

Revisão contratual - Contrato bancário - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Prevalência dos princípios constitucionais conjugados ao *pacta sunt servanda* - Multa contratual - Art. 52, § 1º, do CDC - Comissão de permanência - Substituição pelo INPC - Capitalização de juros - Cobrança não comprovada - Juros remuneratórios excessivos - Adequação - Voto vencido parcialmente

Ementa: Apelação. Revisão contratual. Contratos bancários. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Prevalência dos princípios constitucionais conjugados ao *pacta sunt servanda*. Multa contratual. Art. 52, § 1º, do CDC. Comissão de permanência. Substituição pelo INPC. Capitalização de juros. Cobrança não comprovada. Juros remuneratórios excessivos. Adequação. Recurso parcialmente provido. Voto vencido parcialmente.

- São aplicáveis aos contratos bancários celebrados com instituições financeiras as regras do Código de Defesa do Consumidor, para afastar as denominadas cláusulas abusivas.

- Aos contratos bancários impõe-se a necessária observância dos princípios constitucionais que relativizam o rigorismo do princípio *pacta sunt servanda*.

- À inexistência de lei complementar regulamentadora de taxas de juros no âmbito das relações com instituições financeiras, é inaplicável o limite de 12% ao ano, fundado no Decreto-lei 22.626, de 1933, a teor do que dispõe a Súmula 596 do STF.

- Substitui-se a comissão de permanência por índice de correção monetária, quando constatada a potestatividade do encargo, condicionado à previsão futura do mercado financeiro, prática vedada no ordenamento jurídico em vigor.

- O art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor estabelece o percentual máximo de 2% (dois por cento) para a cobrança de multa moratória.

-V.v.p.: - Diante dos problemas que envolvem a utilização da Taxa Selic como índice de aferição dos juros moratórios, na hipótese de mora há de incidir a regra contida no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, que limita a taxa de juros a 1% ao mês. E, dispondo o art. 591 do Código Civil, aplicável a todos os contratos de mútuo, que a taxa de juros convencionais ou remuneratórios, sob pena de redução, não pode exceder ao limite disposto no art. 406 do Código

Civil, impõe-se também a observância da limitação da taxa máxima em 12% ao ano.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0290.04.013962-5/001 - Comarca de Vespasiano - Apelante: Master Shoes Ltda. ME (Microempresa) - Apelado: Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO CONHECER DO AGRAVO RETIDO, REJEITAR PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

Belo Horizonte, 9 de abril de 2008. - Marcelo Rodrigues - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Trata-se de recurso de apelação interposto por Master Shoes Ltda.-ME, contra a r. sentença de f. 435/446, que julgou improcedente o pedido constante da ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, proposta contra o Banco do Brasil S.A., condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Agravo retido.

Não conheço do recurso de agravo interposto pelo Banco do Brasil S.A., porquanto não preenche os pressupostos objetivos de admissibilidade.

Vale dizer, trata-se de uma matéria a ser mencionada em sede de preliminar de apelação ou de sua resposta, ou seja, para que seja conhecido e analisado o seu mérito, necessariamente a apelação ou suas contra-razões deverão preencher os pressupostos de admissibilidade, bem como a parte agravante deverá ter reiterado sua vontade de ver o agravo conhecido, o que não se evidenciou nos presentes autos.

Assim, não conheço do agravo retido.

Preliminar de cerceamento de defesa.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a apelante alega em sede de preliminar a nulidade da decisão por cerceamento de defesa, visto que o Julgador monocrático procedeu ao julgamento antecipado da lide, porquanto não lhe oportunizou produzir a requerida prova pericial.

Todavia, conforme se verifica nos autos, a apelante teve deferida a produção da referida prova pericial (f. 372), cujos quesitos foram apresentados pelas partes às f. 377/378 e 380/386, verificando-se, pela decisão de f. 392/394, que o seu pedido de assistência judiciária gratuita foi indeferido.

Assim, nada obstante o Julgador monocrático ter procedido à inversão do ônus da prova e determinado que os custos periciais fossem arcados pela parte ré, tem-se que, de fato, não há como obrigar qualquer parte a produzir prova contra si própria, e, uma vez tendo sido inequivocamente recusada pela apelada (f. 433), cumpria à apelante recorrer da decisão monocrática que a julgou prejudicada (f. 434).

Ou seja, a apelante se deu por satisfeita com as provas apresentadas, quedando-se inerte no momento em que deveria ter-se manifestado.

E, nesse sentido, uma vez autorizada a prolação da sentença monocrática, assumiu o risco de obter uma decisão inteiramente desfavorável, não cabendo agora alegar cerceamento de defesa.

Diante disto, rejeito essa preliminar.

Do mérito.

Em síntese, sustenta a apelante que a sentença prolatada não pode prosperar, alegando que hoje é amplamente majoritário o entendimento de que os juros, quer moratórios, quer remuneratórios, não podem ultrapassar o patamar máximo de 12% ao ano, ainda que de forma diversa tenham sido convenionados pelas partes.

Argúi, ainda, em sua defesa, que a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor impõe afastar todas as cláusulas consideradas iníquas e abusivas, o que se verifica em relação à cobrança de taxas de juros, capitalização de juros mensais, comissão de permanência, multa e demais encargos, tarifas e impostos.

E, compulsando os autos, verifico que parcial razão assiste à apelante, merecendo ser revistos alguns pontos que influenciarão diretamente o desfecho da demanda.

Entendo que a matéria trazida a juízo compreende um litígio caracterizado pela revisão de cláusulas de contratos bancários, envolvendo movimentação financeira através de cheque especial e abertura de crédito, e que, nada obstante a celeuma jurídica travada no âmbito das regras a que estão sujeitas, compactuo com o atual entendimento firmado no STJ, acerca da aplicabilidade das regras consumeristas.

Assim, verifico a possibilidade de submissão das instituições financeiras aos princípios e regras do CDC, observada cada peculiaridade que permeia o contrato de adesão firmado, o que faço com base na Súmula 297 do STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Nesse sentido, é a jurisprudência:

Bancário e processo civil. Agravo no recurso especial. Revisão de contrato bancário. Aplicabilidade do CDC. Disposições de ofício. Taxa de juros remuneratórios. Capitalização de juros. Súmula 281 do STF. Incidência. Comissão de permanência. Prequestionamento. Ausência. Repetição do indébito. Inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes. Mora. Manutenção da posse. - Nos termos da jurisprudência do STJ, não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano aos

contratos bancários não abrangidos por legislação específica quanto ao ponto. - O recurso especial é inadmissível quando couber, perante o Tribunal de origem, recurso contra a decisão impugnada. - Não se conhece do recurso especial, quanto à matéria jurídica não debatida no acórdão recorrido. - Admite-se a repetição e/ou compensação de indébito nos contratos de abertura de crédito em conta corrente ou de mútuo, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro, com o objetivo de vedar o enriquecimento ilícito do banco em detrimento do devedor. Precedentes. - A simples discussão judicial do débito não impede a inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes. - A cobrança abusiva ou ilegal de encargos no período de normalidade da obrigação afasta a mora do devedor. Agravo não provido (AgRg no REsp 889304/RS, Rel.º Min.º Nancy Andrigui, DJU de 26.03.2007).

