V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

RUBENS BEÇAK

SANDRA REGINA MARTINI

LEONEL SEVERO ROCHA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Leonel Severo Rocha; Rubens Beçak; Sandra Regina Martini – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-468-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

V ENCONTRO VIRTUAL “Inovação, Direito e Sustentabilidade”, do CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

TEXTO DE APRESENTAÇÃO - GT FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 16 de junho de 2022, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do V Encontro Virtual "Inovação, Direito e Sustentabilidade”, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores Leonel Severo Rocha, Rubens Beçak e Sandra Regina Martini, que envolveu quinze artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, nos impulsionam à imprescindibilidade da análise hermenêutica dos dilemas da atualidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira.

O primeiro trabalho é “NOTAS SOBRE SOBERANIA E SOBREVIVÊNCIA A PARTIR DE GIORGIO AGAMBEN” desenvolvido por Lucas Bertolucci Barbosa de Lima e Vinny Pellegrino Pedro. No referido estudo, os autores analisam a forma como Giorgio Agamben determina o que é próprio da política contemporânea. A pesquisa é dividida em três tópicos, sendo eles: a relação entre poder soberano e vida nua a partir de Giorgio Agamben e suas implicações para a filosofia política ocidental; a conceituação da noção de campo como paradigma revelador de uma mudança na metafísica jurídica contemporânea; e o modo como o racismo estatal e o humanitarismo funcionam como anversos que se sustentam no jogo da biopolítica contemporânea.

“HERMES SOBERANO: CONTRIBUIÇÕES DA OBRA HOMO SACER DE AGAMBEN AO ESTADO DE “NATUREZA HERMENÊUTICO BRASILEIRO”, apresentado por Fabricio Carlos Zanin trata da contribuição da obra “Homo sacer” à hermenêutica jurídica.

O tema “O ROBÔ-JULGADOR E A HERMENÊUTICA JURÍDICA” desenvolvido por Elisa Maffassiolli Hartwig tem como objetivo responder a dois problemas de pesquisa: se a tomada de decisões judiciais pelo robô-juiz é possível e se é desejável.

O artigo de autoria de Francisco Fernando Brito de Moura, Gabriel Lucas Viegas e Leandro José de Souza Martins intitulado como “UM CASO POR VEZ: UMA LEITURA DO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN A PARTIR DA NOÇÃO ARISTOTÉLICA DE PRUDÊNCIA”, investiga a presença de traços da noção aristotélica de prudência no minimalismo judicial de Cass Sunstein, especialmente as características do juiz minimalista descrito pelo autor estadunidense.

De autoria de Aline Seabra Toschi, apresentado pela mesma, é “A DESLEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O PARADOXO DE ALICE”, que tem como proposta a abordagem da deslegitimação do Poder Judiciário pela degeneração do Direito que, a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, é considerada como perda da autonomia da Ciência Jurídica.

“UMA APRECIAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DE LUHMANN E HART”, apresentado por Débora Simões Pereira, cuja pesquisa discute a evolução do direito e a relação entre este e a moral a partir de um diálogo entre teóricos como Niklas Luhmann e Herbert Hart.

“A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO NATURAL DE TOMÁS DE AQUINO”, é o trabalho de Amin Abil Russ Neto e Clayton Reis. Os autores analisam a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva de Tomás de Aquino, utilizando-se de levantamento bibliográfico, buscam responder qual é a definição de dignidade da pessoa humana segundo o direito natural tomista.

O artigo “FILOSOFIA DO DIREITO: UMA ARGUMENTAÇÃO SOBRE O JUSNATURALISMO, JUSPOSITIVISMO E PÓS-POSITIVISTAS”, desenvolvido por Severino Alexandre Biasoli, cujo estudo contextualiza uma possível ligação entre a lei e a moral pelos vieses das correntes jusnaturalistas, juspositivistas e neoconstitucionalistas.

Francisco Saldanha Lauenstein é autor do artigo “A FILOSOFIA DO DIREITO EM CIRCUNLÓQUIO”, sendo apresentado pelo mesmo, oriundo de pesquisa em filosofia do direito, dispõe que a gnosiologia mantém métodos cientificistas, que tentam emular métodos

das ciências naturais do séc. XIX, não permitindo que a hermenêutica – Heidegger e Gadamer – seja adotada e desenvolvida como método próprio e adequado, ignorando as consequências da "virada linguística".

"A RECEPÇÃO DA CONCEPÇÃO DE ÉTICA DE NIETZSCHE POR ZYGMUNT BAUMAN" é o trabalho de Cildo Giolo Junior, Lislene Ledier Aylon e Manoel Ilson Cordeiro Rocha, em que se busca identificar a recepção do egoísmo ético nietzschiano na pós-modernidade a partir da obra de Zygmunt Bauman.

Lislene Ledier Aylon apresentou o trabalho "A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSIDER TRADING", elaborado juntamente com Cláudia Gil Mendonça e Manoel Ilson Cordeiro Rocha, em que o referido estudo trata do insider trading - prática repelida no mundo todo e, no Brasil, punida pelas legislações administrativa, penal e cível. Utilizando-se desta última como objeto da pesquisa, os autores descrevem os aspectos gerais do insider trading no Brasil, elencando a responsabilidade civil como combate desta prática.

Ana Débora Rocha Sales explanou em seu artigo "AS METODOLOGIAS ATIVAS NO ENSINO JURÍDICO: APLICABILIDADE NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL", acerca da necessidade de implementação de novas técnicas de ensino que elejam o aluno como agente ativo, objetivando a implementação de metodologias ativas voltadas para a prática pedagógica trazendo a concepção sobre inteligência artificial, seu uso no direito e sua permanência na contemporaneidade.

"AXEL HONNETH E A TEORIA DO RECONHECIMENTO NO ÂMBITO JURÍDICO" é o trabalho de Daniel Stefani Ribas, oriundo de pesquisa em que o autor, utilizando-se do método de pesquisa hipotético-dedutivo, com base na legislação brasileira e na doutrina, aponta que a Constituição deve ser observada sob a ótica de Axel Honneth, tendo este como marco social para o Positivismo.

