

Legalidade da capitalização de juros em contratos de mútuo habitacional

Delmar Reinaldo Both

*Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto
de Desenvolvimento Cultural - IDC/RS*

RESUMO

Este trabalho aponta, utilizando interpretação sistemática, inconsistência da posição contrária à capitalização de juros nos contratos de financiamento habitacional. Demonstra a incoerência de exigir pagamento de juros capitalizados na captação de recursos pelo sistema bancário, enquanto se proíbe sua cobrança quando são aplicados na concessão de empréstimos habitacionais. Defende o direito adquirido do credor à remuneração integral do capital, em respeito ao ato jurídico perfeito. Aponta que as normas protetivas se destinam a favorecer os mutuários e não a impor ônus adicional aos agentes financeiros. Esclarece o papel da correção monetária na formação da noção de usura relacionada à capitalização dos juros. Deduz que a amortização negativa não resulta da vontade do credor, mas de condição imposta por lei, e que esta não pode impingir-lhe situação economicamente inferior àquela que o obrigara a aceitar quando da contratação do mútuo, impedindo a devolução integral do capital.

Palavras-chave: Anatocismo. Capitalização de juros. Mútuo habitacional. Usura.

ABSTRACT

This work shows, by systematic interpretation, inconsistency of posture against the conversion of not paid interests into capital on housing financing contracts. It demonstrates that is illogical to require capitalized interests payment when banks get investments but disallow them to charge it when money is borrowed. It defends acquired right of the creditor *in* getting integral return of his capital. It points the protective laws have to help debtors not to prejudice creditors. It makes clear the role of capital indexation on the notion of usury related to conversion of not paid interests into capital. It deduces that interests that are not paid by legal protection not creditor desire can not cause partial devolution of the borrowing.

Keywords: Usury. Capitalization. Convert interests into capital.

Introdução

A proibição da capitalização mensal de juros nos contratos de mútuo com destinação econômica assenta-se na literalidade da Lei de Usura (Decreto-Lei 22.626/33) e na Súmula 121 do STF, além de estar expressamente regulada no art. 591, do Código Civil de 2002, que a autoriza apenas em periodicidade anual. A regra, entretanto, não é indiscriminadamente aplicada no Sistema Financeiro Nacional, havendo autorizações expressas em legislações de regulamentação da emissão de títulos decorrentes de contratos de crédito específicos.

O que se nota, a propósito do tema, é uma tendência gradativa de liberação a partir de meados da década de 60, notadamente após a instituição dos mecanismos de correção monetária, incidentes tanto sobre contas de depósito remunerado, como as de poupança, quanto sobre contratos de mútuo com longos períodos de amortização, como os empréstimos habitacionais.

De outra parte, as principais restrições, como a Lei de Usura e a Súmula 121, datam de período anterior. O art. 591 do Código Civil, de 2002, fugindo a essa regra, é posterior, mas praticamente repete o disposto na parte final do art. 4º da Lei de Usura.

Outro marco importante na compreensão do problema encontra-se na publicação da Lei 4.595/64, que instituiu o Sistema Financeiro Nacional, excluindo a incidência da Lei de Usura sobre as taxas de juros e demais encargos cobrados pelos bancos, como restou reconhecido pela Súmula 596 do STF. Menciona-se, ainda, o fato de que a capitalização de juros integra a remuneração das contas de poupança e contas vinculadas do FGTS, que também tem seus depósitos corrigidos monetariamente.

O tratamento diferenciado dado a diversos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, ora permitindo expressamente a capitalização mensal de juros, ora vedando, é objeto de apreciação deste trabalho, que propõe uma abordagem sistemática do tema, buscando uma uniformização de critérios que ultrapasse a mera interpretação literal dos dispositivos legais, para tentar estabelecer uma análise lógica do que seja o anatocismo que a lei pretende coibir, em comparação com as práticas universalmente aceitas no mercado financeiro.

1 Hipóteses de anatocismo no SFH

O surgimento de distorções decorrentes do achatamento salarial ocorrido na época de inflação elevada, assim como seus efeitos sobre os contratos vinculados ao Plano de Equivalência Salarial (PES), trouxe para a pauta de discussões relativas aos contratos habitacionais uma ampla gama de controvérsias, a partir da necessidade dos mutuários de fazer frente ao risco de perda dos imóveis, na medida em que a defasagem de

seus salários dificultava-lhes sobremaneira a manutenção da pontualidade e da adimplência às obrigações mensais.

Dessas controvérsias destaca-se, por sua importância e pelas discussões que ainda são travadas a respeito, o questionamento acerca da possibilidade de existência de anatocismo, ou capitalização de juros, nos contratos de financiamento habitacional, registrando-se as diversas hipóteses que serão adiante analisadas.

O anatocismo, dada a sua origem repulsiva, foi procurado nos contratos habitacionais como justificativa necessária para embasar as ações revisionais, formulando-se variadas hipóteses em que poderia ocorrer, das quais algumas mais bem elaboradas tecnicamente do que outras, mas todas suficientemente complexas para suscitar a necessidade de produção de prova pericial, acrescentando um ingrediente capaz de estender no tempo a fase de instrução e fomentar discussões e polêmicas capazes de permitir o trânsito dos feitos por todos os níveis do judiciário.

Na verdade, a justificativa do anatocismo foi buscada mais como possibilidade de estabelecer e manter uma longa controvérsia, do que pelo eventual benefício financeiro, posto que o problema maior estava relacionado à capacidade de pagamento dos contratantes, afetada, no mais das vezes, por perda de renda resultante do aumento nos níveis de desemprego que se seguiu ao período de incremento da taxa inflacionária. O pano de fundo, portanto, de tantas controvérsias, era mais social do que propriamente jurídico ou técnico-financeiro.

O resultado desse período ainda é sentido no âmbito do judiciário, notadamente nas varas e tribunais federais, que acabaram por concentrar o maior número de demandas, em razão dos efeitos mencionados serem particularmente mais danosos em relação à população que recorreu aos financiamentos lastreados em recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), cuja esmagadora maioria foi concedido pela Caixa Econômica Federal, ou acabou sendo por ela absorvido em operações de cessão de crédito, utilizadas no pagamento pelos bancos privados das obrigações de restituição dos montantes tomados ao FGTS.

Embora existam alegações esparsas nas quais outras hipóteses de anatocismo são levantadas, as que encontraram amparo em argumentações tecnicamente mais bem elaboradas, constituindo-se nas mais freqüentemente utilizadas, muitas vezes de forma cumulativa, são as que a seguir serão analisadas.

1.1 Decorrente do sistema de amortização

Registra-se, nessa hipótese, que é uma das mais freqüentes nas ações revisionais do SFH, uma inconformidade contra a aplicação da Tabela Price, alegando-se que a sua fórmula, da qual fazem parte operações de potenciação aplicadas sobre a taxa mensal de juros, seria causadora de

capitalização, eis que a operação matemática da potenciação resulta de multiplicações sucessivas, tal como se descreve a apuração de juros compostos, ou capitalizados.

A discussão dessa hipótese foi levada a níveis de polêmica inimagináveis, cogitando-se análises matemáticas da fórmula do eminente cientista inglês com tal profundidade que resultaram na publicação de livros e num debate acalorado em seminários e cursos, que se estende até os dias de hoje.

Não é objeto desse trabalho a apreciação detalhada das razões matemáticas de uma ou outra corrente formada em tal discussão. Não porque tenham deixado de ter aplicação aos feitos ainda hoje ajuizados, mas pela singela constatação de que a Tabela Price, seja qual for a particularidade de sua fórmula matemática, não é capaz de ocasionar a famigerada capitalização de juros, em razão de que ela não interfere no montante de juros que é cobrado ao longo da amortização do contrato, esgotando a sua função no cálculo da primeira prestação.

Ela é apenas um instrumento matemático colocado a serviço dos contratantes para o cálculo da prestação constante a ser aplicada no Sistema Francês de Amortização. Cabe questionar, portanto, do ponto de vista jurídico, se o Sistema Francês (e não a Tabela Price), ao cobrar prestações constantes, pode ocasionar a capitalização de juros. O mesmo questionamento é válido para os demais sistemas de amortização aplicados ao SFH, vale dizer, também o SAC e o SACRE principalmente.

Em primeiro lugar, é importante constatar que qualquer que seja o sistema de amortização utilizado, se houver a previsão de que o pagamento seja feito em parcelas mensais de amortização e juros, como exige a legislação de regência do SFH, a simples aplicação desse método não é capaz de ocasionar o anatocismo.

A propósito do tema, transcreve-se trecho de entrevista concedida pelo Prof. Edson Queiroz Penna, autor do livro *Tabela Price e a Inexistência de Capitalização* e perito atuante junto à Justiça Federal em processos relativos à revisão de contratos do SFH, à revista Boletim ADVOCEF, nº. 54. Assim se pronuncia o eminente especialista:

A capitalização e a amortização são dois institutos diferentes e não devem ser confundidos. O primeiro transmite a idéia de acúmulo, acréscimo, aumento, enquanto amortização significa o processo inverso, redução, extinção pouco a pouco. Na capitalização os juros são agregados ao capital e sobre eles incidem novos juros. Na amortização os juros são pagos juntamente com a parcela do capital. A matemática, através do conceito de taxa efetiva, mede da mesma forma tanto o pagamento dos juros como a sua incorporação ao capital. Mas, sendo pagos, os juros não se incorporam ao capital, conseqüentemente não há incidência de juros sobre juros, que é o que proíbe o art. 4º do Decreto 22.626/33.

Entendemos que a discussão deveria cingir-se à forma como os juros são calculados e pagos. Se pagos integralmente, não ferem a norma jurídica. Se incorporados ao saldo devedor (o que é possível não pela utilização da Tabela Price, mas pela existência de dois indexadores diferentes, um para o reajuste da prestação e outro para a atualização do saldo devedor), são contrários à legislação.¹

Os sistemas de amortização que contemplam o pagamento do empréstimo em prestações mensais têm como premissa técnica de consistência, ou seja, de capacidade de alcançar o objetivo proposto, que a cada prestação sejam pagos os juros incorridos no período e, adicionalmente, parte do capital seja devolvido (amortizado).

É preciso lembrar, entretanto, que a correção monetária e os planos de proteção à renda do assalariado que adquire um imóvel financiado não fazem parte do sistema de amortização. Seus efeitos interferem na perfeita execução da fórmula matemática do sistema escolhido, distorcendo sua execução e, por vezes, comprometendo o alcance de seu objetivo.