Dessarte, entendo que a lógica da estabilidade e segurança jurídicas implica reconhecer que o Poder Judiciário não pode servir de revisor de contrato de mútuo livremente pactuado e muito menos pode anular o referido instrumento sem que se verifique no negócio alguma nulidade absoluta, que, como tal, deva ser declarada de ofício, ou que tenha restado comprovado qualquer vício de consentimento, abusividade a violar as regras consumeristas, ou, ainda, a ocorrência de fato superveniente que altere de forma extraordinária e imprevisível a condição de uma ou de ambas as partes contratantes, tornando o pacto extremamente oneroso, consoante preceitua a velha cláusula *rebus sic stantibus*.

Sobre o assunto, observa o saudoso mestre civilista Washington de Barros Monteiro:

Acentua-se, contudo, modernamente, um movimento de revisão do contrato pelo juiz; conforme as circunstâncias, pode este, fundando-se em superiores princípios de direito, boa-fé, comum intenção das partes, amparo do fraco contra o forte, interesse coletivo, afastar aquela regra, até agora tradicional e imperativa.

Uma de suas aplicações é a cláusula *rebus sic stantibus*, abreviação da forma: *contractus qui habent tractum suorum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* (nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação).

(...)

A intervenção judicial só é autorizada, porém, nos casos mais graves e de alcance muito geral. Para que ela se legitime, amenizando o rigorismo contratual, necessária a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevistos, que tornem a prestação das partes sumamente onerosa. Como se expressam Nicola e Francesco Stolfi, preciso é se verifique *radicale mutamento della situazione economica* (*Curso de direito civil - Direito das obrigações*. 2ª parte. 16. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 10).

Dadas essas considerações, tem-se que as partes, quando contratam, têm sobretudo em vista o caráter irrevocabível do vínculo jurídico que está sendo formado. E, acima das vontades particulares, ou das representações psíquicas dos estipulantes, é preciso colocar os princípios

superiores da segurança social, entre os quais se encontra, no primeiro plano, o caráter definitivo do contrato uma vez celebrado e das obrigações que dele derivam.

Consta da r. sentença (f. 435/446) que, nada obstante o MM. Juiz ter entendido pela aplicabilidade do CDC ao presente caso, deferindo inclusive a inversão do ônus da prova em favor da apelante, e admitindo como verdadeiras suas afirmações, julgou improcedentes os seus pedidos iniciais, por entender que não houve qualquer abuso por parte da instituição financeira, sendo incabível a limitação dos juros a 12% ao ano e não havendo demonstração da cobrança de multa de 10%, ou mesmo de capitalização de juros e cobrança cumulada de comissão de permanência com qualquer outro encargo proibitivo.

Sem perder de vista a função social que deve sempre nortear os contratos em geral, a segurança jurídica está justamente em fazer valer as regras pactuadas entre as partes, observados os princípios e regras que norteiam a matéria e as peculiaridades do instituto obrigacional, ou seja, o instituto trabalha com a conjugação de várias regras, princípios e diplomas legais distintos.

E, o caso em tela, ao contrário do que consignou a decisão monocrática, impõe incontínua revisão de suas cláusulas, evidenciando flagrantes violações.

Precipua, no que concerne à impugnação ao percentual da multa moratória praticado pela apelada, tenho que, nada obstante não haja sido comprovada a sua cobrança, conforme observou o Julgador monocrático, tem-se que o mesmo restou pactuado entre as partes, em patamar superior ao que estabelecem as regras consumeristas, ou seja, 10% (dez por cento), conforme se verifica do contrato de f. 278, e, havendo a necessidade de se observar o que dispõe o art. 52, § 1º, do CDC, imperioso ajustar a cláusula contratual, estabelecendo um percentual máximo de 2% (dois por cento).

Dessarte, não se trata de presumir a abusividade violadora de preceito consumerista, no que concerne à sua cobrança, bem como a sua própria incidência sobre os valores que vêm sendo cobrados pela apelada, mas apenas de adequar uma cláusula absolutamente imprópria, para que, em fase de liquidação de sentença, ao serem apurados os valores devidos pela apelante, incida apenas o que é de direito.

No mais, o que a apelante refuta essencialmente é a cobrança de juros remuneratórios acima do limite legal de 12% ao ano, capitalizados mensalmente, bem como a cobrança indevida de comissão de permanência e demais encargos bancários.

Notadamente, no que concerne à limitação dos juros remuneratórios, tenho que, apesar de o art. 25 do ADCT ter retirado o poder normativo do Conselho Monetário Nacional para dispor sobre a limitação de juros, que é da competência do Congresso Nacional, certo é que não foram revogadas as instruções emanadas daquele órgão no período em que detinha

competência normativa, tendo sido o prazo contido nesse dispositivo constitucional prorrogado *sine die*.

Assim, enquanto não editadas normas que regulamentem a matéria, permanecem aquelas já expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, até que sobrevenha lei dispondo sobre a efetiva delimitação de juros em contratos bancários.

No mais, as limitações de 12% ao ano, impostas pelo Decreto 22.626, de 1933, não se aplicam às taxas de juros cobradas pelas instituições bancárias ou financeiras em seus negócios jurídicos, cujas balizas se encontram no contrato e regras de mercado, salvo as exceções legais (v.g. créditos rural, industrial e comercial), entendimento esse largamente difundido entre as Turmas Julgadoras do STJ.

A propósito, reza a Súmula 596 do STF:

As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional.

Os acórdãos abaixo colacionados traduzem essa mesma orientação, a saber:

Contrato de cartão de crédito. Juros. Limitação. Capitalização. - 1. Cuidando-se de operações realizadas por instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, não se aplicam as disposições do Decreto nº 22.626/33 quanto à taxa de juros. Súmula nº 596 do STF. - 2. Capitalização de juros. Solução da espécie que envolve o reexame de matéria fática e a análise de estipulações contratuais. Recurso especial não conhecido (4ª Turma, REsp nº 202.373-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, DJU de 23.08.99)

Mútuo bancário. Contrato de abertura de crédito. Taxa de juros. Limitação. Capitalização mensal. Proibição. Precedentes. - I - No mútuo bancário vinculado a contrato de abertura de crédito, a taxa de juros remuneratórios não está sujeita ao limite estabelecido pela Lei de Usura (Decreto 22.626/33). - II - A capitalização dos juros somente é permitida nos contratos previstos em lei, entre eles as cédulas e notas de créditos rurais, industriais e comerciais, mas não para o contrato de mútuo bancário. - III - Precedentes. - IV - Recurso conhecido e provido (3ª Turma, REsp nº 176.322-RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, unânime, DJU de 19.04.99).

Juros. Limite. Capitalização. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Aplicação da Súmula 596 do STF, quanto ao limite dos juros remuneratórios, e da Súmula 121 do STF, tocante à capitalização. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido (4ª Turma, REsp nº 189.426-RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJU de 15.03.99).

Direitos comercial e econômico. Financiamento bancário. Juros. Teto de 12% em razão da Lei da Usura. Inexistência. Lei 4.595/64. Enunciado 596 da Súmula do STF. Capitalização mensal. Excepcionalidade. Inexistência de autorização legal. Enunciado 282 da Súmula do STF. Recurso parcialmente acolhido.

I - A Lei 4.595/64, que rege a política econômico-monetária nacional, ao dispor no seu art. 4º, IX, que cabe ao Conselho Monetário Nacional limitar taxas de juros, revogou, nas

operações realizadas por instituições do sistema financeiro, salvo exceções legais, como nos mútuos rurais, quaisquer outras restrições a limitar o teto máximo daqueles.

II - Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por lei específica, a capitalização de juros se mostra admissível. Nos demais casos, é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela Lei 4.595/64 o art. 4º do Decreto 22.626/33. O anatocismo, repudiado pelo Verbete 121 da Súmula do STF, não guarda relação com o Enunciado 596 da mesma súmula.

III - Ausente o prequestionamento do tema, não há como analisar a insurgência recursal, nos termos do Enunciado 282 da Súmula do STF (4ª Turma, REsp nº 164.935-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJU de 21.09.98).

Nas operações realizadas por instituição integrante do sistema financeiro nacional não se aplicam as disposições do Dec. 22.626/33 quanto à taxa dos juros remuneratórios (STJ, REsp. 387805/RS, 3ª Turma, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, p. em 9.9.2002).

Portanto, a cobrança de taxas que excedam o prescrito na Lei da Usura, desde que autorizada pelo Banco Central do Brasil, não é ilegal, sujeitando-se apenas aos limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional, nos contrafortes da Lei 4.595, de 1964, e aos princípios constitucionais.

Donde se pode concluir que, em se tratando de contratos firmados com instituições financeiras, os juros devidos são os pactuados pelas partes, ressalvado o reconhecimento da abusividade violadora da própria função social dos referidos contratos.

Ademais, mesmo sendo aplicável a Lei 8.078, de 1990, verifico que a taxa de juros só deve ser alterada se reconhecida sua abusividade em cada hipótese, tendo em vista o caso concreto, restando desinfluentes a tal finalidade a estabilidade inflacionária no período e mesmo a limitação ao patamar de 12% ao ano, para efeitos de validade do avençado pelas partes.

Nesse contexto, cabe trazer à balha os ensinamentos de Emílio Betti (in *Novíssimo digesto italiano*. Turim: Utet, 1958, v. 12, p. 1.559), onde leciona, *verbis*:

autonomia significa, em geral, atividade e poder de dar-se um ordenamento, de dar ordem às próprias relações e interesses, definida pelo próprio ente ou sujeito a quem aquelas e estes respeitem.

Dessarte, a autonomia da vontade é uma parte do princípio geral da autodeterminação das pessoas que têm nele um princípio prévio ao ordenamento jurídico e que o valor que com ele deve realizar-se está reconhecido pelos direitos fundamentais.

Conclui-se então, que ninguém está sujeito às obrigações que não tenha querido, implicando, em via transversa, que os indivíduos devem respeitar todas as obrigações em relação às quais tenham dado seu consentimento.

Tem-se que o direito de liberdade de contratação se caracteriza como a expressão maior do ideário burguês pós-revolucionário, e esta liberdade de contratar parte do pressuposto de que a vontade de ambos os contratantes se encontra paritária e norteadas pela licitude do objeto, confiança e lealdade mútuas.

E toda esta sistemática implementada deflagra o desvencilhar das peias da era absolutista, possibilitando uma perfeita interação do homem na busca e alcance daquilo que deseja, cumprindo ao Estado intervir apenas e tão-somente para assegurar a execução do contrato não cumprido, ou realizado de maneira diversa do pactuado.

Assim, tem-se que o poder público deve sempre buscar restabelecer o máximo possível o equilíbrio entre as partes contratantes, seja pelo dirigismo contratual, seja pela delimitação de vontade, ou mesmo disponibilizando àquele em desvantagem instrumentos de defesa aos seus direitos ameaçados de violação.

Vale dizer, os contratos bancários apresentados pelas partes às f. 275/280, 404/412 e demais extratos de movimentação financeira (f. 59/63) evidenciam que as taxas de juros pactuadas tiveram os percentuais de 8,10% e 8,30% ao mês, respectivamente de acordo com o contrato firmado, o que resulta em média um percentual de 154,62% e 160,34% ao ano.

E, considerando tais cláusulas contratuais, pode-se extrair com segurança que o patamar de juros estabelecido no negócio jurídico firmado entre as partes demonstrou, sim, exorbitação de vantagens ou privilégios para a apelada, em detrimento da apelante, pelo que deve ser revisto.

Vale dizer, tendo em vista a inexorável observância da função do contrato, tenho que neste ponto deve haver uma adequação dos percentuais utilizados para remunerar o capital financiado, a fim de se equilibrarem as partes.

A função social caracteriza-se como um substrato do princípio constitucional da solidariedade, disposto no art. 3º, I, da Carta Magna; portanto, ainda que não se apliquem as regras civilistas atuais ao presente caso, onde referido substrato vem autonomamente expresso, é certo que deve-se buscar a sua origem constitucional, para oxigenar a relação civil que se instala.

No mais, a colocação dos contratos num plano transindividual, indubitavelmente não conflita com o princípio do *pacta sunt servanda*, de origem romanista, que permanece com observância obrigatória.

E esta idéia de função social já vem sendo defendida por Nobberto Bobbio, desde 1974, quando, em sua obra *Da estrutura à função*, procurou demonstrar que efetivamente não é o Direito em si que importa, mas a finalidade do direito, para o que serve (função).

Certo é que a função social se estabeleceu como um imperativo categórico a inibir práticas abusivas entre as partes contratantes, e, conforme orientação do Mestre Miguel Reale,

por sua própria finalidade exerce uma função social inerente ao poder negocial, que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária (REALE, Miguel. *Função social do contrato*, 20.XI.03).

As instituições financeiras aludem ao *spread* bancário como sendo da essência dos contratos de adesão referentes a empréstimos e movimentações financeiras, a caracterizar a onerosidade excessiva imposta aos clientes pelas altas taxas de juros sobre os valores dos débitos existentes.

Assim, a título de esclarecimentos, tem-se que o denominado *spread* bancário se caracteriza pela diferença entre o que a instituição financeira paga ao aplicador na captação de recursos e o que cobrará para emprestar esse mesmo dinheiro.

Verifica-se, pois, que os bancos embolsam, como lucro, em média, mais de 20% da diferença entre o valor que pagam e o que cobram, em cada movimentação financeira que operam, compondo ainda o referido *spread* o custo administrativo e a inadimplência - o que se justifica como prêmio de risco.

Ora, os economistas têm rechaçado a inadimplência como componente do *spread* bancário, valendo transcrever, por oportuno, o trecho de um artigo publicado na revista *Amanhã*, edição 208, de março de 2005, intitulado *Que juro é este?*:

A inadimplência é um ponto controverso. 'A realidade indica que a proporção de brasileiros que não paga é bem menor do que os bancos alegam para colocar as taxas de juros lá em cima', acusa Miguel José Ribeiro de Oliveira, responsável pela pesquisa de juros da Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade (Anefac). 'Não se deve confundir perda com atraso, que é a situação de quem paga fora do prazo, mas liquida o débito em até 90 dias', sustenta. 'Só podem ser consideradas inadimplentes pessoas que não pagarem em 90 dias, e olhe que parte delas acaba regularizando sua situação.' Em dezembro, exemplifica, o Banco Central dava conta da inadimplência de 3,1% entre as empresas (mas só 1,7% como perda). Entre pessoas físicas, a estatística de perda e atraso somava não mais do que 11,7% - deste total, apenas 6,2% correspondia a perda. 'O peso da inadimplência no *spread* bancário é relativamente baixo' endossa Alberto Borges Matias. A partir do estudo que fez sobre os juros no Brasil, ele calcula que o risco de emprestar e não ter o dinheiro de volta responde por apenas 14% dos custos que levam ao monumental *spread* bancário brasileiro (<http://amanha.terra.com.br/edicoes/208/index.asp>).

