

DO REGIME JURÍDICO DOS ENCARGOS MORATÓRIOS NO SISTEMA FINANCEIRO APÓS A REFORMA MONETÁRIA

ARNOLDO WALD

I. Introdução — II. Evolução legislativa: A) O Código Civil; B) A Lei de Usura (Dec. 22.626/33); C) A Lei da Reforma Bancária (Lei 4.595, de 31.12.64); D) A jurisprudência referente à Lei 4.595/64; E) As normas do Código de Processo Civil referentes à sucumbência e a Súmula 616; F) Da sistemática legal e regulamentar vigente antes da Reforma Monetária — III. A Reforma Monetária e a legislação vigente: A) A Resolução 1.129, de 16.5.86; B) A compensação do credor: a comissão de permanência e os juros moratórios (item I da Resolução); C) A penalidade do devedor: pagamento do valor previsto como cláusula penal moratória (item II da Resolução); D) Considerações complementares e conclusões quanto aos créditos das instituições financeiras.

I. INTRODUÇÃO

1. Pareceu-nos oportuno fazer uma análise do regime jurídico vigente no caso de mora dos devedores do sistema, no momento em que, após o Dec.-lei 2.284, a correção monetária foi extinta temporariamente, ensejando uma nova regulamentação consubstanciada na Res. 1.129, baixada pelo Banco Central em 15.5.86 e republicada no *DOU* de 2.6.86, em virtude de incorreção existente na primeira publicação (de 16.5.86).

2. Para a boa compreensão da matéria, definiremos as várias técnicas de compensação da mora e de aplicação de pena civil moratória (cláusula penal) aos devedores inadimplentes, definindo os respectivos conceitos, examinaremos, sucessivamente, a evolução legislativa, que ocorreu desde a promulgação do Código Civil para, em seguida, definir o regime legal vigente, em seus vários aspectos, e, finalmente, responder aos quesitos formulados.

3. O estudo que faremos abrangerá os temas mais específicos suscitados na consulta, tais como os juros, o cabimento da multa moratória (cláusula penal) e a conceituação da comissão de permanência, mas, para melhor compreensão, esclarecerá as distinções entre juros compensatórios e juros moratórios, o papel desempenhado pela correção monetária como técnica de ressarcimento em favor do credor, a função exercida pelas comissões bancárias e as relações entre a cláusula penal e os honorários de advogado decorrentes de sucumbência.

4. Como certos conceitos e regimes jurídicos variaram no tempo, em virtude de modificações legislativas ou de situações de fato, examinaremos as conceituações, no primeiro capítulo, dedicado à evolução histórica da nossa legislação na matéria pelo fato de estarem em vigor, no momento, várias normas das regulamentações elaboradas em épocas diversas, que se complementaram ou

superpuseram, no tempo, desde a promulgação do Código Civil em 1916 até a elaboração da Res. 1.129, setenta anos depois.

II. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A) O Código Civil

5. Embora o mútuo tivesse sido regulamentado pelo Código Comercial de 1850, nos seus arts. 247 e 255, foi o Código Civil que sistematizou, inicialmente, em nossa legislação, as regras aplicáveis, em caso de mora, ao pagamento das dívidas em geral e dos débitos de dinheiro em particular, fixando normas que, na sua maioria, continuam em vigor.

6. Do Código Comercial de 1850 ficaram os princípios da presunção de onerosidade do mútuo (art. 248), da compensação dos prejuízos do credor pelo pagamento dos juros nas dívidas de dinheiro (art. 249), da não repetição dos juros pagos, mesmo quando não previstos, desde que não excedendo a taxa legal (art. 251), da presunção do pagamento dos juros devidos no caso de quitação do principal (art. 252) e da proibição do anatocismo a não ser no caso de cumulação de juros vencidos com os saldos liquidados em conta corrente de ano a ano (art. 253).

7. O Código Civil admitiu a mora *ex re* nas obrigações líquidas (art. 960) e definiu, *grosso modo*, o quadro atual de regulamentação, no plano do Direito Privado, dos juros e da cláusula penal, conforme se verifica pelos arts. 916 a 927 (cláusula penal), 1.061 (perdas e danos), 1.062 a 1.064 (juros legais) e 1.262 e 1.263 (mútuo). Essas normas, na parte em que não foram revogadas, se aplicam ainda, atualmente, inclusive no Direito Bancário, e nos oferecem um primeiro painel das técnicas utilizadas para compensar o atraso de pagamento por parte do devedor inadimplente.

8. No tocante aos juros, o Código Civil fez a adequada distinção entre os compensatórios, previstos no art. 1.262, que trata do mútuo, e os moratórios, regulados no art. 1.062. Os primeiros constituem a compensação paga, pelo devedor ao credor, pelo uso de uma quantidade de coisas fungíveis ou, ainda, a remuneração que o credor exige para privar-se de uma soma em dinheiro que adiantou ao devedor, enquanto os segundos são devidos em virtude de retardamento (ou mora) do devedor no cumprimento de sua obrigação de restituir o valor por ele recebido, constituindo uma indenização pelo inadimplemento relativo ou um quantum mínimo devido, em tais casos, independentemente da prova de existência de prejuízo.

9. Dentro da sistemática do Código Civil, nenhum impedimento havia, como atualmente não há, na cumulação de juros compensatórios e moratórios, que, tendo finalidades distintas, se complementam para o fim de garantir o adequado e cabal ressarcimento do credor.

10. A cumulação das duas espécies de juros não ocorre, tão-somente, no caso de mora do mutuário, mas também em outras situações como, p. ex., as desapropriações, nas quais podem ser devidos simultaneamente ambos os juros — os compensatórios, desde a imissão de posse, e os moratórios, desde a citação na ação própria (Acórdão do STF, na Ação Cível Originária 297-MT, in *RTJ* v. 114, pp. 926-41).

11. Esclarecendo o art. 1.064 do CC que os juros moratórios são devidos “ainda que não se alegue prejuízo”, importante corrente doutrinária teve o ensejo

de salientar que representavam eles a garantia do pagamento de uma indenização mínima ao credor por dívida de dinheiro, sem prejuízo da possibilidade de serem cumulados com outros encargos (Arnoldo Wald, *Obrigação e Contratos*, 6.^a ed., São Paulo, Ed. RT, 1983, p. 93) ou complementados mediante apuração dos prejuízos efetivos sofridos pelo credor e dos seus lucros cessantes.

12. O Código Civil também regulamentou a cláusula penal, nos seus arts. 916 a 927, considerando-a como pacto acessório pelo qual as partes, por convenção expressa, submetem o devedor, que descumpriu a obrigação, a uma pena ou multa, no caso de mora ou inadimplemento relativo (cláusula penal moratória) ou de inadimplemento absoluto (cláusula penal compensatória). Enquanto esta constitui uma "alternativa a benefício do credor", não podendo ele pleitear a cumulação da cláusula com as perdas e danos, ao contrário no caso de pena moratória, a lei reconhece expressamente ao credor: "o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação (art. 919).

13. O Código, aliás previu expressamente, no art. 1.061, a cumulação dos juros de mora e das custas com a cláusula penal, entendendo-se, na ocasião, que as custas abrangiam as despesas judiciais em sentido lato, incluindo os honorários de advogado.

14. Nos mencionados arts. 919 e 1.061, prevê o Código que possam ser exigidos, cumulativamente, as obrigações convencionadas, que, no caso, consistem no pagamento das amortizações do capital e dos juros compensatórios, e os juros moratórios, as custas e a multa moratória (cláusula penal).

15. Assim, na fase da vigência do Código Civil na sua redação originária e antes das mudanças que veio a sofrer, podemos afirmar que nada impedia a incidência cumulativa, sobre o mutuário inadimplente, de: a) juros compensatórios; b) juros moratórios; c) cláusula penal moratória; d) custas judiciais; e) honorários de advogado.

B) A Lei de Usura (Dec. 22.626/33)

16. A Lei de Usura (Dec. 22.626, de 7.4.33), do mesmo modo que a legislação que proibiu as cláusulas de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira (Dec. 23.501, de 27.11.33), surgiu em virtude da crise do início da década de 1930, pretendendo restabelecer o equilíbrio entre os direitos e deveres de credores e devedores rompido, na ocasião, em virtude das perturbações sofridas pela economia mundial.

17. Nos seus *considerandos*, a Lei de Usura invoca o exemplo das legislações estrangeiras da época e a necessidade de repressão da usura, para concluir que: "É de interesse superior da economia do país não tenha o capital *remuneração exagerada* impedindo o desenvolvimento das classes produtoras".

18. Na realidade, a Lei de Usura estabeleceu limites máximos para a taxa de juros (art. 1.^o), exigindo que os mesmos sejam estipulados por escritura pública ou documento particular, sob pena de serem aplicados os juros legais (art. 1.^o, § 3.^o), vedando o recebimento de taxas maiores "a pretexto de comissão" (art. 2.^o) e determinando a aplicação imediata da lei aos contratos vigentes, mediante norma retroativa (art. 3.^o) admissível na época, por não haver regra constitucional em vigor que proibisse a retroatividade da lei, o que só viria a ocorrer com a Constituição de 1934, que retomou a nossa tradição constitucional.

19. O diploma de 1933 proibiu a cobrança de juros sobre juros, ressalvado o caso da "acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta-cor-

rente de ano a ano" (art. 4.^o), repetindo texto do art. 253 do CComercial que ensejaria, posteriormente, a elaboração da Súmula 121 do STF, que a jurisprudência do Excelso Pretório entendeu ser também aplicável às instituições financeiras (RTJ 108/277).

