

VOTO DIVERGENTE

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o relatório bem lançado pelo Relator, Ministro Nunes Marques.

A questão posta na presente ação direta de inconstitucionalidade diz com a constitucionalidade, ou não, da possibilidade de capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, nas operações realizadas pelas instituições integrantes do sistema financeiro nacional.

Os principais argumentos da incompatibilidade do artigo 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória 1.963-22, de 25.08.2000, com o artigo 192 da Constituição da República, são: i) de que a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano não guarda vínculo, desde a décima sétima edição da Medida Provisória 1.963, com os objetivos expostos no preâmbulo do referido ato normativo; e ii) de que a prática da capitalização de juros é nefasta e onerosa para o homem médio, além de ser uma prática injusta, considerando a incidência de juros sobre montante que não foi efetivamente objeto do empréstimo concedido.

A questão não é inédita nesta Suprema Corte, tendo sido objeto de discussão e deliberação por ocasião do julgamento do RE-RG 592377/RS, Tema 33 da sistemática da Repercussão Geral, em que se fixou a seguinte tese: *“Os requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62 da Constituição Federal estão presentes na Medida Provisória 2.170-36/2001, que autoriza a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.”*

Registro, por importante, que sem desconhecer a jurisprudência firmada no Plenário do Supremo Tribunal Federal, a questão discutida em 2015, quando ainda não era integrante do Supremo Tribunal Federal, encetou debate ao qual gostaria de acrescentar alguns pontos, que considero relevantes, diante da magnitude do tema posto.

Naquela ocasião, que remonta a fevereiro de 2015, o Plenário desta Suprema Corte entendeu que estavam presentes os requisitos da relevância e da urgência autorizadores da edição de medida provisória dispondo sobre o tema da capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, nas operações realizadas pelas instituições integrantes

do sistema financeiro nacional.

A discussão sobre o mérito da demanda não rendeu maiores digressões, até porque alguns ministros consideraram que a Súmula 648 do Supremo Tribunal Federal já havia consolidado posicionamento sobre a constitucionalidade de critérios diferenciados para os contratos estabelecidos no âmbito do sistema financeiro e aqueles encetados sob o crivo da Lei de Usura.

É neste ponto que considero relevante tecer algumas considerações e estabelecer algumas premissas, que considero essenciais, para o debate constitucional sobre o tema.

A discussão constitucional, encetada na presente ação direta de inconstitucionalidade, exige contextualização histórica do regime constitucional econômico constituído em 1987/1988 no Brasil.

É sabido que o Estado Liberal de Direito, modelo político resultante das revoluções liberais do final do século XVIII, propugnava por um distanciamento do Estado das relações contratuais financeiras, a partir do conceito de Estado mínimo. Entretanto, achou por bem o constituinte de 1987/88 estabelecer regramento detalhado e expreso para a ordem econômica.

A ordem econômica, conforme dicção da própria literalidade da norma constitucional (art. 170 da CRFB), deve ser balizada pelo princípio da valorização do ser humano e da própria dignidade da pessoa humana, conforme observa o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

"A (ordem) econômica deve visar assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim."(FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A legitimidade na Constituição de 1988, in FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Stevenson. Constituição de 1988:

legitimidade, vigência, eficácia e supremacia. São Paulo : Editora Atlas, 1989, p. 53)

As relações contratuais, em geral, e as relações contratuais do sistema financeiro, em particular, devem considerar sujeitos e objetos concretos, fazendo referência às pessoas e aos seus comportamentos inseridos no mundo da vida em que tais relações acontecem. Conforme anotei, em contexto paralelo:

Em dimensão elástica do objeto imediato se localiza um determinado comportamento. A referência mediata é àquilo que é tangível ou corpóreo. Portanto, o que passa a avultar no objeto da relação jurídica são os comportamentos, ou seja, dar relevância, por exemplo, à boa-fé, à confiança, valores que juridicamente passam a ser recuperados. O objeto não é mais algo em si, passa a ter função. (FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil, 3a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 108)

Pela regra do reconhecimento, todos os sujeitos da comunidade são fins em si mesmos, estimulando-se a mais plena possível igualdade de direitos, de modo que (...) *Cada um só possui os direitos que aceita para os outros, ou seja, cada um é sujeito de direito na mesma medida em que reconhece o outro como sujeito de direito.* (BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito, in Revista Jurídica Virtual, vol. 5, n. 48, p. 1-21, maio 2003, p. 7).

