

**BUSCA E APREENSÃO - FINANCIAMENTO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - ENCARGOS - REVISÃO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICAÇÃO - AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO - GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - MAIOR TAXA DE MERCADO - ESTIPULAÇÃO EXPRESSA DO ÍNDICE - LIMITE - AUSÊNCIA - CONDIÇÃO POTESTATIVA - MANUTENÇÃO - PROIBIÇÃO - JUROS COMPOSTOS - CRÉDITO - EXACERBAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE**

**Ementa:** Busca e apreensão. Contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação. Revisão de encargos. Comissão de permanência. Cumulação com juros e correção monetária. Vedação. Capitalização de juros. Impossibilidade. Restituição simples dos valores cobrados.

- O fato de o devedor se encontrar em mora não lhe retira o direito de proceder à revisão de encargo estipulado no contrato de alienação fiduciária, pois lhe é assegurada a mais ampla defesa e o contraditório pela Constituição, não havendo falar em limitação da matéria a ser abordada em contestação.
- 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, sendo típica condição potestativa, que não pode ser mantida.
- Mostra-se indevida a capitalização de juros, que significa a contagem de juros sobre juros, gerando um acréscimo exacerbado no valor do crédito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.05.223402-1/003 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: José Maria da Costa - Apelado: Banco ABN AMRO Real S.A. - Relator: Des. DUARTE DE PAULA

#### **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, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, PARA ANULAR A SENTENÇA E JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL.

Belo Horizonte, 7 de março de 2007. -  
*Duarte de Paula* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

O Sr. Des. *Duarte de Paula* - Inconformado com a r. sentença que julgou procedente o pedido feito na ação de busca e apreensão movida por Banco ABN AMRO Real S.A., tornando subsistente a liminar concedida, para consolidar nas mãos do autor a proprie-

dade e posse exclusiva sobre o bem alienado fiduciariamente, insurge-se o requerido, José Maria da Costa, mediante o recurso de apelação de f. 128/149.

Requer, em preliminar, a apreciação do agravo em apenso, que fora convertido por este egrégio Tribunal em agravo retido.

Conheço do recurso de agravo retido e do recurso de apelação, presentes os pressupostos de admissibilidade de ambos.

Do agravo retido.

No que tange à análise do agravo retido, tem-se que aduz o agravante, em preliminar, a nulidade da decisão por cerceamento de defesa e por falta de fundamentação, já que a decisão agravada não teria delineado os motivos do indeferimento das provas requeridas, não tendo sequer se pronunciado acerca da inversão do *onus probandi*.

No mérito, insurge-se contra o indeferimento da liminar para a exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes, afirmando a existência do perigo da demora, por não poder esperar o julgamento da lide, já que necessita de crédito, por ser aposentado por invalidez e mensalmente precisar adquirir medicamentos.

Pretende, ainda, o agravante a expedição de ofício para a 7ª Delegacia de Polícia de Juiz de Fora para obter informações acerca do paradeiro do veículo apreendido, pois, após o cumprimento do mandado de busca e apreensão pelo Oficial de Justiça em Santos Dumont, recebeu notificação para providenciar a liberação e a retirada do veículo que estaria depositado naquela delegacia por mais de noventa dias.

Por fim, alega o agravante ter o Julgador ignorado a possibilidade de discussão na contestação dos abusos e irregularidades verificados no contrato.

No tocante ao alegado cerceamento de defesa, tem-se que o indeferimento das provas requeridas na contestação se fundamenta no poder subjetivo e discricionário do juiz, decidindo o julgador de acordo com as razões de seu convencimento, cabendo-lhe, como destinatário da prova, determinar e escolher as provas necessárias à instrução processual, como bem ensina o art. 130, CPC, podendo inclusive dispensar as diligências que se lhe afigurarem protelatórias ou mesmo desnecessárias.

No caso dos autos, entendeu o MM. Juiz *a quo* ser suficiente a produção de prova documental para o deslinde da questão, não admitindo a elaboração das demais provas requeridas, dentre elas a testemunhal e pericial, procedendo ao julgamento antecipado da lide.