20. A Lei de Usura ainda tratou das operações de prazo superior a seis meses, com juros pagos por antecipação, (art. 6.^o) e da possibilidade de amortização prévia do débito, desde que não inferior a 1/4 do valor inicial da dívida (art. 7.^o).

21. Podemos, pois afirmar que os sete primeiros artigos tratam, exclusivamente, do regime dos juros e encargos financeiros, abrangendo a sua fixação, cumulação pagamento antecipado e cobrança dos mesmos no caso de liquidação ou amortização da dívida.

22. Os arts. 8.^o e 9.^o se referem à cláusula penal reputando-a convencionada para atender a despesas judiciais e honorários de advogados e, conseqüentemente, só podendo ser exigida após a propositura da ação judicial (art. 8.^o) e fixam o seu limite em 10% do valor da dívida (art. 9.^o).

23. O art. 10 é norma de direito transitório, estabelecendo uma moratória parcial, pois permite o pagamento dos débitos em dez prestações anuais iguais e subseqüentes.

24. O art. 11 considera o contrato celebrado com infração da lei nulo de pleno direito, assegurando ao devedor a repetição do que houver pago a mais. Trata-se de disposição que Theotonio Negrão considera incoerente, pois a possibilidade de exigir a devolução dos juros importaria, no seu entender, em excluir a nulidade (*Código Civil e Legislação Civil em Vigor*, organização de Theotonio Negrão, 5.^a ed., São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 502).

25. O art. 12 estabeleceu sanções administrativas e multas para "os corretores e intermediários, que aceitarem negócios contrários ao texto da presente lei", tratando-se de texto cuja vigência parece muito discutível, além de ser inócua pelo fato de aplicar multa de Cz\$ 0,005 a Cz\$ 0,020 e de prever a demissão, pelo Ministro da Fazenda, dos mencionados "corretores e intermediários".

26. Os arts. 13 a 15 tratam das sanções penais do delito de usura e da respectiva tentativa, tendo sido revogados e substituídos pelo art. 4.^o da Lei 1.521, de 26.12.51 e, mais recentemente, pelo art. 8.^o da Lei 7.492/86.

27. O art. 16 esclarece quais as disposições que continuam em vigor, entre as quais menciona as do Código Comercial "que não contravierem ao novo diploma", assim como as disposições da lei falimentar então vigente (Dec. 5.746, de 9.12.29) e da lei cambial (Lei 2.044, de 17.12.1908). Como é sabido, no tocante às falências, a matéria é atualmente regida pelo Dec.-lei 7.661, de 21.6.45 e, em relação aos títulos cambiais, o Dec. 2.044 foi parcialmente revogado pelas Leis Uniformes de Genebra. O regime jurídico dos juros está assim, atualmente, regulado, quanto às letras de câmbio e notas promissórias, pelos arts. 5.^o, 48, 2.^o, e 49, 2.^o, do Anexo I do Dec. 57.663, de 24.1.66 e art. 13 do seu Anexo II e, quanto aos cheques, pelos arts. 7.^o, 45, 2.^o e 46, 2.^o do Anexo I do Dec. 57.595, de 7.1.66 e art. 23 de seu Anexo II.

28. A Lei de Usura também previu que o Governo Federal baixaria lei especial dispondo sobre "as casas de empréstimos sobre penhores e congêneres", o que ocorreu com a elaboração do Dec.-lei 1.113, de 22.2.39, que veio a ser posteriormente revogado pela Lei 4.595, de 31.12.64 e pelo Dec.-lei 759, de 12.8.69.

29. Finalmente, nos arts. 18 e 19, determina a Lei de Usura que o seu texto seja comunicado aos interventores federais, revogadas as disposições em contrário.

30. Dessa análise, talvez excessivamente minuciosa, que fizemos do Dec. 22.626, concluímos que podemos nele destacar vários conjuntos de artigos que são os seguintes: a) os arts. 1.º a 7.º, que tratam do regime dos juros; b) os arts. 8.º e 9.º, que tratam da cláusula penal; c) o art. 11 que estabelece as sanções civis no caso de infração da lei; d) os arts. 12 a 15 que tratam das sanções administrativas e penais, aplicáveis, inclusive, aos corretores e intermediários; e) os arts. 10, 16, 17, 18 e 19 que abrangem medidas transitórias ou referentes à vigência da nova lei, a uma moratória parcial e à indicação das normas revogadas.

31. Podemos, desde logo, excluir a aplicação atual dos artigos referidos no item "e" do parágrafo anterior, pois já produziram os seus efeitos e houve modificação da legislação neles referida, permanecendo em vigor, tão-somente, a norma que determinou a entrada em vigor da Lei de Usura.

32. Também não estão mais vigentes, como já vimos, as disposições mencionadas no item "d", *ex vi* do disposto na Lei 1.521, podendo ser suscitadas dúvidas a respeito do art. 12, que se tornou certamente obsoleto, se é que não foi revogado.

33. Resta, assim, examinar, em relação à Lei de Usura, o regime jurídico dos juros, a regulamentação da cláusula penal e os efeitos jurídicos dos contratos que tenham infringido as mencionadas disposições legais, matérias que constam nos itens "a", "b" e "c" do § 30, o que faremos apreciando os efeitos que, sobre eles, tiveram as leis posteriores.

34. Podemos, todavia, adiantar, desde já, que a maioria dessas disposições foram posteriormente revogadas ou derogadas pela Lei 4.595/64 e pelo Código de Processo Civil de 1973, que estudaremos em seguida.

C) A Lei de Reforma Bancária (Lei 4.595, de 31.12.64)

35. A aplicação da Lei de Usura ensejou polêmicas na área bancária, suscitando-se dúvidas quanto à aplicação do seu art. 2.º, que vedava o recebimento de comissões que ocasionassem o pagamento de taxas maiores do que as legalmente permitidas. Houve orientação doutrinária no sentido de não se aplicar tal limite às comissões bancárias, por serem inconfundíveis com os juros, conforme se verifica pelo entendimento de Afonso Pena Junior, quando Consultor Jurídico do Banco do Brasil (*Pareceres*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Filho, editor, 1941, pp. 201 a 205) e por Antônio de Moraes ("Parecer", in *RF* 160/84-87).

36. Criou-se, assim, uma praxe bancária em virtude da qual deixou de ser aplicado o Dec. 22.626 às instituições financeiras, embora, nos poucos casos levados aos tribunais, tal tese não merecesse ser sufragada pelo Poder Judiciário que, por longo tempo, manteve a equiparação legal das comissões bancárias aos juros, nos precisos termos da Lei de Usura (Acórdão da 3.ª C. do TJGB, de 28.9.61, publicado na Revista de Jurisprudência da mencionada Corte, v. 2/184). É preciso, todavia, salientar que, em alguns julgados, as cortes faziam uma distinção entre o ilícito penal e o civil e não mais consideravam criminosa a cobrança de comissões, embora determinando a restituição do valor que ultrapassava a taxa legal máxima. (Acórdão do STF, de 12.10.65, no RE 58.414, in *RTJ* 36/46 e ss.).

37. A fiscalização governamental das instituições financeiras, que se intensificou, no Brasil, após a 2.^a Guerra Mundial, exigiu uma tomada de posição realista do Governo no tocante aos juros bancários e o Dec.-lei 72.293, de 2.3.45, que criou a Superintendência da Moeda e do Crédito, deu-lhe competência para delimitar, quando necessário, as taxas de juros para as contas de depósito e para os empréstimos, assim como a taxa de redesconto, podendo vigorar comissões e juros diferentes atendendo-se às regiões geográficas e às peculiaridades das transações (Art. 3.º, “c” e “d”, do Dec.-lei 7.293, de 2.2.45). A legitimidade dessa competência foi reconhecida pela doutrina (Afonso Pena Junior, “Parecer”. in *RF* 132/72-75), mas não deu ensejo a um posicionamento jurisprudencial no mesmo sentido.

38. Quase decorridos vinte anos da primeira tentativa de intervenção no mercado bancário, a Lei 4.595, de 21.12.64, extinguiu a Superintendência da Moeda e do Crédito, substituindo-a pelo Banco Central, dotado de amplos poderes executivos e deliberativos e pelo Conselho Monetário Nacional com funções normativas.

39. O art. 4.º da Lei 4.595 atribui privativamente ao Conselho Monetário Nacional, entre outras funções, a de: “limitar sempre que necessário as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de *remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros*, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil...” (art. 4.º, IX).

40. Em virtude do art. 9.º do mesmo diploma legal, ao Banco Central compete cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

41. Assim, *ex vi* dos poderes atribuídos na legislação bancária, o Banco Central passou a baixar sucessivas resoluções, na forma das deliberações do Conselho Monetário Nacional, fixando as taxas máximas de juros e demais encargos financeiros de natureza compensatória das instituições financeiras em geral, abrangendo as sociedades de Investimento, Crédito e Financiamento (art. 18, § 1.º, da Lei 4.595), também denominadas simplesmente “Financeiras”.

42. Entre as Resoluções baixadas pelo Banco Central do Brasil na matéria, destacou-se, inicialmente, a de n. 15, de 28.1.66, que regulou os juros dos depósitos a prazo fixo dos bancos e permitiu a cobrança de juros moratórios dos devedores dos títulos descontados, caucionados ou em cobrança bancária simples nos seguintes termos: “XIV — Aos títulos descontados ou caucionados e aos em cobrança simples liquidados após o vencimento é permitido aos bancos cobrar do sacado, ou de quem o substituir, “comissão de permanência”, calculada sobre os dias de atraso e nas mesmas bases proporcionais *de juros e comissões cobrados ao cedente na operação primitiva*”.