É o caso, portanto, de atribuir corretamente a responsabilidade das distorções capazes de ocasionar a capitalização de juros, as quais decorrem de fatores estranhos aos sistemas de capitalização e não de suas fórmulas originais.

De fato, a execução dos sistemas de amortização em pagamentos mensais ocorre da seguinte forma:

- a) o capital é corrigido monetariamente e acrescido dos juros incidentes entre a tomada do empréstimo e o vencimento atual;
- b) desse montante é descontada a prestação paga pelo tomador, restando o saldo que servirá de base de cálculo para os juros do período seguinte;
- c) o procedimento é repetido no vencimento seguinte, tomando por base o saldo remanescente, novamente realizando-se a correção monetária e o cálculo dos juros incorridos desde o último pagamento.

Se o sistema de amortização é consistente, como dito anteriormente, a prestação deverá ser suficiente para a quitação dos juros e de parcela do capital emprestado, impedindo que venham a ser calculados juros sobre valor resultante dos juros anteriormente acrescidos.

Há, portanto, uma impossibilidade técnica de que a fórmula do sistema de amortização venha a causar a capitalização de juros, tendo-se essa alegação como destituída de fundamento fático. Na maior parte das vezes em que é feita, resulta de desconhecimento do mecanismo matemático dos sistemas de amortização, mas não se descartam as vezes em que é utilizada conscientemente apenas para justificar uma pretensão revisão contratual que não encontra outro motivo válido.

¹ PENNA, Edson Queiroz. **Boletim ADVOCEF**. n. 54, Porto Alegre, ago.2007. p. 6-7

1.2 Em razão dos juros efetivos

Uma outra alegação freqüente nas ações revisionais de contratos do SFH é de que a menção à taxa efetiva de juros demonstra que são cobrados juros compostos, ou capitalizados, em desacordo com a legislação.

Nada mais afastado da realidade, porém. Ao se analisar as planilhas demonstrativas dos pagamentos feitos no decorrer da amortização dos empréstimos habitacionais, nas quais são lançados os valores mensalmente cobrados a título de juros e amortização, constata-se que os juros resultam da aplicação simples da taxa mensal contratada. Essa taxa mensal é obtida pela divisão da taxa anual por doze, o que equivale a dizer que, para obtermos a taxa anual a partir dela, teríamos que fazer uma multiplicação simples e não uma potenciação, como ocorreria no caso de juros compostos.

Citando mais uma vez a entrevista do Dr. Edson Queiroz Penna:

A Matemática, através do conceito de taxa efetiva, mede da mesma forma tanto o pagamento dos juros como a sua incorporação ao capital. Mas, sendo pagos, os juros não se incorporam ao capital, consequentemente não há incidência de juros sobre juros, que é o que proíbe o art. 4º do Decreto 22.626/33. Entendemos que a discussão deveria cingir-se à forma como os juros são calculados e pagos. Se pagos integralmente, não ferem a norma jurídica. Se incorporados ao saldo devedor o que é possível pela existência de dois indexadores diferentes, um para reajuste da prestação e outro para atualização do saldo devedor, são contrários à legislação.²

De fato, há a informação da taxa efetiva de juros nos contratos de financiamento habitacional, mas não a aplicação dessa taxa no cálculo dos encargos mensalmente pagos.

A menção à taxa efetiva de juros atende tão somente a uma formalidade dos contratos celebrados no âmbito do SFH, exigida pela Resolução 235/72 do BACEN, não significando, portanto, a aplicação de juros compostos ao contrato.

Mais uma vez, então, podemos atribuir os motivos de tal alegação prioritariamente ao desconhecimento técnico das operações matemáticas efetuadas para a cobrança dos encargos mensais, mas sem desconsiderar as vezes em que atende apenas ao intuito de lançar o maior número possível de questionamentos de natureza técnica sobre o contrato para viabilizar o requerimento da prova pericial e com isso prolongar o andamento processual.

² PENNA, Edson Queiroz. 2007. p.6-7.

1.3 Por efeito da amortização negativa

A amortização negativa é um efeito indesejado dos planos de equivalência salarial e de comprometimento de renda, pelo qual o valor da prestação mensal, depois de seguidos reajustes em percentual significativamente menor do que os efetuados no saldo devedor, torna-se insuficiente até mesmo para a liquidação da parcela de juros do período, deixando de realizar qualquer amortização do valor emprestado.

O inadimplemento parcial dos juros convencionados, entretanto, não ocasiona mora do devedor, pois resulta de disposição legal protetiva e não de sua vontade. De outra parte, porém, o credor que se vê privado do recebimento integral dos juros contratados, também não pode acrescentar ao saldo devedor os juros impagos, ou haveria o anatocismo, cuja prática é vedada.

Esse é o ponto crucial de toda a controvérsia sobre a legalidade da capitalização dos juros nos contratos de mútuo celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

Há que se reconhecer, em primeiro plano, que o fato da prestação ter-se tornado insuficiente para a quitação dos juros resulta de uma distorção do sistema e não de uma disposição contratual, ou da vontade de qualquer um dos contratantes.

Constatada a origem anômala do fato, cabe questionar-se acerca da adequação de fazer incidir sobre ele uma norma de natureza genérica, que se destina a coibir o abuso, a usura, e tem origem em uma época na qual as relações jurídicas sobre as quais hoje se reclama sua incidência inexistiam e suas anomalias não poderiam sequer ser imaginadas.

A natureza insólita da combinação de uma legislação tão antiga a relações jurídicas que sofreram efeitos de fatores externos à vontade das partes e decorrentes de uma situação econômica imprevisível, a qual acrescentou elementos fáticos e jurídicos novos, com reflexos significativos na execução contratual, deve servir para, no mínimo, aconselhar cautela na interpretação e aplicação da norma, atentando-se para as peculiaridades relativas ao momento histórico dos fatos e ao sistema jurídico atual.

A interpretação literal do dispositivo, tal como tem sido adotada, demonstra certo descuido com a hermenêutica, desconsiderando todo o arcabouço fático envolvido na construção da hipótese posta em julgamento, assim como despreza o conjunto de normas jurídicas que regulamenta o sistema financeiro, no qual se inserem as relações jurídicas controvertidas.

Como dito acima, a ocorrência da amortização negativa nos contratos de financiamento habitacional é uma anomalia, que tem lugar somente em época de inflação elevada e como consequência do mecanismo de correção monetária. O efeito é resultante da aplicação de correção mensal ao valor do saldo devedor enquanto as prestações são rea-

justadas em períodos maiores, de até um ano, e em percentuais que nem sempre são capazes de repor a inflação que originou a correção do saldo.

A correção do saldo em um mês no qual a prestação não sofra reajuste faz com que os juros sejam substancialmente maiores em relação ao valor que será utilizado para o pagamento do encargo mensal, diminuindo sua capacidade de amortização e transferindo para o mês seguinte um saldo devedor de valor real maior, o que servirá para agravar ainda mais esse efeito na próxima ocasião. A repetição do mecanismo em meses seguidos proporciona um círculo vicioso, no qual o valor subestimado da prestação amortiza menos e, exatamente por isso, realimenta a defasagem ao incidir a nova correção do saldo devedor sobre um valor ainda mais alto do que normalmente deveria ocorrer se mantida a proporção inicialmente prevista pelo sistema de amortização.

Essa anomalia não poderia ser prevista pelo legislador ao produzir a Lei de Usura, pois, nem muito tempo depois, a extensão de seus efeitos danosos foi percebida, tanto que o mecanismo de compensação das possíveis distorções criadas pela aplicação da correção monetária em período diferente dos reajustes das prestações, vale dizer o Fundo de Compensação das Variações Salariais, tornou-se insignificante ante a sua magnitude.

Esse fato só corrobora a necessidade de se ter cuidado ao aplicar aquele diploma legal de forma literal a uma situação tão dissociada daquelas que se pretendia regular quando da sua publicação.

A incidência de uma norma sobre fato tão dissociado da realidade sobre a qual ela foi concebida deve ser feita com muito cuidado, ou corremos o risco de não realizar materialmente o direito, mas apenas no seu aspecto formal.

Um efeito imprevisto, e por todos indesejado, não pode ser confundido com uma estipulação maliciosa de condições favoráveis à parte economicamente mais forte. Um dos elementos indispensáveis à caracterização da usura está na prevalência econômica de uma das partes sobre a outra, o que leva o contrato a um desequilíbrio que rompe com o sinalagma, viciando a manifestação de vontade do economicamente mais fraco.

A amortização negativa que ocorre nos contratos de financiamentos habitacionais não tem essa característica, não é produto da prevalência da vontade de uma das partes contratantes, portanto, não pode ser considerada usura, mas produto de condições imprevistas, que afetam de forma danosa o pacto firmado entre as partes, rompendo com o equilíbrio indispensável à solução da equação financeira do contrato.

Cabe questionar, a partir de tais constatações, se a capitalização de juros que decorre do fenômeno da amortização negativa deve ou não ser coibida como a usura condenada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O fato a ser considerado, mais do que a simples constatação de que os juros são efetivamente capitalizados, é se esse efeito resulta da imposição de vantagem ilícita por uma das partes. E ainda, se essa capitalização de juros representa vantagem para a parte beneficiada, consideradas as condições em que se encontra o cumprimento das cláusulas contratadas, ou em que medida a realidade atual do contrato corresponde às expectativas das partes no momento do seu ajuste inicial.

A boa técnica aconselha a considerar o fato sobre o qual irá incidir a norma jurídica no seu contexto social e, no caso, econômico. Ao desconhecer a realidade presente, tanto nos seus aspectos meramente fáticos, quanto na inserção da norma no arcabouço jurídico do sistema financeiro, corre-se o risco de produzir decisões que não realizam o direito além da mera formalidade e contrariando a finalidade para a qual a própria lei fora criada.

2 O anacronismo da proibição à capitalização de juros decorrente da amortização negativa

Ao se eleger a amortização negativa como alvo da proibição à capitalização de juros insculpida na Lei de Usura, apenas pelo fato de que essa anomalia dos contratos de financiamento habitacional proporciona a incorporação de juros impagos ao saldo devedor, ignorando deliberadamente que a realidade do sistema financeiro contempla inúmeras ocorrências similares, as quais não são coibidas, é uma posição no mínimo anacrônica.

