

LUCIANO OPUSKI DE ALMEIDA

**EMPRÉSTIMO BANCÁRIO NO DIREITO
BRASILEIRO: Estrutura e Remuneração**

Florianópolis(SC), novembro de 1997

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO

EMPRÉSTIMO BANCÁRIO NO DIREITO
BRASILEIRO: Estrutura e Remuneração

Monografia para Conclusão do
Curso de Graduação em Direito
da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito
à obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

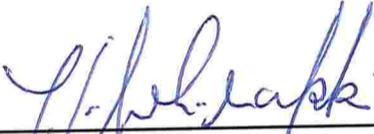
ORIENTANDO: LUCIANO OPUSKI DE ALMEIDA
ORIENTADOR: PROF. JOSÉ LUIZ SOBIERAJSKI

Florianópolis(SC), novembro de 1997

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A presente monografia intitulada **EMPRÉSTIMO BANCÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO: Estrutura e Remuneração** elaborada por **Luciano Opuski de Almeida** e aprovada pela Comissão Examinadora composta pelos professores abaixo assinados, obteve a aprovação com nota **10**, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º, da Portaria nº 1.886/94/MEC, bem como nas normas regulamentares da UFSC.

Florianópolis(SC), 03 de novembro de 1997



Prof. José Luiz Sobierajski - Orientador



Prof. MSC. João dos Passos Martins Neto - Membro



Prof. MSC. Márcio Campos - Membro

Prof. MSC. Paulo Marcondes Brincas - Suplente

***Aos Meus Pais,
Adherbal e Maria Opuski,
... pela vida e formação!***

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus, fonte inesgotável de energia que através da fé podemos captar.

Aos meus Pais, que nunca mediram esforços na educação de seus filhos.

Aos Servidores e Professores do Centro de Ciências Jurídicas, especialmente ao Prof. José Luiz Sobierajski, que em muito contribuiu para a elaboração deste trabalho.

Aos Colegas de Curso, que foram essenciais ao aprendizado e ao desenvolvimento do senso profissional.

E, a todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, no êxito de mais uma etapa de minha existência, o meu afeto e eterna lembrança.

***A vida é como o caminho tortuoso
da letra "S". Não existe sucesso
sem sacrifício, e a sorte só vem a
quem a merece.***

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	XIX
INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I - O SURGIMENTO DA MOEDA E DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.....	04
1.1- Evolução e Conceito de Moeda.....	04
1.2- A Instituição dos Bancos e o Controle da Usura.....	12
1.2.1- Pressupostos e Objeto da Intermediação Financeira.....	12
1.2.2- Antigüidade.....	14
1.2.3- Idade Média.....	18
1.2.4- Idade Moderna.....	20
1.2.5- A Organização Bancária no Brasil.....	22
CAPÍTULO II - EMPRÉSTIMO BANCÁRIO.....	27
2.1- Definição.....	27
2.2- Natureza Jurídica.....	29
2.3- Objeto do Contrato.....	36
2.4- Modalidades de Empréstimos.....	39
2.5- Efeitos do Contrato.....	40
2.6- Causas Extintivas.....	42
2.7- Prestação Antecipada pelo Tomador.....	44
CAPÍTULO III - A OBRIGAÇÃO NOS EMPRÉSTIMOS PECUNIÁRIOS.....	47
3.1- Obrigações Principal e Acessória.....	48
3.2- Prestação Pecuniária.....	50
3.3- Dívidas de Valor.....	54
3.4- Prestação de Juros.....	55
3.4.1- Retrospectiva no Direito Brasileiro Republicano.....	57
3.4.2- Modalidades de Juros.....	59
3.5- Comissão de Permanência.....	63
3.6- Correção Monetária.....	68
3.7- Cláusula Penal.....	70

CAPÍTULO IV - JUROS CONSTITUCIONAIS E CAPITALIZAÇÃO.....	74
4.1- Juros Constitucionais.....	74
4.1.1- O Disciplinamento antes da Constituição Federal/88.....	74
4.1.2- O Advento do Art. 192 da Lei Maior.....	76
4.1.3- Os Projetos de Lei sobre a Matéria.....	86
4.2- Capitalização.....	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	101

APRESENTAÇÃO

O interesse em desenvolver uma monografia a respeito dos juros e demais encargos financeiros, teve início com as inspeções sobre as contas de entidades que integram o Sistema Financeiro do Estado de Santa Catarina, particularmente BESC S.A. e BADESC S.A., na qualidade de Auditor Público do Tribunal de Contas, onde lá observamos os créditos em liquidação.

Foi durante a graduação no Curso de Direito desta Universidade, em especial na Disciplina de Obrigações II, que a idéia se tornou realidade, com o intuito de investigar as causas do inadimplimento contratual dos tomadores e as perspectivas de solução jurídica para essa problemática.

INTRODUÇÃO

O tema desta monografia compreende o estudo do contrato de mútuo bancário, com ênfase nas regras que disciplinam a forma de sua remuneração.

O ordenamento jurídico pátrio contempla normas distintas acerca da remuneração pelo empréstimo de capitais próprios e de terceiros. A regra geral, disposta nos arts. 1.062 e 1.063, do Código Civil, e complementada pelo art. 1º, “*caput*”, do Decreto n. 22.626/33, conhecido como Lei de Usura, estabelece que as taxas de juros, não poderão ultrapassar a 12% (doze por cento) ao ano em quaisquer contratos. Ainda neste segundo diploma é vedado a pretexto de comissão, receber taxas maiores que as previstas em leis (art. 2º), e a contagem de juros sobre juros, também denominada de anatocismo, salvo na acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano (art. 4º).

Por outro lado, com a Reforma Bancária pelo advento da LF n. 4.595/64, é instituída a competência do Conselho Monetário Nacional, de acordo com as diretrizes do Presidente da República, em limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos e comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil (art. 4º, IX).

Devido a sua relevância para a economia popular, a fixação e cobrança de juros e outros encargos é constitucionalizada com a promulgação da Carta Magna/88, em seu art. 192, § 3º, que trata especificamente da

matéria, ao limitar a taxa de juros reais, incluídas as demais remunerações, em 12% (doze por cento) ao ano.

A respeito das discussões que envolvem os dispositivos acima elencados, o Poder Judiciário tem adotado os seguintes posicionamentos: a) não aplicabilidade das disposições do Decreto n. 22.626/33 às taxas de juros e demais encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional, face à revogação imposta pela LF n. 4.595/65, que passa a regular a matéria no tocante às instituições financeiras, mas, considera configurado o crime de usura, se houver excesso nos limites fixados e mantém a vedação ao anatocismo, ainda que expressamente convencionado, segundo os Enunciados ns. 596 e 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal; e b) a norma insculpida no § 3º do art. 192, da Constituição Federal/88 requer lei complementar, conforme prescreve o “*caput*” do mesmo artigo, cujo entendimento ainda não se encontra sumulado.

O objetivo do presente trabalho é desvendar as distorções do sistema de concessão de crédito no país, procurando esclarecer os limites da onerosidade dos contratos de mútuo bancário, e apontar os caminhos para a solução dos conflitos entre prestamistas (credores) e prestatários (devedores), os quais têm acarretado o inadimplimento contratual pelos últimos. Neste sentido, iniciamos pela evolução histórica da moeda e dos juros nas trocas comerciais entre os povos, partindo-se da economia escambiária até a edificação dos sistemas financeiros atuais.

Na etapa seguinte, a investigação se direciona ao empréstimo bancário, no que concerne a sua natureza jurídica, objeto, modalidades, efeitos, causas extintivas e à prestação antecipada pelo tomador.

Mais adiante, procura-se descrever os elementos caracterizadores da obrigação nos empréstimos pecuniários, bem como os institutos jurídicos adotados para remuneração e atualização do negócio, a saber, os juros, a comissão de permanência e a correção monetária, além das cláusulas penais.

Por último, é dedicada especial atenção aos juros constitucionais e às formas de capitalização adotadas pelos fornecedores de crédito, expondo como a doutrina e a jurisprudência têm se manifestado a respeito.

Como variáveis que interagem na formulação e resolução do problema suscitado, encontram-se os aspectos políticos e institucionais que contribuem para a manutenção das taxas de juros num patamar elevado. O governo é o grande devedor da economia, e para refinar as suas atividades precisa lançar títulos oferecendo rendimentos vantajosos aos aplicadores, enquanto não reduz o déficit fiscal a um nível satisfatório e financiável pela própria arrecadação tributária. Por outro lado, os bancos, acostumados durante décadas com a ciranda financeira, sentem grandes dificuldades em gerir seus negócios numa economia que se mostra estável e com juros abaixo de 10% (dez por cento) ao mês.

CAPÍTULO I

O SURGIMENTO DA MOEDA E DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

A origem histórica da moeda e das instituições financeiras é um estudo importante a demonstrar a evolução da atividade econômica, e em especial a de natureza creditícia, com a superação do primitivismo através do aperfeiçoamento do sistema de trocas, a qual decorre da especialização e da divisão social do trabalho. Iniciamos com a descrição dos fatos que contribuíram para a inserção de processos indiretos de pagamento, em substituição ao escambo, até culminar com a aparição dos primeiros bancos e a sua estrutura atual.

1.1- Evolução e Conceito de Moeda

Nos primórdios da civilização, os agrupamentos humanos limitavam-se às mais rudimentares formas de exploração para assegurar a sua sobrevivência. As necessidades de alimentação são supridas com base na caça, na pesca e na coleta de frutos selvagens e outros elementos diretamente encontrados na natureza. A proteção tanto contra animais quanto contra as hostilidades do tempo e do clima, é efetuada pela utilização de cavernas, de peles de animais selvagens e demais recursos dispersos nas áreas ocupadas.

À medida que os recursos naturais se tornavam insuficientes na região fixada, outra era buscada com o intuito de manutenção do grupo, a caracterizar o nomadismo como forma de enfrentamento das dificuldades vivenciadas. Com o passar do tempo, esta prática foi sendo abandonada, uma vez que a pequena comunidade de uma única família, que compunha o agrupamento, foi se desmembrando em outros núcleos familiares, cada qual procurando formar a sua própria fronteira, delimitando as suas áreas de lavoura e de caça, tendo início, então, o processo primitivo de divisão do trabalho e especialização.

No estágio seguinte da cultura econômica, denominado Era da Troca de Mercadorias, os excedentes que antes eram estocados para garantir o suprimento no longo prazo, passam a ser utilizados como elementos de troca dentro do próprio grupo, bem como com outros grupos com os quais principiam contato. Como eram poucos os produtos disponíveis, era relativamente fácil compatibilizar o desejo dos indivíduos de grupos distintos em trocar os seus excedentes, ainda que a coincidência não fosse rigorosa. As trocas eram efetuadas pela equivalência atribuída de comum acordo entre os interessados, sem se distinguir a compra e a venda dos produtos, o que veio a caracterizar a tipicidade do escambo, sem a adoção de instrumentos monetários.

A vida social tornou-se mais complexa com uma maior diversificação da produção, principalmente a partir do fenômeno que os historiadores chamam de primeira *revolução agrícola*, manifestada pela ocupação de certos grupos humanos em determinadas áreas, como, por exemplo, os deltas dos rios Nilo, Tigre e Eufrates, trazidos que foram pela elevada fertilidade existente naqueles lugares. Como consequência, houve uma ampliação do grau de dificuldade de satisfação das necessidades pelo primitivo

sistema de trocas, ante a variedade de produtos, tendo muitos desejos a serem atendidos.

Não tardou aos indivíduos a conscientização de elegerem um único produto como referencial de trocas, o qual deveria atender a uma necessidade comum e ser raro o suficiente para que expressasse valor. A aceitação generalizada de certos produtos, recebidos em pagamento das transações econômicas que dia após dia são intensificadas, configura a origem da moeda. Com a substituição das trocas diretas, de um produto por outro, para as indiretas, intermediadas por algum outro bem aceito por todos, com um valor intrínseco, chega-se a Era da Mercadoria-Moeda. Nas palavras de LEONTIEFF¹, a moeda pode ser conceituada como *“mercadoria que serve de equivalente geral para todas as mercadorias.”*

No entender de LOPES & ROSSETTI², a moeda *“mesmo em seu estágio mais primitivo e usada para intermediar processos rudimentares de troca, pode ser conceituada como um bem econômico qualquer que desempenha as funções básicas de intermediário de trocas, que serve como medida de valor e que tem aceitação geral. Cabe aqui ressaltar que esta aceitação geral é um fenômeno essencialmente social. Um produto só se converte em um bem monetário se os membros do grupo o aceitarem em pagamento de transações que se efetivam. Tal aceitação é uma espécie de crença social, à qual todos se rendem. Além disso, como a moeda representa um poder de aquisição, desde o momento em que é recebida até o momento em que é dada em pagamento de outra transação, ela também se caracteriza como uma reserva de valor.”*

¹ Economista russo radicado nos Estados Unidos, Prêmio Nobel de Economia de 1973, apud PASSOS, Carlos R. M.. Fundamentos de economia. p. 377

² LOPES, João do Carmo & ROSSETTI, José Paschoal. Moedas e bancos: uma introdução. p.14.

Na antigüidade (até 410 d. C.) as principais mercadorias utilizados como moeda são: o cobre (Egito, Babilônia e Assíria), barras de ferro e escravos (Bretanha), arroz (Índia), conchas, seda e sal (China). Na Idade Média (410 a 1453), são adotados: gado (Ilhas Britânicas, Alemanha, Islândia, Noruega e Rússia), arroz (China e Japão), anéis de cobre e pérolas (Japão). E por último, na Idade Moderna (1453 a 1789): fumo, cereais, madeira e gado (Estados Unidos), rum, trigo, carne (Austrália) e metais preciosos e cereais (França).

A falta de homogeneidade, o perecimento e as dificuldades de divisão e transferência, bem como as de manuseio e transporte, quer de umas ou de outras moedas-mercadorias, induziu a busca de um novo instrumento referencial de trocas que não contivesse esses entraves, como no caso dos metais, surgindo, então, a Era da Moeda Metálica ou do Metalismo.

A adoção de metais como intermediário de trocas propiciou o processo de cunhagem, através do qual se certificava o seu peso e se garantia a circulação, principalmente quando o mesmo era promovido ou administrado pelos chefes de Estado. *“No Império Romano, os imperadores usaram a moeda cunhada como meio de integração das regiões conquistadas e como veículo de propaganda, pela cunhagem da própria esfinge e de frases de efeito externo, junto às diferentes populações subjugadas a Roma. Além desses efeitos políticos, os processos de cunhagem também possibilitaram cobrança de tributos. Na Idade Média, os senhores feudais assumiram o poder exclusivo de cunhar moedas e de alterar o seu valor nominal, por meio do qual se apropriavam de substanciais parcelas da base metálica, cada vez que empunham valores nominais mais altos para iguais quantidades de metal ou reduziam essas quantidades em relação à unidade expressa de valor nominal.”*³

³ LOPES, J.C. & ROSSETTI, J. P.. Ob. cit., p. 25

O referido processo de apropriação, configurado como uma cobrança tributária, é intitulado de *seignorage ou senhoriagem*.

Os primeiros metais empregados como intermediários de trocas foram o cobre, o bronze e, em especial, o ferro. Porém, devido a sua abundância no meio ambiente, tendo em vista a descoberta de novas jazidas e ao avanço das técnicas de fundição, o valor desses metais tornou-se instável, com tendência de queda persistente, salvo nos períodos de guerra, nos quais aumentava a demanda de metais para a fabricação de armamentos. Como efeito, percebeu-se que os referidos metais não se prestavam a exercer uma das funções essenciais da moeda, qual seja, a de reserva de valor, o que comprometia a sua aceitação geral.

Aos poucos os metais conhecidos como não nobres vão sendo substituídos pelos metais nobres, preferencialmente o ouro e a prata, como bens monetários. A grande vantagem trazida por essa inovação foi a estabilidade do valor da moeda ao longo do tempo, a qual não se afetara mesmo com a descoberta de novas jazidas, permanecendo equivalentes o seu poder aquisitivo e o material utilizado na cunhagem.

Ainda restava um inconveniente em relação ao uso da moeda metálica: o transporte a longas distâncias, devido ao peso das moedas e aos riscos de roubo a que se sujeitavam os comerciantes no transcurso de suas viagens. O entrave é contornado, notadamente a partir de meados do século XIV, com o aumento dos fluxos comerciais na Europa, através da adoção da moeda-papel, haja vista a sua considerável flexibilidade como instrumento monetário nas transações econômicas. É chegada a Era da Moeda-Papel.

Ao invés de transportarem grandes volumes de moedas metálicas para celebrarem seus negócios, nos diversos lugares aonde se dirigiam, os comerciantes passam a depositá-las em instituições conhecidas como "Casas de Custódia", as quais emitiam em troca um certificado de

depósito. Os precursores deste serviço são os judeus, os ourives, os cambistas, as abadias e as casas bancárias italianas. As referidas instituições tiveram grande avanço após o renascimento, em especial entre as cidades italianas e a região de Flandres, cujo veículo de propagação foram as feiras de Champagne.

O novo instrumento monetário, chamado de moeda representativa ou moeda-papel, continha lastro de 100% e a garantia de plena conversibilidade, uma vez que seus detentores podiam, quando quisessem e sem aviso prévio, trocar os certificados pelos depósitos em metais que originaram a sua emissão. A aceitação geral da nova moeda, proporcionada pela honradez das "Casas de Custódia" de maior tradição, tornou o seu uso generalizado.

A confiança no sistema propiciou que os comerciantes transferissem diretamente os certificados de depósito aos comerciantes locais, sem despender o trabalho de trocá-los pelas moedas de ouro e prata. Como a reconversão não era imediata, e mais certificados eram emitidos em função de novos depósitos, as "Casas de Custódia" passaram a emitir sem o lastro em metal, caracterizando a criação da moeda fiduciária ou papel-moeda, a qual, não obstante, manteve a livre conversibilidade e o lastro fracionário em ouro. Temos, então, a Era da Moeda Fiduciária (ou Papel-Moeda)⁴.

Como a emissão da moeda fiduciária não é lastreada integralmente, havendo, portanto, uma menor garantia de conversibilidade, vislumbrava-se a ruína do sistema quando os detentores resolviam valer os seus direitos. Foi assim na França, nos anos que se seguiram com a morte de Luiz XIV, com o Banco de Law, e na Inglaterra, com a falência de mais de cem bancos provinciais em 1793. Estima-se que no período compreendido entre 1810

⁴ Papel-Moeda: é o conjunto de cédulas e moedas metálicas emitidas pelo governo, com curso forçado e poder liberatório garantido por lei. No direito brasileiro, a emissão de papel-moeda compete privativamente ao Banco Central, autarquia federal, e está disciplinada nos arts. 21, VII, 48, XIV e 164, §§ 1º a 3º, da CF/88, e art. 10, I, da LF n. 4.595/64.

a 1817, em torno de seiscentos estabelecimentos emissores foram à bancarrota. Ante o desequilíbrio provocado por particulares, o Estado passa a controlar ou mesmo monopolizar o mecanismo de emissões, como forma de assegurar a confiança necessária no sistema.

