

Capitalização de juros no direito brasileiro

Deltan Martinazzo Dallagnol*

Sumário: 1. Introdução; 2. Significado da capitalização de juros; 3. Regime legal brasileiro da capitalização de juros; 4. Abordagem doutrinária da capitalização de juros; 5. Da impossibilidade da capitalização de juros: uma perspectiva constitucional; 6. Conclusão;

Resumo: O artigo analisa a capitalização de juros, sua abordagem doutrinária e jurisprudencial, e sua viabilidade no direito brasileiro constitucionalizado. Primeiro discorre, citando renomados autores, sobre o significado da capitalização. Depois sobre o seu tratamento na lei e pelas súmulas jurisprudenciais, a abordagem doutrinária e, ao fim, realiza uma avaliação da possibilidade de capitalização perante a Constituição.

1. Introdução;

O presente artigo se debruça a analisar a capitalização dos juros no direito brasileiro: seu significado, o tratamento legal, as posições doutrinárias e a eventual possibilidade da capitalização em face do direito privado constitucionalizado.

2. Significado da capitalização de juros;

Capitalização dos juros significa juros compostos, em oposição aos juros simples. Enquanto naqueles os juros se incorporam ao capital ao final de cada período de contagem, nestes tal não ocorre. No caso de se incorporar, a taxa de juro do novo período incidirá sobre o *quantum* de juros do período anterior, porque incide sobre o capital total (capital inicial mais o juro que a ele se "incorporou"). É chamada "capitalização" de juros porque é a "ação" de tornar os juros em "capital".

Pontes de Miranda afirmava que *"Dizem-se simples os juros que não produzem juros; juros compostos os que fluem dos juros. Se se disse 'com os juros compostos de seis por cento', entende-se que se estipulou que o principal daria juros de seis por cento e sobre esses se contariam os juros de seis por cento ao ano' (= com capitalização anual)."* ⁽¹⁾

Bruno Mattos e Silva explana a questão de modo singelo:

O que são juros simples? Juros simples são aqueles que incidem apenas sobre o principal corrigido monetariamente, isto é, não incidem sobre os juros que se acrescenta ao saldo devedor. Vale dizer, assim, que os juros não pagos não constituem a base de cálculo para a incidência posterior de novos juros simples. E o que são juros compostos? Juros compostos são aqueles que incidirão não apenas sobre o principal corrigido, mas também sobre os juros que já incidiram sobre o débito. Como se pode perceber, capitalização dos juros pode, matematicamente, ocorrer mês a mês, semestralmente, ano a ano, etc. ⁽²⁾

3. Regime legal brasileiro da capitalização de juros;

Num ligeiro retrospecto histórico, antes de se passar à regência legal da capitalização pelo ordenamento jurídico pátrio, observa-se que o Código Comercial não admitia a capitalização, em seu artigo 253, com exceção da anual em conta-corrente. O Código Civil brasileiro do início do século, individualista e patrimonialista, externando em mais um ponto sua postura liberal, permitiu no art. 1262 a livre pactuação do anatocismo. Contudo, foi revogado neste aspecto pelo art. 4º da Lei da Usura, a qual pretendeu ceifar os excessos e abusos praticados na cobrança de juros. Em caráter excepcional admitiu a mesma regra permissiva que já estabelecera anteriormente o Código Comercial, a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos de conta-corrente ano a ano.

Como leciona Roberto Rosas, a interpretação da Lei da Usura não foi pacífica, mas entendeu a Suprema Corte que ela proibiu o anatocismo ainda que expressamente estipulado, firmando seu entendimento na súmula nº 121, que assim dispôs: "*É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada*". ⁽³⁾

Embora o Supremo Tribunal tenha decidido que a lei nº 4.595/64 derogou a Lei da Usura no tocante ao limite da taxa de juros para instituições financeiras (súmula nº 596 ⁽⁴⁾), a Lei de Reforma Bancária não derogara a Lei da Usura no tocante à proibição da capitalização de juros. Somente seria possível a capitalização quando lei especial a permite, como as leis que disciplinam o crédito rural, crédito industrial e crédito comercial, desde que seja também pactuada (lei que permita é requisito necessário mas não suficiente). Nesse sentido se editou a súmula nº 93 do Superior Tribunal de Justiça: "*A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros*".

Podem-se citar duas ementas, a exemplo, que resumem a posição atual do Superior Tribunal de Justiça neste tema:

DIREITOS COMERCIAL E ECONÔMICO. FINANCIAMENTO BANCÁRIO. JUROS. TETO DE 12% EM RAZÃO DA LEI DE USURA. INEXISTÊNCIA. LEI 4.595/64. ENUNCIADO DA SÚM. 596/STF. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. EXCEPCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. ENUNCIADO DA SÚM. 282/STF.