Conquanto possível a realização das provas solicitadas na ação de busca e apreensão, derivada de alienação fiduciária, por estar o princípio da ampla defesa em harmonia com as implicações processuais de tais espécies de demanda, não é sua realização obrigatória, até porque não é apenas através de prova técnica pericial que se pode chegar à comprovação da

cobrança abusiva de encargos, pois o próprio requerente pode apresentar seus próprios demonstrativos nos termos do que entende devido, não podendo, ademais, olvidar-se que a matéria debatida nos autos se refere especialmente à legalidade das cláusulas contratuais, sendo o contrato em decorrência a prova essencial para a apuração de excesso, pois é nele que estão consignados de modo expresso e objetivo as taxas e os encargos previstos e a forma como serão calculados. Assim, dispensável seria a realização de qualquer prova técnica para constatar o contido no contrato e empreender meros cálculos matemáticos para determinar a incidência de multa moratória e juros excessivos, capitalizados e a cumulação de correção monetária com comissão de permanência.

Nesse esteio, não há falar em cerceamento de defesa patrocinada pelo MM. Juiz *a quo*, não tendo igualmente incorrido em falta de fundamentação a decisão agravada, pois, ao apreciar o litígio, o juiz está obrigado apenas a indicar de forma racional e suficiente o entendimento proclamado, com base no disposto no ordenamento jurídico e no contexto probatório produzido nos autos, sendo pacífico o entendimento no sentido de permitir-lhe a concisão no julgamento.

Nesse sentido, é o entendimento reiterado pelo excelso Supremo Tribunal Federal:

Somente a sentença não motivada é nula; não a sentença com motivação sucinta ou deficiente. A motivação, que constitui preceito de ordem pública, é que põe a administração da Justiça a coberto da suspeita dos dois piores vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade (*Revista dos Tribunais* 479/235).

*In casu*, não há falar em nulidade da r. decisão, tendo em vista que, apesar de em poucas linhas, o Magistrado informou as razões pelas quais indeferia as provas requeridas pelo agravado, entendendo-as desnecessárias para o julgamento do feito.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e por falta de fundamentação.

Adentrando a análise do indeferimento do pedido de exclusão do nome do agravante dos cadastros negativadores de crédito, tem-se que o simples fato de estar questionando em juízo a incidência de encargos contratuais sobre as prestações avençadas no contrato não implica que necessariamente seja deferida a tutela pretendida, pois, mesmo que se reconheça a necessidade do devedor de obter crédito para a aquisição de medicamentos, enquanto não se apurar de fato a existência ou não de um crédito em seu favor em decorrência dos encargos cobrados, persiste sua condição de inadimplente, motivo pelo qual não há como deferir a exclusão de seu nome dos Serviços de Proteção ao Crédito, sem que sequer se exija a prestação de caução ou ainda de depósito, ao menos, do principal ou da parte incontroversa do débito, a fim de garantir o direito do credor em relação ao contrato.

Tem sido o entendimento de nossos Tribunais Superiores que, estando o débito em discussão judicial, o inadimplemento autoriza, em exercício regular do direito do credor, a inscrição do nome do consumidor nos serviços de proteção ao crédito, se este último não demonstra a intenção de depositar, pelo menos, o principal, desprovido dos encargos apontados como abusivos, ou a parte incontroversa do débito, ou ainda que se digne prestar a devida caução idônea, garantindo-se, assim, tanto o direito do fornecedor dos produtos e serviços, como do consumidor, não havendo constrangimento para a quitação do débito.

Nesse sentido o colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

Ação revisional de contrato. Serasa. Inscrição. Protesto. Títulos. Antecipação de tutela. Impossibilidade.

- 1. Segundo precedentes desta Corte, nas causas de revisão de contrato, por abusividade de suas cláusulas, não cabe conceder antecipação de tutela ou medida cautelar para impedir a inscrição do nome do devedor na Serasa nem para impedir protesto de títulos (promissórias), salvo quando, referindo-se a demanda apenas sobre parte do débito, deposite o devedor o valor relativo ao montante incontroverso, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do juiz.

- 2. Recurso não conhecido (REsp nº 610.063/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 31.05.04).

