

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): O proponente da ação aponta a ocorrência de lesão, pelo Poder Público (Resolução do CMN), a preceitos fundamentais, notadamente ao art. 1º, II, III e IV (cidadania, dignidade da pessoa humana e livre iniciativa); art. 5º, *caput*, II e XXXII (igualdade, legalidade e defesa do consumidor); art. 22, VII (competência da União para legislar sobre crédito); art. 170, IV e V (livre concorrência e defesa do consumidor); art. 173, § 4º (abuso do poder econômico); art. 192 (obrigação de o sistema financeiro nacional ser regulamentado por lei complementar).

Inicialmente, entendo necessário conhecer a presente ação como ação direta de inconstitucionalidade.

1) Fungibilidade entre ações diretas

Verifico que o partido-requerente aponta dúvida razoável sobre a norma do Conselho Monetário Nacional, como ato do Poder Público, sem força de lei, ao afirmar “ *que a Resolução em comento é ato inovador na ordem jurídica o suficiente para lesar preceitos fundamentais constitucionalmente consagrados*”.

Contudo, esta Corte já conheceu de ações diretas de inconstitucionalidade contra resoluções do Conselho Monetário Nacional (ADI 1.398 MC, Rel. Min. Francisco Rezek, Pleno, DJ 18.10.1996, e ADI 2.317 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, DJ 23.3.2001).

O art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999 estipula que:

“Art. 4º. A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º. Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. (grifo nosso)

Assim, tendo em vista a existência de outro meio eficaz de sanar a lesividade (ADI), aliada à fungibilidade entre as ações de controle concentrado (ADPF 378, Redator para acórdão Min. Roberto Barroso, DJe 8.3.2016, e ADI 4.163, Rel. Min. César Peluso, Pleno, DJe 1º.3.2013), entendo pertinente a conversão da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

Passo, assim, a análise do mérito da ação.

2) Atuação do Conselho Monetário Nacional ao editar a Resolução 4.765 /2019: intervenção do Estado na economia

Dispõe o art. 192 da Constituição Federal:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

O Conselho Monetário Nacional (CMN), em informações, afirma que sua atuação teve a finalidade de tornar a modalidade de contratação de “cheque especial” mais eficiente e menos regressiva , *“estabelecendo limite máximo de taxa de juros e permitindo a cobrança de tarifa”*.

Em síntese, aponta como objetivo corrigir “falha de mercado”, no afã de diminuir o custo e a regressividade, considerando que é mais utilizado por clientes de menor poder aquisitivo e educação financeira, além de racionalizar o seu uso pelo cliente.

Inicialmente, cumpre afirmar que o Conselho Monetário Nacional (CMN), ao editar a Resolução 4.765/2019, atuou no campo da intervenção estatal na economia (previsto constitucionalmente no art. 192), na forma do art. 174 da CF:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de

fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. **INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO** . RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS DERIVADOS DA CANA-DE-AÇÚCAR ABAIXO DO PREÇO DE CUSTO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO CABÍVEL.

1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988. 2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988) .

Nesse sentido, confira-se abalizada doutrina: ‘As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. **A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174.** Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que ‘O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. **O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado**’. **Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com**

os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica . Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que ‘As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa’ (DIÓGENES GASPARINI, in Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, Ed. Saraiva, págs. 629/630, cit., p. 64). 3. O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que ‘a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor.’ (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 24/03/2006). (...) 5. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 632.644 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.5.2012, grifo nosso)

“CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO . LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170 . O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido”. (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 24.3.2006, grifo nosso)

Por conseguinte, ao estabelecer limite máximo mensal de taxa de juros na contratação de concessão de crédito na modalidade “cheque especial” e,

em contrapartida, instituir medida compensatória de nova cobrança de tarifa, atuou o CMN como agente estatal de intervenção na economia (arts. 174 e 192 da CF).

3) Resolução 4.765/2019: limitação dos juros da linha de crédito “cheque especial” e instituição de tarifa

Situada no campo da intervenção do Estado na economia, a questionada Resolução 4.765/2019 possui como validade jurídica o disposto nas seguintes normas da Lei 4.595/1964:

“Art. 4º. Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

(...)

