

A Fixação de Juros Remuneratórios pelas Instituições Financeiras e os Preceitos Constitucionais da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência

**Adriana Therezinha Carvalho Souto
Castanho de Carvalho¹**

I - INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretende-se analisar a evolução das regras sobre a limitação do patamar de juros fixados pelas instituições financeiras nas diversas operações de mútuo, bem como questionar a correção da atual posição jurisprudencial sobre o critério de taxa média de mercado e a possibilidade de intervenção para redução da dita taxa média sem violação aos preceitos de livre iniciativa e livre concorrência.

II - CONCEITO DE JUROS E A EVOLUÇÃO DA LIMITAÇÃO DO SEU PERCENTUAL

Os juros consistem na remuneração do capital devido ao credor pelo período em que este fica privado de sua utilização, bem como pelo risco em que incorre de não vir a resgatá-lo. Durante vários anos, discutiu-se sobre o percentual que poderia ser cobrado pelas instituições financeiras a título de tal remuneração.

O primeiro diploma a tratar da matéria foi o Código Civil de 1916. Dispunha, em seu artigo 1.262, ser permitido, mas só por cláusula expressa, a fixação de juros ao empréstimo de dinheiro ou de outros bens fungíveis, podendo tais juros ser fixados abaixo ou acima da taxa legal, prevista

¹ Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca da Capital.

no artigo 1.062 do mesmo diploma legal, com ou sem capitalização. Estabeleciam, ainda, os artigos 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1916 que a taxa de juros moratórios, quando não convencionada, seria de 6% ao ano, sendo nesse mesmo patamar quando devidos por força de lei ou quando as partes o convencionarem sem taxa estipulada.

Logo, num primeiro momento, não havia qualquer fixação, por lei, do limite máximo da taxa de juros, podendo ser fixada livremente entre as partes. De fato, só havia estipulação de percentual quando não houvesse sua fixação pelas partes ou quando decorrentes de disposição legal. Em todos os casos, poderia haver capitalização que, nos termos do artigo 253 do Código Comercial de 1850, se dava de forma anual.

Com a edição do decreto número 22.656/33, passou-se a questionar se havia referido diploma limitado o valor dos juros, vez que dispunha, em seu artigo 1º, ser vedada, e passível de punição, a fixação de juros em qualquer contrato, acima do dobro da taxa legal, ou seja, em percentual superior a 12% a.a.

A questão veio a ser dirimida pela Súmula 596 do STF, que entendeu ser inaplicável o Decreto 22.656/33 às instituições privadas ou públicas integrantes do Sistema Financeiro Nacional, ante a existência de legislação específica para o Sistema Financeiro Nacional, qual seja, a Lei número 4.595/64, que dispunha competir privativamente ao Conselho Monetário Nacional a limitação e a fixação de taxas de juros.

Assim, as instituições financeiras continuaram a não se submeter a qualquer limitação à fixação dos juros remuneratórios do capital mutuado.

Chegou-se, até mesmo, a questionar se o Poder Judiciário poderia intervir de forma geral na fixação de limite máximo da taxa de juros. Em julgamento proferido pelo Tribunal Pleno do STF, em sede do conflito de atribuições número 35-RJ, cujo relator foi o ministro Sidney Sanches, em julgado proferido em 01 de dezembro de 1989, entendeu o STF não possuir o Poder Judiciário tal atribuição, vez que privativa, nos termos da Lei 4.595/64, do Conselho Monetário Nacional.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais uma vez, a questão passou a ser discutida ante a existência em seu texto do artigo 192, parágrafo 3º, que dispunha que a taxa real de juros, nesta incluída comissões e quaisquer outras remunerações diretas ou indiretas referentes à concessão de crédito, não poderia ser superior a 12% a.a. No entanto,

novamente, as instituições financeiras lograram sair ilesas de qualquer limitação, ante a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade número 4 do STF, que, surpreendentemente, entendeu não ser referido dispositivo constitucional, auto aplicável, dependendo, assim, da edição de lei complementar para sua aplicação.

Tal norma complementar, no entanto, jamais foi editada, sendo, posteriormente, pela edição da emenda constitucional número 40, de 2003, tal dispositivo constitucional revogado.

Nova discussão passou a ser travada. De fato, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, o artigo 25 de suas Disposições Constitucionais Transitórias previa a revogação – a partir de 180 dias de sua promulgação, sujeito esse prazo a prorrogação por lei – de todos os dispositivos legais que atribuíssem ou delegassem a órgão do poder executivo competência assinalada pela Constituição Federal ao Congresso, especialmente no que se referisse a ação normativa.

Logo, como a fixação e limitação da taxa de juros pelo Conselho Monetário Nacional, na forma prevista na Lei número 4.595/64, consistisse em ato normativo assinalado pela Constituição Federal como de competência do congresso, passaram alguns tribunais a entender que, mesmo com a edição da medida provisória número 45, de 31 de março de 1989, e suas sucessivas prorrogações, até a presente data, desta feita de forma definitiva pela Lei número 9.069/95, teria sido revogado o poder normativo do Conselho Monetário Nacional para a fixação e limitação de taxa de juros.