Fabrício Germano Alves e Vitor Cunha Lopes Cardoso são autores do artigo "CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS DE DECISÃO: OS JUROS CAPITALIZADOS NAS RELAÇÕES COM O CONSUMIDOR", em que se busca analisar a possibilidade de capitalização de juros pelas instituições financeiras, garantida pela jurisprudência e regulamentos do Conselho Monetário Nacional, face à aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos negócios com os entes financeiros.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração. Desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

Prof. Dra. Sandra Regina Martini – UNIRITTER/UFRGS

CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS DE DECISÃO: OS JUROS CAPITALIZADOS NAS RELAÇÕES COM O CONSUMIDOR

HERMENEUTIC CRITERIA OF DECISION: CAPITALIZED INTEREST IN CONSUMER RELATIONS

Fabrício Germano Alves
Vitor Cunha Lopes Cardoso

Resumo

Analisa-se a possibilidade de capitalização de juros de pelas instituições financeiras, garantida pela jurisprudência e regulamentos do Conselho Monetário Nacional, face à aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos negócios com os entes financeiros. Utiliza-se dos conceitos de Direito e decisão propostos pela hermenêutica, com enfoque nos critérios de Ronald Dworkin e do realismo jurídico, aplicando-os ao caso concreto. O método adotado é o hipotético-dedutivo, de natureza aplicada com abordagem qualitativa e pesquisa bibliográfica. Conclui-se que é possível a capitalização de juros no contrato consumerista, desde que limitada à razoabilidade, taxas médias de mercado e equilíbrio da relação contratual.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica, Juros capitalizados, Consumidor, Realismo jurídico, Decisão judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The possibility of capitalized interest by financial institutions is analyzed, guaranteed by jurisprudence and National Monetary Council's regulations, notwithstanding the application of the Consumer Protection Code in contracts with financial entities. The concepts of Law and decision proposed by hermeneutics are used, focusing on Ronald Dworkin's criteria and legal realism, applying them to the concrete case. The method adopted is the hypothetical-deductive of applied nature with a qualitative approach and bibliographic research. It is concluded that the capitalization of interest in the consumer contract is possible, if it's limited to reasonableness, average market rates and a balanced contractual relationship.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal hermeneutics, Capitalized interest, Consumer, Legal realism, Judicial decision

1. INTRODUÇÃO

É atribuída a Voltaire a expressão de que "é proibido matar; portanto, todos os assassinos são punidos, a menos que matem em grandes números e ao som de trombetas".

O tom crítico do filósofo iluminista, tratando sobre a hipocrisia das guerras e dos atos praticados pelo Estado, revela, em verdade, o relativismo e o subjetivismo ligados aos conceitos e interpretações, evidenciando, portanto, a imprescindibilidade da "correta" interpretação, um dos focos da ciência hermenêutica.

Na realidade jurídica, a "boa" interpretação expressa a inocultável urgência – e necessidade – do Estado-Juiz, que elege "resultados" desejáveis pelo ente estatal. Neste modelo, interpretar situações relativas e conceitos subjetivos (que possuem interpretações distintas e "percursos" diversos) torna-se fator essencial ao bom aplicador do Direito.

O presente trabalho tem por objeto a análise de desafios práticos por meio das teorias hermenêuticas que envolvem a Decisão, em especial os conceitos propostos por Ronald Dworkin, visando ofertar lastro decisório e argumentativo para a decisão do juiz que se depara com uma aparente contradição: a onerosidade dos juros capitalizados, também denominado anatocismo, em contraposição à aplicação dos princípios protetores do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Percebe-se na atual realidade, que a população brasileira é assolada pelas enormes taxas de juros presentes nos contratos pactuados, estes em maioria de adesão. Uma das origens desta possibilidade aos bancos é o posicionamento adotado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Não obstante, também proferida pelo mesmo órgão julgador, está a Súmula nº 297, que garante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações com as instituições financeiras.

Questiona-se, desta forma, se há possibilidade da coexistência de ambas as decisões no mundo jurídico, e se há qualquer limite para a aplicação de juros no sistema financeiro brasileiro atual, a partir da égide do Código de Defesa do Consumidor e à luz das teorias hermenêuticas.

O método adotado é o hipotético-dedutivo, de natureza aplicada com abordagem qualitativa e pesquisa bibliográfica.

Em primeiro momento, o foco tomado é a apresentação de conceituações teóricas, como a do direito como integridade, aos conceitos do romance em cadeia e do juiz Hércules.

Posteriormente, contextualiza-se a problemática a qual se pretende aplicar as bases teóricas mencionadas. Para tanto, conceitua-se a diferença entre as modalidades de juros e expõe-se o arcabouço legal pertinente. Na sequência, apresenta-se a jurisprudência chave que

irá determinar o posicionamento atual do Poder Judiciário frente ao tema dos juros capitalizados.

Por derradeiro, desenvolve-se uma análise acerca dos princípios e regras proeminentes estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, que irão nortear o conteúdo contratual e o limite deste nas relações consumeristas. Em seguida, atribui-se aplicação prática dos conceitos teóricos anteriormente abordados na intenção de solucionar a controvérsia da permissividade do anatocismo nas relações consumeristas.

2. A DECISÃO JUDICIAL SOB A ÓTICA HERMENÊUTICA

Ao Poder Judiciário é concedido o poder de decisão. Há uma expectativa social do posicionamento e da ação estatal, que em uma das possibilidades, parte do Poder Judiciário. Esta expectativa de decisão surge, todavia, de um pressuposto de regras e convenções, nascidas de diversos fatores que tendem a fugir do alcance deste trabalho.

O que se torna interessante abordar aqui é a perspectiva de como será realizada, produzida, confeccionada a postura estatal por meio do Poder Judiciário, a partir do depósito da expectativa social e da transferência da capacidade de tutela e de solução dos problemas do indivíduo e suas relações interpessoais com o sistema complexo do Estado Democrático de Direito.

Segundo Nojiri (2017), há a busca de uma verdade no processo judicial. Isto se dá pela concepção de que há a prévia constituição de elementos fáticos e jurídicos. Tradicionalmente, portanto, espera-se que tais fatores fixados ocupem um papel de cerceadores da esfera íntima daquele que se posiciona como julgador, não prevalecendo tão somente as crenças e desejos deste. Há, consequentemente, uma necessidade de basear-se na razão, alcançando um resultado justificado.

As problemáticas e desafios das decisões são, precisamente, o objeto da *Teoria da Decisão*, que objetiva aplicar análises e critérios aos questionamentos encontrados, ou seja, fornece os instrumentos necessários para a solução do problema, racionalizando e justificando a escolha.

A hermenêutica auxilia igualmente a elaboração das decisões, atuando na interpretação do Direito, das disposições normativas e finalidades destas, visando uma análise apurada da lei, do agente e do indivíduo, participantes de uma complexa relação.