VI - Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras;

(...)

VIII - Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;

(...)

IX - 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, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover”.

Por sua vez, o art. 2º da resolução questionada está assim redigido:

“Art. 2º. Admite-se a cobrança de tarifa pela disponibilização de cheque especial ao cliente”.

De outro lado, a Resolução CMN/Bacen 3.919/2010 estipula quais são os serviços que as instituições financeiras podem cobrar, não estando inserida, entre eles, a contratação ou a disponibilização da modalidade de crédito “cheque especial”.

Em relação ao “cheque especial” consta, em seu anexo, tão somente a definição da sigla do serviço “ADIANT. DEPOSITANTE” e a conceituação de seu fato gerador:

"ADIANT. DEPOSITANTE: Levantamento de informações e avaliação de viabilidade e de riscos para a concessão de crédito em caráter emergencial para cobertura de saldo devedor em conta de depósitos à vista e de excesso sobre o limite previamente pactuado de **cheque especial**, cobrada no máximo uma vez nos últimos trinta dias". (grifo nosso)

Por fim, insta mencionar a Resolução CMN/Bacen 2.878/2009, a qual estipula as obrigações das instituições financeiras frente aos consumidores e dispõe o seguinte:

"Art. 3º. As instituições referidas no art. 1º devem evidenciar para os clientes as condições Contratuais e as decorrentes de disposições regulamentares, dentre as quais:

(...)

V - as tarifas cobradas pela instituição, em especial aquelas relativas a:

(...)

VII - remunerações, taxas, tarifas, comissões, multas e quaisquer outras cobranças decorrentes de contratos de abertura de crédito, de cheque especial e de prestação de serviços em geral.

Parágrafo único. Os contratos de cheque especial, além dos dispositivos referentes aos direitos e às obrigações pactuados, devem prever as condições para a renovação, inclusive do limite de crédito, e para a rescisão, com indicação de prazos, das tarifas incidentes e das providências a serem adotadas pelas partes contratantes". (grifo nosso)

Vê-se, pois, que, até a edição da Resolução CMN/Bacen 4.765/2019, apenas a concessão de crédito, em caráter emergencial, para cobertura de excesso sobre o limite previamente pactuado de cheque especial poderia ser cobrada pelas instituições financeiras como serviço adicional.

A utilização do numerário alocado na modalidade de empréstimo "cheque especial" sempre foi remunerado por meio dos juros (empréstimo de capital próprio ou alheio intermediado por instituição financeira).

Em outras palavras: interpretando a própria regulação do sistema bancário, as instituições financeiras não poderiam cobrar por serviço de disponibilização e/ou manutenção mensal de cheque especial, uma vez que apenas a cobrança dos juros era permitida e tão somente quando houvesse a efetiva utilização (e sempre proporcional ao valor e ao tempo usufruídos).

Dito isso, a pergunta que sobressai é a seguinte: poderia haver a instituição de “novo serviço”, que sempre existiu, mas nunca foi cobrado, como forma de mitigar a intervenção estatal, ou seja, cobrança de tarifa por atividade antiga que antes não era cobrada? E, caso a resposta seja afirmativa, qual seria a forma de cobrança permitida, considerando-se que se trata de medida compensatória de intervenção estatal na economia?

4) Natureza jurídica da “tarifa” instituída pela Resolução 4.765/2019

Princípio reforçando que a disponibilização de limite para “cheque especial” nunca foi cobrada pelas instituições financeiras nacionais durante mais de quarenta anos de existência dessa modalidade de crédito.

Na década de 1980, durante a instabilidade financeira dos planos econômicos e inflação alta, alguns clientes selecionados das instituições financeiras, pelo bom relacionamento contratual, detinham um crédito pré-aprovado para que, caso apresentado cheque a descoberto do limite disponível na conta-corrente, haveria a utilização daquele crédito, evitando-se a devolução por insuficiência de fundos, o que acabava sendo uma garantia de recebimento para o comércio em geral, otimizando a aceitação do referido título de crédito. Vem dessa origem a alcunha de “cheque-especial”.