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 DEC 22.626/33. O anatocismo, repudiado pelo verbete da Súm. 121/STF, não guarda relação com o enunciado da Súm. 596 da mesma Corte.

[...] [RESP nº 164935/RS, decisão de 16/06/1.998, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira]

MÚTUO BANCÁRIO - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO - TAXA DE JUROS - LIMITAÇÃO - CAPITALIZAÇÃO MENSAL - PROIBIÇÃO - PRECEDENTES.

[...]

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. [RESP nº 176322/RS, decisão de 23/02/1.999, Relator Ministro Waldemar Zveiter]

Recentemente, duas medidas provisórias abordaram o assunto. Elas foram eternizadas pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que determinou que *"As medidas provisórias editadas em data anterior à publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional."*

A primeira, a medida provisória nº 2.160-25, de 23 de agosto de 2001, dispôs sobre a Cédula de Crédito Bancário, definindo-a no art. 1º como *"[...] título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade"*. Essa medida provisória permitiu o pacto de capitalização dos juros neste título executivo específico.

Comentando a medida provisória, Nelson Lacerda afirma que essa medida provisória amplia sobremaneira o poder das instituições financeiras, em detrimento da sociedade, sendo *"prova de que o governo encontra-se refém das instituições financeiras"*. Assim se posiciona o autor:

A prerrogativa "capitalizados" derruba o princípio legal sedimentado desde 1850, no Código Comercial, na Lei de Usura, nos julgados do Supremo Tribunal Federal e na Constituição Federal, e quebra a hierarquia dos poderes. Se utilizada a prerrogativa em questão, o valor a ser pago quase dobra, senão vejamos tomando exemplos. Juros lineares a uma taxa de 10% ao mês: em 12 meses, sobre a dívida incidem juros anuais de 120%. Juros

capitalizados: considerada a mesma alíquota de 10%, chegamos a 213% ao ano sobre o principal.[...].⁽⁵⁾

A Procuradora da República Valquíria Oliveira Quixadá Nunes entende que a legalização do anatocismo é um "*acinte aos Tribunais e aos consumidores*". Abordando também o referido diploma, assim se pronunciou:

A jurisprudência assentada no STF, no STJ e nos TRFs demonstra a validade da proibição da Lei da Usura. A proibição da capitalização dos juros nos contratos de empréstimo, a exemplo do cheque especial, financiamentos para habitação etc. ficou clara. No entanto, quando os bancos se viram derrotados, saíram desesperados em busca de socorro ao governo, que prontamente os atendeu.

Aliás, para tutelar os interesses dos banqueiros, o governo não se importou nem com os demais poderes, interferindo diretamente na competência do Poder Legislativo, com a edição de medida provisória sobre a matéria, e ainda desrespeitando e afrontando o Poder Judiciário, que, com o repúdio categórico ao anatocismo, tentou fomentar em seus julgamentos o resgate do equilíbrio na relação cliente/banco, já tão prejudicada com as abusivas taxas de juros praticadas, e que fica agora perdida com a imposição, pelo governo, da extorsiva cobrança de juros sobre juros.

A segunda é a medida provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, que "dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências". Mais drástico, este diploma legal no seu art. 5º permite a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, em todas as operações realizadas pelas instituições financeiras.

Afora não se detectar relevância alguma, ou urgência alguma, nesta norma sob forma de "medida provisória", requisitos que esta deveria conter, ela estatui preceito evidentemente discriminatório ao restringir a possibilidade exclusivamente à instituição financeira, padecendo evidentemente de dupla inconstitucionalidade.

A Gazeta do Povo de 12 de abril de 2.000 trazia a manchete "Medida beneficia bancos e afeta as pessoas que pagam empréstimos", de Mirian Gasparin de Oliveira. Reportava a autora que "*Mais uma vez o lobby dos banqueiros funcionou e o consumidor sai prejudicado. No dia 31 de março, praticamente na surdina, o governo federal editou medida provisória autorizando os bancos a cobrarem juros sobre juros em financiamentos habitacionais, cheque especial e em contratos com prazo inferior a um ano.*"⁽⁶⁾

Noticiava o artigo que várias liminares já haviam sido concedidas por juízes das Varas Cíveis de Curitiba, impedindo a cobrança de juros sobre juros, bem como que a Andif (Associação Nacional dos Devedores de Instituição Financeira) já estava tomando providências judiciais.⁽⁷⁾

