

Autos nº 0011352-34/2012.811.0007

Vistos, etc.

Ausente o relatório, com fulcro no artigo 38 da Lei n.º 9.099/95.

Fundamento e decido.

Antes de adentrar no mérito da questão, é necessário decidir a preliminar de INCOMPETENCIA do JUIZADO ESPECIAL CÍVEL em relação ao valor da causa, bem como, a necessidade de produção de prova pericial.

Entendo pela improcedência da alegação de tal pleito, tendo em vista não ser aplicado, no presente caso, a regra disposta no art. 259, II e V, do CPC, uma vez que nos juizados especiais, o valor da causa corresponde à pretensão econômica do autor, sendo lícito ao mesmo colocar valor diverso do contrato em questão. Consoante Enunciado 39 do FONAJE, que segue abaixo transcrito: ***“ENUNCIADO 39 – Em observância ao art. 2º da Lei 9.099/1995, o valor da causa corresponderá à pretensão econômica objeto do pedido.”***

Ademais, urge salientar que, ao ter o autor escolhido por esta justiça especializada para processar e julgar a presente ação, o mesmo, tacitamente, renunciou aos valores que ultrapassam o teto de 40 salários mínimos fixados pela lei nº 9099/95 que dispõe acerca dos juizados especiais cíveis e criminais.

Nesse mesmo sentido é o entendimento que abaixo colaciono:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. LEI Nº 9.099/95. **COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO VALOR DA CAUSA.** CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. **VALOR DA CAUSA. BEM DA VIDA PRETENDIDO.** MULTA POR ATRASO NA ENTREGA DA UNIDADE HABITACIONAL. PROVEITO ECONÔMICO. **INAPLICABILIDADE DO ART. 259, V, DO CPC.** "ERROR IN PROCEDENDO". RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA CASSADA. 1. **EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS PREVALECE COMO VALOR DA CAUSA O VALOR DO BEM DA VIDA PRETENDIDO, E NÃO O VALOR DO CONTRATO.** **INAPLICABILIDADE DO ART. 259, V, DO CPC.** 2. ADEMAIS, O ENUNCIADO FONAJE Nº 39 ESTABELECE QUE "EM OBSERVÂNCIA AO ART. 2º DA LEI Nº 9.099/95, O VALOR DA CAUSA CORRESPONDERÁ À PRETENSÃO ECONÔMICA OBJETO DO PEDIDO." 3. BUSCANDO VALORES ACESSÓRIOS (MULTA POR ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL) EM SEDE CONTRATUAL, ESTA PREVALECE SOBRE O VALOR DO CONTRATO, POR SEREM VALORES E INSTITUTOS DISTINTOS. 4. ESTANDO O VALOR PRETENDIDO PELO APELANTE DENTRO DO LIMITE QUANTITATIVO

PERMITIDO NAS CAUSAS EM TRÂMITE NOS JUIZADOS ESPECIAIS, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO VALOR DA CAUSA. 5. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA CASSADA. UNÂNIME. (TJ-DF - ACJ: 412474520078070001 DF 0041247-45.2007.807.0001, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 18/12/2007, SEGUNDA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF, Data de Publicação: 24/03/2008, DJ-e Pág. 205, undefined) (destacamos)

Ainda, quanto a necessidade de prova pericial no caso em apreço, ressalto que uma vez presente nos autos planilha de caçulo detalhada, apontando o montante controvertido, bem como, os valores que a autora pretende redução ou ressarcimento, não há que se falar em incompetência deste juizado.

A propósito, neste sentido é o Enunciado n.º 70 do FONAJE: “**ENUNCIADO 70** – *As ações nas quais se discute a ilegalidade de juros não são complexas para o fim de fixação da competência dos Juizados Especiais, exceto quando exigirem perícia contábil* (nova redação – XXX Encontro – São Paulo/SP).”

Logo, REJEITO as PRELIMINARES ventiladas pela parte requerida, e ultrapassado este ponto, passo a analisar o mérito da questão.

Cumpre anotar que o caso em apreço é hipótese que comporta o julgamento imediato do mérito, nos termos do inciso I do artigo 330 do CPC (“O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: (...) I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”), não havendo, a necessidade de dilação probatória para a matéria de fato, restando somente matéria de direito para ser analisada.