43. Posteriormente, a Circular 77, de 23.2.77, da Gerência de Fiscalização Financeira do Banco Central, esclareceu, “a propósito do disposto no item XIV da Resolução citada (n. 15/66)” que a comissão de permanência só seria admissível quando não cobrados juros de mora.

44. Em seguida, Res. n. 82, de 15.3.67 determinou que: “V — Nos títulos *descontados ou caucionados e nos em cobrança simples* cujo portador seja *instituição financeira* ou seu mandatário, e que forem liquidados após o vencimento é facultado aquelas instituições cobrar dos sacados, ou de quem o substituir, *comissão de permanência*, calculada sobre os dias de atraso, *nas mesmas bases proporcionais de juros, encargos e comissões cobrados na operação primitiva*, em se tratando de títulos descontados, ou naquelas indicadas pelo cedente e para

crédito deste, no ato da entrega dos títulos para cobrança simples ou caucionada. Aliás da comissão de permanência e do imposto sobre operações financeiras, quando devido, não será permitido a cobrança a título algum, ou de outras quantias compensatórias do atraso de pagamento”.

45. Finalmente, foi esclarecido que, no caso de mora, a instituição financeira podia cobrar do devedor inadimplente a “comissão de permanência” de acordo com a taxa de mercado, e não, tão-somente, na base da taxa fixada contratualmente no início da operação (Res. n. 389, de 15.9.76 e MNI 16, 9, 10, 5).

46. Ficou assim reconhecido que, em virtude do disposto na Lei 4.595, o Conselho Monetário Nacional passou a ter competência não somente para fixar o valor dos juros em sentido estrito, mas, ainda, para determinar o regime jurídico aplicável aos devedores em mora com as instituições financeiras, abrangendo os juros, as comissões e outros encargos financeiros. O Conselho Monetário passou a exercer a sua competência e, conseqüentemente, a Lei de Usura deixou de ser aplicável nas relações entre as instituições financeiras e os particulares, mantida, todavia, a sua vigência nas relações entre pessoas jurídicas e físicas não financeiras.

47. A distinção se justifica por se aplicar o Direito Bancário às instituições financeiras e aos seus clientes, enquanto as demais pessoas jurídicas e físicas se regem pelo Direito Comercial ou pelo Direito Civil, nas suas relações obrigacionais. Assim, a Lei 4.595 afastou a incidência da legislação de usura no campo do Direito Bancário, mantida a sua vigência nas demais áreas jurídicas. Podemos, pois, afirmar que, a partir de 31.12.64, tivemos quanto a juros, comissões e demais encargos financeiros, dois sistemas jurídicos paralelos em vigor: o conjunto das resoluções e circulares das autoridades monetárias aplicável às entidades financeiras e a Lei de Usura regendo as relações de Direito Privado sem a participação de instituição financeira (Arnoldo Wald, *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, 1.ª série São Paulo, Ed. RT, 1972, pp. 258-59 e 2.ª série, mesma Ed., 1979, pp. 363-66).

48. Essa dicotomia de regimes jurídicos se explica pelo caráter profissional das entidades financeiras, que recebem depósitos do público, coletam a poupança e repassam os recursos, por eles recebidos, a terceiros. Assim sendo, cabe-lhes cobrar não somente o valor dos juros por eles pagos aos depositantes, mas ainda um adicional que representa o seu custo operacional, uma compensação pelos depósitos compulsórios, que fazem no Banco Central, e pelos riscos assumidos e, finalmente, o seu lucro. Na realidade, o cliente paga ao banco não somente os juros, mas a comissão definida como remuneração do banqueiro, os tributos que incidem sobre a operação, e, eventualmente, outros encargos como, no passado, a correção monetária. A remuneração do banqueiro é a comissão, margem ou *spread*, que compensa a sua atividade profissional.

D) A jurisprudência referente à Lei 4.595/64

49. Inicialmente, mesmo após o advento da Lei 4.595, os tribunais tiveram algumas dúvidas em reconhecer a legitimidade da cobrança de encargos financeiros superiores à taxa legal fixada pela Lei de Usura.

50. Assim, ainda em 1965, o STF impugnava a validade da taxa de fiscalização cobrada pelo Banco do Brasil (RE 55.823, in *RTJ* 34/661). Na mesma época, outra decisão considerava que o costume não podia revogar a lei, impondo o cumprimento das disposições da Lei de Usura (RE 58.414, in *RTJ* 36/46). Em 1969, o Excelso Pretório mantinha a sua posição tradicional na matéria,

afirmando que continuavam em vigor as leis repressivas da usura em quaisquer contratos (RE 64.473, in RTJ 53/21).

51. Até o final de 1974, essa jurisprudência era dominante no STF, embora tivessem sido menos frequentes as decisões sobre a aplicação da Lei de Usura no campo das instituições financeiras.

52. A partir de 1975, 30 anos após a atribuição dada à SUMOC de fixar os juros bancários e 10 anos após a entrada em vigor da Lei da Reforma Bancária, o STF, sob a pressão dos fatos, modificou a sua posição, ensejando a orientação atualmente dominante. Entendemos que se justifica a análise minuciosa da evolução jurisprudencial para a boa compreensão da posição atual dos nossos tribunais na matéria, com reflexo nas conclusões às quais chegaremos no presente parecer.

53. Efetivamente, a partir do acórdão líder do STF de 5.3.75, referente ao RE 78.953, o Plenário da mais alta Corte do país consolidou a jurisprudência no sentido da revogação parcial do Dec. 22.686 pela Lei 4.595. O referido acórdão teve a seguinte ementa:

"I — Mútuo. Juros e condições. II — A Caixa Econômica faz parte do Sistema Financeiro Nacional — art. 1.º, V, da Lei 4.595/64, e, em consequência, está sujeita às limitações e à disciplina do Banco Central, inclusive quanto às taxas de juros e mais encargos autorizados. III — O art. 1.º do Dec. 22.626/33 está revogado "não pelo desuso ou pela inflação, mas pela Lei 4.595/64, pelo menos no pertinente às operações com as instituições de crédito, públicas ou privadas que funcionam sob o estrito controle do Conselho Monetário Nacional". IV — RE conhecido e provido". (DJU de 11.4.75, p. 2.307).

54. A Procuradoria Geral da República, resumindo a jurisprudência anterior, se manifestara, no caso, pelo não conhecimento do recurso, mantendo a posição anterior do Tribunal, nos seguintes termos:

"O acórdão de fls. concluiu pela nulidade de cláusula contratual em pacto de mútuo, que previa taxa remuneratória de serviços, fundado em que constituía ela dissimulada cobrança de juros usurários.

2. Fundamenta-se o apelo na letra "a" do permissivo constitucional, sustentando negativa de vigência dos arts. 5.º e 65 da Lei 4.595/64.

3. O Egrégio STF sempre se orientou no sentido que a cobrança de juros, acima da taxa legal, é vedada pela lei repressiva da usura (Dec. 22.626, de 7.4.33), não podendo prevalecer o costume *contra legem* (RE 65.424, RTJ 47/558, RHC 45.920, RTJ 46/319, RE 64.473, RTJ 53/21). Por essa razão, a Suprema Corte tem negado provimento a agravos de instrumento que visam ao reexame da matéria (Ag. 57.782, DJU de 8.11.73, p. 8.443; Ag. 56.192, DJU de 7.3.73, p. 1.161; Ag. 58.401, DJU de 3.10.73, p. 7.375 e Ag. 57.713, DJU de 12.6.73, p. 4.195).

4. Pelo não conhecimento do apelo".

55. No seu voto, que foi acompanhado pela unanimidade dos presentes, após vários pedidos de vista, o Ministro Oswaldo Trigueiro salientou que cabia modificar a orientação anterior, pois:

"A jurisprudência do STF tem afirmado, repetidamente, que a cobrança de juros acima da taxa legal é vedada pela chamada lei da usura (Dec. 22.626, de 7.4.33).

"No caso, porém, trata-se de taxa livremente pactuada e de contrato firmado na vigência da Lei 4.595, de 31.12.64, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional.

"O art. 2.º desse diploma dá ao Conselho a incumbência de formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do país.

"O art. 3.º, II, diz que essa política objetiva regular o valor interno da moeda, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários. No item IV prevê o modo de orientar aplicação dos recursos das instituições financeiras, quer públicas, quer privadas.

"O art. 4.º, no item VI, dá competência ao Conselho para disciplinar o crédito em todas as suas modalidades, e as operações creditícias em todas as suas formas. No item IX, dá-lhe o encargo de limitar as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros. No item XVII, confere-lhe a atribuição de regulamentar, fixando limites, prazos e outras condições, as operações de redescontos e empréstimos. No item XXII, atribuindo-lhe a competência de estatuir normas para as operações das instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos da lei.

"Que o Conselho Monetário e seu agente executivo, o Banco Central, estejam desempenhando essa tarefa com a amplitude prevista na Lei 4.595, é fato que dispensa qualquer esforço de demonstração. Que, na época inflacionária em que vivemos, aquela tarefa estaria de todo frustrada se condicionada à remota proibição da lei da usura, é inferência que, a meu ver, paira acima de qualquer dúvida razoável.

"Penso que o art. 1.º do Dec. 22.626 esteja revogado, não pelo desuso ou pela inflação, mas pela Lei 4.595, pelo menos no pertinente a operações com as instituições de crédito, públicas ou privadas, que funcionam sob o estreito controle do Conselho Monetário Nacional.

"Isto posto, conheço do recurso e lhe dou provimento".

56. Revelando a importância do *leading case*, o relator, em aditamento ao seu voto, ainda teve o ensejo de salientar que:

"No presente recurso, só há um tema em discussão. É o de saber-se se a lei da usura ainda está em vigor, na parte em que limita os juros ao dobro da taxa fixada na lei civil.