De fato, há inúmeros casos em que a capitalização de juros não é apenas tolerada, mas exigida, sob o mesmo argumento de justiça que motiva a sua condenação nesse caso em especial.

O que parece orientar essa condenação, mais do que a adequação lógica ao sistema jurídico, é a presunção de que as instituições financeiras têm uma natureza predatória, como se se tratasse de algo instintivo, de uma imposição genética. É como se um banco não pudesse fazer negócios sem obter vantagem ilícita, como se fosse decorrência lógica da natureza dessas empresas a exploração de seus clientes, os quais, em contrapartida, seriam sempre ingênuos, ou sempre estivessem em situação de hipossuficiência em relação às instituições financeiras.

É um fenômeno que se assemelha ao que acomete os contratos de adesão, que deixaram de ter seu conceito associado à noção de padronização para serem relacionados à idéia de abuso, como se resultassem sempre de uma imposição e não de mera repetição de uma situação jurídica. De fato, não há relação necessária entre a adesão a termos padronizados de negócio e abuso, assim como também não decorre naturalmente da natureza dos negócios celebrados no âmbito do sistema financeiro o favorecimento ilícito da instituição em detrimento de seus clientes. Estes, porém, são preconceitos bastante difundidos e bem acei-

tos: um contrato de adesão sempre oculta uma armadilha e os bancos sempre oneram ilicitamente seus clientes.

Tais (pre)conceitos beneficiam apenas uma profusão de ações revisionais, onde instruem argumentações engendradas de forma aparentemente coerente do ponto de vista técnico e até jurídico, mas que ocultam a necessidade de seus autores de obter condições mais favoráveis para o cumprimento das obrigações lícitamente contratadas, ou mesmo o desejo inconfessado de se furtarem ao pagamento integral de seus débitos.

No caso específico dos contratos de financiamento habitacional, a natureza benéfica do SFH, que foi criado para possibilitar o acesso ao direito de moradia aos extratos menos favorecidos da população, ajuda a fomentar a idéia de que os mutuários estejam inexoravelmente sujeitos à malícia “inerente” aos negócios conduzidos pelas instituições bancárias.

O mesmo raciocínio, relativamente à correlação de forças existente entre os bancos e seus clientes, impede que haja questionamento quanto à legalidade da capitalização de juros corriqueiramente praticada em favor dos supostos economicamente hipossuficientes, como acontece, por exemplo, em relação aos depósitos em cadernetas de poupança ou às aplicações em fundos de investimentos.

A desconsideração de que o sistema financeiro como um todo, não só no Brasil, mas no mundo todo, opera com a prática generalizada de juros capitalizados, para buscar em interpretação literal de um dispositivo já dissociado da realidade presente, constitui anacronismo, para dizer o mínimo, pois em grande parte das demandas o que se nota é uma proposital distorção que beira à má-fé, cujo intuito é marcadamente procrastinatório e não raras vezes oculta verdadeiro oportunismo.

Embora se revistam de argumentos supostamente jurídicos, as demandas que atacam a capitalização de juros alardeando sua irrestrita proibição não resistem a uma interpretação criteriosa das normas que regulam o sistema financeiro, desconsideram fatos notórios e encontram eco apenas em interpretações distorcidas pelos preconceitos acima identificados.

Faz-se necessário identificar os fatores que proporcionam o predomínio de interpretação tão distorcida do sistema jurídico vigente e dos fatos característicos dos negócios celebrados pelo mercado financeiro, para evitar que continue a prevalecer tamanha incoerência.

2.1 Efeito da correção monetária capitalizada

O primeiro fato notório a ser considerado na avaliação da ilegalidade da capitalização de juros no Sistema Financeiro da Habitação é a constatação de que a correção monetária não sofre qualquer restrição à aplicação cumulada de seus efeitos no reajustamento dos valores contratados, mesmo quando os percentuais de aplicação mensal alcancem

montantes tão significativos quanto os ocorridos no final da década de 1980. Naquela época, registre-se, houve meses em que o percentual de correção monetária equivalia a diversos anos de aplicação dos juros remuneratórios estabelecidos nos contratos de financiamentos habitacionais.

O exemplo mais contundente vem do período imediatamente anterior ao Plano Collor, no final do governo do presidente José Sarney, quando o índice de correção monetária chegou a astronômicos 84,32% em um único mês.

Não há coerência em se proibir a capitalização de juros mensais de menos de 1% enquanto se pode livremente capitalizar a incidência de correção monetária superior a 80% no mesmo período.

O efeito da capitalização de juros de 1% ao mês ao cabo de um ano é o de alterar o montante acumulado de juros de 12% para 12,68%, enquanto a correção monetária de 20% ao mês passaria de 240% para 791,61%. Comparando com dados reais, o INPC, calculado pelo IBGE, em 1989, alcançou percentuais mensais que somados (= juros simples) atingiram 347,3% e acumulados (= juros compostos ou capitalizados) representavam 1.863,56%.

O efeito da capitalização, portanto, torna-se muito mais significativo quando os percentuais acumulados são elevados. Daí a incoerência de se coibir a capitalização de juros, que no Sistema Financeiro da Habitação jamais ultrapassam os 12% ao ano, enquanto se aplica livremente a correção monetária de forma cumulativa.

Na verdade a correção monetária surgiu como resposta às taxas crescentes de inflação da década de 1960, indexando os títulos públicos (ORTN) para torná-los imunes à corrosão do valor da moeda e assim garantir a rentabilidade necessária à sua comercialização, assegurando uma fonte de recursos significativa para financiar o desenvolvimento desejado pelo governo da época.

O mecanismo da correção monetária, justificando-se na necessidade de garantir o valor real do contrato ao mesmo tempo em que mantinha a taxa de juros remuneratórios em patamares civilizados, serviu na verdade para mascarar o impacto da escalada inflacionária sobre o mercado financeiro. Caso não tivesse sido criada, seríamos confrontados com taxas de juros astronômicas, com um impacto indesejado na opinião pública, que reagiria negativamente, exigindo providências para a baixa dos juros. Imagine-se, por exemplo, a repercussão da contratação de juros mensais na casa dos 30% ou 40% em empréstimos de médio e longo prazos.

Criou-se, então, uma dicotomia entre a correção monetária e os juros, afirmando que havia uma diferença entre o percentual que alterava o valor do dinheiro até o patamar em que recuperava o desgaste provocado pela inflação e o que ultrapassava esse limite. Passou-se a acreditar que o primeiro, mesmo com efeito muitas vezes mais signifi-

cativo, era inofensivo, enquanto o segundo, de repercussão bem menor, era pernicioso.

Na verdade, o efeito dos dois fatores é rigorosamente o mesmo: alterar o valor inicialmente fixado, assegurando rentabilidade ao aplicador do dinheiro. Esse efeito era inicialmente obtido através de um único percentual, o dos juros remuneratórios, que serviam para cobrir os custos de captação, as despesas administrativas, a desvalorização monetária e proporcionar uma margem de lucratividade ao aplicador. Como esse percentual único vinha se tornando progressivamente maior, em face da escalada da inflação, criou-se o mecanismo da correção monetária para camuflar a taxa exorbitante de juros, afastando as previsíveis alegações de usura financeira.

O artifício revelou-se altamente eficaz, a ponto de se aceitar como natural e justificável, não só a taxa exorbitante, como a famigerada capitalização de juros, ambas tradicionalmente condenadas.

Pois bem, com a criação da correção monetária, a capitalização tornou-se prática corriqueira no mercado financeiro brasileiro, mas estranhamente continuou sendo repudiada apenas em relação a algumas ocorrências de menor significado, enquanto em outros inúmeros casos é tolerada, ou melhor, exigida a sua prática.

2.2 Interpretação sistemática do sistema financeiro nacional

Em todo sistema financeiro, a onerosidade é pressuposto dos contratos de captação e aplicação de recursos. Toda aplicação de dinheiro tem como premissa básica que, enquanto o recurso permanecer na posse do tomador, serão devidos juros na proporção contratada.

Quando uma instituição financeira capta recursos de poupadores, que serão adiante ofertados a quem deles necessitar para financiar sua atividade econômica, paga juros de forma capitalizada, na medida em que não o faça a cada período de apuração.

O exemplo mais corriqueiro dessa operação é o da caderneta de poupança. Se o poupador não retira da conta os valores auferidos por conta da correção monetária e dos juros, creditados mensalmente, esse montante é imediatamente integrado ao capital, rendendo novos juros e acréscimo pela correção monetária no mês seguinte. Vale dizer, o credor tem a prerrogativa de decidir se quer receber os juros a cada período de apuração, ou se quer que sejam capitalizados. Não há a contratação de um prazo para o resgate para a aplicação em poupança, pois o interesse da instituição financeira ao captar tais recursos é o de mantê-los circulando no mercado pelo prazo máximo possível, durante o qual estarão gerando resultados econômicos, dentre os quais o lucro da própria instituição financeira.

De outra parte, ao realizar a aplicação desses recursos no mercado, por meio de empréstimos concedidos aos tomadores, que buscam meios

financeiros para viabilizar sua atividade econômica ou para a aquisição de bens, as instituições financeiras estabelecem regras de remuneração equivalentes àquelas que praticam na captação, para manter o equilíbrio necessário à viabilidade de sua função de intermediários do fluxo de capitais.

A aplicação dos recursos captados dos poupadores é feita com a condição de que sejam devolvidos de forma parcelada, com o acréscimo de juros e correção monetária, no prazo contratado. Por esse mecanismo, os juros não chegam a ser capitalizados, porque são integralmente pagos pela parcela de resgate periódico do empréstimo que, além de quitá-los, realiza a amortização parcial do débito.

A diferença entre os contratos bancários destinados à captação e à aplicação dos recursos financeiros resulta da necessidade de manutenção desses recursos em circulação. A necessidade de crescimento do mercado motiva a diferença de tratamento dado aos contratos que envolvem a captação e a aplicação dos recursos financeiros, incentivando os poupadores a deixarem seus recursos disponíveis para a aplicação ao mesmo tempo em que cobra dos tomadores a devolução tempestiva dos montantes a eles emprestados.

Como se pode deduzir, é da natureza das operações financeiras a produção de juros capitalizados sempre que eles não sejam periodicamente quitados, sendo essa uma condição que permeia todo o sistema, não privilegiando qualquer de seus agentes. O credor de juros, seja o poupador que aplica seus recursos depositando-os em instituições bancárias, seja o banco que o empresta aos mais diversos tipos de tomadores, sempre terá assegurada a sua capitalização, sendo a única condição necessária para esse resultado a ausência do resgate integral em cada período de apuração.