Carlos Alberto Etcheverry, Juiz de Direito no Rio Grande do Sul, acompanhando a medida, asseverou em seu artigo "Capitalização de Juros":

Enxertando a regra sob exame em uma medida provisória que não tem qualquer relação com o sistema financeiro, existiriam boas chances de não chamar a atenção. Com uma vantagem adicional: a cobrança de juros compostos, tal como vedados na Lei de Usura, ficaria legitimada desde logo e até que os legisladores examinassem a medida provisória, que poderia ser reeditada ad infinitum, já que parece consolidado o entendimento de que o parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal - segundo o qual ela perde a eficácia se não convertida em lei no prazo de trinta dias - não diz o que diz.

Como os critérios para aferir outros requisitos autorizadores do uso desse mecanismo legal - relevância e urgência - possuem uma elasticidade simplesmente inacreditável, nada haveria a temer se examinada a questão sob o aspecto jurídico. Claro, o mesmo observador referido anteriormente poderia afirmar que ao menos a relevância estaria presente, arrematando, em tom irônico, com a pergunta: mas para quem?⁽⁸⁾

A este respeito, Bruno Mattos e Silva afirmou:

Para edição de uma medida provisória, nos termos da constituição, existe a necessidade da questão ser relevante e urgente.

No caso em tela, a questão é, sem dúvida alguma, relevante. Justificaria a edição de uma medida provisória sobre o tema. Causa perplexidade, contudo, que a medida provisória tenha trazido regra mais benéfica para as já poderosas instituições financeiras!

[...]

No tocante ao outro requisito para a validade de uma medida provisória, não parece ser urgente a liberalização total do anatocismo: os bancos já são muito ricos e podem muito bem praticar o anatocismo apenas anualmente e devolver o dinheiro dos juros cobrados a maior, em razão de uma deliberada e consciente violação da Lei de Usura.

Isto é, o teor da medida provisória não é urgente para os interesses da sociedade; urgente ele é, porém, para os bancos, com inúmeras ações, contestando a ilegalidade do anatocismo, sendo julgadas procedentes, a mudança da legislação!

Contudo, dificilmente o STF irá proclamar a ilegalidade da referida medida provisória, em razão de falta do requisito de urgência.⁽⁹⁾

4. Abordagem doutrinária da capitalização de juros;

Embora haja na doutrina alguns autores que defendem a possibilidade da capitalização de juros, prepondera a corrente contrária, para a qual a capitalização é um mal a ser extirpado do ordenamento jurídico, seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Judiciário. Devem-se abordar as duas correntes.

Na primeira figuram os autores Cançado e De Lima⁽¹⁰⁾, que entendem que a súmula nº 121 da Colenda Suprema Corte não se aplica às instituições financeiras. Lecionam os autores que a orientação jurisprudencial é no sentido de ser vedada a capitalização de juros em período inferior a um ano para todos os segmentos (seja instituição financeira ou não), sendo contudo permitida a capitalização anual de juros contratuais, compensatórios e moratórios para todos os agentes econômicos. A lei nº 4.595/64, neste tocante, em nada alterou a Lei da Usura, que repetiu o Código Comercial.

Há, no dizer dos dois autores, uma interpretação extensiva, e de acordo com os fins da lei, para o que seja "contrato de conta corrente" do art. 4º da LU e do 253 do Código Comercial, já que estes dois diplomas não estabelecem em qualquer de seus dispositivos distinção de tipo ou modalidade contratual, abrangendo então quaisquer saldos contratuais, que evoluam ao longo do tempo, tendo sido tal entendimento corroborado pelo STJ e STF. A capitalização em período inferior, como semestral, só é permitida quando há lei especial que com isso expressamente consinta (como os decretos-lei nº 167/67, no tocante à cédula de crédito rural, nº 413/69, no tocante à cédula de crédito industrial, e lei nº 6840/80, no tocante à cédula de crédito comercial).

No mesmo sentido dos autores acima, e por eles citado, está o prof. Humberto Theodoro Júnior⁽¹¹⁾, que ressalva que só incidem tais capitalizações quando as partes expressamente pactuarem no contrato de financiamento. Não há vedação da Lei da Usura para isso, e a Lei Bancária não a alterou.

Cançado e De Lima procuram ainda demonstrar que a capitalização decorre de um imperativo matemático-financeiro, devendo ser permitida sempre, mesmo que não pactuada pelas partes contratantes.