"É certamente o que está em causa. É o que o Supremo Tribunal deve decidir para pôr termo a uma controvérsia de alta relevância, e que interessa a milhares de clientes das instituições de crédito que operam sob o controle do Conselho Monetário Nacional".

57. Proferiram declaração de voto, na ocasião, os eminentes Ministros Cordeiro Guerra e Xavier de Albuquerque, tendo este último esclarecido que:

"O legislador do Dec. 22.626/33 cuidou, ele mesmo, de limitar a taxa de juros, fazendo-o no máximo de 12% ao ano. O da Lei 4.595/64, porém, adotando nova técnica para a formulação da política da moeda e do crédito, criou o Conselho Monetário Nacional e, conferindo-lhe poderes normativos "quase-legislativos", cometeu-lhe o encargo do "limitar", sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros" (art. 4.º, IX). A cláusula "sempre que necessário", contida nesse preceito, parece-me mostrar que deixou de prevalecer o limite genérico do Dec. 22.626/33; a não ser assim, jamais se mostraria necessária, dada a prevalência de um limite geral, único, constante e permanente,

preestabelecido naquele velho diploma legal, a limitação que a nova lei atribuiu ao Conselho. De resto, tal limite geral, único, constante e permanente seria de todo incompatível com a filosofia que presidiu à elaboração da Lei da Reforma Bancária, marcadamente conjuntural”.

58. Posteriormente, inúmeros acórdãos, tanto do Plenário, como de ambas as Turmas, do STF, confirmaram esse entendimento no sentido de não aplicação da Lei de Usura às instituições financeiras, *ex vi* do disposto na Lei 4.595, como se verifica, entre outros, pelos acórdãos proferidos nos RE 79.833-MG e 83.434-SP, julgados ambos, por unanimidade, ainda em 1975, respectivamente pela 1.^a e pela 2.^a Turma do STF.

59. Cabe lembrar que, enquanto o *acórdão líder só se referia aos juros, considerando derogado o art. 1.^o da Lei de Usura, as decisões posteriores tratam, muitas vezes, da totalidade dos encargos financeiros*, abrangendo de modo específico, a comissão de fiscalização cobrada pelo Banco do Brasil (RE 79.883) ou a taxa remuneratória de serviços cobrada pela Caixa Econômica do Estado de São Paulo (RE 81. 228) ou, ainda, de modo global, “os juros, descontos, comissões e outras formas de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros” (RE 81.227). Esta última tendência foi sendo consolidada no tempo, em *numerosas decisões; que consideraram inaplicáveis às instituições financeiras, não somente o art. 1.^o do Dec. 22.626, mas sim a totalidade das disposições da Lei de Usura*, ou, ao menos, o grupo formado pelos arts. 1.^o a 7.^o, que se refere aos juros e encargos financeiros em geral.

60. Neste sentido, decidiu a 1.^a Turma do STF que: “*Lei de Usura — Sua inaplicabilidade às operações e serviços bancários ou financeiros*. Desde o advento da Lei 4.595, de 31.12.64, os percentuais de juros, descontos, comissões, taxa remuneratória de serviços e outras formas de remuneração de operações e serviços dos estabelecimentos bancários e financeiros não estão mais sujeitos aos limites fixados pela Lei de Usura (Dec. 22.626/33), devendo fidelidade exclusiva aos percentuais estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional, conforme Decisão Plenária deste Egrégio STF em julgamento do RE 78.953, em 5.3.75 (DJU de 11.4.75, p. 2.307)”. (RE 85.252, in RTJ 84/980).

61. No mencionado acórdão, conforme se verifica pelo relatório, pretendia o recorrente afastar a aplicação da Lei de Usura em relação às taxas cobradas, informando o relator que:

“Vem agora a CEESP com o presente recurso extraordinário, com fundamento nas letras “a” e “d” do permissivo constitucional. E alega que a taxa remuneratória foi imposta dentro dos limites da Lei 4.595/64, que a permitia. E acrescenta:

“Tratando-se, como se trata, na espécie, de contratos firmados por uma instituição financeira pública, *expressamente obrigada aos termos da Lei 4.595/64* (art. 1.^o, V, 22 e 24) *não podia o julgamento desta causa apoiar-se no Dec. 22.626/33, cujo campo de incidência, a partir da promulgação daquela lei, ficou restrito aos contratos realizados fora do âmbito do Sistema Financeiro Nacional*”.

62. No seu voto, acompanhado por unanimidade, pela Turma, esclareceu o Min. Cunha Peixoto que não se aplicava, na hipótese, a Lei de Usura, pois:

“A matéria já foi soberanamente decidida por este Egrégio STF, quando do julgamento do RE 78.953-SP, em Sessão Plenária de 5.3.75, publicado no DJU, de 11.4.75, p. 2.307.

"II — De fato, a Lei 4.595, de 31.12.64, autorizou o Conselho Monetário Nacional a formular a política da moeda e do crédito, no Brasil, e, em vários dos itens do art. 3.º, permitiu àquele Órgão através do Banco Central, fixar os juros e taxas a serem exigidos pelos Estabelecimentos Financeiros em suas operações de crédito.

"III — Assim, a cobrança de taxas que excedam o previsto no Dec. 26.626/33, desde que autorizadas pelo Banco Central, não é ilegal, sujeitando-se os seus percentuais unicamente aos limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional e não aos estipulados na Lei de Usura". (RTJ, 84/981).

63. Posteriormente, a mesma tese foi abraçada por outros acórdãos que, todos se referem à não incidência da Lei de Usura sobre os contratos financeiros no tocante a "juros, descontos, comissões e outras formas de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, desde o advento da Lei 4.595" (Acórdão do RE 90.225, in RTJ 94/806).

64. Na sua evolução, reconheceram, assim, os Tribunais, liderados pela Suprema Corte, que não somente o artigo 1.º do Dec. 22.626, mas, ainda, todas as suas disposições, não mais incidiam sobre os contratos bancários, abrangendo as operações e os serviços das instituições financeiras.

65. Neste sentido, a posição jurisprudencial acabou sendo sintetizada na Súmula 596 com a seguinte redação: "As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional".

66. Cabe salientar que a Súmula não menciona um ou vários artigos específicos da Lei de Usura, que não se aplicariam às instituições financeiras, mas considera que ela não incide sobre as mesmas em relação a tudo que se refere a juros e encargos financeiros em geral, abrangendo, inclusive, as comissões.

67. Comentando a referida Súmula, a doutrina reconheceu que: "A chamada Lei de Usura vedava a cobrança de juros acima da taxa legal, inclusive comissões. Com o advento da Lei de Reforma Bancária (Lei 4.595) o Conselho Monetário Nacional foi incumbido de formular a política de moeda e crédito, bem como limitar as taxas de juros, comissões e outras formas de remuneração. Assim, o Decreto 22.626 (Lei de Usura) foi revogado quanto às operações com as instituições de crédito sob o controle do Conselho Monetário Nacional, isto é, integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Se houver excesso nos limites fixados, configura-se o crime de usura (RHC 55.624, RTJ 83/772). (Roberto Rosas, *Direito Sumular*, 2.ª ed., p. 329).

68. Ficou, pois claro que, na realidade, não mais se aplica às operações e serviços realizados por instituições financeiras o regime legal dos juros e encargos previsto pela Lei de Usura no seu todo, sem qualquer exceção. Essa conclusão se explica, pois, como vimos, na realidade, a Lei de Usura estabeleceu um regime jurídico para os mútuos e demais operações similares, regime que foi afastado, no tocante às instituições financeiras, pela Lei 4.595.

69. Mesmo admitindo que a Súmula tivesse redação ampliativa, tendo afirmado mais do que queria o STF — o que só se suscita *ad argumentandum* — ainda assim é certo que os arts. 1.º a 7.º, que tratam dos juros e outros encargos, certamente não incidem no caso de operações com instituições financeiras, em virtude das sucessivas decisões acima referidas e transcritas, que tornaram a matéria mansa e pacífica nos últimos 10 anos.

E) As normas do Código de Processo Civil referentes à sucumbência e a Súmula 616

70. O Código de Processo Civil de 1939, na sua versão originária, não tinha consagrado o princípio da responsabilidade objetiva pela sucumbência. Efetivamente, o seu art. 64 condicionava a condenação do vencido ao pagamento dos honorários de advogado do vencedor à existência de culpa ou dolo. Poder-se-ia justificar, assim, eventualmente, no sistema então vigente, que fosse considerada a cláusula penal contratualmente fixada nos contratos de mútuo como destinada ao pagamento dos honorários de advogado, nos termos do art. 8.º do Dec. 22.626, embora, na realidade, tivessem a cláusula penal moratória e o pagamento de honorários destinatários e funções distintas.

71. Efetivamente, os honorários se destinam ao patrono da causa (art. 9.º, § 1.º, da Lei 4.215, de 27.4.63 — Estatuto da OAB) ou constituem o ressarcimento de quem já os pagou, enquanto a cláusula penal beneficia o credor, constituindo uma espécie de pena civil para o devedor inadimplente. Por outro lado, a cláusula penal moratória funciona como reforço da obrigação, enquanto o pagamento dos honorários restabelece, para as partes, a situação anterior à mora, ou seja, o *statu quo ante*.

