

**Busca e apreensão - Matéria de defesa -
Irrestrição - Veículo - Financiamento -
Inadimplência do devedor - Contrato - Rescisão -
Instituição financeira - Código de Defesa do
Consumidor - Aplicabilidade - Cláusulas
contratuais - Encargos contratados - Juros
remuneratórios - Ausência de abusividade -
Comissão de permanência - Taxa variável
do mercado - Cláusula potestativa -
Capitalização de juros - Vedação -
Votos vencidos parcialmente**

Ementa: Apelação cível. Ação de busca e apreensão. CDC. Aplicabilidade. Matéria de defesa irrestrita. Juros remuneratórios. Ausência de abusividade. Comissão de permanência. Potestatividade. Capitalização vedada. Recurso parcialmente provido. Voto vencido parcialmente.

- O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos celebrados com instituições bancárias, Súmula 297 do STJ.

- A Lei 10.931, de 2004, ampliou a matéria a ser contestada na defesa da ação de busca e apreensão.

- A discussão a respeito das cláusulas contratuais em razão de violação a preceitos de ordem pública encontra guardida no art. 122 do Código Civil de 2002.

- As limitações do Decreto 22.626, de 1933, quanto à taxa de juros remuneratórios, não se aplicam às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

- Se os juros remuneratórios pactuados não se revestem de abusividade, incabível a redução pelo Poder Judiciário.

- A comissão de permanência suplanta a atualização do valor da moeda, pois objetiva remunerar a instituição financeira, porém, de forma ilícita, pois não tem o cliente acesso ao índice que será aplicado quando da pactuação, permitindo que a instituição possa embutir, a seu critério, valores excessivos, configurando a cobrança implícita de juros remuneratórios.

- O Supremo Tribunal Federal já assentou, por meio da Súmula 121, que a capitalização é vedada, mesmo que expressamente pactuada pelas partes contratantes, salvo nos casos de cédula de crédito rural, industrial e comercial, exceção que não se amolda ao caso dos autos.

- V.v.p.: - Diante dos problemas que envolvem a utilização da Taxa Selic como índice de aferição dos juros moratórios, na hipótese de mora, há de incidir a regra contida no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, que

limita a taxa de juros a 1% ao mês; e, dispondo o art. 591 do Código Civil - aplicável a todos os contratos de mútuo - que a taxa de juros convencionais ou remuneratórios, sob pena de redução, não pode exceder ao limite disposto no art. 406 do Código Civil, impõe-se também a observância da limitação da taxa máxima em 12% ao ano.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0180.07.037072-1/001 - Co-
marca de Congonhas - Apelante: Ronaldo Rodrigues de
Assunção - Apelado: Banco GE Capital S/A - Relator:
DES. MARCELO RODRIGUES**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDOS PARCIALMENTE REVISOR E VOGAL.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2008. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Cuida-se de apelação interposta por Ronaldo Rodrigues de Assunção em face da r. sentença de f. 56/60-TJ, que, nos autos da ação de busca e apreensão que lhe move Banco GE Capital S.A., julgou procedente o pedido para declarar rescindido o contrato, consolidando nas mãos do requerente o domínio e a posse plenos e exclusivos do bem. Condenou o réu, ora apelante, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de R\$ 800,00 (oitocentos reais), suspendendo a exigibilidade, porquanto beneficiário da justiça gratuita.

Recurso próprio, tempestivo e dispensado de preparo (f. 60-TJ).

Dele conheço.

Colhe-se dos autos que o réu celebrou contrato de financiamento do veículo descrito à f. 10-TJ, responsabilizando-se pelo pagamento da importância de R\$ 39.000,00 (trinta e nove mil reais) a serem pagos em sessenta prestações mensais, vencendo a primeira em 22.03.2007. Ao argumento de inadimplência do réu desde a parcela vencida em 22.06.2007, a autora ingressou com a presente ação de busca e apreensão que foi julgada procedente pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Congonhas. Em face dessa sentença é que se insurge o recorrente.

Em suas razões recursais de f. 61/74-TJ, Ronaldo Rodrigues de Assunção insurge-se contra a r. sentença discorrendo sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e o caráter adesivo do contrato. Aduz que os juros praticados extrapolam o limite legal de 12%

ao ano; há prática de capitalização e a comissão de permanência é inexigível. Por tudo isso, entende que está descaracterizada a mora e requer a devolução das parcelas pagas. Pugna pelo provimento do recurso.

