-MT, DJ 13/12/2004¹¹.

Por todo o exposto, podemos facilmente chegar à conclusão de que nem todos os contratos bancários estarão sujeitos ao CDC, especialmente se, no caso concreto, o cliente for um empresário ou sociedade empresária que não se revelar com a vulnerabilidade própria dos consumidores.

2. OS JUROS REMUNERATÓRIOS E O ANATOCISMO. PODEM OS BANCOS COBRAR JUROS SOBRE JUROS?

Para os fins deste trabalho, podemos considerar juros remuneratórios como a taxa fixada em retribuição ao empréstimo de determinada soma em dinheiro. Em linguagem mais simples, seria o “aluguel” cobrado pelo uso do dinheiro. Sua incidência pode ocorrer de forma simples ou composta.

Juros simples são quando a taxa fixada só incide sobre o capital emprestado (valor principal da dívida), com ou sem correção monetária¹². Assim, num contrato em que a taxa de juros é de 2% ao mês, ao final de um ano, o devedor pagará 24% (12 x 2). Já nos juros compostos, alcunhado de anatocismo, a taxa fixada incide não apenas sobre o capital inicial emprestado, como também sobre os juros acumulados até aquele período. Logo, 2% ao mês se transformam em 26,82% ao ano.

Essa prática aumenta consideravelmente a dívida, especialmente as de longo prazo. No Código Civil de 1916 a questão estava tratada no artigo 1262, que autorizava a capitalização desde que expressamente pactuada. Entretanto, a partir do Decreto 22.626/33, conhecido como Lei de Usura, proibiu-se a capitalização em período inferior a um ano. Eis o dispositivo legal:

Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

11 STJ, REsp 1127805/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 19/10/2009.

12 É possível a incidência de correção monetária durante o contrato, desde que pactuada.

Calcado nesse dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal se apressou em editar a Súmula 121, em sessão plenária de 13/09/1963, vedando a capitalização de juros, ainda que expressamente pactuada, num claro recado às instituições financeiras.

Apesar da expressa proibição, os Bancos nunca deixaram de cobrar juros capitalizados, mas foi a partir de 31/10/2001 que a questão ganhou novos contornos. Depois de reeditar dezenas de vezes a Medida Provisória 1782, que tratava apenas de normas sobre a administração de créditos do Tesouro Nacional, o Presidente da República aproveitou para reeditá-la¹³ com o seguinte acréscimo:

Art. 5º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano¹⁴.

Sem demora, diversos juristas se insurgiram contra tal medida provisória, que foi atacada pela ADI 2316 em 20/09/2000¹⁵. Os principais fundamentos para alegação de inconstitucionalidade foram:

I - Violação do caput do artigo 62 da Constituição Federal, haja vista que a questão já se encontrava sumulada pelo Supremo Tribunal Federal há quase 40 anos, ou seja, não havia o requisito da urgência para permitir a regulamentação do tema por medida provisória;

II - Violação do atual artigo 62, § 1º, inciso II c/c 192, ambos da Constituição Federal, uma vez que as normas gerais relativas ao Sistema Financeiro Nacional só podem ser tratadas por Lei Complementar e, portanto, seria incabível a medida provisória.

III - Violação aos artigos 5º e 7º da Lei Complementar 95/98, pois a MP 1963 tratava de matéria completamente estranha ao Sistema Financeiro Nacional, pois regulamentava a administração de créditos do Tesouro Nacional.

Antes de analisarmos o posicionamento dos Ministros da nossa Suprema Corte, convém conhecermos um pouco a jurisprudência dos

¹³ Na ocasião ela recebeu o número 2170-36/01.

¹⁴ Essa medida provisória foi reeditada com o novo texto diversas vezes, até que ganhou força de lei por força do artigo 2º da Emenda Constitucional 32, de 12 de setembro de 2001.

¹⁵ Proposta pelo Partido da República.

demais Tribunais. Com lastro nos mesmos fundamentos invocados na ação direta de inconstitucionalidade supramencionada, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento das Arguições de Inconstitucionalidade 2003.017.00010, 2004.017.00004 e 2004.017.00005, pela unanimidade de votos, declarou inconstitucional o artigo 5º da MP 2170-36¹⁶. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal trilhou o mesmo caminho, conforme decisão igualmente unânime do seu Conselho Especial¹⁷.

Poderíamos aqui reproduzir outras decisões no mesmo sentido, pois praticamente todos os Tribunais Estaduais¹⁸ e Federais¹⁹ espalhados Brasil reconheceram a inconstitucionalidade do artigo 5º da MP 2170-36 e proibiram a cobrança de juros compostos em período inferior a um ano.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, contrariando esse movimento, tem repudiado a tese de inconstitucionalidade e vem permitindo a cobrança de juros capitalizados em qualquer periodicidade, desde que pactuada, conforme se verifica nos seguintes precedentes:

Bancário. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Contrato que não prevê o percentual de juros remuneratórios a ser observado. I - julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade. Orientação - juros remuneratórios. (...). - Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Ônus sucumbenciais redistribuídos²⁰.

Contrato bancário. Ação revisional. Arrendamento mercantil. Recurso especial. Tempestividade. Violação do art. 535 do CPC.

16 Por todas: TJRJ, Arguição de Inconstitucionalidade 2004.017.00005. Órgão Especial. Relator Desembargador J. C. Murta Ribeiro. Julgado em 16/08/2004.

17 TJDF, Arguição de Inconstitucionalidade 2006.00.2.001774-7. Conselho Especial. Relator Desembargador Lécio Resende. Julgado em 04/07/2006.