E, dadas essas considerações, conclui-se que esta sistemática adotada pelas instituições financeiras deflagra, de fato, a exorbitação de vantagens das altas taxas de juros praticadas, visto que optam por ganhar mais, com uma margem maior, denotando-se sempre certa inflexibilidade para baixo do *spread* bancário de um modo geral, uma vez que o movimento deste não tem acompanhado *pari passu* a diminuição recente na taxa básica de juros no País, devendo ser rechaçada qualquer tentativa de formação de uma estrutura oligopolizada.

E, assim sendo, em observância à função social do contrato, merece acolhimento a alegação da apelante que refuta a prática de juros excessivos, impondo-se estabelecer como mais razoável, no presente caso, a aplicação de um percentual máximo equivalente a 3,58% (três vírgula cinqüenta e oito por cento) ao mês.

Vale dizer, não se trata de um percentual aleatório ou fixado sem qualquer parâmetro, mas pautado no que vem sendo praticado no mercado financeiro hodierno, nos entendimentos jurisprudenciais firmados acerca do tema, bem como e principalmente no mínimo estabelecido pela própria instituição financeira, que, como se viu, em todas as operações realizadas, embute previamente um percentual a título dos riscos inerentes.

Há pouco menos de um ano, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu ser possível e legítimo o Poder Judiciário verificar "em cada caso, o abuso alegado por parte da instituição financeira" na cobrança de juros, considerando-se os juros pagos pelo Governo Federal - a Taxa SELIC.

Ao permitir a verificação, em cada caso, da abusividade dos juros, o egrégio STJ demonstra evidente sinal de que a surrada tese defendida pelas instituições financeiras de que gozariam de direito à cobrança de juros ilimitados está ultrapassada. E não há de ser diferente, porque, segundo a Lei Federal nº 8.884, de 1942, o aumento arbitrário dos lucros constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa.

Assim, verifica-se que a taxa média dos juros praticada pelas instituições financeiras, cuja tabela é elaborada pelo Banco Central do Brasil - Bacen (www.bacen.gov.br), serve como parâmetro ao magistrado, na tarefa de proclamar ou não a abusividade na lide posta à apreciação, no que vem ponderando o STJ, para afastar a desejada limitação dos juros ao percentual de 12% ao ano:

Os juros remuneratórios contratados são aplicados, não demonstrada, efetivamente, a eventual abusividade (REsp nº 271.214/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 04.08.03).

O simples fato de o contrato estipular a taxa de juros remuneratórios acima de 12% a.a. não significa, por si só, vantagem exagerada ou abusividade. Necessidade que se evidencie, em cada caso, o abuso alegado por parte da instituição financeira (REsp nº 507.882/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 25.02.04).

Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos bancários não previstos em leis especiais, nem se considera excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente da 2ª Seção do STJ, posicionamento já informado no despacho agravado (AgREsp nº 595.645/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 31.05.04).

Considerando que o Governo remunera o investidor sobre a taxa variável de 15,0% a.a. (Selic) somada à sobretaxa de 8,35% a.a. - essa referente ao risco de se

aplicar em um país em desenvolvimento -, como conceber que a Constituição tenha imposto uma taxa anual de 12%?

Por outro lado, deve-se inibir o afã insaciável das instituições financeiras, na captação de lucros, através do controle exercido pelo Poder Judiciário, a fim de que seja alcançada a segurança jurídica, na sua faceta econômica, como pressuposto da melhor prestação jurisdicional, utilidade e justiça nas decisões.

Assim, pelo princípio da razoabilidade, deve-se observar o mister da congruência lógica entre a situação posta e os percentuais de juros praticados pelas instituições financeiras, tendo em vista os fins remuneratórios a que se destinam, e, pelo princípio da proporcionalidade, deve-se ponderar uma adequação dos patamares mínimos e máximos praticados no mercado, utilizando-se como parâmetro a taxa praticada pelo Governo Federal.

Significa dizer, tendo em vista que a taxa praticada pelo Governo flutua entre 15% a.a., bem como o fato de que o lucro do banco é em média de 20% do *spread*, mostra-se aceitável estabelecer o teto máximo a ser praticado pelo banco, qual seja de 3,58% (três e cinqüenta e oito por cento) ao mês.

Vale dizer, considerando-se o montante aproximado de 43% (taxa Selic anual, mais a taxa de risco-país, mais lucro do *spread*), dividido por 12 (doze) meses, alcança-se o percentual médio de 3,58% ao mês, o qual, diante do caso concreto, pode ser utilizado como um parâmetro aferidor de um percentual razoável de juros remuneratórios, observadas suas variações para mais ou para menos, conforme o período em que praticado pelas instituições financeiras.

Esse entendimento vai harmonizar-se com as regras de experiência comum, que, além de não aviltar o lucro da instituição financeira, também não viola o ordenamento jurídico de proteção ao consumidor.

De lado outro, no que concerne à capitalização de juros, inexistente qualquer cláusula contratual nesse sentido, e, uma vez não tendo sido comprovada pela apelante, não há como presumir a sua cobrança, para fins de afastá-la.

Ou seja, ainda que se fale em inversão do ônus da prova, é certo que a apelante deveria ter comprovado um mínimo suficiente a sustentar suas alegações, o que não ocorreu.

Dessarte, ainda que me posicione integralmente desfavorável à cobrança de capitalização em quaisquer de suas formas, não merece qualquer reforma o *decisum* quanto a esse tema.

Quanto à comissão de permanência, no presente caso, nada obstante a ausência de um laudo pericial conclusivo, verifica-se a existência de cláusula contratual prevendo expressamente a sua cobrança, ao lado dos juros e multa, não apresentando sequer uma taxa de referência, o que impõe reconhecer que fica ao alvedrio da instituição financeira a sua fixação, postergada para data futura à avaliação do mercado.

Notadamente, a comissão de permanência traz em sua essência uma função dicotômica: primária, de remuneração da instituição financeira e secundária, de atualização da moeda corrente, evidenciando nesta mecânica um nítido ato ilícito, visto que o cliente não detém acesso prévio ao índice que será aplicado pela instituição financeira, a qual unilateralmente passa a manipular as operações de crédito com controle absoluto sobre os percentuais a serem aplicados, possibilitando o alcance de valores excessivos, com a configuração implícita de cobrança de juros remuneratórios.

É certo que as regras contratuais devem ter plena observância, implicando um direito subjetivo para ambas as partes, como conseqüência lógica do seu direito de liberdade; todavia este direito tem uma função social, como ressaltado alhures.

Vale dizer, tem-se que o Estado Democrático de Direito visa substancialmente efetivar os direitos fundamentais (subjetivos), porém esses direitos estão condicionados a deveres pelas partes contratantes, os quais devem ser observados em prol de um bem maior, qual seja a sociedade.

Significa, pois, que hoje não se pode admitir a tese de que os contratos apenas produzem efeitos para os contratantes diretos, mas, ao contrário, alcançam as necessidades de todo o corpo social, e é o que se verifica em relação à comissão de permanência deflagrada no presente caso, pelo que, constatado o abuso do direito, violada estará sua função social.