Sem preliminares, passo de pronto ao exame do mérito.

Inicialmente, tenho por absolutamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso em questão, porquanto as partes se amoldam perfeitamente aos conceitos de consumidor e fornecedor previstos nos arts. 2º e 3º da Lei 8.078, de 1990. E, para espancar qualquer dúvida a este respeito, a Súmula 297 do STJ afirma a aplicabilidade da legislação consumerista às instituições bancárias. Com isso, fica rechaçada a tese de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Mas, a despeito da aplicabilidade da Lei 8.078, de 1990, o Poder Judiciário não está autorizado a proceder à revisão de contratos livremente pactuados, à exceção, é claro, se restar provada alguma abusividade, ilegalidade ou onerosidade excessiva para uma das partes. Isso porque a revisão, nessas hipóteses de exceção, coaduna-se com o princípio da função social do contrato e permite o restabelecimento do equilíbrio contratual.

No caso, o apelante insurge-se contra a busca e apreensão ao argumento de que sua mora está descaracterizada ante a cobrança de encargos abusivos e ilegais.

Pois bem.

Conquanto a apelada entenda incabível discussão acerca da abusividade dos juros pactuados na ação de busca e apreensão, tenho que, após a Lei 10.931, de 2004, a matéria a ser argüida como defesa pelo devedor não é mais limitada, como antes ocorria, notadamente quando se tratar de abusividade dos encargos contratados, visto que se trata de matéria de ordem pública, cuja nulidade inclusive pode ser declarada pelo Sentenciante.

Não de outra forma é o entendimento do STJ:

Especificamente sobre o art. 51 do CDC, que elenca nulidades de pleno direito que devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, seria um contra-senso constatar certa nulidade num contrato garantido por alienação fiduciária e, contudo, não declará-la por se considerar a busca e apreensão como ação de natureza sumária. Por esses motivos, deve ser oportunizada ao devedor, em sede de ação de busca e apreensão, a possibilidade de suscitar discussão sobre o valor da dívida, mormente em relação aos encargos que a compõem, com fundamento em contrariedade à lei ou em nulidade do próprio contrato (STJ - REsp nº 267758/MG, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. em 27.04.05).

Então, é perfeitamente possível a discussão acerca dos encargos contratados.

No que concerne à prática de juros acima do limite legal de 12% ao ano, tenho posicionamento firmado no sentido de que tal limitação não se aplica às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, por

força da Súmula 596 do STF. Contudo, constatada a abusividade dos juros remuneratórios pactuados, tenho reduzido o percentual para até 3,58% ao mês, conforme se verifica nos precedentes nº 1.0027.04.045549-8/001; 1.0024.06.201790-0/001 e 1.0702.06.336700-8/001.

Todavia, no caso, constato que os juros foram pactuados em 1,94% ao mês, e neste percentual não vejo nenhuma abusividade, pois até mesmo inferior ao patamar que tenho estipulado nos casos de redução. Então, não há nulidade a ser declarada em relação à taxa de juros remuneratórios, pelo que mantenho a r. sentença.

Mas, no que tange à comissão de permanência, da forma como pactuada na cláusula 6.1, (f. 12-TJ) se reveste de potestatividade. Observa-se que as taxas aplicadas, em caso de inadimplemento, são deixadas à escolha do credor, visto que não estipula o percentual da comissão de permanência, em manifesta afronta ao que dispõe o art. 122 do Código Civil de 2002.

A comissão de permanência suplanta a atualização do valor da moeda, pois objetiva remunerar a instituição financeira, porém, de forma ilícita, pois não tem o cliente acesso ao índice que será aplicado quando da pactuação, permitindo que a instituição possa embutir, a seu critério, valores excessivos, configurando a cobrança implícita de juros remuneratórios.

No julgamento da Apelação Cível nº 2.0000.00.239.199-1/000, da 3ª Câmara Cível do extinto TAMG, publicada no *DJ* em 30/8/1997, o eminente Relator Juiz Wander Marotta, hoje emprestando o brilho de sua inteligência a este egrégio Tribunal de Justiça, consignou o seguinte:

A correção monetária tem berço legislativo e, por isso, embora destinada também a manter atualizado o *quantum* devido e a preservar o valor aquisitivo da moeda, deve prevalecer sobre a comissão de permanência que tem origem administrativa.