18 TJSP, Apelação Cível 991.09.074075; TJPR, Apelação Cível 0642429-7; TJRS, Apelação Cível 70035156645.

19 TRF4, Inc.Arg. Inconst. AC nº 2001.71.00.004856-0/RS. Corte Especial. julgado em 02/08/2004; DJU em 08/09/2004; publicado na Revista do TRF da 4ª Região, Porto Alegre, a. 16, nº 55, p. 475-485.

20 STJ, REsp 1112879/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 19/05/2010.

*Não ocorrência. Disposições analisadas de ofício. Impossibilidade. Juros remuneratórios. Limitação afastada. Capitalização mensal de juros. Pactuação expressa. Descaracterização da mora. Pressuposto não evidenciado. Juros moratórios. Multa contratual. Licitude da cobrança. Repetição do indébito e compensação. Possibilidade. (...). 5. Nos contratos bancários firmados posteriormente à entrada em vigor da MP n. 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o n. 2.170-36/2001, é lícita a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente prevista no ajuste. (...)*²¹.

Nada obstante o panorama aparentemente pacífico sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luis Felipe Salomão, no dia 05/10/2009, nos autos do REsp. 1.003.530/RS, resolveu adotar o sistema de recursos repetitivos, facultando a manifestação do Banco Central do Brasil, da Federação Brasileira dos Bancos e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

É importante assinalar que o Ministro em questão integrou honrosamente os quadros da Magistratura Fluminense que, por seu Órgão Máximo e por três vezes consecutivas, como acima alinhavado, declarou a inconstitucionalidade da MP 2170-36. Não bastasse isso, quando de sua atuação como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, além de relatar nesse sentido diversos acórdãos, ainda determinou a devolução em dobro das quantias recebidas indevidamente, o que para nós é incabível²². Confira-se:

Apelação cível. Ação visando a revisão de contrato cumulada com pedido de repetição de indébito. A aplicação de juros de mercado é admissível, eis que se trata de instituição financeira (enunciado 283, STJ). Contudo, permanece inaceitável a prática de capitalização de juros. O artigo 5º da medida provisória 2170-36 (reedição da MP 1963-7) teve sua inconstitucionalidade reconhecida em mais de duas sessões do Órgão Especial dessa colenda Corte e, desse modo, nos termos do artigo 104 do RITJRJ, não deve ser aplicado. Laudo pericial que

21 STJ, AgRg no Ag 1028568/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/05/2010.

22 Presunção de constitucionalidade das leis e medidas provisórias.

*comprova o anatocismo. A repetição do indébito (R\$134,08) deve observar o que dispõe o artigo 42, parágrafo único do CDC. Provimento parcial do recurso, apenas para determinar a restituição em dobro, com os acréscimos legais*²³.

Diversas entidades representativas dos interesses dos consumidores e dos bancos já se manifestaram formalmente nos autos, como também o Banco Central, a Defensoria Pública e o Ministério Público, estando o processo na iminência de ser apreciado, ocasião em que aguardamos uma posição definitiva do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Nada obstante, a palavra final é do Supremo Tribunal Federal, que ainda não terminou o julgamento da ADI 2316. Até agora votaram seis ministros, dos quais quatro se posicionaram pela inconstitucionalidade do artigo 5º da MP 2170-36²⁴.

Apesar da grande expectativa em torno do julgamento da ADI 2316 e da tendência favorável aos interesses dos consumidores, não podemos olvidar a possibilidade do Supremo Tribunal Federal dar efeito apenas *ex nunc* para eventual declaração de inconstitucionalidade, em face do impacto econômico da decisão, que poderia até desestabilizar o sistema bancário.

Assim, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em leis muito anteriores à própria Constituição Federal de 1988, como ocorre com as cédulas e notas de crédito rural, industrial e comercial²⁵, somos radicalmente contrários à cobrança de juros sobre juros em período inferior a um ano, com fulcro no que dispõe o artigo 4º do Decreto 22.626/33, ratificado pelo artigo 581 do Código Civil de 2002. Lembramos, ainda, que a Lei 4.595/64, denominada de Lei de Reforma Bancária, nunca permitiu o anatocismo de forma diversa da prevista na legislação comum.

3. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. O QUE É, DO QUE É COMPOSTA E QUANDO PODE SER COBRADA?

A comissão de permanência é, talvez, o maior dos mistérios que cercam os contratos bancários e, para desvendá-lo, faremos uma viagem no

23 TJRJ, Apelação Cível 0068228-20.2003.8.19.0001 (2006.001.17382). DES. LUIS FELIPE SALOMAO - Julgamento: 07/03/2007 - SEXTA CAMARA CIVEL. Nesse sentido existem mais de duas dezenas de acórdãos e decisões monocráticas, sendo que a última (19/12/2007 – Apelação Cível 0090624-54.2004.8.19.0001 (2007.001.59182) foi prolatada pouco antes da sua posse como Ministro do Superior Tribunal de Justiça (17/06/2008).

24 Pela inconstitucionalidade: Sydney Sanches, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Pela constitucionalidade votaram: Cármen Lúcia e Menezes de Direito. Faltam votar: Joaquim Barbosa, Celso De Mello, Ellen Gracie e Cezar Peluso (ou Ricardo Lewandowski).

25 STJ, REsp 1149593/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 26/08/2010.

tempo, mas não sem antes ressaltar que, na quase totalidade dos contratos celebrados no sistema financeiro nacional, há previsão de sua cobrança.