Nesse esteio, não há como deferir ao agravante a exclusão de seu nome dos cadastros negativadores, nem mesmo diante da admissão da discussão dos encargos da dívida na presente ação, pois apenas depois de se proceder ao acertamento do valor discutido é que se poderia falar em afastamento de sua inadimplência, que, nos termos do contrato, persiste.

No que se refere ao pedido de envio de ofício à Delegacia Regional da Polícia Civil de Juiz de Fora, não há igualmente como acolher a pretensão do agravante de reforma da r. decisão atacada, pois não é tal providência essencial ao deslinde da lide, até porque, tendo sido o veículo apreendido e depositado em mãos da procuradora do banco agravado, conforme auto de f. 26, compete a esta última proceder à guarda e à manutenção do bem, prestando, inclusive, contas de seu paradeiro, caso solicitada.

Como ficou inerte o banco em se manifestar acerca do episódio relatado pelo agravante, não verifico motivos para determinar a providência requerida, já que não mais responde pela guarda do bem, que está a cargo do agravado, estando isento de responsabilidade desde a apreensão e depósito do veículo junto ao credor.

Por fim, no que tange à questão da possibilidade de discussão em contestação de matérias relativas aos encargos contratuais cobrados, deixo para proceder a sua análise na apreciação das razões de apelação, por se tratar de questão afeita ao mérito recursal.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo retido, mantendo a decisão agravada em seus ulteriores termos.

Apelação.

Insiste o apelante novamente na preliminar de cerceamento de sua defesa, na medida em que o Julgador de origem não se manifestou sobre o pedido de declaração de nulidade.

dade das cláusulas abusivas, não viabilizando a discussão acerca da existência da mora, nem se manifestou sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

No mérito, requer a aplicação ao caso da Lei de Consumo e da inversão do ônus da prova, afirmando ser possível a discussão sobre os encargos contratuais em sede de defesa da ação de busca e apreensão.

Insurge-se contra a cobrança da comissão de permanência, por ter sido calculada em valores excessivos, superiores à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central, e também à própria taxa de juros pactuada no contrato, que também deveria observar. Afirma, ainda, que não pode prevalecer sua estipulação, por estar cumulada com correção monetária e com juros remuneratórios.

Aduz, também, o apelante estar o contrato eivado de nulidade na cláusula oitava, que estipula a capitalização dos juros, que somente poderiam incidir de modo simples sobre o capital inicial.

Rebela-se contra a cobrança de honorários advocatícios pelo apelado, que estaria inserida em outra cláusula contratual nula, em patente abusividade.

Assevera estar descaracterizada a mora, pelo excesso de cobrança realizado, sendo cabível, no presente caso, a restituição em dobro pelos valores indevidamente cobrados, nos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC, impondo-se o reconhecimento da nulidade das cláusulas do típico contrato de adesão com a determinação da realização de perícia contábil para apurar qual seu saldo credor e da exclusão de seu nome do cadastro restritivo de inadimplentes.

Trata-se de ação de busca e apreensão em que, após a apreensão do bem, apresentou o devedor contestação, pretendendo a revisão dos encargos contratuais, diante da cobrança de valores excessivos.

Cumpra, inicialmente, asseverar que as matérias relativas ao cerceamento de defesa

abordadas pelo apelante desafiam o mérito do recurso e serão, portanto, com ele apreciadas.

Nesse esteio, impõe-se ressaltar que, em virtude do advento da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, restou totalmente espancada eventual dúvida quanto à amplitude das matérias que podem ser objeto da defesa do devedor fiduciário, não havendo mais qualquer restrição, advindo, portanto, daí a possibilidade de discussão das cláusulas do contrato, independentemente de pedido de purga da mora.

Com efeito, a meu ver, não decidiu com o costumeiro acerto o MM. Juiz *a quo*, ao deixar de apreciar a alegada abusividade da cláusula contratual do contrato de alienação fiduciária invocado pelo apelante, pois não há dúvida quanto à possibilidade de levantar-se a discussão pretendida na própria ação de busca e apreensão, convertida em depósito, conforme se pode verificar do entendimento manifestado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, exemplificado pelos seguintes julgados:

É possível apreciar o contrato e suas cláusulas para afastar eventuais ilegalidades (REsp 324.205/Passarinho, REsp 324.541/Rosado e REsp 591.277/Direito). Além disso, o STJ reconhece a possibilidade de discussão de valores do contrato de alienação fiduciária na ação de busca e apreensão (REsp 329.389/Barros Monteiro e REsp 186.644/Rui Rosado).