Após o período de instabilidade econômico-financeira nacional, os bancos perceberam o nicho de mercado e ampliaram a concessão de crédito pré-aprovado para a maioria dos correntistas, mediante análise de crédito, mantendo a nomenclatura atrelada à cártula de crédito.

Hodiernamente, vivemos em uma sociedade de consumo de massa, na qual o consumidor é direcionado a adquirir produtos para ter acesso a serviços diferenciados, por exemplo, cartão de crédito, pacotes de serviços bancários, descontos tarifários, cheque especial etc.

Segundo a Federação Brasileira de Bancos (Febraban), cerca de 80 (oitenta) milhões de brasileiros possuem limite de cheque especial superior a R\$ 500,00. Muitos consideram essa disponibilidade como um complemento de renda, em cenário de aperto financeiro.

Os prestadores do serviço, em geral, se defendem, dizendo que não obrigam a contratação de serviços casados, prática que seria ilegal (art. 39, I, do CDC). Todavia é cediço que, na busca de vantagens financeiras em

outros produtos ou atendimento diferenciado, os consumidores são comercial ou financeiramente induzidos a contratar inúmeros produtos paralelos no mesmo instante, sem que deles necessitem.

Não é incomum que prestadores de serviços ofereçam pacotes com valores financeiramente mais vantajosos do que a simples contratação do único serviço pretendido. Citem-se exemplificativamente: as operadoras de telefonia, internet, sistema de entretenimento por *streaming* ou a cabo, instituições bancárias, entre outras.

O cheque especial insere-se nesse contexto: muitas pessoas são incentivadas a contratar essa modalidade de crédito, mesmo com a ciência de que podem nunca vir a utilizá-la. Apenas acquiescem com tal avença para subir escores na qualificação interna daquela instituição financeira ou obter descontos em outros serviços bancários.

Toda essa realidade deve ser harmonizada com os postulados constitucionais, entre eles o da proteção ao consumidor, previsto nos seguintes artigos:

“Art. 5º *Omissis* .

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Regulamentando o dispositivo constitucional de proteção ao consumidor, a Lei 8.078/1990 assim dispôs no § 2º do art. 3º:

“Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção,

montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Assim, os serviços bancários, indubitavelmente, inserem-se na proteção jurídico-constitucional da defesa do consumidor, tal como assentou esta Corte na ADI 2.591, redator para acórdão Min. Eros Grau, Pleno, DJ 29.9.2006, com a explicitação realizada em sede de embargos de declaração, cuja ementa descreve:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR *AMICI CURIAE*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de *amici curiae*. 2. Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: **ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão,**

todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. 'Consumidor', para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente ". (ADI 2.591 ED, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 13.4.2007, grifo nosso)

É bem verdade que a resolução ora questionada proíbe que a tarifa de disponibilização do cheque especial possa estar vinculada a pacotes pré-definidos de serviços (§ 3º do art. 2º), todavia a sua natureza jurídica é bastante questionável do ponto de vista constitucional, seja pela instituição em decorrência da simples disponibilidade de crédito (ainda que não usufruído), seja pela compensação futura com a taxa de juros (parágrafo único do art. 3º), a qual possui natureza remuneratória por excelência.

E mais: a sua instituição visa, confessadamente, a compensar os mutuantes pela perda de arrecadação em decorrência da limitação dos juros, forçada pelo CMN, no mútuo "cheque especial".

Nessa modalidade de crédito, com todas as vênias, muito provavelmente, nenhum cidadão ou microempreendedor individual vai deixar de usar o cheque especial porque a taxa de juros diminuiu ou aumentou, tendo em vista que essa distorção de mercado não se resolve de dentro para fora (movimento inelástico aos juros). Ela é cultural.

Ou seja, quem utiliza o limite do cheque especial como extensão de seu saldo bancário ou complemento de renda vai continuar assim procedendo, independentemente dessa atuação benéfica da autoridade monetária nacional, de sorte que não se muda cultura arraigada na população com medidas intervencionistas estatais, sem qualquer conscientização em massa.