A Comissão de permanência foi reconhecida pelo BACEN através do inciso XIV da Resolução 15, de 28 de janeiro de 1966, após reunião do Conselho Monetário Nacional²⁶. Inicialmente, ela só incidia nas operações de desconto de títulos e de cobrança simples ou caucionada, quando o sacado liquidasse tardiamente a dívida. Vejamos o teor da Resolução:

O BANCO CENTRAL DA REPÚBLICA DO BRASIL, na forma da deliberação do Conselho Monetário Nacional, em sessão de 26.1.1966, de acordo com o disposto nos arts. 4º, incisos VI, IX e XII, e 9º, da Lei nº 4.595, de 31.12.64, e Decreto-lei nº 1, de 13.11.65, RESOLVE:

[...] XIV - Aos títulos descontados ou caucionados e aos em cobrança simples liquidados após o vencimento é permitido aos bancos cobrar do sacado, ou de quem o substituir, “comissão de permanência”, calculada sobre os dias de atraso e nas mesmas bases proporcionais de juros e comissões cobrados ao cedente na operação primitiva²⁷.

Vamos exemplificar. Indústria X, pretendendo contrair um empréstimo com o Banco Y, celebra com este um contrato de desconto bancário, tendo como objeto uma duplicata que sacou contra a distribuidora Z, no valor de R\$ 100.000,00 e com vencimento previsto para 90 dias. No contrato bancário de origem, o de desconto, consta uma taxa de juros de 2% ao mês, além de outras comissões. Caso a Distribuidora Z não pague o título no vencimento, lembrando que para tanto ela irá receber um boleto bancário, o Banco Y cobrava dela a chamada Comissão de permanência, “nas mesmas bases proporcionais de juros e comissões cobrados ao cedente (Indústria X) na operação primitiva (contrato de desconto)”.

Assim, aquela taxa de 2% ao mês e as demais comissões eram repassadas ao sacado da duplicata por meio da Comissão de permanência, por conta de sua inadimplência²⁸. Esse era, na origem, o campo de incidência da comissão de permanência, pelo menos até 15 de maio de 1986,

²⁶ O Poder Normativo do Conselho Monetário Nacional está previsto no artigo 4º da Lei de Reforma Bancária (Lei 4.595/64).

²⁷ Esse texto sofreu pequenas alterações quando o BACEN expediu a Circular 82, em 15 de março de 1967.

²⁸ Tal regulamentação, já à época, era questionável, por ofender o princípio da relatividade dos contratos, na medida em que impunha ao sacado da duplicata, juros e outras comissões negociados pelo cedente com o banco.

quando entrou em vigor a Resolução 1.129 do Conselho Monetário Nacional, que ampliou perigosamente o campo de incidência da Comissão de permanência, autorizando sua cobrança em qualquer contrato bancário. Vejamos:

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9, da Lei n. 4.595, de 31.12.64, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada nesta data, tendo em vista o disposto no art. 4, incisos VI e IX, da referida Lei, RESOLVEU:

I – Facultar aos bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, caixas econômicas, cooperativas de crédito, sociedades de crédito, financiamento e investimento e sociedades de arrendamento mercantil cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, “comissão de permanência”, que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia o pagamento.

II – Além dos encargos previstos no item anterior, não será permitida a cobrança de quaisquer outras quantias compensatórias pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos.

Seguindo a nova regulamentação do Conselho Monetário Nacional e o posicionamento dos Bancos, podemos conceituar Comissão de permanência como um encargo diário cobrado pela instituição financeira na hipótese de liquidação da dívida após o seu vencimento, calculado segundo as taxas originalmente pactuadas para o período de normalidade contratual ou segundo a taxa de mercado do dia do pagamento, sem prejuízo dos juros de mora, mas vedando-se sua cumulação com qualquer outra taxa remuneratória. Seu objetivo seria desestimular o prolongamento unilateral da obrigação e remunerar o capital.

Ultrapassada a barreira conceitual, passemos a outra etapa, a da natureza jurídica. Ela é antiinflacionária, remuneratória ou moratória?

Arnaldo Rizzardo foi um dos que defendeu a natureza anti-inflacionária da comissão de permanência, salientando que um dos seus objetivos seria a atualização do valor da dívida²⁹. O Superior Tribunal de Justiça

29 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 339.

encampou essa tese ao aprovar a Súmula 30, que até hoje proíbe a cumulação da Comissão de permanência com a correção monetária.

Luiz Antônio Scavone Junior, por sua vez, forte na redação da Resolução 1.129 do CMN, defende o caráter compensatório da Comissão de permanência, argumentando que seu escopo sempre foi remunerar o capital, mesmo no período de inadimplência³⁰, razão pela qual sempre foi inacumulável com os juros remuneratórios.

Nesse diapasão, o mesmo Superior Tribunal de Justiça também proibiu a cumulação da Comissão de permanência com qualquer modalidade de juros compensatórios, conforme súmula 296³¹, sem afastar aquela natureza antiinflacionária reconhecida na súmula 30.

Por derradeiro, sobretudo a partir do julgamento do REsp. 706.368/RS, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a natureza tríplice da comissão de permanência, pois vedou a sua cumulação com os juros moratórios, na medida em que visualizou, no seu bojo, parcelas inegavelmente moratórias. Esse ponto é um dos mais polêmicos, pois se os Bancos realmente buscassem apenas o objetivo inicial da Comissão de permanência, não haveria qualquer ilegalidade na sua cumulação com os juros moratórios ou com a correção monetária. Essa, entretanto, não é a realidade, conforme ficará bem claro nas linhas que se seguem.

Na tentativa de desvendar o mistério que se tornou a comissão de permanência, a Ministra Nancy Andrighi deu início a um verdadeiro processo investigativo nos autos do REsp. 1.061.530/RS, julgado pelo sistema de recursos repetitivos, intimando a Federação Brasileira dos Bancos, o Banco Central do Brasil e diversas entidades representativas dos interesses dos consumidores.

Ao ser indagado sobre como se calcula a taxa referente à comissão de permanência, o BACEN afirmou que:

(...). Não é possível saber com antecedência os encargos que a instituição financeira deverá arcar para reequilibrar sua situação líquida após o atraso no pagamento, ante a existência de inúmeras variáveis (como a disponibilidade de crédito no mercado, os custos operacionais de cada insti-

30 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Juros no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 321-2.