A partir de meados do Século XIX, as autoridades monetárias de certos países, a exemplo da Inglaterra, Estados Unidos, França e Alemanha passaram a impor a cobertura integral das emissões pelo encaixe metálico, flexibilizando, a *posteriori*, para o estabelecimento de um teto máximo de emissão, até a instituição de notas inconvertíveis, as quais foram mais difundidas nos períodos de guerras e crises. A Inglaterra já tinha emitido estas notas quando da guerra com a França (1797); a Itália durante a guerra com a Áustria (1866); a Rússia por ocasião das guerras da Turquia (1872) e da Criméia (1885). Com a I Guerra Mundial (1914-1918), os países em geral fizeram uso deste expediente, tendo procurado restabelecer a convertibilidade das notas com o fim do conflito armado.

A tentativa fracassou por ocasião da crise econômica de 1929-33, sendo abandonada a idéia da convertibilidade, o que resultou na absoluta desmaterialização da moeda. Apenas o dólar manteve a conversão até 1971, com a garantia do lastro metálico proporcional. Na atualidade, os sistemas monetários, em geral fiduciários, se caracterizam por demonstrarem: a) a inexistência de lastro metálico; b) a inconvertibilidade absoluta; e c) o monopólio estatal das emissões.

Já no século XIX havia sido desenvolvida mais uma modalidade monetária, denominada moeda bancária, escritural ou invisível. O seu surgimento é atribuído à independência do poder decisório alcançada pelos departamentos bancário e monetário do Banco da Inglaterra, resultando numa expansão dos meios de pagamento, devido ao efeito multiplicador da

movimentação dos depósitos pela emissão de cheques ou de outras ordens de pagamento. O caráter invisível deve-se a sua inexistência física, e o escritural, à correspondência aos lançamentos a débito e a crédito, nas contas correntes dos bancos.

Os bancos comerciais são os responsáveis pela criação dessa forma de moeda, a qual corresponde à totalidade dos depósitos à vista e de curto prazo nessas entidades. Nos dias atuais, a moeda bancária responde, na grande maioria dos países, pela maior parcela dos meios de pagamento, no entender do conceito convencional de moeda.

Verificamos hoje a existência de apenas duas formas convencionais de moeda: a moeda fiduciária e a bancária, as quais limitam-se a expressar um valor de troca, sem qualquer possibilidade de atender diretamente às necessidades humanas, pois, que somente se prestam aos serviços inerentes a sua liquidez.

A economia moderna também contempla as “quase-moedas”, as quais representam o conjunto de ativos do sistema financeiro não monetário. Recebem este título pela sua elevada liquidez, além de conterem muitas propriedades da moeda, e se originam de compromissos assumidos pelas instituições financeiras e pelo governo.

As principais “quase-moedas” utilizadas são:

- Depósitos de poupança.
- Depósitos a prazo (Certificados de Depósitos Bancários – CDB, Recibos de Depósitos Bancários – RDB).
- Títulos da dívida pública que não estejam em poder do Banco Central (Obrigações, Letras, Bônus e Notas do Tesouro Nacional).

Estes ativos não se destinam ao pagamento de despesas de consumo, nem para a quitação de débitos, a menos que sejam alienados ou, de outra forma, transformados em moeda para que possam saldar os compromissos.

1.2- A Instituição dos Bancos e o Controle da Usura

1.2.1- Pressupostos e Objeto da Intermediação Financeira

Segundo GURLEY & SHAW⁵, destacam-se os seguintes requisitos para que se estabeleça a intermediação como atividade econômica própria:

- a) superação do primitivo estágio do escambo;*
- b) criação de bases institucionais para o financiamento do mercado de intermediação financeira; e*
- c) existência de agentes econômicos deficitários e superavitários, respectivamente dispostos a financiar seus déficits aos custos correntes e a transformar os seus ativos monetários em ativos financeiros aos riscos e às possibilidades correntes de ganho real.”*

Considera-se o terceiro requisito como o de fundamental importância para o estabelecimento da intermediação financeira, pois, é na confluência de interesses entre os que dispõe de rendimentos em excesso

⁵ In *Money in a Theory of Finance* (Washington, Brookings Institution, 1960), apud LOPES, J. C. & ROSSETTI, J. P.. Ob. cit., p.260

(mutuantes) e os que pretendem despende em consumo ou em investimento além de seus rendimentos correntes (mutuários), que se justifica o comércio de crédito.

A concepção de banco que hoje conhecemos surge na Idade Média, pelo século XII quando essa denominação é atribuída à mesa onde os cambistas expunham as moedas transacionadas. A utilização do termo como estabelecimento de crédito se origina do italiano *banca*. Dado o prestígio alcançado por essa terminologia na vida comercial, o seu uso em pouco tempo se generalizou entre os países mais desenvolvidos.

Há que se fazer uma distinção entre instituições financeiras bancárias e não bancárias. As primeiras são as que criam a moeda escritural, conforme vimos anteriormente, uma vez que estão autorizadas a receber depósitos à vista do público para operarem o crédito, juntamente com capitais próprios; ao passo que as demais, limitam-se a influir na velocidade de circulação de moeda, pois, só operam com capitais próprios, sendo que os recursos de terceiros só poderão ser captados quando essas entidades agirem como intermediárias, comissárias ou corretoras.

Em se tratando de evolução histórica, focalizaremos a atividade bancária em sentido geral, sem nos atermos às peculiaridades de cada instituição financeira contemplada pelo sistema econômico.

A atividade bancária abrange três elementos essenciais: a) a interposição no crédito; b) a pluralidade de atos interponentes; e c) o exercício profissional.

Através da interposição, o banco oferece a crédito o que também recebe a crédito, com base na celebração de contratos típicos como o

empréstimo (e congêneres, como exemplos, a abertura de crédito, a antecipação e o desconto) e o depósito (à vista ou a prazo).

Para que essa operacionalização seja consistente, é imperiosa a pluralidade de atos de igual teor, dado que é uma atividade de caráter público. Nestes termos, um único contrato de empréstimo de dinheiro de uma pessoa à outra, com o tomador reemprestando a quantia ou a aplicando no desconto de letras, não qualificaria este último como banqueiro por faltar-lhe a habitualidade como um dos elementos determinantes de todo e qualquer comércio.

Além dos elementos supramencionados, a atividade bancária requer a pretensão de lucro nas operações efetuadas, para a sua continuidade, configurando, desse modo, o exercício profissional.

1.2.2- Antigüidade

Muito embora organização bancária sob a forma empresarial tenha surgido na Idade Média, a atividade bancária já era desenvolvida nas civilizações mais remotas, com a substituição gradativa do escambo e a desmaterialização da moeda.

A) Babilônia. Inicialmente, as operações bancárias eram exclusivas do Estado e do Clero. As transações agrícolas e comerciais, bem como o recolhimento de tributos, concentravam-se no palácio e no templo. Destacam-se os Templos de Samas e Sippar como grandes centros bancários.

Aos poucos ocorre o processo de privatização do sistema, o qual se acentua no século VI a. C. Surgem, então, duas importantes casas

comerciais: Igbi de Suppar e Muraschu de Nippur. Em paralelo ao comércio convencional que praticavam, como o de escravos e a navegação, também recebiam valores em depósitos e emprestavam dinheiro a juros, caracterizando uma típica intermediação financeira.

Os contratos de empréstimos tornaram-se comuns na Babilônia, a ponto de Hamurábi editar normas restringindo a usura⁶, a exemplo da limitação da taxa de juro em 20% para dinheiro e 33,30% para o trigo. Aos infratores a sanção importava não só na perda dos juros cobrados, como inclusive na do capital emprestado.

B) Hebreus. Cabia ao Templo a tarefa de conservar o tesouro sagrado, administrar o patrimônio das viúvas e órfãos e receber depósitos em geral.

O povo hebreu dedicava-se à agricultura, tendo no escambo a base de sua economia. Segundo a lei de Moisés era proibido emprestar dinheiro a juros, salvo a estrangeiros.

A mesma proibição é descrita na Bíblia, no Velho Testamento, em Deuteronômio, Capítulo 23: “Não emprestarás com usura a teu irmão, nem dinheiro, nem grão, nem outra qualquer coisa que seja” (vers. 19). “Mas somente ao estrangeiro. A teu irmão, porém, emprestarás o que ele houver mister, sem daí tirares algum interesse: para que o Senhor teu Deus te abençoe em tudo o que fizeres na terra, em cuja posse estás para entrar” (vers. 20).

O penhor já era conhecido como instrumento de garantia do crédito.

⁶ Usura: em sentido lato, é o juro auferido por aquele que emprestou certa quantia em dinheiro ou em outra coisa, em sentido restrito, cujo emprego do termo é mais difundido, representa o empréstimo a juros elevados, a uma taxa superior à permitida em lei.

C) Grécia. Também neste país as primeiras operações creditícias são confiadas exclusivamente aos templos dos deuses, destacando-se os de Delos, Delfos, Atenas e Olímpia. Tinham como atribuição principal o financiamento da agricultura.

Com o advento da economia monetária na civilização helênica, verifica-se a laicização do comércio bancário, com a profissionalização de banqueiros privados e de cambistas, os quais passam a ser conhecidos como *trapezistas*.

A contribuição dos *trapezistas* foi de extrema relevância para o desenvolvimento da intermediação financeira, dada a variedade de serviços prestados: recebimento de depósito, abertura de crédito, empréstimos com garantia ou a descoberto, câmbio, quitação de débito dos clientes, avaliações de títulos, e financiamento da navegação e do setor rural.

D) Egito. A economia de escambo predominou no país até receber forte influência da cultura helênica, quando, por volta do ano 300 a. C., eleva-se à condição de grande centro de atividade bancária do mundo antigo.

De início, o Estado exerceu o monopólio sobre o crédito, sendo que mais tarde limitou-se a cunhagem de moedas, e os particulares passaram a determinar a oferta de crédito.

Havia uma restrição jurídica à usura: os juros não poderiam ultrapassar a 30% do capital emprestado, e nem os juros acumulados não poderiam alcançar o dobro do principal.

E) Roma. A economia romana era essencialmente agrária, tendo na troca de bens a base de seu desenvolvimento.

O aparecimento da moeda e as conquistas militares proporcionaram a expansão econômica e política de Roma. A aristocracia rural cede espaço a uma aristocracia monetária composta pelos cavaleiros, os quais detinham fabulosas fortunas.

Os banqueiros, mais conhecidos como argentários (*argentarii*), prestavam diversos serviços como: depósitos, empréstimos com ou sem garantia, intermediação nas vendas, conta corrente, câmbio. Estas operações foram se aperfeiçoando pela genialidade jurídica dos romanos.

O Estado, na pessoa do Prefeito, exercia o controle sobre o crédito ao traçar as diretrizes da política bancária, a qual se subordinava à política conjuntural para o bem estar social. Os interesses eram disciplinados: *“a Lei das XII Tábuas estabelecia que o juro máximo anual devia ser de 8,75%, e o credor que exigisse taxa superior deveria devolver ao devedor o quádruplo do excesso ilegalmente solicitado. No ano de 347 a. C., a Lex Semiunciaria rebaixou a taxa de juros para a metade e, um ano depois, a Lex Genuncia proibiu os interesses, aplicando penalidade para quem os cobrasse. Justiniano estabeleceu o limite máximo dos juros para 6% nos empréstimos comuns e 8% nos empréstimos comerciais.”*⁷

⁷ COVELLO, Sérgio Carlos. Contratos bancários. p. 11. (No entanto, segundo R. Limongi França, in Enciclopédia Saraiva do Direito, n. 48, 1977, p. 531 a 543, o texto da Lei das XII Tábuas, editada em 452 a. C., contempla na tábua terceira – Dos direitos de crédito que *“se alguém coloca o seu dinheiro a juros superiores a um por cento ao ano, que seja condenado a devolver o quádruplo”*. Não obstante, a doutrina esclarece que gradativamente os pretores criaram, sem derogar a *Lex Duodecimum Tabularum*, normas paralelas para situações não disciplinadas ou desprovidas de equidade, constituindo-se no direito honorário ou *ius praetorium*, o qual representa um destaque do período clássico da história de Roma. Desse modo, entende-se que as tábuas nunca foram revogadas, mas, a sua interpretação, ao longo dos anos, lhes retirou a eficácia.)

1.2.3- Idade Média

Na fase inicial deste período histórico, é observado um recrudescimento econômico e social, com o retorno à economia de escambo, muito embora os romanos tenham aperfeiçoado o sistema monetário. Isto se deve ao poder eclesiástico exercido sobre os países, cujas vedações canônicas à usura inibiram o avanço da atividade bancária.

A proibição dos juros encontra fundamento no Evangelho (São Lucas, 6; 35): "*Mutuum date nihil inde sperantes*" ("...emprestai sem nada esperardes...") — atingindo sobremaneira as trocas comerciais.

Os católicos prelados reuniram-se inúmeras vezes em assembléia para deliberarem acerca da exploração do crédito, tornando-se célebres o Concílio de Nicéia, em 325, proibindo a prática do empréstimo a juros pelos sacerdotes, sob pena de exoneração, o Concílio de Paris, em 829, e o de Latrão, em 1139, os quais estenderam a vedação aos leigos, culminando com a obstrução ao desenvolvimento da intermediação financeira, a qual limitara-se a troca de moedas. Como a proibição eclesiástica não alcançava os judeus, esses se constituíram nos precursores do comércio bancário medieval.

A partir dos séculos XII e XIII, ocorre um incremento do comércio e da indústria, como resultado das feiras nos grandes centros, a exemplo de Champagne e Flandres, o que propiciou um salto no comércio creditício, com a criação de casas bancárias por iniciativa de judeus e lombardos, sendo que mais tarde surgem os banqueiros cristãos, ante o desaparecimento do rigor da Igreja em condenar a cobrança de juros nos empréstimos realizados.

Um exemplo da mudança de posicionamento do clero a respeito da usura é a fundação da Ordem Templária por Hugo de Payns em 1119, embora criada com *“a finalidade de proteger os peregrinos que visitavam templo de Jerusalém, conseguiu, no decorrer do século XIII, converter-se em verdadeiro estabelecimento de crédito, uma potência financeira com agências espalhadas pelo Ocidente, assim como pelo Oriente. Os templários recebiam valores em depósito, alugavam seus cofres ao Rei, aos príncipes e aos particulares, faziam empréstimos e realizavam antecipações, financiando a navegação e a agricultura.”*⁸

Do ponto de vista doutrinário, ainda havia resistência ao comércio de crédito por um segmento de grande prestígio na Igreja Medieval, comandado por Santo Tomás de Aquino (1225-1274), cuja questão LXXVIII de sua *Summa* tece o comentário que segue: *“Mas o dinheiro foi principalmente inventado, segundo o filósofo, para se fazerem as trocas; por onde, o uso próprio e principal dele é ser consumido ou gasto, por ser despendido nas trocas. E por isso é, em si mesmo, ilícito receber um preço pelo uso do dinheiro mutuado, o que se chama usura. E como tudo o que foi recebido injustamente, está obrigado a restituir o dinheiro quem o recebeu como usura... Quem dá a usura não o dá de maneira absolutamente voluntária, mas levado por alguma necessidade, i. e., por precisar tomar o dinheiro mutuado, que quem o possui não quer mutuar sem usura”.*⁹

A primeira instituição bancária de caráter moderno foi o Banco de São Jorge, criado em 1148, cujas operações manteram-se até 1797. Destinava-se, em princípio, à administração das rendas do Estado, transformando-se, a *posteriori*, num poderoso intermediário de crédito.

⁸ COVELLO, S. C.. Ob. cit., p. 13.

⁹ COVELLO, S. C.. Idem, p. 14.

Outras grandes entidades devem ser lembradas, como o Banco de Veneza (1171), o Banco de São Marco (1171), o Banco de Gênova (1345), e a “*Casa di San Giorgio*”, fundada também em Gênova, em 1408, o qual se constituiu na primeira sociedade anônima que se tem notícia. As demais instituições criadas limitaram-se a imitar as aqui mencionadas.

Mesmo com as proibições de cunho religioso, aos poucos a usura foi sendo tolerada, haja vista que muitas ordens eclesiásticas passavam a exercer o comércio bancário na segunda etapa da era medieval.

1.2.4- Idade Moderna

As camadas mais pobres da população permaneciam desassistidas de crédito, por imposição das ordenações canônicas, e por isso se sujeitavam aos juros cobrados pelos judeus ou por cambistas autorizados pelo príncipe para conceder empréstimo sob penhor.

Como forma de atender aos pobres, a Igreja criou os chamados *montes pietates*, com o intuito de emprestar-lhes dinheiro e mercadorias. Os “bancos eclesiásticos”, ou “sob proteção eclesiástica”, efetuavam empréstimos, antecipações sobre mercadorias, financiavam a indústria e o comércio, contribuindo de forma relevante para o incremento da intermediação financeira. Tais estabelecimentos tiveram merecido destaque em Portugal, na Espanha e na Itália.

Com o Renascimento surgem grandes organizações bancárias, cujo efeito foi a disseminação da empresa creditícia pelos diversos países.

Outro grande impulso foi dado pelos descobrimentos marítimos a partir do século XV, com a intensificação do tráfico mercantil, a proliferação das feiras, a abundância de ouro e prata e a maior necessidade de crédito pelo Estado, o que provocou uma transformação nos bancos, passando de meros cobradores e cambistas para intermediários de crédito.

O mercantilismo valorizou o dinheiro como fonte principal de riqueza, rompendo com os entraves religiosos que tinham inibido o desenvolvimento econômico na Idade Média, e contribuiu para demonstrar a importância do crédito para a modernização dos povos.

São criados bancos comerciais como o de Nápoles (1539), o de Rialto (1587) e o Banco de Giro (1619), bem como os bancos emissores, com o aparecimento das primeiras tributações bancárias no período.

Com o intuito de financiar a navegação, são constituídas poderosas agremiações como a Companhia dos Aventureiros de Londres (1553) e a Companhia Holandesa das Índias Orientais (1662). Embora corressem enormes riscos, os navegadores gozavam de empréstimos para a sua aventura: caso o navio regressasse, emprestador e armador dividiam os lucros; caso contrário considerava-se o principal como perdido. Outras instituições de relevo, servindo de inspiração para os bancos atuais, são o Banco de Amsterdam (1608), o Banco da Inglaterra (1689), e a primeira Câmara de Compensação fundada em Londres (1775), sendo que essa última foi criada com o objetivo de facilitar a liquidação diária das operações bancárias, através da compensação, o que veio a valorizar o cheque e a conta corrente.

A Revolução Industrial evidenciada no século XIX, trouxe a consolidação do capitalismo liberal, com o pleno desenvolvimento dos bancos,

cujos serviços ultrapassaram a fronteira dos países. De tão poderosas as instituições bancárias se constituíram na matriz do sistema econômico moderno.

1.2.5- A Organização Bancária no Brasil

O período colonial da história do Brasil é marcado pela ausência de intermediação financeira, ante o esforço de Portugal em obstruir o desenvolvimento interno da colônia. As grandes companhias comerciais, que dominavam o cenário econômico do País à época, costumeiramente recorriam aos mercados financeiros de seus países de origem para financiarem suas atividades, tornando mais onerosas as trocas mercantis.

A ruptura do antigo sistema só foi possível com a transferência da família real para o Brasil, como forma da Coroa escapar do jugo napoleônico. A abertura dos portos, bem como a celebração de novos acordos comerciais e o engendramento de relações econômicas e financeiras com a Europa, as colônias africanas e asiáticas e com diversos países sul-americanos, tornou-se imperiosa a criação de um mercado financeiro capaz de dar suporte aos estímulos conferidos ao comércio exterior.