72. A melhor doutrina salientou as características próprias da cláusula penal pura, ou seja, destinada, tão-somente, a punir o devedor, sem ter a finalidade de ressarcir qualquer dano. Trata-se de negócio jurídico acessório que reforça a obrigação principal, importando num estímulo e numa coação indireta, que encontra a sua fonte na convenção das partes e independe da existência ou não de prejuízo decorrente do inadimplemento ou da mora. E o preço pago pela falta de pontualidade, ou seja, pelo comportamento incorreto do devedor, no caso de mora, que pode ser exigido cumulativamente com a indenização pelos prejuízos causados (V. Michele Trimarchi, *La clausola penale*, Milão, Dott. A Giuffrè — editor, passim, mas especialmente, pp. 12-13, 83, 106-107 e 111).

73. Acrescente-se que a cláusula penal “consiste na criação de um estímulo especial ao cumprimento (da obrigação), sujeitando a vontade do devedor a um meio adicional de pressão” (Antunes Varella, *Direito das Obrigações*, Rio, Forense, 1978, v. II, p. 172).

74. Assim sendo, em boa técnica jurídica não havia, como não há, possibilidade de confusão entre a cláusula penal e a condenação aos honorários de advogado, confusão essa que consta da Lei de Usura e que já era dificilmente admissível na vigência do Código de Processo Civil de 1939.

75. Acontece que o Código de Processo Civil de 1973, mantendo posição já adotada pela Lei 4.632, de 18.5.65 (que deu nova redação ao art. 64 do CPC de 1939), estabeleceu a responsabilidade objetiva do vencido pelo pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, fixando o seu valor numa percentagem entre 10% e 20% do valor da causa.

76. Sendo o teto da cláusula penal estabelecido em 10% pela Lei de Usura e representando os honorários advocatícios, no mínimo, este percentual e podendo alcançar o dobro, em virtude do art. 20 do CPC, é evidente que não mais pode prevalecer, na matéria, o disposto no Dec. 22.626, para o qual a cláusula penal devia cobrir tanto a remuneração do causídico como as custas judiciais.

77. Foram, inicialmente, os Tribunais locais e a doutrina que afastaram a aplicação da Lei de Usura no tocante à cláusula penal, como se verifica por várias decisões do TJRJ de 1975 (EInfrs. na Ap. Cível 87.865, j. em 2.7.75;

Ap. 90.674, j. em 2.7.75) e pelas opiniões dos professores que examinaram a matéria antes da manifestação do STF (Arnoldo Wald, "A Cumulação da cláusula penal e dos honorários no novo Código de Processo Civil", Repro, São Paulo, Ed. RT, v. 6, p. 41 e Yussef S. Cahali, *Honorários Advocatícios*, 1978, n. 106, pp. 430 e seguintes).

78. Numa posição pioneira, em acórdão que ainda aplicou a legislação anterior, o Min. Cordeiro Guerra indicou a diferença entre a nova e a antiga legislação para concluir que: "Adotado o critério da sucumbência, na legislação processual civil, não me parece possível considerar em vigor a limitação prevista nos arts. 8.º e 9.º da Lei de Usura na fixação dos honorários de advogado".

79. Justificando o seu voto, esclareceu ainda que: "Objeta-se que o novo Código de Processo Civil, por ser geral, não revoga nem modifica a Lei de Usura (§ 2.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código), nesse particular.

"*Data venia*, não acolho a objeção.

A limitação do art. 8.º do Dec. 22.626, de 7.4.33, se baseava no princípio de que os honorários de advogado não eram devidos *ex vi legis*, e, em consequência, os limitava por presunção.

"Consagrado o princípio da sucumbência, responde pelos honorários aquele que, sem razão, fez o chamamento de outrem a juízo; não pode prevalecer a presunção do art. 8.º do Dec. 22.626/33, contra o mandamento do § 3.º do art. 20 do novo CPC, sob pena de criar-se uma desigualdade de tratamento nos procedimentos judiciais.

"De fato, a prevalecer a tese da intangibilidade da Lei de Usura, não obstante toda a legislação sobre mercado de capitais e o novo Código de Processo Civil, a sucumbência só seria aplicável em juízo nos processos estranhos a empréstimos em dinheiro.

"Com a liberdade e atenção que me dá o E. Tribunal, ousou sustentar que, se o art. 20, § 3.º, do CPC determina que "os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%", como manter-se a cláusula penal de 10% para tudo, da Lei de Usura, quando, na realidade econômica, freqüentemente, não chega nem para as despesas do processo?"

(RE 79.174, in Arnoldo Wald, *artigo citado*, p. 43).

80. Posteriormente, a jurisprudência do STF se firmou neste sentido, mediante reiterados pronunciamentos da 1.ª T. (RE 82.208-MG e 95.982, in RTJ 101/1.327) e da 2.ª T. (RE 93.951-2-MG, in Repro 24/264 e RE 95.036-MG, in RTJ 99/947).

81. Até 1980, alguns julgados dos tribunais locais ainda discutiam a matéria, conforme salienta Arruda Alvim (*Código de Processo Civil e Legislação Extravagante*, São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 27), mas, logo em seguida, a jurisprudência se sedimentou definitivamente, vindo a ensinar a Súmula 616 do STF, de acordo com a qual: "É permitida a cumulação de multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do Código de Processo Civil vigente".

82. No mesmo sentido, manifestou-se o TFR, na sua Súmula 119, referindo-se, de modo específico, à execução hipotecária: "A partir da vigência do Código de Processo Civil de 1973, é cabível a cumulação da multa contratual com honorários advocatícios, na execução hipotecária regida pela Lei 5.741/71".

83. Acresce que várias leis especiais também previram a cumulação de cláusula penal ou multa com os honorários de advogado, evidenciando que já se trata, agora, de verdadeiro princípio geral. Assim, há previsão específica neste sentido, não só na legislação sobre alienação fiduciária (art. 2.º, § 1.º, do Dec.-lei

911, de 1.10.69), como ainda, na cobrança de cédula hipotecária (arts. 34 e 39 do Dec.-lei 70, de 21.11.66), dos títulos de crédito rural (art. 71 do Dec.-lei 167, de 14.2.67 e *RTJ* 81/140) e de crédito industrial (art. 58 do Dec.-lei 413, de 9.1.69 e *RTJ* 98/382), ensejando um princípio geral do Direito.

84. Podemos, pois, concluir que, conforme jurisprudência mansa e pacífica dos nossos tribunais, consagrada na Súmula 616 do STF, não está mais em vigor o art. 8.º da Lei de Usura, na sua totalidade.

85. Com a devida vênia, descabe a tese defendida por algumas autoridades do Banco Central de que somente a primeira parte do art. 8.º estaria revogada, ou seja, de não mais se destinar a cláusula penal ao pagamento de honorários de advogado, mas de só ser exigível quando houvesse processo judicial. Contra essa interpretação militam os argumentos lógicos e históricos e a jurisprudência. Efetivamente, dentro do espírito da Lei de Usura, é por se identificar com os honorários que, em tese, a exigibilidade da cláusula penal estaria condicionada à propositura de ação judicial. Desaparecendo a destinação específica legalmente prevista, não há mais razão para exigir que ocorra processo judicial para que se possa cobrar o *quantum* previsto na cláusula penal.

86. Finalmente, como verificamos, a jurisprudência do STF, por sua vez, se refere à revogação da totalidade e não de parte do art. 8.º da Lei de Usura, não podendo o intérprete distinguir onde a Corte Suprema não o fez.

F) Da sistemática legal e regulamentar vigente antes da Reforma Monetária

87. Vimos que, em relação às instituições financeiras, não mais prevalecem as disposições da Lei de Usura (Súmula 596), abrangendo ou a totalidade das mesmas ou, no mínimo, os arts. 1.º a 7.º, que tratam de juros e outros encargos financeiros. Por outro lado, o art. 8.º da Lei de Usura foi revogado pelo Código de Processo Civil (Súmula 616), tanto para as instituições financeiras, como para as demais pessoas jurídicas e físicas.

88. Nas vésperas da Reforma Monetária de 28.2.86, o sistema vigente era, pois, o seguinte:

I — Para as instituições financeiras, não mais prevaleciam as disposições do Dec. 22.626 ou, na pior das hipóteses, não mais prevaleciam os arts. 1.º a 7.º (que tratam dos juros), 8.º (que reputa a cláusula penal destinada ao pagamento de honorários de advogado), os arts. 10, 17 e 18 (que continham disposições transitórias), os arts. 13 e 15 (que tratam das sanções penais) e os arts. 12 e 16, que foram revogados ou se tornaram obsoletos. Assim, tão-somente, dois artigos estariam em vigor: a) o art. 9.º que estabelece para a cláusula penal o teto de 10% do valor da dívida; b) o art. 11 que considera nulo o contrato que contraria as normas sobre usura.

II — Para as demais entidades ou pessoas não participantes do Sistema Financeiro, estavam revogados o art. 8.º da Lei de Usura pelo art. 20 do CPC e os arts. 13 a 15, substituídos pelo art. 4.º da Lei 1.521, de 26.12.51, não tendo mais objeto por constituírem medidas transitórias os arts. 10, 17 e 18 e os arts. 12 e 16, que ou foram revogados ou se tornaram inócuos, o primeiro tratando de multas e de demissão dos corretores e intermediários e o segundo fazendo referência à manutenção da vigência de uma legislação que praticamente foi revogada, como tivemos o ensejo de evidenciar.

89. A continuação da vigência da Lei de Usura, na parte referente aos juros, em relação a quem não é instituição financeira foi reconhecida reiteradamente pelo STF, que se recusou a admitir a revogação da Lei pelo costume.

90. Ao contrário, várias decisões, inclusive do STF esclarecem, nas suas ementas, que: "Juros usurários. A Lei 4.595/64 afastou a incidência do Dec. 22.626/33 somente sobre as operações realizadas por instituições financeiras públicas ou privadas, o que implica dizer que não alterou, no tocante às demais pessoas jurídicas e às pessoas físicas, a limitação estabelecida nesse Decreto, à taxa de juros e às comissões. Recurso Extraordinário não conhecido". (RE 88.159 julgado pela 2.^a T. em 11.4.78).