Conclui-se, portanto, nos termos do art. 122 do Código Civil de 2002, que é potestativa a cláusula que permite que seja a comissão de permanência calculada à taxa variável do mercado, sendo que tal ajuste coloca o devedor em inteira desvantagem, em razão da dificuldade, ou até da impossibilidade, de averiguá-la. Portanto, a comissão de permanência há que ser substituída pela correção monetária.

Desse entendimento não discrepa a jurisprudência desta colenda Câmara:

Revisional de contrato - Busca e apreensão em apenso - Contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia - Código de Defesa do Consumidor - Aplicação - Encargos abusivos - Juros - Capitalização afastada - Comissão de permanência - Taxa livre - Ilegalidade - Restituição simples. - [...] - Incabível a estipulação da cobrança de comissão de permanência à maior taxa de mercado, sem estipulação expressa do índice a ser aplicado e

sem previsão de qualquer limite é típica condição potestativa, que não pode ser mantida (TJMG, 11^o C.C., Ap. 1.0672.00.028333-9/00; Relator: Des. Duarte de Paula; j. em 02/08/2006; p. em 06/09/2006).

E no que concerne à capitalização, também assiste razão ao apelante, pois a Súmula 121 do STF veda a prática de juros capitalizados. No caso dos autos, é evidente a sua pactuação pelo banco, visto que, por simples cálculos aritméticos, é possível concluir que a taxa de juros anual não corresponde à taxa mensal se fossem pactuados juros simples.

Está consolidado nos tribunais pátrios o entendimento no sentido de que, nos contratos firmados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, ainda que expressamente pactuada, é vedada a capitalização dos juros, que somente é admitida nos casos previstos em lei, quais sejam nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial, inocorrentes, na presente hipótese.

Cumpra ainda ressaltar que a Medida Provisória 2.170-36, de 2001, está sendo objeto de ADI 2.316, ainda não julgada, inclusive estando suspenso, por força de cautelar, o art. 5^o da referida medida, que autoriza a capitalização mensal de juros.

Isso é corroborado pelo Informativo n^o 413 do Supremo Tribunal Federal:

Informativo 413 (ADI-2.316)

Cobrança de juros capitalizados.

Retomado julgamento de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Partido Liberal - PL contra o art. 5^o, *caput*, e parágrafo único da Medida Provisória 2.170-36/2001, que admitem, nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano - v. Informativo 262. O Min. Carlos Velloso, em voto-vista, acompanhou o voto do relator, Min. Sydney Sanches, que deferiu o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos impugnados por aparente falta do requisito de urgência, objetivamente considerada, para a edição de medida provisória e pela ocorrência do *periculum in mora* inverso, sobretudo com a vigência indefinida da referida MP desde o advento da EC 32/2001, com a possível demora do julgamento do mérito da ação. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim. ADI 2.316 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, 15.2.2005 (ADI-2.316).

Portanto, ainda não é efetivamente admitida a capitalização no nosso ordenamento jurídico, pelo que merece reforma a r. sentença para extirpar os juros capitalizados.

E, apesar de extirpados a comissão de permanência e os juros capitalizados, a mora não está elidida, pois, de um contrato de financiamento de 60 parcelas, o apelante pagou apenas 03.

No mais, quanto à restituição do valor pago, como constou da r. sentença, a mesma observará o procedimento previsto para alienação fiduciária, ou seja, após a venda do bem e desconto do saldo devedor.

À luz dessas considerações, dou parcial provimento ao recurso para reformar a r. sentença e declarar a nulidade da cláusula que prevê incidência de comissão de permanência, substituindo o encargo pelo índice de correção monetária da CGJMG; além de extirpar os juros capitalizados. Mantenho quanto ao mais a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em razão da sucumbência recíproca, custas processuais e recursais à razão de 70% para o apelante e 30% para a apelada. Além de honorários advocatícios de R\$ 800,00 (oitocentos reais) a serem pagos pelo apelante ao causídico da apelada e R\$ 500,00 (quinhentos reais) a serem pagos pela apelada ao causídico do apelante, permitida a compensação nos termos da Súmula 306 do STJ. Entretanto, resta suspensa a exigibilidade em relação ao apelante, porquanto beneficiário da justiça gratuita, nos termos do art. 12 da Lei 1.060, de 1950, tal como se acha em vigor.