Aplica-se, portanto, uma espécie de instrumentalidade da decisão racional, ensejando a ideia de uma ação firmada em critérios, prioridades e metas traçadas.

Não se pode omitir, frise-se, a perspectiva fundamental das análises das decisões no

ordenamento brasileiro, que é o crivo constitucional da fundamentação, previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Max Weber (2000, p. 71) afirmou que o próprio julgador se configura como criador de norma geral de direito objetivo, por haver a decisão um alcance que extrapola o caso concreto. No mesmo raciocínio, confirmou Grau (2005, p. 22) que o ato de interpretar seria não apenas declaratório, mas também constitutivo.

Para estabelecer os critérios de uma decisão “aceitável” e “adequada” ao ordenamento jurídico vigente, realiza-se a apresentação de conceitos teóricos de alguns renomados pesquisadores do Direito, com enfoque nas soluções propostas por Dworkin.

Criador de um modelo basilar de sistema democrático e jurídico, o jurista austríaco Hans Kelsen formulou teorias acerca do sistema do Direito em si e as propriedades e papéis da decisão judicial.

Partindo do pressuposto positivista, Kelsen pretende erguer uma ciência jurídica autônoma, constituindo o Direito como o “dever-ser”, não sendo maculado por elementos alheios ao mundo jurídico. Assim, concentra-se o foco da teoria na análise e na percepção formal e estrutural do Direito, sendo as descrições construídas pelo próprio detalhamento da forma.

Sob este viés, não há, para Kelsen (1991, p. 40), decisão ou interpretação falsa, considerando que a análise se baseia exclusivamente na “autenticidade” da decisão, havendo falha na interpretação (ou ausência de autenticidade) quando esta não possui legitimidade formal, resultando em mero ato cognitivo, de vontade. Já a decisão autêntica é realizada com base em competência legalmente estabelecida, proveniente do pressuposto legal (KELSEN, 1991, p. 387). A justiça pode ser percebida como resultado visado pela consciência do aplicador, sendo o verdadeiro Direito aquele concebido pela forma válida.

Após os pilares edificados por Kelsen, a interpretação e a filosofia jurídica continuaram a se desenvolver, atuando o jurista austríaco como um dos mestres de um cientista do Direito dinamarquês que se tornou um dos fundadores do realismo jurídico escandinavo: Alf Ross.

Unindo-se ao positivismo lógico, Ross pregou a existência de uma conexão entre o Direito vigente e a justiça, indicando a presença de dois essenciais aspectos: a presença de uma norma fundamentando a decisão e a necessidade de que a decisão seja a aplicação adequada de uma norma (ROSS, 2000, p. 330).

Inexiste, portanto, para o autor, uma ordem jurídica caso ausente uma racionalidade

mínima, a partir da regularidade e previsibilidade. Não nega, todavia, a possibilidade de uma dualidade na decisão: a generalização por meio de critérios objetivos e as tendências subjetivas objetivando a equidade (ROSS, 2000, p. 331).

Há, portanto, a possibilidade de caracterizar uma decisão judicial como injusta a partir de aspectos objetivos (formais) ou aspectos subjetivos (a partir de uma interpretação que foge do ideal de justiça).

Uma das formas de verificação propostas pelo dinamarquês é, assim, a avaliação da tipicidade e regularidade das interpretações e valorações corriqueiras, preenchendo o critério objetivo a decisão que se enquadra nesta expectativa, sendo subjetiva a que foge destes "caminhos" comuns (ROSS, 2000, p. 334).

Expostos os conceitos mencionados, explora-se também as visões expostas por Dworkin.

É no epílogo da obra *law's empire*, traduzida no Brasil como "O império do Direito", que Dworkin expressa de maneira concisa e cristalina o que seria o Direito. Diz que o Direito é um conceito interpretativo, ou seja, é alcançado por meio da interpretação (DWORKIN, 2007, p. 488). Desta maneira, devem os julgadores abstrair o que seria o Direito a partir da análise da própria comunidade política.

Dworking informa que "segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade" (DWORKIN, 2007, p. 272).

Para compreender melhor o conceito geral de Direito por Dworkin é preciso tecer comentários acerca da proposta de entender o Direito como uma espécie de romance em cadeia.

Cria-se, portanto, uma metáfora em que um grupo de romancistas elabora uma obra em série. Cada vez que um novo capítulo é criado, este é adicionado ao teor geral da obra e repassado ao romancista seguinte, que irá realizar a interpretação do conteúdo que recebeu e, a partir de então, confeccionar um novo capítulo, de maneira sucessória (DWORKIN, 2007, p. 276).

É preciso frisar, porém, que é dever de cada romancista inserido nesse sistema que ele elabore da melhor maneira possível o capítulo, ao ponto de não ferir a unidade da obra, para que esta pareça que tenha sido escrita por um só autor. Exige-se, portanto, do romancista, a capacidade de tecer diversas avaliações gerais do que fora confeccionado até então, admitindo as possíveis falhas existentes no romance até então, mas inserindo sua interpretação de maneira que se adeque ao panorama da obra (DWORKIN, 2007, p. 277-278).

Diante das dificuldades dos conceitos complexos, a solução adequada proposta por Dworkin é utilizar de interpretação que alcance os ideais morais e políticos da comunidade em questão. Chamado de *interpretativismo*, este método propõe que as leis e a moral não são sistemas independentes, mas estas comunicam-se ao buscar a adequação com a comunidade. (DWORKIN, 2011, p. 402).

Importante frisar, porém, que apesar da aproximação do conceito de Direito interpretativo proposto por Dworkin à moralidade política de uma comunidade, não há o reinado do subjetivismo puro, que permita qualquer interpretação por parte do julgador, que irá fugir dos vocábulos expressos da norma. Para o jurista, há sim o alcance de respostas certas, a partir da correta adequação e justificação da interpretação.

Este choque de métodos de resoluções de questões jurídicas fez-se necessário para elucidar as qualidades e possíveis inovações proporcionadas pela Teoria do Direito como integridade.

Para tanto, Dworkin, em obra intitulada "Levando os direitos a sério" (2007), adota um modelo ideal de julgador, que denomina de Juiz Hércules. Este julgador herdou este nome pois seria dotado de "capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas" (DWORKIN, 2007, p. 165). Este julgador será guiado pela prática jurídica da comunidade a qual pertence, alcançando todos os conceitos que são inclusos pelo termo geral, como as leis, a moralidade e os costumes.