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Limite à defesa oposta pelo devedor fiduciante. Art. 3º, § 2º, do Decreto-lei nº 911, de 1º.10.69. - Na ação de busca e apreensão, não se acha impedido o devedor fiduciante de discutir o montante de seu débito, invocando a contrariedade à lei ou ao contrato. Precedentes. Recurso especial não conhecido (REsp nº 329389/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 04.03.02, p. 265).

Sendo assim, diante do pacífico entendimento da possibilidade de declaração de nulidade absoluta de cláusula abusiva que alega o autor ser constante do instrumento contratual, deve-se acolher a revisão do contrato celebrado entre as partes, determinando a adequação

quando houver violação à lei de proteção ao consumidor, mesmo em sede de ação de busca e apreensão.

Isso porque é tranqüilo o entendimento de nossos tribunais no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações bancárias, devido à caracterização do banco como fornecedor e do contratante como consumidor, como resta consignado na Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça, que veio para espantar as dúvidas ainda existentes sobre a matéria, sendo expressa no sentido de que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Com efeito, não há mais como o banco réu se esquivar das obrigações impostas pela Lei Consumerista, que veio exatamente para evitar condutas abusivas e desleais, como a cobrança excessiva de encargos, estando totalmente superado o entendimento de que seriam isentas as instituições financeiras da observância e aplicação do diploma consumerista.

Dessarte, tendo em vista o efeito devolutivo do recurso, que devolve ao Tribunal o conhecimento das questões suscitadas e discutidas no processo, mesmo que não tenham sido julgadas por inteiro, e ainda considerando o disposto no art. 515, § 3º, CPC, que permite a apreciação pelo Tribunal das questões que estiverem em condições de imediato julgamento, passo a apreciar as cláusulas contratuais que versam sobre os encargos contratuais, apesar de não ter o ilustre Juiz *a quo* declinado em analisá-las.

Nesse tocante, cumpre já aqui assinalar que, por mais que pretenda o banco apelado a prevalência do contrato avençado, evidentes são as tendências no sentido de limitar a eficácia do princípio da obrigatoriedade das convenções, principalmente em se tratando de contrato de adesão, como o dos autos, permitindo-se a apreciação de todo o seu conteúdo pelo Poder Judiciário, sendo possível modificar-lhe suas cláusulas (art. 6º, inciso V, CPC), bem como substituir as cláusulas abusivas (art. 51 do CDC), quando requerido pelo consumidor, desde que apure o Julgador evidência de alguma despro-

porção entre as obrigações dos contratantes, o que afasta a perfeição do ato jurídico, possibilitando sua revisão.

Adentrando, assim, a análise da cláusula 8ª, constante das condições gerais do contrato de f. 07 dos autos, contra a qual se insurge o apelante, tem-se que foi expressamente estipulada para o caso de atraso no pagamento das obrigações a incidência de comissão de permanência, calculada à taxa de mercado do dia do pagamento, juros moratórios à taxa de 12% ao ano, multa moratória de 2% sobre a totalidade do débito apurado, compreendendo principal e encargos.

Embora não se possa olvidar que a cobrança de comissão de permanência seja autorizada pela Resolução nº 1.129/86 do Banco Central do Brasil, a verdade é que, a meu ver, a previsão contratual de cobrança de comissão de permanência cumulada com correção monetária, multa moratória e juros é típica condição potestativa, assistindo razão ao apelante em seu inconformismo.

Isso porque a comissão de permanência tem a finalidade de remunerar o capital e atualizar o seu valor em caso de inadimplência por parte do devedor. Então, não se mostra possível a sua cumulação com juros moratórios, multa ou com correção monetária, sob pena de se ter a cobrança de mais de um encargo para atingir o mesmo objetivo de equilibrar os valores das prestações contratuais, prejudicando o necessário equilíbrio econômico-financeiro estabelecido entre as partes.