DES. DUARTE DE PAULA - Com a devida vênia do ilustre Desembargador Relator, ousou distanciar-me parcialmente de seu entendimento, uma vez que, assim como por ele exposto, comungo da opinião de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor em relação a todas as instituições financeiras, visto exercerem essencialmente a mercancia, tendo conceituado o Código Comercial de 1850 os banqueiros como comerciantes, agora resgatado por novel codificação, a ele estando submetidas as operações bancárias, inclusive as de abertura de crédito em conta corrente e as de financiamento para aquisição de bens móveis e imóveis, com suas garantias acessórias, inclusive da alienação fiduciária.

Conforme consta no art. 3^o, § 2^o, da Lei 8.078/90, é incontestável o entendimento de que o serviço bancário se enquadra perfeitamente na norma consumerista, principalmente em se levando em conta o disposto no art. 52 do referido diploma legal, que cuida do fornecimento de crédito ao consumidor, que é, indubitavelmente, a hipótese em questão.

Esses conceitos regem a matéria ora em debate, já que, para efeito de aplicação do Codecon, não fazem qualquer restrição ou ressalva às atividades de natureza bancária, financeira e de crédito.

Dessarte, assentando-se a questão colocada em julgamento em prestação de serviços bancários, exteriorizado pelo contrato de financiamento de veículo, entendido caracterizada a relação de consumo, o que ora me faz assim entender de modo mais do que indubitado, uma vez que, após encerrado o julgamento da ADI 2.591-1, do Distrito Federal, interposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - Consif, pelo Pleno do excelso Supremo Tribunal Federal, em 07.06.06, pelo fato de haver ocorrido a publicação do v. acórdão no *Diário do Judiciário* de 29.09.2006, sepultada ficou

qualquer dúvida de convencimento sobre a questão, uma vez que enuncia que:

As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

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.

Ademais, a Súmula 297 do colendo Superior Tribunal de Justiça já elucidava a matéria em âmbito pretoriano: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Portanto, entendo não ser de se desprezar o interesse social em análise, numa nítida relação de consumo, por integrar tal fonte o principal comando do ordenamento jurídico acima citado, servindo, a toda evidência, de norma da qual deve lançar mão o julgador ao aplicar o direito ao caso concreto, sobretudo diante do estágio que as relações sociais assumiram no mundo hodierno, não podendo olvidar que hoje vivemos sob uma nova ótica econômica, alcançada a duras penas, que implica, necessariamente, uma nova visão acerca dos contratos e valores assumidos em decorrência das diversas relações jurídicas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Também, ponho-me de acordo com o em. Relator no que toca à substituição da comissão de permanência pela correção monetária, calculada conforme o INPC, bem como para adequar o percentual da multa moratória para dois por cento, conforme estabelece o art. 52, parágrafo primeiro, do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, dele ouso distanciar-me apenas no que toca à taxa de juros aplicável ao contrato celebrado pelas partes.

Entendo que a vertiginosa evolução do mundo moderno, em face das novas preocupações e anseios sociais que passaram a reger os negócios jurídicos, aperfeiçoados pela conjunção de vontade de duas ou mais pessoas, deu lugar a transformações, principalmente com relação ao princípio da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções nos contratos. Evidentes são as tendências atuais no sentido de limitar a eficácia do princípio da obrigatoriedade das convenções, revivendo a velha cláusula *rebus sic stantibus*, que se consolidou na moderna teoria da imprevisão, objetivando tornar os contratos mais justos e mais humanos.

Busca-se hoje a preservação do equilíbrio real do direito e dos deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, seja para manter a inalterada proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias fossem previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem ou

desvantagem excessiva para uma das partes, aferível objetivamente, segundo as regras de experiência ordinária.

O princípio clássico do *pacta sunt servanda* passa, nesse contexto, a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas. Dessarte, não obstante a consagrada concepção liberal dos contratos, a teoria da revisão contratual tem sido acolhida pela jurisprudência, principalmente, em se tratando de contrato de adesão, como o dos autos, justificando a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, em face da evidência de cláusulas abusivas que se apresentam gravosas sobremaneira para uma das partes.

Então, no que toca aos juros, preceitua a Constituição Federal que, dentre as atribuições do Congresso Nacional, está a obrigação inderrogável de dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações.

E, como o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias expressamente enuncia a

revogação, cento e oitenta dias após a sua promulgação, sujeita a prorrogação por lei, de todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional,

principalmente no que concerne a ação normativa e alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie, revogada encontra-se a delegação contida na Lei 4.595/64, que concede poder normativo ao Conselho Monetário Nacional em matéria de competência legislativa do Congresso Nacional.

