

Ação civil pública. Contratos bancários de crédito rotativo, de cartões de crédito, de investimento e de financiamento. Prática de anatocismo. A natureza consumerista nas relações de natureza privada entre bancos e correntistas. Competência da Justiça Estadual (art. 93 do CDC). A interpretação do art. 3º, § 2º, do CDC. A diferenciação entre serviços de natureza cambial e serviços bancários que encerram relações de consumo. O consumidor de serviços bancários como consumidor final. O dinheiro e o crédito, bens juridicamente consumíveis, à luz do art. 51 do CDC. Consumidor: aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço (art. 2º) e aquele exposto às práticas previstas no CDC (art. 29). A inversão do ônus da prova, diante de alegação verossímil e da hipossuficiência do consumidor. As regras ordinárias da experiência. O princípio da boa-fé e da transparência. A responsabilidade civil da instituição bancária, como fornecedora de serviços. Capitalização de juros: vedação incidente também sobre as instituições financeiras. A prevalência da Súmula 121 do STF em face da Súmula 596 do STF.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
18ª CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível nº 7.092/01

APELANTE 1: *Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A (Em liquidação judicial).*

APELANTE 2: *Banco Bradesco e outros.*

APELANTE 3: *Banco Citibank S/A.*

APELANTE 4: *Banco Francês e Brasileiro S/A.*

APELADA: *Associação Nacional de Assistência ao Consumidor e Trabalhador - ANACONT*

Relator: Des. Nascimento Póvoa Vaz

Apelação Cível - Ação Civil Pública - Contratos para utilização de crédito rotativo, cartão de crédito, contratos de investimentos, contratos de financiamentos - Prática de anatocismo - Sentença parcial de procedência, condenado-se os bancos-réus a se absterem da indevida cobrança de juros compostos, sob pena de pagamento de multa diária - Agravos retidos, sustentando preliminares já afastadas em decisão saneadora, de modo correto - Legitimidade do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A - Ausência de justificativa para a suspensão do processo em função da liquidação judicial do Banco do Estado do Rio de

Janeiro S/A - Desnecessidade de formação de litisconsórcio necessário, visando integrar a lide a União Federal e o Banco Central - Competência da Justiça Estadual - Contratos que se caracterizam por relações de natureza consumerista - Afastada corretamente na sentença a aplicação do art. 192, § 3º, da CF relativamente à cobrança de juros simples superiores ao limite de 12% ao ano - Vedada, contudo, a cobrança de juros capitalizados (anatocismo), mesmo quando se trata de serviços prestados por instituições financeiras - Aplicabilidade da Súmula 121 do STF - Não incidência do Verbete 596 do STF - Congruência da sentença - Sucumbência determinada conforme os ditames do CPC - Parecer no sentido do desprovimento dos agravos retidos e dos apelos.

PARECER

Egrégia Câmara:

I - RELATÓRIO

Cuidam-se de apelações interpostas contra sentença proferida em autos de Ação Civil Pública, através da qual foram julgados procedentes, em parte, os pedidos da Autora para o fim de se determinar que, nos contratos de contratos de crédito rotativo, de cartões de crédito, de contratos de investimento e de financiamento, os Bancos-Réus se abstenham da indevida cobrança de juros compostos (anatocismo), sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais), que será revertida ao Fundo previsto no art. 13 da Lei de Ação Civil Pública, além de promoverem a devolução do excesso cobrado a esse título, com os acréscimos legais, sendo, ainda, condenados ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados estes em R\$ 1.000,00 (um mil reais), com fulcro no art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", e § 4º, do CPC, tudo conforme se vê de fls. 859/67.

Tal sentença veio a ser integrada pela R. Decisão de fls. 921/923, que negou provimento aos tempestivos Embargos de Declaração interpostos pelo *Banco do Brasil S/A* (fls. 869/870) e pelo *Banco Bradesco S/A e outros* (fls. 871/76).

Em suas razões, o *Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A* pugna pela reforma da sentença, alegando, em preliminar, sua ilegitimidade passiva, na medida em que, *estando em regime de liquidação extrajudicial*, fica terminantemente proibido de exercer qualquer atividade bancária.

No mérito, volta a sustentar a inaplicabilidade do §3º do art. 192 da CF/88 ao presente caso, face a ausência de lei complementar regulamentadora, bem como a inaplicabilidade da Lei da Usura, Decreto 26.366/33, já que as instituições bancárias a ela não estão sujeitos, bastante, nesse sentido, o enunciado da Súmula 596 do STF.

Reafirma, ainda, a inexistência de anatocismo nos contratos questionados, a uma, porque as instituições bancárias estão sujeitas apenas às limitações e à disciplina do BANCO CENTRAL, podendo convencionar taxas de juros e comissões de acordo com as normas por este editadas, não se podendo, no caso, invocar a Súmula n.º 121 do STF, que não abrange a exceção legal expressamente ressalvada; a duas, porque a própria Medida Provisória n.º 1.367/96 autoriza a cobrança dos juros capitalizados, de encargos financeiros com base em taxas flutuantes e de encargos financeiros substitutivos a incidirem a partir do vencimento do empréstimo ou financiamento, sem prejuízo dos juros de mora e de outros encargos ajustados ou legalmente exigíveis.

No mais, refere a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, porquanto os contratos bancários não constituem relação de consumo, eis que regidos por disposições regulamentares editadas pelos órgãos oficiais competentes, mas relação jurídica individual e privada, de natureza creditícia, até porque a entrega de dinheiro ou de crédito não constitui aquisição de produtos pelo destinatário final, não estando, portanto, incluídos na definição dada pelo art. 2º do CDC.

Por fim, com base no disposto no art. 18 da Lei n.º 6.024/74, afirma a necessidade de se suspender o presente feito em virtude da decretação de sua liquidação extrajudicial.

O Banco Bradesco S/A e outros (v. fl. 924), em preliminar, pedem, por primeiro, seja concedido efeito suspensivo ao apelo, sob a alegação de que estariam sofrendo ameaça de dano irreparável, eis que, em virtude de matéria que a ANA-CONT fez publicar no periódico "Folha Dirigida" (v. fls. 928/29), mutuários de diferentes tipos de contratos de empréstimo, fundados na R. Sentença prolatada e partindo da premissa errada de terem sido os Bancos-Réus condenados a se absterem de cobrar juros compostos em todos os contratos de empréstimo, estariam reclamando a devolução imediata dos valores legitimamente recebidos e imediato pagamento da "nova condição".

Ainda em sede preliminar, pedem seja apreciado o agravo retido, constante de fls. 788/810, através do qual se insurgiram contra a decisão de fls. 766/68, que afastou as preliminares argüidas em contestação.

Quanto ao mérito, voltam a consignar os argumentos apresentados quando da interposição dos embargos de declaração, observando que, enquanto o antepenúltimo parágrafo da sentença reproduziu a especificação da Súmula 121 do STF, o seguinte formulou condenação sem considerar qualquer das hipóteses em que tal Súmula admitiu os juros compostos por força das leis a que o Enunciado se referiu, defendendo, por fim, a necessidade de ser declarada a estipulação de juros compostos quando ocorrem as condições previstas na Súmula 121.

Após afirmarem que a sentença traz uma única condenação, que entendem como sendo a de se absterem os bancos, para o futuro, de cobrar juros compostos, com duas penas, referem a necessidade de se adequar o *decisum* à fundamentação, o que só será possível com a ressalva de que, na hipótese de existir

pacto fundado em lei, é admissível a capitalização.

Esclarecem que a sentença admitiu a capitalização nas numerosas espécies de contratos que menciona, nas quais é expressamente autorizada a capitalização dos juros e prequestionam as leis referidas na sentença, assim como as que dizem respeito diretamente à lide.

Pquestionam, ainda, o fato de a sentença ter esquecido de mencionar outras espécies de contratos, como, por exemplo, os do Sistema Financeiro da Habitação e a incidência mensal de capitalizações nos débitos reajustados por TRs e TRs/TBF e ter julgado existir proibição de capitalização na situação que imaginou – capitalização sem lei que a autorize e sem pacto.

Afirmam que, além de o art. 192, § 3º, da CF/88 depender de regulamentação mediante lei complementar, se o CDC tivesse pretendido disciplinar, como entendido na sentença, a atividade bancária, seria inconstitucional, por se tratar de lei ordinária e não lei complementar.

Afirmam, ainda, que a ação foi proposta contra 14 (quatorze) bancos, instituições que, ao contrário do que ocorre com a maior parte dos setores econômicos, são componentes do Sistema Financeiro Nacional, que mereceu disposição específica no art. 192 da Constituição Federal.

Sustentam, por fim, que, tendo sido acolhida parte mínima do pedido, devem os ônus da sucumbência ser invertidos e, caso assim não se entenda, pedem sejam isentados do pagamento de honorários ou que estes e as despesas processuais sejam compensados, nos termos do disposto no art. 21 do CPC, já que decaíram ambas as partes litigantes.

A seu turno, o *Citibank* apela, sustentando que a sentença desconsiderou, por completo, a sua contestação no que concerne à impugnação específica quanto à alegação de capitalização em relação à qual a autora não apresentou prova alguma, não se aplicando ao caso a inversão do ônus da prova, até porque a autora não mantém relação de consumo com os réus, não tendo, por conseguinte, aplicação o CDC.