Hércules aplicará às decisões judiciais os nortes já discutidos neste trabalho, seja seguindo os limites propostos pela proposta do *chain novel* (romance em cadeia), em que é cerceado pela ideia de continuação da situação lógica apresentada pelo que já fora produzido, como também prezando pela estética e unidade total. O papel do juiz Hércules, para Dworkin, é o de perseguir a resposta correta.

Diante de análise de precedentes, Hércules irá utilizar uma doutrina de equidade, que oferece uma única explicação ao correto modo de aplicar o precedente em sua totalidade. É possível que este extraia conclusões próprias, diante da complexidade dos casos difíceis.

O jusfilósofo estadunidense prega que Hércules, diante dos precedentes, deverá possuir uma visão mais ampla possível, analisando a totalidade do sistema apresentado. Hércules deve descobrir se os princípios estão ajustados não somente ao precedente específico mas também a todas as outras decisões na jurisdição geral, além das normas. Caso haja divergência com o panorama, visto que o tribunal sustenta visões distintas, verifica-se que não houve uma decisão equânime (DWORKIN, 2007, p. 181).

Estabelece-se, assim, o arcabouço teórico da análise prática proposta.

3. OS JUROS NO BRASIL: EXPOSIÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

Traçados os patamares teóricos acerca das visões de cunho hermenêutico e as soluções para as decisões judiciais diante de casos complexos, revela-se oportuno destinar o olhar à realidade fática que se propõe discutir.

Neste tópico será realizada a contextualização de uma problemática relevante ao Poder Judiciário brasileiro, especialmente voltada ao ramo do Direito Privado e Contratual.

Possivelmente, uma das ações mais corriqueiramente ajuizadas é a revisional de contratos, que objetiva alterar os termos do negócio jurídico praticado, sob argumento de possível ilegalidade do termo, ou que o pacto fere princípios estabelecidos na legislação, como o da harmonia contratual (art. 4º do Código de Defesa do Consumidor).

Dentre elas, as que esta pesquisa foca em analisar são as ações revisionais que envolvem os contratos com as instituições financeiras, especialmente no que tange à aplicação de taxa de juros capitalizados, também denominada de anatocismo.

Para que haja a discussão de como poderá ser confeccionada a decisão judicial diante do caso concreto, é prudente em momento anterior apresentar o arcabouço normativo e jurisprudencial a respeito do tema, como também introduzir a evolução dos juros e demonstrar, sem desviar do foco necessário, conceitos básicos desta matéria aritmética, para que possa ser compreendido o impacto financeiro que o método de juros utilizado gera nos negócios jurídicos.

A partir do momento histórico em que o ser humano passou a perceber a correlação do tempo com o dinheiro, incidiu-se o primórdio da ideia dos juros. Em termos livres, pode-se defini-los como um preço pelo uso do capital no decorrer de um determinado período. Mendonça define juro como o preço de uso de um capital e a recompensa do risco adotado pelo credor (1956, p. 82). Os juros se tornaram peça-chave nos modelos econômicos e sociais da história da humanidade, moldando as relações contratuais, mesmo as mais primitivas.

Também como abordagem preliminar, faz-se necessário informar acerca dos conceitos de juros simples e compostos, estes últimos reconhecidos como a prática do anatocismo. Segundo Mendonça (1956, p. 91), a origem do termo se dá pelos vocábulos gregos *ana* (repetição) e *tokos* (juro), ou seja, juros de juros.

Os juros simples incidirão apenas sobre o valor principal, não havendo a incidência de novos juros a cada período. Podem ser calculados pela multiplicação do capital inicial com a taxa de juros do período e o número de períodos.

Já os juros compostos são determinados pela soma do valor destes ao capital, a cada período de cobrança, alterando o cálculo do período posterior. Ou seja, soma-se ao montante o

cálculo dos juros, alterando este valor total a cada momento subsequente de cobrança.

Nota-se que há uma gama imensa de dispositivos legais que se relacionam ao assunto abordado, todos estes geram perceptíveis mudanças econômicas e sociais a partir do momento da sua validade. É estritamente necessário perceber, em primeiro lugar, que o legislador brasileiro, junto com o Poder Judiciário, optou por separar as incidências relacionadas à cobrança de juros nas instituições financeiras e nos demais contratos realizados. Constata-se uma tentativa de evitar maiores danos à economia nacional, havendo a criação de perspectivas diferenciadas quando se trata dos negócios relacionados às instituições financeiras.

Em primeiro lugar, deve-se abrir espaço para citar o que dispõe o Decreto nº 22.626/1993, também comumente denominado Lei da Usura. A partir desta disposição legal, houve um estabelecimento de noções contrárias à cobrança excessiva dos juros. Destacam-se ao menos duas disposições na supracitada lei, sendo elas o que expõe o art. 1º e o art. 11[1].

Nesta seara, observa-se a disposição cristalina da lei em limitar as taxas de juros nos contratos realizados, inclusive trazendo a possibilidade da figura usualmente conhecida como repetição do indébito, medida muito utilizada nas lides processuais.

Ainda em conformidade com o histórico legal apresentado deve-se comentar acerca da existência da Lei nº 1.521/1951 que, corroborando com a anterior Lei de Usura, classifica como crime contra a economia popular a abusividade na cobrança de crédito, em seu art. 4º, gerando ainda maior base normativa contrária a qualquer abusividade cometida nos contratos pecuniários. A alínea "*b*" do art. 4º expressa um dos casos de proibição por parte da Lei[2].

É a partir da Lei nº 4.595/1964 que há a abertura de um paradigma que permite o tratamento diferenciado da legislação no que se refere às práticas das instituições financeiras. Com a vigência desta Lei, foi transferida a competência quanto as disposições acerca das limitações das taxas de juros ao Conselho Monetário Nacional (art. 4º, IX).

Importante é observar que no art. 4º, inciso IX, da Lei nº 4.595/1964 foi dada como competência do referido Conselho "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 da República do Brasil [...]".

Frente ao trazido pela Lei nº 4.595/1964, todas as disposições legais anteriores, que

---

[1] Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal. Art. 11. O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais.

[2] Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: [...] b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

caminhavam em um ideal menos libertário, com a existência de uma intervenção estatal forte na economia e nos contratos, foram deixadas de lado quando estiverem envolvidas as instituições financeiras. Constata-se ter sido esta uma opção do legislador para impulsionar a economia brasileira, na tentativa de tornar o país mais atrativo nacional e internacionalmente, fixando a atenção de novos investidores que viram nesta nova liberdade contratual, espaço para desenvolverem suas atividades no Brasil.