Ademais, a jurisprudência já é pacífica nos tribunais superiores quanto à impossibilidade de aumento dos encargos financeiros em caso de inadimplência do mutuário, pelo que carece de validade a substituição dos juros remuneratórios e da correção monetária pactuados para o período de vigência contratual, por quaisquer outras taxas ou comissão de permanência.

Conclui-se, portanto, que é potestativa a cláusula que permite que seja a comissão de permanência calculada à taxa variável do mercado (f. 410) e cobrada cumulativamente com juros, sendo que tal ajuste coloca o devedor em inteira desvantagem, em razão da dificuldade, ou até da impossibilidade, de averiguá-la. Ou seja, a comissão de permanência há que ser substituída pela correção monetária, calculada pelo índice do INPC.

Diante do exposto, com base nos arts. 93, IX, da Constituição da República e 131 do Código de Processo Civil, dou provimento parcial ao recurso, para adequar o percentual dos juros remuneratórios, estabelecendo um teto máximo de 3,58% (três vírgula cinqüenta e oito por cento) ao mês, para todos os contratos firmados entre as partes, desde a sua origem, bem como para adequar o percentual da multa moratória para 2% (dois por cento) e decotar a comissão de permanência, substituindo-a pela correção monetária ao índice do INPC, e, ante a sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais, na proporção de

50% (cinquenta por cento) para cada uma, e honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a serem pagos aos patronos das partes, admitida a compensação nos termos da Súmula nº 306 do STJ.

Custas recursais, pelas partes, na proporção de 50% para cada uma.

DES. DUARTE DE PAULA - Com a devida vênia do entendimento esposado pelo ilustre Desembargador Relator, ousou dele discordar parcialmente, uma vez que, assim como por ele exposto, também não conheço do agravo retido, rejeito a preliminar argüida e comungo da opinião de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor em relação a todas as instituições financeiras, visto exercerem a mercancia, embora desde o Código Comercial de 25.06.1850, os banqueiros sejam considerados comerciantes, a ele estando submetidas as operações bancárias, inclusive as de abertura de crédito em conta corrente.

Conforme consta no art. 3º, § 2º, da Lei 8.078/90, é incontestável o entendimento de que o serviço bancário se enquadra perfeitamente na norma consumerista, principalmente em se levando em conta o disposto no art. 52 do referido diploma legal, que cuida do fornecimento de crédito ao consumidor, que é, indubitavelmente, a hipótese em questão.

Esses conceitos regem a matéria ora em debate, visto que, para efeito de aplicação do Codecon, não fazem qualquer restrição ou ressalva às atividades de natureza bancária, financeira e de crédito.

Dessarte, assentando-se a questão colocada em julgamento em prestação de serviços bancários, entendo caracterizada a relação de consumo, o que ora me faz assim entender de modo mais do que indubioso, visto que, após encerrado o julgamento da ADIN 2.591-1, do Distrito Federal, interposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - Consif, pelo pleno do excelso Supremo Tribunal Federal, em 07.06.06, pelo fato de haver ocorrido a publicação do v. acórdão no *Diário do Judiciário* de 29.09.2006, sepultada ficou qualquer dúvida de convencimento sobre a questão, uma vez que enuncia que:

As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Consumidor, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

Ademais, a Súmula 297 do colendo Superior Tribunal de Justiça já elucidava a matéria em âmbito pretoriano: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Portanto, entendo não ser de se desprezar o interesse social em análise, numa nítida relação de consumo,

por integrar tal fonte o principal comando do ordenamento jurídico acima citado, servindo, a toda evidência, de norma da qual deve lançar mão o julgador ao aplicar o direito ao caso concreto, sobretudo diante do estágio que as relações sociais assumiram no mundo hodierno, não podendo olvidar que hoje vivemos sob uma nova ótica econômica, alcançada a duras penas, que implica, necessariamente, uma nova visão acerca dos contratos e valores assumidos em decorrência das diversas relações jurídicas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Também, ponho-me de acordo com o eminente Relator no que toca à substituição da comissão de permanência pela correção monetária, calculada conforme o INPC, bem como para adequar o percentual da multa moratória para dois por cento, conforme estabelece o art. 52, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, dele ousou distanciar-me no que toca à taxa de juros aplicável ao contrato celebrado pelas partes.

Entendo que a vertiginosa evolução do mundo moderno, em face das novas preocupações e anseios sociais que passaram a reger os negócios jurídicos, aperfeiçoados pela conjunção de vontade de duas ou mais pessoas, deu lugar a transformações, principalmente com relação ao princípio da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções nos contratos. Evidentes são as tendências atuais no sentido de limitar a eficácia do princípio da obrigatoriedade das convenções, revivendo a velha cláusula *rebus sic stantibus*, que se consolidou na moderna teoria da imprevisão, objetivando tornar os contratos mais justos e mais humanos.

Busca-se hoje a preservação do equilíbrio real do direito e dos deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, seja para manter a inalterada proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias fossem previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem ou desvantagem excessiva para uma das partes, aferível objetivamente, segundo as regras de experiência ordinária.

O princípio clássico do *pacta sunt servanda* passa, nesse contexto, a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas. Dessarte, não obstante a consagrada concepção liberal dos contratos, a teoria da revisão contratual tem sido acolhida pela jurisprudência, principalmente em se tratando de contrato de adesão, como o dos autos, justificando a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, em face da evidência de cláusulas abusivas que se apresentam gravosas sobremaneira para uma das partes.

Então, no que toca aos juros, preceitua a Constituição Federal que dentre as atribuições do Congresso Nacional está a obrigação inderrogável de dispôr sobre todas as matérias de competência da

União, especialmente matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações.

E, como o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias expressamente enuncia a revogação, cento e oitenta dias após a sua promulgação, sujeita a prorrogação por lei, de todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, principalmente no que concerne a ação normativa e alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie, revogada encontra-se a delegação contida na Lei 4.595/64, que concede poder normativo ao Conselho Monetário Nacional em matéria de competência legislativa do Congresso Nacional.

Portanto, derogadas estão todas as instruções normativas emanadas pelo Conselho Monetário Nacional a respeito da fixação dos limites dos juros, descontos, comissões e quaisquer outras formas de remuneração de operações e serviços das instituições de crédito, restando como única fonte de limitação destas formas remuneratórias do capital o art. 406 do vigente Código Civil. Este texto normativo dispõe que, quando os juros moratórios não forem convencionados pelas partes, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Atualmente, para a mora no pagamento dos tributos federais, utiliza-se uma taxa flutuante, sujeita às injunções do mercado, a chamada taxa Selic. A taxa Selic - Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia -, fixada por ato unilateral do Poder Executivo, através do Conselho de Política Monetária do Banco Central (Copom), é calculada sobre os juros cobrados nas operações de venda de título negociável, em operação financeira com cláusula de recompra. Trata-se de uma taxa que reflete a remuneração dos investidores pela compra e venda de títulos públicos. Portanto, é uma taxa flutuante, que se determina exclusivamente em virtude da relação entre o mercado (investidores) e o Governo, servindo para mensurar a remuneração de títulos públicos.