Inicialmente, há que se esclarecer que as disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor são perfeitamente aplicáveis ao presente caso (ressalvadas as alegações relacionadas às operações passivas de crédito), uma vez que as partes amoldam-se perfeitamente aos conceitos de consumidor e fornecedor previstos na legislação supracitada.

A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC é um direito do consumidor que facilita sua defesa na atuação em juízo, efetivando o princípio da isonomia material.

No caso em tela, verifico a hipossuficiência do autor na relação jurídica consumerista, eis que, segundo as regras ordinárias da experiência, terá dificuldades em provar suas alegações devido à falta de condições técnicas ou impossibilidade de trazer certos documentos aos autos.

Nesta situação, a parte mais forte na relação de consumo (fornecedor) pode e deve produzir provas capazes de ilidir as alegações feitas pelo consumidor. Dessa forma, diante da verossimilhança das alegações, **existe a inversão do ônus da prova em favor do autor, somente nas provas que lhe for impossível ou extremamente difícil de produzir.**

Acerca da legalidade dos juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, é entendimento pacificado na jurisprudência que tal circunstância, por si só, não significa vantagem exagerada ou abusividade.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o referido entendimento na súmula 382, *in verbis*: “A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”.

Nossos egrégios Tribunais entendem que para configurar o abuso a taxa avençada deve estar em dissonância com aquela praticada pelo mercado à época da elaboração do contrato.

É, aliás, o que se extrai do seguinte aresto do egrégio Tribunal de Justiça deste Estado:

“os juros pactuados em limite superior a 12% (doze por cento) ao ano somente são considerados abusivos quando comprovada a discrepância com as taxas praticadas no mercado” (Apelação Cível n. 32351/2005, Relator: DES. JOSÉ FERREIRA LEITE, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 23-11-2005).

Ao apreciar a ADI 2591/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, porém a definição da remuneração das operações passivas (juros remuneratórios) não está abrangida pela legislação consumerista. É o que se vê na ementa original do julgado:

“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta

julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. (...) (ADI 2591 / DF, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Julgamento: 07/06/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Apesar de a ementa do julgado ter sido alterada em recurso de embargos de declaração interposto pelo Procurador-Geral da República, o que levou a redução de seu texto ("ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente."), o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras são excluídos da abrangência da legislação consumerista.

É o que se vê: na manifestação do Presidente da República (fls. 1025/1040 da ADI); na manifestação do Procurador-Geral da República (fl. 1.061 da ADI); no voto do Ministro relator Carlos Velloso (fls. 154/200 do acórdão citado); no voto do Ministro Néri da Silveira (fl. 201 do acórdão citado); no voto do Ministro Nelson Jobim (que diferencia operações bancárias e serviços bancários, entendendo não se aplicar o CDC às operações bancárias – fls. 209/281 do acórdão); no voto do Ministro Eros Grau (que entende não ser aplicável o CDC às operações bancárias, mas sim o Código Civil - fls. 330/344 do acórdão); no voto do Ministro Joaquim Barbosa (que segue a linha de pensamento do Ministro Néri da Silveira e do Procurador-Geral da República – fls. 351/355 do acórdão); no voto do Ministro Carlos Britto (que elogia os votos anteriores e não se opõe a nenhum deles – fls. 356/357 do acórdão); no voto do Ministro Sepúlveda Pertence (acompanhando o voto do Ministro Carlos Velloso, Eros Grau e Joaquim Barbosa – fls. 358/359 e 388 do acórdão); no voto do Ministro César Peluso (que acompanha os votos dos demais ministros, exceto o do ministro Nelson Jobim – fls. 362/366 do acórdão); no voto do Ministro Marco Aurélio (que acompanha o Ministro Néri da Silveira – fls. 367/369 do acórdão); e no voto do Ministro Celso de Mello (acompanhando o voto do Ministro Néri da Silveira, Eros Grau e Joaquim Barbosa – fls. 370/387 do acórdão).

No voto de todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, nota-se que é pacífico o entendimento segundo o qual há uma distinção de abrangência normativa entre matéria relativa à relação de consumo e matéria relativa ao Sistema Financeiro Nacional, devendo esta ser disciplinada por lei complementar. Também ficou pacificado que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras são matérias próprias do Sistema Financeiro Nacional.