Note-se que desta forma, aparentemente, as instituições financeiras não mais estão limitadas pelos dispositivos anteriores que limitavam as taxas de juros. Adequam-se atualmente, desta forma, às disposições concedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Em estrito comprometimento com o ditado na Lei nº 4.595/1964, há a existência da Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal (STF), que aduz: "As disposições do Decreto nº 22.626/1933 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". O STF confirma, mais uma vez, o tratamento diferenciado perante as instituições financeiras no sistema legislativo brasileiro.

Um dos principais argumentos acerca da ausência de limitações aos bancos é também o que dispõe a Medida Provisória 2.170-36, de 2001. Esta, no art. 5º, não poderia ser mais clara ao afirmar que "nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano". De tal maneira, na situação fática atual, apesar das discussões doutrinárias presentes acerca do tema, há uma colaboração legal para que seja permitida a prática da usura, ou do anatocismo, por parte dos bancos/instituições financeiras. São oportunas, desta forma, as argumentações sobre os possíveis limites existentes nas disposições legais acima discutidas, e como deve o Poder Judiciário posicionar-se no caso concreto.

Como antes afirmado, o Direito não se trata somente da repetição acrítica do dispositivo legal, há, portanto, uma interpretação a ser feita quanto aos limites legais e do conflito real de direitos no caso concreto. No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário há tempos perdeu sua classificação de "boca da lei", passando a configurar-se como uma ferramenta de interpretação legal e perpetuação da equidade perante as relações de Direito.

Talvez o principal (e mais utilizado) precedente jurisdicional acerca da permissividade da capitalização de juros é o Recurso Especial de nº 973.827-RS, julgado em incidente de demandas repetitivas, que assevera diversas disposições e permissões referentes à prática do anatocismo nos contratos financeiros.

> [...] 1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de

> Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros. [...] 3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: - "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada." - "A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada". [...] 5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas. [...]. (STJ - REsp: 973827 RS 2007/0179072-3, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/08/2012, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 24/09/2012 RSSTJ vol. 45 p. 83 RSTJ vol. 228 p. 277).

Tal decisão atuou com caráter revolucionário no Poder Judiciário brasileiro. Por possuir ntureza de acórdão repetitivo, possibilitou inclusive a improcedência liminar de diversas ações revisionais por todo o país, gerando uma enorme liberdade contratual às instituições financeiras. Não se faz necessária para os fins desta pesquisa extensa descrição do teor da supracitada decisão, por ter os ditames claramente expressos.

Comumente, portanto, é utilizado o argumento por parte dos juízes que dentro do cálculo para a fixação dos juros a instituição financeira deverá prever: o valor a ser pago pela captação do dinheiro dos investidores, o imposto referente à operação, os custos administrativos para a manutenção e gestão do negócio (*v.g.*, aluguel, funcionários, tarifas públicas e material de expediente), a taxa de risco do não cumprimento do contrato ante a inadimplência, e, por fim, o seu lucro. Desse modo, não seria cabível a prefixação de taxas de juros remuneratórios por Lei.

Prática comum no Poder Judiciário, portanto, é a utilização da mencionada decisão como fundamentação para desqualificar quase que todo argumento trazido nas diversas demandas revisionais acerca dos contratos pactuados com as instituições financeiras. O que se deve atentar, porém, é para o cuidado aplicado pelo julgador, que estabeleceu como medida a ser observada “as taxas médias de mercado”, com o fito de evitar uma liberdade ilimitada por parte destas instituições.

Nestas breves palavras, entende-se, é que reside um dos limites da atuação dos bancos nos contratos por eles pactuados, evitando que qualquer contrato que fuja da norma comum possa ser aceito no sistema jurídico brasileiro como válido, devendo a própria economia vigente regular as taxas de juros a serem aplicadas, não sendo necessário, neste ponto, depender de uma

disposição legal expressa, sujeita a se tornar obsoleta.

Ao delimitar as taxas de juros à média do mercado, o julgador solucionou um dos problemas arcaicos da legislação brasileira, que é a violação da liberdade da economia. Neste viés, não há o perigo da disposição quanto à média de mercado ser superada com o passar do tempo ou pelas possíveis crises econômicas a se enfrentar, basta que o mercado regule a si mesmo, e que os limites então sejam observados a partir deste, dentre outras ferramentas legais, a fim de se buscar a razoabilidade.

Inobstante a aparente consolidação do Poder Judiciário e do Poder Legislativo quanto à permissão e limitação das taxas de juros perante as instituições financeiras, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 297, dispondo que: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Para perceber porque a existência de tal Súmula poderia trazer discussões contrárias à legislação e à jurisprudência antes abordadas, deve-se observar o real significado da possível aplicação do Código de Defesa do Consumidor em relação às instituições financeiras.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/1990, estabelece, no art. 1º, que "o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social [...]". Logo em primeira análise, conclui-se, o Código, como dita a nomenclatura, foi criado especialmente para gerar uma proteção especial àquele que se classifica como consumidor, ou seja, o destinatário final de um produto ou serviço, que em muitos momentos, apresenta-se como figura hipossuficiente na relação, surgindo para tal, o interesse legislativo da proteção.

Logo após, no art. 4º do CDC, são elencados os princípios norteadores de qualquer relação de consumo, sendo, entre eles, o respeito à dignidade do consumidor, à saúde e segurança, além da proteção dos seus interesses econômicos e a harmonia nas relações de consumo. O Código também instituiu como um dos princípios a busca da harmonia dos interesses dos participantes das relações consumeristas, havendo sempre a proteção do consumidor, sem que seja negligenciada a necessidade do desenvolvimento econômico, sempre tendo em vista o equilíbrio nas relações jurídicas.

Ainda seguindo o mesmo ideal, é também exposto no Código consumerista, no art. 6º, a previsão quanto à modificação das cláusulas contratuais que exerçam prestações desproporcionais, e também a possibilidade de revisão a partir de causas supervenientes que as tornem excessivamente onerosas ao consumidor.

Observa-se que o presente Código tratou especificamente acerca dos contratos de consumo, definindo parâmetros para a aplicação de sanções em caso de abusividade, se existir.

É o art. 51, inciso IV do CDC, portanto, que declara que “são nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem excessiva, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e equidade”.