31 STJ, Súmula 296 - Os juros remuneratórios, **não cumuláveis** com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, **limitada ao percentual contratado**.

tuição financeira, sua situação patrimonial, etc.), razão pela qual a permanência no inadimplemento gera diferentes encargos em cada contrato, a depender de suas especificidades e do momento em que o atraso no pagamento ocorre (...).

A FEBRABAN, por seu turno, apesar de defender a cumulação da comissão de permanência com os juros moratórios, acabou reforçando a tese contrária, pois, ao repassar ao Superior Tribunal de Justiça, as respostas dos maiores bancos brasileiros sobre sua composição, por fim teve que reconhecer:

(...) Em outras palavras, é impossível apontar critérios uniformes de cálculo da comissão de permanência para todas as instituições, dado que esse cálculo se baseia em diferentes peculiaridades (...).

Mas que peculiaridades são essas? Os clientes são informados previamente?

Em resumo, cada banco calcula a comissão de permanência de uma forma completamente diferente, instável e não revelada ao cliente³², uma vez que frequentemente alteram a “fórmula” de cálculo.

Para se ter uma pequena noção, nesse mesmo Recurso Especial, a Ministra constatou que, num determinado período, o Banco “A” cobrou de comissão de permanência uma taxa mensal entre 4,70% e 6,30%, o Banco “B” entre 6,5% e 20%, o Banco “C” uma média de 12% e o Banco “D” 15% (0,5% ao dia).

Ressalte-se que nenhum dos bancos consultados conseguiu explicar com clareza como chegaram a esses percentuais, obrigando o Tribunal a declarar que tal prática viola uma série de princípios e direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, dentre eles a transparência, a boa-fé e a informação plena. Em alguns casos, até mesmo as despesas médias com advogados contratados para as cobranças judiciais são levadas em conta na “fórmula” para se chegar à taxa da comissão de permanência. Em determinados bancos elas variam conforme o contrato, enquanto noutros, ela é fixa.

Por tais razões, é até possível a cobrança de comissão de permanência para o período de inadimplência, mas desde que não esteja

32 Os Bancos pediram que a Ministra mantivesse em absoluto sigilo as informações prestadas.

cumulada com correção monetária ou quaisquer outras parcelas remuneratórias ou moratórias e, ainda, não configure cláusula potestativa, ou seja, seu percentual não ultrapasse a taxa prevista no contrato³³. Nesse sentido:

Segundo o entendimento pacificado na e. 2ª Seção (AgR-REsp n. 706.368/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, julgado em 27.04.2005), a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios, que acaso previstos para a situação de inadimplência, criam incompatibilidade para o deferimento desta parcela³⁴.

É importante lembrar que a cláusula que prevê a cobrança da comissão de permanência não pode deixar ao livre arbítrio do Banco a imposição da taxa, sendo comum e ilegal³⁵ encontrar em contratos bancários cláusulas prevendo a incidência da taxa média cobrada pelo Banco na data do inadimplemento. Para que a taxa flutuante não seja considerada potestativa ou excessivamente onerosa, a jurisprudência só a admite se for considerada a média do mercado apurada pelo BACEN, limitada à taxa prevista no contrato.

Por derradeiro, resta uma última questão. Caso estejam previstas todas essas parcelas em cumulação com a comissão de permanência, qual delas deve ser extirpada?

No Superior Tribunal de Justiça é majoritária a tese de que *prevista a cobrança da comissão de permanência cumulada com outro encargo, este deve ser afastado, mantendo-se somente aquela*³⁶. Entretanto, ainda encontramos algumas decisões afastando a comissão de permanência quando previsto outro tipo de encargo³⁷.

Temos opinião sensivelmente diferente. Defendemos que somente diante do caso concreto é que podemos afirmar com exatidão qual

33 STJ, Súmula 294 - Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

34 STJ, AgRg no REsp 750968 / PR. Min. Relatora Nancy Andrighi. QUARTA TURMA – Julg. 04/08/2005.

35 CDC, artigo 51, incisos IV e X.

36 Nesse sentido: AgRg no REsp 1.020.737/RS; AgRg no REsp 1.057.319/MS; AgRg no Ag 961.275/SP; AgRg no REsp 1.056.827/RS; EDcl no AgRg no REsp 1.014.434/MS; AgRg no REsp 1.016.657/RS.

37 Nesse sentido: AgRg no REsp 990.830/RS; AgRg no REsp 920.180/RS.

caminho deve ser trilhado, pois diante de cláusulas contraditórias, em contratos de adesão como o bancário, deve-se sempre aplicar a que melhor atende aos interesses do aderente/consumidor³⁸. Assim, há de prevalecer aquela que representa o menor custo para o cliente.

4. MÚTUO BANCÁRIO. É POSSÍVEL A COBRANÇA DE TARIFA POR LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA?

As regras gerais do contrato de mútuo estão nos artigos 586/592 do Código Civil. A espécie *“utilizada pelas Instituições financeiras é aquela em que há incidência de juros previamente estipulados, que poderão variar conforme a oscilação do mercado, denominado mútuo feneratício^{39”}*.

Classifica-se esta espécie contratual por sua unilateralidade, na medida em que cria para o mutuário a obrigação de restituir o bem fungível (dinheiro) que lhe foi entregue pelo mutuante, no prazo ajustado e com os acréscimos contratados, em geral juros e correção monetária.

Na condição de uma das principais operações ativas desenvolvidas pelas instituições financeiras, o contrato de mútuo caracteriza-se também por ser real⁴⁰, na medida em que o seu aperfeiçoamento ocorrerá apenas com a entrega do dinheiro ao mutuário.