Com tal propósito, através do Alvará Régio de 12 de outubro de 1808, D. João VI criou o primeiro banco público nacional, denominado Banco do Brasil, cujas atribuições consistiam em depósito de valores, desconto de letras de câmbio e na emissão de títulos ao portador. As suas operações tiveram início no ano seguinte.

Muito embora a Instituição tenha prestado relevantes serviços ao governo e distribuído consideráveis dividendos aos seus acionistas, não resistiu

ao comportamento perdulário da Coroa, ao regresso da família real à Lisboa (a qual recambiou boa parte do lastro metálico depositado), à Independência e aos conflitos pela consolidação política do Império instalado anos antes, vindo a ter a sua liquidação autorizada em 1829, com seus bilhetes obtendo curso forçado e sendo declarados títulos da dívida pública. O encerramento das atividades, no entanto, só se concretiza em 1835.

Através da Lei n. 59, de 08 de outubro de 1833, é autorizada a criação de um novo banco estatal no Rio de Janeiro para circulação e depósito, com o nome de Banco do Brasil, mas que não chegou a ser constituído.

Em 1837, é fundado por particulares o Banco Comercial do Rio de Janeiro, sendo instituídos a *posteriori* o Banco Comercial da Bahia, em 1845, o Banco Comercial do Maranhão, em 1846 e o Banco Comercial do Pará, em 1847. No ano de 1951, pelo Decreto n. 801, é aprovado o estatuto do novo Banco do Brasil, o segundo a operar efetivamente com essa denominação, sendo que mais tarde, em 1953, ocorre a fusão deste com o Banco Comercial do Rio de Janeiro, mantendo-se o nome do banco estatal, o qual se constituiu, portanto, no terceiro da série.

Uma nova fusão é realizada em 1892, desta vez com o Banco da República dos Estados Unidos do Brasil, adotando-se a denominação deste último. Por problemas de liquidez, em 1900 a instituição suspende os pagamentos aos credores, com o governo suprindo a deficiência em troca da transparência de sua administração.

Em 1905, os acionistas resolvem reorganizá-lo, cujo estatuto é aprovado pela Lei n. 1.455 editada no mesmo ano, recebendo a nova sociedade anônima o nome de Banco do Brasil, o quarto da série.¹⁰

¹⁰ ABRÃO, Nelson. Curso de direito bancário. p. 10.

A efetivação do comércio bancário foi acompanhada de uma extensa regulamentação, na qual o Estado procurou *“tutelar o crédito por meio de normas referentes às condições para o funcionamento das instituições nacionais e estrangeiras, aos limites mínimos de capital e fundos de reserva, às operações a serem realizadas, às taxas de juros, à administração bancária”*¹¹, entre outros fatores.

Em 03 de janeiro de 1849 é baixada a Resolução n. 172, pelo Conselho de Estado, na qual a operacionalização bancária se subordina à autorização oficial.

No ano posterior, 1850, é editado o Código Comercial, porém, este diploma limitou-se a definir a qualidade de banqueiro e a sujeitar as operações bancárias às regras gerais dos contratos comerciais (arts. 119 e 120), sem acrescentar maior normatividade à matéria.

No entanto, é a partir da edição do referido diploma que o país passa a dispor de ampla legislação sobre bancos, a começar pelo Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, que inseriu as atividades bancárias, de corretagem e de câmbio, entre os atos de comércio.

Posteriormente, são aprovadas diversas normas sobre assunto, com o intuito de adequar as necessidades de crédito e fomento ao controle estatal, das quais se destacam:

– Decreto n. 3.309, de 1864, que estabeleceu normas específicas disciplinando a falência dos Bancos;

¹¹ COVELLO, S. C.. Ob. cit., pp. 17 e 18.

– Decreto n. 15.728, de 1921, que regulamentou a fiscalização dos Bancos e das Casas Bancárias;

– Decreto-lei n. 7.293, de 1945, que trata da implantação da Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC, órgão normativo de assessoria, controle e fiscalização do sistema financeiro, caracterizando-se como o primeiro passo efetivo para a criação de um banco central no país;

– Decreto-lei n. 9.228, de 1946, que revigorou o processo de liquidação extrajudicial de Bancos e Casa Bancárias;

– Decreto-lei n. 9.328, de 1946, que regulamenta a responsabilidade dos diretores de estabelecimentos bancários;

– Lei n. 1.808, de 1953, que também tratou da responsabilidade dos diretores e gerentes de Bancos e Casas Bancárias.

A grande transformação ocorre com a reforma institucional do biênio 1964-65, na qual ainda se apoia, com as devidas modificações, o sistema financeiro brasileiro, haja vista a edição das LF ns. 4.380/64, 4.595/64 e 4.728/65, quando foram implantados o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, além de diferentes instituições de intermediação, entre as quais, as que passaram a integrar o sistema financeiro da habitação.¹² Passa a compor também o quadro institucional do sistema a Comissão de Valores Mobiliários, criada pela LF n. 6.385/76.

Nos termos do art. 17, da LF n. 4.595/64, *“consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou*

¹² Através do Decreto-lei n. 2.291/86 é extinto BNH, com a CEF sucedendo-lhe em todos os direitos e obrigações.

privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.” “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 anteriormente, de forma permanente ou eventual.”

As instituições financeiras só poderão funcionar no país, mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras (art. 18).

Até a promulgação da Constituição Federal/88, apenas as legislações civil e penal impunham restrições evidentes à cobrança de juros, a começar pelo Código Civil (1916), sendo que mais tarde é editado o Decreto n. 22.626/33, tratando da usura. Quanto ao aspecto delituoso, a sua tipificação encontra amparo, também, na LF n. 1.521/51, a qual dispõe sobre crimes contra a economia popular.

A Carta Magna, no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo IV – Do Sistema Financeiro Nacional, inova ao estabelecer o limite máximo de juros reais, incluídos os demais encargos financeiros, em 12% ao ano (art. 192, § 3º), cuja polêmica acerca de sua aplicabilidade imediata ou não está contemplada no objeto deste estudo.

CAPÍTULO II

EMPRÉSTIMO BANCÁRIO

2.1- Definição

É difícil de imaginar nos dias atuais a sociedade sem a presença de instituições financeiras, ou seja, sem organismos que compatibilizem os interesses daqueles que dispõem de poupança com os que necessitam de recursos para gerir seu consumo e investimento. A existência dos intermediários de crédito importa não só ao setor produtivo, representado por agropecuaristas, industriais, comerciantes, profissionais liberais e assalariados, como, também, aos setores social e cultural para o atendimento de suas expectativas.

As casas bancárias têm por finalidade o fornecimento de crédito, e para tanto fazem uso não só de recursos próprios como de recursos de terceiros, captados mediante depósito, resultando em empréstimos em seu próprio nome. Com o intuito de dinamizar o crédito, várias operações são realizadas, atuando os bancos tanto como devedores quanto como credores. Ao recolherem capital passam a dever aos clientes, caracterizando uma operação passiva, a exemplo do depósito e do redesconto, devendo restituir a *posteriori* o valor correspondente. E ao aplicarem as disponibilidades concedendo crédito, efetuam operações ativas, colocando-se como credores da relação criada, cujos exemplos se encontram na forma de empréstimo, desconto, antecipação, abertura de crédito, carta de crédito, conta corrente e financiamento, entre os mais comuns.

Para que sejam celebrados contratos bancários, necessariamente uma das partes deve ser uma empresa autorizada a exercer atividades próprias de bancos. Do contrário, ter-se-ão negócios concretizados por comerciantes não-banqueiros. Somente com a participação de um banco é que se efetuam operações bancárias.

Em decorrência dos bancos contratarem operações idênticas com um número elevado de clientes, os contratos bancários são elaborados através de formulários com cláusulas gerais e uniformes. Desse modo, são classificados como contratos de adesão, nos quais a outra parte aceitará ou rejeitará a proposta do banco em sua totalidade. A intervenção do Estado, através do Banco Central, implicou na padronização dos contratos bancários, com a edição de resoluções e circulares uniformizando as operações bancárias, ao ponto de determinar a minuta dos contratos, os quais são marcados pela inflexibilidade.

A disciplina jurídica básica do empréstimo bancário é a do mútuo mercantil, o qual também se ampara no Código Civil que prevê duas espécies de empréstimo: o mútuo e o comodato.

O mútuo consiste no empréstimo de consumo, o qual se aperfeiçoa com a tradição de certa quantidade de coisas fungíveis, havendo a transferência de domínio do mutuante para o mutuário, com esse último se obrigando a restituir no prazo pactuado, não as próprias coisas recebidas, mas outras de mesmo gênero, quantidade e qualidade.

O comodato revela-se pelo empréstimo de coisas infungíveis, as quais deverão ser repostas ao proprietário após o uso.

A dinâmica bancária consagra ambas as espécies de empréstimo. No entanto, o mútuo é a mais freqüente, em razão do banco

emprestar disponibilidades monetárias, de forma habitual e profissional, em troca de juros e comissões, realizando, assim, a maior parte de seu lucro.

O empréstimo bancário pode ter por objeto o dinheiro, o título-valor ou a firma, propiciando as mais variadas formas contratuais, conforme veremos adiante.

A onerosidade do mútuo bancário, a exemplo do mútuo mercantil, ambos mútuos feneratícios (art. 1.262, CC), se justifica pela prática do ato de comércio que requer a obtenção de lucro para a permanência do estabelecimento no mercado. Os recursos não são captados gratuitamente, haja vista a remuneração das aplicações financeiras pela taxa referencial de juros (TR)¹, além das demais despesas operacionais e administrativas. Logo, é da essência da intermediação de crédito a arrecadação de rendas, comissões, taxas pela prestação de serviços e juros moratórios nos casos de atraso e/ou inadimplemento do devedor.

2.2- Natureza Jurídica

Como já vimos antes, inexistem normas legais específicas a disciplinar o empréstimo bancário, aplicando-se-lhe, pois, as regras básicas do mútuo pecuniário, as disposições gerais da legislação bancária e as das leis que regulam os títulos de crédito emitidos em garantia.² Resta saber se a natureza jurídica deste contrato é ou não eminentemente comercial.

¹ V. LF nº 8.177/91, que estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências.

² Títulos de Crédito Rural: Decreto-lei n. 167, de 14.02.67; industrial: Decreto-lei n. 413, de 09.01.69; e comercial LF n. 6.840, de 03.11.80, dentre outros diplomas legais.

No entender de alguns autores, a natureza do contrato é definida pela qualidade da pessoa que assina como mutuária. Desse modo, sendo a mesma comerciante, a relação jurídica seria regida pelas leis comerciais, ao passo que sendo o tomador um particular ou pessoa física sobreporia-se a lei civil. Há outros que vão mais longe, ao classificar o contrato como misto, ou seja, comercial para instituição bancária e civil para o devedor.

Segundo estatui o art. 247 do Código Comercial, basta caracterizar o objeto para se determinar a natureza do contrato: *“O mútuo é empréstimo mercantil, quando a coisa emprestada pode ser considerada gênero comercial, ou destinada a uso comercial, e pelo menos o mutuário é comerciante.”*

No tocante à matéria ora focalizada, observa-se que o Código Comercial, posto em vigor pela Lei n. 556, de 25.06.1850, foi complementado pelo Regulamento n. 737, art. 19, § 2º, editado em 25.11.1850, o qual incluiu como mercancia, sem distinções, as operações bancárias. Ainda que o prestatário (mutuário) não seja comerciante, ou que tome empréstimo para fins particulares ou não comerciais, como por exemplo, para a reforma de sua residência, o mútuo bancário é de natureza comercial por força do Regulamento n. 737, o qual inclui as operações bancárias entre os atos de comércio.

Assevera MENDONÇA, que *“o ato é comercial e sujeito às disposições do Código Comercial desde que se dá a intervenção unilateral do comerciante. O ato passado entre o comerciante e o não-comerciante, assumindo o colorido comercial pelo fato da intervenção do primeiro, permanece disciplinado, para ambos, pela legislação comercial. O nosso direito estabeleceu o princípio da integridade do ato de comércio, repudiando a inexplicável e injustificável anomalia de o mesmo ato ser comercial para uns e civil para*

outros”³ o que não afasta a aplicação da lei civil naquilo que for compatível, nos termos do art. 121 do Código Comercial: *“As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código.”*

O mútuo mercantil poderá ser manifesto por: a) empréstimos com a emissão de debêntures, simples ou conversíveis em ações pelas sociedades anônimas (art. 64, da LF n. 6.404/76); b) empréstimos a risco ou câmbio marítimo (arts. 633 a 655, do Código Comercial); e c) empréstimos bancários, sendo o mais conhecido o cheque-ouro, regulado pela Circular n. 201/73 do Banco Central, através da qual o banco supre as eventuais deficiências de fundos do depositante pela extrapolação do saldo corrente, até certo limite de crédito, mediante a cobrança de juros e correção monetária.

O mútuo bancário é um contrato complexo, por englobar diferentes obrigações num mesmo instrumento, como as de conta corrente, abertura de crédito, comissão, de penhor ou de hipoteca. *“Reveste-se, pois, de maior abrangência do que o mútuo simples e embasa-se em filosofia própria, que tem no apoio a atividades e empreendimentos, principalmente empresariais, a respectiva razão; daí, a regulação especial que se encontra nos títulos de crédito correspondentes.”*⁴

Veremos agora os principais elementos do mútuo bancário, com ênfase na modalidade de empréstimo em dinheiro.

³ In Tratado - v. 1, 1910, apud COVELLO, S. C.. Ob. cit., p. 155.

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Contratos comerciais, p. 162.

A) **Sujeitos.** Os contraentes devem dispor das capacidades comum e especial para celebrarem o mútuo. O mutuante deve exercer o domínio da coisa emprestada, para que possa haver a transmissão da parcela de seu patrimônio para o do mutuário (v. item 2.1, p.28). Por seu turno, o mutuário deve estar habilitado a contrair obrigações. Nos termos do art. 1.259, do Código Civil: *“O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não poderá ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores ou abonadores (art. 1.502).”* Mas existem as exceções se:

a.1) a pessoa de cuja autorização necessitava o mutuário, para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente (art. 1.260, I, CC);

a.2) o menor, na ausência dessa pessoa, se viu obrigado a contrair um empréstimo para os seus alimentos habituais (art. 1.260, II, CC), incluindo despesas com estudo, vestuário, medicamentos e congêneres.

a.3) o menor tiver adquirido bens em serviço militar, magistério ou qualquer outra função pública (art. 391, II, CC), situação essa em que o credor não poderá executar além das forças do patrimônio do menor (art. 1.260, III, CC). Essa disposição legal mostra-se ociosa, uma vez que o menor adquiriu a capacidade em ocorrendo qualquer dos eventos indicados. Aplica-se apenas a parte final do dispositivo, que veda a execução além das forças daqueles bens.

a.4) o menor ocultar dolosamente a sua idade para obter empréstimo; não poderá alegar a menoridade para eximir-se da obrigação contraída (art. 155, CC) e nem gozar do benefício do art. 1.259, CC, pois, invocar a própria malícia não socorre a ninguém.

O direito não admite o enriquecimento às custas do patrimônio alheio, portanto, se o empréstimo tomado beneficiar diretamente o responsável

pelo menor, o mutuante poderá reaver o que emprestou, demandando o que se aproveitou do ocorrido.

Para completar, o mutuante, no caso, necessariamente deve ser uma entidade autorizada a exercer as atividades próprias de banco, nos moldes da LF n. 4.595/64, a Lei da Reforma Bancária.

B) Real. Somente se aperfeiçoa pela entrega efetiva da coisa, que há de ser restituída no vencimento do prazo estipulado, não bastando o consentimento como ocorre, por exemplo, na empreitada e no compromisso de compra e venda. A operação se fundamenta na *traditio*, conforme prescreve o art. 1.257, CC: "*Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.*" Na prática, a entrega real é representada pelo crédito em conta corrente do cliente no mesmo banco em que obteve o empréstimo, com a operação sendo registrada contabilmente.

Inobstante, nada impede que as partes celebrem por consenso um pré-contrato de promessa de mútuo, com a tradição estando estampada no contrato subsequente.

C) Unilateral. Uma vez efetuada a transmissão do dinheiro, as obrigações reputam-se somente ao mutuário. Ao banco não resta qualquer obrigação. No fim do contrato, o prestatário deverá ter restituído coisa de mesmo gênero, quantidade e qualidade, acrescida de juros e comissões avençados.

D) Oneroso. O banco precisa cobrir o custo dos recursos captados, representado pela remuneração dos depósitos, e para tanto não

poderá transferir fundos sem cobrar pelo serviço prestado, na forma de juros, comissões, e demais encargos remuneratórios e atualizadores do capital mutuado.

O jurista CAZET, ao se referir ao direito uruguaio, descreve: *“A gratuidade do empréstimo bancário não concorda em absoluto com a realidade. Todas as leis que se referem, ainda que seja incidentalmente, a esta operação sempre mencionam expressamente os interesses compensatórios... Concluindo, podemos dizer, considerando não nos equivocarmos, que, em todos os casos, o empréstimo bancário pode caracterizar-se juridicamente como um contrato oneroso. Reafirmando a posição, é oportuno ter em conta que, sem exceção, os bancos regulam minuciosamente a obrigação de pagamento de interesses compensatórios na documentação do caso. Por sua vez, normalmente se especifica a quantia de juros em quantidade igual ao máximo autorizado pelas disposições administrativas pertinentes (Circulares do Banco Central)”*.⁵

Considerando, por hipótese, que a instituição bancária conceda um empréstimo a título gratuito, teremos um contrato regido pela lei civil, pois, deixa de praticar um ato de comércio, cujo um dos requisitos a caracterizá-lo é a obtenção de lucro, ainda que se evidencie um prejuízo por força de uma recessão econômica, ou por outras conjecturas mercadológicas, quando é buscada apenas a maximização da receita total por ter se tornado inviável a pretensão lucrativa.

E) Forma e prova do contrato. O mútuo bancário encontra-se no rol dos contratos não solenes. Na prática, só são realizados sob a forma escrita, quer através de instrumento público, quer por instrumento particular. A última

⁵ In *Los contratos bancários*, 1976, apud COVELLO, S. C.. Ob. cit., p. 156.

forma contratual é a mais freqüente, a menos que o Banco exija garantias reais, preferencialmente a hipoteca.

A forma escrita se aperfeiçoa ao registro contábil e serve como elemento de prova em juízo, e se for constituído verbalmente, a prova exclusivamente testemunhal só poderá ser admitida se o valor do empréstimo não ultrapassar a dez salários mínimos, com base no valor ao tempo de sua celebração (arts. 123, C. Com., 141, § ún., CC e 401, CPC). O mútuo também poderá ser provado, exemplificativamente, por: a) confissão formal de dívida; b) pelo recebimento da soma emprestada; e c) pela emissão de um título de crédito pelo devedor. Inexistindo dispositivos legais específicos sobre a forma dos contratos de mútuo, estes poderão ser provados por qualquer dos demais meios previstos no art. 122 do Código Comercial.

Costumeiramente, o mútuo bancário é concedido mediante a emissão de um título de crédito pelo mutuário, como a nota promissória ou a letra de câmbio, com o intuito de facilitar a circulação e permitir o protesto. No entanto, o seu valor de face está subordinado à exigibilidade, bem como à validade, do montante consignado no contrato.

O banco poderá optar por um ou outro título para executar o débito, sem destoar dos valores discriminados.