Na medida em que os contratos de mútuo destinados à aquisição de moradias se inserem no sistema financeiro, por força de disposição expressa de lei, a regra da capitalização dos juros impagos também a eles se aplica, eis que resulta da natureza dos negócios jurídicos celebrados nesse sistema.

Rotular a capitalização de juros de “usura” demonstra apenas o desconhecimento da natureza dos negócios jurídicos operados no âmbito do sistema financeiro, pois esse efeito está longe de ser resultante de qualquer abuso, mas decorre do cumprimento regular das condições de onerosidade contratadas entre as partes. No caso dos contratos de empréstimos habitacionais, tem-se a onerosidade dos contratos subordinada a limites legais estritos, pois tanto o índice de correção monetária é determinado em lei quanto os juros remuneratórios também têm seu limite estritamente fixado.

Um contrato de financiamento habitacional, celebrado sob regras do Sistema Financeiro da Habitação, não permite espaço para a usura, dada a forte intervenção da lei no espaço de fixação das cláusulas onerosas.

A capitalização de juros, entretanto, é da natureza das operações realizadas no sistema financeiro e não ocorrerá apenas se os juros forem regularmente pagos a cada período de apuração, ocorrendo o mesmo com os percentuais aplicados para a correção monetária do saldo devedor dos empréstimos.

Proibir, de forma genérica, a capitalização de juros em período inferior ao anual, como resulta da Lei de Usura, significa contrariar o mecanismo de funcionamento de todo o sistema financeiro, como se deduz do que até agora foi explicado.

Para que a proibição contida no art. 4º, do Dec. 22.626/33, possa ser considerada vigente, no que concerne aos contratos de financiamentos habitacionais, teríamos de poder aplicar essa mesma regra a todos os demais negócios jurídicos celebrados no sistema financeiro. Vale dizer: para que a proibição tenha validade a sua aplicação tem de abranger todo o sistema e não apenas uma ocorrência isolada, ou estaremos violando um princípio básico relativo à incidência geral das normas jurídicas.

Se os fatos são em tudo semelhantes, não é possível aplicar a restrição legal a apenas um, desprezando a incidência da norma sobre os demais. A lei é, por definição, uma norma abstrata, cuja incidência é decorrente da identidade existente entre a hipótese prevista no texto legal e o fato analisado. Não é permitido ao julgador escolher os fatos sobre os quais a lei incidirá ou não com base em critério que não seja o da identidade ou da diferença entre a hipótese legal e a realidade que se lhe apresenta. Para fatos semelhantes, a regra incide igualmente.

Em se tratando de um sistema de normas interdependentes, cuja existência é objeto de definição constitucional, não há como afastar a necessidade de que as relações jurídicas celebradas no seu bojo sejam apreciadas segundo um conjunto de normas de aplicação específica, naquilo que concerne às peculiaridades dessas relações quando comparadas com as que se estabelecem fora do sistema, mas de incidência uniforme quanto aos atos jurídicos que pertençam à sua área de abrangência.

Trata-se apenas de aplicar um processo de interpretação sistemática, assim descrito pelo ilustre Carlos Maximiliano:³

Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.104.

(...)

Possui todo corpo órgãos bem diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes.

(...)

Já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: 'Incivile est, nisi tota lege perspecta, uma aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere' - "é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma (Celso, no Digesto, livro 1, título 3, frag. 24).

Voltando ao tema central desse estudo, comparemos dois casos típicos de capitalização de juros, ambos pertencentes a relações jurídicas estabelecidas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, que têm merecido interpretação diametralmente oposta dos operadores do direito, negando a identidade fática existente entre eles, embora esta seja flagrante.

No primeiro caso, consideremos a possibilidade de ocorrência da capitalização de juros nas contas de poupança. Em razão do mecanismo matemático aplicado no creditamento de juros, haverá capitalização sempre que o poupador (credor) deixar de sacar os juros creditados mensalmente. É, portanto, um ato de livre arbítrio do credor, que simplesmente deixa de resgatar o montante de juros, determinando a sua capitalização. O poupador, portanto, pode escolher, sobrepondo-se à vontade da instituição financeira (devedora), que acrescentará ao valor anteriormente contratado o montante dos juros creditados, obtendo desse valor o mesmo rendimento previsto no contrato.

Há, portanto, uma preservação lógica da relação contratual, cujas condições de onerosidade são mantidas intactas, valendo tanto para o capital inicialmente investido quanto para os juros que lhe são agregados. Não se vislumbra prejuízo ou vantagem para qualquer uma das partes. O poupador obterá, por força do contrato, o rendimento mensal de juros de todo o capital que estiver à disposição da instituição financeira, quer seja ele proveniente de sua poupança primitiva, quer seja fruto financeiro daquele capital.

Não há dúvida quanto ao fato da capitalização de juros, mas em nenhum momento se argüiu a ilegalidade desse efeito financeiro, muito menos pretendendo a sua proibição com base na Lei de Usura. A legalidade do procedimento, portanto, é inquestionável, porque resulta de contrato regularmente estabelecido, onde se reconhece a preser-

vação do equilíbrio entre direitos e deveres estabelecidos pelas partes. Pelo contrário, o que seria questionado, por representar prejuízo ao credor, seria a inexistência da capitalização dos juros não sacados pelo poupador.

O segundo caso diz respeito aos contratos de empréstimo de dinheiro para a aquisição de imóveis, os empréstimos habitacionais.

Como já visto acima, o mesmo mecanismo matemático aplicado na remuneração da poupança é utilizado para o cálculo dos juros que oneram o empréstimo de dinheiro. Da mesma forma, somente poderá haver capitalização de juros se estes não forem recebidos pelo credor.

Nesse caso, porém, o devedor é obrigado a resgatar mensalmente parcelas do empréstimo que lhe foi concedido, realizando a amortização progressiva até que, findo o prazo previsto, tenha devolvido ao credor todo o montante que lhe foi emprestado. A falta de pagamento das parcelas de amortização representa inadimplemento contratual.

Para que as parcelas estabelecidas sejam capazes de realizar a função de resgatar o empréstimo no prazo estabelecido, é necessário que sejam suficientes para quitar os juros incorridos no período e, adicionalmente, amortizar uma parcela do capital emprestado. Por essa peculiaridade, fica evidente que a execução normal das cláusulas contratuais tornará impossível o acréscimo de juros ao capital ainda não devolvido, inexistindo hipótese de capitalização. Esse mesmo fenômeno teria lugar, no caso da conta de poupança, se o poupador resolvesse retirar, a cada mês, os juros creditados e mais uma parte do que depositara. Assim como ocorre com a amortização do empréstimo, ele progressivamente reduziria o montante depositado até resgatá-lo por completo.

Nesse ponto, já é possível deduzir que a capitalização de juros nos contratos de empréstimo de dinheiro só ocorrerá por efeito de alguma anomalia no pagamento das prestações, ou seja, se o pagamento for insuficiente para que os juros mensais sejam pagos, ocasionando seu acréscimo ao saldo de capital ainda devido.

No caso dos contratos de empréstimos habitacionais, essa anomalia resulta da aplicação de índices de correção diferentes ao saldo devedor e ao valor das prestações mensais de amortização e juros. Enquanto o saldo devedor é reajustado pelo índice de correção monetária, as prestações são recalculadas na mesma proporção dos aumentos salariais do mutuário. Assim, as prestações vão perdendo gradativamente a condição de suficiência para o pagamento dos juros mensais e de amortização parcial do débito. Chega-se ao ponto em que se tornam insuficientes para quitar integralmente os juros, causando a capitalização pelo acréscimo dos juros insatisfeitos ao saldo de capital ainda não ressarcido ao credor.

À semelhança do caso relativo às contas de poupança, relatado acima, os juros são capitalizados quando o valor a eles correspondente não

é entregue ao credor. Nos contratos de empréstimos habitacionais, entretanto, esse fato não decorre de ato de vontade do credor, mas por efeito de norma cogente, que obriga ao reajuste do saldo e das prestações por índices diferentes. Dessa feita, portanto, o credor dos juros deixa de recebê-los à revelia da sua vontade, enquanto o poupador o faz intencionalmente.

Estranhamente, entretanto, essa ocorrência de capitalização de juros é considerada ilegal, invocando-se dispositivo da Lei de Usura, como se resultasse de abuso financeiro praticado pelo credor.

Não bastasse o fato de que não é dada ao credor a prerrogativa de escolher entre receber ou não os juros, o que afastaria a intencionalidade necessária à caracterização da usura, nega-se a inclusão da relação jurídica no sistema financeiro, onde a regra é da permissão à capitalização dos juros, tal como ocorre, no exemplo citado, com as cadernetas de poupança.

É preciso acrescentar, ainda, que mais do que a ligação estabelecida entre as duas situações jurídicas pelo fato de ambas estarem abrangidas pelas normas do sistema financeiro, trata-se de contratos cuja existência guarda estreita relação de dependência econômica, na medida em que os recursos aplicados na concessão de empréstimos habitacionais são oriundos, em grande parte, dos depósitos em cadernetas de poupança.

A divergência de tratamento jurídico de tais situações, portanto, afronta os mais elementares princípios de hermenêutica, estabelecendo uma dicotomia injustificada, que quebra o critério de uniformidade que deve ser adotado no tratamento das relações jurídicas que integram um mesmo sistema, no caso o sistema financeiro, cuja natureza diferenciada é identificada expressamente no texto constitucional (art. 192).

A consideração de que relações jurídicas de mesma natureza, integrantes de um mesmo sistema, devem ser apreciadas segundo critérios uniformes de interpretação das normas jurídicas, indica que a proibição da capitalização de juros não pode ser aplicada ao sistema financeiro de forma seletiva. Ou se entende que a norma do art. 4º da Lei de Usura é aplicável indistintamente às relações jurídicas surgidas no âmbito desse sistema, ou deve-se aceitar que não se aplica a nenhuma delas.

A lógica indica que, se as ocorrências de capitalização de juros que decorrem de atos discricionários do credor não podem ser classificadas como usura e, portanto, não são vedadas pelo mencionado dispositivo legal, outra não pode ser a posição em relação aos casos em que resulta da intervenção de dispositivos legais protetivos do devedor, nos quais a vontade do credor é inibida.