Portanto, derogadas estão todas as instruções normativas emanadas pelo Conselho Monetário Nacional a respeito da fixação dos limites dos juros, descontos, comissões e quaisquer outras formas de remuneração de operações e serviços das instituições de crédito, restando como única fonte de limitação dessas formas remuneratórias do capital o art. 406 do vigente Código Civil. Este texto normativo dispõe que, quando os juros moratórios não forem convencionados pelas partes, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Atualmente, para a mora no pagamento dos tributos federais, utiliza-se uma taxa flutuante, sujeita às injunções do mercado, a chamada Taxa Selic. A Taxa Selic - Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - fixada por ato unilateral do Poder Executivo, através do Conselho de Política Monetária do Banco Central (Copom), é calculada sobre os juros cobrados nas operações de venda de título negociável, em operação financeira com cláusula de recompra. Trata-se de uma taxa que reflete a remuneração dos

investidores pela compra e venda de títulos públicos. Portanto, é uma taxa flutuante, que se determina exclusivamente em virtude da relação entre o mercado (investidores) e o Governo, servindo para mensurar a remuneração de títulos públicos.

Nenhum problema há em empregar a Taxa Selic aos fins a que se destina. O problema está em transformá-la em taxa de mensuração de juros de mora legais. A um, porque na Taxa Selic não estão embutidos apenas os juros reais, mas também a correção monetária. A dois, porque, em se tratando de uma taxa flutuante, impede o conhecimento prévio acerca dos juros, causando grave insegurança jurídica. Por essas e outras razões um grupo de juristas, reunidos em assembléia pelo Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, decidiu propor o Enunciado 20, nos seguintes termos:

Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1 % ao mês. A utilização da Taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária e é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual de juros (MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (orgs.). *Código Civil comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, p. 275).

Assim, diante dos problemas que envolvem a utilização da Taxa Selic como índice de aferição dos juros moratórios, a meu ver, na hipótese de mora há de incidir a regra contida no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, que limita a taxa de juros a 1 % ao mês.

Sendo certo que, dispondo o art. 591 do Código Civil, aplicável a todos os contratos de mútuo, que a taxa de juros convencionais ou remuneratórios (compensatórios) fixada não pode exceder ao limite disposto no art. 406 do Código Civil, deve corresponder, também, a, no máximo, 12 % ao ano.

Importante salientar que reiteradamente vinha decidindo ser aplicável, em casos de mora, o art. 1º do Decreto 22.626/33, que veda a estipulação de juros superiores ao dobro da taxa legal. Contudo, em face da vigência de uma nova regra jurídica sobre a matéria, estou revendo o meu posicionamento, visto que cheguei à conclusão de que, correspondendo a taxa legal, atualmente, a 1% ao mês, a aplicação da Lei de Usura possibilitaria a incidência de taxa de juros de até 24% ao ano, o que ofenderia o art. 406 do Código Civil c/c o art. 161 do Código Tributário Nacional, novos parâmetros de limitação das taxas de juros.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, acompanhando o posicionamento do ilustre Relator, apenas dele afastando para fixar a taxa de juros remuneratórios e moratórios em 12% ao ano.

Custas recursais, pelo apelado.

DES.ª SELMA MARQUES - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Ronaldo Rodrigues de Assunção contra a sentença que, na ação de busca e apreensão contra ele proposta pelo Banco GE Capital S.A., julgou procedente o pedido para rescindir o contrato pactuado e consolidar nas mãos do requerente o domínio e a posse plenos e exclusivos do bem, facultada a venda pelo requerente.

Inconformado, recorre o réu ao argumento de que no caso dos autos são aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor, de que os juros remuneratórios devem ser limitados. Aduz ainda que a utilização da Tabela Price capitaliza os juros, e, em não havendo qualquer cláusula que disponha quanto à capitalização, deve esta ser extirpada. Insurge-se ainda contra a comissão de permanência, salientando que

muito embora o douto Juízo a quo tenha entendido não haver a comprovação da cobrança da comissão de permanência reconhece que há a previsão de sua cobrança cumulada com juros moratórios.

Afirma ainda que restou demonstrada a descaracterização da mora em razão da cobrança de encargos indevidos.