No mesmo sentido, embora entenda que sempre a capitalização anual ou em período menor (quando lei permitir) se dá somente com convenção expressa, mostra-se Humberto Theodoro Júnior, citado pelos autores acima. É o sentido do seguinte trecho de um parecer seu:

De lege ferenda, se me afigura razoável deixar-se, dentro de parâmetros mais flexíveis, o problema dos períodos de capitalização de juros para a livre convenção das partes, ou mesmo fazê-la confundir com o simples enunciado da taxa de juros aplicável (anual, mensal, diária), como aliás, parece prevalecer no direito comparado e recomendar a técnica econômica e matemática. Mas, enquanto permanecerem em vigor o Código Comercial, o Código Civil e a Lei da Usura, não há como generalizar aquilo que tradicionalmente se vê como estrita exceção à regra de somente ser admissível a capitalização anual.⁽¹²⁾

Dornelles da Luz, do mesmo modo, mostra-se favorável à capitalização dos juros. Assevera o autor:

Não há como escapar da realidade. Os Bancos, fazendo o que se convencionou chamar de intermediação financeira, têm que repassar o dinheiro pelo seu custo, mais o *spread* que constitui sua comissão. Ora, se

a capitalização mensal é consentida na captação como seria possível proibir seu repasse? Pode um comerciante ser obrigado a vender sua mercadoria com prejuízo? Há fundamento jurídico a respaldar uma proibição dessa natureza? Só mesmo em uma economia de guerra ter-se-á justificativa jurídica.

Aos poucos os Tribunais foram-se dando conta da absurdidade de algumas teses que entre eles encontrava sustentação.[...]. Mas, não demorará muito, chegará a admiti-lo [refere-se ao comto capitalizado dos juros] em toda operação bancária indistintamente, enquanto perdurarem essas ruinosas condições em nossa economia. ⁽¹³⁾

Não obstante haja autores que, assim, defendem a possibilidade jurídica da capitalização de juros, a grande maioria da doutrina se posiciona em sentido contrário. E não sem argumentos. A lista dos autores que assim se posicionam é enorme, e seus argumentos em geral têm por base a Lei da Usura, até pouco tempo vigente, entendendo que só se admite a capitalização quando a lei expressamente a permite e é expressamente pactuada.

Neste sentido, além da jurisprudência, por exemplo, os autores Rodrigues Alves ⁽¹⁴⁾, José Reinaldo Coser ⁽¹⁵⁾, Nardim Darcy Lemke ⁽¹⁶⁾, Cristiano Álvares Vallardes do Lago. ⁽¹⁷⁾

Contudo, com a edição das novas medidas provisórias o cenário muda, bem como devem mudar os argumentos. Os argumentos tradicionais cedem indefesos frente ao novo argumento legislativo das medidas provisórias que estão a admitir a capitalização. Neste aspecto, interessante e original é o argumento do juiz Sérgio Gischkow Pereira, que entende, a partir da aplicabilidade imediata da regra constitucional que veda os juros reais a 12% ao ano, estar extirpada de nosso ordenamento jurídico a capitalização de juros.

Assim se pronuncia Pereira: "Inviável, por outro lado, permaneça a figura dos juros compostos. Admitida que fosse, estaria profundamente comprometida a limitação constitucional e burlada de maneira escancarada. O limite da Carta Magna é para a taxa de juros reais, sem abrir exceção par uma taxa real resultante de capitalização de juros." ⁽¹⁸⁾

Como se procurará demonstrar, a capitalização de juros não é juridicamente cabível, nem mesmo quando lei a permite.

5. Da impossibilidade da capitalização de juros: uma perspectiva constitucional

A capitalização de juros implica uma desproporção radical entre prestação e contraprestação. Para que se chegue a esta conclusão, é necessária uma preliminar abordagem do significado real, prático, no sentido econômico, da capitalização.

O engenheiro Antônio de Pádua Collet e Silva, no seu artigo "Entendendo os Aspectos Legais dos Juros" ⁽¹⁹⁾, aborda a capitalização sob o *viés* econômico e jurídico de modo simples e preciso. Para simplificar a análise inicia distinguindo, para efeitos de seu trabalho, duas expressões que utiliza. A primeira é "juros capitalizados", que são os juros

calculados pelo critério de juros compostos em períodos inferiores a um ano (dias, meses, etc.). A segunda é "juros legais", que são os juros calculados pelo critério de juros simples em períodos inferiores a um ano e de juros compostos para períodos superiores a um ano (pois a Lei da Usura e o Código Comercial o permitem). A partir desta distinção avalia a repercussão econômica da aplicação dos juros capitalizados e dos juros legais (estes capitalizados apenas anualmente, segundo a lei permite).