Muito embora o contrato de crédito seja de adesão, isso não significa que as propostas dos bancos sejam idênticas entre si, mas que as instituições bancárias operam subordinadas às regras impostas pelo Banco Central, ou que por si só também não se afasta a possibilidade de existirem vícios que possam ser refutados judicialmente, conforme veremos nos próximos capítulos.

F) Viabilidade Jurídica. Após a aprovação do pedido do empréstimo, com a análise do destino pretendido ao financiamento ou valor solicitado, além da verificação da ficha cadastral, a casa bancária autoriza o crédito em conta corrente do tomador.

A situação patrimonial favorável e a incoerência de títulos protestados são fundamentais para a concessão do crédito solicitado. Sendo o solicitante pessoa jurídica, também deverão acompanhar o pedido o contrato social ou estatuto: as atas das assembleias; a composição da diretoria; os balanços mais recentes e demais demonstrativos contábeis que comprovam a sua solvabilidade.

2.3- Objeto do Contrato

O empréstimo bancário, conforme já mencionamos anteriormente, poderá consistir em dinheiro, títulos-valores e firma. Das três variantes, nos interessa mais a primeira, por se identificar melhor com o presente trabalho, mas antes trataremos das duas últimas.

Ao tomar emprestado títulos-valores o cliente os aliena, ou os emprega em seus negócios, para servir de garantia a outros empréstimos que contraia ou então celebra certas transações em prol de sua indústria ou de seu comércio. Verificam-se três hipóteses para esta operação bancária: a) mútuo, se o título a ser restituído for de mesmo gênero, qualidade e quantidade; b) arrendamento ou locação de título, se o mesmo tiver de ser devolvido *“in*

corpora" mediante remuneração; e c) comodato bancário, se o título for emprestado para ser devolvido "*in corpora*" gratuitamente.

No empréstimo de firma o banco oferece uma garantia fidejussória, na forma de fiança, aval ou carta de garantia, para reforçar o crédito do cliente junto a uma empresa ou ente público. Por exemplo, o fisco exige a apresentação de fiança pelo importador de mercadorias, a fim de facilitar o desembaraço alfandegário. A mesma garantia é cobrada do adjudicado em licitação de obra pública de grande vulto. O aval será concedido, em geral, nas operações de comércio exterior. A carta de garantia, por seu turno, compreende-se num documento emitido pela instituição bancária para viabilizar o ingresso de seus clientes em certames internacionais, ou para assegurar a execução de serviços ou fornecimento de material vendido ao estrangeiro (*bid bond or performance bond*).

O empréstimo em dinheiro se consuma com o prestamista (banco) transferindo certa soma pecuniária ao prestatário (cliente), o qual se compromete a repô-la, no prazo determinado, no mesmo gênero, quantidade e qualidade, acrescida da remuneração avençada. Entregue a disponibilidade monetária, os riscos correrão por conta do prestatário, que fará uso da importância mutuada, de forma livre ou vinculada, conforme as cláusulas contratuais.

A concessão do empréstimo normalmente é acompanhada da emissão de um título de crédito por parte do mutuário, que servirá de garantia e meio de prova da operação.

Há pelo menos duas operações bancárias que muito se assemelham ao empréstimo pecuniário, mas que com esse não se confundem, a saber: o desconto e a antecipação.

No desconto o mutuário recebe do banco uma determinada importância, e transfere à instituição um título de crédito emitido por terceiro. O cliente também se responsabiliza pela solvabilidade do devedor principal, constituindo-se numa operação de maior garantia e segurança ao banco.

Na antecipação o cliente oferece uma garantia real em troca do recurso adiantado, que pode consistir em mercadorias ou títulos representativos das mesmas, tais como conhecimento de depósito, *warrants* ou conhecimento de transporte, além de títulos de crédito cotados nas bolsas de valores. Se diferencia do desconto, porque nesse há transferência de títulos de terceiros para os bancos, ao passo que na antecipação o depósito de títulos serve apenas como garantia. E se afasta do empréstimo pecuniário comum, por que nesse exige-se uma garantia pessoal, enquanto que na antecipação a garantia é real.

No empréstimo pecuniário prevalece o nominalismo, ou seja, o valor nominal da moeda definido pelo Estado quando de sua cunhagem ou emissão. A moeda terá sempre o curso legal que lhe dá o Estado. No mútuo em dinheiro o prestatário exonerar-se-á da obrigação repondo da mesma soma, mesmo que seu valor tenha se depreciado, salvo se tiverem ajustado previamente a correção monetária com fulcro nos índices oficiais.

O Decreto-lei n. 857/69, que dispõe sobre o curso forçado da moeda nacional, em seu art. 1º, vedou o pagamento em moedas de ouro e prata ou em moeda estrangeira ao tornar nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos e obrigações, exigíveis no Brasil, que adotem tais instrumentos como padrão monetário. A exceção é feita aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, salvo os contratos de locação de imóveis situados no território nacional (art. 2º, IV).

Acrescenta-se que o mútuo em moeda estrangeira é regido pela LF n. 4.131/62, e o repasse de empréstimos em moeda estrangeira é disciplinado pela Resolução n. 63/67, do Banco Central, cuja modalidade de crédito contempla como mutuária uma instituição financeira sediada no País, a qual repassa o recurso obtido no exterior a empresas nacionais, para fins de giro ou investimento.

2.4- Modalidades de Empréstimos

Os empréstimos podem ser classificados conforme a sua destinação em: pessoais e comerciais. Os primeiros são concedidos com base na pessoa do mutuário, sendo comprovada a sua ocupação profissional, a integridade, a solvabilidade, a vida pregressa, além de outros atributos referentes à idoneidade. A sua destinação é o consumo, ou outras operações de caráter pessoal e familiar, sendo considerado um crédito a curto e médio prazos a particulares.

Os comerciais têm a finalidade de suprir a carência de capitais fixo e de movimento para o desenvolvimento da atividade empresarial. A duração é a médio e longo prazos.

Com relação ao reembolso da importância emprestada, o contrato pode ser simples ou amortizável. Na primeira situação, o valor é restituído de única vez, em conformidade ao prazo pactuado. Através da amortização, a quantia é devolvida em parcelas periódicas e sucessivas, mensais, ou trimestrais, ou semestrais, ou como tenha sido avençado.

Por último, avistam-se as garantias, que poderão ser pessoais ou reais. Entre as pessoais encontram-se a fiança, o aval e carta de garantia. As reais requerem uma segurança constituída em bens, como ocorrem com o penhor, a hipoteca e o *warrant*.

Não raro, as modalidades de empréstimo se complementam para efeito da concessão do crédito.

2.5- Efeitos do Contrato

A partir de sua celebração, o mútuo passará a produzir efeitos jurídicos, como a seguir são descritos:

A) Conferir direitos ao prestamista:

A.1) Exigir garantia da restituição, ou o reforço da que houver sido oferecida anteriormente, se antes do vencimento o prestatário sofrer notória mudança no seu patrimônio (art. 1.261, CC);

A.2) Reclamar a devolução de coisa equivalente, uma vez expirado pactuado. Caso o contrato não tenha previsto o prazo para o seu cumprimento, a exigência da restituição tomará por base aquele previsto no art. 137, do Código Comercial;

A.3) Demandar a resolução do contrato se o prestatário for inadimplente na obrigação de juros e comissões, ou se preferir executar a garantia.

O prestamista também assume certos deveres, os quais não reputam propriamente em obrigações, mas em elementos indispensáveis à formação do negócio, quais sejam: a) transferir a coisa objeto do empréstimo; b) deixar de interferir na aplicação da importância pelo prestatário ao longo do contrato, a menos que por convenção ou por força legal seja determinada a sua fiscalização, e não exigir a restituição antecipada do objeto, salvo se residir algum motivo que implique na rescisão contratual.

B) Gerar obrigações ao prestatário:

B.1) Restituir a soma emprestada na mesma espécie, qualidade e quantidade, na época e nas condições convencionadas. Caso se torne impossível a devolução, por motivo que lhe é inimputável, poderá devolver a quantia pelo seu equivalente econômico, como por exemplo, em títulos de crédito. Não pode, ainda, compelir o prestamista a receber em parcelas, se isso não tiver sido pactuado;

No tocante ao lugar da restituição estabelece o art. 950, Código Civil: *“Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionais diversamente, ou se o contrário dispuserem as circunstâncias, a natureza da obrigação ou a lei.”* *“Parágrafo único. Designados dois ou mais lugares, cabe ao credor entre eles a escolha.”* Em geral, os empréstimos bancários são restituídos no local onde a operação se concretizar, na matriz ou na filial do mutuante;

B.2) Pagar juros e comissões estipulados, por se tratar de mútuo feneratício. As comissões representam a contraprestação, ou o preço do contrato. Os juros equivalem à remuneração do capital emprestado. Estes valores são livres, devendo a sua estipulação respeitar as prescrições legais;

B.3) Amortizar a importância conforme o prazo pactuado. O contrato deverá prever a forma de devolução do capital e seus encargos, se num único ato ou em parcelas, ou se a obrigação principal deve ser quitada antes ou depois da acessória. Os prazos de amortização costumam ser mensais, bimestrais, trimestrais, semestrais e anuais;

B.4) Cumprir a finalidade do empréstimo, conforme consignada na solicitação de crédito;

B.5) Permitir à instituição bancária a realização das auditorias que se fizerem necessárias, a fim de se verificar o fiel cumprimento do contrato.

2.6- Causas Extintivas

Toda relação jurídica tem começo, meio e fim, e o mútuo bancário não foge à regra. Considerando que as partes não tenham firmado um termo de duração, aplica-se o prazo do art. 137, C Com: *“Toda obrigação mercantil que não tiver prazo certo estipulado pelas partes, ou marcado neste Código, será exequível 10 (dez) dias depois de sua data.”*

O art. 762, do Código Civil, ao se referir aos créditos com garantia real, elenca uma série de hipóteses em que ocorre o vencimento antecipado da obrigação, das quais destacamos:

- decretação da insolvência civil do particular ou da falência do comerciante;
- impontualidade no pagamento das prestações;

– desapropriação da coisa dada em garantia, com o depósito do preço correspondente para suprir o crédito;

– e o perecimento do objeto dado em garantia, sem que o devedor ofereça outro em substituição, nesse caso, em se tratando de garantia pessoal e falecer o fiador sem que a mesma se resolva, reporta-se ao art. 263, C Com.: *“Desonerando-se, morrendo ou falindo o fiador, o devedor originário é obrigado a dar nova fiança ou pagar imediatamente a dívida.”*

Ressalta-se, ainda, o que estatui o art. 1.490, CC: *“Se o fiador se tornar insolvente, ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído”*.

Seja qual for a hipótese vivenciada nos termos da exposição anterior, o vencimento antecipado da dívida não importa o dos juros correspondentes ao prazo convencional por decorrer (art. 763, CC).

Relacionamos, ainda, outras causas extintivas da relação contratual: a) o distrato, em que de comum acordo as partes antecipam o vencimento; b) a resolução unilateral por parte do devedor, muito embora a matéria não seja pacífica; e c) a efetivação de algum modo conclusivo com previsibilidade no próprio instrumento negocial.

2.7- Prestação Antecipada pelo Tomador

Em regra, uma vez firmada a relação negocial, salvo disposição expressa em contrário, os contraentes devem respeitar o prazo pactuado, em observância ao princípio jurídico *"pacta sunt servanda"*, ou seja, os acordos são para serem cumpridos.

O mútuo bancário implica na incidência de juros, os quais representam o preço de cada unidade de tempo, em que a importância mutuada permanece no proveito do tomador. Os juros consistem em vantagem para o banco, ou o seu lucro. A restituição antecipada do numerário significa, portanto, um prejuízo, uma perda do lucro previsível.

Segundo prescreve o art. 126, CC: *"Nos testamentos o prazo se presume a favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contraentes"*. Pode-se concluir, então, que os juros, quando estipulados, beneficiam a instituição de crédito, pois importa na sua vantagem.

Neste sentido, observa-se o art. 431, *"caput"*, C Com: *"O credor não pode ser obrigado a receber o pagamento em lugar diferente do ajustado, nem antes do tempo do vencimento; nem a receber em parcelas o que for devido por inteiro"* (salvo as hipóteses dos itens 1 a 4). O preceito também se escuda no art. 136 do mesmo Código: *"Nas obrigações com prazo certo, não é admissível petição alguma judicial para a sua execução antes do dia do vencimento, salvo nos casos em que este Código altera o vencimento da estipulação ou permite ação de remédios preventivos"*. Neste sentido, se considera inadmissível a antecipação do prazo unilateralmente pelo mutuário, o

qual só poderia restituir o principal antes do fim do contrato se pagar os juros e comissões no prazo avençado.

Uma vez firmado o negócio jurídico, salvo disposição em contrário, deve prevalecer de que o contrato faz lei entre as partes e ambas devem cumprir o prazo estipulado. Quando o prazo é fixado em favor do credor ou de ambos os pólos não pode qualquer deles renunciar sem a anuência do outro.

No entanto, há quem entenda que inexistindo cláusula proibitiva da antecipação, nada impede o seu processamento quando for do interesse do mutuário. Como nas palavras de Clóvis Bevilácqua: *“O prazo, nas obrigações, presume-se a favor do devedor, se o contrário não resultar do teor do instrumento ou das circunstâncias (art. 126). Consequentemente, em regra, o devedor pode pagar antes de vencido o prazo, sem contudo ter direito a repetir o que tiver pago, nem a desconto. Pensamento diverso insinuara-se no Projeto revisto; mas desapareceu na discussão, e o Código diz somente que nos casos previstos no art. 954, ao credor assiste o direito de cobrar a dívida antes do vencimento. Harmonizou, assim, o dispositivo da parte especial com o da parte geral (art. 126), e fez prevalecer o princípio de que, havendo prazo, o devedor poderá pagar antes dele, se outra coisa não estiver estipulada, nem resultar das circunstâncias, mas o credor não poderá exigir o cumprimento da obrigação, senão nos casos determinados nos números I a III do art. 954.”*⁶

⁶ In Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. IV/88, apud RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário, pp. 37 e 38.

A discussão é sepultada com o advento da LF n. 8.078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 52, disciplinando o fornecimento de produtos e serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, prescreve no § 2º, *in verbis*: “É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos”. Portanto, por um princípio de hermenêutica, a lei posterior, de mesmo nível hierárquico, e tratando da mesma matéria, revoga a anterior.

CAPÍTULO III

A OBRIGAÇÃO NOS EMPRÉSTIMOS PECUNIÁRIOS

Nos capítulos anteriores descrevemos a evolução histórica, as modalidades e os caracteres do empréstimo bancário, traçando-se as linhas mestras da intermediação financeira, e a sua importância para o desenvolvimento econômico e social. Dentre as modalidades de empréstimo, foi enfatizada a que envolve a transferência de disponibilidade monetárias, por melhor se adequar ao objeto do presente estudo.

Neste capítulo, destacaremos os elementos valorativos da obrigação assumida pelo tomador de empréstimo pecuniário junto às instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional. Tais elementos consistem em: juros, comissões, correção monetária e nos efeitos da cláusula penal pactuada pelas partes.

O primeiro foco a ser analisado é a distinção entre obrigações principal e acessória, e como a mesma se identifica com a matéria em tela. Em seguida, trataremos das prestações pecuniárias, de valor e de juros, bem como dos demais encargos que incidem no contrato.

3.1- Obrigações Principal e Acessória

A obrigação pode ser dotada de existência própria e independente de qualquer outra, o que ocorre de forma ordinária, sendo, portanto, denominada de obrigação principal. Por outro lado, há uma série de obrigações que se expressam dependentes de outras, as quais determinam a sua existência, são as denominadas obrigações acessórias. Em geral, os códigos não perfazem essa distinção, mas podemos encontrá-la no Código Civil argentino, cujo art. 523, assim prescreve: *“De dos obligaciones, una es principal y la outra acessoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra”*.

As obrigações principais não se subordinam a outras relações jurídicas, posto que existem por causas próprias, face aos seus fatores determinantes. Como exemplo, temos o contrato de compra e venda, no qual o vendedor, ao alienar a coisa, se compromete a transmitir o seu domínio ao comprador; ou o contrato de locação, em que o inquilino se obriga a restituir o imóvel locado ao seu término.

As obrigações acessórias, por sua vez, se vinculam a outras já contraídas, sem as quais não existiriam. Como ocorre no caso do penhor e dos juros. O penhor é empregado como garantia do negócio celebrado.

O Código Civil argentino (art. 524) estabelece, ainda, a diferenciação entre as obrigações acessórias: se em relação ao objeto, ou quanto às pessoas obrigadas. Na primeira situação, quando assumidas para assegurar o cumprimento de uma obrigação principal, como são as cláusulas penais; na segunda, quando funcionam como garantidoras ou fiadoras.

Como foi visto, o caráter acessório tanto pode decorrer da vontade das partes, tido como convencional, o qual se materializa em garantias, como, por exemplo, o penhor ou a hipoteca, quanto diretamente pela disposição em lei, denominado de legal, cujo exemplo vê-se na obrigação do vendedor em entregar a coisa vendida (principal), sendo ainda obrigado a resguardar o comprador dos riscos da evicção (acessória).

Muito embora essas duas modalidades se diferenciam quanto à origem, por se ampararem na manifestação volitiva ou na lei, elas não divergem quanto aos efeitos.

A extinção da obrigação principal extingue de igual modo a acessória. A nulidade da principal também recai sobre a acessória, mas a dessa não reflete na primeira. No entanto, há uma exceção: em se tratando da nulidade da obrigação principal pela incapacidade pessoal do devedor, a mesma não afeta a fiança concedida (art. 1.488, CC), salvo no mútuo feito a menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver (art. 1.259, CC), com exceção das hipóteses previstas no art. 1.260, CC.

No mútuo pecuniário mercantil, uma vez aperfeiçoado pela transmissão do capital, cumpre ao mutuante a sua restituição, como obrigação principal, e o pagamento de juros e demais encargos financeiros, a título de obrigação acessória, conforme a forma e o prazo pactuados.

Convém distinguir a “cláusula acessória” da “obrigação acessória”. A primeira reputa em acréscimo, sem originar obrigação diversa. Como demonstração temos *“a irretratabilidade estipulada em contrato de compra e venda. As partes inserem uma cláusula que é acessória, porque aquela finalidade não é parte da natureza da promessa, mas não constitui uma*

obrigação acessória, porque não implica em uma obrigação a mais, aderente ao contrato, à qual o devedor esteja sujeito.¹

3.2- Prestação Pecuniária

O adimplemento das obrigações, em geral, faz-se em dinheiro, o qual é utilizado como intermediário na troca de coisas e bens.

O objeto de uma obrigação pode consistir numa prestação em dinheiro desde a sua origem, como ocorre no caso do empréstimo naquela espécie, entretanto, não raro, decorre da transformação sucessiva do objeto originário, ao qual se venha substituir por uma prestação pecuniária. *“É o preço na compra e venda ou na locação; outras vezes a obrigação de fazer ou de dar que se impossibilita por culpa, convertendo-se em valor monetário (arts. 879 ou 865, CC); ou ainda é o dever de reparação do ilícito que se liquida em prestação pecuniária*”.²

A obrigação reputa num valor quantitativo, do qual o dinheiro é um instrumento a realizá-la. O dinheiro é representado por coisas (moedas, notas, mercadoria, metais, etc.) que são empregadas como meio geral de quitação dos débitos. O dinheiro legal consiste nas espécies a que o Estado reconhece função liberatória genérica. Cumpre-se a prestação em dinheiro pela transferência da moeda de curso legal no país.