Novamente o STF, ao analisar o Recurso Especial número 286963-5/MG, cuja relatoria foi do Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu ter sido mantida a competência do Conselho Monetário Nacional para a fixação da taxa de juros.

Frise-se que, nos termos da resolução 1.064/85 do Conselho Monetário Nacional, as operações ativas dos bancos comerciais são realizadas a taxas de juros livremente pactuadas.

Com a edição da lei número 8.078/90, entendeu-se ser referida legislação aplicável às instituições financeiras; no entanto, suas disposições não podem interferir em cláusulas contratuais relativas à política econômica, por se tratar de lei ordinária, havendo lei complementar específica

e especializada que rege a matéria. Assim sendo, não pode a Lei número 8.078/90 dispor sobre matéria relacionada a juros.

Novo embate ocorreu quando da promulgação do Código Civil de 2002, especialmente pelo teor dos artigos 591 e 406. Entendeu-se, mais uma vez, pela inaplicabilidade de tais dispositivos às instituições financeiras, vez que a estas não se aplicavam os dispositivos do Código Civil, sendo regidas por regra especial, qual seja a Lei número 4.595/64.

Em verdade, entendeu-se que a expressão fins econômicos expressa no corpo do artigo 591 se dirigia àqueles que praticassem o mútuo de forma eventual, sem caracterização de exercício de atividade, cuja atribuição, por disposição legal, é privativa das instituições financeiras. Para esses, haveria a limitação da fixação de juros pela taxa SELIC (atualmente 12,5% a.a.).

Assim sendo, embora não haja legislação a determinar a limitação do patamar de juros remuneratórios e moratórios às instituições financeiras, entende-se, em consonância com os preceitos da Lei número 8.078/90, especialmente o disposto no artigo 51, inciso IV, e artigo 6º, inciso IV, de referido diploma legal, que embora livremente pactuados, não podem ser fixados de forma abusiva, devendo estar dentro da média do mercado.

O que seria taxa média do mercado?

De início, ponderou-se que a taxa média de mercado deveria ser a taxa SELIC. No entanto, sua utilização como critério de média de mercado revela-se contra senso econômico, pois constitui a taxa paga pelo governo nas operações de mútuo contraídas junto a instituições financeiras. Obviamente, para qualquer instituição financeira é muito menos arriscado emprestar dinheiro ao governo do que ao particular, vez que não há risco, sendo certo, tanto o ganho, como o retorno do capital mutuado.

A instituição financeira, quando concede empréstimos, avalia necessariamente os riscos e fatores da operação. É com base em vários fatores (do banco, da dívida e do demandante) que as instituições financeiras fixam a taxa de juros aplicável a cada tipo de contrato. Em relação aos fatores do banco, inerentes à própria instituição financeira estão o custo na captação e os custos administrativos; dentre os fatores da dívida e do demandante, se encontra a condição econômica do devedor (porte econômico), a existência de garantias, casamento com “funding”, o prazo, indexador, montante

envolvido e setor da economia. Os empréstimos com garantia têm taxas de juros menores do que aqueles sem garantia, com destaque aos empréstimos sem prazo e valor estabelecido, que têm taxas mais elevadas do que aqueles com prazo fixado de vencimento e valor contratado. Há, ainda, a vinculação da taxa de juros à política econômica do Estado, que varia em conformidade com a fixação da taxa SELIC.

Logo, a taxa de juros flutua em relação a cada tipo de operação ao qual esteja vinculada.

Assim sendo, a fim de se fixar ou encontrar a taxa média de mercado, parâmetro utilizado pela jurisprudência para fixação de taxa de juros não abusiva e, portanto, permitida pelo CDC e, em tese, lícita, estabeleceu-se que esta deve estar dentro da média entre as taxas mínimas e máximas praticadas pelas instituições financeiras para cada tipo de operação, como exemplificado a seguir.

0003960-02.2009.8.19.0209 - APELAÇÃO
DES. MAURICIO CALDAS LOPES - Julgamento:
31/08/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
Contratos de empréstimo em contas-corrente. Ação de revisão contratual c/c nulidade de cláusulas, repetição de indébito e outros pleitos. Renegociação de dívida. Sentença de procedência parcial. Apelações a que se negou trânsito. Agravos Inominados do § 1º, do artigo 557 do Código de Processo Civil tirado contra a respectiva decisão. A hipótese é, mais que tudo, de ilícito contratual e, nesse passo, não se havia mesmo falar em vício do serviço, sujeito ao prazo decadencial previsto no artigo 26 do CDC, mas em lapso prescricional, de 5 anos, na forma do artigo 27 da legislação consumerista. Possibilidade de revisão dos contratos bancários firmados desde que contratada cláusula ilegal ou nociva ao consumidor, ou “efetivamente comprovada nos autos a exorbitância das *taxas* cobradas em relação à *taxa média do mercado* específica para a operação efetuada, oportunidade na qual a revisão judicial é permitida, pois demonstrados o desequilíbrio contratual do consumidor e a obtenção de lucros excessivos pela instituição financeira.” (STJ. AgRg no RESP 1052866/MS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS))