Também conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O ilustre Desembargador Relator em seu judicioso voto dá parcial provimento ao recurso para declarar a nulidade da cláusula que prevê a incidência da comissão de permanência, substituindo-a pela correção monetária com base na CGJ, bem como extirpar a capitalização. Em razão da sucumbência recíproca, condena o réu apelante ao pagamento de 70% das custas processuais e recursais e fixa os honorários por ele devidos ao patrono do autor em R\$ 800,00. Fica a cargo do banco o restante das custas - 30% - e honorários advocatícios no importe de R\$ 500,00, permitida a compensação.

Como Vogal, acompanho o judicioso voto do eminente Desembargador Relator no que tange à manutenção dos juros remuneratórios contratados, bem como quanto à substituição da comissão de permanência pela correção monetária com base nos índices da CGJ. No tocante à aplicação do Codecon no caso dos autos, bem como quanto à possibilidade de capitalização mensal dos juros e declaração de nulidade da cláusula que prevê a comissão de permanência, *permissa venia*, ousou divergir de Sua Excelência.

Da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente, saliento meu entendimento, já que, regra geral, entendo serem inaplicáveis aos contratos bancários as regras do Código de Defesa do Consumidor, posição esta, inclusive, que venho reiteradamente sustentando em minhas decisões.

É que, a meu sentir, não se vislumbra a figura do consumidor naquele que celebra com o banco operações bancárias, uma vez que estas não dizem respeito ao consumo. O dinheiro e o crédito são apenas meios de pagamento, instrumentos de circulação de riqueza, e, por via de conseqüência, não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final.

Nesse sentido leciona Paulo Brossard, Ministro aposentado do STF:

É forçoso reconhecer que as operações bancárias não dizem respeito ao consumo, nem são consumidores os que celebram com os bancos operações bancárias, sendo desse modo personagens estranhas à lei de defesa do consumidor. [...] são contratos bancários o depósito, a conta corrente, o cheque, o empréstimo, a abertura de crédito, o crédito documentário, o desconto [...]. Quem quer que celebre qualquer desses contratos não é consumidor de coisa alguma, nem os contratos importam em consumo de bens ou na fruição de serviços relativos a necessidades humanas. E, por maior que seja a extensão que se pode dar aos vocábulos consumo e consumidor, eles não podem assimilar os contratos bancários.

No amplo espectro do processo econômico, a operação bancária e a relação de consumo encontram-se em patamares distintos e distantes. O consumo supõe a produção de bens produzidos e a serem consumidos, situa-se no termo final do processo, que acaba com ele, enquanto as operações bancárias têm seu endereço voltado à produção de bens, os quais tanto se destinam ao consumo, como a servir de meio de produção para novos bens e serviços. O bem que venha a ser utilizado como insumo não é consumido, mas utilizado como elemento ou ingrediente de produção. São inconfundíveis, assim, os bens aptos a produzir novos bens e os aptos ao consumo por parte de seus destinatários finais, para repetir as palavras da lei. Aqueles são instrumentais ou intermediários; estes são derradeiros e têm no consumo a sua destinação.

Definem-se as instituições financeiras como agentes econômicos, cuja atividade tem por objeto a coleta, a intermediação e a aplicação dos recursos monetários próprios ou de outrem. São numa palavra intermediários na circulação do dinheiro, Lei 4.595, art. 17, donde Pontes de Miranda ter acentuado: 'O que caracteriza a atividade bancária é a função de intermediariedade na circulação do dinheiro'[...]. Tenho como certo que entre o consumidor assim definido por lei e o cliente de um banco, enquanto tal, não há identidade, nem semelhança, da mesma forma que entre consumo e contrato bancário. Operações bancárias ou operações de crédito não dizem respeito ao consumo; ao contrário, envolvem aplicação de reservas poupadas, exatamente do que sobejou por não ter sido utilizado no consumo, ou seja, na satisfação de necessidades (RT 718, p. 89/90).

Frise-se, ainda, que a improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), que questionava a validade do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito ao conceito de serviço nele incluídos, quais sejam atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, não muda a concepção exposta. Isso porque a inconstitucionalidade

que foi ali abordada foi de natureza formal, já que o sistema financeiro somente poderia ser regulamentado por lei complementar, não tendo o CDC esta natureza. Afinal, o art. 192 da Constituição de República exige lei complementar para reger a organização e funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, ou seja, sua estrutura, e não as práticas contratuais das referidas instituições.