Refere que a relação mantida entre os bancos e seus correntistas também não é relação de consumo, porquanto, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, dinheiro e crédito não se constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final e que, no caso, tratando-se de direitos patrimoniais e disponíveis, imperiosa a aplicação da regra de distribuição do ônus da prova prevista no CPC.

Argumenta que, ainda que se pudesse admitir a aplicação do CDC, considerando-se que as hipóteses de inversão do ônus da prova, por serem excepcionais, são taxativas e, por isso, de interpretação restritiva, no caso em tela, em que se busca amparo no art. 6º, VIII, do CDC, não estão presentes os pressupostos para a inversão do ônus da prova, quais sejam, a hipossuficiência e a alegação verossímil.

Observa, ainda, que, no caso, se pudesse considerar aplicável o CDC, a determinação da inversão do ônus da prova somente na sentença constitui cercea-

mento de defesa e contraria o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF), eis que, em momento algum e sequer no despacho saneador, quando seria correto, o juízo determinou a inversão do ônus da prova, determinado apenas que as partes apresentassem as provas a serem produzidas.

Conclui que, uma vez demonstrada a total impertinência da inversão probatória, mantida a regra geral de que ao autor da demanda compete o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, impõe-se a improcedência e, se acaso mantida a sentença no que se refere à inversão do ônus da prova, volta a sustentar a legalidade da capitalização de juros, apoiado na assertiva de que o art. 192 da CF depende de regulamentação e, ainda, na assertiva de que os bancos estão sujeitos à Lei n.º 4.595/74, lei especial, sendo que, de acordo com o seu art. 4º, IX, as taxas de juros e qualquer outra forma de remuneração dos serviços bancários ou financeiros só podem ser estipuladas e limitadas pelo Banco Central, sendo certo que, no momento, a taxa de juros e a forma de capitalização estão sendo livremente pactuadas, nos termos da Res. n.º 1.064, de 5/12/85, do Conselho Monetário Nacional.

Aduz que a legitimidade da capitalização de juros bancários beneficia todos os investidores em cadernetas de poupança e demais aplicadores financeiros, na medida em que os frutos civis do seu capital (juros) são capitalizados incrementando seu patrimônio.

Citando posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, observa, ainda quanto a este aspecto, que não cabe o argumento de que os juros de uma poupança são inferiores ao que se acrescenta a uma dívida, pois tal questão não se refere à capitalização de juros, que deve ser admitida para poupadores e devedores, e sim à taxa de juros, a qual não se encontra limitada a nenhum parâmetro.

No mais, destaca a inaplicabilidade do Decreto n.º 22.626/33, não só pelo fato de estarem as instituições bancárias reguladas por lei específica, mas porque, como denuncia seu próprio título, tem escopo amplo e genérico, não sendo aplicável quando há legislação específica sobre o tema.

Ainda sobre o Decreto n.º 22.626/33, menciona que há também quem defenda que são apenas exemplificativas as hipóteses de proibição da capitalização, podendo as partes estipular juros compostos livremente, acentuando um caráter meramente supletivo na norma contida em seu art. 4º.

Sobre a devolução do que já foi pago a título de juros, sustenta que o juiz decidiu em tese, porque, em momento algum, foi produzida qualquer prova de que algum correntista tivesse pago juros capitalizados.

Ainda com relação à devolução do que foi pago a título de juros capitalizados, lembra a norma do art. 1263 do Código Civil, que veda, em qualquer circunstância, ação para repetição de juros.

No que concerne à sucumbência, afirma que foi a autora quem sucumbiu, na medida em que dos cinco pedidos formulados na inicial, apenas dois foram atendidos: aquele referente à capitalização dos juros e aquele alusivo à devolução

em dobro do que teria sido cobrado a maior a título de juros capitalizados, sendo certo que este último teve acolhimento parcial, eis que excluída a devolução em dobro.

Diante disto, conclui que, tendo decaído em parte mínima, não é crível tenham os réus de arcar sozinhos com a sucumbência, mas, ao contrário, verificada a sucumbência maior da autora, esta é que deveria arcar com a condenação exclusiva.

Acaso assim não entendido, pede sejam os ônus da sucumbência compensados entre as partes, nos termos do art. 21 do CPC.

O *Banco Francês e Brasileiro S/A*, em preliminar, também pede seja concedido efeito suspensivo ao presente apelo, nos termos do art. 14 da Lei n.º 7.347/85, e a apreciação do agravo retido interposto contra a decisão que rejeitou as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam*, impossibilidade jurídica do pedido e de inexistência de interesse de agir.

Observando que, com relação à preliminar de inexistência de interesse de agir, o Magistrado, na sentença, teria inovado nos fundamentos, passa a complementar as razões do agravo retido, afirmando que, na sentença, não cogitou do exame da inexistência de um conflito concreto de interesses, limitando-se a concluir simplesmente que não se pode "*restringir a aplicação da lei, sob o argumento totalmente equivocado de que os titulares do direito, uma vez passíveis de identificação, têm ação própria*".

No mérito, assim como os demais Apelantes, nega a existência de relação de consumo dos contratos impugnados e, invocando o disposto no art. 3º, § 2º, do CDC, afirma que apenas os serviços bancários fornecidos no mercado de consumo estão abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Em defesa do que afirma, traz à colação o entendimento de PAULO BROSSARD e conclui que a sentença partiu de premissa equivocada, fulcrando suas razões de decidir nas disposições do CDC, inaplicável à espécie, já que as instituições financeiras estão sujeitas a normas específicas editadas pelo Conselho Monetário Nacional.

Ainda neste particular, refere a cobrança de juros pela instituições financeiras que, desde o advento da Lei n.º 4.595/64, não está mais sujeita à Lei de Usura, tal como já ficou consagrado na Súmula 596 do STF, aplicada sem ressalvas até hoje.

No mais, refere que a abstração do pedido formulado pela Autora, referindo-se indistintamente a todos os contratos de crédito firmados com as instituições-rés, sem especificar, sequer o período em discussão, impediu-o de produzir qualquer prova, especialmente a perícia técnica, indispensável para a verificação de eventual cobrança indevida de juros capitalizados, como ressaltado pelo Ministério Público à fl. 626.

Conclui que, diante da anemia probatória, não tem lugar a inversão do ônus da prova, pois essa faculdade, inserida no art. 6º do CDC, não afasta a obrigação imposta pelo art. 333, I, do CPC, de que o demandante comprove *ab initio* os

fatos constitutivos de seu alegado direito

Por fim, após discorrer sobre o conceito de sucumbência, pede a aplicação do disposto no art. 21 do CPC.

Em contra-razões, a ANACONT refuta as preliminares de mérito argüidas, sustentando sua legitimidade ativa, em vista do disposto nos arts. 5º da Lei da Ação Civil Pública, e, por conseguinte, o art. 82, IV, do CDC, na forma de seu art. 117 c/c 21 daquela lei.

Refere que os dispositivos processuais constantes no Título III do CDC passam a ser efetivamente aplicados juntamente aos dispositivos da Lei 7.437/85 e que, portanto, o fato de não se tratar de relação de consumo, não retrata para ela, Autora, qualquer impropriedade quanto a sua legitimidade ativa para a propositura da presente demanda, pois a sua legitimidade decorre principalmente do fato de estar na defesa de direitos individuais homogêneos, tal como se vê do art. 81, III, do CDC.

Acrescenta, ainda, que, em caso de concurso de créditos, característico dos direitos e interesses homogêneos, o CDC, conforme o disposto no art. 98 e §1º, estipulou um sistema em que o interesse individualizado sobrepuja o coletivo, ou seja, ao final da demanda, surge um título judicial, que poderá ser executado individualmente, através ou não da Associação, ensejando com isso uma extrema e moderna celeridade processual a esta e a qualquer outra demanda em que se faça presente esse procedimento.

No mérito, pugna pela manutenção da sentença de primeiro grau, voltando a sustentar todos os argumentos expendidos ao longo do processo e salientando que, dentre os direitos básicos dos consumidores, o CDC, em seu art. 6ª, inciso V, destaca expressamente a previsão de modificação e revisão de cláusulas contratuais que criem prestações desproporcionais ou que venham a colocar o consumidor em desvantagem exagerada, isto porque, as cláusulas abusivas, são obviamente nulas de pleno direito, pois favoráveis a apenas uma das partes contratantes, não se podendo cogitar do princípio *pacta sunt servanda* em se tratando de contratos de adesão, em relação aos quais o consumidor não teve qualquer acesso às minúsculas letras neles contidas.

Sobre as cláusulas abusivas e sobre a vulnerabilidade do consumidor, traz à colação as lições de JONATAS MILHOMENS, de CAIO MÁRIO e de NELSON NERY JÚNIOR.

O Ministério Público, em primeiro grau de jurisdição, opina pelo desprovemento dos apelos, afirmando a legitimidade ativa da Associação-Autora face ao disposto no art. 5º da Lei de Ação Civil Pública e explicitando que, se a lei não estabeleceu requisitos afora o lapso de um ano contado da constituição da associação e a existência de referência estatutária à função de proteção do interesse perseguido, não cabe ao Judiciário criar novos requisitos. Observa, ainda, que a preliminar de ilegitimidade ativa já foi objeto de decisão interlocutória atacada por via de agravos de instrumento já rejeitados.