Nesse sentido, a jurisprudência unânime do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Execução. Multa. Comissão de permanência. Cumulação. - São inacumuláveis a multa, a comissão de permanência e outros encargos. Recurso conhecido e provido (REsp nº 200.252/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 24.05.99).

Contrato de mútuo. Instituições financeiras. Comissão de permanência. Possibilidade de sua cobrança após o vencimento da dívida, até o seu efetivo pagamento. Não-cumulação

com correção monetária, juros remuneratórios e multa moratória.

- A comissão de permanência pode ser cobrada, após o vencimento do contrato desde que não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e multa contratual.

- Havendo cumulação, tais encargos devem ser afastados para que se mantenha tão-somente a incidência da comissão de permanência (AgRg nº REsp 511475/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 03.05.04).

Contrato de abertura de crédito. Comissão de permanência. - É defesa a cumulação da comissão de permanência com os encargos de multa e de juros moratórios (AgRg no AG nº 356894/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, *DJ* de 11.06.01).

Lado outro, não se pode olvidar que a Súmula 294 do colendo Superior Tribunal de Justiça somente considera legal a “cláusula que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato”, donde se conclui que a cobrança da comissão de permanência calculada livremente à taxa de mercado do dia, como na hipótese, por si só, reputa-se abusiva, devido à dificuldade de conhecimento pelo devedor do real valor do encargo cobrado a tal título.

Sendo assim, deve a comissão de permanência ser substituída pela correção monetária (INPC), índice capaz de atualizar o débito sem remunerá-lo, nos termos da Tabela da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, merecendo acolhida o recurso de apelação nesse tocante.

No que toca à capitalização de juros, contra a qual também se insurge o apelante, é mister que se fixe, inicialmente, uma conceituação de tal instituto, até porque várias das decisões judiciais proferidas a esse respeito muitas vezes ignoram a sua verdadeira identidade.

A capitalização de juros, também conhecida na linguagem técnica como anatocismo, em linhas gerais significa a contagem de juros sobre juros, isto é, a incorporação ao principal dos juros remuneratórios incidentes sobre o total do débito contratado, gerando um acréscimo exacerbado

no valor do crédito, uma vez que sobre o montante passa a incidir nova remuneração global do capital, pelo que se mostra indevida, nos termos da Súmula nº 121 do excelso Supremo Tribunal Federal: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

É evidente, portanto, a impossibilidade da aplicação da capitalização em contratos de adesão, como os bancários, mesmo após a edição da Medida Provisória ou mesmo pela Resolução 1.604 do Bacen, pois tais diplomas exigem a pactuação expressa para permitir a capitalização, o que não ocorreu no presente caso, pois não se pode constatar cláusula expressa no contrato, permitindo a cobrança capitalizada de juros que na prática foi inserida na dívida do apelante ao se calcular o valor anual dos juros a serem pagos, visto que se verifica do contrato de f. 07 que o campo relativo à taxa efetiva de juros mês de 3,249%, se multiplicada pelos meses do ano, não equivale à taxa efetiva de juros anual de 46,78%.

Nesse contexto, nenhuma forma de capitalização se mostra devida, impondo-se também a sua exclusão.

Verifica-se ainda que, além dos encargos da inadimplência, previa o contrato de f. 07 a cobrança pelo banco credor das despesas processuais e honorários, caso recorresse às vias judiciais, insurgindo-se o apelante também contra tal cláusula.

Igualmente lhe cabe razão em seu inconformismo, pois somente o Magistrado pode fixar os honorários advocatícios, devendo ser excluídos do recálculo das parcelas em atraso, caso hajam sido cobrados pelo banco réu.

Com efeito, tendo em vista o acolhimento do recurso do apelante para proceder à reforma da r. sentença no tocante à análise dos encargos contratuais, determinando-se sua adequação aos limites legais, cumpre analisar a questão da mora, cujo afastamento busca o apelante, em razão da incerteza sobre a dívida.