Ademais, o Direito concebe dois conceitos distintos de dinheiro. No sentido lato, é meio de pagamento, abrangendo aqueles que não podem ser

¹ VIANA, Marco Aurélio S.. Curso de direito civil: obrigações, p. 116

² VIANA, M. A. S.. Ob. cit., p. 125.

impostos ao credor por não disporem de curso forçado (ex., a mercadoria); e no sentido estrito, é o meio de pagamento que tem de ser aceito compulsoriamente (ex., a moeda metálica cunhada pelo Estado). Apenas o dinheiro nessa última concepção se constitui no objeto da prestação pecuniária propriamente dita. Na anterior, o cumprimento da obrigação é substituído pela entrega de coisa correspondente.

A prestação pecuniária não se resume a ter como objeto espécies monetárias. Há contratos cujo objeto são determinadas moedas ou cédulas individualizadas, como ocorre na obrigação de se restituir a outrem certas moedas que esse lhe emprestou, que lhe foram transferidas, não para que fossem empregadas em suas atividades, mas, tão somente para guardá-las. Em outras oportunidades, o que prevalecerá é o valor histórico ou numismático especial, constituindo na obrigação de que certas moedas ou cédulas são cedidas para figurarem em uma exposição.

A dívida pecuniária afigura-se de diferentes formas:

- a) dívida de simples quantia, por exemplo, o pagamento de R\$ 100,00;
- b) dívida de quantia em determinado metal, por exemplo, pagamento de R\$ 100,00 em ouro;
- c) dívida de quantia determinada pela espécie da moeda, o pagamento de R\$ 100,00 em centavos;
- d) dívida de quantia em moeda de certa espécie com valor nominal determinado, o pagamento de R\$ 100,00 em moeda metálica de um real;

e) dívida de quantia em moeda de certa espécie com valor convencionado, o pagamento de R\$ 100,00 ao câmbio determinado pelas partes.

O adimplemento da obrigação não se processa de igual modo nas diversas formas. Sendo a dívida de simples quantia, o devedor a satisfaz pagando em qualquer espécie monetária. Por sua vez, se a dívida deve ser honrada em dado metal o pagamento há de se efetuar na moeda prevista no acordo.

A prestação pecuniária propriamente dita é a que comporta como objeto uma dívida de simples quantia, pois, a quitação em determinadas peças de moeda ou de quantidade de peças da mesma natureza não corresponde a uma dívida pecuniária, embora consista em dinheiro.

No entanto, em que consiste o objeto da prestação pecuniária: se é no valor que a moeda representa ou na sua quantidade? Entendemos que é o valor quantitativo o que importa, ou seja, é o *quantum* (valor nominal). O valor quantitativo está *in obligatione*, e *in solutione*, não variando em face da depreciação monetária.

Por seu turno, há aqueles que a classificam como modalidade da obrigação genérica. *“Sendo o dinheiro o bem fungível por excelência, constituiria objeto da prestação de dar coisa certa, mas, em verdade, a dívida pecuniária não possui esta natureza. Caracteriza-se, pelo valor quantitativo, isto é, medida obtida por meio de cálculo, sendo indiferente a moeda ou o papel empregado. É, em síntese, obrigação da soma de valor. Na dívida pecuniária, a prestação não é de coisas, ainda quando tenha por objeto determinada espécie monetária”.*³

³ GOMES, Orlando (atual. de Humberto Theodoro Júnior). *Obrigações*, pp. 44 e 45.

Considerando-se a prestação pecuniária como dívida de soma de valor, restam duas conseqüências relevantes: a) o risco da perda do dinheiro enviado pelo devedor não repercute ao credor; b) o devedor não se exonera da obrigação ainda que a espécie monetária contratada saia de circulação, pois que deverá cumpri-la na espécie que a substituiu, o que também se aplica no caso de invalidação da emissão da moeda.

É mister que a prestação monetária se cumpra na moeda corrente do país, em conformidade com o sistema monetário vigente, não competindo aos particulares recusar, direta ou indiretamente, o instrumento monetário dotado de curso forçado pelo Estado. Entretanto, há operações que podem ser contratadas em moeda estrangeira, como na importação ou exportação de mercadorias, sendo essa uma das hipóteses do art. 2º, do Decreto-lei n. 857/69.

O poder aquisitivo da moeda está sujeito a oscilações no decurso de prazo face à variação no nível de preços da economia, podendo, inclusive, afetar a comutatividade entre as partes que celebraram o pacto negocial. Ao longo de décadas, foram editadas leis que procuraram compatibilizar a atualização das dívidas com a capacidade de pagamento dos devedores, para que houvesse condições de cumprimento dos contratos. Atualmente, as regras existentes vedam a correção monetária no curto período de tempo, como forma de dar prosseguimento ao processo de estabilização instalado no país no primeiro semestre de 1994 (v. item 3. 6 - Correção Monetária).

3.3- Dívidas de Valor

Uma outra distinção importante é a que reside entre as prestações pecuniárias e as dívidas de valor. As primeiras se definem por uma quantia fixa, enquanto que as outras oscilam no *quantum* em razão do valor da moeda.

O objeto das dívidas de valor não se refere propriamente ao dinheiro, mas à prestação correspondente ao valor de certa coisa ou ao custo de determinado bem ou serviço, com o dinheiro sendo empregado apenas como ponto de referência ou instrumento necessário de quitação do compromisso. O dinheiro se limita a funcionar como medida de valor do objeto de interesse das partes. A dívida não compreende um determinado número de unidades monetárias, mas o pagamento de um montante referente a certo valor.

São exemplos comuns dessa espécie de obrigação: o ressarcimento por danos decorrentes de ato ilícito (art. 159, CC); e a prestação de alimentos (art. 400, CC), onde o credor tem direito a uma quantia idêntica ao valor do bem violado ou ao valor necessário para que o alimentando possa sobreviver, conforme a capacidade de pagamento do devedor.

3.4- Prestação de Juros

Antes de tratarmos das peculiaridades desta espécie obrigacional, precisamos descrever o conceito de juros abordado pela doutrina.

Segundo GOMES⁴, o juro corresponde *“à soma que o devedor paga ao credor além do principal, como compensação do uso da soma emprestada, e dos riscos que o credor corre com o desembolso dele”*.

PENNANCE & SELDON⁵ são mais sucintos ao colocar que juro *“é o preço pago pelo uso de fundos tomados por empréstimo”*.

KEYNES⁶ assevera que o juro *“é o preço mediante o qual o desejo de manter a riqueza em forma líquida se concilia com a quantidade de moeda disponível”*, ou seja, é o preço da preferência pela liquidez.

MAYER⁷ conceitua que o juro *“expressa a relação entre dois valores de capital, o valor atual x , e o valor futuro y . O valor futuro é maior do que o valor atual em dado percentual estipulado pelas partes”*.

SERPA LOPES⁸ lembra que os juros na definição de CROME, *“são a compensação ministrada pelo devedor ao credor em razão do uso de uma quantidade de coisas fungíveis, ou, no conceito de THÜR, a remuneração que o credor pode exigir, para privar-se de uma soma em dinheiro, que adiantou ao devedor. O conceito de juros contém dois elementos: o preço do gozo da soma emprestada e o prêmio do risco”*.

⁴ In Dicionário econômico - comercial e financeiro, p. 174.

⁵ In Dicionário de economia, p. 254

⁶ In A teoria geral do emprego, do juro e da moeda, p. 137

⁷ In Moeda, bancos e a economia, p. 87.

⁸ In Curso de direito civil, pp. 66 e 67.

Diante deste quadro podemos conceituar juro como uma quantidade de coisas fungíveis, que se pode cobrar como rendimento de um débito de capital. Observa-se, sem dificuldade, que a compensação pode consistir em qualquer coisa fungível, sendo mais comum o emprego do vocábulo juro em referência à obrigação em dinheiro, como acessório de uma obrigação principal pecuniária. O juro é estipulado em proporção da importância ou do valor do capital e do tempo durante o qual se cede a sua aplicação, ou ainda quando não haja a concordância de seu titular.

A prestação de juro encontra-se no rol das obrigações acessórias, pressupondo-se uma dívida de capital. Embora vinculada à uma obrigação principal, nada obsta que seja demandada autonomamente, devido à sua executoriedade própria. Entretanto, tal peculiaridade não a iguala à prestação principal, pois que ainda conserva o seu caráter acessório.

O legislador sinalizou noutro sentido ao editar o Código Tributário Nacional, através da LF nº 5.172/66, ao definir que a obrigação tributária é principal ou acessória (art. 113, "caput"), sendo que *a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por dejetivo o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente (§ 1º)*, ao passo que *a obrigação acessória decorre da legislação tributária, tem por dejetivo as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (§ 2º)*. A simples inobservância da obrigação acessória *e converte em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária (§ 3º)*.

No campo tributário, portanto, as obrigações principal e acessória se equiparam na medida em que a sanção imposta ao infrator consiste numa prestação pecuniária, além das sanções penais e administrativas aplicáveis.

3.4.1- Retrospectiva no Direito Brasileiro Republicano

No direito brasileiro, o Código Civil (art. 1.262) contemplava o regime da liberdade contratual, podendo-se estipular os juros a qualquer taxa, com ou sem capitalização. Os excessos cometidos pelos mutuantes conduziram à uma limitação para os juros, com o advento do Decreto n. 22.626/33 – Lei da Usura,⁹ o qual estipulou um teto para a sua fixação, não podendo ser superiores a 12% ao ano, admitindo-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% (um por cento), e não mais. No mesmo diploma, se proíbe o anatocismo, salvo na acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

O Código Comercial, no art. 253, também veda a contagem de juros sobre juros, com exceção da acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano. Depois que um juízo se intenta a ação contra o devedor, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros.

Segundo estatui o art. 1º, do Decreto-lei n. 1.113/39 é vedado às casas de empréstimos sob penhor cobrar juros superiores à taxa de 12% ao ano, ou comissão ou desconto, fixo ou percentual, sobre a quantia mutuada, além daquela taxa.

No mesmo sentido, a LF n. 1.521/51, art. 4º, inseriu a usura pecuniária ou real entre os crimes contra a economia popular nos seguintes termos: *“a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida em lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de*

⁹ Há quem entenda que o Decreto n. 22.626/33 foi revogado pelo Decreto s/n., de 25.04.91, o qual por sua vez foi revogado pelo Decreto s/n., de 21.11.91 (DOU 02.12.91) aplicando-se, o artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução do Código Civil. Mas, a jurisprudência dominante tem mantido a sua aplicabilidade.

câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o 1/5 (quinto) do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.”

Com a introdução da Reforma Bancária, pela LF n. 4.595/64, foram afastadas aquelas restrições nos contratos bancários, competindo ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República, limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de alterações de serviços bancários ou financeiros (art. 4º, IX). O Supremo Tribunal Federal se mostrou favorável a esse entendimento, segundo estampado no Enunciado n. 596 de sua Súmula, o qual transcrevemos: *“As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.”*

A discussão acerca do teto de 12% ao ano de juros é retomada com a promulgação da Constituição Federal/88 (art. 192, § 3º). Para alguns, a regra constitucional é de aplicação imediata, dada a autonomia do § 3º em relação ao *“caput”* do art. 192, e, também, por considerarem que a lei complementar a disciplinar o Sistema Financeiro Nacional não poderá ampliar ou reduzir o teto constitucional, logo, o vácuo legislativo não representa empecilho a sua aplicação. Mas, há quem entenda que é fundamental a aprovação da aludida lei complementar para que tenha eficácia a restrição constitucional, ou seja, por um princípio de hierarquia das normas o parágrafo não se sobrepõe ao artigo ao qual se vincula diretamente, a menos que expressamente contenha a exceção de sua aplicabilidade.

3.4.2- Modalidades de Juros

Como vimos anteriormente, a prestação de juros decorre de uma obrigação de capital, quer em dinheiro ou em outra coisa fungível, caracterizando uma obrigação acessória, e que pode ser exigida independentemente da dívida principal.

A quantia a ser paga a título de juros deve ser definida desde a celebração do negócio jurídico, em razão do caráter acessório da dívida remuneratória. Três fatores são determinantes na sua fixação: a) grau de segurança do investimento; b) a efetividade da relação existente entre os pólos, ou seja, o interesse do devedor em obter crédito, e do credor em investir, c) a conjuntura do mercado de capitais, caracterizada pela abundância ou escassez de recursos disponíveis.

A prestação de juros constitui-se por estipulação contratual ou por disposição legal, cujas modalidades veremos agora.

A) Juros compensatórios. Esta modalidade refere-se à remuneração do capital emprestado por convenção entre as partes, com vigência determinada pelo prazo do contrato, cujo limite máximo não poderá ultrapassar os 12% a ano, nos termos do art. 1º, *“caput”*, do Decreto n. 22.626/33.

Caso as partes não tenham estipulado a taxa de seu interesse, poderá o credor exigir a compensação com base na taxa legal. Considerando-se a onerosidade do mútuo mercantil, ainda que os juros não sejam pactuados, esses poderão ser cobrados em todas as hipóteses do Código Comercial (art.

248). Segue-se o entendimento de que o teto é de 6% ao ano, com fulcro nos arts. 1.063, CC, e 1º, § 3º, do Decreto n. 22.626/33.

No mútuo bancário, as taxas são fixadas em níveis mais elevados, praticamente livres, como por exemplo, 3,5% ao mês (ou 51,1% ao ano com capitalização mensal) no crédito ao consumo de bens duráveis, ou 7,0% ao mês no cheque especial (ou 125,2% ao ano), cujo amparo são as inúmeras regras do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, as quais se fundamentam no art. 4º, IX, da LF n. 4.595/64. Em contrapartida, a caderneta de poupança remunerou os depositantes em apenas 1,012% em janeiro/97(ou 12,8% ao ano, mantida a média da TR), e o CDB-CDI oferece o percentual de 26,11% ao ano pela taxa ANBID (Associação Nacional dos Bancos de Investimento e Desenvolvimento)¹⁰.

B) Juros moratórios. Decorrem do atraso na restituição do capital tomado por empréstimo. Os juros de mora podem ser pactuados pelos contraentes, em se tratando de inadimplemento obrigacional, situação na qual se denominam moratórios convencionais, dada a sua natureza negocial. Por outro lado, se a taxa não for avençada, aplicar-se-á a prevista em lei: 6% ao ano (art. 1.062, CC), consistindo nos moratórios legais. Em ambas as situações os juros moratórios resultam de um emprego não consentido de capital alheiro.

Estatui o art 1.064, CC, que: *“ainda que não se alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora, que se contarão assim as dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes”*. MONTEIRO¹¹ coloca que *“desse preceito decorrem as duas conseqüências*

¹⁰ Cotações do Jornal Folha de São Paulo: 22 e 23.02.97

¹¹ In Curso de Direito civil – direito das obrigações, p.339

seguintes: a) os juros moratórios são devidos independentemente de alegação de prejuízo. Decorre este, necessariamente, da própria mora...; b) os juros moratórios são devidos seja qual for a natureza da prestação (obrigações pecuniárias ou qualquer outra espécie). No primeiro caso, tornam-se devidos desde que constituído em mora o devedor (CPC, art. 219); no segundo, se a dívida não for em dinheiro, contam-se os juros sobre a estimação atribuída ao objeto da prestação por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes”.

No Código Comercial a matéria atinente aos juros moratórios é disciplinada nos arts. 248, 249, 289 e 660.

C) **Juros simples e compostos.** Por juros simples entendem-se aqueles que são contados periodicamente sem que haja a capitalização, ou seja, sem que se conte juros sobre juros. Esta é a regra do art. 4º, do Decreto n. 22.626/33, a qual se afina com a do art. 253, C Comercial.

Reputam-se juros compostos quando a contagem se capitaliza, ou seja, os juros uma vez incorridos se integram ao capital, sobre o qual serão computados novos juros. No campo das obrigações resultantes de atos ilícitos estatui o art. 1.544, CC: *“Além dos juros ordinários, contados proporcionalmente ao valor do dano, e desde o tempo do crime, a satisfação compreende os juros compostos.”*

No próximo capítulo estudaremos com mais detalhes o anatocismo.

D) **Juros reais e nominais.** Nas economias em que o valor da moeda não é estável é corrente que os juros nominais incorporem o valor

depreciado ou majorado da moeda aos patrimônios do devedor ou de credor. Os juros reais consistem, desse modo, na taxa nominal de juros deduzida a inflação verificada no período considerado, ou seja, são juros *“efetivos, incidindo sobre toda e qualquer desvalorização da moeda”*.¹²

E) Taxa referencial de juros – TR. Como instrumento de política econômica no combate a inflação, através da LF n. 8.177/91¹³, a qual estabelece regras para a dexindexação da economia e dá outras providências, é instituída a Taxa Referencial – TR, que compõe-se de juros e correção monetária. O seu cálculo dá-se a partir da *“remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimento, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com a metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de 60 (sessenta) dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal”* (art. 1º, *“caput”*). Enquanto não aprovada a metodologia de cálculo, a TR será fixada pelo Banco Central do Brasil – BACEN (§ 3º).

A TR substituiu os índices de atualização dos contratos até então autorizados, a saber: Bônus do Tesouro Nacional – BTN, BTN fiscal, e o Maior Valor de Referência – MVR, com a peculiaridade de contemplar, além da correção monetária, os juros remuneratórios das operações efetuadas, a incidirem no período pactuado.

¹² CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira, p. 4.292.

¹³ A LF n. 8.660/93, que estabelece novos critérios para a fixação da Taxa Referencial – TR, extingue a Taxa Referencial Diária – TRD, e dá outras providências.

3.5- Comissão de Permanência

A comissão de permanência é um encargo cobrado por instituições financeiras, tendo em vista o serviço prestado sobre os títulos que permanecem em seu poder após os respectivos vencimentos. A sua origem no direito pátrio decorre da Resolução n. 15/66 do BACEN, com modificações introduzidas pelas circulares ns. 77 e 82/67, em atenção a diretrizes do Conselho Monetário Nacional – CMN.

O fundamento das referidas normas são os incisos VI e IX do art. 4º, da LF n. 4.595/64, a seguir descritos:

“Compete privativamente ao CMN:

...

VI - disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras;

IX - limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil...”

Há um debate doutrinário em que se questiona a validade e a legitimidade da comissão de permanência, no tocante a sua cambiaridade e à possível incompatibilidade com a Lei da Usura.

A cambiaridade, como qualquer outra menção, só poderá ser considerada se constante do título, sendo desprezível se constar apenas em

pacto adjeto, logo, a sua validade é inconteste se presente no título ao qual corresponda.

As instituições financeiras auferem receita na forma de juros e taxas que cobram pelos serviços prestados, no entanto, tais valores são previstos para remunerar as instituições somente até os vencimentos dos títulos. Uma vez vencidos os títulos e permanecendo na entidade, esta desenvolve serviços relativos aos mesmos, os quais não são efetivamente remunerados.

O acórdão da 2ª Câmara Cível do TARS esclarece essa situação, consoante a ap. civ. n. 11.098: *"A instituição financeira nos termos da Circular n. 82, de 1967, do Banco Central, pode haver do sacado a comissão de permanência, nas mesmas bases proporcionais de juros, encargos e comissões cobradas na operação primitiva calculados sobre os dias de atraso"* (RT, 487 : 215).

Portanto, se a exigência é lícita, e integra o título, não há razão para questionar a sua cambiabilidade.