No mérito, reafirma seu anterior posicionamento exposto no parecer de fls. 812-4, salientando que existem inúmeros acórdãos e sentenças desse E. Tribunal

que subscrevem o entendimento de que o anatocismo é vedado, ainda quando praticado por instituições financeiras, e que as disposições do Decreto n.º 22.626/33, não aplicáveis a estas instituições, a que alude a Súmula n.º 526, são as que dizem respeito, exclusivamente, à taxa máxima de juros de 12%.

Por fim, entende que a devolução do que foi pago a maior a título de capitalização de juros deverá ser simples, porém, com os acréscimos legais, tal como dispôs a sentença.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A – DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

Todos os apelos são tempestivos.

A sentença foi publicada em 05/11/99, uma sexta-feira, conforme se comprova da certidão de fl. 868, sendo certo que contra ela, pelo *Banco do Brasil S.A* (v. fl. 869) e pelo *Banco Bradesco* e demais bancos nominados a fl. 871, foram interpostos tempestivos embargos de declaração, que vieram a ser rejeitados pela decisão de fl. 921/23.

O *Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A* apresentou suas razões de apelo em 22/11/99, conforme se comprova da autenticação mecânica aposta a fl. 882, portanto, dentro do prazo recursal, que, na verdade, começou a fluir em 08/12/99, segunda-feira.

O *Banco Bradesco e outros*, nominados a fl. 924, interpuseram o apelo em 21/01/00, como se pode constatar do carimbo do PROGER aposto a mesma fl. 924, também dentro do prazo recursal, na medida em que este só começou a fluir a partir do dia seguinte ao da publicação da decisão que rejeitou os embargos de declaração. Tendo essa decisão sido publicada em 22/12/00, como se pode comprovar da certidão de fl. 923, e, considerado o recesso forense, o prazo recursal, se iniciou, de fato, em 10/01/00, segunda-feira, ou seja, no primeiro dia de expediente forense após o recesso.

O *Banco Citibank S/A* interpôs o seu apelo em 04/02/00, como se pode ver da autenticação mecânica aposta a fl. 945, também dentro do prazo, se considerada a contagem do prazo em dobro por força da regra do art. 191 do CPC.

O *Banco Francês e Brasileiro S/A* interpôs seu apelo em 07/02/00, como se pode ver de fl. 1002, igualmente, dentro do prazo recursal em dobro.

Os respectivos preparos foram efetivados devida e tempestivamente, conforme se constata das guias de fls. 896, 944, 972 e 1016.

Presentes a legitimidade e o interesse recursais.

1. Das preliminares argüidas pelo Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A

Primeiramente, necessário se faz analisar a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pelo Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A e seu pedido de suspensão do feito em função do regime de liquidação extrajudicial em que se encontra.

Quanto à alegada ilegitimidade passiva, além desta questão já ter sido exaustivamente discutida por esse E. Tribunal em inúmeras outras ações, sendo portanto, demais conhecida, é preciso observar que *os fatos que dão origem aos interesses e direitos que estão sendo protegidos através presente ação advêm das respectivas relações que se estabelecem entre os clientes e o banco, relação material e de natureza contratual, em que este último não é mero intermediador do dinheiro ou dos créditos de que se cogita, mas verdadeiro agente ativo nas transações estabelecidas, ou seja, verdadeiro prestador de serviços pelos quais se remunera, e tanto é isso verdade que, inobstante as normas de caráter geral editadas pelo BANCO CENTRAL, cada banco pratica suas próprias tarifas e a seu bel prazer, inundando o público com anúncios e outros tipos de publicidade, cada qual tentando captar o cliente com ofertas mais vantajosas que os demais bancos possam oferecer, que, na maior parte das vezes, vantajosas não são, mas dão a ilusão de o serem.*

Por outro lado, cabe considerar que, através do ATO BACEN-PRESI nº 604, na realidade houve a cisão do antigo *Banerj* e, por consquência, a sucessão da sociedade, sendo certo que, nesse caso, a sucessora responde solidariamente pelas obrigações da sucedida.

Quanto ao mais, bom que se diga que nada impede tenha a ação prosseguimento normal, até porque nem de execução se cogita.

O art. 18 da Lei n.º 6.024/74, que se limita a determinar a suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, no caso, não tem aplicação, eis que, *quando da intervenção no Banerj S/A separou-se o que se passou a chamar de "banda podre", cujo ônus ficou a cargo exclusivo do próprio Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual as operações que vêm sendo efetuadas pelo atual Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A não se confundem aquelas inseridas na denominada "banda podre", estando essa atual instituição bancária, apesar do regime de liquidação extrajudicial, operando normalmente como qualquer outro banco no que diz respeito à prestação aos serviços inerentes colocados à disposição de sua clientela.*

2. Da atribuição do efeito suspensivo aos apelos

A questão da atribuição de efeito suspensivo aos apelos interpostos, já está superada pelo R. Acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento interposto pelo Banco Bradesco e outros, bastante ver-se cópia de fls. 1.089/91.

3. Da apreciação dos agravos retidos e das preliminares neles argüidas

Dito isto, cabe apreciar os agravos retidos interpostos pelos *Banco Bradesco e outros* e pelo *Banco Francês e Brasileiro* (v. fls. 776 usque 810) contra a decisão saneadora de fls. 766/68, que rejeitou todas as preliminares argüidas, quais sejam: a inépcia da inicial, a incompetência do juízo, a falta de interesse de agir, a falta de interesse processual, a impossibilidade jurídica do pedido e a ilegitimidade ativa da Associação-Autora.

As *preliminares de ilegitimidade ad causam e ad processum da Associação-Autora, a falta de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido* já foram exaustivamente apreciadas por essa E. Câmara no acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n.º 8.882/99, que se encontra em apenso (v. fl. 199), interposto pelo *Banco Citibank S/A*.

Resta, então, apreciar os dois agravos retidos apenas no que concerne às demais preliminares que neles foram agitadas e que não foram ainda objeto de apreciação em segunda instância, embora, ainda que de modo conciso, já apreciadas pela decisão saneadora do Magistrado de primeiro grau.

No agravo retido interposto pelo *Banco Bradesco e outros* (fl. 808/09) são argüidas duas preliminares, uma delas podendo ser desdobrada em outras duas, que não são argüidas no agravo retido interposto pelo *Banco Francês e Brasileiro S/A*.

- Preliminar de inépcia da inicial (v. fl. 808)

Dizem os Agravantes na contestação e repetem no agravo que a petição inicial é inepta, primeiro, por ser ininteligível, segundo, por não apontar um único fato em que se fundaria a ação, referindo-se genericamente a práticas bancárias, sem fazer uma única referência a alguma situação específica, pretendendo a Autora que se declare a aplicação em tese de leis, vulnerando o disposto no art. 282, III e VI, do CPC.

Referem, ainda, que o pedido, sob esse ângulo, é juridicamente impossível, devendo ser declarada inepta a inicial, conforme determina o art. 295, parágrafo único, III, do CPC.

Pedem seja acolhida tal preliminar, tendo em vista o disposto no art. 282, III, e art. 295, parágrafo único, IV, do CPC.

Conquanto, *concessa venia*, a inicial não seja um primor em termos de emprego do vernáculo, *de modo algum, é ininteligível*, até porque, *todos os Réus, e cada qual à sua maneira, conseguiram apresentar defesa e de forma bem ampla, sendo todas as contestações, inclusive, coerentes entre si no sentido de contrapor os fatos alegados na inicial*.

Por outro lado, considerada a natureza da ação proposta e o fato de que o pedido tem por base, conforme consignado a fl. 07, "contratos para utilização de crédito-rotativo, de cartão de crédito, de investimentos e de financiamento, todos constituindo-se em contratos de adesão, celebrados entre os bancos-réus e

seus correntistas, *não se pode negar a dificuldade da Autora em apresentar, pelo menos, ab initio, situação específica.*

Também não se pode perder de vista o que fora pontuado pelo Ministério Público em sua manifestação de fl. 75/6, quando já alertava *que a presença do anatocismo deveria ser apurada no decorrer do processo, inclusive, com pronunciamento de contador e/ou perito, e que a inversão do ônus da prova poderia vir a tornar essencial para o fim de se aferir os cálculos feitos pelo bancos-réus.*

Portanto, não pode merecer acolhimento a preliminar de inépcia da inicial.

Não fosse apenas pelas razões acima apresentadas, bem assim os fundamentos adotados pelo Magistrado de primeiro grau a fl. 768, ainda caberia levar-se em consideração que, *em se tratando de ações civis públicas, uma das maiores preocupações do legislador é a facilitação do acesso à Justiça da parte mais vulnerável, até mesmo diante da necessidade de se estabelecer um novo enfoque da par conditio e do equilíbrio dos litigantes,* como bem leciona ADA PELLEGRINI GRINOVER em seu livro *O Processo em Evolução*, S.P., Forense Universitária, 1ª ed., 1996, p. 125.

Cabe considerar, ainda, que a Associação-Autora, quando da sua manifestação em réplica, fls. 719/20, *apresentou a documentação de fl. 722 usque 739, a qual, sem dúvida, retrata determinada situação concreta, nos moldes como almejada pelos Agravantes, sempre, porém, alertando quanto à impossibilidade da obtenção de provas, por não ser possível ao próprio consumidor obtê-las e quanto à dificuldade deste em entender os demonstrativos bancários recebidos.*

Ora, *a verossimilhança de tudo que foi alegado na inicial está mais do que presente, na medida em que todas as pessoas que lidam com alguma instituição bancária têm conhecimento da linguagem hermética utilizada nos contratos de adesão, portanto, ininteligível não só em função do minúsculo tamanho das letras, não desconhecendo, por outro lado, os intrincados extratos que recebem, pagos a preço de ouro, estes sim, totalmente incompreensíveis.*

– Preliminar de incompetência do Juízo, decorrente da preliminar da existência de litisconsórcio passivo necessário.