E que:

"Usura. Juros excedentes da taxa legal. Jurisprudência do STF, que se confirma. Continuam em vigor as leis repressivas da usura em quaisquer contratos. Recurso conhecido e provido". (RE 64.473 julgado pelo Plenário em 27.11.69).

91. É verdade que ocorreu, no particular, uma evolução, pois, inicialmente, os acórdãos entendiam que, nas relações entre particulares (pessoas e entidades não financeiras) podiam ser cobrados, tão-somente, juros dentro dos limites legais, tendo, em seguida, evoluído no sentido de admitir a cumulação dos juros e da correção monetária, desde que fossem expressamente convencionados. Nesse sentido, reconheceram os acórdãos que o juro constitui a retribuição do uso do capital, ou seja, a remuneração do mutuante, enquanto a correção garante a identidade da moeda no tempo, permitindo que esta funcione como "ponte entre o passado e o futuro", na feliz expressão de Keynes (v. Arnaldo Wald, "A correção monetária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", in RT 524/33).

92. Assim, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e, especialmente, após as decisões que ensejaram as Súmulas 596 e 616, ficou evidenciado que os credores não financeiros poderiam cobrar, dos seus devedores em mora, os seguintes encargos:

I — *Independentemente de ação judicial*: a) juros compensatórios e moratórios nos limites fixados pela Lei de Usura; b) correção monetária de acordo com a variação das ORTN's desde que convencionada (Lei 6.423, de 17.6.77) ou caracterizada a mora do devedor (Lei 6.899, de 8.4.81 e Dec. 86.649, de 25.11.81); c) a cláusula penal moratória, quando prevista, até o limite de 10% do valor devido.

II — *No caso de ação judicial*: a) os valores referidos no item anterior acrescidos de; b) honorários de advogados; c) custas judiciais.

Quanto aos honorários, podem ser recebidos em cobrança amigável, se houver acordo das partes neste sentido.

93. Para as instituições financeiras, a sistemática decorrente da Lei 4.595 autorizou a cobrança, do devedor moroso, dos seguintes encargos:

a) juros compensatórios e de mora nos limites fixados ou admitidos pelas autoridades monetárias; b) correção monetária; c) cláusula penal convencionada; d) tributos que oneram a operação; e) honorários de advogado quando convencionados, acordados amigavelmente ou decorrentes de sentença judicial.

Alguns julgados englobaram vários desses itens na chamada "comissão de permanência".

94. A jurisprudência reconheceu a possibilidade dessas cumulações, dêse que convencionalmente previstas, conforme se verifica pela seguinte ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no RE 90.255:

“Os limites fixados pelas Resoluções 114, de 6.4.69, e 134, de 17.2.70, do Banco Central, para os juros, descontos, comissões e outras formas de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, desde o advento da Lei 4.595/64, não abrangem a correção monetária do capital mutuado, pois esta não remunera o capital, apenas assegura a sua identidade no tempo. Não há como confundi-la com o juro, que é a remuneração do capital e outros encargos que remuneram os serviços prestados pelo estabelecimento de crédito. Precedentes: RE 81.653-SP, RE 81.618-SP, RE 87.772-SP. RE não conhecido”. (Acórdão da 2.ª T. do STF no RE 90.255-SP, in RTJ 94/806).

95. Na referida decisão, o relator Min. Cordeiro Guerra salientou que: “não há confundir correção monetária, livremente pactuada, e admitida pela jurisprudência desta Egrégia Corte — RE 75.869-GB (13.6.73) e RE 75.646 (2.5.73) relator o eminente Min. Djaci Falcão, com juros e comissões. A correção monetária não remunera o capital, apenas assegura a sua identidade no tempo” (RTJ 94/807).

96. Concluiu o seu voto afirmando que: “Não sou voz isolada nesta Corte, pois no RE 87.772, sendo relator o eminente Min. Leitão de Abreu, não se admitiu a equiparação da correção monetária aos juros e comissões, para o fim de serem atendidas as limitações estabelecidas nas resoluções do Banco Central e isso pela simples razão de que a correção monetária nada mais é que o instrumento legal destinado a assegurar a identidade da moeda no tempo e os juros e comissões são destinados a remunerar os serviços dos estabelecimentos de crédito e o capital mutuado. É o que se vê da ementa” (RTJ 94/808).

97. Vários acórdãos determinaram, inclusive, a correção monetária da comissão de permanência — entendida como abrangendo, tão-somente, os juros, como se verifica pela ementa seguinte: “Comissão de permanência. Natureza (Lei 4.595/64; Circular 82, do BC). Correção monetária (Lei 6.899/81). Compatibilidade. A aplicação da correção monetária do débito ajuizado, nos termos da Lei 6.899/81, incide sobre a parcela resultante da comissão de permanência, autorizada em norma competente do Sistema Financeiro Nacional. Recurso Extraordinário conhecido e provido”. (RTJ 112/454).

98. No relatório do mencionado acórdão, o eminente Min. Rafael Mayer salientou que a decisão recorrida se insurgira contra a cumulação da comissão de permanência com os juros, nos seguintes termos:

“Enquanto a douta maioria deu provimento parcial à apelação interposta pelos executados, exclusivamente para afastar tal cumulatividade, concedendo apenas a comissão de permanência, pedida expressamente, na inicial da ação executiva, o douto voto vencido, embora salientando que seu prolator também entendia que a comissão de permanência não podia ser pedida juntamente com a correção monetária, houve, por bem, *in casu* e considerando que a comissão de permanência somando à taxa moratória, atingia 4% ao ano, aceitar a soma de ambas — comissão de permanência e correção monetária”.

(...)

“Com efeito, a cobrança da comissão de permanência encontra previsão na Circular 82/77, da gerência de Fiscalização Financeira do Banco Central, e esta dispôs expressamente, dando nova redação ao item V, da Circular 77/67, que a cobrança de comissão de permanência, juntamente com o IOF quando devido este, exclui a cobrança de quaisquer outras quantias compensatórias do atraso de pagamento.

"O STF, outrossim, já repudiou a cumulação pretendida, no RE 81.640 (RTJ 82/518). Resultou aprovada à unanimidade tese no mesmo sentido, quando do Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil realizado em novembro de 1981. (Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, 72/10)". (Acórdão do RE 103.051, in RTJ 112/454).

99. Em seu voto, que foi acompanhado por unanimidade pela 1.^a T., explica o Ministro Relator que:

"Com efeito, o Acórdão recorrido deu como inaplicável à espécie, por inacumulável e incompatível com a 'comissão de permanência', regulada pelo Banco Central, e pactuada pelas partes, a qual exclui, nos termos do item IV da Circular 82, 'a cobrança, a título algum, de outras quantias compensatórias do atraso de pagamento'.

"Ocorre, porém, que o diploma legal sobre correção monetária e a regra sobre a comissão de permanência têm campos distintos de incidência e regulam matérias diversas, com objetivos inconfundíveis.

"A comissão de permanência, cuja estipulação é facultada pela norma do Sistema Financeiro Nacional, em benefício das instituições financeiras, editada com apoio nos arts. 4.^o e seus incisos e 9.^o da Lei 4.595/64, tem em mira a remuneração dos serviços do estabelecimento creditício pela cobrança dos títulos descontados ou caucionados ou em cobrança simples, a partir de quando se vencerem. A mesma lei básica considera as comissões no plano de "remuneração de operações e serviços bancários e financeiros" (art. 4.^o, IX), atenta, aliás, ao sentido estrito da expressão que é a de "designar a remuneração ou a paga que se promete a pessoa, a quem se deu comissão ou encargo, de fazer alguma coisa por sua conta" (Cf. de Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*).

"Enquanto isso a correção monetária, instituída pela Lei 6.899, tem como campo de incidência qualquer débito resultante de decisão judicial, a calcular do ajuizamento da ação, ou do respectivo vencimento, quando se tratar de execução por título extrajudicial, e o seu inequívoco sentido é o da "atualização do valor da moeda, em face da perda de substância corroída pela inflação ou o de "recolocar, pela medida adotada, o valor intrínseco da prestação pretendida". (Cf. Ives Gandra, *Da correção monetária no CTN*).

100. Na prática bancária, a problemática se apresentou sob aspectos diferentes, pois os juros convencionados pelas partes podiam, conforme o caso, abranger ou não a correção monetária, desde que prefixada pelas partes. Assim, surgiu, na linguagem bancária, a chamada "comissão de permanência" à qual aludem as Circulares do Banco Central definida como abrangendo, de modo global, os juros, encargos e comissões, cobrados pela instituição financeira na operação primitiva e que passam a incidir sobre o devedor, no caso de mora (Circular 82, de 15.3.67), substituindo os juros moratórios.

101. Efetivamente, verifica-se que a Circular 77, V, estabelecia a alternativa de cobrança da "comissão de permanência", tão-somente, "quando não cobrados juros de mora", criando-se, assim, na época, uma certa equiparação entre a comissão e os encargos financeiros incidentes no caso de mora.

102. Assim, os contratos passaram a prever os encargos financeiros do devedor no prazo contratual e no caso de mora, denominando-se a "comissão de permanência" o conjunto dos encargos incidentes na hipótese de impontualidade do devedor, que podiam abranger ou excluir a correção monetária.

103. Escreve L. G. Paes de Barros Leães que a comissão de permanência representa "um acréscimo sobre os dias de atraso, ou seja, sobre o período em

que o título 'permanece' sem ser liquidado após o seu vencimento, nas mesmas bases proporcionais de juros, correção monetária e encargos cobrados na operação primitiva, para que também permaneça imutável o rendimento produzido pelo capital investido". (*Mercado de Capitais & insider trading*, tese, São Paulo, 1978, p. 76).