A Lei da Usura, como é chamado o Decreto n. 22.626/33, só admite a cobrança dos juros máximos equivalentes ao dobro da taxa legal, totalizando 12% (doze por cento) ao ano sobre o capital emprestado (art. 1º, *"caput"*), sendo vedado, a pretexto de comissão, receber o mutuante taxas maiores que as permitidas por esta Lei (art. 2º); havendo, desse modo, a conformidade com o estipulado no art. 49, item 2, da Lei Uniforme de Genebra.

O CMN, ao disciplinar a comissão de permanência, agiu dentro da competência que lhe foi conferida por lei, não se aplicando nesse particular, a proibição imposta pela Lei da Usura. A polêmica retorna com o advento da Carta Magna/88, art. 192, § 3º, que estabelece taxas de juros reais de 12% (doze por cento) ao ano na concessão de crédito, nelas incluídas comissões e

quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente consideradas. Discute-se em juízo a aplicação imediata ou não do referido preceito constitucional, enquanto se aguarda a sua regulamentação pelo Congresso Nacional.

Através da Resolução n. 1.129, de 15.05.86, o Banco Central do Brasil já havia confirmado a exigibilidade da comissão de permanência, e em paralelo à correção monetária, a qual, no inciso I, facultou aos estabelecimentos bancários *“cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além dos juros de mora da legislação em vigor, a comissão de permanência, que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento.”* No inciso III é determinado que quando se tratar de operação contratada até 28.02.86, o encargo em tela será cobrado:

“a) Nas operações com cláusula de correção monetária ou variação cambial, nas mesmas bases do contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento...”

“b) Nas operações com encargos pré-fixados e vencidos após 27.02.86, com base na taxa de mercado do dia do pagamento.”

Embora na sua origem se destinasse a remunerar o serviço prestado sobre os títulos após o seu vencimento, a incidência da comissão de permanência tem evidenciado mais uma forma de atualização da dívida, ao lado da correção monetária, representando uma dupla penalização ao devedor, o qual fica obrigado a pagar duas vezes pela mesma coisa. Neste sentido, surge o entendimento de que tais verbas são inacumuláveis, por produzirem o mesmo efeito, qual seja, o de ressarcir o prejuízo sofrido pelo credor, ante o atraso do devedor.

A 2ª Câmara Civil do TAPR, no julgamento da Ap. Civ. 30.632, chegou ao entendimento de que:

“Obrigação de fonte convencional, a comissão de permanência tem, por certo, função remuneratória de capital. Mas em função do desgaste inflacionário, nela se inclui, como elemento integrante de seu nivelamento, a consideração de índices de correção do valor da moeda, com vista, exatamente, a preservar a identidade do imposto da obrigação no tempo decorrido até seu cumprimento. E, desse modo, se o encargo obriga a previsão de fatores corretivos, constituiria bis in idem admitir a sua aplicação sobre o valor da dívida cobrada judicialmente em cúmulo com a correção monetária determinada pela Lei 6.899/81.”

A inacumulatividade foi mantida no “Simpósio dos Tribunais de Alçada do Brasil, promovido em Curitiba, entre 25 a 28.08.88, que discutiu os aspectos gerais dos contratos bancários, com a seguinte manifestação dos participantes: *“Não são exigíveis cumulativamente, a correção e a comissão de permanência.”* Inobstante, com relação aos juros, assim proclamou o conclave: *“São exigíveis cumulativamente a comissão de permanência e os juros de mora.”*

Na mesma linha de raciocínio seguiu o Encontro de Magistrados Sul-Matogrossenses, realizado em Campo Grande, em dezembro/88: *“Por maioria, entendeu-se que ambas as verbas são inacumuláveis (bis in idem).”*

Merece consideração as palavras de RIZZARDO¹⁴: *“Contra a inflação já há a correção monetária. Logo, o que então se denominou ‘comissão de permanência’, não tem causa. A efetividade econômica que lhe corresponderia, para manter a integridade da equação econômico-financeira entre mutuante e mutuário, seria a desvalorização da moeda. Tanto é assim que,*

¹⁴ In Contratos de crédito bancário, p. 265.

por vezes, a quantia calculada a título de 'comissão de permanência' corresponde à mesma calculada com base na correção monetária. 'O termo permanência', aliás, assim o sugere. 'Permanência' de que? O que esta a permanecer é o vazio do pagamento: é a subsistência do débito. Para equilibrar essa nova entretanto como dito, temos a correção monetária, os juros e a multa.

Logo, a comissão de permanência não é comissão, criada pelo Direito Comercial. Foi criação do Conselho Monetário Nacional, ou do Banco Central. Estaria assim instituído um novo direito para um dos figurantes no contrato de mútuo. Ora, tal já estava proibido pela CF/67, Emenda 1/69. Já então a regra jurídica nova sobre direito comercial somente a podia editar a União (Art. 8º, XVII, 'b') ('Legislar sobre...')."

O Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria no Enunciado n. 30: *"A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis."* No mesmo sentido: RSTJ 24/298, 32/256, 33/241, 34/322, STJ-RT 670/194 e 679/206.

A mesma Egrégia Corte, em acórdão inserido na COAD (Centro de Orientação, Atualização e Desenvolvimento profissional) n. 68.913, entendeu que: *"A comissão de permanência, quando equivalente a juros e a este título cobrada na forma do contrato, pode ser cumulada com a correção monetária."* O referido acórdão diz respeito à possibilidade de cumulação apenas quando comissão de permanência for equiparada aos juros, haja vista que não se caracteriza o *bis in idem* a cobrança concomitante de juros e correção monetária, por se tratarem, de cominações de efeitos distintos; quanto à primeira, o efeito é compensatório (remuneratório) ou moratório, conforme o caso; e quanto à segunda, almeja-se tão somente a manutenção do poder aquisitivo do valor devido, em decorrência de desgaste inflacionário.

3.6- Correção Monetária

A correção monetária se distingue dos juros, pois não representa remuneração do capital, mas, unicamente um meio para assegurar a integridade da moeda no tempo.

A correção monetária é a técnica de se traduzir, em termos de idêntico poder aquisitivo, quantias ou valores que fixadas, *pro tempore*, se apresentam em moeda sujeito à desvalorização. No entender de MORAES¹⁵ a expressão anterior *“é imprópria já que significa, tão somente, reavaliação, visto que não se altera a moeda, mas apenas se reavalia, em termos de moeda, tal ou qual débito. Representa, assim, a correção monetária uma atualização de valores do débito, tendo em vista as variações do poder aquisitivo da moeda nacional durante o período considerado”*.

Ao se falar em correção monetária sobre certo valor, importa em dizer que ela corresponde propriamente a esse valor, conquanto atualizado e corresponde, portanto, ao próprio principal.

A atualização do valor da moeda no direito pátrio já foi prevista pelo Código Civil, notadamente liberal, cujo art. 947 estabelece que: *“O pagamento em dinheiro, sem determinação da espécie, far-se-á em moeda corrente do lugar do cumprimento da obrigação”*¹⁶, sendo, porém, *lícito às partes estipular que se efetue em certa e determinada espécie de moeda, nacional, ou estrangeira* (§ 1º). No entanto, a referida permissão foi suspensa pelo Decreto-

¹⁵ In A correção dos débitos fiscais perante o ordenamento jurídico brasileiro, apud FRANÇA, R. Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito - vol. 20, p. 480.

¹⁶ V. , tb., art.195, Código Comercial.

lei n. 857/69, que consolidou e alterou a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil.

A Constituição Federal/46 também tratou do tema, ao se referir às revisões dos proventos da inatividade, do salário mínimo, da dívida de alimentos (art. 400, CC) e das pensões pelos acidentes de trabalho. No mesmo sentido, entre outros diplomas legais, encontramos a emissão de Letras do Tesouro Nacional, com valor reajustável, nos termos da LF n. 3.337/57, e os financiamentos enquadrados no Plano Nacional de Habitação, segundo os Decretos ns. 786, 787 e 1.120/62.

No entanto, a expressão correção monetária só é conhecida no nosso ordenamento com a edição da LF n. 4.357/64, quando foi criada a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional – ORTN, determinando-se a correção monetária das dívidas fiscais e dos débitos para com as caixas de aposentadorias e pensões. No mesmo ano é editada a LF n. 4.380, instituindo a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social. A partir de então, o uso da correção monetária se alastrou na economia, com amparo em diversas leis, tendo como fenômeno desencadeador o processo inflacionário.

Com a LF n. 6.899/81, a correção monetária passou a incidir sobre os débitos resultantes de decisão judicial e nas execuções, em conformidade com os índices definidos pela autoridade competente. Nas ações de conhecimento, o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação. Nas execuções de título de dívida líquida e certa, a correção incidirá a partir do respectivo vencimento.

É vedada a estipulação de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira (cláusula – ouro), bem como a recusa ou restrição à moeda de curso forçada pelo Estado, salvo nos contratos internacionais (Decreto-Lei n. 857/69). É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal, e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do Exterior (art. 6º, da LF n. 8.880/94).

O direito pátrio também proíbe o emprego do salário mínimo como fator de correção monetária, seja qual for a finalidade (art. 7º, IV, da CF/88; LF n. 6.205/75).

Com a implantação do Plano Real, é considerada *“nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano”* (art. 28, § 1º, da LF n. 9.069/95). Tal restrição, entretanto, não alcança as operações realizadas nos mercados financeiros, de valores mobiliários, de seguros, de previdência privada, de capitalização e de futuros, as quais permanecem sendo atualizadas mensalmente pela TR, taxa essa, como já vimos, que contempla além da correção monetária, os juros remuneratórios (art. 27, § 5º; da LF n. 9.069/95).

3.7- Cláusula Penal

A cláusula penal, ou multa, é uma avença dos contraentes em que se estabelece uma prestação determinada, em dinheiro ou em outro bem estimável pecuniariamente, no caso de violação do negócio jurídico. Consiste numa obrigação acessória e secundária, com o intuito de garantir o

adimplemento da obrigação principal, bem como fixar o montante das perdas e danos em se tratando do descumprimento.

A penalização pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora (art. 917, CC). Quando for estipulada para a hipótese de inadimplemento absoluto da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor (art. 918, CC), só podendo ser exigida um juízo uma ou outra, nunca as duas cumulativamente.

Se houver arrependimento de um dos contraentes, a parte prejudicada só poderá exigir o cumprimento da pena (art. 128, C Com).

A multa convencional não se confunde com a multa moratória, embora ambas constem do pacto. A primeira possui um caráter compensatório no caso de total inadimplemento da obrigação, ou de alguma cláusula especial, cujo *quantum* tem sido pactuado em 10% (dez por cento); tendo como exemplo, a aplicação de recursos de forma diversa ao acordo: ao invés de ser aplicado na expansão industrial tal ocorre em consumo pessoal¹⁷. A segunda decorre do atraso na prestação ou cumprimento precário, cujo limite máximo é de 2% (dois por cento), nos termos do art. 52, §1º, da LF n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (c/ nova redação pela LF n. 9.298, de 1º/08/96).

A aplicação de multa não impede a cumulatividade com os honorários advocatícios, em razão do princípio da sucumbência (art. 20, CPC), cujo entendimento é mantido pelo Supremo Tribunal Federal ao editar o Enunciado n. 616: *“É permitida a cumulação de multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do Código de Processo Civil vigente.”*

¹⁷ Esta restrição é mais comum nas concessões de crédito por Bancos de Desenvolvimento (BNDES, BRDE, BADESC, etc), face ao caráter público e social da destinação dos recursos de fomento.

Com isso é afastada a aplicação do art. 8º, do Decreto n. 22.626/33 (Lei de Usura), que assim prescreve: *“As multas ou cláusulas penais, quando convencionados, reputam-se estabelecidas para atender despesas judiciais e honorários de advogados, e não poderão ser exigidas quando não for intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação.”* Ressalta-se que a matéria foi sumulada pelo Pretório Excelso, com fulcro em julgados que envolvem estabelecimentos de crédito e entidades que operam pelo Sistema Financeiro Nacional.

Convém salientar, ainda, que os honorários advocatícios pertencem ao advogado, por força do art. 23, da LF n. 8.906, de 04.07.94, cabendo-lhe o direito autônomo de sua execução. Além do mais, mesmo na esfera extrajudicial o advogado deve ser remunerado pelos serviços prestados, salvo quando atue gratuitamente.

Muito embora a incidência dos honorários advocatícios, em conjunto com a multa no crédito bancário já se considere matéria pacífica nos tribunais, merece reflexão o posicionamento de RIZZARDO¹⁸ *“... Os contratos bancários primam pelo excesso de cláusulas que oneram o devedor em cominações de toda a ordem, levando-o ao inadimplemento. Por isso, justas se afiguram as decisões como a presente: ‘Na execução de contrato de mútuo, em que haja cláusula prevendo multa para o seu descumprimento, não pode haver condenação em honorários’. Na verdade, os advogados de bancos em geral, recebem remuneração fixa, independentemente do resultado das ações em que atuam. Assim, a verba honorária ingressa nos cofres dos bancos. Predomina um vínculo empregatício entre os patronos e a entidade, pagando-se os mesmos pela atuação nos feitos em que se fixa a verba honorária.”*

¹⁸ In Contratos de crédito bancário, p. 279

Caso a obrigação tenha sido cumprida apenas parcialmente, o juiz poderá reduzir a pena estipulada para o caso de mora ou de inadimplemento (art. 924,CC).

A 3ª turma do STJ, em acórdão do REsp. 26.500-2-RS, tendo como relator o Ministro Nilson Naves (DJU de 22.03.93, p. 4.539, 2ª col.), entendeu quanto à matéria em tela, que a multa e os honorários cumulados não devem ultrapassar o limite de 20% (vinte por cento) do valor considerado como devido.

A cláusula penal não integra os encargos financeiros, posto que é disciplinada pelos Direitos Civil e Comercial, e não pelo Conselho Monetário Nacional, logo, coloca-se no plano das sanções de inadimplemento contratual e não como remuneração de capital. Desse modo, desde que previsto no instrumento negocial, é possível a cumulação da multa com a comissão de permanência e juros moratórios.

CAPÍTULO IV

JUROS CONSTITUCIONAIS E CAPITALIZAÇÃO

É chegado o momento de retomarmos a discussão a respeito do limite constitucional dos juros e a sua capitalização, que já havíamos iniciado nos capítulos anteriores.

Examinaremos as principais correntes doutrinárias contra e a favor da aplicação imediata do art. 192, § 3º, CF/88, e o seu reflexo jurisprudencial, bem como o tratamento dado à incidência de juros sobre juros nos contratos firmados.

4.1- Juros Constitucionais

4.1.1- O Disciplinamento antes da Constituição Federal/88

O ordenamento jurídico pátrio já contemplava regras distintas a disciplinar a matéria sobre juros, descontos, comissões e demais formas de remuneração. A regra geral, disposta nos arts. 1.062 e 1.063, do Código Civil, e complementada pelo art. 1º, “*caput*”, do Decreto n. 22.626/33¹ (Lei da Usura), estabelece que a taxa anual de juros, quer sejam compensatórios ou moratórios,

¹ Este diploma foi instituído com força de lei, tendo por isso revogado o art. 1.262, CC, que permitia a celebração de mútuo com juros abaixo ou acima da taxa legal, com ou sem capitalização.

não poderá ultrapassar a 12% (doze por cento) ao ano em qualquer contrato. Mas, abriu-se uma exceção com a Reforma Bancária, batizada pela LF n. 4.595/64, a qual atribuiu competência para o Conselho Monetário Nacional, de acordo com as Diretrizes do Presidente da República, para limitar, sempre que necessário, a remuneração pactuável nas operações e serviços prestados por instituições financeiras (art. 4º, IX).

Este entendimento é acatado pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do Enunciado n. 596 (v. item 3.4.1) A revogação, segundo o Pretório Excelso, dá-se não pelo descaso ou pela inflação, mas pela aprovação da LF n. 4.595/64, que passa a regular a matéria no tocante às instituições financeiras. Inobstante, a aplicação da regra posterior não afasta a caracterização do crime de usura quando houver excesso nos limites fixados (RHC n. 55.624 – RTJ 83/772; RTJ 104/840; 109/326), nem a aplicação do Enunciado 121 STF, o qual veda *“a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”*, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Percebe-se com a nova lei o estabelecimento de uma desigualdade, haja vista que o limite máximo de 12% ao ano de taxa de juros, como estatuem o Código Civil e o Decreto n. 22.626/33, só permanece válido em relação às demais pessoas jurídicas e físicas que não integram o sistema financeiro do país. Configurando, portanto, um privilégio aos bancos a prática de juros livres.

Caso um comerciante venda a prazo a um banco, não poderá cobrar-lhe, a título de juros, mais do que 12% ao ano, ao passo que aquele, na qualidade de cliente do mesmo banco, fica sujeito a taxas remuneratórias sem limites.

Uma leitura mais criteriosa da LF n. 4.595/64 denota que em nenhum momento é permitida a graduação de juros superior à taxa legal. Apenas confere ao Conselho Monetário Nacional o poder de intervir no mercado delimitando as taxas de juros e outros encargos, sem que possa elevá-los a quaisquer níveis, e isentar os bancos da vedação disposta em lei. O STF construiu uma ficção jurídica ao dar um alcance à LF n. 4.595/64, que atendesse aos interesses das entidades bancárias, ainda mais numa época em que o governo militar, recém instalado, fez uma opção desenvolvimentista com base na acumulação de capital via endividamento público, e para tanto precisou atrair recursos de organismos financeiros nacionais e internacionais com taxas de juros vantajosas, sem as restrições legais.

4.1.2- O Advento do Art. 192 da Lei Maior

Devido a sua relevância para a economia popular, e atendendo aos anseios pela democratização do crédito, os constituintes de 1987/88 insculpiram na Constituição Federal o limite anual de 12% (doze por cento) para a taxa real de juros. Segundo se tem notícia, o Brasil é o primeiro e único país a tornar tal regra em mandamento constitucional.

A norma constitucional aludida está inserida no Capítulo IV, do Título VII – da Ordem Econômica e Financeira, o qual trata do Sistema Financeiro Nacional, descrito em um único artigo, como segue:

“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;

(Alterado pela Emenda Constitucional n. 13, de 21 de agosto de 1996).

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, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Antes de nos aprofundarmos no estudo acerca do § 3º supra, são necessárias algumas considerações iniciais. Primeiramente, o que se entende por sistema? Segundo CALDAS SULETE², “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.” A harmonia entre os

² Apud MEIRELLES, Hely Lopes. Tabelamento de juros, p. 149.

integrantes do sistema, onde se incluem os clientes, é fundamental para que o mesmo alcance os objetivos pretendidos, sem que haja focos significativos de desequilíbrio.

O segundo aspecto a se destacar é o de que a sua estruturação deve promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da atividade, no sentido de que a intermediação financeira subordina-se ao interesse público, daí porque a existência de maiores restrições ao seu funcionamento em relação às demais atividades econômicas. A moeda, (ou o crédito) não é uma simples mercadoria transacionada em mercado, tendo o preço determinado pelas relações de oferta e procura, haja vista que é a medida de valor de todos os bens e serviços, e por esse fato merece especial atenção das autoridades governamentais.