O agravo retido interposto pelo *Bradesco e outros* também clama pela necessidade da formação de litisconsórcio passivo necessário, devendo, no entender dos Recorrentes, integrarem a lide todas as demais instituições financeiras que fazem parte do Sistema Financeiro Nacional, a **União Federal**, quer em razão da disciplina do Conselho Monetário Nacional sobre essas mesmas instituições, quer em razão da inexistência de norma a ser editada, necessária, por força da Lei Maior, para reger o Sistema Financeiro Nacional, que não tem personalidade jurídica própria, bem como o BANCO CENTRAL DO BRASIL, já que as instituições financeiras, como integrantes do Sistema Financeiro Nacional, estão jungidos às normas por ele editadas, impondo-se, por conseqüência, a suspensão do feito até se completarem todas as citações.

Ainda para melhor robustecer a justificativa para a intervenção da União Federal no feito, alude ao disposto na Lei n.º 9.469/97, até porque figura como um dos réus o *Banco do Brasil*, sociedade de economia mista.

Esta preliminar já havia sido objeto de exaustiva análise pelo Ministério Público de primeiro grau, na manifestação de fl. 620/627, especificamente a fls. 622/625, ao discorrer sobre os efeitos *erga omnes* da decisão e sobre a competência, no caso, da Justiça Estadual.

Vale transcrever o inteiro teor da lição dada com proficiência pela Exma. Promotora de Justiça, hoje Procuradora de Justiça, Dra. *Léa Barbosa Freire*, que, partindo da premissa de que nesta ação se cogita de relações de consumo, conforme se vê do item 2 de fl. 621 (relação essa que mais adiante será apreciada em maior profundidade) explicita:

“A idéia primordial que embasa a defesa dos direitos coletivos em sentido lato, com a intenção de dar maior facilidade ao acesso á justiça, é promover da melhor maneira possível a economia processual. O Código de Defesa do Consumidor, repetindo o que já dispunha a Lei de Ação Popular, Lei 4.717, de 20-06-65, tratou de atenção à coisa julgada, conferindo efeitos *erga omnes* e *ultra partes* às decisões (art. 16 da lei n.º 7.437/85, Lei da Ação Civil Pública, e art., 103, Código de Defesa do Consumidor).

Parece-nos curial que a *mens legis* é fazer com que uma decisão que se refira a uma lesão extensiva a todo o território nacional, mesmo que tomada em uma comarca pequena do interior de um Estado longínquo, seja obedecida em toda a parte. Do contrário, além de haver decisões contraditórias, certamente, haveria, o que é pior – uma enxurrada de processos idênticos sobre o mesmo fato espalhadas por todo o país, mais afogando o Judiciário, sem se entender que a expressão *erga omnes* sofreria limitação territorial – se pudesse argüir litispendência.

O legislador, incidindo em lamentável engano, lançando mão de Medida Provisória de idêntico conteúdo, modificou pela Lei n.º 9.494/97, o art. 16 da lei 7.437/85, lei da Ação Civil Pública. Eis como regida anteriormente:

‘Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas,

hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.'

A Lei 9.494/97 passou a dispor de forma diversa, como veremos a seguir.

A insigne jurista ADA PELLEGRINI GRINOVER, uma das relatoras do Código de Defesa do Consumidor, nas pp. 722 e sgs. da 5ª Edição do *Código de Defesa do Consumidor Comentando pelos Autores do Anteprojeto*, atualizada até outubro de 1997, demonstra com clareza irretorquível as razões pelas quais o acréscimo produzido no art. 16 da Lei 9404/97 é ineficaz.

Resumindo suas conclusões, enquanto remetemos à leitura *in totum* daquela lição, para não nos estendermos desnecessariamente, temos que:

1. Art. 16 da LACP com a nova redação:

'A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto...'

Apenas foram acrescentadas as palavras grifadas por nós, mantendo-se o restante da redação antiga.

No Código de Defesa do Consumidor a coisa julgada é tratada no art. 103. Examinado-o, verifica-se que:

a) Quando a lei se utiliza da expressão *erga omnes* se refere aos interesses difusos e individuais homogêneos, uma vez que para os direitos coletivos em sentido estrito os efeitos seriam *ultra partes*. Mas diante da semelhança entre os dois interesses (difuso e coletivo), admitamos que, por analogia, possa ser aplicado o art. 16 aos direitos coletivos tanto quanto aos difusos.

b) a expressão "insuficiência de provas" se refere aos interesses difusos e coletivos, e não aos individuais homogêneos, uma vez que tal expressão só consta dos incisos I e II, que tratam daqueles interesses e não destes. Portanto, o art. 16 só pode tratar dos interesses definidos pelo art. 81, parágrafo único, I e II do CDC, e os interesses referentes ao inciso III continuarão a ser regidos tão somente pela lei

especial, Código de Defesa do Consumidor, em seus art. 103.

Então, o art. 16 da LACP só regerá os interesses e direitos difusos e, admita-se, coletivos.

2) Como a nova redação do art. 16 trata de "competência", remete-nos ao art. 93 do CDC (nota 2)

Este artigo, que é lei especial, dita que a competência para os danos de âmbito nacional ou regional, *é do foro da Capital do Estado* ou do Distrito Federal. Então, "os limites da competência do órgão prolator" de que fala o art. 16 da LACP há que forçosamente remeter ao art. 93 do CDC, que regula a competência para os processos coletivos nas relações de consumo.

c) Enquanto a nova redação do art. 16 da LACP tentou limitar a competência, lembremo-nos que não influi na abrangência da coisa julgada. O que determina aquela abrangência é o pedido. Se este é amplo, para todo o território nacional, o efeito erga omnes não poderá ser limitado por alegações de falta de competência do juiz, que deteve a competência para julgar todo o processo.

Estas, em apertado resumo, foram as conclusões da mestra ADA PELLEGRINI GRINOVER, que abraçamos in totum.

Assim, no caso em pauta, a competência será encontrada no art. 93 do CDC, isto é, no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, enquanto a coisa julgada terá seus limites *erga omnes*.

Não será jamais da Justiça Federal, cuja competência reside em sede constitucional, e causas entre consumidores e bancos não estão incluídas no art. 109 da magna carta."

Por sua vez, o Magistrado de primeiro grau, em sua decisão saneadora de fls. 766/68, ao enfrentar a preliminar de incompetência, no mesmo diapasão, fundamentou:

"Com relação à alegada incompetência do juízo, em razão do suposto interesse da União Federal e do Banco Central, ao contrário do que foi alardeado, há remansosa jurisprudência, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça, que, em hipótese análoga,

contraria tese sustentada.

O aresto paradigma é do Recurso Especial n.º 9202-0, da 4ª Turma, 13-04.92, tendo como Relator o Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, onde concluiu-se que, *verbis*, "Eventuais alterações na política econômica não afastam, por si só, a legitimidade *ad causam* das partes envolvidas em contratos de direito privado, inclusive as instituições financeiras que atuam como captadoras de poupança (*omissis...*) parte legítima *ad causam* é aquela em face da qual se pede a tutela jurisdicional..."

Com efeito, nos termos do art. 16 da LACP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n.º 9.494/97, como bem remarcou o órgão do *Parquet* estadual, deixa claro que a sentença civil, *verbis*, "fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator" (fls. 623).

Na verdade, como adverte ADA PELLEGRINI GRINOVER, *verbis*, "faz-se, alternativamente pelo foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal (inc. II do art. 93). Tanto num como noutro caso, a competência é da Justiça local, nos termos do disposto no caput do dispositivo. Os casos de competência concorrente serão solucionados pelo critérios do CPC, inclusive quanto à prevenção" (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - comentado pelos autores do anteprojeto*, 2ª ed., Forense Universitária, p. 545).

Consequentemente, como concluiu o eminente Desembargador **Mauro Pinto Nogueira**, versando a causa sobre o tema em exame, *verbis*, "Não versando a causa sobre política cambial do País, atribuição esta delegada ao Banco Central, mas sobre relações de consumo, a competência é da Justiça Estadual (Agravamento de Instrumento n.º 99.002. 01331 - 14ª Câmara Cível do TJRJ).

Assim, com fundamento no art. 93 do CDC, é competente o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano."

Portanto, ao ver desta Procuradoria de Justiça, diante de todos estes argumentos jurídicos apresentados, um fato é certo: *mesmo admitindo-se, como pretendem os Recorrentes, que nesta ação não se está a discutir relações de consumo, mas simples relações creditícias, ainda assim, a competência seria da Justiça Estadual, por-*

quanto não se estaria, como, de fato, não se está, a discutir política cambial, como tentam fazer crer os réus, mas simples contratos de natureza privada, entre bancos e correntistas, servindo como luva ao caso dos presentes autos o aresto paradigma citado pela Magistrado de primeiro grau.

Ora, a cogitar-se, como querem os Recorrentes, de relações de direito privado, relações creditícias que teriam por base contratos de mútuos, de depósito e outros da mesma índole, caem por terra os argumentos relativos à necessidade da formação de litisconsórcio passivo necessário, inclusive, com o BANCO CENTRAL

Concessa venia, chega a ser risível a afirmação de que o BANCO CENTRAL DO BRASIL pudesse ter algum interesse ou tivesse necessariamente de intervir em todos os contratos de natureza creditícia firmados pelas instituições financeiras e seus clientes.