Assim, quaisquer alegações da parte autora, em que são invocados dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, não serão sequer analisadas se envolverem operações passivas de crédito (matéria exclusivamente relacionada ao Sistema Financeiro Nacional), uma vez que tais dispositivos não são aplicáveis ao caso.

Mais a mais, de acordo com ordem econômica, disposta na Constituição Brasileira 1.988, o Estado deve intervir na economia com o intuito evitar o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, conforme dispõe seu art. 173, §4º. Para tanto, foi editada a lei 8.884/94, que, disciplinando o dispositivo constitucional citado, trata sobre o modo de intervenção indireta do Estado.

A referida lei preceitua que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) desempenhará o papel de agente estatal regulador da economia.

A intervenção indireta do Estado na economia também será realizada pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, quando se tratar de instituições financeiras, nos termos da Lei 4.595/64, recepcionada como lei complementar pela Constituição de 1988 segundo o STF.

No art. 4º, VI, da lei citada, é possível ver a competência do Conselho Monetário Nacional para “disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras”. Além disso, a competência do Banco Central do Brasil para “exercer o controle do crédito sob todas as suas formas” está prevista no art. 10, VI, da Lei 4.595/94.

Como ambos os órgãos citados pertencem ao Poder Executivo da União, compete a este poder e ente federado disciplinar e controlar as operações de crédito feitas por instituições financeiras, uma vez que a Constituição Federal atribuiu-lhes tal competência em seus art. 22, VII.

Assim, compete privativamente ao Poder Executivo da União fiscalizar a existência de lucros abusivos das instituições financeiras e não ao Poder Judiciário, sob pena deste se imiscuir em assuntos constitucionalmente rotulados como alheios, ferindo o princípio da separação de poderes.

Daí deriva o entendimento segundo o qual a taxa de juros só será abusiva se estiver em dissonância com a média praticada no mercado, pois este mercado é regulado pelo Poder Executivo da União e, estando a taxa juros acima da

média estipulado por este, com certeza a prática rotulada como abusiva deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

Não existe nenhuma disposição legal que traz percentual limitador do lucro das instituições financeiras com base em seu custo de operação – matéria exclusivamente relacionada com o Sistema Financeiro Nacional e, portanto, deve ser disciplinada por lei complementar –, motivo pelo qual os órgãos competentes do Sistema Financeiro Nacional farão a referida fiscalização, jamais o Poder Judiciário. Este Poder somente analisará possíveis ilegalidades dos atos dos referidos órgãos.

Para confirmar o entendimento exposto acima, trago as lições do Ministro Eros Grau (um dos maiores doutrinadores de Direito Econômico no Brasil), em seu voto na ADI 2591, sobre uma interpretação constitucional do conceito de serviço para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor:

“É certo, no entanto, que o § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor há de ser interpretado em coerência com a Constituição. **Para tanto se impõe sejam excluídas da abrangência por seus efeitos determinação do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas** praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia. A respeito dessa matéria **deve dispor o Poder Executivo, a quem incumbe fiscalizar as operações de natureza financeira, o que envolve a fixação da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. A fixação dessa taxa não pode ser operada senão desde a perspectiva macroeconômica.** Basta a menção, por exemplo, ao poder de multiplicação de moeda circulante em moeda escritural, que os bancos exercem de modo a receber a título de juros, pelo mesmo dinheiro materialmente considerado, em certos casos mais de três vezes o valor da taxa praticada. O volume de moeda adicional “criado” pelo banco correspondente a moeda escritural, isto é, a moeda bancária --- moeda que, na dicção de Eugênio Gudin, ‘só se concretiza nos livros dos bancos, através de algarismos que passam de um a outro livro ou de uma a outra coluna. Esses algarismos são animados pela vontade das partes mas não saem dos estabelecimentos de crédito, onde nascem, circulam e desaparecem” (fl. 336 do acórdão da ADI – grifos nosso).

Quando falamos no revogado §3º do art. 192 da Constituição Federal, que dispunha que as taxas de juros reais não poderiam ser superiores a 12% ao ano, constituindo crime de usura a cobrança acima do referido percentual, devemos salientar que ficou pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento, iniciado na ADI n. 04 e terminado na súmula 648 do Pretório Excelso, segundo o qual o art. 192, §3º da redação original da Constituição Federal é norma constitucional de eficácia limitada, condicionando sua aplicabilidade à edição de lei complementar regulamentadora.