Não há dúvidas, apenas para citar como exemplos, de que a taxa de juros do "cheque especial" e do crédito rotativo do "cartão de crédito" são escorchantes, agindo corretamente a autoridade monetária ao fixar padronizações e limites a ambos, respectivamente, por meio das Resoluções 4.765/2019 (ora questionada) e 4.549/2017 (que limitou o crédito rotativo do cartão de crédito a trinta dias).

Todavia, ao intervir na economia e estipular taxa máxima de juros na contratação da modalidade de crédito "cheque especial" – e isto é digno de

encômios – o Conselho Monetário procurou se valer de medida compensatória que, salvo melhor juízo, não encontra amparo no ordenamento jurídico nacional.

Para precificar o interesse de mercado das instituições financeiras, que tiveram seus lucros reduzidos com a contraprestação do “cheque especial”, o CMN acabou autorizando que os bancos cobrassem por algo que nunca foi permitido: a simples disponibilização mensal de limite de cheque especial, ainda que não usufruído, através de “tarifa” de serviço mensal.

Ainda que louvável a intenção do Conselho Monetário Nacional de evitar o subsídio cruzado, a cobrança – apesar de se denominar “tarifa” – parece confundir-se com outras duas potenciais naturezas jurídicas: tributo, na modalidade de taxa, tendo em vista que será cobrada apenas pela disponibilização mensal de limite pré-aprovado do cheque especial (art. 77 do CTN); ou cobrança antecipada de juros, diante da possibilidade de compensação da “tarifa” com os juros.

Na primeira situação, teríamos a violação ao princípio da legalidade tributária, na medida em que a taxa somente pode ser instituída por lei em sentido formal e material (art. 150, I, da CF), diante da seguinte dicção do art. 77 do CTN (Código Tributário Nacional):

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou **posto à sua disposição**”. (grifo nosso)

A disponibilização do cheque especial se assemelha à natureza jurídica da taxa disposta na parte final do citado dispositivo do CTN, qual seja: a utilização potencial de serviço específico e divisível de manutenção de limite pré-definido de crédito denominado “cheque especial”, pelo simples fato de ser posto à disposição do consumidor.

É bem verdade que o serviço bancário não é de natureza pública, mas o seu regramento ostenta contornos de forte regulação estatal da economia (arts. 174 e 192 da CF), encontrando amparo nos limites impostos pelo Estado aos agentes econômicos, exatamente seguindo os limites, diretrizes e permissões definidos pelo Conselho Monetário Nacional, o qual atua excepcionalmente, no plano normativo, até que sobrevenha lei

complementar regulamentando o art. 192 da CF (art. 1º da Lei 8.392/1991, com redação conferida pela Lei 9.069/1992).

A facultatividade da cobrança é apenas unidirecional e ilusória: em ambiente de baixa competição pela ausência de concorrência entre as maiores instituições financeiras, ocorrendo qualquer oscilação do mercado financeiro mundial, as instituições financeiras lançariam mão da cobrança dessa taxa, apesar de muitas terem alardeado informalmente que, por ora, não a fariam (Disponível em: <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/maioria-dos-bancos-isentara-cobranca-da-tarifa-do-cheque-especial>. Acesso em 2.4.2020).

Não é necessária muita elucubração para nos situarmos no atual estágio de pandemia do COVID-19 (“coronavírus”). Há matérias jornalísticas apontando que, em vez de aumentarem o oferecimento de crédito, barateando o custo da obtenção deste, com a diminuição dos juros e permitindo uma retomada da economia brasileira, as instituições financeiras adotaram posição contrária: aumentaram os juros, dificultaram o acesso ao crédito e reduziram prazos para pagamento de novas dívidas (Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/26/coronavirus-juros-alta-prazo-corte-linha-credito-antecipacao-recebivel.htm>. Acesso em 2.4.2020).