No tocante à possibilidade de liquidação antecipada do contrato, hipótese em que o mutuário restitui, total ou parcialmente, ao mutuante, o valor da dívida antes do termo ajustado, duas correntes se formaram. Alguns juristas de renome defendem a impossibilidade⁴¹, pois é justamente através do prazo fixado e dos respectivos juros é que o mutuante auferirá o lucro decorrente desta operação. Outros, porém, sustentam a possibilidade, em especial quando se tratar de uma relação de consumo, com fulcro no § 2º do artigo 52 do CDC⁴². A jurisprudência, por seu turno, de forma amplamente majoritária, assegura aos consumidores não apenas o direito de pagar antecipadamente suas dívidas, como também o

38 CC, artigo 423; e CDC, artigo 47.

39 SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm, ob. cit., p. 113.

40 ABRÃO, Nelson, ob. cit. P. 72.

41 *“Não pode o mutuário, a seu turno, compelir o mutuante a receber as coisas, objeto do mútuo, antes do dia apurado.”* (PEREIRA, Caio Mário da Silva, em *“Instituições de Direito Civil, v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed;”* “ (...) Assim, não se admite a antecipação do prazo unilateralmente pelo prestatário. Este só poderá devolver o dinheiro antes do término do contrato se pagar os juros e comissões correspondentes ao prazo convencionado”. (COVELLO, Sérgio Carlos, Ob. cit., p. 160/161).

42 Art. 52, § 2º, CPDC: *“É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos”*.

natural abatimento proporcional dos juros. Vejamos um precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

*Direito do Consumidor. Antecipação de tutela. Pagamento antecipado do mútuo contratado. Recusa do banco em receber a quantia. Cobrança de valores não contratados. Presença da verossimilhança das alegações e do perigo na demora. Reversibilidade da medida patente, eis que a instituição financeira, caso a demanda seja julgada improcedente, poderá cobrar os créditos faltantes. Recurso provido. Agravo de Instrumento 0036321-20.2009.8.19.0000 (2009.002.32891). Julgado em 21/01/2010. 11ª Câmara Cível. **Nesse sentido, do mesmo Tribunal: ApCiv. 2006.001.46740 e 2006.001.01244.***

Diante da firmeza da jurisprudência, os bancos passaram a admitir a liquidação antecipada, mas instituíram a cobrança de uma taxa para o exercício desse direito, denominada de TLA – taxa de liquidação antecipada. Defendemos, com arrimo em alguns precedentes jurisprudenciais, que a cláusula que prevê tal comissão deve ser considerada nula de pleno direito, por violação ao artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor e ao artigo 1º da Resolução 3516 do CMN, que entrou em vigor em 06 de dezembro de 2007, nos seguintes termos:

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão extraordinária realizada em 6 de dezembro de 2007 (...), resolveu:

Art. 1º *Fica vedada às instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil a cobrança de tarifa em decorrência de liquidação antecipada nos contratos de concessão de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, firmados a partir da data da entrada em vigor desta resolução com pessoas físicas e com microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.*

Art. 2º *O valor presente dos pagamentos previstos para fins de amortização ou de liquidação antecipada das operações de que trata o art. 1º contratadas a taxas prefixadas deve ser calculado:*

I - no caso de contratos com prazo a decorrer de até 12 meses, com a utilização da taxa de juros pactuada no contrato;

II - no caso de contratos com prazo a decorrer superior a 12 meses:

a) com a utilização de taxa equivalente à soma do spread na data da contratação original com a taxa Selic apurada na data do pedido de amortização ou de liquidação antecipada;

b) com a utilização da taxa de juros pactuada no contrato se a solicitação de amortização ou de liquidação antecipada ocorrer no prazo de até sete dias da celebração do contrato.

§ 1º A taxa de desconto aplicável para fins de amortização ou liquidação antecipada, observado o disposto nos incisos I e II deste artigo, deve constar de cláusula contratual específica.

§ 2º O spread mencionado neste artigo deve corresponder à diferença entre a taxa de juros pactuada no contrato e a taxa Selic apurada na data da contratação.

Sustentamos a total ilegalidade da alínea “a” do inciso II supra, na medida em que contraria o artigo 52 do CDC, pois resolução do CMN, sendo uma norma inferior à lei, não poderia criar um ônus para que o consumidor exercesse o seu direito potestativo de liquidação antecipada da dívida. Como se sabe, os atos normativos inferiores às leis não podem contrariá-las.

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul colacionamos o seguinte precedente para ser utilizado como paradigma:

EMENTA: CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO DÉBITO. ART. 52, § 2º, DO CDC. DIREITO À REDUÇÃO PROPORCIONAL DOS JUROS E DEMAIS ACRÉSCIMOS. NULIDADE DE SENTENÇA AFASTADA. 1. A preliminar de nulidade da sentença por fundamentação deficiente resta afastada, pois a decisão atacada indicou, de forma clara e suficiente, os motivos que embasaram a decisão de parcial procedência do pedido. 2. Comprovando a autora que efetuou o pagamento antecipado do financiamento de seu veículo (vinte meses antes do término do contrato), possuía o direito de serem descontados proporcionalmente os juros remuneratórios cobrados e os demais acréscimos

do contrato (art. 52, § 2º da Lei 8.078/90). 3. Não tendo a ré conferido o desconto na forma estabelecida na legislação consumerista, ou seja, de forma proporcional à quitação do contrato, necessário se faz a complementação de tal benesse. 4. A esse respeito, há que se reduzir o montante estipulado em sentença, pois tendo em vista que a autora antecipou em 20 meses o pagamento das parcelas correspondentes a tal período, de um total de 36, o que corresponderia a 55% do período do financiamento contratado, necessário se faz que lhe seja concedido um abatimento de R\$ R\$1.085,26, pois corresponde a 55% de desconto sobre os juros das prestações antecipadas, o que se mostra equânime, e não aquele indicado na decisão de primeiro grau, pois fixado em percentual muito superior. 5. Todavia, já tendo sido restituído à demandante o valor de R\$ 563,64, há de se compensar tal valor do montante devido (R\$ 1.085,26), restando saldo à autora no valor de R\$ 521,62. Recurso parcialmente provido⁴³.