A emenda constitucional n. 40/03 revogou o referido dispositivo, colocando uma pá de terra na discussão sobre a limitação dos juros remuneratórios a 12% ao ano.

Qualquer pedido de **inconstitucionalidade da referida emenda constitucional** padece de interesse processual, pois, mesmo que declarada inconstitucional a referida emenda, o §3º do art. 192 da Constituição continuará a ter sua eficácia limitada. Portanto, qualquer alegação nesse sentido deve ser rechaçada.

Também caem por terra eventuais alegações acerca da teoria da imprevisão ou da teoria da lesão enorme e a inexistência de desequilíbrio contratual, senão vejamos.

O princípio da força obrigatória dos contratos tem importante função no direito, uma vez que efetiva o princípio da segurança jurídica. Entretanto, aquele princípio não pode ser considerado absoluto, existindo situações em que outros princípios o relativizaram para garantir o valor justiça.

Em observância ao princípio da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato se tornou finalidade do direito, que passou a efetivá-lo com a adoção da teoria da imprevisão e a teoria da base objetiva do contrato, exceções ao princípio da força obrigatória dos contratos.

Por conta da Primeira Grande Guerra, houve desequilíbrio nos contratos realizados, havendo a necessidade de revisá-los. Para tanto, em 1918, a Lei *Faillot* resgatou uma cláusula de Direito Romano: *rebus sic stantibus* (as coisas devem ficar como estão, devem ser equilibradas). Essa lei implementou a teoria da imprevisão.

A doutrina brasileira trouxe a teoria da imprevisão para o Brasil nas décadas de 40 e 50, com base no enriquecimento sem causa, influenciando a jurisprudência. Entretanto, a teoria da imprevisão só era admitida, excepcionalmente, nas hipóteses de caso de fortuito e de força maior, ou seja, nos casos de imprevisibilidade.

Em que pese a divergência doutrinária sobre qual teoria foi adotada pelo Código Civil, entendemos que a teoria da imprevisão foi acolhida nos arts. 317 e 478.

Para a melhor doutrina, são requisitos para a incidência da teoria da imprevisão no Código Civil:

1. Contrato de trato sucessivo;
2. Contrato oneroso comutativo;
3. Evento extraordinário e imprevisível (Álea extraordinária);
4. Onerosidade excessiva (desequilíbrio financeiro);
5. Inexistência de culpa da parte;

6. Que desvantagem de uma parte corresponda à extrema vantagem da outra (dispensável para alguns doutrinadores);

Segundo parte da doutrina, a teoria da base objetiva do contrato (ou, para alguns, a teoria da equidade contratual) foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo como diferença essencial em relação à teoria da imprevisão a desnecessidade de prova do evento extraordinário ou imprevisível que torna excessivamente onerosa a prestação.

Tanto uma como outra teoria não se confundem com o instituto da lesão, que é um defeito do negócio jurídico e não uma causa para sua revisão por fato superveniente. A lesão, causa de invalidade do negócio jurídico, consiste no prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações do negócio, por conta do abuso da necessidade ou inexperiência de uma das partes.

Outra parte da doutrina invoca a **teoria da lesão enorme (*laesio enormis*)**, prevista originariamente no ordenamento brasileiro no art. 4º, b, da Lei 1.521/51 (lei de crimes contra a economia popular), como a adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em razão da desnecessidade de comprovação do evento imprevisível e extraordinário. Nesta teoria, são necessários dois elementos para a anulação ou revisão do negócio jurídico: o elemento objetivo (onerosidade excessiva) e o elemento subjetivo (premente necessidade ou inexperiência da outra parte).

Em que pese o posicionamento doutrinário sobre a aplicação da teoria da lesão enorme, não concordo com tal posicionamento, entendendo que tal teoria se aplica somente para averiguar defeitos do negócio jurídico, ou seja, é aplicável quando a onerosidade excessiva ocorre no momento da realização do negócio jurídico não se aplicando às hipóteses de superveniência da desproporção. Nestas hipóteses, devem ser aplicadas a teoria da imprevisão, se existir relação contratual comum; ou a teoria da base objetiva do contrato, se a relação for de consumo.

Mesmo que fosse aplicável a teoria da lesão enorme ao caso, não vislumbro a existência de premente necessidade ou de inexperiência, que deveriam ter sido comprovadas por quem o alega, já que não se trata de prova impossível ou extremamente difícil de se produzir.