A usura resulta da imposição da vontade do credor em detrimento da do devedor, obtendo vantagem financeira excessiva. Não é o que se deduz dos fatos aqui expostos. Tanto não há vantagem financeira excessiva na capitalização dos juros que não se questione a legalidade desse fato quando o poupador escolhe não retirar o fruto de seu capital, dei-

xando que permaneça em poder da instituição financeira para obter também sobre ele a fruição de novos juros. Ainda menor possibilidade de ser usuário restará, portanto, ao fato da capitalização que resulta de efeito indesejado pelo credor.

Se o objetivo do Decreto 22.626/33 é claramente o de coibir a usura nas relações jurídicas onerosas, não há lógica em pleitear a sua incidência sobre um fato no qual não se pode identificar qualquer traço dessa conduta e menos ainda de forma seletiva, dentro de um sistema constitucionalmente identificado, como é o caso do Sistema Financeiro Nacional, cuja estrutura jurídica peculiar lhe confere características próprias e necessárias aos negócios jurídicos que regula.

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico que regula o Sistema Financeiro Nacional, como se vê, conduz ao entendimento de que a capitalização de juros que resulta das anomalias provocadas nos contratos de empréstimos habitacionais pela correção diferenciada do saldo devedor e das parcelas mensais de amortização e juros não deve ser considerada ilegal, eis que não se pode configurar esse fato como vantagem ilícita, mas como mero resultado indesejado da própria legislação protetiva do Sistema Financeiro da Habitação.

Dada a especificidade das relações jurídicas estabelecidas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, cuja regulamentação especial é determinada no próprio texto constitucional, expressamente reconhecida pelo STF através da Súmula 596, a aplicação de norma jurídica externa ao sistema só é aceitável de forma a suprir eventuais lacunas da legislação específica, mas sempre de modo uniforme, o que não se aplica à restrição da capitalização de juros aqui comentada.

A inadequação da incidência da Lei de Usura ao caso específico da capitalização de juros derivada dos efeitos anômalos da legislação de proteção aos mutuários do SFH se dá tanto pela natureza especial das relações jurídicas estabelecidas no âmbito do sistema financeiro quanto pela ausência de uniformidade na aplicação daquela lei às situações análogas existentes no mesmo sistema.

2.3 O equilíbrio de critérios a ser aplicado aos dois lados da intermediação financeira

Como já foi dito anteriormente, a atividade exercida pelas empresas que integram o sistema financeiro é a de intermediar o fluxo de recursos entre os poupadores e os tomadores. Essa intermediação é feita por meio de contratos onerosos, cuja lógica financeira é semelhante, ou seja, a disponibilidade do capital é remunerada através do pagamento de juros pelo tomador do empréstimo. A instituição financeira cobra juros dos tomadores da mesma forma que os paga aos poupadores.

Num contrato típico de financiamento habitacional, a instituição financeira capta recursos nas contas de poupança para emprestá-los aos

mutuários. O valor disponibilizado pelos poupadores receberá juros e será corrigido monetariamente, ocorrendo capitalização sempre que o valor acrescido não for resgatado pelo titular da conta. Na outra ponta do sistema, o tomador de empréstimo para a aquisição de moradia também pagará juros e correção monetária do montante que não tiver sido ainda devolvido. Também haverá capitalização na hipótese dos valores acrescidos por conta dos juros e da correção monetária não serem integralmente quitados pela prestação mensal.

Note-se que, do ponto de vista da matemática financeira, não há qualquer distinção entre a capitalização originária da correção monetária e dos juros, posto que ambos se constituem em fatores de incremento do valor monetário do capital existente em poder do tomador. Só não haverá capitalização se o valor da prestação mensal for suficiente para reduzir a quantidade de moeda em poder do tomador do empréstimo, sendo irrelevante para o conceito matemático que essa moeda tenha perdido poder aquisitivo. O conceito de inflação não é matemático, mas econômico.

O equilíbrio a ser preservado entre as duas pontas do sistema de intermediação de capitais operado pelas instituições financeiras é matemático, ou corre-se o risco de inviabilizar essa atividade.

Como explicado no início desse estudo, a atividade de intermediação financeira, tal qual o comércio de bens e serviços, extrai seu lucro da interposição de um diferencial de preço entre o que é pago ao fornecedor e o que é cobrado do consumidor. No caso dos bancos e demais instituições financeiras, essa diferença entre o preço do dinheiro na captação e aplicação é denominada "*spread*" e consiste na margem necessária para fazer frente aos custos da operação e para proporcionar lucro à instituição, como ocorre em todas as atividades empresariais.

Pode-se discutir se o "*spread*" é excessivo, da mesma forma que se pode questionar o preço de qualquer mercadoria oferecida no mercado. Esse questionamento da essência da atividade econômica é a base da lei da oferta e da procura, que regula a fixação dos preços de acordo com a necessidade maior ou menor do bem oferecido, seja ele bem de consumo, serviço, ou recursos financeiros.

O que se mostra inadequado é o rompimento com os critérios equilibrados de remuneração aplicados uniformemente nas etapas de aquisição e disponibilização dos bens ao mercado. Toda vez que o critério de fixação de preços tem esse equilíbrio afetado por alguma condição econômica, gera-se lucro ou prejuízo excessivo para alguma das partes envolvidas no sistema.

Na medida em que o preço pago ao produtor é subestimado, como nos casos de excesso de oferta, ele certamente terá prejuízo, ou pelo menos a diminuição de seus lucros. Se a alteração ocorre pela insuficiência de demanda, depois da aquisição do produto pelo intermediário, não será o produtor, mas este outro agente econômico que suportará o

encargo, diminuindo seu ganho, ou mesmo tendo perda financeira. Quanto ao consumidor, também será beneficiado ou prejudicado conforme haja maior ou menor oferta do produto desejado.

No caso dos financiamentos habitacionais, objeto desse estudo, interessa considerar a situação particular que afeta a operação de intermediação financeira quando os contratos de mútuo sofrem os efeitos dos planos de preservação da capacidade de pagamento atrelados à renda dos mutuários.

Como já foi demonstrado, a captação dos recursos, feita a partir das contas de poupança, ou do fundo de garantia, que é remunerado segundo os mesmos critérios da poupança, apenas diferindo na taxa de juros, dá-se mediante o pagamento de juros e correção monetária, ambos de forma capitalizada.

Acrescendo-se ao custo do capital o “*spread*” necessário à viabilização econômica da atividade de intermediação financeira, o critério de apuração da remuneração dos recursos na aplicação destinada ao custeio da aquisição de imóveis residenciais é mantido intacto. Registra-se apenas a tendência de não se verificar a capitalização, em razão dos empréstimos serem contratados para resgate parcelado, contemplando os encargos mensais o pagamento integral dos acréscimos financeiros e a amortização parcial do débito, para que se torne possível o pagamento integral no prazo previsto. Não havendo essa capacidade, o saldo devedor não será totalmente pago até o final do prazo, restando um valor residual a ser quitado pelo devedor.

Não se concebe, porém, que o critério geral de onerosidade de tais contratos, aplicado na captação e na aplicação de recursos financeiros, seja diferenciado nos dois lados do sistema, sob pena de inviabilizar-se o cálculo do “*spread*” adequado à correta remuneração do intermediário. Na medida em que um dos lados apresentar maior onerosidade do que o outro, haverá favorecimento ou prejuízo indevido à atividade intermediária.

Seguindo-se esse raciocínio, constata-se que, ao se pretender vedada a prática da capitalização de juros tão-somente nos contratos de empréstimos habitacionais, enquanto segue exigida nos contratos de poupança, sendo essa a sua fonte de recursos, rompe-se com o equilíbrio indispensável à viabilização da atividade econômica.

O efeito dessa prática, longe de beneficiar os tomadores de empréstimos, a médio e longo prazos se revelará danoso aos seus interesses, pois tenderá a ser compensado através da fixação de um “*spread*” mais elevado, onerando de forma mais significativa as próximas operações dessa natureza. Ou, numa situação mais extrema, no caso de o mercado não aconselhar esse aumento no preço do dinheiro, pode gerar o afastamento das instituições financeiras desse tipo de operação, concentrando sua atuação em segmentos mais rentáveis ou com lucratividade mais segura do sistema financeiro.

Seja pela inadequação lógica, dado o rompimento do equilíbrio estabelecido no sistema, seja pelo efeito prático obtido em função de tal vedação, a capitalização de juros não deve ser suprimida de apenas um dos lados da atividade de intermediação financeira. Na verdade, suprimir essa prática significa atentar contra toda a lógica estabelecida no sistema financeiro, mormente após a adoção da prática da correção monetária, como já foi devidamente esclarecido.

2.4 A ausência da imprevisão

A teoria da imprevisão é corriqueiramente invocada para justificar a necessidade de revisar cláusulas contratuais, quando as condições fáticas se alteraram de forma significativa, gerando desequilíbrio no sinalagma. Ela se sobrepõe à força obrigatória das cláusulas contratuais, impondo a recomposição da reciprocidade estabelecida no acordo de vontades que originou o negócio jurídico.

No caso dos contratos de empréstimos habitacionais em que a cláusula da equivalência salarial resultou na ineficácia das prestações para quitar os juros acrescidos mensalmente, o fato do desequilíbrio parece bastante evidente.

O que acontece, entretanto, é que nada se altera no que se refere à onerosidade do contrato. De fato, as prestações tornam-se ineficazes para realizar a amortização inicialmente planejada, mas isso não altera em nada o custo do dinheiro emprestado, que continuará a render exatamente a mesma taxa de juros para o agente financeiro que foi estabelecida no início.

Se alguma alteração ocorre, diz respeito apenas à disponibilidade do capital que, em vez de retornar ao mutuante, permanece na posse do mutuário por prazo maior do que o anteriormente previsto, mas, na medida em que essa disponibilidade é remunerada pela mesma taxa de juros contratada, não se pode falar em desequilíbrio real, apenas em alteração do prazo de resgate, sendo a indisponibilidade adicional do capital compensada pela cobrança dos juros contratados.

É importante salientar que esse efeito aparentemente danoso da cláusula de equivalência salarial não tem sido questionado nos casos em que não alcança magnitude suficiente para ocasionar amortização negativa e, por conseqüência, capitalização de juros, muito embora possa da mesma forma tornar o financiamento virtualmente impagável.