104. Na realidade, conforme o caso e a época e atendendo-se ao fato de haver o não tabelamento de juros, a comissão de permanência podia abranger uma estimativa da correção monetária (quando prefixada) ou ser cumulada com ela (quando pós-fixada ou real), o que explica um certo tumulto jurisprudencial no tocante à cumulação da comissão de permanência com a correção monetária e até a correção cambial. (V. a respeito o acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul, in *Ajuris*, v. 34, p. 159).

105. Durante algum tempo os Tribunais abrangeram, na "comissão de permanência", a totalidade dos encargos financeiros inicialmente previstos, no contrato, o que numa época de inflação crescente podia não corresponder à taxa real de mercado, por ter sofrido aumento substancial a correção monetária. Em tais casos, a cumulação da comissão e da correção tinha a vantagem de permitir que o banco recebesse uma compensação pela chamada "correção monetária residual".

106. De qualquer modo, aplicando a Circular 82, as instituições financeiras podiam cobrar do devedor no caso de mora: a) a comissão de permanência abrangendo juros, encargos e comissões (e, eventualmente, a correção monetária na forma prevista contratualmente); b) o imposto sobre operações financeiras; c) a correção monetária quando não computada na comissão de permanência.

107. Esclarecendo a Circular 82 que não permitia a cobrança, a título algum, de outras quantias compensatórias do atraso de pagamento, não ficou clara e evidenciada, de modo incontestável, a viabilidade de cobrança de cláusula penal, podendo a mesma ser considerada como encargo contratualmente previsto de caráter não compensatório e que deveria assim incidir legitimamente sobre o devedor.

108. O problema não ensejou jurisprudência mansa e pacífica, havendo acórdãos que não admitiram a cumulação da comissão de permanência e da cláusula penal, por considerar que haveria, no caso, um *bis in idem* (Acórdão do AI 21.867, j. em 17.2.82 pela 7.^a C. do TARJ, in *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, parte III, de 7.2.83, p. 59), embora após a Súmula 616, tal orientação não mais possa prevalecer.

109. Também se pode entender que havia, na realidade, três sistemas distintos com regimes jurídicos próprios: o das operações entre particulares, o das operações financeiras propriamente ditas e o das operações que poderíamos chamar financeiras por equiparação legal. Estas abrangem a cobrança bancária de títulos descontados e caucionados e a cobrança simples, que obedeceriam ao disposto na Circular 82, mantida a liberdade mais ampla de cobrar encargos e multas nos casos em que o banco é credor por título próprio.

110. As operações para-financeiras ou financeiras por equiparação legal, das quais cogita a Circular 82, têm um tratamento próprio, pois a distinção legal e jurisprudencialmente estabelecida entre os campos de incidência e não incidência da Lei de Usura não atende à figura do credor, ou seja, à titularidade do direito, mas ao modo de cobrança do crédito, tanto assim que os acórdãos do STF se referem à não aplicação do Dec. 22.626 nos casos de operações bancárias e de utilização dos serviços bancários, entre os quais se destaca, por exemplo,

a cobrança simples. Este critério não deixa de ser lógico, pois atende à função de intermediação e de prestação de serviços, que caracteriza a instituição financeira contemporânea.

III. A REFORMA MONETÁRIA E A LEGISLAÇÃO VIGENTE

111. Os Desc.-leis 2.283, de 27.2.86 e 2.284, de 10.3.86, congelaram os índices de correção e vedaram, sob pena de nulidade, as cláusulas de reajuste monetário, tentando restabelecer a estabilidade do poder aquisitivo da moeda nacional, pelo prazo mínimo de um ano.

112. No discurso do Presidente da República, pronunciado na ocasião da assinatura do primeiro dos mencionados Decretos e que equivale a uma Exposição de Motivos do mesmo, ficou claro que o Governo pretendia, com a nova legislação, debelar a inflação considerada como "o pior inimigo da sociedade", decidindo extinguir "a correção monetária generalizada", a fim de impedir a realimentação da inflação.

113. Passamos, assim, de uma economia na qual o custo de vida aumentava cerca de 15% por mês a uma economia cuja finalidade básica era alcançar "a inflação zero".

114. Numa sociedade dominada pela correção monetária por mais de 20 anos, é evidente que se impunha uma revisão legislativa e regulamentar nas relações entre mutuantes e mutuários, financiadores e financiados, a fim de estabelecer novas bases de compensação pelo uso do dinheiro alheio e de remuneração pelos serviços bancários, a partir do momento que a moeda estável deixava de ser uma ilusão e pretendia tornar-se uma realidade.

A) A Resolução 1.129, de 16.5.86

115. Em 15.5.86, o Conselho Monetário Nacional baixou a Res. 1.129, que veio a ser publicada no DOU de 16.5.86, com a seguinte redação:

"I — *Facultar aos Bancos Comerciais, Bancos de Desenvolvimento, Bancos de Investimento, Caixas Econômicas, Cooperativas de Crédito, Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento e Sociedades de Arrendamento Mercantil cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, 'comissão de permanência', que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento*".

"II — Além dos encargos previstos no item anterior, não será permitida a cobrança de quaisquer outras quantias pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos.

"III — Quando se tratar de operação contratada até 27.2.86, a "comissão de permanência" será cobrada:

"a) nas operações com cláusula de correção monetária ou de variação cambial nas mesmas bases do contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento;

"b) nas operações com encargos prefixados e vencidas até 27.2.86 até aquela data, nas mesmas bases pactuadas no contrato original ou a taxa de mercado praticada naquela data, quando se aplicará o disposto no art. 4.º do

Dec.-lei 2.284/86, e de 28.2.86 até o seu pagamento ou liquidação, com liquidação com base na taxa de mercado do dia do pagamento; e

“c) nas operações com encargos prefixados e vencidas após 27.2.86, com base na taxa de mercado do dia do pagamento.

“IV — O Banco Central poderá adotar as medidas julgadas necessárias à execução desta Resolução.

“V — Esta Resolução entrará em vigor na data da sua publicação, ficando revogados o item XIV da Res. 15, de 28.1.66, o item V da Circular 77, de 23.2.67, as Cartas-Circulares 197, de 28.10.76 e 1.368, de 5.3.86”.

116. O texto foi posteriormente republicado, no *DOU* de 2.6.86, por ter saído com incorreções no seu item II, passando o mesmo a ter a redação seguinte:

“II — Além dos encargos previstos no item anterior, não será permitida a cobrança de quaisquer outras quantias *compensatórias* pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos.”

B) A compensação do credor: A comissão de permanência e os juros moratórios (item I da Resolução)

117. No item I, ficou claro que, no caso de atraso de devedores das instituições financeiras, estas podiam cobrar cumulativamente os juros de mora e a “comissão de permanência”, que deveria ser calculada, alternativamente, de acordo com as taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado no dia do pagamento.

118. O conceito de taxa de permanência na Res. 1.129 passa a excluir, em tese, a correção monetária, durante o período de um ano a partir de 28.2.86, abrangendo, pois, os juros e comissões nos limites admitidos, explícita ou implicitamente, pelas autoridades monetárias. O limite é explícito quando ocorre tabelamento e implícito quando não há tabelamento. A comissão abrange, pois, a totalidade da remuneração do banqueiro estipulada no contrato original ou exigida em operações da mesma natureza na data do vencimento da obrigação ou do pagamento do débito, sendo, nestas últimas hipóteses, denominada taxa de mercado em contraposição à taxa contratual.

119. De acordo com o item I da Res. 1.129, a compensação da instituição financeira se limita, pois, à cobrança cumulativa da comissão de permanência e dos juros moratórios, ou seja, à taxa de juros inicialmente fixada ou à taxa atual, acrescida dos juros moratórios, em ambos os casos.

120. Quanto aos juros moratórios, enquanto não tabelados pelo Conselho Monetário Nacional, entendemos que podem ser livremente fixados por acordo das partes no caso de ser credora uma instituição financeira, pois o art. 1.062 do CC tem natureza permissiva, não sendo de ordem pública, como se verifica pelo seu texto que é o seguinte: “A taxa dos juros moratórios, quando não convencionalizada (art. 1.262) será de 6% ao ano”.

121. A jurisprudência reconhece que o art. 1.062 não está revogado, embora tenha, em determinados casos, a sua aplicação limitada pela legislação posterior (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, v. 73, p. 76). Como já tivemos o ensejo de verificar, não se aplica, na hipótese, a Lei de Usura que foi derogada em relação às instituições financeiras.

122. Assim sendo, desde que tenha havido estipulação contratual, nada impede a cobrança, por instituição financeira, em relação aos seus créditos, de

taxa de juros moratórios de valor superior à legalmente prevista, inclusive, ao máximo estabelecido pela Lei de Usura, embora entendamos que o mesmo não deve ser ultrapassado, por medida cautelar.

C) A penalidade do devedor: Pagamento do valor previsto como cláusula penal moratória (item II da Resolução)

123. É importante assinalar que na republicação da Resolução (DOU de 2.6.86, p. 7.944) foi acrescentado no item II o adjetivo *compensatórias* que qualifica a palavra *quantias*, de tal modo que se esclareceu, em relação ao texto originariamente publicado, que estava vedada a cobrança de quaisquer outras "quantias compensatórias (a não ser as previstas no item I) pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos". Manteve, aliás, a Res. 1.129, a redação consagrada pelo MNI, que também se refere às quantias compensatórias (MNI, 16, 9, 10, 5).