Também não tem respaldo algum o argumento de que o aresto paradigma indicado pelo Magistrado em sua decisão saneadora seria inaplicável ao caso dos autos por se referir a situação pretérita, em que se discutiu a aplicação de índice de correção monetária sobre caderneta de poupança no denominado Plano Verão, e sua eficácia se restringia às partes envolvidas.

A discussão versada na ação julgada pelo Acórdão tido como paradigma pelo Magistrado *a quo*, e em outras inúmeras ações que versaram sobre a mesma questão, dizia respeito a relações de natureza privada entre bancos e clientes, em que os bancos sempre apresentavam em sua defesa o argumento de que a aplicação do índice de correção monetária das cadernetas de poupança escapava aos limites de suas respectivas esferas de ingerência, eis que jungidos às normas emanadas do BANCO CENTRAL, ou seja, *mutatis mutandis*, a mesma argumentação sustentada pelas instituições bancárias-rés na presente ação no sentido de que não possuem autonomia alguma para contratar com seus clientes porque inteiramente adstritas à regulamentação ditada pelos órgãos financeiros oficiais.

Ora, todos os que militam nos tribunais são conhecedores das centenas e centenas de ações da mesma natureza que inundaram o Judiciário em todo o país e que, em relação à competência, *ficou definitivamente assentado que seria da Justiça Estadual, não havendo necessidade de integrar à lide a União Federal ou mesmo o BANCO CENTRAL.*

Também não se pode acolher, para o fim de justificar a necessidade da formação de litisconsórcio necessário, o argumento de que, naquele caso que serviu de paradigma, a eficácia do julgado se restringiu às partes envolvidas enquanto que neste eficácia será *erga omnes*.

Desfocada a interpretação que os Recorrentes pretendem fazer da pretensão posta nesta ação.

Neste particular, cabe novamente recorrer ao pronunciamento do Ministério Público de fl. 624/25, ao expressar *que é o pedido que determina a abrangência da coisa julgada.*

No caso, os pedidos, além de objetivados, são endereçados exclusivamente aos bancos-réus, porque em relação a estes é que, concretamente, se alega a prática do anatocismo.

Não bastassem todos esses argumentos, restaria tão somente repensar o que foi dito pela Exma. Dra. Léa Freire na já referida manifestação de fls. 620/26, quanto ao litisconsórcio passivo necessário:

“Sustentam alguns contestantes (fls. 157 e segs.) que haveria litisconsortes necessários a serem citados Evidentemente, uma vez que se trata aqui de cobranças abusivas, que nada têm a ver com normas editadas pelas instituições apontadas, nos parece um recurso meramente protelatório, análogo aos que o Código de Defesa do Consumidor procurou evitar em seu art. 88, quando vedou a denúncia da lide. O sentido deste artigo é justamente coibir a prática antes utilizada de se chamar outros réus ao processo, tumultuando-o definitivamente.” (grifo nosso)

– Da preliminar de ilegitimidade ativa ad causam da Associação-Autora

A terceira preliminar argüida em ambos os agravos retidos, ora em comento, diz respeito à **ilegitimidade ativa da Associação-Autora**, em relação à qual esta Procuradoria de Justiça se permite reportar ao que já foi exaustivamente delineado pela própria ANACONT, pelo Ministério Público em primeiro grau de jurisdição, a fls. 620/621 e, posteriormente, a fl. 1086, e, ainda, pelo Magistrado em sua decisão saneadora, a fl. 767, restando apenas enfatizar que o fato de não haver um único associado citado na inicial não invalida a legitimidade da Autora, eis que, a par do que já foi amplamente explanado quando à representação dos associados independentemente de mandato, como já havia sido assinalado pelo *Parquet* a fl. 622:

“No caso presente, embora a petição Inicial falte com clareza, infere-se que existe um contrato de adesão, diante do qual foram possíveis as cobranças atacadãs e cujos dispositivos contém cláusulas abusivas. No momento em que tal contato é ofertado ao público, será atingido um número indeterminado de pessoas, que poderão ou não decidir a ele aderir, aceitando suas cláusulas como um todo. Trata-se de oferta abusiva – por conter cláusula abusiva, e conseqüentemente nula – e fere interesses e direitos difusos. No momento em que consumidores aceitam e firmam o contrato, todos aqueles que o fizerem – pessoas indeterminadas mas determináveis – tiveram atingidos

seus interesses e direitos coletivos; como não haverá pagamentos individualizados, pouco importa determinar quem são os lesados (embora tal possa ser feito). Já quanto ao direitos que cada um dos lesados tenha a receber pelo prejuízos causados pelo uso das cláusulas abusivas declaradas nulas, direitos esses decorrentes de origem comum, passa-se a falar em direito individuais homogêneos. Este devem ser perseguidos, à final, após sentença transitada em julgado, por cada um que se habilite e apresente sua "conta". (grifo nosso).

Diante disto, restaria apenas discutir que tipo de interesses e direitos estão sendo protegidos nesta ação, questão que será, como dito acima, dissecada mais amplamente quando da análise do mérito.

Desse modo e, ainda, considerando que todos os argumentos expendidos pelo *Banco Francês e Brasileiro S/A.* em seu agravo, especificamente, a fls. 777/82, se limitam a discutir que tipo de relação, se de consumo ou não, estaria sendo abrangida pela presente ação, tais argumentos não serão objeto de apreciação para efeito de exame da ilegitimidade ativa do Autora, mas para efeito de apreciação do mérito propriamente dito.

– Das preliminares de inexistência de interesse processual e de impossibilidade jurídica do pedido

Por fim, cabe ponderar que, embora já analisadas por essa E. Câmara por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento de n.º 8.882/00, os argumentos que sustentariam, ao ver dos Recorrentes, as preliminares de inexistência de interesse processual e de impossibilidade jurídica do pedido, em muitos aspectos, se confundem com o mérito, daí porque, sob este prima serão analisados nesta oportunidade.

C – DA QUESTÃO MERITÓRIA

No mérito, não há na presente ação outra premissa a ser considerada, senão aquela já apontada pelo Ministério Público em primeiro grau de jurisdição, no item 2 de fl. 75, em sua análise preliminar: *“Trata-se de prestação de serviços bancários (art. 3º §2º, do CDC), perfazendo-se, portanto, uma relação de consumo com incidência do Código de defesa do Consumidor.”*

Esta mesma premissa é reafirmada, de forma mais aprofundada, pelo Ministério Público em sua manifestação de fl. 621, ao expressar:

“1. Da relação de consumo

Está previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 3º, §2º) que os serviços de natureza bancária se incluem entre os serviços protegidos por aquele diploma. A lei não distingue entre uns e outros. A Ré presta serviços aos consumidor, para o que se formalizam os contratos. Não há como excluí-los.

Não se diga também que um consumidor de serviços bancários pode não ser consumidor final. Tal hipótese foi levantada no começo da vigência do CDC e foi vastamente discutida. Hoje a doutrina é pacífica de que o conceito é necessariamente elástico, pela dificuldade de se decidir quem é o destinatário final ou não - em especial em matéria de dinheiro, essencialmente fungível, - e a exigência foi mitigada.

Da mesma maneira, esta premissa é afirmada no V. Acórdão constante de fls. 199/203 do autos do Agravo de Instrumento de n.º 8.882/99, em apenso:

“Inexiste razão alguma para que se não submetam os serviços bancários objeto das cogitações da ação em apreço aos ditames próprios do Código de Defesa do Consumidor, em que pesem as doughtas opiniões em contrário, uma vez que, a todas as evidências, caracterizam-se eles como atividades integrantes de relações de consumo desenvolvidas entre os estabelecimentos bancários, na sua atuação profissional remunerada, de oferentes e prestadores de crédito a sua clientela, e de gestão das constas que mantém com os tomadores respectivos, sendo esses apenas uns entre inúmeros outros serviços que oferecem regular e habitualmente no mercado em geral, e quase sempre acompanhados de intensa publicidade, incluindo-se assim, desenganadamente na definição contida no art. 3º e seus §§ do CDC, onde consta expressamente a atividade de natureza bancária com essa qualidade, sendo notório afirmar-se que o negócio celebrado entre as partes envolve o financiamento e restituição de dinheiro, que seria bem inconsumível, mas apenas circulável, porquanto não é essa a acepção legal para a caracterização das relações de consumo, até porque, a prevalecer esse entendimento, menos conscientemente sustentaria que o fornecimento de bens ou prestações de serviços que os tenham por objeto não se identifiquem como

relações de consumo, se presentes os outros requisitos da conceituação legal. Acertada, portanto, a aplicação à espécie das normas do direito consumerista."

De fato, não há como refutar os fundamentos apresentados pelo Eminentíssimo Desembargador-Relator, **Nascimento Póvoas Vaz**, no voto que proferiu nesses autos de Agravo de Instrumento, também relator destes apelos.

O CDC, no art. 3º, §2º, ao definir o que é serviço, *faz expressa referência aos serviços de natureza bancária, financeira e de crédito*, excetuando apenas as atividades decorrentes das relações de caráter trabalhista.

As relações questionadas na inicial, decorrentes de contratos mencionados na inicial, configuram exatamente as relações definidas pelo artigo citado, ou sejam, relações de consumo.