De antemão, é sensível a percepção de que as garantias ressalvadas pelo Código de Defesa do Consumidor norteadas pela proteção ao elo mais fraco da relação e ao equilíbrio das partes, em primeiro momento, chocam-se com os dispositivos legais e com a jurisprudência que garantem ampla liberdade às instituições financeiras, possivelmente desequilibrando a relação consumerista.

4. DECISÃO NO CASO CONCRETO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA TEORIA DA DECISÃO

As sociedades modernas, somadas à complexidade inerente a estas, polarizaram as relações sociais e econômicas. Houve um aumento das diferenças entre as categorias dos sujeitos de direito, separando em um polo as grandes sociedades empresariais e as instituições financeiras e noutro, sujeitos em maior grau de vulnerabilidade, como os consumidores (PALHARES, 2010, p. 190).

Nas mais atuais visões do Direito compreende-se que é imposto ao julgador conhecer e considerar as diferenças presentes entre as partes, para que se alcance uma tutela jurídica adequada. Não se pode mais considerar como único plano interpretativo a liberdade de contratar, devendo esta estar acompanhada de novos paradigmas como a proteção da parte vulnerável (HONDIUS, 2004, p. 250).

O Código de Defesa do Consumidor veio alterar significativamente a teoria contratual vigente até então, que se baseava em nortes individualistas e liberais, a partir da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos (LEITE, 2013, p. 132).

Filomeno (2019, p. 55) explica que, a partir da diferença entre consumidor e fornecedor trazida pela lei específica, o consumidor torna-se alvo de tutela especial que o considera como parte mais vulnerável, considerando o patamar que ocupa a parte contrária na relação, detentora do controle do mercado. Tão imperiosa é tal proteção ao consumidor, que Marques (2019, p. 260) expõe que esta é baseada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma das maneiras, portanto, de garantir especial tratamento à parte vulnerável é a preocupação com a harmonia contratual das relações de consumo, que deve trilhar passos alinhados ao princípio da vulnerabilidade. Da desigualdade reconhecida, necessita-se a proteção do direito envolvido, garantindo finalmente o equilíbrio dos interesses dos

consumidores e fornecedores (MIRAGEM, 2016, p. 76).

A Lei Consumerista aborda, a partir do art. 4º, inciso III, a preocupação com a harmonia contratual, informando os objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo[3].

Logo em seguida, o artigo 6º do CDC, no inciso V, possibilita a modificação das cláusulas que impõem prestações desproporcionais ou a revisão destas nos casos de hipóteses supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Donnini (2001, p. 191) argumenta que o que visa o Código de Defesa do Consumidor é um *status* preservacionista dos contratos de consumo, não a resolução destes.

A partir dos evidentes parâmetros delineados pelo Código consumerista, de ideal protecionista, evidencia-se à obrigação imposta ao julgador, a partir de determinação de uma das mais basilares fontes normativas do ordenamento nacional: a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), promulgada no Decreto-Lei nº 4.657/1942.

A chamada LINDB expressa, no art. 5º, a necessidade de atenção aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum, quando da atuação do Estado-Juiz. Expõe a norma: "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Havendo explícitos fins sociais e sendo populosa a parcela social atingida pelas proteções da norma, o Código de Defesa do Consumidor posiciona-se como regulamento típico de atenção cautelosa do julgador.

O que em verdade é proposto pelo CDC é a proteção contra a lesão do consumidor. Esta figura é prevista tanto nos artigos 6º, inciso V, art. 39, inciso V, e art. 51, inciso IV, todos do CDC. O objetivo destas previsões legais é impedir a desvantagem em excesso ao consumidor por meio das condições contratuais existentes. Enquanto o art. 39, inciso V, prevê a vedação de "exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva", o art. 51, inciso IV, impõe a nulidade de cláusulas que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

Notável a assunção lógica de que, a partir dos nortes oferecidos pela Lei consumerista, os contratos pactuados com as instituições financeiras, que envolvem os juros capitalizados, deverão possuir uma limitação adequada, sob pena de ferir os referidos princípios da harmonia

[3] Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

contratual.

Em relação aos contratos pactuados entre as instituições de cunho financeiro e o consumidor, tem-se que sua maioria podem ser adequados à classificação dos contratos do tipo de adesão. Estes, por sua vez, possuem tópico específico abordado no Código consumerista (art. 54), por serem, por sua natureza, possivelmente desequilibrados. Os contratos de adesão são aqueles que as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, não havendo hipótese para a real negociação dos termos entre as partes. Trata-se de uma prática muito comum no sistema comercial atual, forçando os consumidores a concordarem com as obrigações impostas, sob pena de se tornarem incapazes de adquirir determinado produto ou serviço.

O CDC trata em específico sobre o tema, em seu art. 54, visto o presente tipo de contrato ter a possibilidade de posicionar o consumidor em uma situação de desvantagem exacerbada. Desta forma, a natureza dos contratos de adesão permite uma argumentação muito favorável aos atos revisionais, visto ser ausente da prévia negociação entre as partes. Observa-se, nesta medida, que a maioria dos contratos junto às instituições financeiras, por serem de adesão, oferecem lastro a discussões sobre seu teor, visto não perpetuar, ao menos de maneira direta, a autonomia das partes quanto às discussões a respeito das obrigações.

Estabelecidos os critérios definidos pela Lei consumerista, emerge a necessidade de opô-los ao aparente conflito posto pela atividade prática do julgador. Como deverá, portanto, se portar o Estado-Juiz ao tecer a decisão judicial nas hipóteses de aparente aplicação excessivamente onerosa de juros no contrato consumerista?

Propõe-se a presente situação hipotética: o magistrado encontra diante do caso concreto, uma ação revisional de contrato, baseada em um negócio jurídico pactuado entre pessoa física, na figura de consumidor, e pessoa jurídica, na figura de instituição financeira reconhecida pelo Conselho Monetário e o Banco Central.

Nos argumentos da ação, questiona-se a capitalização de juros imposta ao contrato de financiamento acordado entre as partes. Aduz-se a excessiva onerosidade pecuniária das cláusulas e a proteção conferida ao consumidor.

A situação hipotética acima confeccionada pode ser concebida como reprodução fiel das inúmeras ações revisionais propostas em todo o território nacional. Exalta-se, portanto, a relevância da problemática, tendo em vista ser esta enfrentada diariamente pelos magistrados brasileiros da área cível, ao julgar.