Ao modificar as condições de resgate do capital emprestado, retardando a devolução da sua disponibilidade à instituição financeira, não se vislumbra prejuízo ao mutuário, cuja renda mensal é protegida contra o comprometimento excessivo na quitação do financiamento. O mesmo, entretanto, não se pode dizer em relação ao mutuante, posto que a indisponibilidade imprevista do capital poderá comprometer a sua capacidade de honrar com seu compromisso de resgatar o inves-

timento dos poupadores, utilizado como fonte de recursos para a intermediação que possibilitou o empréstimo habitacional. Agrava-se, portanto, o risco da atividade financeira, mas não se acrescenta ônus ao mutuário, já que não se altera o custo do dinheiro que permanece em seu poder na medida em que a taxa de juros se mantém intacta.

A teoria da imprevisão, portanto, caso os efeitos sobre os montantes aplicados na concessão de empréstimos habitacionais venham a ser particularmente significativos, tem aplicação mais lógica na defesa dos interesses das instituições financeiras do que nos dos mutuários. Entretanto, a prática registra que sua arguição é exclusiva da parte que tem sua condição econômica preservada, sendo invocada tão-somente na justificação de pretensões revisionais ajuizadas pelos mutuários.

Se o efeito não é necessariamente danoso aos interesses econômicos dos mutuários, também não resulta de qualquer fator externo e imprevisível, mas da mera aplicação das condições legais que regem o sistema jurídico no qual o contrato se insere. Tanto não há imprevisibilidade que o próprio sistema previu a compensação dos seus efeitos pela criação de um fundo destinado a saldar os resíduos financeiros remanescentes no final do prazo contratado, efetuando o cumprimento integral das cláusulas onerosas mediante a quitação do saldo residual perante o agente financeiro. Trata-se do conhecido Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS), cuja função era precisamente a de tornar possível a preservação da equivalência salarial, assumindo a obrigação de quitar as diferenças geradas pelo reajuste subestimado das prestações no final do prazo contratado.

O mecanismo protetivo da equivalência salarial, inserido regularmente no sistema financeiro da habitação, não constitui causa de alteração imprevisível nas condições fáticas subjacentes aos contratos de empréstimo destinados à aquisição de imóveis residenciais, sendo antes uma regra de flexibilização planejada das condições onerosas para permitir a concretização do direito de moradia.

Sua natureza benéfica exclui, por impossibilidade lógica, a alegação de que é causa de tal forma prejudicial à condição econômica do mutuário que ensejaria a aplicação da teoria da imprevisão, visando a possibilitar a modificação das cláusulas originalmente estabelecidas.

Como se demonstrou acima, o simples fato de não haver a amortização no mesmo ritmo planejado para resgate do empréstimo habitacional não é causa de aumento da onerosidade. Não se altera a relação de custo do dinheiro na medida em que a taxa de juros permanece inalterada. Nem o dinheiro emprestado perde o seu valor para o mutuário, posto que o bem adquirido permanece sob seu domínio, nem se desvaloriza o ganho financeiro do mutuante, eis que os juros continuarão a ser cobrados na proporção contratada sobre o montante de capital que ainda não tiver sido devolvido.

2.5 A força obrigatória dos contratos

O princípio da força obrigatória dos contratos (“*pacta sunt servanda*”), de outra parte, tem sua incidência atacada pelo mesmo raciocínio que defende ser o desequilíbrio causado pela equivalência salarial fonte de imprevisão capaz de motivar a revisão das cláusulas contratadas. Pugna-se, portanto, pela sua relativização, como se o efeito fosse realmente danoso aos interesses dos mutuários e absolutamente imprevisível quando da formação do vínculo obrigacional.

Uma vez demonstrada a ausência de imprevisão e mesmo de incremento na onerosidade do contrato em relação às obrigações assumidas pelo mutuário, não resta justificativa para que o contrato deixe de conservar intacta a força obrigatória de suas cláusulas.

Essa constatação leva-nos a preservar na sua plenitude as condições de onerosidade originais do empréstimo habitacional, assegurando que a disponibilidade do capital será remunerada de acordo com a taxa de juros estabelecida pelo acordo de vontades celebrado entre as partes.

A condição básica dos contratos de empréstimo de dinheiro é de que, durante o tempo em que o capital estiver à disposição do tomador o mutuante terá direito à incidência da taxa de juros. Os juros são calculados em regra mensalmente, incidindo à taxa percentual contratada sobre o total que estiver em poder do tomador a cada final de período de apuração. Na medida em que o empréstimo vai sendo progressivamente quitado, os juros permanecem incidindo apenas sobre o saldo remanescente.

Nesse ponto vale considerar a influência do princípio da equivalência material, ou do equilíbrio econômico do contrato, tal como adverte Rodrigo Toscano de Brito:

Sabendo que as obrigações se realizam primordialmente por meio dos contratos, fácil é notar que a idéia de equivalência, de equilíbrio, é a base ética das obrigações, como aliás deve-se frisar, a partir das lições de Miguel Reale.⁴

A seguir, na mesma obra, acrescenta Rodrigo T. Brito:

Aliás, Miguel Reale, em seu tradicional trabalho sobre a visão geral do Código Civil, é incisivo sobre o assunto, ao dizer: “O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exige a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as conseqüências da cláusula ‘rebus sic stantibus’. Nesse sentido é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o direito obrigacional”.⁵

⁴ BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência Material dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.6.

⁵ BRITO, Rodrigo Toscano de. 2007. p.7.

No que se refere aos contratos de financiamento habitacional, uma vez que se tenha constatado a ausência de imprevisão capaz de ensejar uma intervenção no que se refere às condições inicialmente avençadas, é o princípio da equivalência material que deve orientar a avaliação sobre as condições em que poderá subsistir a relação contratual.

Assim, na questão pertinente à capitalização de juros coloca-se em pauta a incidência dos juros contratados sobre a porção de capital que permanece em poder do tomador.

Tem-se como inconteste que a parte que pode ser identificada com o montante originalmente emprestado guarda intacta a obrigação de remunerar mensalmente a sua disponibilidade mediante o pagamento dos juros contratados.

Da mesma forma, não se verifica qualquer inconformidade com relação ao montante representado pelo acréscimo imposto pela correção monetária. Com efeito, se houve um empréstimo de 100 mil, que ao cabo de um mês foi corrigido para 105 mil, por exemplo, não só sobre o montante original incidirá o percentual de juros, mas também sobre o valor acrescido pela correção monetária. Note-se que a unidade monetária continua imutável, tendo sua quantidade alterada pelo percentual relativo à correção monetária da mesma forma que o será pela taxa de juros remuneratórios. A aplicação das duas taxas, de correção e de juros, é cumulativa, mas essa cumulação de percentuais não é contestada, embora o efeito seja o mesmo da capitalização, aplicando-se a taxa de juros também sobre o a quantidade de moeda acrescida ao saldo devido pela taxa de correção.

Mais do que a tolerância da capitalização representada pela aplicação cumulada das taxas de juros e de correção, tem-se, ainda, a aceitação tranqüila de que o valor acrescido por efeito da correção monetária, caso não seja integralmente quitado pela prestação periódica de amortização, sofrerá a incidência cumulativa de nova taxa de correção e também da taxa de juros relativa ao período seguinte.

Note-se que, após a aplicação da taxa de correção monetária e da taxa de juros, o montante emprestado resulta alterado para um valor representado por uma quantidade maior de moeda. No exemplo acima, considerada a taxa de correção de 5% e juros de 1%, o valor inicial de 100.000 transforma-se em 106.050 ao final do mês. Se a prestação de amortização for de 5.000, restará para o período seguinte o valor básico de 101.050. Dos 1.050 remanescentes, entretanto, não há como definir quanto resultou da correção monetária e quanto dos juros, constatando-se apenas que foram acrescidas 1.050 unidades monetárias ao capital original e que sobre esse montante incidirá, no próximo período de apuração, novos percentuais de correção monetária e de juros. Trata-se, coerentemente com as regras vigentes no sistema financeiro, de aplicar as taxas que oneram a disponibilidade de capital sobre montante que permanece em poder do tomador, quando se reconhecem pertencentes ao mutuante.

O critério só encontra questionamento quando a prestação periódica não seja capaz de quitar integralmente o montante correspondente à aplicação da taxa de juros sobre o saldo corrigido. Nesse caso, que no exemplo acima representaria pagamento inferior a 1.050 unidades monetárias, tem-se a certeza de que o capital remanescente na posse do tomador inclui, além da quantidade de moeda que lhe foi emprestada, a que foi acrescida pela correção monetária e ainda alguma parte decorrente da aplicação da taxa de juros. Só nesse caso se questiona a validade da capitalização.

A incoerência é flagrante. Não se pode estabelecer diferença de tratamento quanto à aplicação do critério de onerosidade contratado sobre partes do montante ainda não amortizado pelo devedor, apenas supondo que essa determinada quantidade decorre dos juros e aquela outra da correção monetária, como se fosse possível distinguir em um maço de notas qual teria que origem.

Impõe-se a manutenção integral do critério oneroso estabelecido no contrato, alcançando ao credor a integralidade da remuneração gerada por toda a quantidade de moeda que lhe pertença cuja disponibilidade permaneça em poder do devedor.

Ao negar esse direito à remuneração contratada sobre uma parte do capital que ainda não lhe foi devolvida, acaba-se por lhe sonegar uma parcela da onerosidade avençada, num claro desrespeito ao direito que surge a partir das cláusulas pactuadas. Se o contrato faz lei entre as partes, a supressão de parte do efeito da taxa remuneratória contratada representa afronta a essa lei, negando-lhe a particular vigência no âmbito da relação jurídica.

Como dito anteriormente, esse fato só poderia ter efeito, em prejuízo ao direito do credor, caso houvesse motivo suficiente para justificar uma revisão dos parâmetros onerosos, que, em face de fatores externos à vontade das partes, tivesse a tal ponto desequilibrado a reciprocidade característica dos contratos bilaterais que o credor restasse injustificadamente beneficiado.

A capitalização de juros impagos não constitui vantagem excessiva, nem tampouco indevida ao credor, principalmente quando a causa de sua ocorrência deriva de norma cogente protetiva à situação econômica do devedor. Ela é apenas um efeito imprevisto, posto que a sistemática de amortização da dívida impedia a ocorrência desse fenômeno, mas representa apenas a preservação do critério de onerosidade do contrato sobre os valores que se mantêm na posse do devedor.

O critério oneroso dos contratos de empréstimo de dinheiro não pode ser suprimido, ainda que parcialmente, apenas pelo fato de que os pagamentos inicialmente previstos não se realizaram integralmente como previa a fórmula de amortização.