Parte o autor de um exemplo básico para que se possa "sentir" a diferença. Parte do valor do principal de R\$ 1.000,00, taxa de juros de 8% ao mês, de período mensal.

Primeiro considera período inferior a um ano, com prazo de um semestre (seis meses), do que resultaria ao fim um total com juros legais somando R\$ 1.480,00. O valor do principal e o valor do montante de juros não variam a cada mês, sendo o principal ao longo dos seis meses de R\$ 1.000,00, e o valor dos juros de R\$ 80,00 em cada mês. Já do cálculo com juros capitalizados resultaria um total de R\$ 1.586,87. A cada mês o valor do principal se altera, somando-se os juros do período anterior, o que resulta numa alteração do valor dos juros a cada mês, pois embora a taxa de juros não varie o principal aumenta (R\$ 80,00 no primeiro, R\$ 86,40 no segundo,...).

Dáí concluiu que, neste primeiro exemplo, comparando os valores obtidos, os juros capitalizados resultaram uma remuneração para o capital em + 58%, enquanto os juros legais resultaram uma remuneração para o principal em + 48%. Deste modo os juros capitalizados proporcionaram um ganho comparativamente maior em + 7,22% sobre os juros legais.

Em seguida, considera o autor para os mesmos dados básicos um período superior a um ano (o que muda um pouco porque os juros legais podem ser capitalizados de ano a ano), um prazo de cinco anos (60 meses). O total com juros legais após o período de 5 anos soma R\$ 27.888,25. O valor do principal e a remuneração mensal de juros não varia dentro de cada ano. Somente ao completar cada ano o montante de juros do ano é acrescido ao valor do principal (juros compostos em períodos anuais). Já o total com juros capitalizados após o período de 5 anos é de R\$ 101.257,06. Não é erro de digitação, é este absurdo mesmo. A cada período mensal varia o valor do principal, incorporando-se o valor dos juros do período anterior, bem como a cada período varia o montante de juros, pois embora a taxa de juros seja a mesma o valor do principal aumenta.

Conclui o autor, após comparar os valores totais obtidos com os dois critérios de cálculo, que os juros capitalizados aumentaram a remuneração para o principal em + 10.025,7%, enquanto os juros legais proporcionaram um aumentaram a remuneração para o principal em + 2.288,8%. A aplicação dos juros capitalizados geraram um ganho comparativamente maior em +263,08% sobre o ganho proporcionado pelos juros legais

Após estas análises chega Collet e Silva à seguinte conclusão:

Os dois exemplos numéricos apresentados acima permitem compreender porque no gráfico resultante dos cálculos, a curva para Juros Capitalizados aumenta de forma tão acentuada frente à curva obtida para os Juros Legais. A resposta está nos prazos e respectivos períodos

considerados, bem como no critério de cálculo adotado para maximizar os resultados.

[...]

A melhor forma para maximizar a rentabilidade dos juros é prolongar prazos e utilizar o critério de cálculo exponencial com Juros Compostos, com a maior quantidade de períodos possíveis para aplicação das taxas. Por outro lado, para minimizar os custos dos juros, deve-se reduzir os prazos e diminuir o fator exponencial do critério de cálculo.

Observe que no exemplo anterior, a aplicação de Juros Legais resultaria numa excelente remuneração de + 2.792,5% para o Capital Empregado do financiador, considerando o prazo de 5 anos e períodos mensais com taxa de juros de 8% ao mês. Certamente configura-se como usura, a pretensão de remunerações acima de tal patamar, aplicando-se os cálculos dos Juros Capitalizados. ⁽²⁰⁾

Demonstra o ilustre engenheiro ainda que os efeitos dos critérios de cálculo (juros legais ou capitalizados) é mais perverso do que o efeito das próprias taxas de juros. Observe-se o quadro comparativo que o autor faz entre os resultados obtidos com o uso dos juros legais e com o uso dos juros capitalizados, variando-se a taxa de juros mensais entre 1% e 12%:

Juros Mensais	Juros após 1 ano (doze meses)		Juros após 5 anos (60 meses)	
	Juros Legais	Juros Capitaliz.	Juros Legais	Juros Capitaliz.
1%	12%	12,7%	76,2%	81,8%
5%	60%	79,6%	948,6%	1.767,9%
8%	96%	151,8%	2.792,5%	10.025,7%
10%	120%	213,8%	5.053,6%	30.348,2%
12%	144%	289,6%	8.548,7%	89.659,7%