Não se olvida que as múltiplas possibilidades de compreensão do fenômeno jurídico podem conduzir a resultados diferentes na hermenêutica constitucional, porém, o estabelecimento de visões contrapostas também pode colaborar para impulsionar formas mais adequadas de enfrentar os desafios contemporâneos. Nesse contexto, já refleti e registrei:

A crise efetiva do direito contemporâneo pode não tão somente acostar à fragilidade dos pilares da modernidade, passíveis de estarem fincados na universalidade do sujeito, no individualismo e na autonomia; pode, também, cunhar o esboroar da abstração, da racionalidade única, da ausência de

contradição no discurso da ciência. Mais ainda, sob as antinomias, o risco e o relativismo, instala-se a possibilidade do respeito à diferença e aos direitos fundamentais olvidados. (FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil, 3ª ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 95-96).

O Estado Social e Democrático de Direito, considerando essa realidade, deve direcionar todos os seus esforços institucionais para o ser humano considerado em sua comunidade, ou seja, aquela em que o outro é tomado como sujeito de direitos e deveres, digno de inclusão no grupo social e enredado por obrigações recíprocas.

E, nesse contexto, as finanças constituem uma atividade que deve estar intrinsecamente conectada ao processo de ressignificação da humanização do capital, de modo que as especulações financeiras, especialmente aquelas que se materializam em operações de crédito e contratos com instituições financeiras, devam ter responsabilidade e correspondência com os processos reais de produção e investimentos e seus respectivos resultados para os indivíduos e coletividades.

É consabido que há harmônica convivência entre princípios que inspiram o Estado Liberal e Democrático de Direito, o qual prestigia as liberdades, e o Estado Social e Democrático de Direito, que se compromete com a igualdade, de modo que, sob a síntese do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CRFB), é possível testemunhar que a dinâmica histórica, social e cultural está construindo as balizas concretas do direito constitucional brasileiro, sempre com as interferências econômicas locais e globais recíprocas no rumo de novas conformações das relações econômicas e financeiras.

A capitalização de juros, por se tratar de matéria afeta ao direito financeiro, foi reservada, pelo poder constituinte originário, à lei complementar, nos termos do artigo 192 da Constituição da República, de modo que é preciso compreender as consequências dessa disposição constitucional, especialmente considerando que o direito às finanças, tal como posta na sistemática constitucional de 1988, apresenta-se como parte dos direitos humanos e fundamentais, em perspectiva objetiva, ou seja, como política pública voltada para o bem-estar dos cidadãos e cidadãs brasileiras.

Tal premissa impõe afirmar que não se pode admitir a utilização do sistema financeiro, como uma política pública voltada à concretização do Estado Social e Democrático de Direito, como uma forma de drenar o sistema produtivo, fazendo emergir uma espécie de sistema cuja lógica de especulação e ganhos de capital desconfigure completamente as possibilidades econômicas de resultados do setor produtivo, com prejuízos reais e concretos para a sociedade como um todo.

A compreensão das finanças como uma tradução específica das relações sociais deve estar tão presente na dinâmica social que seja possível considerá-la elemento essencial para a valorização da produção e, não, como um entrave ou desafio. Tal modo de ver e concretizar os institutos jurídicos relacionados ao direito financeiro, faz com que se colha da presente controvérsia constitucional resultado diverso daquele que a doutrina e jurisprudência brasileiras tem apresentado.

A veiculação da questão posta numa medida provisória torna indiscutível a ausência de uma discussão político-institucional mais densa, vertical e plural sobre a possibilidade de capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, nas operações realizadas pelas instituições integrantes do sistema financeiro nacional, alertando para a inobservância do comando do *caput* do artigo 192 da Constituição da República.

Isso porque a exigência de lei complementar para regulamentar as questões atinentes ao sistema financeiro nacional tem raízes político-institucionais na própria concepção de tal sistema, cujos objetivos eram claramente postos no sentido da promoção do desenvolvimento equilibrado do país e do serviço aos interesses da coletividade social.

Não há que se negar o direito dos cidadãos e cidadãs brasileiras de participarem e renovarem o debate sobre a essência político-institucional do tema em questão, com a possibilidade de atualizar as importantes reflexões sobre capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, nas operações realizadas pelas instituições integrantes do sistema financeiro nacional.

Trata-se de missão institucional, constitucionalmente determinada,

do Supremo Tribunal Federal, a de verificar a constitucionalidade material do exercício do poder constituinte derivado, especialmente diante dos parâmetros estabelecidos nos princípios fundamentais, expressamente postos do Primeiro Título da Constituição.

Assim sendo, pedindo vênias às compreensões contrárias, **julgo procedente** o pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade, para reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória 1.963-22, de 25.08.2000, por ausência de debate legislativo qualificado perante o Congresso Nacional, devendo-se renovar o debate nas Casas Legislativas, com observância do processo legislativo de lei complementar, nos termos do artigo 192, *caput*, da Constituição da República. Prejudicado o pedido cautelar.

É como voto.