O argumento de que o dinheiro e o crédito não seriam produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, não se sustenta, pois, a par dos argumentos já enfatizados pelo Ministério Público e dos fundamentos que embasaram a decisão proferida por essa E. Câmara nos autos do Agravo de Instrumento interposto pelo *Citibank*, não há como se negar que ambos se caracterizam única e exclusivamente por serem bens circuláveis.

Também não se sustenta o argumento apresentado pelo *Banco Francês e Brasileiro* no sentido de que, segundo o disposto no art. 3º, § 2º, apenas os serviços bancários fornecidos no mercado de consumo estão abrangidos pelo CDC.

Caberia perguntar quais seriam esses serviços, senão os que são habitualmente prestados ao seus clientes, dentre eles os serviços questionados nesta ação.

Para o fim de espancar qualquer dúvida a respeito da relações que estão sendo discutidas nesta ação, transcreve-se julgado proferido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio de Grande do Sul, em 19/05/93, publicada na revista "*Direito do Consumidor 23-24*", julho/dezembro-1997, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON, "*Direito do Consumidor 23-24*", julho/dezembro -1997, Revista dos Tribunais Ed., SP., p.135/9:

"Código de Defesa do Consumidor. Proteção contratual: destinatário - Cláusulas abusivas: alteração unilateral da remuneração de capital posto à disposição de creditado - Imposição do representante - Conhecimento de ofício.

EMENTA: O conceito de consumidor, por vezes, amplia-se, no Código de Defesa do Consumidor, para proteger quem "equiparado". É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, "equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". O Código de Defesa do Consumidor

rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois, relações de consumo. O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora: e consumidor o mutuário ou creditado. Sendo os juros o “preço” pago pelo consumidor, nula cláusula que preveja alteração unilateral do percentual prévia e expressamente ajustado pelos figurantes do negócio. Sendo a nulidade prevista no art. 51 do CDC da espécie pleno iure, viável o conhecimento e a decretação de ofício a realizar-se tanto que evidenciado o vício (art. 146, parágrafo, do CC). É nula a cláusula que impõe representante “para emitir ou avalizar notas promissórias” (art. 51, VIII, do CDC). Objetivando a desconstituição de cláusulas, em homenagem ao princípio da congruência, deve a sentença ater-se ao pedido. Sentença perfeitamente reformada.

VOTO – Dr. Antônio Janyr Dall’Agnol Junior: Eminentes colegas, enfrento, pela primeira vez, ao menos com a amplitude com que posta a questão, motivo por que, fugindo ao hábito que se instaurou nesta Câmara – indiscutivelmente salutar, ao efeito da presteza dos julgamentos, de expressarmo-nos com concisão – permito-me estender-se um pouco mais, precipuamente em face da resistência da empresa de Banco, a pretender ver-se absolutamente fora da incidência das regras que compõem o denominado Código de Defesa do consumidor (Lei 8.078, de 11.09.90 – em vigor a 11.03.91, por força da *vacatio legis* prevista pelo art. 118).

Observo, de logo, que a relação contratual em questão da espécie abertura de crédito rotativo em conta-corrente ou simplesmente “cheque especial” – foi firmada a 04.07.1991 (fl. 7v.); portanto, na vigência da mencionada lei. Não obstante as irrisignações seja de ambas as partes, parece-me perfeitamente possível o exame global, iniciando por assentar alguns pressupostos, de presença posta em dúvida pela instituição financeira.

Antes de mais, ao contrário do que prega, está sujeita, sim a atividade bancária, quando constitutiva de “relação de consumo”, por suposto, ao Código de defesa do Consumidor.

Por evidente, os autores brasileiros clássicos não alcançam, para esse fim, subsídio – pela singela razão de que escreveram em época pretérita. Basta, porém, a leitura dos juristas que escrevem após a vigência dessa lei para que a dúvida se desfaça (cf., por todos, NELSON NERY JUNIOR, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense, 1991, p. 302-311).

E nem poderia ser diferente diante do consignado pelo art. 3º, § 2º, do CDC: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Em suma: “As operações bancárias abrangidas pelo regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, desde que constituam relações jurídicas de consumo (aut. e op. cit., p. 3302-303).

E, não obstante reconhecer-se a caracterização mais difícil, em se cuidando de contratos de mútuo e de abertura de crédito rotativo, porque o dinheiro é gasto pelo devedor (*id., ibid.*, p. 307), a mais moderna doutrina, lançando mão inclusive de “princípio básico de hermenêutica: o de que nenhuma interpretação pode conduzir ao absurdo” (como o de que o consumidor devesse permanecer com o dinheiro do empréstimo) conclui pela inserção daqueles negócios entre as relações de consumo (*id., ibid.*, p. 307-310, com invocação de tratadistas da matéria – v.g., SÉRGIO CARLOS COVELLO, *Contratos Bancários*, 1991, p.156, e ARNALDO RIZZARDO, *Contratos de crédito bancário*, 1990, p. 28 – no sentido de que o crédito de dinheiro naturalmente deve ser utilizado para o consumo).

Os bens de consumo são não apenas os materialmente consumíveis, mas também os juridicamente consumíveis, nos termos do art. 51 do CC (NELSON NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 309-311).”

Embora não questionado nos autos, para que não parem dúvidas quanto às relações de consumo questionadas na presente ação, vale a pena continuar a transcrever esse voto, e, desse modo, de forma clara e precisa, definir o perfil do correntista e/ou mutuário dos bancos, como de verdadeiro consumidor:

"A terceira questão, expressamente não esgrimida pelas partes, tem sido objeto, no entanto, de análise de doutrina e jurisprudência (cf. Ap. Civ. 192188076, 2ª Câ. Civ., "Julgados do TARS", 24-09.1992, relator Dr. Paulo Heerd). Refiro-se aos limites que se há de reconhecer, no Código de Defesa do Consumidor, ao conceito de consumidor.

Conforme sabido, lei pródiga em definições, o consumidor foi conceituado como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Essa, no entanto, não é conceituação definitiva e exauriente, pois, ao menos em três oportunidades, se realiza ampliação, as mais das vezes, por "equiparação". Assim, no único parágrafo do art. 2º, no art. 17º e no art. 29.

Fixo-me nesse último, que é o que, no caso, releva. Ubicado no Capítulo V, "das práticas comerciais", consigna, *in verbis*: Para fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores *todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas*" (grifei)

O capítulo seguinte a que se refere dispositivo é o "da proteção contratual", onde previstas, em elenco não exaustivo, as "cláusula abusivas" (art. 51).

Desse modo, não obstante a resistência de alguns (v.g., JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 24-27), denotativa de preconceitos, afinal não abrigados pelo Direito Positivo pátrio, correto é o entendimento, esposado por um especialista do nível de ANTÔNIO HERMAN VASCONCELLOS E BENJAMIN, de que "o consumidor é, então, não apenas aquele que 'adquire ou utiliza o produto ou serviço' (art. 2º), mas igualmente as pessoas 'expostas às práticas' previstas no Código (art. 29)" (*op. cit.*, p. 147. No mesmo sentido, CARLOS EDUARDO M. HAFNER. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Forense, 1991, p. 153).

Essa ampliação, em tema de práticas comerciais e de proteção contratual, é indiscutivelmente salutar, pois via pela qual se há de contagiar o ordenamento jurídico em geral de princípio, como o da boa-fé, anteriormente apenas implícitos no sistema positivo

brasileiro.”

Uma vez definidas as relações jurídicas que embasam os interesses e direitos defendidos através da presente ação como sendo, de fato, relações de consumo, neste ponto, cabe analisar a possibilidade ou não da inversão do ônus da prova no presente caso, questão suscitada especificamente nos apelos do *Citibank* e do *Banco Francês e Brasileiro*.

Neste particular, a sentença de primeiro grau fundamentou:

“Ora, por ser direito básico do consumidor, *verbis*, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”, a ausência de prova contrária à cobrança de juros capitalizados, traz como certo o fato alegado e suas conseqüências (art. 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/90)”.

Entendeu, portanto, o Magistrado que, não tendo os Bancos-Réus, em momento algum, negado a ocorrência do anatocismo nos contratos questionados, cabia a eles e não à Autora, que representa os consumidores, provar que não estava cobrando juros capitalizados, isto diante da vulnerabilidade em que se encontra o consumidor e ainda tendo em vista a verossimilhança do que foi alegado na inicial.

O *Citibank* argumenta que as hipóteses de inversão do ônus da prova, por serem excepcionais, são taxativas e, por isso, de interpretação restritiva, sendo certo que, no caso, não estariam presentes os seus pressupostos, quais sejam, a hipossuficiência e a alegação verossímil. Também alega cerceamento de defesa na medida em que o magistrado não determinou a inversão do ônus da prova, mas apenas que as partes apresentassem as provas a serem produzidas.

Já o *Banco Francês e Brasileiro* argumenta que a inversão do ônus da prova assegurada no art. 6º do CDC não afasta a obrigação imposta pelo art. 333, I, do CPC, de que o demandante comprove *ab initio* os fatos constitutivos de seus alegado direito.

Contrapondo esses argumentos, oportuna se mostra a lição de RICARDO RODRIGUES GAMA, retirada de artigo publicado via internet:

“Verificamos no art. 6º, do CDC, os direitos básicos dos consumidores, entre eles, o inciso VIII, que dispõe sobre a facilitação de defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil

a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

E, também, dispõe o art. 38 que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

A inversão do ônus da prova encontra-se entre os meios de defesa do consumidor, para facilitar o exercício do direito deste.