Todavia, cumpre registrar que a discussão sobre a aplicabilidade ou não do CDC tem destinação estéril. Isso porque, ainda que se reconheça a inaplicabilidade do microsistema jurídico de destinação específica representado pelo CDC e a conseqüente aplicação das normas gerais do Código Civil aos contratos celebrados pelas instituições financeiras, nenhuma abusividade será tolerada.

O Código Civil de 1916 assentou o contrato sobre três princípios fundamentais oriundos da liberdade contratual. São eles o princípio da autonomia privada, o da obrigatoriedade dos pactos ou intangibilidade do conteúdo do contrato e o da relatividade. Tais princípios referem-se à teoria clássica, "onde todo o edifício do contrato assenta na vontade individual, que é a razão de ser da sua força obrigatória" (LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*, p. 33. *Apud* TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2006, p. 06).

Todavia, na ordem contratual contemporânea, observa-se uma crítica cada vez mais consistente à centralidade da vontade individual, que passa a ser conjugada com três novos princípios positivados no Código Civil, quais sejam a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico entre as prestações e a função social do contrato.

Mais recentemente, porém, passa-se a reconhecer nas transformações ocorridas não apenas exceções à dogmática clássica, mas a expressão de novos princípios fundamentais da teoria contratual, capazes de alterar qualitativamente a dogmática e os princípios tradicionais. [...]. A autonomia privada, a intangibilidade do conteúdo do contrato e a relatividade de seus efeitos conformam-se, na atualidade, um conjunto de novos princípios: boa fé objetiva, equilíbrio econômico entre as prestações e função social do contrato (TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, 2006, v. 2, p. 07/08).

Também nesse sentido já apontava Ruy Rosado Aguiar:

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos [...]. Nessa óptica, continua-se a visualizar o contrato como uma oportunidade para o cidadão, atuando no âmbito da vontade não pode só por isso prevalecer, se dela resulta iniquidade e injustiça. O primado não é da vontade é da justiça, mesmo porque o poder da vontade não é maior do que os outros [...] (REsp 45.666).

Assim, considerando-se a positivação no Código Civil das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, do equilíbrio

econômico e financeiro do contrato e da função social, não é necessário recorrer-se ao CDC para evitar quaisquer abusividades, iniqüidades ou mesmo injustiças nos contratos celebrados pelas instituições financeiras.

Pode-se concluir que o novo Código Civil é um sistema aberto e que exigirá dos juízes um redobrado esforço para a sua correta aplicação, porque, em muitas situações, observado o caso concreto, poderão além de julgar, vir a criar propriamente a regra jurídica (ANDRIGHI, Fátima Nancy *et al.* *Comentários ao novo Código Civil*. 2008, v. 9, p. 2).

Dentro dos três princípios positivados que, conjuntamente aos já consagrados pela teoria contratual clássica regem a relação contratual, para os fins ora enfocados, merece destaque o da boa-fé objetiva, que impõe um padrão de conduta aos contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato, e traduz em agir pautado pela ética, igualdade e solidariedade.

Antes, porém, de adentrar na caracterização e função da boa-fé, importa ressaltar sua origem constitucional, visto que decorre

de quatro princípios fundamentais para a atividade econômica, quais sejam: 1. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); 2. O valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF); 3. A solidariedade social (art. 3º, III, CF); 4. A igualdade substancial (art. 3º, CF) vinculados diretamente à dicção do art. 170 da CF, de modo a enfatizar o significado instrumental da atividade econômica privada para a consecução dos fundamentos e objetivos de ordem constitucional (TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2006, p. 17).

No intuito de delimitar a amplitude do princípio, é possível atribuir-lhe três funções essenciais, quais sejam: I) norma interpretativo-integrativa; II) norma de criação de deveres jurídicos laterais e III) para os fins que ora interessam, funciona a boa-fé como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. No que toca à função limitadora de direitos subjetivos cumpre registrar que:

a boa-fé funciona como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscrever aqueles exercícios considerados arbitrários e irregulares. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito de um dos contratantes não resiste à avaliação de sua conformidade com a boa-fé e, como tal, deixa de merecer a tutela do ordenamento jurídico (TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2006, v. 2, p. 20).