Essa intervenção é particularmente injusta porque não preserva um critério de igualdade quanto à aplicação da onerosidade inerente aos

contratos de empréstimo de dinheiro celebrados no âmbito do sistema financeiro. Somente quando a intervenção sobre o reajuste das parcelas de amortização alcança efeitos extremos, inviabilizando até mesmo a quitação dos juros, que no caso do sistema financeiro da habitação situam-se normalmente em patamares entre 0,5% e 0,8% ao mês, é que a restrição à capitalização se tornaria aplicável. Antes de chegar a essa situação extrema não há qualquer restrição.

Como já se disse acima, se percentuais de correção monetária, que chegaram, em passado, recente a mais de 80% ao mês, podem ser livremente capitalizados, a capitalização de juros inferiores a 1% não encontra qualquer justificativa para ser vedada, ou estaríamos negando a estrutura lógica que orienta os negócios jurídicos celebrados no âmbito do sistema financeiro.

A força obrigatória dos contratos, traduzida no brocardo "*pacta sunt servanda*", portanto, não encontra justificativa razoável para ser suprimida ou relativizada. Não se identifica na hipótese em estudo a ocorrência de fator externo e imprevisível que ocasione desequilíbrio na relação jurídica, mas a mera aplicação de legislação protetiva cogente, que alcança efeito danoso sobre a amortização do débito, dificultando sobremaneira a sua concretização.

Os efeitos aqui identificados não podem ser considerados fatores nem externos, nem imprevisíveis, eis que decorrem de norma integrante do próprio sistema. De outra parte, não se vislumbra qualquer vantagem excessiva ao credor que, em qualquer hipótese, receberá tão-somente o acréscimo de juros na estrita proporção de taxa e prazo contratados. A capitalização assegura apenas que, sobre todo o montante ainda remanescente em poder do devedor, será aplicada a cada período de apuração (mês), a taxa de juros estabelecida no contrato. Trata-se apenas de preservar a proporção exata da onerosidade estabelecida no contrato e não de acrescer qualquer vantagem excessiva.

O critério aplicado é absolutamente uniforme, de forma que, para cada unidade monetária que remanescer em poder do devedor durante o prazo de amortização, será gerado um acréscimo mensal correspondente à aplicação da taxa de juros contratualmente estabelecida.

O fato de o devedor ter permissão legal para realizar pagamentos de valor menor do que os necessários para a amortização do empréstimo prevista não exclui o direito do devedor de ter o capital integralmente restituído, acrescido do percentual de juros avençado. Esse fato é de tal forma evidente que o próprio sistema financeiro da habitação, reconhecendo a ineficácia amortizatória das parcelas artificialmente reduzidas pelo plano de equivalência salarial, criou um mecanismo compensatório, representado pelo FCVS, que efetuará a quitação do montante não devolvido pelo mutuário no final do período de amortização.

A discussão restringe-se, portanto, apenas aos casos em que o saldo residual não seja coberto pelo FCVS, havendo necessidade do pagamento pelo próprio devedor ao final do prazo.

A absoluta particularidade dos casos abrangidos pela restrição, que incide somente sobre os efeitos mais extremos da cláusula protetiva, nos contratos em que não haverá cobertura do saldo pelo FCVS, corrobora o entendimento de que não se trata de verdadeira regra jurídica a ser aplicada com a generalidade que a lei exige, mas de mero artifício interpretativo destinado a diminuir o impacto do compromisso dos mutuários de saldar integralmente o empréstimo no final do prazo.

Deve, portanto, prevalecer a obrigatoriedade contratual, mantendo-se intacto o compromisso firmado entre as partes, até mesmo porque a onerosidade já fora rigorosamente controlada ao se estabelecer patamares de juros condizentes com a finalidade dos contratos na legislação que rege o sistema financeiro da habitação.

Não havendo sequer a livre estipulação do preço do dinheiro emprestado, em face de uma legislação fortemente intervencionista estabelecida para a viabilização do acesso ao direito de moradia, a sobreposição de regra que restringe ainda mais o retorno financeiro do capital emprestado mostra-se nitidamente injusta, posto que, sob pretexto de proteger uma das partes, agrava a posição da outra, em conduta que não reflete o padrão normativo do SFH, que não pretende inviabilizar a atividade econômica dos agentes financeiros, assegurando-lhes sempre uma rentabilidade compatível com a finalidade social do sistema.

De nada adiantaria suprimir o ganho dos agentes financeiros, pois o resultado seria a inviabilização do sistema, com prejuízo maior para os cidadãos que necessitam dos financiamentos para a aquisição de moradias do que para as instituições financeiras que simplesmente direcionariam sua atividade para modalidades mais lucrativas de negócios.

Esse fato, diga-se a propósito, foi registrado no SFH, com o desinteresse das instituições financeiras privadas em contratar empréstimos habitacionais regulados por esse sistema, dada a baixa lucratividade e aos problemas gerados pelos contratos que contavam com a cláusula de equivalência salarial.

Sob todos os aspectos, portanto, devem-se preservar intactas as condições financeiras pactuadas, sob pena de se gerar, senão vantagem indevida para o devedor, redução indevida dos ganhos legalmente estabelecidos para o credor.

3 A Medida Provisória 2.170-36/2001 – Emenda Constitucional Nº 32

Com a publicação da Medida Provisória 1.963-17/2000, que acabou por se tornar Medida Provisória 2.170-36, até a entrada em vigor da Emenda Constitucional 32, que lhe fixou numeração definitiva, a capi-

talização de juros foi trazida de forma expressamente genérica para o âmbito do sistema financeiro, desfazendo-se qualquer possível interpretação restritiva destinada a suprimir a sua incidência sobre qualquer modalidade de contrato por ele abrangida. Com efeito, assim dispunha o art. 5º daquele diploma legal:

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

Essa foi uma tentativa de resolver definitivamente as controvérsias decorrentes de tantas pretensões judicialmente deduzidas em contestação ao direito dos agentes financeiros receberem juros capitalizados.

A vigência de tal dispositivo, mantida pela reiterada publicação da Medida Provisória, cujos efeitos se tornariam definitivos após a vigência da Emenda Constitucional 32, entretanto, foi obstaculizada por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, que lograram obter a suspensão dos efeitos do novo diploma legal.

3.1 A posição do Superior Tribunal de Justiça

A capitalização de juros tem sido tratada pelo Superior Tribunal de Justiça de forma diferente, na medida em que sejam considerados contratos bancários ou contratos de financiamento habitacional, após a publicação da MP 1.963-17/2000.

No primeiro caso, considera que a pactuação é válida, no segundo, não. É o que se pode verificar dos seguintes arestos:

AgRg na PETIÇÃO Nº. 5.858 - DF (2007/0205605-3)
RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES
AGRAVANTE: EDMAR ADAYR SORTI FILHO
AGRAVADO: BRB CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 2.170-36/2001. INCIDÊNCIA. SÚMULA 168/STJ.

1 - A Segunda Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que nos contratos bancários celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação do art. 5º da MP nº. 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o nº. 2.170-36/2001, é possível a capitalização mensal dos juros. Incidência da súmula 168/STJ.

2 - Agravo regimental a que se nega provimento. Brasília, 10 de outubro de 2007. (data de julgamento)

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº. 941.834 - RS (2007/0084336-6)

RELATOR: MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA
AGRAVANTE: BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINAN-
CIAMENTO E
INVESTIMENTO

AGRAVADO: SANDRO EVANIR SCHNEIDER
EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
CONTRATO BANCÁRIO. TR, MULTA E JUROS REMUNE-
RATÓRIOS. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA
INATACADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. CA-
PITALIZAÇÃO MENSAL

DOS JUROS. POSSIBILIDADE APENAS EM RELAÇÃO
AOS CONTRATOS FIRMADOS APÓS A MP N.º 2.170/2000
COM PREVISÃO CONTRATUAL EXPRESSA. REEXAME
FÁTICO-PROBATÓRIO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.

CUMULAÇÃO COM OUTROS ENCARGOS. IMPOS-
SIBILIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO E COMPENSAÇÃO.
POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO EM
PARTE E, NA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. (...).

2. Com a edição da MP n.º. 1.963-17/2000, atual-
mente reeditada sob o n.º. 2.170-36/2001, a Segunda
Seção deste Tribunal passou a admitir a capitalização
mensal nos contratos firmados posteriormente à sua
entrada em vigor, desde que houvesse previsão contra-
tual. Contudo, as instâncias ordinárias não se manifes-
taram acerca da pactuação da capitalização de juros,
nem, tampouco, da data em que foi celebrado o contra-
to, o que impossibilita, nesta esfera recursal extraordi-
nária a verificação de tais requisitos, sob pena de afront-
tar o disposto nos enunciados sumulares n.ºs 5 e 7 da
Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3. (...).

4. (...).

5. Agravo conhecido em parte e, na extensão,
improvido.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2007.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 762.452-
SP (2006/0069996-0)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BAR-
ROS

AGRAVANTE: BANCO NOSSA CAIXA S/A
AGRAVADO: MAURÍCIO DE ANDRADE MARÇAL E
OUTRO

E M E N T A

PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO
DE MÚTUO VINCULADO AO SFH. JUROS. CAPITALIZA-
ÇÃO. DECISÃO PROFERIDA EM CONFORMIDADE COM
A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

- O contrato de mútuo bancário vinculado ao SFH
não admite pacto de capitalização de juros.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2007 (Data do
Julgamento).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊN-
CIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AMORTIZAÇÃO. TABELA PRICE.

1. A falta de pré-questionamento da questão federal impede o conhecimento do recurso especial (Súmula 282/STF).

2. Em nosso sistema, não é permitida a capitalização de juros (súmula 121/STF), salvo quando a lei expressamente a admite, o que não ocorre na legislação que regula o Sistema Financeiro de Habitação - SFH.

3. (...)

4. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 562.720/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 05.09.06).