Como já abordado neste trabalho, há um arcabouço legal e jurisprudencial extenso em relação ao tema, seja a partir da égide das disposições do Código de Defesa do Consumidor, do

teor da Medida Provisória 2.170-36 de 2001, dos conceitos da Lei de Usura (Decreto nº 22.626/1933), do que prega a Lei nº 1.521/1951, no que tange aos crimes contra a economia popular, além dos posicionamentos externados pelos tribunais superiores brasileiros.

Adicionalmente, conforme o art. 20 da LINDB[4], não poderá o julgador decidir com base em valores jurídicos abstratos sem que considere as consequências práticas da decisão, evitando uma tutela jurisdicional pautada em valores e termos alheios à realidade fática que envolve não só as partes, mas também os terceiros interessados, estranhos às fronteiras da lide.

A visão a ser utilizada como ponto de partida é a superação do conceito originalista. Para Dworkin, o julgador não está preso à interpretação do que pretendia o legislador original, não é necessário buscar a intenção primordial criadora da regra. Isto porque não é possível tomar decisões apolíticas ao descobrir e impor a intenção original. Para tanto, retornar-se-ia a uma decisão que adentra conceitos políticos que se buscava evitar (DWORKIN, 2007, p. 77).

O que se busca encontrar, no caso prático, é a interpretação do juiz com base nas dimensões da adequação (*fit*) e da justificação (*justification*). A primeira etapa (*fit*) consiste na identificação do *set* de possíveis normas jurídicas e precedentes que se encaixem na presente história institucional (percepção de comunidade política) que o caso prático envolve.

Caso, na etapa do crivo de adequação, não haja consonância e harmonia com as normas e precedentes encontrados – como nos casos dos contratos consumeristas com instituições financeiras e a aplicação de juros capitalizados – passa-se ao crivo seguinte, da justificação.

A justificação aqui consistirá na extração, a partir das regras e bases encontradas na etapa anterior, de princípios e valores que provém a melhor justificativa para a história institucional daquela comunidade.

Detém extrema importância o valor concedido por Dworkin às concepções de moral política da comunidade em que a problemática judicial está inserida. Para o autor, como já mencionado, o Direito deve ser interpretado como integridade, em que as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 2007, p. 272).

De um lado, caso utilizasse dos ideais convencionalistas para analisar a aplicabilidade dos juros compostos nos contratos consumeristas, o julgador estaria limitado aos ditames expostos pelas decisões expedidas pelos tribunais superiores, especialmente o Recurso Especial nº 973.827-RS, decidido em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

---

[4] Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Nesta hipótese, mesmo que fosse aferido pelo julgador que a realidade contratual exposta, diante de um alto valor da taxa de juros capitalizados, fosse capaz de ferir as concepções de moralidade política da comunidade e os princípios que envolvem o caso (sendo aqui os propostos pelo CDC), este não poderia decidir de maneira diversa, pois prende-se à convenção.

Nesta etapa da interpretação, caso utilizada a visão kelseniana, seria verificada a formalidade legal do posicionamento do julgador. Diante do aparente *hard case* (caso difícil), há embasamento estruturalmente formal para embasar a aplicação livre dos juros, pois fundamenta-se o *decisum* em origem normativa legítima, expedida por autoridade competente, resultando na presença de autenticidade.

Neste passo, adotar postura que ignora a segurança jurídica no presente caso concreto acabaria por afetar negativamente a comunidade, mesmo que a intenção da decisão seja beneficiá-la. Isto porque, os impactos causados pela incerteza dos julgamentos e a desconsideração total dos precedentes poderá gerar impactos econômicos e sociais à área que envolve o tema da lide, sendo o caso do setor financeiro.

Para que seja definida qual a moral política da comunidade, adequando-se aqui ao caso concreto da aplicação de juros capitalizados pelas instituições financeiras nos contratos consumeristas, é necessário adequar a visão do julgador ao conceito de *chain novel* (romance em cadeia) proposto por Dworkin (2007, p. 276).

Em adição, considerando o posicionamento realista de Ross, preenchidos os requisitos de previsibilidade e regularidade, não se aconselha ignorar por completo a necessidade de observação da equidade, havendo um senso de justiça imposto à figura do julgador, pois ser justo faz sentido (ROSS, 2000. p. 300). Fazendo o julgador também parte da comunidade, caracterizando-se como fenômeno cultural, poderá este utilizar das tradições nascidas das fontes jurídica e comunitária (ROSS 2000, p. 132).

Impõe dizer, portanto, que não deverá o magistrado negar completamente a aplicação dos juros capitalizados por parte das instituições financeiras, mesmo nos contratos protegidos pelo CDC. Trata-se de respeitar o posicionamento anterior imposto pelos tribunais superiores e o arcabouço legal que induz a exclusividade do tratamento dos membros do Sistema Financeiro Nacional. É preciso delimitar, como expôs Ross (2000, p. 146), uma área de decisões justificáveis.

Diante dos precedentes, o julgador deverá possuir uma visão mais ampla possível, analisando a totalidade do sistema apresentado. Verifica-se se os princípios estão ajustados não somente ao precedente específico e sim a todas as outras decisões na jurisdição geral, além das

normas. Caso haja divergência com o panorama, visto que o tribunal sustenta visões distintas, deverá levar isto em conta (DWORKIN, 2007, p. 181).

Nesta presente concepção, diante da proposta estabelecida pela Súmula nº 297 do STJ (de aplicação do CDC às relações com instituições financeiras), é possível concluir que a globalidade do tema alcança caminhos que aparentemente não se interseccionam.

Na hipótese da relação consumerista, restou demonstrada a preocupação constitucional e infraconstitucional da proteção ao consumidor (art. 5, XXXII da Constituição Federal e art. 4º do Código de Defesa do Consumidor), na busca pela harmonia contratual e na tentativa de compensação da vulnerabilidade das partes envolvidas na relação. É preocupação comunitária, portanto, que haja algum freio ou limitação aos ônus investido ao consumidor, nas relações com as instituições financeiras (art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

A possível solução para a problemática apresentada não seria a delimitação legal, e sim a regularização quanto ao tema, por parte do Poder Judiciário, baseando-se no caso concreto.

Neste ponto, defende o economista austríaco Hayek (1978, p. 124) que as normas do ordenamento podem ser aperfeiçoadas, sendo revistas por sistemas que se utilizam da moral e da lei. Sob este olhar, a sociedade deve ser buscar a evolução das instituições sociais, mas nunca as ignorar ou refazê-las por completo.