5. JUROS REMUNERATÓRIOS. PODEM OS TRIBUNAIS INTERFERIR NAS TAXAS CONTRATADAS?

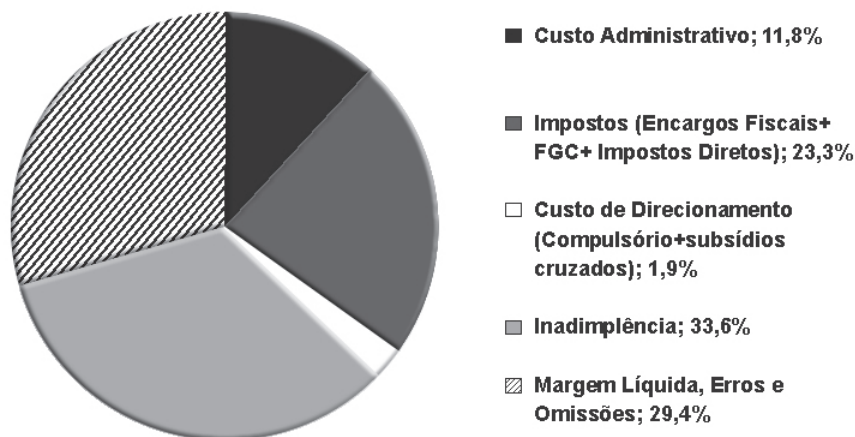
O último tema, sem dúvida, é palco para intermináveis debates jurídicos e econômicos. De um lado, militam aqueles que, alarmados com os altos juros cobrados pelos bancos no Brasil, clamam pela intervenção do Poder Judiciário. De outro, os bancos, sustentando que somente a “lei do mercado” estaria apta a conter a elevação dos juros, alertando que a intervenção estatal traria como consequência a indesejável instabilidade das relações jurídicas.

O *spread* bancário sempre foi motivo de reclamação dos consumidores e dos empresários em geral, pois sempre estão bem acima dos índices que medem a inflação. A FEBRABAN se defende, alegando que o *spread* bancário é composto por diferentes fatores, como custos administrativos, de inadimplência, de compulsório e de tributação. Tomando por base os números do ano de 2008, o BACEN apresentou os seguintes dados sobre a decomposição do *spread* bancário⁴⁴:

43 TJ/RS, Recurso Cível Nº 71001646850, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 03/07/2008

44 Os dados foram obtidos do estudo realizado a pedido da FEBRABAN e apresentado em julho de 2010, tendo como responsável o economista Rubens Sadenberg. O trabalho, intitulado de “*Spread Bancário no Brasil – Tendências de Longo Prazo, questões metodológicas e evolução recente*”, que traz também alguns números do ano de 2010, por

Spread Bancário 2008 - Proporção (%)



Mesmo que tomemos com verdadeiros esses números, desconhecemos qualquer atividade lícita que permita **ganhos líquidos na ordem de quase 30% da receita bruta**. Mas vamos por etapas.

No plano constitucional, em que pese algumas resistências, nunca houve qualquer limitação, pois o § 3º do artigo 192 da CF/88 nunca teve sua eficácia reconhecida pelos Tribunais Superiores, culminando pela edição da súmula 648 pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁵.

No plano legal, a Lei de Reforma Bancária conferiu ao Conselho Monetário Nacional a atribuição de limitar, **quando entender necessário**, os juros bancários, conforme estampado no inciso IX do artigo 4º da Lei 4.595/64⁴⁶.

Essa limitação nunca veio. Aliás, e pelo contrário, a Resolução 1.064 do Conselho Monetário Nacional, publicada em 05 de dezembro de 1985, deixou claro que os juros remuneratórios podem ser livremente pactuados. Importante destacar que o poder normativo do CMN foi consolidado pela Lei 9.069/95.

ser obtido no seguinte endereço eletrônico: http://www.febraban.org.br/p5a_52gt34++5cv8_4466+ff145afbb52ffr tg33fe36455li5411pp+e/sitefebraban/20100122_SPREAD%20PADRAO_final_jun10.pdf

45 STF, **Súmula 648** - a norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional 40/2003, que limitava a taxa de **juros** reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.

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

(...)

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

A Lei de Usura⁴⁷, como cediço, foi excepcionada pela Lei de Reforma Bancária^{48 49}, mas será que não existe nenhuma outra lei que possa ser utilizada como limitador dos juros?

Segundo a jurisprudência amplamente dominante⁵⁰, nem o Código de Defesa do Consumidor⁵¹, muito menos o artigo 591 do Código Civil⁵², podem servir para tanto. O primeiro porque não disciplina juros, enquanto o segundo é norma geral e, portanto, não derroga regra especial.

Ocorre, porém, que o Código de Defesa do Consumidor proíbe a estipulação de obrigações excessivamente onerosas⁵³ para o consumidor, mesmo que essa desproporcionalidade não decorra de fato superveniente, como exige o Código Civil⁵⁴, ainda arraigado à teoria da imprevisão. Nesse passo, os Tribunais vem decidindo que

“(...) os negócios bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto aos juros remuneratórios; **a abusividade destes, todavia, só pode ser declarada, caso a caso, à vista de taxa que comprovadamente discrepe, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo**, salvo se justificada pelo risco da operação, diante de flagrante abusividade (...)”⁵⁵.