Nesse esteio, igualmente assiste razão ao devedor, pois, para que se afirme a persis-

tência do débito e em consequência a mora no pagamento, faz-se necessário o recálculo da dívida à luz do que determina a r. sentença, para que somente depois, diante da constatação de saldo insuficiente para a quitação da dívida, se possa afirmar a existência da mora.

Assim, diante da dúvida quanto à existência de débito ou crédito entre as partes, cumpre ao banco manter o veículo alienado em sua guarda enquanto pendente a discussão, pois, antes da realização do acertamento da dívida, com seu recálculo nos termos aqui estabelecidos, não há falar em certeza da mora, que, caso venha a ser afastada, deverá ensejar a devolução do veículo ao autor, destituindo-se o réu de sua posse e extinguindo-se a busca e apreensão.

Com efeito, realizada a perícia para o acertamento dos valores, apurada a existência do saldo remanescente a ser devolvido ao autor, entendendo, todavia, que a restituição desses valores não deve ser feita em dobro, como pretende o apelante, pois o parágrafo único do art. 42 do Código do Consumidor dispõe que o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipóteses de engano justificável.

Considera-se que o engano é justificável quando revela a boa-fé do credor ao efetuar a cobrança, afastando a configuração do dolo ou da culpa em sua ação.

Trata-se, portanto, a meu ver, a presente hipótese de engano justificável, visto que o banco efetuou a cobrança dos encargos a maior embasado no contrato de financiamento que acreditou ser legal e que lhe dá respaldo para indicar a forma como foram efetuados seus cálculos, não havendo, portanto, motivo para condená-lo à devolução em dobro diante da ausência de conduta dolosa de sua parte.

No que toca aos ônus da sucumbência, por haver a autora sucumbido em parte mínima do pedido, deixo de condená-la ao pagamento de custas e honorários advocatícios, nos termos do parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para anular a r. sentença, que não apreciou a matéria argüida em defesa e, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar parcialmente procedente o pedido inicial, a fim de reconhecer as nulidades das cláusulas abusivas apontadas, determinando que se proceda a um novo cálculo das parcelas da dívida do autor, substituindo-se a comissão de permanência, incluída no cálculo da dívida da inicial da busca e apreensão pela correção monetária pelos índices do INPC, conforme a Tabela de Corregedoria de Justiça de Minas Gerais, vedando-se a capitalização de juros e excluindo-se, ainda, honorários advocatícios inseridos no cálculo da dívida, restituindo-se ao autor, de forma simples, os valores pagos a maior, corrigidos a partir do efetivo desembolso e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação. Deixo, entretanto, de deferir a exclusão do nome do apelante dos registros cadastrais negativadores, apesar de reconhecer a necessidade de adequação dos encargos determinada no presente julgado, visto que demanda um acertamento posterior do valor devido ou a ser restituído, não tendo havido manifestação sequer de caucionar o pedido ou depositar o que entende incontroverso.

Em decorrência do acolhimento do recurso, reconheço a existência de sucumbência mínima do autor, condenando o réu a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor pago a maior que vier a ser apurado no cumprimento desta decisão.

Custas recursais, pelo apelado.

*A Sr.ª Des.ª Selma Marques* - Cuida-se de recurso interposto contra a sentença, que, nos autos da ação de busca e apreensão proposta pelo recorrido contra o recorrente, julgou procedente.

Inconformado, interpôs apelação o réu, argüindo em sede preliminar a apreciação do agravo retido, a nulidade da decisão por cerceamento de defesa. No mérito, sustentou a possibilidade de discussão do contrato como matéria de defesa e aduziu que a mora se deu em razão da cobrança excessiva por parte do banco apelado. Suplica pela aplicação do Código de Defesa do Consumi-

dor ao contrato e que seja extirpada a cobrança da comissão de permanência, porquanto potestativa. Ainda requereu a exclusão da capitalização de juros, bem como a declaração de nulidade da cláusula nona, que prevê a cobrança de honorários advocatícios.

Acompanho integralmente o em. Desembargador, para também rejeitar o agravo retido e anular a sentença, porquanto ausente a análise de matéria argüida pelo réu.