O Sistema Financeiro Nacional só se tornou realidade com a edição das LF ns. 4.595/64 e 4.728/65: a primeira substituiu a SUMOC (Superintendência da Moeda e do Crédito) pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, cuja tarefa é a formulação da política monetária e do crédito; e a segunda disciplinou o mercado de capitais e estabeleceu medidas para o seu desenvolvimento, sob o comando do CMN e do Banco Central do Brasil. Posteriormente, foi publicado a LF n. 6.385/76, dispondo sobre o mercado de valores mobiliários e criando a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. São estas as leis juntamente com as demais disposições legais e regulamentares, que regem o sistema enquanto não for promulgada a lei complementar de que trata o art. 192, “*caput*”, da CF/88.

Feitas as considerações necessárias, retornamos ao § 3º, Por juro, como já vimos (cap. 3), é o rendimento, consistente numa obrigação, em virtude da utilização de capital alheio, quer seja ou não precedida da concordância de seu titular. O juro pode se expressar nas formas compensatória

e moratória. Juro real é o que efetivamente remunera o capital, sobre o qual, normalmente, já incide a correção monetária para preservar o poder aquisitivo original.

No texto constitucional está escrito que as *“taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superior 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.”*

Tendo em vista o que está inserto no *“caput”* do art. 192, e quanto à expressão “não poderão” em se tratando de taxas de juros reais superiores a 12% ao ano (§ 3º), ao invés de “não podem” ou “fica vedado”, o constituinte condicionou a eficácia do limite à regulamentação em lei complementar, a qual será o fundamento de validade da lei ordinária tipificadora do crime de usura praticado por instituições financeiras. Naquele percentual estão excluídos os impostos, contribuições sociais, custos administrativos e de repassos, os quais não são remunerações.

Por outro lado, admitindo-se a eficácia imediata do § 3º, independentemente de lei complementar, aplicar-se-ia diante da evidência do crime de usura as regras gerais conditas nos arts. 13, do Decreto n. 22.626/33, e 4º, “a” e “b”, da LF n. 1.521/51.

A aplicabilidade imediata do referido preceito constitucional tem gerado polêmica desde a promulgação da nova Carta Magna. Juristas do porte de Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito, José Frederico Marques, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Ives Gandra da Silva Martins³ se filiam à tese de que

³ Hely Lopes Meirelles, Tabela de juros; Caio Tácito, O art. 192 da Constituição Federal e seu § 3º; José Frederico Marques, Tabela de juros; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Os princípios de direito constitucional e o art. 192 da Carta Magna, e Ives Gandra da Silva Martins, Tabela de juros reais e sua conformação. Todos os pareceres foram publicados na RDP 88: 147 - 182.

o § 3º não tem eficácia autônoma, devendo ser regulado por legislação infraconstitucional, na forma de lei complementar, que desvende a concepção e a incidência de taxas de juros reais, uma vez que não se sabe ao certo qual inflação a considerar (passada, presente ou futura) e quais indicadores seriam aplicáveis.⁴

No dia seguinte à promulgação da nova Carta, o Banco Central do Brasil baixou a Circular n. 1.365, de 06.10.88, com fulcro no Parecer SR-70, da mesma data, do Consultor Geral da República, Saulo Ramos, aprovado pelo Presidente José Sarney, estando descrito que *“a exegese da impossibilidade de vigência imediata de uma única diretriz destacada do conjunto, pelo que o tabelamento de 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... É, pois, o art. 192, por inteiro, norma de eficácia limitada e condicionada, dependente de interpretação legislativa infraconstitucional para entrar em vigência”* (DOU de 07.10.88, pp. 19.675 a 19.683).

Cabe salientar que os pareceres da Consultoria-Geral, quando aprovados pelo Presidente da República, têm força obrigatória, e somente através de decisão judicial podem ser invalidados.

Inconformados com as taxas praticadas pelos bancos, muitos clientes ingressaram com ação em juízo pleiteando a prevalência imediata do limite constitucional. O fizeram através de mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF/88) e de ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º; CF/88), ou discutiram a questão em grau de recurso quanto às ações já em tramitação à época.

Em julgamento da Ap. 510.521-7, DJ de 09.12.93, a 4ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo entendeu que a *“limitação dos juros em 12% ao ano não se aplica, pois a natureza da norma constitucional (art. 192, § 3º), não tem eficácia plena e imediata, mas está contida e dependente de legislação complementar”* (RT 704/125). No mesmo sentido: RT 708/118.

⁴ Opinaram no mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil - tomo 7, p. 430 e ss; Cairo Mário da Silva Pereira, Juros constitucionais; e Wolgran Junqueira Ferreira, Comentários à Constituição de 1988, p. 1.023 e ss.

Ao julgar o Mandado de Injunção 3238-DF, DJU de 09.12.94, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, assim se posicionou a respeito: *“Esta Corte, ao julgar a ADI nº 4, entendeu por maioria de votos, que o disposto no parágrafo 3º do art. 192 da CF não era auto-aplicável, razão porque necessitava de regulamentação. Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de ilidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta no caso, ocorre”* (RT 715/301). O mesmo entendimento já havia sido manifestado pelo STF ao julgar o Minj 342-4-SP, também publicado no DJU de 09.12.94 (RT 713/240), o qual é seguido pelo TJSC na Ap. Cível n. 49.969/Chapecó (JC 75/143).

Considerando que no Direito sempre é possível argumentar-se em sentido contrário, desde que provido de consistência, trataremos de expor as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se colocam a favor da aplicação imediata do § 3º do art. 192, CF/88, uma vez que os julgados supracitados ainda não estão assentados em súmula.

Face à especificidade do § 3º em tela, o insigne constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA⁵, asseverou:

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

Pronunciamo-nos, pela imprensa, a favor de sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no caput do artigo. Todo parágrafo, quando tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo), liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. Veja-se, p. ex., o § 1º do mesmo art. 192. Ele disciplina assunto que consta dos inces. 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.

⁵ In Curso de direito constitucional positivo, pp. 703 e 704.

Se o texto, em causa, fosse um inciso do artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse estabelecer a lei complementar. Mas, tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem referir-se a qualquer previsão legal ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata. O dispositivo, aliás, tem autonomia de artigo, mas a preocupação, muitas e muitas vezes revelada ao longo da elaboração constitucional, no sentido de que a Carta Magna de 1988 não aparecesse com demasiado número de artigos, levou a Relatoria do texto a reduzir artigos 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 a desvalorização da moeda. Revela ganho efetivo e não simples modo de corrigir desvalorização monetária.

As cláusulas contratuais que estipulam juros superiores são nulas. A cobrança acima dos limites estabelecidos, diz o texto, será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei dispuser. Neste particular, parece-nos que a velha lei de usura (Dec. 22.626/33) ainda está em vigor."

Em sentido análogo encontra-se a opinião de RIZZARDO⁶, a qual transcrevemos na íntegra para melhor visualização:

"Nota-se no caput do art. 192 que a atividade bancária será regulada por lei complementar nos incisos que seguem. Já nos parágrafos, que explicitam alguns incisos, também, é evidente, deve-se aguardar a lei complementar, como é o caso do § 1º.

Não, porém, no § 3º, que trata de questão totalmente distinta das constantes no rol dos incisos I a VIII.

Pode-se dizer que o art. 192 é de eficácia contida, na classificação dada por José Afonso da Silva (Aplicabilidade das Normas

⁶ In Contratos de crédito bancário, pp. 269 a 271.

Constitucionais, Ed. RT, 1982, pp. 71 a 75, in Embargos Infringentes 192044485, do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Alçada do RGS, de 19.3.93, Agravo de Instrumento 191140078, da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do RGS, de 6.9.91). Em parte, depende da lei complementar. Mas há conteúdo desde já aplicável.

E a aplicabilidade imediata envolve o § 3º, em que dois aspectos se ressaltam: o primeiro, relativamente à punição prevista, na sua parte final, contra aqueles que desrespeitarem a referida taxa. Está ela coarctada, em relação à primeira parte por um sinal de pontuação adequado à separação de juízo; e, além disto, se insere em um artigo que, expressamente, no caput, remete à regulamentação em lei complementar. Entretanto, esses pontos, máxime o último, são irrelevantes. A forma de disposição, por assim dizer 'topográfica', das normas jamais indicou sua natureza ou definiu, de alguma maneira, seu padrão de eficácia.

Segundo Thomas Cooley (Princípios Gerais de Direito Constitucional, p. 407, citação constante nos referidos acórdãos), 'deve-se dar validade ao instrumento inteiro, e cada secção e cláusula.'

De outro lado, mostra-se tranqüila a idéia de que a técnica de dispor uma matéria em parágrafos conota a vocação de excepcionar a regra base.

Estabelece-se que o art. 192, em seus incisos, é uma regra de eficácia contida, por necessitar, em inúmeras situações, de outras regulamentações. E assim também é possível considerar o § 3º. Ele contém todos os elementos necessários à operatividade imediata, embora, na legislação infraconstitucional talvez venha a se submeter a eventuais restrições decorrentes da presença de termos indeterminados, como 'juros reais', 'remunerações' e 'comissões'.

É possível que surjam proposições definitórias.

Mas, não quanto ao que está no âmago do dispositivo, naquilo que é fundamental e imperativo, ou seja, à taxa de 12% ao ano.

Isto porque o conteúdo de juros reais não carece de lei complementar para a sua caracterização.

Juros reais são os juros em si, desprezada a parcela respeitante à correção monetária. Contrapõem-se aos denominados juros nominais. Constituem tudo o que excede a correção monetária, afastados determinados valores de natureza diversa.”

Neste sentido, encontramos a posição do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, na forma dos acórdãos expostos na RT 683/157, COAD 72.279 e Ac. Da 7ª Câmara Cível do TARS, aos 26.02.92, na Ap. 192.008027.

Nos Embargos da Declaração 419.730-0-1, a 8ª Cam. Cív. do 1º TA Civ SP, em 04.04.90, julgou que: *“A limitação dos juros em 12% ao ano, pela CF/88 é autoaplicável, incluindo quaisquer taxas de serviços relativos ao empréstimo, mas não incidindo sobre pagamentos já efetuados quando do advento da nova CF”* (JB 158/287)⁷.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a questão a respeito da limitação dos juros abrange matéria de índole constitucional, carecedora de recurso extraordinário, a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (Ac. 4ª Turma/STJ, no REsp. 79.556-0-RS, DJU de 18.03.96, e Ac. 3ª Turma/STJ, no REsp. 74.243-0-RS, DJU de 25.03.96).

Finalizando, sobre o tema da eficácia imediata do suscitado § 3º do art. 192, CF/88, percebe-se, sem sombra de dúvida, que as visões pró e contra aqui elencadas são consistentes e por isso mesmo merecem respeitabilidade, haja vista a própria dicotomia jurisprudencial. A visão favorável identifica-se com a teoria do uso alternativo do direito, a qual apregoa a prevalência da regra constitucional para a solução dos conflitos existentes, sendo que, no caso em tela, não se considera imprescindível a regulação para que tal ocorra. Ao passo que a visão conservadora, seguida inclusive pelo STF, entende que a regra do parágrafo só terá expressividade jurídica se acompanhada de complementação infraconstitucional.

Entendemos que seria possível a aplicação do § 3º, já a partir da promulgação da Lei Maior, não fosse a presença de pontos obscuros em seu texto quanto, principalmente, à base de incidência dos juros reais de 12% ao ano, se repercutindo sobre o custo de captação ou não, e aos critérios de

⁷ É nítida a divergência sobre a matéria entre as 4ª e 8ª Câmaras Cíveis do TAcív SP.

apuração dos efeitos inflacionários, face a multiplicidade de indicadores disponíveis (INPC/IBGE, IPC/FIPE, IGP-M/FGV, IGP-DI/FGV, IPCA, ICV, INCC, CUB, ouro, dólar etc.), e dentre os quais, aquele que melhor reflita a variação valorativa dos ativos no mercado creditício, a ponto de não inibir as operações. Portanto, deve-se aguardar que a lei complementar supere estes entraves.

4.1.3- Os Projetos de Lei Sobre a Matéria

Perde-se no tempo a elevação do preço do crédito nas transações econômicas, com reflexo no aumento do custo financeiro das empresas e, por consequência, no nível de preços em geral.

A economia brasileira convive com um patamar de taxa de juros reais extremamente elevado, colocando-se muito além daquele praticado em outros países, em especial os Sete Grandes (EUA, Japão, Alemanha, Inglaterra, França, Itália e Espanha)⁸. No transcorrer de 1996, a taxa de juros reais produzida por captação de depósito interbancário foi de 17% (dezessete por cento) ao ano. As taxas de empréstimo foram ainda maiores, sendo que a taxa média cobrada em empréstimos para capital de giro ao final do último ano encontram-se acima de 60% (sessenta por cento) ao ano, ou seja, incompatível com o funcionamento adequado do sistema econômico, por dificultar a produção e circulação de bens e serviços.

O desequilíbrio do setor público é o principal responsável pela prática de taxas de juros tão elevadas, a qual tornou-se num imperativo do próprio processo de estabilização.

O déficit primário das contas públicas alcança 0,4% do Produto Interno Bruto - PIB, ao passo que quando consideradas as despesas financeiras, o resultado negativo atinge 5% do PIB, devendo o Governo arcar com cerca de R\$ 42 bilhões, somente de juros, até o final de 1997. Desde a implantação do

⁸ A média da taxa de juros reais nestes países não costumam ser maior que 9% (nove por cento) ao ano.

Plano Real, a dívida pública interna saltou de R\$ 90 bilhões para R\$ 280 bilhões, dos quais R\$ 93,3 bilhões de responsabilidade dos Estados⁹, sem que houvesse o mesmo dimensionamento em inversões produtivas. A maior parte deste diferencial foi canalizada, direta ou indiretamente, para a cobertura do déficit em transações correntes, notadamente no que tange à balança comercial.

Com o intuito de financiar o déficit gerado, o governo lança um enorme número de títulos no mercado a taxas vantajosas para captar os recursos de que necessita. Por conseguinte, são elevados os juros de captação ou, mais precisamente, a taxa básica de juros da economia.

Cabe ressaltar que a tributação sobre os juros também é elevada. Uma grande parcela dos encargos incidentes em uma operação de empréstimo não se destina a remunerar a entidade bancária pelos serviços prestados como intermediário financeiro, nem a remunerar o aplicador. Há uma profusão de verbas tributárias que são carreadas para a Receita Federal, na forma de Imposto sobre Operações Financeiras, Imposto de Renda, Contribuições Sociais e, mais recentemente, a Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras. A carga fiscal no Brasil passou de 25% para 31% do PIB, entre 1988 e 1997.

As discussões parlamentares em torno dos juros são retomadas pelo Congresso Nacional a partir do início da década de 1980, com projetos de lei diferenciados quanto a sua abrangência.

Há três grupos de projetos de lei, distribuídos por concentração temática: Reforma do Sistema Financeiro, Taxas de Juros e Empréstimos e Créditos Subsidiados, cabendo-nos destacar os dois primeiros por mais interessar ao nosso trabalho.

⁹ A dívida pública externa do Brasil já alcança a cifra de R\$ 170 bilhões.

A) Reforma do Sistema Financeiro

A.1) PLP 117/92, do Dep. José Fortunati (PT/RS): *“Regula o sistema financeiro nacional – disciplina os arts. 163, incisos V e VII, 164 e 192 da CF e dá outras providências”*, sendo que atualmente encontra-se na CFT/CD aguardando designação de relator. Consiste em atribuir ao BACEN a regulação do SFN, cabendo ao Congresso a fiscalização dos órgãos federais de regulação e controle das instituições oficiais de crédito da União.

Com efeito, se aprovado, reduzirá a autonomia das atividades monetárias, implicando em maior estatização do sistema bancário.

A.2) PLP 47/91, do Dep. Francisco Dornelles (PPB/RJ): *“Dispõe sobre o Sistema Financeiro Nacional.”* Encontra-se na CESP/CD do Sistema Financeiro, aguardando apreciação do parecer do Relator, Dep. Saulo Queiroz (PFL/MS), favorável com substitutivo, tendo sido apensadas as Proposições: PLP 360/91; 61/95; e 106/96. O projeto extingue o Conselho Monetário Nacional e garante autonomia ao BACEN nos campos técnico, administrativo, econômico e financeiro, vedando-lhe a possibilidade de conceder empréstimos ao Tesouro Nacional.

A taxa de juros reais é fixada no máximo de 12% ao ano.

A idéia viabiliza a independência do BACEN, colocando-o no controle da emissão de moeda, fortalecendo o seu poder aquisitivo.

A.3) PEC 39/95, do Dep. Adhemar de Barros Filho (PPB/SP), que: *“Modifica a redação do ‘caput’ do art. 192 e inciso I, e revoga: o inciso III e o § 3º do mesmo art., e o art. 52, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”*. Retira a exigência de Lei Complementar, passando

a organização, o funcionamento e a estrutura do Sistema Financeiro Nacional a ser objeto de lei ordinária. Encontra-se na CCJR/CD aguardando parecer do Relator, Dep. Wilmar Rocha (PFL/GO).

Reduz a importância da matéria, flexibilizando a sua regulamentação, a qual se concretizaria por Lei Ordinária e demais diplomas de grau inferior. Abriria-se, inclusive, a possibilidade de edição de medida provisória a seu respeito, sem a adequada discussão prévia pelos representantes eleitos pelo povo. Ainda preceitua que Lei disporá acerca da participação do capital estrangeiro nas instituições financeiras, revogando o disposto no art. 52 e parágrafo único dos ADCT da CF. Quanto ao limite máximo de taxa de juros reais de 12% ao ano, simplesmente propõe a sua revogação, igualando a moeda às demais mercadorias, sem se ater a sua repercussão sócio-econômica.

A.4) PEC 331/96, do Dep. Antônio Kandir (PSDB/SP), que: *“Modifica a regulamentação do Sistema Financeiro Nacional”*. Retira a exigência de Lei Complementar, passando a organização, o funcionamento e a estrutura do SFN a ser objeto de lei ordinária. Encontra-se na CCJR/CD, aguardando parecer do Relator, Dep. Nestor Duarte (PMDB/BA).

Segue as linhas mestras, e os riscos, do PEC 39/95, porém, com a virtude de estabelecer a competência prudencial do BACEN, visando a segurança do sistema.

A.5) Medida Provisória 1507-19/97, do Poder Executivo, que: *“Dispõe sobre medidas de fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional.”* Encontra-se na CESP/CN, no aguardo de parecer do Relator, Dep. Manoel Castro (PFL/BA). Prazo no Congresso Nacional: 31.05.97. Trata do estímulo à

reorganização e ao fortalecimento do SFN mediante o incentivo a fusões, cisões e incorporações societárias.

A MP não causa maior impacto nas relações do sistema bancário, mas, contribui para o restabelecimento da confiança depositada no mesmo.

A.6) Medida Provisória 1556-10/97, do Poder Executivo, que: *“Estabelece mecanismos objetivando a incentivar a redução da presença do setor público estatal na atividade financeira bancária, dispõe sobre a privatização de instituições financeiras, e dá outras providências.”* Está no aguardo de constituição de CESP/CN e designação de relator. Prazo no Congresso Nacional: 10.06.97.

Dispõe que a estrutura bancária estatal se reduzirá por privatização, extinção, incorporação, fusão, cisão ou outra forma de reorganização societária legalmente aceita, ou a transformação em instituições não financeiras ou agências de fomento.

A retirada do setor público da atividade bancária favorece a otimização entre custo e receita do SFN, com possibilidade de redução do preço do crédito, haja vista a vocação perdulária e ineficiente dos bancos estatais. Se a MP se concretizar na prática, contribuirá para a diminuição do déficit público.