De outro lado, rememoro que cerca de 80 milhões de brasileiros possuem limite da modalidade de “cheque especial” superior a R\$ 500,00, restando a esse universo, de praticamente 40% (quarenta por cento) da população brasileira, ser obrigado a procurar as instituições financeiras para renegociar seus limites, submetendo-se a toda sorte de medidas inibitórias, consistindo em “alertas” de ameaças de perda de score, aumento de taxas em outros serviços ou perda de atendimento diferenciado, entre outras medidas.

Dito isso, no atual cenário da sociedade de consumo, afirmo que inexistente escolha ao consumidor: há imposição estatal com subterfúgios jurídicos para tentar escapar das inconstitucionalidades: permitir a alteração do limite do cheque especial para fugir da cobrança mensal ou submeter-se ao pagamento pela simples disponibilização de serviço (mesmo não utilizado).

Perceba-se que o mesmo serviço, em ambas as situações, continuará a ser prestado, sendo o limite de R\$ 500,00 (quinhentos reais), de R\$ 1.000,00 (mil reais) ou de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). No primeiro caso, haveria uma “isenção” (art. 2º, § 1º, inciso I), enquanto que, no segundo, haveria o

desembolso mensal de R\$ 2,50 (dois reais e cinquenta centavos), totalizando R\$ 30,00 (trinta reais anuais), ao passo que, no terceiro, seria mensal de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) e R\$ 300,00 (trezentos reais anuais).

Segundo informações colhidas do Projeto de Decreto Legislativo 766 /2019, de autoria do Deputado Jesus Sérgio, cerca de R\$ 350 bilhões de reais seria o montante destinado à alocação, pelos bancos, nos limites dos contratos atuais de “cheque especial”. (Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1850479&filename=PDL+766/2019. Acesso em 2.4.2020).

Em juízo hipotético, ao se fazer uma projeção de que metade (50%) desse numerário seja disponibilizado à população alvo da atuação do CMN (o que se encaixaria na faixa de isenção), teríamos a incidência dessa tarifa sobre a ordem de R\$ 175 bilhões de reais, gerando uma nova fonte de arrecadação dos bancos, independentemente de fruição pelos correntistas, da ordem de R\$ 437,5 milhões mensais e R\$ 5,25 bilhões anuais (podendo haver a compensação dos juros futuros, em caso de fruição do limite).

Frise-se que essa arrecadação, pela simples manutenção de limite disponível em cheque especial, foi a medida encontrada pelo CMN para compensar financeiramente os atingidos (bancos) pela sua atuação de intervenção na economia, ao limitar os juros na ordem de 8% ao mês, criando-se fonte de receita, **instituída coercitivamente**, voltada diretamente a favorecer aos mutuantes.

Criou-se, assim, a meu ver, uma “tarifa” com características de taxa tributária, pela simples manutenção mensal da modalidade de contratação de “cheque especial”, vinculada a contrato de conta-corrente, calhando mencionar que, nos termos do art. 4º do CTN, independentemente da nomenclatura, o fato gerador da exação é que determina a natureza jurídica do tributo.

Não afirmo, evidentemente, que a cobrança dessa tarifa é tributo, mas tem todas as características (“autorização” de cobrança pelo Estado, por meio de instrumento jurídico substitutivo do Parlamento - art. 1º da Lei 8.392/1991) e se apresenta como tal (impositivo, pela simples disponibilização de limite de crédito pré-aprovado, acima de R\$ 500,00; não decorrente de atividade ilícita; pago em moeda corrente; e cobrado mediante atuação administrativa correlata à intervenção do Estado na economia, visando a compensar as perdas de arrecadação das instituições financeiras – art. 3º do CTN).

Ademais, situando-se na segunda possibilidade acima aventada (antecipação de juros), a cobrança sobressairia inconstitucional por colocar o consumidor em situação de vulnerabilidade econômico-jurídica (art. 170, V, da CF), ao escamotear a forma de cobrança (antecipada), bem ainda a própria natureza da cobrança de juros para atingir todos aqueles que possuem a disponibilização de limite de “cheque especial”.