Nenhum problema há em empregar a taxa Selic aos fins a que se destina. O problema está em transformá-la em taxa de mensuração de juros de mora legais. A um, porque na taxa Selic não estão embutidos apenas os juros reais, mas também a correção monetária. A dois, porque, em se tratando de uma taxa flutuante, impede o conhecimento prévio acerca dos juros, causando grave insegurança jurídica. Por essas e outras razões, um grupo de juristas, reunidos em assembléia pelo Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, decidiu propor o Enunciado 20, nos seguintes termos:

Art. 406: A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional,

ou seja, 1% ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária e é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual de juros (*Código Civil comentado*. Organizadores Cleyson de Moraes Mello e Thelma Araújo Esteves Fraga. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, p. 275).

Assim, diante dos problemas que envolvem a utilização da taxa Selic como índice de aferição dos juros moratórios, a meu ver, na hipótese de mora há de incidir a regra contida no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, que limita a taxa de juros a 1% ao mês.

Sendo certo que, dispondo o art. 591 do Código Civil, aplicável a todos os contratos de mútuo, que a taxa de juros convencionais ou remuneratórios (compensatórios) fixada não pode exceder ao limite disposto no art. 406 do Código Civil, deve corresponder também a, no máximo, 12% ao ano.

Importante salientar que reiteradamente vinha decidindo ser aplicável, em casos de mora, o art. 1º do Decreto 22.626/33, que veda a estipulação de juros superiores ao dobro da taxa legal. Contudo, em face da vigência de uma nova regra jurídica sobre a matéria, estou revendo o meu posicionamento, visto que cheguei à conclusão de que, correspondendo a taxa legal, atualmente, a 1% ao mês, a aplicação da Lei de Usura possibilitaria a incidência de taxa de juros de até 24% ao ano, o que ofenderia o art. 406 do Código Civil c/c o art. 161 do Código Tributário Nacional, novos parâmetros de limitação das taxas de juros.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, a fim de substituir a comissão de permanência pela correção monetária, calculada com base no INPC, bem como para adequar o percentual da multa moratória para dois por cento e fixar a taxa de juros remuneratórios e moratórios em 12% ao ano.

Custas recursais, pelo apelado.

DES.ª SELMA MARQUES - Trata-se de apelação interposta por Master Shoes Ltda. contra a sentença que, na ação ordinária c/c pedido de antecipação de tutela, julgou improcedente o pedido do autor.

Inconformado com a decisão exarada pelo Juiz singular, apela o autor, alegando em sede preliminar o cerceamento de defesa. No mérito, requer a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, por consequência, o afastamento das cláusulas abusivas, principalmente no tocante à taxa de juros, capitalização mensal dos juros, cobrança da taxa de comissão de permanência, multa, demais encargos, tarifas e impostos.

Em contra-razões, o banco apelado requer a apreciação do agravo retido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O ilustre Desembargador Relator em seu voto não conhece do agravo retido, rejeita a preliminar e, no mérito, dá parcial provimento ao recurso, para reduzir os juros remuneratórios para 3,58% a.m., e a multa moratória para 2%, substituir a comissão de permanência pela correção monetária com base no INPC. Ante a sucumbência recíproca, condenou cada uma das partes ao pagamento de 50% das custas processuais e fixou os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00, admitida a compensação nos termos da Súmula 306 do STJ.

Já o eminente Desembargador Revisor também não conhece do agravo retido e rejeita a preliminar. Contudo, no mérito, dá provimento ao recurso da empresa recorrente para substituir a comissão de permanência pela correção com base no INPC, reduzir os juros remuneratórios para 12% a.a. e a multa moratória para 2%.

Como Vogal, acompanho o eminente Relator para também não conhecer do agravo retido, bem como rejeitar a preliminar. Quanto ao mérito, *permissa venia*, ouso divergir de Suas Excelências.

Do *pacta sunt servanda* e da inaplicabilidade do CDC.

Inicialmente, cumpre-me registrar que, regra geral, entendo serem inaplicáveis aos contratos bancários as regras do Código de Defesa do Consumidor, posição esta, inclusive, que venho reiteradamente sustentando em minhas decisões.

É que, a meu sentir, não se vislumbra a figura do consumidor naquele que celebra com o banco operações bancárias, uma vez que essas não dizem respeito ao consumo, mormente em se tratando de pessoa jurídica, que se utiliza de empréstimos financeiros concedidos por instituições bancárias como fluxo de caixa, empregando o dinheiro, objeto do mútuo, como capital de giro, o que nada tem a ver com o conteúdo de destinatário final.

O dinheiro e o crédito são apenas meios de pagamento, instrumentos de circulação de riqueza e, por via de conseqüência, não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final.

Nesse sentido, leciona Paulo Brossad, Ministro aposentado do STF:

É forçoso reconhecer que as operações bancárias não dizem respeito ao consumo, nem são consumidores os que celebram com os bancos operações bancárias, sendo desse modo personagens estranhas à lei de defesa do consumidor. (...) são contratos bancários o depósito, a conta corrente, o cheque, o empréstimo, a abertura de crédito, o crédito documentário, o desconto (...). Quem quer que celebre qualquer desses contratos não é consumidor de coisa alguma, nem os contratos importam em consumo de bens ou na fruição de serviços relativos a necessidades humanas. E por maior que seja a extensão que se pode dar aos vocábulos consumo e consumidor a eles não se podem assimilar os contratos bancários.

No amplo espectro do processo econômico, a operação bancária e a relação de consumo encontram-se em pata-

mares distintos e distantes. O consumo supõe a produção de bens produzidos e a serem consumidos, situa-se no termo final do processo, que acaba com ele, enquanto as operações bancárias têm seu endereço voltado à produção de bens, os quais tanto se destinam ao consumo, como a servir de meio de produção para novos bens e serviços. O bem que venha a ser utilizado como insumo não é consumido, mas utilizado como elemento ou ingrediente de produção. São inconfundíveis, assim, os bens aptos a produzir novos bens e os aptos ao consumo por parte de seus destinatários finais, para repetir as palavras da lei. Aqueles são instrumentais ou intermediários; estes são derradeiros e têm no consumo a sua destinação.

Definem-se as instituições financeiras como agentes econômicos, cuja atividade que tem por objeto a coleta, a intermediação e a aplicação dos recursos monetários próprios ou de outrem. São, numa palavra, intermediários na circulação do dinheiro, Lei 4.595, art. 17, donde Pontes de Miranda ter acentuado: 'O que caracteriza a atividade bancária é a função de intermediariedade na circulação do dinheiro' (...).

Tenho como certo que entre o consumidor assim definido por lei e o cliente de um banco, enquanto tal, não há identidade, nem semelhança, da mesma forma que entre consumo e contrato bancário. Operações bancárias ou operações de crédito não dizem respeito ao consumo; ao contrário envolvem aplicação de reservas poupadas, exatamente do que sobejou por não ter sido utilizado no consumo, ou seja, na satisfação de necessidades (RT 718, p. 89/90).

Frise-se, ainda, que a improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), que questionava a validade do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito ao conceito de serviço nele incluído, qual seja atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, não muda a concepção exposta. Isso porque a inconstitucionalidade que foi ali abordada foi de natureza formal, uma vez que o sistema financeiro somente poderia ser regulamentado por lei complementar, não tendo o CDC esta natureza. Afinal, o art. 192 da Constituição de República exige lei complementar para reger a organização e funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, ou seja, sua estrutura, e não as práticas contratuais das referidas instituições.

Todavia, cumpre registrar que a discussão sobre a aplicabilidade ou não do CDC tem destinação estéril. Isso porque, ainda que se reconheça a inaplicabilidade do microsistema jurídico de destinação específica representado pelo CDC e a conseqüente aplicação das normas gerais do Código Civil aos contratos celebrados pelas instituições financeiras, nenhuma abusividade será tolerada.