Além disso, não pode ser invocada a presunção de necessidade ou de inexperiência em nenhuma hipótese, incluindo-se aqui os contratos de adesão, conforme se vê no enunciado n. 290 da IV Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: “Enunciado n. 290 – Art. 157. A lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a desproporção manifesta entre as prestações assumidas pelas partes, **não se presumindo a premente necessidade ou a inexperiência do lesado**” (grifo nosso).

Além disso, não é razoável a aplicação às instituições financeiras do art. 4º, b, da Lei 1.521/51 (“Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: (...) b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de

outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.”), pois a limitação de lucro, como dito anteriormente, é matéria exclusivamente relacionada ao Sistema Financeiro Nacional e, na linha do posicionamento do Supremo Tribunal Federal exposto acima, deve ser disciplinado por lei complementar em razão do que dispõe o art. 192 da Constituição Federal.

O ponto comum entre as teorias citadas (da imprevisão e da base objetiva do negócio jurídico) e o instituto da lesão (incluindo-se aqui a teoria da lesão enorme) está na existência de onerosidade excessiva, ou seja, desproporção entre as prestações acordadas.

O fato de a instituição financeira obter lucros de 100% ou mais não pode ser considerado como uma desproporção de prestação (onerosidade excessiva, ou desvantagem exagerada, como dispõe o art. 51, IV do CDC), uma vez que toda atividade econômica visa lucro, em razão da adoção pelo Brasil do Capitalismo como sistema (modelo) econômico.

Também não houve aumento superveniente de lucro da instituição financeira, pois a lucratividade da operação passiva de crédito leva em conta o *spread* bancário e despesas da instituição do momento de sua realização.

A diminuição da taxa básica de juros ou outros fatores econômicos que imponham a diminuição do custo das operações ativas, com conseqüente baixa do *spread* bancário ou diminuição de despesas, não atingirão aquele contrato que originou o “dinheiro matéria-prima” para a operação passiva de crédito realizada.

Isso ocorre, pois o “dinheiro matéria-prima”, acrescido da taxa de juros remuneratórios, já foi disponibilizado integralmente para o consumidor e o contrato de custo de operação ativa não sofrerá alteração superveniente por se tratar de risco da atividade desenvolvida pelas instituições financeiras, não podendo ser exigida por estas a revisão do referido contrato.

A desproporção ocorreria se o contrato de trato sucessivo tivesse alteração no valor de suas prestações, ou seja, se consumidor que pagava X e, após o fato superveniente, passasse a pagar $X + 10$, mantendo-se a mesma contraprestação da instituição financeira.

A diminuição da capacidade econômica em razão de situações microeconômicas – como a perda de emprego, diminuição da clientela ou do movimento na atividade econômica ou gastos com problemas de saúde superveniente – não têm o condão de tornar possível a revisão do contrato, uma vez que tais fatos não serão capazes de aumentar o valor da prestação de X para $X + 10$. Além disso, adotando a teoria da base objetiva do negócio jurídico, o que importa é a existência ou não da onerosidade excessiva, pouco importando a natureza do fato superveniente.

Dessa forma, no caso *sub judice*, entendo não existir onerosidade excessiva superveniente para a parte tomadora da operação passiva de crédito, que seja capaz de afetar a base objetiva do contrato de financiamento bancário.

A revisão de contrato de operação passiva de crédito com o intuito de limitar o lucro das instituições bancárias ou estabelecer uma determinada taxa de juros remuneratórios para a operação (que sejam menor que a praticada pelo mercado) acabaria por ferir o princípio da separação de poderes; o art. 22, VII, o art. 174 e o art. 192, todos da Constituição Federal; e o art. 4º, VI e o art. 10, VI, ambos da Lei 4.595/94.

A violação ao princípio e dispositivos citados ocorre, pois, sob o argumento de corrigir um suposto “desequilíbrio contratual”, o Poder Judiciário estaria, por via indireta, intervindo na economia e realizando política econômica (competência exclusiva dos órgãos do Poder Executivo da União, como tratado acima).

Quanto à **abusividade de cláusula ou prática contratual**, ficou sedimentado o entendimento de que a abusividade é que deve ser demonstrada e não a ausência dela, portanto o ônus incumbe exclusivamente a quem a alega, não se aplicando o direito à inversão do ônus da prova para o consumidor, em razão de se tratar de prova de fato negativo que, no caso em tela, é prova impossível para o fornecedor.