3ª Turma, julgado em 23/11/10). “Nas obrigações periódicas inadimplidas, as instituições financeiras não estão vinculadas à *taxa de juros* fixada na lei de usura, vedada, no entanto, a prática da capitalização mensal.” (Súmula 202 deste Tribunal de Justiça). Prova técnica enfática ao afirmar que “a conta-corrente nº 1174/102236-9, em 05/09/2008, conforme a Tabela I, coluna-saldo devedor com *taxa de juros* do Banco sem Capitalização, apresenta saldo devedor de R\$ 97.770,80. A conta-corrente nº 1174/102406-2, em 22/09/2008, conforme a Tabela III, colunas saldo devedor com *taxa de juros* do Banco sem Capitalização, apresenta saldo devedor de R\$ 21.070,39”. Agravo do réu não provido; não conhecido o do autor.

INTEIRO TEOR. Decisão Monocrática: 26/07/2011

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 31/08/2011

No entanto, pela análise dos dados divulgados pelo BAcen, verifica-se que, mesmo as taxas de juros tidas como dentro da média do mercado se encontram em patamares extremamente elevados. Assim sendo, há de se perquirir: o que justifica as taxas de juros serem fixadas em patamar tão elevado? Estaria a ocorrer uma indução à cartelização? Estaria a haver elevação da taxa de juros em razão da desproporção entre oferta e demanda?

III - DA REAL TAXA MÉDIA DE MERCADO

Novas questões preocupam o Poder Judiciário, eis que não mais se questiona se as taxas aplicadas aos contratos se encontram fixadas dentro da média de mercado, vez que se passa a questionar se as ditas taxas médias de mercado obedecem aos princípios de boa-fé contratual preconizados no CDC ou se ocorre sua elevação desproporcional, em razão da disparidade entre a oferta e a demanda e a ânsia das instituições financeiras pela obtenção de maiores lucros, com violação ao princípio da boa-fé contratual.

A fim de ser verificada a abusividade nas taxas médias de mercado, há de se apurar o spread bancário; ou seja, a diferença entre o preço de captação e o preço do empréstimo, levando-se em consideração os riscos inerentes à operação (inadimplência), os impostos diretos e indiretos incidentes, o fundo garantidor do crédito, o percentual compulsório do gover-

no e o custo administrativo. Em mais precisos termos, constitui o spread bancário no lucro efetivo da instituição financeira na operação de mútuo.

A apuração do real valor do spread bancário é difícil, vez que as instituições financeiras sonegam as informações essenciais quanto aos custos de captação e os reais riscos das operações. Alegam que a veiculação de tais dados consistiria em violação ao preceito constitucional da livre concorrência e ao livre exercício da atividade econômica, previstos no artigo 170 da Constituição Federal.

Tal dispositivo legal é, no entanto, mitigado pelo artigo 192 da Constituição Federal, que dispõe que o sistema financeiro nacional deve ser estruturado para servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem.

Assim, na análise da prevalência das normas constitucionais acima transcritas extrai-se ser o interesse coletivo prevalecente sobre o interesse privado, devendo haver a divulgação de dados para cálculo do spread bancário por importar em transparência essencial a proteção do direito da coletividade.

Além disso, a divulgação correta do spread bancário viabiliza a fiscalização de prática de ilícitos penais pelas instituições financeiras.

Nos termos do artigo 1º da Lei número 1.521/51, legislação também aplicável às instituições financeiras, constitui crime contra a economia popular obter ou estipular, em qualquer contrato, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Aplicando-se referida legislação aos contratos de mútuo celebrados pelas instituições financeiras, extrai-se que o *spread* bancário está limitado a 20% sobre o custo da captação. Em vários casos, tem-se apurado que as taxas médias de mercado utilizadas pelas instituições financeiras em verdade são abusivas, na medida em que ultrapassam o limite de 20% sobre o custo da captação. Apesar disso, raras são as decisões judiciais que enfrentam a matéria.

Conclui-se, assim, que a real taxa média de mercado ainda está por ser divulgada pelas instituições financeiras, vez que as taxas médias veiculadas retratam lucro desenfreado com base na básica do mercado de oferta e procura, ante a crescente necessidade pelos consumidores de crédito para a aquisição de bens de consumo divulgados pelo mercado capitalista.

IV - CONCLUSÃO

A divulgação do *spread* bancário não viola os princípios constitucionais da livre concorrência e do livre exercício da atividade econômica, mas apenas aprimora tais práticas no interesse da coletividade.

A real taxa média de mercado pode ser facilmente aferível, não pela média entre as taxas mínimas e máximas praticadas pelas instituições em cada tipo de operação de mútuo, mas pela divulgação pelo site do Banco Central da taxa de captação, acrescida da informação de custo efetivo total da operação, nos termos da resolução 3517, de 06 de 12 de 2007 (o custo que o cliente paga quando contrata um empréstimo ou financiamento, cuja variação se dá em razão do prazo do valor do empréstimo, da tarifa de cadastro e dos tributos, dos serviços contratados com terceiros, na forma de percentual anual) com ampla fiscalização pela sociedade e entes público. ❖