Após transplantar os efeitos disto num gráfico, Collet e Silva ressalta que o sentimento do ser humano é restrito para entender os efeitos da exponenciação, reclamando-se muito mais das taxas de juros do que do critério de cálculo. E prossegue que *"Cientes da restrição de tal intuição, especialmente pelos menos favorecidos, os preceitos bíblicos condenam a usura desde o Antigo Testamento. Talvez já soubessem, naquela época, dos resultados em se depositar um único grão de trigo no primeiro quadrado de um tabuleiro de xadrez, dobrando esta quantia nos quadrados seguintes. O número de grãos começa bem pequeno: 1, 2, 4, 8, 16, 32, 64, 128,... mas quando chega no 64º quadrado, o resultado é quase 18, 5 quintilhões de grãos!"*

Analisando estes dados (melhor expostos na origem pelo engenheiro, com outros gráficos e tabelas), é realmente difícil compreender aqueles que defendem a capitalização de juros nos empréstimos. Ao menos impossível é compreender sob a ótica de que o direito deve valorizar o humano antes do que o patrimônio, sob a ótica de que este serve àquele e não aquele serve a este.

A evolução exponencial que toma a dívida é patentemente injusta, onerosa, constituindo verdadeiro enriquecimento sem causa, onerosidade excessiva, lesão enorme, ou como mais se queira denominar. Certo é que o direito não pode tolerar um fator tal de desequilíbrio e até, por que não, abuso contratual.

Por isso, não obstante a previsão da medida provisória, acredita-se que os juízes e tribunais não se manterão silentes. Afora a inconstitucionalidade do dispositivo em virtude da impossibilidade da veiculação da matéria via medida provisória, também certa é a sua inconstitucionalidade perante o art. 1º, III, 3º, I, II, III, 170, da Carta Magna. Talvez os juristas não se tenham dado conta ainda do conteúdo que a norma a qual permite a capitalização reveste.

Luiz Edson Fachin ⁽²¹⁾ destaca que a Constituição Federal de 1.988 operou uma inversão ao erigir como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, impondo ao Direito Privado o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX e na qual se inspirou o Código Civil pátrio. Submete-se o patrimônio à pessoa: aquele se legitima enquanto meio de realização desta.

Esse novo panorama constitucionalizado do direito privado atingiu em cheio os contratos, como notou Paulo Nalin na sua tese intitulada "Conceito Pós-Moderno de Contrato: em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional". ⁽²²⁾ Destaca o autor a superação do sistema codificado do contrato do Código Civil ⁽²³⁾, com seu desenvolvimento teórico assentado no século XIX, baseado na vontade individual dos contratantes, o que não encontra mais ressonância na realidade fática. ⁽²⁴⁾ Nesse sentido, afirma o autor:

Há de se perseguir um mais amplo favorecimento da pessoa humana nas relações jurídicas e, especialmente, nas contratuais; conforme reafirmado nesta tese, a vontade contratual deixou de ser o núcleo do contrato, cedendo espaço a outros valores jurídicos, institutos, fundados na Carta. O paradigma da autonomia da vontade, em detrimento da tutela da pessoa na sua dimensão contratante, talvez até possa encontrar legitimidade no espaço do Código Civil, pois do homem em si não se ocupa, mas sempre estará em descompasso com a Constituição. Isso é observado com grande destaque nas relações jurídicas contratuais, em que a vontade surge como mero papel de impulso, quando não, completamente inexistente, no âmbito das relações de adesão e do contrato obrigatório, ambas conseqüências da massificação negocial. ⁽²⁵⁾

Assim sendo, embora o contrato seja um veículo econômico de trânsito de bens, veiculando uma operação econômica destinada a transferir titularidades, não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 consagrou a função social do contrato, à qual se

subordina a função econômica. O art. 170 da Constituição, ao tratar da ordem econômica, determinou que esta tem por fim assegurar a todos uma existência digna, submetendo o valor patrimonial ao existencial. Não se trata de derrogação dos valores patrimoniais, mas sim de submissão destes aos valores existenciais.

Nesse sentido, propugna-se hoje a vigência dos princípios da boa fé objetiva, justiça contratual e transparência no âmbito dos contratos. E a capitalização de juros discrepa do conteúdo de todos esses princípios, os quais se relacionam intimamente. Discrepa da boa fé objetiva porque destoa do comportamento leal, da lisura com que as partes tem de se comportar uma diante da outra, pois se trata de um instituto cujo conteúdo não é claro, além de ser injusto. A capitalização não se conforma com o princípio da justiça contratual, porque engendra uma contraprestação totalmente desproporcional em relação à prestação, quebrando qualquer idéia de equidade. Por fim, afasta-se da transparência porque a cláusula de capitalização é incompreensível ao homem médio, ou consumidor médio, da sociedade.