Direcionando a aplicabilidade do princípio da boa-fé às cláusulas contratuais que podem ser taxadas de injustas ou abusivas, leciona a Ministra Fátima Nancy Andrighi:

A teoria da boa-fé objetiva constitui um mecanismo técnico-jurídico de aferição da abusividade das cláusulas contratuais expressas ou de inaplicabilidade parcial dos efeitos do negócio jurídico, ou ainda de interpretação integrativa da declaração de vontade, sempre que seja preciso restabelecer o equilíbrio contratual. Esse equilíbrio contratual não reduz em mero equilíbrio econômico das prestações, como se só fosse válido o contrato sinalagmático perfeito. O equilíbrio buscado é aquele razoavelmente esperado, aquele que preserva a função econômica para a qual o contrato foi concebido pela parte, salvo se a superioridade de uma das partes tiver subjugado os interesses da outra. Com efeito, é preciso sinalizar aos intérpretes da lei que o princípio da boa-fé objetiva afasta o caráter unilateralmente de propósitos, porque sua meta é sempre resguardar o equilíbrio contratual na integralidade, quer econômica, quer jurídica (Comentários ao novo Código Civil. 2008, p. 15).

Assim, levando-se em consideração que

ofende-se o princípio da boa-fé quando o contrato ou a maneira de interpretá-lo ou de executá-lo redundam em prejuízo injusto para uma das partes (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O contrato e sua função social*. 2008, p. 51),

qualquer abusividade que, por via de regra, pudesse ser extirpada, ou mesmo ponderada, pelo Código de Defesa do Consumidor, destinado a reger situações específicas onde for identificada a figura do consumidor final, também o será pelo Código Civil, diploma destinado a regulamentar os contratos de forma geral, não havendo, por isso, razões para forçar a aplicação de diploma normativo que, em princípio, se afigura estranho à relação travada com as instituições financeiras, cujos serviços prestados antes de satisfazerem necessidades finais, permite que o tomador as satisfaça em relações outras.

Da capitalização.

No que tange à capitalização de juros, também tenho entendimento diverso do ilustre Relator.

Muito embora em algumas situações anteriores tenha me manifestado em sentido contrário, reposicionei-me e entendo não ser ilegal, haja vista encontrar respaldo no art. 5º da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000 (hoje em tramitação no Congresso com o número 2.170-36), que permite, nos contratos firmados com instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, a capitalização em período inferior a um ano, *verbis*:

Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

O STJ firmou entendimento no sentido de ser possível a capitalização mensal de juros, nos contratos firmados na vigência da referida MP:

Direito processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. Taxa de juros remuneratórios. Limitação. Impossibilidade. Capitalização mensal. Comissão de permanência.

Possibilidade. - Nos termos da jurisprudência do STJ, não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano aos contratos bancários não abrangidos por legislação específica quanto ao ponto. - Por força do art. 5º da MP 2.170-36, é possível a capitalização mensal dos juros nas operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que pactuada nos contratos bancários celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da primeira medida provisória com previsão dessa cláusula (art. 5º da MP 1.963/2000). Precedentes. Agravo não provido (AgRg no REsp 908583/MS; 2006/0265104-5, Ministra Nancy Andrighi).

Civil e processual. Agravo regimental. Ação de cobrança. Contratos de abertura de crédito rotativo e de adesão a produtos e serviços. Inovação. Impossibilidade. Capitalização mensal dos juros. Vedação. Medida Provisória nº 1.963-17/2000. Contrato anterior. Recurso manifestamente improcedente. Multa, art. 557, § 2º, do CPC. I. Em sede de agravo regimental não se permite adicionar fundamento às razões do recurso especial. II. 'O art. 5º da Medida Provisória 2.170-36 permite a capitalização dos juros remuneratórios, com periodicidade inferior a um ano, nos contratos bancários celebrados após 31-03-2000, data em que o dispositivo foi introduzido na MP 1.963-17' (2º Seção, REsp nº 602.068/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 21.03.2005) (AgRg no REsp 897234/RS; 2006/0234984-1, Ministro Aldir Passarinho Junior).

Contudo, em análise do contrato pactuado entre as partes, não há previsão quanto à possibilidade da cobrança dos juros capitalizados, e tal cobrança não foi evidenciada nos autos, de forma que não há falar em possibilidade da capitalização, e menos ainda em sua exclusão.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso tão-somente para substituir a cobrança da comissão de permanência pela correção monetária com base nos índices da Corregedoria-Geral de Justiça.

Custas processuais e recursais, nos termos do voto do eminente Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDOS PARCIALMENTE REVISOR E VOGAL.

...