B) Taxas de Juros

B.1) PLP 17/95 (originário do PLS 27/91 – Complementar, do Sen. Mansueto de Lavor – PMDB/PE), que: *“Regulamenta o § 3º do art. 192 da CF, que dispõe sobre a cobrança de juros reais máximos, e dá outras*

providências (fixando em, no máximo, 12% a. a., a taxa de juros reais, estabelecendo que será adotado, sempre que necessário, o critério 'pro rata die' para apuração da taxa)." Encontra-se na CD, aguardando parecer do Relator, Dep. Manoel Castro (PFL/BA).

A proposição considera taxa de juros reais a taxa nominal de juros, inclusive taxas de comissão, acessórios e outras remunerações direta ou indiretamente vinculadas à concessão de crédito, que excederem a variação do IPC no período a que se referir a operação, ou outro índice que vir a substituí-lo.

É o primeiro projeto que se conhece a definir o que seja taxa juros reais, suprimindo o impasse na aplicação do § 3º, do art. 192, CF/88.

B.2) PL 602/83, do Dep. Gastone Righi (PTB/SP), que: *"Institui, como crime de usura, a cobrança de juros e comissões superiores à taxa de 12% a. a., acima da correção monetária; e a exigência de saldos médios ou sujeição a contratos de outra natureza, para concessão de empréstimos, modificando o art. 4º da Lei 1.521/51."*

Já se encontra em tramitação para a Ordem do Dia do Plenário/CD, comportando parecer do CCJR, favorável ao projeto; da CEIC, favorável com substitutivo, e da CFT, pela rejeição do projeto. As três comissões foram contrárias às emendas em Plenário.

Foram apensadas as seguintes proposições: PL's 989/88, 1971, 2005, 2227, 2607, 2708, 3105, 3711 e 4363/89.

A alteração suscitada não contempla toda a vedação constitucional, além de não precisar a tipificação criminosa, sendo inconcebível o recurso à analogia em matéria penal.

B.3) PEC 41/95, do Sen. Sérgio Machado (PSDB/CE), que: *“Revoga o § 3º do art. 192 da CF, que limita as taxas de juros reais em 12% a. a..”* Encontra-se na CCJ/SF, esperando apreciação do parecer do Relator, Sen. José Ignácio (PSDB/ES), o qual é favorável.

A simples supressão do dispositivo constitucional remete os juros ao livre arbítrio do mercado, como de fato já vem ocorrendo na prática com a jurisprudência dominante condenando apenas a prática do anatocismo.

Os contratos celebrados no exterior por tomador brasileiro não se subordinam às regras nacionais, nos quais se adota a chamada *“libor”*,¹⁰ de uso generalizado nas convenções internacionais.

4.2- Capitalização

A contagem de juros sobre juros é uma prática generalizada, tanto nos contratos comerciais quanto nos bancários, sendo que na maioria dos casos reveste-se de ilegalidade. É comum o refinanciamento das dívidas, notadamente na concessão de crédito bancário, elevando o valor devido a um nível de difícil adimplemento, haja vista a capitalização e a correção monetária do saldo devedor e das prestações mensais. A amortização mensal do principal torna-se ínfima, e ao final do contrato o montante que resta é de larga expressividade.

¹⁰ Juros fixados a partir das taxas de depósitos em eurodólares, decorrentes da interação de oferta e demanda de crédito, em porcentagem diária.

As instituições financeiras adotam, com freqüência, a TR, o CDI ou taxa ANBID, como indexadores dos empréstimos, os quais embutem em seu cálculo taxas de juros, que se prestam a remunerar o capital emprestado, e não apenas a atualizar o valor da moeda no tempo.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem declarado ilegal o uso da taxa ANBID como indexador dos contratos de crédito (Ac. do REsp. n. 77.023-MG, DJU 27.05.96, c/ ref. Ac. REsp. 44.847 - 6). O cálculo é efetuado pela Associação Nacional dos Bancos de Investimento e Desenvolvimento, baseando-se na taxa média de captação dos depósitos a prazo, feitos pelos maiores bancos. Logo, contempla a remuneração do capital emprestado, correspondendo a juros.

Esta é a fórmula da capitalização bancária, que se utiliza de juros disfarçados, associados às taxas remuneratórias evidenciadas, fazendo com que a dívida se multiplique de forma estratosférica, e num curto espaço de tempo. Um fator a desencadear esta situação são os débitos automáticos em conta corrente, efetuados pelo banco credor.

Ainda pode-se encontrar uma modalidade diferenciada na concessão de crédito, que consiste no cálculo do montante, com juros capitalizados mensalmente, e subdividido em parcelas fixas mensais, independentemente da inflação futura. A sua aplicabilidade não costuma exceder a períodos de 12 meses (curto prazo), e tem um custo muito elevado, superior ao dobro do principal tomado por empréstimo.

A concessão de crédito voltou a ser o principal negócio dos bancos depois da queda do *floating*¹¹, motivada pelo Plano Real. Como exemplo, encontramos as demonstrações financeiras do Bradesco, do exercício de 1995, publicadas nos jornais de maior circulação do País (março/abril-1996). Segundo o parecer dos auditores independentes, as operações de crédito e leasing tiveram crescimento real de 27,09% em relação a 1994. Apesar do recrudescimento do *floating*, a rentabilidade sobre o patrimônio líquido alcançou 11,15% naquele ano.

Salvo disposição legal em contrário, vigora no País a regra da capitalização anual, já prevista no art. 253, C Com e reiterada no art. 4º do Dec. 22.626/33, no que concerne aos saldos líquidos em conta corrente ano a ano. A capitalização mensal somente é admitida em hipóteses específicas, como ocorre no art. 5º, do Decreto-lei n. 167/67, que trata dos Títulos de Crédito Rural: *“As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros às taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar e serão exigíveis em 30 de junho e 31 de dezembro ou no vencimento das prestações, se assim acordado entre as partes; no vencimento do título e na liquidação, ou por outra forma que vier a ser determinada por aquele Conselho, podendo o financiador, nas datas previstas, capitalizar tais encargos na conta vinculada à operação. Parágrafo único. Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será de 1% (um por cento) ao ano”*. Na mesma linha segue o art. 5º c/c art. 14, VI, do Decreto-lei n. 413/69¹², que dispõe sobre os Títulos de Crédito Industrial. Temos, ainda, a disciplina do art. 3º, do Decreto-lei n. 2.322/87: *“Sobre a correção monetária dos créditos trabalhistas, de que trata o Decreto-lei n. 75, de 21.11.66 e legislação posterior, incidirão juros, à taxa de 1% ao mês, capitalizados mensalmente”*; e a

¹¹ Prazo entre o depósito de um cheque e o seu pagamento. No tempo da inflação alta, o *float* era a grande fonte de lucros para todos os bancos.

¹² Aplicam-se as regras deste diploma aos Títulos de Crédito Comercial, por força do art. 5º, da LF n. 6.840/80.

possibilidade de se requerer a capitalização na indenização por ato ilícito, nos termos do art. 1.544, CC.

A matéria é pacífica no STJ, cujo Verbete n. 93 da Súmula estabelece que: *“A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto da capitalização de juros.”*

A capitalização também é possível no tocante às aplicações financeiras, a exemplo de caderneta de poupança (LF n. 4.380/64).

O financiamento concedido por instituições financeiras através de cédulas de crédito, para que possam ser exigidos os juros e a capitalização pretendidos, bem como a correção monetária, é mister que se empregue as taxas e índices determinados pelo Conselho Monetário Nacional, e que as partes hajam convencionado dessa forma nos respectivos títulos, não sendo hábil a simples referência ao denominado método “hamburguês”¹³ (Acs. STJ sobre o REsp n. 88.396 – 96/0009905-7-RS, DJU 16.09.96, e REsp. n. 100.521-96/0042743-7-RS, DJU 29.10.96).

Salienta-se que, por sua natureza intrínseca, a correção monetária é capitalizável, posto que a inflação manifesta-se cumulativamente sobre o valor do ativo financeiro, como de fato a deflação, sem que de sua incidência se expurguem parcelas da variação anterior. A correção monetária evita a corrosão do ativo financeiro, preservando o seu poder aquisitivo. E é sobre o montante corrigido que incidirão os juros, sem que se configure defasagem de rendimentos.

¹³ Segundo Luiz Souza Gomes, ob. cit., o método hamburguês consiste na contagem de juros nas contas correntes dos bancos através da multiplicação dos saldos devedores e credores pelos dias, obtendo-se assim os números devedores ou credores, cujos saldos se dividem pelo divisor fixo.

O Supremo Tribunal Federal já havia concluído, ao julgar o RE 90.341, que: *“É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada (Súmula 121). Desta proibição não estão excluídas as instituições financeiras, dado que a Súmula 596 não guarda relação com o anatocismo. A capitalização semestral de juros, ao invés da anual, só é admitida nas operações regidas por leis especiais que nela expressamente consentem”* (JSTF-Lex 16/171).

Nas demais modalidades de empréstimo, como por exemplo, o contrato de abertura de crédito em conta corrente, não cabe a capitalização mensal, sendo inconsistente a invocação pelos bancos do art. 4º, IX, da LF n. 4.595/64, o qual, por si só, não autoriza tal interpretação, uma vez que se trata da competência do CMN na limitação de formas de remuneração de operações e serviços bancários, sem que se estipule a liberdade dos valores cobrados.

Ante à incapacidade do devedor em honrar o compromisso assumido, o banco tem por hábito celebrar novo contrato com o mesmo, prefixando nova taxa de juros, que culmina na incidência sobre o saldo devedor do contrato anterior, e conseqüentemente, sobre os juros previstos para este último, cuja prática ocorre num lapso temporal inferior a um ano. As sucessivas substituições de uma obrigação por outra não afasta o imperativo do art. 1.007, CC, que torna inviável a validação de obrigações nulas pelo instituto de novação.

Todos os contratos de mútuo que se sucedem ao primeiro encontram-se inquinados de nulidade, por força do que dispõe o art. 11, do Decreto n. 22.626/33.

A referida nulidade, no entanto, é parcial, nos termos do art. 153, CC, sem prejudicar a parte válida, de modo que aqueles negócios jurídicos ficam

maculados somente no que tange à contagem de juros sobre juros em desarmonia com o texto legal.

Não há porque se cogitar, também, da cobrança a maior de juros compensatórios pelo inadimplemento do devedor, quando em tal situação, se aplicam os juros moratórios, os quais consistem numa das formas de sanção pelo não-pagamento no termo devido, sem que isso modifique a forma de remuneração do capital mutuado. Em caso de mora, a taxa de juros será elevável de 1% (um por cento) ao ano (art. 5º, do Decreto n. 22.626/33, c/c art. 5º, parágrafo único, Decreto-lei n. 167/67 e art. 5º, parágrafo único, do Decreto-lei n. 413/69).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intermediação financeira é de fundamental importância para o desenvolvimento econômico, bem como para o atendimento das demandas sociais, por aproximar os interesses de poupar com os de consumir e investir.

Vimos que o disciplinamento legal acerca das entidades bancárias, e em particular das formas de remuneração por elas praticadas, foi se reformulando ao longo do tempo com o intuito de satisfazer as necessidades crescentes de crédito. Embora o serviço/comércio realizado na área tenha evoluído tecnicamente, como por exemplo, através da informatização, que permite ao cliente fazer movimentação de recursos sem sair de casa, ainda reside o entrave do preço elevado pela utilização de recursos sob a forma de empréstimo, notadamente no que consiste aos juros.

De um lado temos as regras de alcance geral, arts. 1.062 e 1.063, CC, e 1º "caput", do Decreto n. 22.626/33, que estatuem o teto de 12% ao ano de taxas de juros compensatórios (podendo haver o acréscimo de 1% em caso de mora), e de outro, as que se relacionam às entidades que integram o Sistema Financeiro Nacional, com destaque ao art. 4º, IX, da LF n. 4.595/64, Lei da Reforma Bancária, em que não há o estabelecimento de um *quantum* a ser cobrado nas operações de crédito. Resta, ainda, o § 3º, do art. 192, CF/88, mas, esse dispositivo só é aplicável com lei complementar.

A LF n. 4.595/64, embora seja específica em relação aos seus destinatários, os bancos e demais instituições financeiras, não o é uma relação às formas de remuneração de sua atividade, sendo ainda aplicáveis as restrições previstas no Código Civil e no Decreto n. 22.626/33.

No art. 4º, IX, da LF n. 4.595/64, onde se lê “juros” não há qualquer adjetivação quanto ao seu caráter: se simples ou compostos, remuneratórios ou moratórios, podendo-se, num primeiro momento, admitir uma interpretação extensiva, com o vocábulo reunindo todas as categorias elencadas em lei, por inexistir no diploma em tela um critério objetivo de diferenciação.

No entanto, sabemos que somente uma lei específica tem poder de autorizar a contagem de juros sobre juros, como ocorre nos casos de emissão de títulos de crédito rural, Decreto-lei n. 167/67, e industrial, Decreto-lei n. 413/69, entre outros diplomas.

O Judiciário, para não ser insensível à causa dos devedores do sistema financeiro, seguramente em maior número, e menos abastados que os credores, optou por, ao mesmo tempo, não admitir o teto de 12% ao ano de juros, insculpido no art. 1º, do Decreto n. 22.626/33, e negar a sua capitalização, em períodos inferiores a doze meses, e desde que sobre os saldos líquidos em conta corrente de ano a ano, cuja proibição é imposta pelos arts. 4º, do mesmo diploma, e 253, do Código Comercial.

Mas, ainda aguarda solução o conflito pertinente aos juros altos, que mesmo sem a capitalização mensal, trimestral ou semestral, podem obstar o adimplemento contratual por parte dos tomadores de recursos, haja vista que, por exemplo, um capital de R\$ 1.000,00 emprestado a juros de 12% ao ano, com capitalização anual, produz um montante ao final de 5 anos de R\$ 1.762,34, utilizando-se a fórmula $M = C (1 + i)^n$; ao passo que o mesmo capital, aplicado a juros simples de 18% ao ano, ao término daquele período terá gerado o montante de R\$ 1.900,00, com o emprego da fórmula $M = C (1 + i n)$.

Mesmo num ambiente cartelizado, observa-se que as taxas de juros bancários no País são elevadas, não por mera especulação das

instituições financeiras, mas, principalmente, pela nocividade da dívida pública, a qual encarece o custo do crédito. Isto não significa dizer que as taxas devam se reger unicamente pela liberdade de mercado, moldando-se às interações de oferta e procura dos agentes econômicos, sendo imprescindível o cumprimento das restrições já existentes no ordenamento jurídico pátrio, para que ocorra a compatibilização de interesses entre poupadores, consumidores e investidores.

O aperfeiçoamento das relações de crédito requer a observância de dois aspectos que consideramos relevantes. O primeiro, no campo da política econômica, consiste no refinanciamento das contas públicas, com a redução gradual da dívida acumulada, adotando-se como um dos instrumentos, a privatização de organismos desprovidos de caráter público (hotéis, fazendas, siderúrgicas) e a diminuição da dependência externa, a qual implica na emissão de títulos para desmonetizar a economia ante o ingresso de dólares. O segundo, pertine à fixação periódica do custo básico de captação, o que poderia ser feito trimestralmente pelo Banco Central, e sobre aquele incidir os juros reais máximos de 12% ao ano, em conformidade com a legislação vigente.

Este segundo aspecto conceitua o percentual de 12% ao ano de juros, não mais como limite máximo de remuneração, que deduzidos os gastos de captação e oferta de crédito, podem até resultar em prejuízo à instituição financeira, mas, na margem de lucro das operações creditícias, o que repercutiria favoravelmente nos dois lados da relação jurídico-bancária.

Desse modo, as restrições se norteiam para a realidade do sistema, evitando-se a sua implosão, o que, se configurada, traria prejuízo à sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. Curso de direito bancário. São Paulo: RT, 1982.

AGUIAR, F. M. Teoria e prática do crédito rural. São Paulo: Herba, 1977.

ARDANT, H. Técnica bancária. Lisboa: Presença, 1964.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos inominados ou atípicos. São Paulo: Bushatski, 1995.

BALEEIRO, A.. Uma introdução à ciência das finanças – 6. ed.. Rio Janeiro: Forense, 1969.

BARBOSA, L. G. et al.. Contratos bancários. Bogotá: Temis, 1978.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra S.. Comentários à Constituição do Brasil – Tomo 07. São Paulo: Saraiva, 1988.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). Contornos atuais da teoria dos contratos. São Paulo: RT, 1993.

_____. Contratos Comerciais – 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Polis/ UnB, 1991.

CAMPOS, Roberto. Parindo um Frankenstein (*“O poder verdadeiramente único de um Banco Central é criar moeda e o poder de criar é também o poder de destruir”* – Paul Volcker, Presidente do Federal Reserve System, 1979-87). In

Coluna "Lanternas na Popa" . São Paulo: Jornal Folha de São Paulo de 06.10.96.

COVELLO, Sérgio Carlos. Contratos bancários. São Paulo: Saraiva, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988 – 2. ed.– vol. 8. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Tratado teórico e prático dos contratos – vols. 3 e 4. São Paulo: Saraiva, 1993.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – Contratos bancários, palestras e conclusões do encontro de magistrados do sul – mato-grossense. Campo Grande, dez./1988.

FERREIRA, Waldemar. Tratado de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1966.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários à Constituição de 1988. São Paulo: Julex, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os princípios de direito constitucional e o art. 192 da Carta Magna. São Paulo: RT (RDP n. 88), 1988.

FRANÇA, R. Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito – vols. 15, 20, 47, 48 e 76. São Paulo: Saraiva, 1977.

GOMES, Luiz Souza. Dicionário econômico – comercial – financeiro – 4. ed.. Rio de Janeiro: Tupã, s/d.

- PACHECO, José da Silva. Tratado de direito empresarial: direitos negociais e contratos – vol. 01. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PALHARES, Joaquim Ernesto. Um caminho para reduzir o passivo bancário. Porto Alegre: Jornal Síntese, fev / 96.
- PARIZATTO, João Roberto. Multas e juros no direito brasileiro. São Paulo: Editora de Direito, 1996.
- PASSOS, Carlos Roberto Martins. Fundamentos de economia. São Paulo: Terra Editora, 1994.
- PENNANCE, F. G. & SELDON, Arthur (Trad. Nelson Vincenzi). Dicionário de economia – 3. ed.. Rio de Janeiro: Bloch, 1977.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Juros constitucionais. Recife: Diário de Pernambuco de 30.08.88.
- PINTOR, Angela. Desmascarando a capitalização de juros. Porto Alegre: Jornal Síntese, fev / 96.
- RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário – 2. ed.. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 1994.
- RODRIGUEZ AZUERO, Sérgio. Contratos bancários: su significacion en América Latina – 4. ed.. Bogotá: FELABAN, 1990.
- SANT'ANNA, Rubens. Contratos comerciais – 3. ed.. Rio de Janeiro: Aide, 1990.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo – 9. ed.. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOARES, Ademir Gargiullo (Coord.). Introdução ao mercado de ações. Rio de Janeiro: Comissão Nacional de Bolsas de Valores, 1986.

TÁCITO, Caio. O art. 192 da Constituição Federal e seu § 3º. São Paulo: RT (RDP n. 88), 1988.

TAVARES, Maria da Conceição. A crise bancária nacional e internacional. In Coluna "*Lições Contemporâneas*". São Paulo: Jornal Folha de São Paulo de 28.07.96.

VIANA, Marco Aurélio. Curso de direito civil: obrigações. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.