124. Já evidenciamos que a cláusula penal moratória não é uma quantia compensatória, mas uma verdadeira pena civil, que o credor pode exigir cumulativamente com a obrigação principal e, tratando-se de dívida de dinheiro, conjuntamente com os juros moratórios.

125. Efetivamente, o art. 919 do CC esclarece que: "Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, *terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal*" (grifos nossos).

126. Por sua vez, o art. 1.061, do mesmo diploma, determina que: "As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, *consistem nos juros de mora e custas, sem prejuízo da pena convencional*" (grifos nossos).

127. A jurisprudência tem admitido, reiteradamente, a cumulação da cláusula penal ou multa com o pagamento dos juros moratórios, como se verifica pela recente Súmula 209 do TFR que, embora fazendo referência à legislação especial das execuções fiscais, reflete a posição sistemática do nosso Direito no seu todo. A mencionada Súmula considera que: "Nas execuções fiscais da Fazenda Nacional, é legítima a cobrança cumulativa de juros de mora e multa moratória" (DJU, de 3.6.86, p. 9.534).

128. Em vários pareceres recentes, a doutrina teve o ensejo de se manifestar neste sentido, como se verifica na resposta dada pelo eminente Prof. Washington de Barros Monteiro, em 24.3.86, à consulta que lhe foi feita por empresa industrial que, no caso de mora dos seus clientes, pretendia cobrar cumulativamente os juros de mora, multa contratual de 5% e honorários de advogados.

129. No mesmo sentido se manifestou o ilustre advogado e membro da Comissão Jurídica da ANBID, Dr. Renato A. Gomes de Souza, em suas manifestações sobre a matéria, tanto antes quanto depois da Reforma Monetária e, especialmente, após a entrada em vigor da Res. 1.129.

130. Cabe, aliás, salientar que a regulamentação da cláusula penal, sendo matéria de Direito Civil ou Comercial, mas não estando vinculada aos juros, não podia ser, como não foi, matéria regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional, que somente é competente para fixar o valor de juros, comissões e encargos financeiros, nos termos da Lei 4.595.

131. Por outro lado, o exemplo do direito comparado nos leva à mesma conclusão, pois, nos demais países de sistema jurídico parecido com o nosso,

também é reconhecido pelos tribunais o direito de cobrança cumulativa de juros moratórios e cláusula penal.

132. Em relação ao direito francês, por exemplo, os Profs. René Rodière e Jean Louis Rives-Lange esclarecem que a cláusula penal não integra o valor dos encargos financeiros, colocando-se no plano das sanções do inadimplemento contratual e não da remuneração do capital.

133. Invocam os mestres do Direito Francês a jurisprudência do seu país para a qual: "Les indemnités forfaitaires prévues au contrat constituant des clauses pénales qui ne jouent que comme la sanction de l'inexécution par les débiteurs de leurs obligations et elles ne peuvent pas être prises en considération pour l'appréciation du taux réel d'intérêt;... elles se placent sur le terrain de la responsabilité civile et non sur celui de la rémunération du capital". (René Rodière e Jean Louis Rives-Lange, *Droit Bancaire*, Paris, Dalloz, 1973, p. 286).

134. E acrescentam, louvando a posição dos tribunais franceses, que a solução por eles acatada merece ser aprovada (*obra e local citados*).

135. Em relação à cláusula penal, chegamos, pois, às conclusões seguintes: a) o artigo 8.º da Lei de Usura está revogado; b) de acordo com o Código Civil, nada impede que haja cumulação de juros moratórios e de cláusula penal; c) em tese, o Conselho Monetário Nacional não tem competência para estabelecer normas referentes à cláusula penal, que é matéria do direito das obrigações que não se inclui no regime dos juros, comissões e demais encargos financeiros que constituem a remuneração das instituições financeiras (art. 4.º, IX, da Lei 4.595). As normas sobre cláusula penal e responsabilidade civil, não estando vinculadas à remuneração do capital, somente podem ser contidas em leis em sentido formal oriundas do Congresso Nacional; d) as Resoluções do Conselho Monetário Nacional não tratam da cláusula penal, mas tão-somente, das quantias compensatórias do atraso do pagamento do débito (item II da Res. 1.129 e, MNI 16, 9, 10, 5), permitindo, *a contrario sensu*, a cobrança da penalidade civil convencionalizada pelas partes.

D) Considerações complementares e conclusões quanto aos créditos das instituições financeiras

136. Já há algum tempo que dúvidas surgiram, no Banco Central do Brasil, quanto à viabilidade da cobrança da cláusula penal independentemente da propositura de ação judicial e essas dúvidas podiam ter justificativa antes da vigência do Código Civil de 1973 e da Súmula 616, quando a jurisprudência, na matéria, era nebulosa.

137. Ocorre que no início deste ano, nos ofícios dirigidos à ACREFI e à ABEL pelo Chefe do Departamento de Fiscalização (ofícios DEFIS/GABIN 86/023 e DEFIS/GABIN 86/022, ambos datados de 10.1.86), foi salientado que só estaria revogada parte do art. 8.º da Lei de Usura e que, conseqüentemente, a cláusula penal não poderia ser cobrada, a não ser após a venda do bem dado em garantia, no caso de alienação fiduciária, ou desde que intentada ação judicial.

138. Já vimos que, com a devida vênia, não procede esta distinção que não foi feita nem pelo legislador, nem pelos tribunais e que não encontra fundamento lógico nem sistemático (itens 85 e 86 do presente parecer).

139. Efetivamente, a lei processual não a estabeleceu e a Súmula 616 a ela não se refere e considera revogado o artigo 8.º *in totum*, sem qualquer reserva ou ressalva.

140. Por outro lado, do ponto de vista lógico, destinando-se a cláusula penal a ser uma pena aplicável em virtude da impontualidade — e não uma compensação pelos honorários de advogado devidos ao vencido —, não há razão para condicionar a sua exigibilidade à propositura de ação judicial ou à venda de bens na alienação fiduciária. O único pressuposto de sua incidência é, nos precisos termos do Código Civil (art. 921) a mora, ou seja, o inadimplemento relativo, o não pagamento oportuno e pontual das prestações devidas.

141. Caberia até salientar que, no tocante aos honorários de advogado e à cláusula penal, o Conselho Monetário Nacional não é competente para fixar normas por não se tratar de encargos financeiros, que se enquadrem nas atribuições reconhecidas às autoridades monetárias.

142. Mesmo admitindo que possam essas autoridades limitar a incidência da cláusula penal, modificando as normas do Código Civil, não o fizeram, como se verifica pela Res. 1.129, item II, que se limitou a proibir a cobrança de qualquer quantia *compensatória*, como já tivemos o ensejo de salientar (n. 123 do presente parecer).

143. Cabe, pois, ao Banco Central interpretar as Resoluções do Conselho Monetário Nacional, sem alterá-las, nem ampliar o seu conteúdo, sob pena de violação das normas de nível superior pela autoridade encarregada de aplicá-las. E a interpretação da Res. 1.129 não pode ser extensiva, especialmente por que o Conselho incluiu, na republicação, a qualificação das quantias que não podiam ser cobradas, além das previstas, e que eram as *compensatórias*, excluindo-se da incidência da Resolução, conseqüentemente, tanto a cláusula penal como os honorários de advogado, aquela decorrente da regulamentação do Código Civil (com o limite de 10% fixado pela Lei de Usura) e estes previstos no Código de Processo Civil.

144. No ofício de 29.1.86 que dirigiu ao Exmo. Sr. Diretor de Fiscalização do Banco Central, o Presidente da ACREFI, Prof. Américo Oswaldo Campiglia teve o ensejo de salientar que devia prevalecer, na matéria, o entendimento da COMEC — Comissão Consultiva do Mercado de Capitais —, de 3.3.83, que se encontrava pendente de deliberação do Conselho Monetário Nacional e que admitia a cumulação da comissão de permanência e da multa contratual cobradas pelos bancos de investimento, pelas financeiras e pelas sociedades de arrendamento mercantil.

145. Manifestação idêntica teve, na época, o Presidente da ABEL — Associação Brasileira de Empresas de Leasing, em ofício dirigido ao Chefe do Departamento de Fiscalização do Banco Central, invocando, além da jurisprudência dos tribunais, a interpretação lógica e sistemática da lei.

146. Acresce que, após a Reforma Monetária, a inadimplência aumentou em virtude de não mais ser exigida a correção monetária, como tem sido salientado pela imprensa (*Folha de S. Paulo*, de 6.6.86, p. 7) e a incidência da cláusula penal se tornou o único instrumento hábil de pressão para evitar a procrastinação indefinida do pagamento das prestações em atraso, que acaba ensejando um enriquecimento indevido dos devedores inadimplentes em detrimento do sistema financeiro.

147. Finalmente, no mesmo sentido, opinaram, em pareceres, os advogados Eduardo Carvalho Tess e Tito Hesketh, em resposta à consulta da ACREFI, em

5.11.85, e o Dr. Luiz Ignácio Homem de Mello, Coordenador da Comissão Permanente de Estudos Jurídicos da ACREFI, em 3.6.86.

148. Assim sendo, desde que haja previsão contratual expressa, nada impede que sejam cobrados dos devedores da financeira, cumulativamente: a) a comissão de permanência (juros e comissões fixados na data do contrato ou por ele previstos para a hipótese de mora ou, ainda, juros e comissões vigentes no mercado na data fixada para o pagamento ou da sua efetivação); b) juros moratórios; c) cláusula penal, na forma prevista no contrato; d) honorários de advogado decorrentes de previsão contratual ou acordo amigável (independentemente de ingresso em juízo e desde que haja funcionamento efetivo de advogado) ou sentença judicial.