Vedada pelo art. 51, §1º, inciso III, do CDC, a onerosidade excessiva poderá ser a ferramenta hermenêutica utilizada pelo julgador para atender os princípios do Direito como integridade (DWORKIN, 2007, p. 272), alcançando uma decisão justificável e que atenda os anseios da comunidade.

A complexidade de definir como será percebido este excesso será imposta ao julgador no caso prático, que poderá levar em conta fatores normativos, como o parâmetro estabelecido pela Lei nº 1.521/1951, que definiria como excessivamente onerosa a prestação que ultrapassa 20% (vinte por cento) do valor corrente da prestação.

Outro método de averiguar a existência de abusividade no contrato, por meio da onerosidade excessiva, poderá ser encontrado no posicionamento adotado pelo STJ no Resp. nº 1.061.530. Neste julgamento, o parâmetro medidor da abusividade consiste na comparação com a taxa média de mercado aplicada pelas demais instituições financeiras nos casos similares.

A justiça das interações sociais não pode ser alcançada caso inexista a presença de informações completas, fornecendo o Estado ideal o mínimo que ultrapasse a limitação das informações (neste exemplo, nas relações jurídicas que envolvam consumidores) (HAYEK, 1985, p. 2).

Caso o contrato em discussão ultrapasse as médias de mercado, este poderá ser considerado abusivo, diante das previsões do CDC (art. 51, §1º, III), sem que se fira o tratamento diferenciado concedido às instituições financeiras, na matéria de juros.

O que se depreende é que não há mais espaço para as imposições normativas tão taxativas quanto às limitações expressas de taxas de juros, visto a incapacidade da previsão legal de acompanhar cenário tão fluído quanto o econômico, além de ferir as liberdades de empreender e pactuar. É papel, portanto, do Poder Judiciário, regularizar os abusos aos direitos nas relações no caso concreto, levando em consideração as especificidades de cada situação, com o fim de perpetuar a equidade e harmonia entre as partes em uma relação de consumo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se estabelecer a construção do Direito como uma ciência interpretativa e que deve prezar pela integridade, observou-se na doutrina jurídica impacto relevante continuamente atual.

A preocupação de autores como Dworkin e Ross, no que tange à resposta oferecida pelo Poder Judiciário à expectativa da comunidade, é de garantir que a decisão judicial venha alcançar os princípios e valores morais do meio em que está estabelecida, sem que ignore a prática jurídica relevante.

Neste contexto, deverá o juiz julgar baseado em um panorama, levando em consideração as convenções estabelecidas anteriormente, a situação presente e os impactos e possíveis benefícios futuros que a decisão poderá gerar.

É preciso apresentar uma decisão adequada, entendida por Dworkin como a que existe o cuidado necessário do intérprete, ou do romancista, em criar uma interpretação ou texto que esteja compatível com o que já fora posto. Busca-se uma coerência com a produção já existente. Não é necessário que haja uma submissão absoluta ao já produzido, mas exige-se um mínimo necessário que irá manter a unidade geral da obra.

Não é possível esgotar o Direito por nenhum catálogo de regras ou princípios. Necessárias a constante interpretação e autorreflexão direcionadas à moralidade política da comunidade. Em similar teor, não se ignora por completo a noção de “autenticidade” estabelecida por Kelsen à interpretação, observando-se a formalidade e legitimidade legais que fundamenta à decisão judicial.

Desta forma, no caso em pauta, não obstante as disposições legais e jurisprudenciais acerca da liberdade do anatocismo e capitalização dos juros nos contratos realizados pelas instituições financeiras, nos contratos deve-se sempre ser observada a taxa média de mercado,

evitando as possíveis extrapolações contratuais.

A partir da Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça é permitido ao Poder Judiciário, este no papel de regularizar as relações e aplicar a equidade aos casos, formular limites a suposta excessiva liberdade garantida às instituições de cunho financeiro, visando a manutenção da igualdade das partes no contrato, protegendo a figura vulnerável (consumidor), esquivando-se de uma situação extremamente desproporcional e maléfica a uma delas.

Na medida que é, sim, permitida a capitalização de juros nos contratos com as instituições financeiras, mesmo frente ao que dita o Código de Defesa do Consumidor, esta deve ter um limite razoável, inserido nas possibilidades garantidas pelo próprio ordenamento e com base na interpretação por meio da integridade. É preciso sempre respeitar tanto as condições daquele que será o destinatário final do serviço ou produto, tanto quanto daquele que é responsável por fornecer produtos e serviços à sociedade, gerando empregos e renda.

O juiz não poderá produzir uma decisão judicial que fuja da integridade necessária ao panorama do Direito, evitando perder-se nos alcances da discricionariedade desmedida, mas também não poderá ignorar o abstrato geral presente na moralidade política da comunidade, e por apego à convenção, deixar de inovar dentro do espaço de manobra que a ele é concedido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933. **Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providencias**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm#:~:text=%C3%89%20considerado%20delito%20de%20usura,no%20respectivo%20t%C3%ADtulo%20ou%20instrumento.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 20 abril. 2022.

BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. **Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm#:~:text=b)%20obter%2C%20ou%20estipular%2C,mil%20a%20vinte%20mil%20cruzeiros. Acesso em: 20 abril. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de1964. **Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 20 abril. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. [Código de Defesa do Consumidor] **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 abril. 2022.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001. **Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2170-36.htm. Acesso em: 20 abril. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 297**. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Data de Julgamento: 12/05/2004. Data de Publicação: 08/09/2004. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf. Acesso em: 20 abril. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 9 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2019.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HAYEK, Friedrich August Von. **The constitution of liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Visão, 1985.

HONDIUS, E. **The protection of the weak party in a harmonized European contract law: a synthesis**. Journal of Consumer Policy 27: 245-251, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LEITE, Ana Paula Parra. **Equilíbrio contratual**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2013.tde-14102015-084146. Acesso em: 7 abril. 2022.

MENDONÇA, Manoel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. Tomo II.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor.** 6 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

NOJIRI, Sergio. **Decisão judicial**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/57/edicao-1/decisao-judicial. Acesso em: 15 abril. 2022.

PALHARES, Cinara. **A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 973.827-RS**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866026990/recurso-especial-resp-973827-rs-2007-0179072-3. Acesso em: 20 abril. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.061.530**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4382284&num_registro=200801199924&data=20090310&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abril. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 297**. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf. Acesso em: 20 abril. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula nº 596**. As disposições do Decreto 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**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula596/false. Acesso em: 20 abril. 2022.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, v. II.