AgRg no RECURSO ESPECIAL N.º. 565.250 - RS (2003/0125631-1)

RELATOR: MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA

AGRAVANTE: PEDRO PAULO SURIZ DA SILVA E CÔNJUGE

AGRAVADO: BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A - BANRISUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE MÚTUO. FINANCIAMENTO HABITACIONAL. CONTRATO DE "FAIXA LIVRE". PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL PARA ATUALIZAÇÃO DAS PRESTAÇÕES. INAPLICABILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. FALTA DE INTERESSE DO PEDIDO. DECISÃO ANTERIOR EM FAVOR DO AGRAVANTE. AMORTIZAÇÃO DA DÍVIDA APÓS A SUA ATUALIZAÇÃO. LEGALIDADE. NÃO LIMITAÇÃO DOS JUROS EM 10%A.A. TR. CABIMENTO PARA A CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR. CONTRATO POSTERIOR A LEI 8.177/91. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. (...).

2. No que toca a capitalização de juros não vejo razão de pedir, tendo em vista que a decisão recorrida se manifestou em favor do recorrente, no sentido da impossibilidade de capitalização de juros, em qualquer periodicidade, nos contratos de mútuo bancário de financiamento habitacional, mesmo que haja previsão contratual expressa.

3. (...).

4. Não prospera o pleito de limitação dos juros remuneratórios a 10% ao ano. A Eg. Segunda Seção desta Corte Superior firmou posicionamento no sentido de que o artigo 6º, alínea 'e', da Lei n.º. 4.380/64, não estabelece a limitação da taxa de juros, apenas dispõe sobre as condições para a aplicação do reajuste previsto no artigo 5º da mesma lei; provocando, dessarte, a incidência do Enunciado n.º. 596 da Súmula do eg. Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental improvido.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2007.

Como se pode perceber, há nítida contradição no tratamento de situações similares, integrantes do mesmo sistema jurídico.

Ao mesmo tempo em que o STJ reafirma a inserção do SFH no sistema financeiro, ao invocar a súmula 596, do STF, que afasta a incidência do Decreto 22.623/33, para se opor à limitação de juros, nega a possibilidade de pactuação de capitalização de juros, admitida para os contratos bancários em razão de expressa previsão legal, a partir da MP 1.963-17/2000, proclamando que não há essa previsão legal para os contratos do SFH.

Ora, a previsão legal inserida no art. 5º, da MP 1.963-17/2000 é expressa em relação às “operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional”, não distinguindo qualquer operação em especial, o que faz com que também seja válida para os contratos pactuados no âmbito do SFH, que é parte integrante desse sistema.

A restrição, portanto, mostra-se casuística e injustificável, em razão da contradição das interpretações dadas a fatos semelhantes, que sofrem a incidência normativa do mesmo sistema jurídico. Como já dito, a inserção do SFH no Sistema Financeiro Nacional decorre de expressa disposição legal, contida no art. 4º, § 7º, da Lei 4.595/64 (Lei da Reforma Bancária), que determina que o extinto BNH e as sociedades de crédito imobiliário são integrantes desse sistema, fato esse que é reconhecido pelo STJ, como acima se constata.

Não há razão, portanto, para lhes negar essa condição apenas em relação à possibilidade de pactuar a capitalização de juros, sob argumento de ausência de previsão legal, quando esta encontra-se expressa no art. 5º, da MP 1.963-17/2000, referindo-se indistintamente a todas as instituições integrantes do sistema financeiro nacional.

A possibilidade de pactuação legal da capitalização de juros no âmbito do sistema financeiro afasta a incidência da súmula 121, a qual permanece válida apenas para os contratos celebrados fora desse sistema.

Como se vê, interpretando-se sistematicamente as normas incidentes, os contratos de mútuo habitacional, uma vez inseridos na regulamentação geral do sistema financeiro e não havendo norma protetiva específica que a afaste, permitem a pactuação de juros capitalizados, por força do disposto na MP 1.963-17/2000.

4 ADI 2.316: medida cautelar para suspensão dos dispositivos impugnados

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.316 atacou a vigência da Medida Provisória que consagrava a possibilidade de capitalização de juros de forma irrestrita nos negócios jurídicos celebrados pelas instituições integrantes do sistema financeiro nacional. Não se dirigiu contra o mérito do procedimento, mas visou apenas aos aspectos formais do processo legislativo que lhe deu origem.

O que foi especialmente criticado foi a ausência de relevância e urgência da matéria ali regulada, que não poderia, portanto, ser objeto

de Medida Provisória, mas constituía assunto a ser disciplinado por lei ordinária, cuja iniciativa até poderia ser do poder executivo, mas necessitaria passar pelo processo regular de análise pelo poder legislativo.

Com esse argumento, foi requerida a suspensão cautelar da vigência da medida, estando esse pedido ainda pendente de julgamento.

Em abril de 2002, o Min. Sydney Sanches, relator, proferiu voto no sentido de deferir a suspensão cautelar dos dispositivos impugnados por aparente falta do requisito de urgência, objetivamente considerada, para a edição de medida provisória e pela ocorrência do *periculum in mora* inverso, sobretudo com a vigência indefinida da referida MP desde o advento da EC 32/2001, com a possível demora do julgamento do mérito da ação. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Carlos Velloso.

Em fevereiro de 2005, foi retomado julgamento da medida liminar. O Min. Carlos Velloso, em voto-vista, acompanhou o voto do relator, Min. Sydney Sanches, que deferiu o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos impugnados. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim.

Conclusão

A vedação à capitalização de juros, aplicada de forma isolada sobre determinado fato jurídico, quando o sistema no qual está inserido registra inúmeras ocorrências em que esse efeito é permitido, seja na forma de autorização expressa, seja pela prática usual, não configura exemplo da melhor prática dos princípios da hermenêutica.

Ao desconhecer o fenômeno da capitalização de juros como prática corrente no sistema financeiro, pretendendo aplicar dispositivo legal de origem remota na intenção de suprimir apenas um dos tipos de ocorrência desse fenômeno, os operadores do direito confrontam a lógica do sistema, privilegiando uma interpretação literal do dispositivo legal, na qual desprezam não só a inter-relação com os demais fatos jurídicos internos ao sistema, mas desconhecem também a necessária adaptação da norma ao momento histórico do fato econômico.

Como restou demonstrado no estudo que ora se conclui, a incoerência dessa proibição decorre do anacronismo de sua aplicação isolada em um sistema no qual a prática da capitalização é não só amplamente aceita, mas se constitui em verdadeiro princípio básico dos negócios jurídicos, dada a modalidade de ônus financeiro aplicada aos contratos.

Não se concebe, nos dias correntes, que haja empréstimo de dinheiro de forma gratuita, até porque esse fato corresponde não mais a um ato de amizade ou caridade, mas se converteu em um ramo de significativa atividade econômica, no qual a onerosidade é da essência do negócio jurídico.

O dinheiro aplicado é remunerado em função do tempo em que permanece disponível ao tomador, contando novos juros a cada período de apuração, geralmente mensal. Quando os juros não são quitados no final do período, tem-se a sua conversão em nova aplicação, que também será remunerada na mesma proporção da original. A reaplicação automática do montante de juros que não foi pago ao credor no final do período constitui o que se chama de capitalização, que não é mais do que a conversão do inadimplemento ou simples retenção dos juros devidos em nova aplicação, derivada do contrato original e, portanto, obediente às mesmas regras no que concerne à onerosidade.

Trata-se, portanto, do funcionamento lógico das atividades de captação e aplicação de recursos no sistema financeiro, não se constituindo em ilegalidade. Essa prática é regularmente aceita e compreendida em quase todas as ocorrências em que se registra, como no caso das contas de poupança, nas quais é tida como exigência inderrogável.

Diante desse quadro é que se torna inaceitável a proibição da capitalização de juros para apenas um caso específico e, diga-se a propósito, anômalo, mormente se para a sua supressão invocamos diploma legal dissociado da realidade atual e estranho à formatação do sistema financeiro nacional, surgida após a década de 1960, pela qual a estrutura dos negócios desse ramo de atividade econômica foi visceralmente alterada, máxime no que se refere à introdução do mecanismo da correção monetária.

Tão incompreensível quanto a interpretação da norma jurídica fora do contexto sistemático dos negócios que se pretende regular, é a tentativa de atribuir a necessidade de revisão dos contratos afetados pelas anomalias decorrentes de leis protetivas cogentes à teoria da imprevisão, como se esse fosse um fato inesperado e prejudicial ao tomador de empréstimos. Ora, não é inesperado, tanto que a legislação protetiva também criou mecanismos compensatórios, nem é prejudicial, porque não acrescenta qualquer ônus que não seja a mera aplicação dos juros contratados à integralidade do capital ainda pendente de devolução ao mutuante.

Demonstra-se, portanto, que tem sido muito equivocada a posição adotada pelos operadores do direito ao proibir a capitalização de juros de forma pontual e dissociada da prática corrente no sistema financeiro, inclusive tentando atribuir natureza espúria à mera preservação da onerosidade contratada.

Faz-se mister revisar esse posicionamento equivocado, recompondo o equilíbrio ora sonogado aos negócios jurídicos que padecem de efeitos anômalos provocados especificamente por normas protetivas ao mutuário do sistema financeiro de habitação, por não encontrar respaldo, nem na lógica do sistema no qual tais regras estão inseridas, nem representar autêntico exemplo de relativização da força obrigatória dos contratos, tal como preconiza a teoria da imprevisão.

Referências

- ABREU FILHO, Nilson Paim. **Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil**. 6.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- AGUIAR JR, Ruy Rosado de. **Os Contratos Bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: CJF, 2003.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BLOCK, Walter. **Defendendo o Indefensável**. Porto Alegre: Ortiz/IEE, 1993.
- BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência Material dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FARACO, Daniel. **Cultura e Fé**. nº. 100, Porto Alegre, IDC, 2003. p.56-74.
- MAXIMILANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1977/79. 1ª. parte.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações. São Paulo. Saraiva, 1979/80. 2ª. parte.
- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Celso Machado de. **Manual de Direito Bancário**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- PENNA, Edson Queiroz. **Boletim ADVOCEF**. nº. 54, Porto Alegre, ago. 2007. p.6-7.
- REZENDE, Teotônio Costa. **Os Sistemas de Amortização nas Operações de Crédito Imobiliário: a Falácia da Capitalização de Juros e da Inversão do Momento de Deduzir a Quota de Amortização**. 2003. Dissertação de Mestrado em Gestão e Estratégia de Negócios. UFRJ, Rio de Janeiro, 2003.
- TOLEDO, Joaquim Elói Cirne de. Aspectos Jurídicos e Econômicos do Crédito Imobiliário e da Poupança. Seminário. Escola Nacional da Magistratura. **Anais**. 1997. Ilha de Comandatuba/Bahia: abr. 1997.