Como tenho defendido em estudos doutrinários, a definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção (*Schutzbereich*) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (limitações ou restrições = *Schranke oder Eingriff*).

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos (*Tatbeständen*) contemplados na norma jurídica (v.g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade (*Lebenswirklichkeit*) que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, em outras palavras, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental. Alguns direitos individuais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de âmbito de proteção estritamente normativo (âmbito de proteção estritamente normativo = *rechts- oder norm- geprägter Schutzbereich*).

Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais. Acentue-se que o poder de conformar não se confunde com uma faculdade ilimitada de disposição. Segundo Pieroth e Schlink, uma regra que rompe com a tradição não se deixa mais enquadrar como conformação.

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (O que é efetivamente protegido?: *Was ist (eventuell) geschützt?*), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção (*Wogegen ist (eventuell) geschützt?*). Não integra o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito.

Isso significa que o âmbito de proteção não se confunde com proteção efetiva e definitiva, garantindo-se apenas a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional.

Na dimensão dos direitos de defesa, âmbito de proteção dos direitos individuais e restrições a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.

Assim, o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental ou o seu núcleo. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma);

b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e a identificação das reservas legais de índole restritiva.

Como se vê, a discussão sobre o âmbito de proteção de certo direito constitui ponto central da dogmática dos direitos fundamentais. Nem sempre se pode afirmar, com segurança, que determinado bem, objeto ou conduta estão protegidos ou não por um dado direito. Assim, indaga-se, em alguns sistemas jurídicos, se valores patrimoniais estariam contemplados pelo âmbito de proteção do direito de propriedade. Da mesma forma, questiona-se, entre nós, sobre a amplitude da proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas e, especialmente, se ela abrangeria outras formas de comunicação (comunicação mediante utilização de rádio; *pager* etc.)

Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico.

O art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal dispõe que “ *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*” .

A ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos fundamentais. Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), por exemplo.

Para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, como, v.g., “ *nos termos da lei* ” (art. 5º, VI e XV), “ *nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer* ” (art. 5º, XII), “ *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* ” (art. 5º, XIII), “ *salvo nas hipóteses previstas em lei* ” (art. 5º, LVIII). Outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, v.g., com a cláusula da “ *função social* ” (art. 5º, XXIII).

Essas normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.

É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanescentes ou “ *limites dos limites* ” (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de

1949 e na Constituição portuguesa de 1976 (art. 18º, III). Em outros sistemas, como o norte-americano, cogita-se, igualmente, da existência de um núcleo essencial de direitos individuais.

A Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angetastet werden*). Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais. Na mesma linha, a Constituição portuguesa e a Constituição espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (cf. Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1).

Dessa forma, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

Nesse sentido, *in casu*, teria havido uma desnaturação da natureza jurídica da “tarifa bancária” para adiantamento da remuneração do capital (juros), de maneira que a cobrança de “tarifa” (pagamento pela simples disponibilização) camuflou a cobrança de juros, com outra roupagem jurídica, voltado a abarcar quem não utiliza o crédito efetivamente na modalidade de “cheque especial”.

Consequentemente, não se alterou apenas a forma de cobrança, mas a própria natureza da cobrança (juros adiantados), em aparente descumprimento ao mandamento constitucional de proteção ao consumidor (art. 170, V, da CF).

5) Proporcionalidade

Outrossim, a medida compensatório-interventiva também não parece passar pelo filtro da proporcionalidade, tendo em vista que é desproporcional para os fins almejados, existindo soluções menos gravosas

que poderiam ter sido adotadas, de acordo com a intenção propalada pelo CMN.

Rememore-se que a autoridade monetária, em suas informações, aponta que o objetivo é corrigir “falha de mercado”, no afã de diminuir o custo e a regressividade, considerando que é mais utilizado por clientes de menor poder aquisitivo e educação financeira, além de racionalizar o seu uso pelo consumidor.

Sobre o postulado da proporcionalidade, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária que:

“A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismäßigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não escrita.

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa.