No entanto, no tocante ao julgamento proferido pelo em. Relator, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, faz-se mister ressaltar meu entendimento.

*Ab initio* cumpre-me salientar que, a meu ver, o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável ao caso dos autos.

Em se tratando de negócio jurídico celebrado entre as partes de caráter eminentemente financeiro, no qual buscou o recorrente junto ao recorrido a obtenção de crédito, não se vislumbra naquele a figura do consumidor final nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, não sendo possível falar em relação de consumo, sendo inaplicáveis, portanto, as regras nele contidas.

Nesse sentido, a jurisprudência:

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Concordata preventiva. Competência jurisdicional. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula contratual. Foro de eleição.

- A alienação fiduciária é negócio jurídico que confere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel e a posse indireta do bem móvel alienado, independentemente da tradição, ficando o devedor fiduciante com a posse direta.

- Pedindo o credor concordata preventiva no curso da busca e apreensão, esta ação deve prosseguir no juízo em que foi proposta, inexistindo o invocado juízo universal da concordata.

- Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos pactos de alienação fiduciária, pois, além de não envolver consumidor final e, portanto, relação de consumo, as empresas que o firmam têm capacidade de compreender a extensão e o conteúdo das cláusulas contratuais que livremente pactuaram, sendo lícita

a observância de foro previamente acordado entre os contratantes (TAMG - Agravo de Instrumento nº 237.963-3 - 3ª Câmara Cível - Rel. Juiz Wander Marotta - j. em 25.06.97).

Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Decreto-lei 911/69. Transformação em depósito. Discussão. Validade de cláusula contratual. Impossibilidade.

- É admissível pelo nosso Direito a conversão do pedido de busca e apreensão - nos mesmos autos - em ação de depósito, se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor.

- Ao contrato de alienação fiduciária, em regra, são inaplicáveis as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, visto não configurada, no caso, a relação de consumo.

- A ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente não comporta discussão acerca de validade de cláusulas contratuais, onerosidade ou potestatividade das cláusulas do contrato. Lícito é ao fiduciante deduzir qualquer dessas questões em ação própria (Apelação Cível nº 279.916-4 - 1ª Câmara Cível - Relator o Juiz Gouvêa Rios, e Revisora e Vogal, respectivamente, os Juizes Vanessa Verdolim Andrade e Alvim Soares).

Portanto, afastada a incidência das regras apontadas pelo devedor apelante, consistentes nos arts. 6º, V, 39, V, 51 do CDC. Aplica-se, aqui, o princípio *pacta sunt servanda*, um dos pilares do direito obrigacional, que, embora mitigado em seu rigor inicial, se encontra ainda em pleno vigor e constitui o alicerce sobre o qual se ergue o princípio da segurança das relações jurídicas.

Nesse passo, cumpre-me observar, ainda que inaplicáveis à espécie os dispositivos da Lei nº 8.078/90, que a revisão de cláusula contratual em casos deste jaez tem sido admitida, no intuito de afastar eventual cláusula abusiva ou irregular, norteando-se o magistrado pelo princípio da função social do contrato, por aplicação da Lei Substantiva, pois é nesse sentido o teor dos arts. 115 do antigo Código Civil e 122 do atual Código de 2002. Hoje o ordenamento jurídico admite a revisão dos contratos em face de sua função social, ou do dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia e no negócio jurídico contratual, ao entendimento de que, caso se deixasse o contratante estipular livremente o contrato, ajustando qualquer cláusula, sem que o magistrado pudesse interferir,



a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade econômica.

Feitas tais considerações, acompanho o Relator para também extirpar a cobrança da taxa de comissão de permanência, já que potestativa, sendo, pois, nula a cláusula 8ª nesta parte (f. 7/7-v.).

Ainda, insta aduzir que, no tocante à capitalização de juros, esta não restou comprovada; porém, ante a ausência de oportunidade para averiguar se ocorreu ou não a sobredita capitalização, neste caso específico, acompanho o

Relator para que, quando do cálculo do débito, sejam os juros calculados pela forma simples.

O Sr. Des. Fernando Caldeira Brant - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PARA ANULAREM A SENTENÇA E JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL.

-:-:-