A regra geral é aquela proposta no art. 333 do Código de Processo Civil, que dispõe: o ônus da prova incumbe :

I – Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificado ou extintivo do direito do autor;

Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando :

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Poder-se-ia até afirmar que a regra estampada no inc. II do referido parágrafo único supriria o atual dispositivo do Código de Defesa do Consumidor mas a prática revelava outra realidade bem diversa, na qual o consumidor era entregue a própria sorte e não recebia qualquer benefício. A verossimilhança e a hipossuficiência mencionados no Código de Defesa do Consumidor, como requisitos para o juiz autorizar a inversão do ônus da prova, são necessários até para evitar possíveis abusos por parte de quem a lei quis proteger.

O Código de Defesa do Consumidor deu mais comodidade, facilitando a defesa dos direitos do consumidor. Com a possibilidade da inversão do ônus da prova, o consumidor deixou de ser injustiçado por não ter acesso à justiça. Na lição de TUPINAMBÁ DO NASCIMENTO, quando os fatos alegados pelo consumidor forem verossímeis ou quando o consumidor for hipossuficiente, o ônus da prova passa a ser do fornecedor-réu, que terá que provar que a alegação do consumidor não é verdadeira. Inverte-se o ônus da prova, para que se igualem as partes diante

do processo. Mas, deve ficar claro que o juiz está autorizado a se utilizar desse critério em duas situações: quando o consumidor for economicamente hipossuficiente ou quando a alegação for verossímil, complementando o artigo 6º., VIII, do Código, segundo as regras ordinárias de experiências... e, a verossimilhança deve ser envolvida pela "*praesumptio hominis*". Esta é alcançada pelas experiências anteriores de vida que vão se acumulando e levam a certas conclusões.

Neste artigo, o ônus da prova cabe ao autor, relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Na maioria das vezes, nas relações de consumo é difícil o consumidor pré-constituir uma prova acerca de seus direitos, pois no momento do negócio está em completa boa-fé.

Nos diz TUPINAMBÁ DO NASCIMENTO, que esta compreensão demonstra que pelas normas do Código de Processo Civil, dificilmente o consumidor ajuizaria ação com razoáveis possibilidades de vencer a demanda.

Verificamos, assim, que cabe ao fornecedor fazer a prova, bem como, a existência de meios extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda, entre os quais, provar que não colocou o produto no mercado, ou que o defeito inexistiu, ou ainda, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Cabe ao juiz, depois da fase instrutória, verificar se nos autos existem fatos constitutivos do direito do autor, e julgará a demanda em favor deste. Quando estes fatos não estiverem provados, cumprirá ao juiz verificar se o consumidor é hipossuficiente ou se suas alegações fáticas são verossímeis.

A hipossuficiência de que trata o art. 6º., VIII, nos diz, NELSON NERY JÚNIOR, respeita tanto à dificuldade econômica, quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito."

Portanto, como se vê, o magistrado de primeiro grau andou bem ao entender que, no caso, incidiria a inversão do ônus probatório, eis que notório que o consumidor, nas relações de consumo, é, de fato, a parte mais fraca, ainda mais, quando se trata de relação de consumo estabelecida com instituição bancária, que, além da força econômica, detém todas as informações técnicas de seus serviços e, se e quando as coloca à disposição do cliente, o faz de forma tão hermética, que mais se assemelha a um segredo de uma Ordem Templária.

Quanto à verossimilhança dos fatos narrados na vestibular, cabe lembrar que tal questão já foi enfrentada quando da análise da preliminar de inépcia da inicial, valendo os mesmos argumentos para efeito de justificar a inversão do ônus da prova.

Restaria apenas consignar que as regras de experiência das quais também se socorreu o Magistrado para justificar a verossimilhança dos fatos alegados no presente caso, se bastam por si só, eis que a ninguém é dado desconhecer a abusividade praticada pelos bancos nas relações contratuais com o cliente, especialmente em relação às espécies de contratos ora questionados, que são aqueles próprios de natureza consumerista (serviços que postos à disposição da clientela média dos bancos) em que a onerosidade excessiva, a aplicação da teoria da imprevisão e do anatocismo, entre outras práticas, é a regra.

Para confirmar tal assertiva, basta apenas um olhar às notícias veiculadas todos os dias na mídia e, mais que isso, no caso dos operadores do direito, um olhar atento às centenas e centenas de casos registrados pela jurisprudência dos tribunais em todo o país, que dão conta da cobrança de juros e acréscimos exorbitantes.

No mais, não se pode esquecer que o desenvolvimento da tutela do consumidor está apoiado na noção de boa fé, não simplesmente da boa fé subjetiva, como ensina NELSON SANTIAGO REIS, em seu livro *O Ministério Público e a Cidadania*, mas como imperativo de conduta, ou seja, objetiva, o que significa dizer que o fornecedor deve prestar todas as informações necessárias e indispensáveis relativas às características do produto ou do serviço, de modo a tornar inteiramente transparente a relação social.

Também não merece acolhida a alegação de cerceamento de defesa e de violação do devido processo legal por não ter o Magistrado de primeiro grau, em momento algum do processo, determinado a inversão do ônus da prova.

Quanto ao este aspecto, cabe enfatizar que o magistrado não pode ser concebido como um investigador, porque, ainda que se quisesse, a sua imparcialidade não permitiria. Cabe ao magistrado, depois da fase instrutória, verificar se nos autos existem fatos constitutivos do direito do autor ou não. Em se tratando de relação consumerista, se os fatos não estiverem provados, cumprirá ao juiz verificar se o consumidor é hipossuficiente ou se suas alegações fáticas são verossímeis.

Portanto, não cabe ao juiz determinar a inversão do ônus da prova, ela surge naturalmente. Ao juiz cabe apenas determinar a abertura de vista às partes para que estas possam especificar as provas que pretendem produzir. *Caberá*

às partes o encargo de produzir a prova visando a garantir o seu direito e, no caso, exclusivamente aos bancos-réus, até porque a inversão do ônus da prova é um dos meios de defesa dos direitos do consumidor, concebido estritamente em função da vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor para o fim de se garantir àquele não só o exercício de seu direito, mas o acesso à Justiça.

No caso presente, o próprio Ministério Público, em sua manifestação de fls. 75/6, item 7, já havia alertado que poderia vir a ocorrer a inversão do ônus da prova, razão pela qual os bancos-réus desde o início estavam cientes do encargo que lhe cabia, principalmente, na medida em que não negaram a prática do anatocismo, mas apenas procuraram justificá-lo, sob o argumento de que o art. 192, § 3º, depende de regulamentação e ainda porque, como integrantes do sistema financeiro, estariam completamente atados às normas ditadas pelo BANCO CENTRAL, ou seja, como conclui a sentença: "E como bem remarcou o Ministério Público Estadual, os Réus, em nenhum momento, negaram a ocorrência de tal fenômeno, tentando apenas, *verbis*, "articular argumentos contrários à tese de direito, mas não às alegações fáticas expandidas pelo Autor" (fls. 813)".

Também não tem qualquer base o argumento trazido pelo Banco Francês e Brasileiro de que a inversão do ônus da prova não afasta a obrigação imposta pelo art. 333, I, do CPC.

Se, em regra, ônus da prova incube ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, nada mais plausível que a inversão do ônus da prova afaste por completo a norma que dita tal regra geral, pois, a *vingar o entendimento esposado pelo Banco-Apelante, de nada valeria esse novo mecanismo concebido em sede de direito consumerista com o fim precípua de igualar as partes no processo.*

Quanto às demais alegações de mérito, cabe consignar que, ao contrário do afirmado pelo Banco Bradesco e outros, não há incongruência alguma entre o antepenúltimo e o penúltimo parágrafo da sentença.

A sentença, corretamente, afastou a incidência dos juros no limite estabelecido pela Lei de Usura, Decreto n.º 22.626/33, ou seja, considerou lícitos os contratos bancários que estabelecem a cobrança de juros superiores ao limite de 12% (doze por cento) ao ano, apoiando-se em recente julgado do STF, que referendou o entendimento no sentido de que o art. 192, § 3º, da CF/88, não é *self executing*, bem como em julgado do STJ, no sentido de que a Lei n.º 4.595/94, que rege a política econômica-monetária nacional, revogou, nas operações realizadas por instituições financeiras, salvo exceções legais, quaisquer outras restrições a limitar o teto máximo dos juros.

Quanto à prática do anatocismo, ou seja, quanto à cobrança de juros capitalizados, contudo, fundamentou que esta ofende a ordem pública de proteção do consumidor, base normativa de todo o Código do Consumidor.

Ao contrário do pretenderam os Réus, entendeu aplicável o enunciado da Súmula 121 do STF, *porquanto, somente nos casos autorizados por norma específica, como o mútuo rural, comercial ou industrial, e outros tipos de contratos expressamente previstos em lei, é que se admite sejam os juros capitalizados e, ainda assim,*

desde que obedecidas as prescrições legais e a manifesta pactuação nos contratos.

Portanto, nada de incongruente há entre essa assertiva e a condenação determinada.

O argumento trazido pelo BANCO BRADESCO e OUTROS no sentido da equivocada formulação de "condenação sem considerar qualquer das hipóteses em que tal súmula admitiu os juros compostos por força das leis a que o enunciado se referiu" é, na essência, um argumento retórico, eis que o enunciado sumulado nada mais refere, além de "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada".