Sobre a prova de fato negativo, trago os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça a casos análogos, dando ênfase ao termo “prova diabólica” utilizado pela Ministra Nancy Andrighi em referência à prova de fato negativo:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. FORMALISMO EXCESSIVO. **PROVA DIABÓLICA**. MEIO DIVERSO DE VERIFICAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE.1 - Em homenagem ao princípio da instrumentalidade, a ausência da certidão de intimação da decisão agravada pode ser suprida por outro instrumento hábil a comprovar a tempestividade do agravo de instrumento.2 - **Exigir dos agravados a prova de fato negativo (a inexistência de intimação da decisão recorrida) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícil produção**. Diante da afirmação de que os agravados somente foram intimados acerca da decisão originalmente recorrida com o recebimento da notificação extrajudicial, caberia aos agravantes a demonstração do contrário.3 - Dentro do contexto dos deveres de cooperação e de lealdade processuais, é perfeitamente razoável assumir que a notificação remetida por uma das partes à outra, em atenção à determinação judicial e nos termos da Lei 6.015/73, supre a intimação de que trata o art. 525, I, do CPC. Agravo a que se nega provimento.” (AgRg no AgRg no REsp 1187970 / SC, Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 05/08/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 16/08/2010)

“DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO

ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PROVA DE FATO NEGATIVO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO AUTOR. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.1. Pronunciando-se o Tribunal de origem de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC. Precedente do STJ. 2. **Na colisão de um fato negativo com um fato positivo, quem afirma um fato positivo tem de prová-lo, com preferência a quem afirma um fato negativo.**3. Hipótese em que compete ao Município de Ouro Preto comprovar a veracidade dos motivos que determinaram a exoneração do servidor, qual seja, a existência de requerimento administrativo.4. Agravo regimental improvido.”(AgRg no Ag 1181737 / MG, Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 03/11/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 30/11/2009)

Assim, as alegações de abusividade das cláusulas que prevejam juros remuneratórios acima de 12% ao ano não foram devidamente comprovadas nos autos, ônus que incumbia à parte autora, devendo sofrer as consequências pela não produção já na petição inicial de tal prova uma vez que a matéria tratada é somente de direito.

Além disso, importante ressaltar que ao contrário do que muitas vezes é alegado, a mera discussão judicial do débito não capaz de ilidir os efeitos da mora e, por não vislumbrar abusividade na cobrança de parcelas acessórias do débito, a mora só terá seus efeitos ilididos com o pagamento integral das parcelas vencidas e vincendas, acompanhadas aquelas dos encargos legais e contratuais.

No tocante à capitalização de juros, como de conhecimento, implica contagem de juros sobre juros, isto é, a incorporação ao principal dos juros remuneratórios incidentes sobre o total do débito contratado, gerando um acréscimo no valor do crédito, uma vez que sobre o montante passa a incidir nova remuneração global do capital.

O art. 4º do Decreto n. 22.626/33 (Lei de Usura) dispõe que “é proibido contar juros sobre juros”. Dada à impossibilidade de tal situação vir a ocorrer, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 121, pela qual “é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

Em 2001, foi editada a Medida Provisória n. 2.170, que sofreu diversas reedições, estando em vigor até hoje. No referido diploma normativo, mais precisamente em seu art. 5º, está autorizada a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano (capitalização de juros mensal), revogando, por consequência, o art. 4º do Decreto n. 22.626/33 (Lei de Usura).

A referida Medida Provisória foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2316, cuja medida cautelar teve proferidos dois votos determinando a suspensão do art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória atacada.

Ocorre que o art. 10 da Lei 9.868/99 (que disciplina o processo e julgamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade)

preceitua que a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade “será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal”. Assim, até que haja manifestação de mais 4 membros do Pretório Excelso no sentido de suspender dispositivo citado, este permanece em vigor, devendo ser respeitado pela força de lei que tem e pela sua presunção de constitucionalidade.