É evidente a impossibilidade da aplicação da capitalização em contratos de adesão, e cumpre notar que os bancários, na esmagadora maioria, são adesivos. Isto porque o aderente não terá, com certeza, a possibilidade de optar entre formular um contrato de mútuo com capitalização de juros ou sem. Tendo como opção única firmar um contrato com capitalização, dada a necessidade que a sociedade tem deste tipo de operação, e dada a utilidade social do contrato, que deve estar acessível à comunidade como meio de desenvolvimento social, não se pode afirmar que há vontade do aderente no sentido da capitalização.

Reza o Código do Consumidor, com relação aos contratos de adesão, no art. 54, § 3º (que por sinal se insere dentro do âmbito do conceito de consumidor do art. 29 do CDC, pelo qual é consumidor todo aquele que se sujeita à prática ali prevista), que *"Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor."* O art. 46 do mesmo Código afirma que os contratos não obrigarão os consumidores se não for dada oportunidade de conhecer o seu conteúdo e se for redigido de modo a dificultar a compreensão do seu alcance.

Ora, a mera previsão contratual de juros capitalizados não permite que se tenha alcance das considerações econômicas traçadas. Imagine um consumidor que, tendo dificuldades econômicas, utiliza o cheque especial para prover seu sustento básico e acaba por abrir um débito de R\$ 1.000,00. O banco ajuíza uma ação contra o cliente, que passa a discutir a questão em juízo, e permanecendo em dificuldades não paga.

Quem poderia imaginar que, passando-se cinco anos, a juros de 8% ao mês (que é um juro normal hoje para cheque especial), o critério de capitalização de juros conduziria o débito ao montante de, no mínimo (sem contar juros de mora), R\$ 101.257,06 ?? Ou mesmo que o período seja menor, quem poderia imaginar que, sem nem contar juros de mora, ao fim do terceiro ano devesse R\$ 15.968,17, e ao fim do quarto ano R\$ 40.210,57 ??

Se esta previsão já é difícil para pessoas que tiveram acesso ao ensino superior, minoria na sociedade, quanto mais para a maior parte da população brasileira. A estipulação contratual fere o princípio da boa fé (objetiva), que consagra a equidade e justiça contratuais.

Além de tudo, quando se configurar relação de consumo, nunca é demais recordar o direito básico que se tem, à luz do art. 6º, V, do Código do Consumo, à modificação de cláusulas contratuais que estatuem prestação desproporcional.

Mesmo que se entenda que lei permite a capitalização, e é válida, afirma a súmula do Superior Tribunal que é possível o "pacto de capitalização de juros". Mas no contrato bancário há de se questionar "que 'pacto'?" É a instituição financeira que dita as regras do jogo, cabendo ao cliente meramente aderir a uma regra que é inadvertidamente injusta e também injurídica (frente a lei constitucional, civil e do consumidor). Se há um mínimo de vontade nestes "pactos", certamente não tem o sentido da capitalização. Se é que o cliente entender o que ela significa...

Além de tudo isso, é inoperante o argumento da injustiça de o banco capitalizar nas operações passivas e não nas ativas. O banco capitaliza porque quer, não havendo norma legal que o obrigue. Faz isso com o objetivo de atrair e manter poupadores para usar os recursos nas operações ativas. Porque se não o fizesse correria o risco de a cada mês o cliente reaplicar a quantia em outro banco para ver seus valores capitalizados.⁽²⁶⁾ Também se deve anotar que aí não é ferida a boa fé objetiva, porque o banco, especializado nas operações financeiras, tem dimensão do significado da capitalização, bem como porque é ele que predispõe as cláusulas negociais.

Por fim, cumpre destacar que a disposição da medida provisória que viabiliza a capitalização de juros, nas operações de instituições financeiras, em prazos inferiores a um ano, não atinge a impossibilidade de capitalização de juros após intentada ação contra o devedor. Reza o art. 253 do Código Comercial, não se sabe por que esquecido, *in fine*: "*Depois que em juízo se intenta ação contra o devedor, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros.*" Esta disposição do Código Comercial é norma especial para contratos comerciais (tal como o contrato bancário), e especial em relação ao período posterior à propositura da ação contra o devedor.