Assim, em decisão proferida em março de 1971, o *Bundesverfassungsgericht* assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins, acrescentando que uma providência legislativa não deve ser já considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico BverfGE,25:1(12).

O Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.

A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. É o que se constata em decisão do *Bundesverfassungsgericht* na qual, após discutir aspectos relativos à eficácia e adequação de medidas econômicas consagradas em ato legislativo, concluiu -se que o legislador não havia ultrapassado os limites da discricionariedade que lhe fora outorgada.

O Tribunal reconhece que o estabelecimento de objetivos e a definição dos meios adequados pressupõem uma decisão de índole política, econômica, social, ou político-jurídica. Esse juízo inerente à atividade política parece ter determinado uma postura cautelosa do Tribunal no exame relativo à adequação das medidas legislativas. A inconstitucionalidade de uma providência legal por objetiva desconformidade ou inadequação aos fins somente pode ser constatada em casos raros e especiais.

Embora reflita a delicadeza da aplicação desse princípio no juízo de constitucionalidade, tal orientação não parece traduzir uma atitude demissionária quanto ao controle da adequação das medidas legislativas aos fins constitucionalmente perseguidos.

Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, diz a Corte Constitucional alemã, se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.

No Direito português, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo foi erigido à dignidade de princípio constitucional, consagrando-se, no art. 18º, 2, do Texto Magno, que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

O princípio da proibição de excesso, tal como concebido pelo legislador português, afirma Canotilho, constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador.

Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é simplesmente inadequado (*schlechthin ungeeignet*), objetivamente inadequado (*objektiv ungeeignet*), manifestamente inadequado ou desnecessário (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), fundamentalmente inadequado (*grundsätzlich ungeeignet*), ou se

com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*).

O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.

Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão". (MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 223-226)

Sem maiores delongas, *in casu* , o CMN poderia ter optado por instituir autorização de cobrança de juros em faixas, a depender do valor utilizado ou do limite exacerbado, todavia escolheu modalidade de cobrança que se assemelha a tributo ou a adiantamento de juros com alíquota única (0,25%

ao mês, cerca de 3% ao ano), por serviço não usufruído (empréstimo de capital próprio ou de terceiro), em ambas as situações, aparentemente acimadas de vícios de inconstitucionalidade.

Ante o exposto não considero adequada, necessária e proporcional, em sentido estrito, a instituição de juros ou taxa, travestida de “tarifa”, sobre a simples manutenção mensal de limite de cheque especial.

Ad argumentantum tantum, o art. 2º também ostenta contornos de ilegitimidade por incidir sobre contratos em curso, na medida em que retroage sua eficácia (a partir de 1º.6.2020) para alcançar pactos firmados anteriormente que não previam qualquer custeio de manutenção do limite disponível, em clara afronta ao inciso XXXVI do art. 5º da CF, a saber:

“XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Nesse sentido:

“Código de Defesa do Consumidor (CDC): contrato firmado entre instituição financeira e seus clientes referente à caderneta de poupança: não obstante as normas veiculadas pelo CDC alcancem as instituições financeiras (cf. ADI 2.591, 7-6-2006, Pleno, Eros Grau), não é possível a sua aplicação retroativa, sob pena de violação do art. 5º, XXXVI, da CF”. (RE 395.384 ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 22.6.2007)

E, por fim, mais um argumento de reforço: cumpre ressaltar que essa resolução somente atinge pessoas físicas e microempreendedores individuais (art. 1º da Resolução 4.765/2019), deixando ao largo as empresas, em clara medida intervencionista-regulatória anti-isonômica (art. 5º, *caput*, da CF).

Ou o serviço em si é cobrado, independentemente de quem seja mutuário, ou não pode ser cobrado apenas de parcela dos consumidores dessa modalidade de crédito, tendo em vista que, na sociedade atual, o dinheiro e o tempo são cada vez mais escassos e valiosos.

Por todos esses argumentos, entendo que o art. 2º da Resolução CMN /Bacen 4.765/2019 viola o ordenamento jurídico-constitucional vigente.

6) Decisão

Ante o exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da Resolução CMN/Bacen 4.765/2019.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00