Portanto, a prática de anatocismo é permitida até que haja manifestação posterior do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

O Superior Tribunal de Justiça já confirmou este entendimento, conforme se vê nos seguintes julgados:

“BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONTRATO QUE NÃO PREVÊ O PERCENTUAL DE JUROS REMUNERATÓRIOS A SER OBSERVADO. I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO - JUROS REMUNERATÓRIOS 1 - Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.2 - Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados. II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO - Consignada, no acórdão recorrido, a abusividade na cobrança da taxa de juros, impõe-se a adoção da taxa média de mercado, nos termos do entendimento consolidado neste julgamento.- **Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada.**Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Ônus sucumbenciais redistribuídos.”(REsp 1112879 / PR, Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento 12/05/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 19/05/2010 – grifo nosso)

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. MEDIDA PROVISÓRIA. APLICABILIDADE.1. **Nos contratos celebrados a partir de 31.3.2000, data da edição da Medida Provisória 1.963-17/2000, atualmente reeditada pela 2.170-36/2001, é exigível a capitalização mensal de juros, desde que pactuada. Precedente: AgRg no EREsp 930.544/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, DJe 10.4.2008.**2. Agravo Regimental improvido.”(AgRg nos EDcl no REsp 733548 / RS, Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, Data do Julgamento 23/03/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 12/04/2010 – grifo nosso)

No mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial que emana dos tribunais de justiça de nosso país, consoante decisões abaixo ementadas:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE AGRAVO. **CONTRATOS BANCÁRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.170-36. INCIDÊNCIA NOS CONTRATOS CELEBRADOS APÓS 31.03.2000.** RECURSO NÃO PROVIDO À UNANIMIDADE. I-Desde que pactuada, é possível a capitalização mensal de juros em contratos bancários celebrados após o advento da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, de 31.03.2000. II- Recurso não provido à unanimidade. (TJ-PE - AGV: 1393848 PE 0010581-17.2009.8.17.0000, Relator: Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto, Data de Julgamento: 20/09/2011, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 179, undefined)

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. ARTIGO 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.170-36/01. INCONSTITUCIONALIDADE. **POSSIBILIDADE. COBRANÇA. PRECEDENTES STJ. TAXAS E TARIFAS.** NULIDADE. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. 1. NÃO OBSTANTE JÁ TER DECIDIDO EM SENTIDO ADVERSO, CONFORME ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DOMINANTE NO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CORTE RESPONSÁVEL PELA TUTELA DAS LEIS INFRACONSTITUCIONAIS, SEGUIDA, INCLUSIVE, POR ESTA EGRÉGIA TURMA, **ADMITE-SE A CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS NOS CONTRATOS FIRMADOS COM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS APÓS A PUBLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.963-17, EM 31/03/2000, ATUALMENTE REEDITADA SOB O N. 2.170-36/01, DESDE QUE PACTUADA.** 2. A CLÁUSULA QUE ESTABELECE A COBRANÇA DE TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE RESSARCIMENTO POR SERVIÇOS DE TERCEIROS VIOLAM O DISPOSTO NO ART. 51, IV, DO CDC, QUE PRESCREVE A NULIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS. 3. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. (TJ-DF - APL: 405680620118070001 DF 0040568-06.2011.807.0001, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 25/04/2012, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 04/05/2012, DJ-e Pág. 88, undefined) destaque nosso

Dessa forma, entendo que: 1) não há qualquer ilegalidade na cobrança de juros acima do patamar de 1% ao mês ou 12% ao ano, o que por consequência demonstra a inexistência de “atos ilícitos contratuais”, “usura e anatocismo” ou “abuso de poder econômico”; 2) é permitida, pela Medida Provisória 2.170, a capitalização de juros inferior a 12 meses, não havendo decisão quanto a inconstitucionalidade de diploma normativo; 3) não estão preenchidos os requisitos para a revisão contratual com fundamento na teoria da lesão enorme, teoria da imprevisão ou teoria da base objetiva do negócio jurídico; 4) o autor não comprovou a abusividade das cláusulas ou práticas contratuais questionadas, ônus que lhe incumbia em razão da impossibilidade da parte requerida de fazer tal prova.

Nesse norte, resta prejudicado o pedido de restituição de valores, haja vista que foi verificada a legalidade das cobranças.

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos formulados pelo autor contra o banco réu e, via de consequência, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, declaro extinto o processo com resolução do mérito.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

Após o trânsito em julgado desta sentença, mantida a improcedência, o que deverá ser certificado pela Sra. Gestora, arquivem-se estes autos com as devidas baixas e anotações (artigo 475-J, § 5º, do CPC).