E para esse trabalho contamos hoje com o auxílio de uma excelente ferramenta, a rede mundial de computadores. Se antes a verificação da onerosidade excessiva só poderia ser comprovada por extenso trabalho pericial, hoje, com um simples “click” no site do Banco Central⁵⁶, podem-se obter todos os dados necessários para demonstração da abusividade da taxa de uma operação financeira. Em um arquivo de *Excel* o Banco Central divulga os dados consolidados do mercado, mês a mês, tomando por base cada espécie de operação bancária. A título de exemplo, extraímos os dados de 2010:

47 Decreto 22.626/33.

48 Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 990702/RS, da 4ª Turma; e AgRg no Ag 953299/RS, da 3ª Turma.

49 STF, Súmula 596.

50 Inclusive do STF, RE 286.963/MG.

51 STJ, AgRg no Ag 818431/GO.

52 STJ, REsp 906054/RS.

53 CDC, arts. 6º, inciso V; 39, inciso V; 51, inciso IV c/c §1º, inciso III.

54 Código Civil, artigos 478/480.

55 STJ, REsp. 407097/RS. Nesse sentido: REsp. 884379/RS e REsp. 935.231/RJ

56 <http://www.bcb.gov.br/?TXCRED>.

I - Taxas de juros das operações ativas													
Juros prefixados												% a.a.	
Mês	Pessoa jurídica							Pessoa física					
	Capital de giro	Conta garantida	Aq. de bens	Vendor	Hot money	Desc. duplic.	Desc. promis.	Cheque especial	Crédito pessoal	Aquisição de bens			
										Veículos	Outros	Total	
2010	Jan	30,14	80,92	19,44	16,05	51,39	36,76	50,06	161,05	44,83	25,22	51,69	27,38
	Fev	29,07	79,63	18,81	14,73	52,83	38,15	51,94	159,52	43,81	24,12	50,90	26,23
	Mar	28,83	81,79	16,75	14,29	48,31	36,87	51,29	160,26	42,69	23,51	50,20	25,53
	Abr	28,48	81,39	18,90	15,38	44,09	38,01	44,96	161,31	42,87	23,53	49,71	25,44
	Mai	29,29	81,17	18,85	16,17	50,95	38,53	42,44	160,26	43,04	24,82	51,89	26,74
	Jun	28,53	85,02	17,87	16,36	48,76	38,36	42,30	165,10	41,97	23,61	51,75	25,57
	Jul	29,90	91,77	17,22	17,01	46,71	41,11	42,83	167,29	42,21	23,96	51,19	25,80
	Ago	30,22	92,73	17,31	17,25	46,95	42,75	42,45	165,56	41,96	23,44	50,02	25,21

Anote-se que atualmente todos os ministros estão se valendo dessas informações. Aliás, a Ministra Nancy Andrighi, referindo-se ao site dessa autarquia federal, asseverou que:

A taxa média apresenta vantagens porque é calculada segundo as informações prestadas por diversas instituições financeiras e, por isso, representa as forças do mercado. Ademais, traz embutida em si o custo médio das instituições financeiras e seu lucro médio, ou seja, um 'spread' médio. É certo, ainda, que o cálculo da taxa média não é completo, na medida em que não abrange todas as modalidades de concessão de crédito, mas, sem dúvida, presta-se como parâmetro de tendência das taxas de juros. Assim, dentro do universo regulatório atual, a taxa média constitui o melhor parâmetro para a elaboração de um juízo sobre abusividade⁵⁷.

Do próprio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 971.853/RS, extraímos o caso que vem sendo utilizado como paradigma. Uma dona de casa gaúcha celebrou um contrato de empréstimo pessoal com determinada instituição financeira no valor de R\$ 1.000,00, obrigando-se a restituí-lo em 10 (dez) prestações de R\$ 240,77 (duzentos e quarenta reais e setenta e sete centavos). A mutuária ingressou com ação revisional questionando a taxa de juros remuneratórios.

⁵⁷ Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp. 1.061.530/RS.

Nesse julgamento, o relator, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, abeberando-se da mesma fonte que acima recomendamos, constatou que a taxa média de juros praticada pelo mercado, à época da contratação, para aquela modalidade de empréstimo, foi de aproximadamente 68% a.a. (sessenta e oito por cento ao ano), enquanto que a instituição financeira cobrou daquela dona de casa cerca de 380% a.a. (trezentos e oitenta por cento ao ano). Nestas condições, mesmo reformando o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que havia limitado os juros a 12% a.a., deu apenas parcial provimento ao recurso especial da instituição financeira, a fim de ajustar a taxa à média praticada pelo mercado, em vista da evidente onerosidade excessiva dos juros contratados. Vejamos as palavras do Ministro:

A r. sentença apurou que a taxa de juros remuneratórios cobrada pelas instituições financeiras recorridas encontra-se acima do triplo da taxa média do mercado para a modalidade do negócio jurídico bancário efetivado. Enquanto, a taxa média do mercado para empréstimos pessoais divulgada pelo Banco Central do Brasil para o mês da contratação é no patamar de 67,81% ao ano, a taxa cobrada foi no importe de 380,78% ao ano, que mensalmente reflete o percentual de 13,98%. Assim, flagrante a abusividade na estipulação contratual. Aliás, diante de tal discrepância, chega a impressionar a afirmação contida na peça recursal das instituições financeiras de que "não se visualiza, no presente caso, qualquer abusividade que possa ensejar a revisão do contrato" (fl. 153)⁵⁸.