Ora, se assim é, nada de equivocado há no *decisum*. Evidentemente, as exceções existentes estarão disciplinadas pelas normas pertinentes e não discriminadas no enunciado de uma súmula.

Para a perfeita compreensão da *prevalência da Súmula 121 do antigo Supremo Tribunal Federal diante do Verbete 596* da mesma Corte no caso presente, transcreve-se o artigo de SENOMAR TEIXEIRA JÚNIOR, "Capitalização de Juros - Anatocismo", que também serve para espancar de vez a alegada falta de congruência da sentença:

"A cobrança de juros nos contratos de mútuo foi vedada pelo direito positivo desde o advento da Lei de Usura, o Decreto 22.626, de 7.4.33. Também conhecido tecnicamente como anatocismo, essa prática consiste em somar os juros obtidos ao capital para que sirva esse resultado de base cálculo à nova contabilização de juros. Em linguagem matemática existem o cálculo de juros simples e o cálculo de juros compostos, este último é a capitalização que nos propomos a dissertar.

Convém salientar que o Código Civil em seu art. 1262, autorizava a cobrança de juros "com ou sem capitalização" nos contratos de mútuo. Todavia, com a edição posterior de norma de Usura, acima mencionada, tal faculdade não mais vige.

O Decreto conhecido como a Lei de Usura previu a vedação da cobrança dos juros capitalizados em nosso sistema jurídico, de forma clara, em seu art. 4º, prevendo que "É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta/corrente de ano a ano".

O mesmo Diploma, em seu art. 11, dispôs acerca da nulidade dos contratos celebrados *contra legis*, asseverando que: O contrato celebrado com infração

desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais.”.

O antigo Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento da vedação do art. 4º em sua súmula de nº 121, cujo teor transcrevemos, *in verbis*:

Súmula 121 - É vedada a capitalização de juros ainda que expressamente convencionada.

Como o advento da vigência da Lei nº 4.595/64, que provocou o enunciado da Súmula 596 daquela Suprema Corte, as instituições financeiras insistiram em que essa vedação havia sido superada para os entes desse gênero, ou seja, os que integrassem o Sistema Financeiro Nacional. Todavia, julgado do Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento contrário através de sua 4ª Turma, no REsp. n. 1.285-0 (89.001.1431/), cuja ementa é comemorada a seguir:

“Ementa: Direito privado. Juros. Anatocismo. Vedação incidente também sobre instituições financeiras. Exegese do Enunciado 121, em face do n. 596, ambos do STF. Precedentes da excelsa Corte. A capitalização de juros (juros dos juros) é vedada pelo nosso direito, mesmo quando expressamente convencionada, não tendo sido revogada a regra do art. 4 do Decreto nº 22.626/33 pela Lei 4595/64. O anatocismo, repudiado pelo verbete 121 da súmula do Supremo Tribunal Federal não guarda relação com o enunciado 596 da mesma súmula”.

Esse entendimento reverbera plenamente em todas as decisões da corte superior de Justiça, sendo mister salientar que se deram na vigência da carta política federal de 1988, depreendendo-se também a recepção do Decreto 22.626/33 pela Norma Fundamental em voga.

Aliás, esse já era o entendimento do antigo Supremo Tribunal Federal, segundo dispõe o Recurso Extraordinário Cível originário da Comarca de Recife,

o qual colacionamos:

“EMENTA: Juros. Capitalização. A capitalização semestral de juros da anula só é permitida nas operações regidas por leis ou normas especiais expressamente o autorizem tal permissão não resulta do art. 31 da Lei n. 4.595, de 1964. Decreto n. 22.626/33, art. 4. Anatocismo: sua proibição. *Jus cogen.* Súmula 121. Dessa proibição não estão excluídas as instituições financeiras. A Súmula 596 não afasta a aplicação da Súmula 121. Exemplos de leis específicas, quanto à capitalização semestral, inaplicáveis. Precedentes do S.T.F, Recurso Extraordinário conhecido, por negativa de vigência do art. 4. do Decreto n. 22.626/1933, e contrariedade do acórdão com a Súmula 121, dando-se-lhe provimento (Recurso Extraordinário Cível n. do Processo 1003367/00 – Comarca: Recife / Relator: Néri da Silveira – Órgão Julgador: Primeira Turma do S.T.F. - Decisão unânime – Data julgamento: 10/12/84 / Publicação: D.J.U. 24/05/85 – Registro: 10/12/84).

Nesse esteio, os tribunais pátrios são unânimes em suas decisões, não mais havendo diapasão ante a orientação jurisprudencial. No Tribunal de Justiça de Pernambuco, por exemplo, destacamos acórdão cristalino nesse mesmo sentido:

“EMENTA: Apelação Cível. Comissão de permanência. Cumulação com correção monetária. Proibição. Capitalização de juros. Vedação. Cobrança superior ao devido. Obrigação de devolução do valor equivalente. É proibida a cobrança cumulativa de comissão de permanência com correção monetária conforme estipula a Súmula n. 30 do Superior Tribunal de Justiça. É vedada, outrossim, a cobrança de juros sobre juros, mesmo que expressamente pactuada na conformidade da Súmula 121, do Supremo Tribunal Federal. com a ressalva ditada pela sua Súmula 596,

que destacou a vigência do art. 4 do Decreto n. 22626/33. A capitalização de juros só é permitida quando expressamente autorizada por lei específica. Finalmente, a cobrança a maior do que o valor devido obriga o demandante a devolver ao demandado o equivalente ao valor exigido (art. 1531 do CPC). Apelo improvido à unanimidade de votos (Apelação Cível – Processo n. 32603-8/96 – Comarca: Recife / Relator: Marcio de Albuquerque Xavier – Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Decisão: Unânime – Data de Julgamento: 16.10.97 – Registro: REG N. L.2114 Fls. 211/222) (grifo nosso)

Saliente-se que a doutrina tem inclusive alertado e recomendado igual repúdio a pratica da contagem de juros de juros com outra denominação, a exemplo de 'renda diferida de termos postecipados'. Nós inclusive aderimos a posição de que a edição de vários contratos sucessivos, com o transporte de saldo devedor, para se disfarçar a cobrança de juros capitalizados não encontra guarida legal. Para tanto, ressaltamos a importância do código de defesa do consumidor, a lei 8.078/90, que resguarda a hipossuficiência do consumidor com a proteção de sus direitos ante tais práticas dos fornecedores de serviços.

Não encontram também respaldo as alegações declinadas por diversos patronos das instituições bancárias, sofismando acerca da inaplicabilidade do CDC às relações mantidas entre os bancos e seus clientes. O parágrafo segundo do artigo 3 daquele Diploma, que define a conceituação do fornecedor serviço não poderia ser mais claro, ao dispor que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive, as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária...".

De seu turno, necessário se faz frisar inúmeras exceções para a cobrança de juros de juros, de onde destacam-se as normas específicas que estipulam operações de crédito onde expressamente existe a autorização para tal prática. Como, por exemplo, nas

cédulas específicas ou ainda nas hipóteses de desapropriação.

Alertamos nesta oportunidade para o anteprojeto do Código Civil que tramita no Congresso Nacional. Aguardamos ansiosos para a literalidade dos dispositivos que tratarão do mútuo financeiro, pois consideramos que a prática da capitalização de juros deve de uma vez ser banida das relações de empréstimo, do ponto de vista ontológico que o cientista jurídico deve sempre adotar, para obtenção da essência da justiça, na definição kelseniana."

Questão interessante se põe quanto à mencionada liberalidade trazida pela **Medida Provisória 1.367/96** que, segundo o *Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A*, teria autorizado a cobrança dos juros capitalizados mensal, semestral e anualmente, de encargos financeiros com base em taxas flutuantes e de encargos financeiros substitutivos incidente a partir do vencimento do empréstimo ou financiamento, sem prejuízo dos juros de mora e de outros encargos ajustados ou legalmente exigíveis.

Sobre essa Medida Provisória e, ainda, sobre a recente Medida Provisória 1.963, de 30.03.00, esta Procuradoria de Justiça, para não mais se alongar, *junta artigos de doutrina em anexo, assim como repertório jurisprudencial, de onde se pode extrair a questionável constitucionalidade dessas medidas provisórias e concluir que, felizmente, os juros usurários sempre foram e continuam sendo veemente repudiados pela boa doutrina e pelos nossos Tribunais.*

Finalmente, cabe assinalar que nenhum reparo merece ser feito com relação à determinação dos *ônus da sucumbência*, eis que, ao contrário do que advogam os Apelantes, a Associação-Autora é quem decaiu de parte mínima do pedido, sendo certo que, no caso, incidente é a regra do parágrafo único do art. 21 c/c art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", e § 4º, do CPC, tal como decidido em primeiro grau.

No mais, para não ser repetitiva, esta Procuradoria de Justiça referenda os argumentos expendidos pela Autora e, ainda, a análise feita pelo Ministério público em primeiro grau de jurisdição quanto à *espécie de interesses e direitos em jogo na presente ação*, conforme se vê de fls. 621/22, itens 3 e 4.

Diante do exposto, certa de que essa E. Câmara saberá, como tantas vezes demonstrou, julgar com a sensibilidade necessária o conflito de massa apresentado nestes autos, tão característico à sociedade contemporânea, a esta Procuradoria de Justiça só resta opinar pelo desprovemento dos agravos retidos e dos apelos interpostos.