O Código Civil de 1916 assentou o contrato sobre três princípios fundamentais oriundos da liberdade contratual. São eles o princípio da autonomia privada, o da obrigatoriedade dos pactos ou intangibilidade do conteúdo do contrato e o da relatividade. Tais princípios referem-se à teoria clássica, "onde todo o edifício do

contrato assenta na vontade individual, que é a razão de ser da sua força obrigatória" (LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*, p. 33. *Apud* TEPEDINO *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2006, p. 06).

Todavia, na ordem contratual contemporânea, observa-se uma crítica cada vez mais consistente à centralidade da vontade individual, que passa a ser conjugada com três novos princípios positivados no Código Civil, quais sejam a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico entre as prestações e a função social do contrato.

Mais recentemente, porém, passa-se a reconhecer nas transformações ocorridas não apenas exceções à dogmática clássica, mas a expressão de novos princípios fundamentais da teoria contratual, capazes de alterar qualitativamente a dogmática e os princípios tradicionais. (...) A autonomia privada, a intangibilidade do conteúdo do contrato e a relatividade de seus efeitos conformam-se, na atualidade, a um conjunto de novos princípios: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico entre as prestações e função social do contrato (TEPEDINO, Gustavo *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2006, v. 2, p. 07/08).

Também nesse sentido já apontava Ruy Rosado Aguiar:

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos (...). Nessa óptica, continua-se a visualizar o contrato como uma oportunidade para o cidadão, atuando no âmbito da vontade não pode só por isso prevalecer, se dela resulta iniquidade e injustiça. O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade não é maior do que os outros... (REsp 45.666).

Assim, considerando-se a positivação no Código Civil das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e financeiro do contrato e da função social, não é necessário recorrer-se ao CDC para evitar quaisquer abusividades, iniquidades ou mesmo injustiças nos contratos celebrados pelas instituições financeiras.

Pode-se concluir que o novo Código Civil é um sistema aberto e que exigirá dos juízes um redobrado esforço para a sua correta aplicação, porque, em muitas situações, observado o caso concreto, poderão, além de julgar, vir a criar propriamente a regra jurídica (ANDRIGHI, Fátima Nancy *et. al*. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2008, v. 9, p. 02).

Dentro dos três princípios positivados, que, conjuntamente aos já consagrados pela teoria contratual clássica, regem a relação contratual, para os fins ora enfocados, merece destaque o da boa-fé objetiva, que impõe um padrão de conduta aos contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que jus-

tifica a própria existência do contrato, e traduz um agir pautado pela ética, igualdade e solidariedade.

Antes, porém, de adentrar na caracterização e função da boa-fé, importa ressaltar sua origem constitucional, visto que decorre

de quatro princípios fundamentais para a atividade econômica, quais sejam: 1. a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); 2. o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF); 3. a solidariedade social (art. 3º, III, CF); IV. a igualdade substancial (art. 3º, CF) vinculados diretamente à dicção do art. 170, da CF, de modo a enfatizar o significado instrumental da atividade econômica privada para a consecução dos fundamentos e objetivos de ordem constitucional (TEPEDINO, Gustavo *et al*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2006, p. 17).

No intuito de delimitar a amplitude do princípio, é possível atribuir-lhe três funções essenciais, quais sejam: I) norma interpretativo-integrativo; II) norma de criação de deveres jurídicos laterais e III) para os fins que ora interessam, funciona a boa-fé como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. No que toca à função limitadora de direitos subjetivos, cumpre registrar que

a boa-fé funciona como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscrever aqueles exercícios considerados arbitrários e irregulares. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito de um dos contratantes não resiste à avaliação de sua conformidade com a boa-fé e, como tal, deixa de merecer a tutela do ordenamento jurídico (TEPEDINO, Gustavo *et. al*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2006, v. 2, p. 20).

Direcionando a aplicabilidade do princípio da boa-fé às cláusulas contratuais que podem ser taxadas de injustas ou abusivas, leciona a Ministra Fátima Nancy Andriahi:

A teoria da boa-fé objetiva constitui um mecanismo técnico-jurídico de aferição da abusividade das cláusulas contratuais expressas ou de inaplicabilidade parcial dos efeitos do negócio jurídico, ou ainda de interpretação integrativa da declaração de vontade, sempre que seja preciso restabelecer o equilíbrio contratual. Esse equilíbrio contratual não redunde em mero equilíbrio econômico das prestações, como se só fosse válido o contrato sinalagmático perfeito. O equilíbrio buscado é aquele razoavelmente esperado, aquele que preserva a função econômica para a qual o contrato foi concebido pela parte, salvo se a superioridade de uma das partes tiver subjugado os interesses da outra. Com efeito, é preciso sinalizar aos intérpretes da lei que o princípio da boa-fé objetiva afasta o caráter unilateralmente de propósitos, porque sua meta é sempre resguardar o equilíbrio contratual na integralidade, quer econômica, quer jurídica (Comentários ao Novo Código Civil. 2008, p. 15).

Assim, levando-se em consideração que "ofende-se ao princípio da boa-fé quando o contrato ou a maneira de interpretá-lo ou de executá-lo redundam em

prejuízo injusto para uma das partes" (THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. 2008, p. 51), qualquer abusividade que, por via de regra, pudesse ser extirpada, ou mesmo ponderada, pelo Código de Defesa do Consumidor, destinado a reger situações específicas onde for identificada a figura do consumidor final, também o será pelo Código Civil, diploma destinado a regulamentar os contratos de forma geral, não havendo, por isso, razões para forçar a aplicação de diploma normativo, que, em princípio, se afigura estranho à relação travada com as instituições financeiras, cujos serviços prestados, antes de satisfazerem necessidades finais, permite que o tomador as satisfaça em relações outras.

Dos juros remuneratórios.

Neste passo, entendo que, em relação aos juros remuneratórios, não mais se impõe às instituições financeiras a limitação à base de 12% ao ano, à luz da Lei 4.595/64, que rege a política monetária nacional.

Assim, deve prevalecer em relação a essas instituições o entendimento contido na Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, sendo válida, portanto, a taxa de juros pactuada entre as partes.

A propósito:

As disposições do Decreto 22.626 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas com instituições integrantes do sistema financeiro nacional (Súmula 596 do STF).

Ainda:

É bom não esquecer que as instituições financeiras públicas ou privadas não estão sujeitas aos limites de juros fixados pelo Decreto 22.626/33, mas àquelas fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, através do seu órgão executivo, que é o Banco Central.

Sendo livre a estipulação da taxa de juros, não se faz necessária a autorização do Conselho Monetário Nacional para a fixação de juros em patamares superiores a 12% ao ano.

Impende salientar, ainda, ser inócua a discussão acerca da auto-aplicabilidade do art. 192 da Constituição Federal, em face da Emenda Constitucional 40/02.