Em nossa pesquisa pela jurisprudência, o ponto comum para justificar a intervenção do Estado-Juiz foi sempre a necessidade de se comprovar, cabalmente, que a taxa contratada está muito acima da média, sem justificativa concreta. Resta definir, portanto, quando a taxa deva ser considerada abusiva, pois é exatamente em razão da variação dos juros que se apura a média do mercado. Elaboramos, pois, um pequeno quadro demonstrativo:

58 STJ, REsp. 971.853/RS, Quarta Turma. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 06/09/2007. DJ. 24/09/2007.

PROCESSO	MINISTRO RELATOR	TAXA CONTRATADA	TAXA AJUSTADA
Resp. 971.853	Antônio de Pádua Ribeiro	380,78% a.a.	67,81% a.a.
REsp. 1.036.818	Nancy Andrighi	249,85% a.a.	70,55% a.a.
REsp. 1.036.857	Massami Uyeda	45,65% a.a.	37,42% a.a.
REsp. 327.727	César Asfor Rocha	34,87% a.a.	14,19% a.a.
Ag. 1303206	Vasco Della Giustina ¹	77,88% a.a.	35,29% a.a.
Ag. 1254194	Raul Araújo	151,54% a.a.	69% a.a.
ED. Ag. 1308747	Sidnei Beneti	158,75% a.a.	28,63% a.a.
Ag. 1021308	Aldir Passarinho Júnior	110,17% a.a.	37,10% a.a.

As diferenças que justificaram a modificação das taxas foram de 25% ao triplo da média apurada pelo Banco Central, mas somente o juiz, analisando o caso concreto, pode fazer a constatação da abusividade, pois as circunstâncias concretas, como ausência de garantias, baixo valor da operação e histórico de inadimplência, influenciam decisivamente na fixação da taxa de juros.

CONCLUSÕES:

Infelizmente, esse é apenas o primeiro retrato de um grande álbum de ilegalidades que podem ser encontradas nos contratos bancários. Esperamos apresentar, em breve, um segundo trabalho sobre outras possíveis ilegalidades praticadas nessa seara contratual. Finalmente, para que nada se perca, sintetizamos agora as conclusões desse primeiro trabalho:

- I) Contratos bancários típicos são aqueles em que uma das partes é uma instituição financeira no desempenho de sua atividade de intermediação monetária;
- II) Os contratos bancários, além de estarem submetidos à regulamentação do Conselho Monetário Nacional, também sofrem a incidência, em tese, da legislação consumerista;
- III) Alguns contratos bancários não estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, sobretudo quando o cliente for pessoa jurídica empresária e a operação tiver por escopo a obtenção de capital de giro ou, ainda, quando tiver relação com a atividade empresarial do cliente;

IV) A vulnerabilidade é o principal elemento para conceituar consumidor e pode justificar a aplicação, ou não, do Código de Defesa do Consumidor em benefício dos empresários, independentemente do enquadramento do cliente no conceito de destinatário final da operação;

V) Existe uma tendência de que o Supremo Tribunal Federal acompanhe a jurisprudência de diversos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, declarando a inconstitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória 2170-36, que permitiu, nos contratos celebrados dentro do sistema financeiro nacional, a capitalização de juros em período inferior a um ano;

VI) O Superior Tribunal de Justiça terá pelo menos mais uma chance de rever sua jurisprudência, até agora favorável à constitucionalidade do dispositivo legal acima mencionado, ao apreciar, no sistema de recursos repetitivos, o REsp. 1.003.530/RS, por iniciativa do Ministro Luis Felipe Salomão, que como Desembargador julgou diversas vezes inconstitucional a MP. 2170-36;

VII) Na visão dos Bancos, a comissão de permanência, afastando-se de sua configuração original, hoje pode ser conceituada como um encargo diário cobrado por instituição financeira em razão do pagamento da dívida após o seu vencimento, calculado segundo as taxas originalmente pactuadas para o período de normalidade contratual ou segundo a taxa de mercado do dia do pagamento, sem prejuízo dos juros de mora, mas vedando-se sua cumulação com qualquer outra taxa remuneratória. Seu objetivo seria desestimular o prolongamento unilateral da obrigação e remunerar o capital.

VIII) Para a jurisprudência amplamente dominante, entretanto, é impossível saber a real composição da comissão de permanência, razão pela qual só se permite a sua incidência quando não cumulada com qualquer outra verba remuneratória ou moratória, observada a média praticada pelo mercado, tendo como limite a taxa prevista no contrato;

IX) Na hipótese de previsão contratual de cobrança da comissão de permanência cumulada com qualquer outra verba remuneratória ou moratória, há divergência jurisprudencial sobre qual delas deve prevalecer. Sustentamos, contudo, que deve ser afastada a mais onerosa para o aderente do contrato.

X) A jurisprudência reconhece que o consumidor tem o direito potestativo de liquidar antecipadamente suas dívidas, com o abatimento proporcional dos juros e demais acréscimos contratuais de forma proporcional, na forma do Código de Defesa do Consumidor;

XI) Consideramos nula de pleno direito a cláusula contratual que condiciona o exercício desse direito ao pagamento de taxa de liquidação antecipada, sendo ilegal, portanto, a forma de cálculo do desconto prevista na alínea “a” do inciso II do artigo 2º, da Resolução 3516 do CMN, pois sendo norma inferior à lei não poderia criar um ônus para que o consumidor exercesse um direito estatuído no Código de Defesa do Consumidor;

XII) Não existe limite constitucional, legal ou normativo para fixação dos juros remuneratórios nos contratos celebrados dentro do sistema financeiro nacional;

XIII) Decompondo o *spread* bancário verificamos que o lucro líquido dos bancos chega a quase 30%. Sem se descuidar dos dados concretos, a jurisprudência admite a modificação da taxa de juros de um contrato bancário, caso se constate que ela supera excessivamente a média apurada pelo Banco Central e divulgada no seu site;

XIV) Sem prejuízo da luta individual dos nobres advogados na defesa dos direitos dos seus clientes, boa parte das ilegalidades praticadas pelas instituições financeiras pode ser atacada através de ações coletivas, em geral propostas pelos Ministérios Públicos dos Estados. ❖