É, pois, norma duplamente especial (especialíssima) que não foi revogada. Primeiro não foi revogada pela Lei da Usura ou Código Civil porque a norma do Direito Comercial visou a regular situações *após a propositura da ação* especificamente em *contratos comerciais*, como o contrato bancário. Não foi também revogada pelos diplomas especiais que regem os mútuos rural, industrial e comercial, porque não se debruçaram sobre a capitalização especificamente após a mora. E não perde efeitos perante a medida provisória, até mesmo para quem admite a capitalização de juros (tese com que não concordamos), porquanto o tratamento da norma comercial é especialíssimo em relação ao período subsequente à propositura da ação, período que a medida provisória não atingiu ao estabelecer um tratamento genérico. Não há razão, assim, para o esquecimento ou não aplicação do art. 253 do Código Comercial.

6. Conclusão;

A capitalização de juros, em que pese encontre hoje previsão em lei, não tem sustentação no ordenamento privado-constitucionalizado. É uma previsão que não transparece a abrangência de seu conteúdo econômico, e que engendra uma situação de absoluta desproporção entre prestação e contraprestação. Não encontra amparo nos modernos princípios contratuais, como boa fé objetiva, justiça contratual, transparência, contrariando a inspiração constitucional de supremacia dos valores existenciais em detrimento dos patrimoniais (dignidade da pessoa humana).

Notas

1. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, 3 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, v. 24, p. 32.

2. MATTOS E SILVA, Bruno. Anatocismo legalizado: a medida provisória beneficia as já poderosas instituições financeiras. *In: www.direitobancario.com.br*, 01/07/2.001.

3. ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**, 10 ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 55.

4. Súmula nº 596, STF: "*As disposições do Decreto n. 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.*"

5. LACERDA, Nelson. Medida provisória 1.925 aumenta juros e poderes dos bancos. *In: www.direitobancario.com.br*, 01/07/2.001.

6. OLIVEIRA, Mirian Gasparin de. Governo autoriza cobrança de juros sobre juros – financiamento de imóvel e cheque especial ficam mais caros. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 12/04/2.000.

7. *Idem, ibidem.*

8. ETCHEVERRY, Carlos Alberto. Capitalização de juros. *In: www.direitobancario.com.br*, 01/07/2.001.

9. MATOS E SILVA, Bruno. *Ob. cit.*

10. CANÇADO, Romualdo Wilson. LIMA, Orlei Claro de. **Juros, correção monetária, danos financeiros irreparáveis: uma abordagem jurídico-econômica**, Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p. 49-54.

11. *Idem, ibidem*, p. 56-60.

12. *Idem, ibidem*, p. 58.

13. LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários, o banco múltiplo e seus contratos**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 99-100.

14. ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários**, Bookseller, Campinas, 1996, p. 248-249.

15. COSER, José Reinaldo. **Juros**, Editora de Direito, São Paulo, 2.000, p. 47-51.

16. LEMKE, Nardim Darcy. Limites da taxa de juros no mútuo bancário. **Revista Jurídica Blumenau**, Blumenau, v.1, n. ½, p. 91-115, jan/dez., 1.997, p. 109-110.

17. LAGO, Cristiano Álvares Vallardes do. Juros – art. 192 § 3º, da Constituição Federal – capitalização – comissão de permanência – aplicabilidade do CDC aos contratos bancários. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 24, n 70, p. 15-27, jan/mar. 1.998, p. 17-20.

18. PEREIRA, Sérgio Gischkow. A limitação constitucional dos juros reais. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 47, p. 179-194, nov., 1.989, p. 193.

19. COLLET E SILVA, Antônio de Pádua. Entendendo os aspectos legais dos juros. *In: www.direitobancario.com.br*, 01/07/2.0001.

20. *Idem, ibidem.*

21. FACHIN, Luiz Edson. RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 4, p. 243-263, 2.000, p.244-246.

22. NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Conceito pós-moderno de contrato: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba, 2.000. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

23. E também do Código Comercial, pois a realidade fática sobre que atua sempre invoca subsidiariamente o Código Civil. Além disto, a Constituição operou sobre todo o Direito Privado, não cabendo restrições.

24. Afirma o autor, na ob. cit., p. 1, que há "[...] *uma desconexão entre o discurso que insiste em sustentar um contrato nucleado na vontade dos sujeitos (liberdade contratual), sem a devida atenção para o fato de que esta manifestação de vontade é, quiçá, o dado menos significativo na composição do contrato contemporâneo.*"

25. *Idem, ibidem*, p. 79-80.

26. Importa recordar que os juros pagos a mais não podem ser repetidos (art. 251 Código Comercial). O que é diferente de quando o Banco cobra a mais, caso em que tem

incidência até mesmo o art. 1.531 do Código Civil, pelo qual deverá a instituição pagar ao devedor o equivalente do que exigir.

*Bacharel em Direito em Curitiba (PR)

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3439> >. Acesso em: 03/07/07