Nesse sentido:

Juros. Instituições financeiras. Inaplicabilidade da restrição do Decreto 22.626/33 em relação à taxa de juros. Não se faz mister autorização do Conselho Monetário Nacional, pois livre, em princípio, sua estipulação. Elevação dos juros por inadimplemento. - Havendo pacto entre as partes, os juros de mora podem ser majorados, não incidindo as restrições que são próprias dos financiamentos rurais, comerciais e industriais. Subsiste, no entanto, a vedação do art. 4º do Decreto 22.626/33, no que diz com a capitalização de juros, não afetado pelas disposições da Lei 4.595/64. Excetuam-se as hipóteses previstas em legislação específica, como sucede com as cédulas de crédito rural, industrial e comercial (STJ, 3ª Turma, Min. Eduardo Ribeiro, REsp 203.961).

Entretanto, no caso ora em análise, tornam-se necessárias algumas observações.

Foram entabulados entre as partes dois contratos de abertura de crédito "BB Giro Rápido", sendo avençado o seguinte:

Contrato de nº 277.000.247 (f. 59/61)

Valor da Operação: R\$ 20.000,00, sendo este valor disponibilizado da seguinte maneira:

a) Cheque especial: R\$ 5.000,00, com juros remuneratórios à taxa de 8,3% a.m. e 160,340 a.a

b) Capital de giro: R\$ 15.000,00, com juros remuneratórios à taxa de 2,180% a.m. e 29,536 a.a.

Contrato de nº 277.000.114 (f. 62/63)

Valor da Operação: R\$ 16.000,00, sendo este valor disponibilizado da seguinte maneira:

a) Cheque especial: R\$ 4.000,00, com juros remuneratórios à taxa de 8,100% a.m. e 154,629 a.a

b) Capital de giro: R\$ 12.000,00, com juros remuneratórios à taxa de 1,950% a.m. e 29,080 a.a.

Pois bem.

No tocante aos juros que incidiram sobre os empréstimos realizados a título de cheque especial, entendo que devem ser limitados, pois contratados às taxas nominais de 8,3% a.m. e 160,340% a.a, e 8,100% a.m. e 154,629% a.a., o que, a meu ver, vislumbra onerosidade excessiva e anômala em relação aos índices comumente praticados no mercado financeiro.

Assim, é de se reduzir tais juros ao patamar de 2,180% em relação ao juros do cheque especial referente ao contrato de nº 277.000.247, e, quanto ao contrato de nº 277.000.114, reduzo os juros remuneratórios incidentes sobre o cheque especial para 1,950% a.m.

Ressalto que já votei no mesmo sentido do judicioso voto do ilustre Desembargador Marcelo Rodrigues em feitos anteriores. Contudo, *in casu*, vislumbro a existência de dois contratos da mesma natureza - "BB Giro Rápido" de crédito fixo - nos quais os juros remuneratórios foram contratados no percentual de 2,180% a.m. e 1,950% a.m., por isso, repita-se, reduzo os juros dos contratos "BB Giro Rápido" cheque especial para estes percentuais.

Da capitalização de juros.

Insurge-se ainda o apelante quanto à ocorrência da capitalização de juros.

Cumprem-me algumas observações quanto à possibilidade ou não de capitalização dos juros nos contratos bancários.

Muito embora em algumas situações anteriores tenha me manifestado em sentido contrário, reposicionei-me e entendo não ser ilegal, haja vista encontrar respaldo no art. 5º da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000 (hoje em tramitação no Congresso com o número 2.170-36), que permite nos contratos firmados com instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional a capitalização em período inferior a um ano, *verbis*: "Art. 5º Nas operações realizadas pelas

instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano".

O STJ firmou entendimento no sentido de ser possível a capitalização mensal de juros, nos contratos firmados na vigência da referida MP:

Direito processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. Taxa de juros remuneratórios. Limitação. Impossibilidade. Capitalização mensal. Comissão de permanência. Possibilidade. - Nos termos da jurisprudência do STJ, não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano aos contratos bancários não abrangidos por legislação específica quanto ao ponto. - Por força do art. 5º da MP 2.170-36, é possível a capitalização mensal dos juros nas operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que pactuada nos contratos bancários celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da primeira medida provisória com previsão dessa cláusula (art. 5º da MP 1.963/2000). Precedentes. Agravo não provido (AgRg no REsp 908583/MS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0265104-5, Ministra Nancy Andrighi).

Civil e processual. Agravo regimental. Ação de cobrança. Contratos de abertura de crédito rotativo e de adesão a produtos e serviços. Inovação. Impossibilidade. Capitalização mensal dos juros. Vedação. Medida provisória nº 1.963-17/2000. Contrato anterior. Recurso manifestamente improcedente. Multa, art. 557, § 2º, do CPC. - I. Em sede de agravo regimental, não se permite adicionar fundamento às razões do recurso especial. - II. O art. 5º da Medida Provisória 2.170-36 permite a capitalização dos juros remuneratórios, com periodicidade inferior a um ano, nos contratos bancários celebrados após 31.03.2000, data em que o dispositivo foi introduzido na MP 1.963-17 (2ª Seção, REsp nº 602.068/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 21.03.2005) (AgRg no REsp 897234/RS; AgRg no Recurso Especial 2006/0234984-1, Ministro Aldir Passarinho Junior).

Contudo, não há nos autos prova de que os juros foram calculados de forma capitalizada, e, quanto ao argumento do recorrente, e em análise dos autos, não há nenhuma cláusula em quaisquer dos contratos que preveja a capitalização.

Da comissão de permanência.

Saliento, de início, que, a meu ver, não há óbice na cobrança da comissão de permanência cumulada com multa moratória e juros de mora, havendo somente a restrição de cobrança cumulada com a correção monetária.

Com efeito, tenho que a cláusula que prevê a comissão de permanência se apresenta nula, porque "aberta".

Verifica-se dos autos a existência de cobrança de comissão de permanência, cuja taxa não foi fixada nominalmente (com menção expressa a índices ou percentuais), ficando convencionado que seria aquela praticada pelo mercado no dia do pagamento, o que, a meu sentir, torna evidente a abusividade do ajuste nesta parte, pois não permite qualquer previsão do contratante quan-

to ao percentual que lhe será cobrado a este título, deixando ao inteiro alvedrio do banco a estipulação, restando alterado, portanto, o equilíbrio contratual.

Não se pode permitir tal abuso, sendo de se afastar a incidência do disposto quanto à comissão de permanência, já que se trata de cláusula "aberta", sendo mister a adequação do pacto à realidade atual, buscando manter o equilíbrio das partes contratantes, quebrado pelos termos da avença em exame. Por tal razão, deve incidir a correção monetária na espécie, pelos índices da Corregedoria de Justiça, ficando afastada a comissão de permanência na forma pactuada.

Em sendo assim, também acompanho o eminente Relator, para também determinar a substituição da cobrança da comissão de permanência pela correção com base no INPC.

Da multa contratual.

Ante a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, mantenho a multa estipulada no contrato, qual seja 10% (dez por cento).

Mediante tais considerações, não conheço do agravo retido, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir os juros ao patamar de 2,180% em relação aos juros do cheque especial referente ao contrato de nº 277.000.247 e, quanto ao contrato de nº 277.000.114, reduzo os juros remuneratórios incidentes sobre o cheque especial para 1,950% a.m. No tocante à cobrança da comissão de permanência, também determino a sua substituição pela correção com base no INPC. Quanto aos ônus da sucumbência, condeno cada uma das partes ao pagamento das custas processuais e recursais e fixo os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00, devidos por cada uma das partes, possibilitada a compensação nos termos da Súmula 306 do STJ. Quanto ao mais, mantenho a v. sentença, por seus próprios fundamentos.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO, REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

...