

AÇÃO DECLARATÓRIA - NULIDADE - CLÁUSULA CONTRATUAL - CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL - JUROS COMPOSTOS - ADMISSIBILIDADE - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - INDETERMINAÇÃO - CLÁUSULA POTESTATIVA - BUSCA E APREENSÃO - CONSTITUIÇÃO EM MORA - AUSÊNCIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - SALDO DEVEDOR - RESTITUIÇÃO - ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE

Ementa: Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais. Desnecessidade de fato superveniente. Capitalização mensal. Cédula comercial. Possibilidade. Comissão de permanência. Indeterminação. Potestatividade. Ação de busca e apreensão. Extinção. Falta de constituição válida em mora. Recálculo da dívida. Incidência de encargos de mora em caso de apuração de saldo devedor. Restituição em dobro. Artigo 42 do CDC. Descabimento. Inexistência de relação de consumo.

- A declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas não se confunde com a revisão contratual fundada na teoria da imprevisão, pois versa sobre a ilegalidade do próprio pacto, vício que não é passível de convalidação.

- A capitalização mensal dos juros nos contratos é admitida nos casos previstos em lei, quais sejam: nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial, nos termos da Súmula nº 93 do Superior Tribunal de Justiça.

- A indeterminação da comissão de permanência empresta certa potestatividade ao contrato e não se afina à letra e ao espírito do artigo 122 do atual Código Civil, donde se conclui pela inviabilidade jurídica de sua incidência.

- Não resta caracterizada a mora do devedor, para efeito de ajuizamento de ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, se o montante do débito é objeto de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual julgada procedente, ainda que em parte.

- Determinado o recálculo da dívida pela sentença, com observância dos encargos fixados em juízo e com o abatimento de eventuais pagamentos ou depósitos judiciais realizados, ainda poderá verificar-se eventual atraso nos pagamentos pelo devedor, permanecendo aplicáveis, portanto, os encargos moratórios.

- A restituição do valor cobrado indevidamente deve ser efetivada de forma simples, e não em dobro, afastada a aplicação do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.99.000816-7/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelantes: 1º) Banco Fiat, 2º) Sebastião Generoso da Silva Júnior - Apelados: os mesmos - Relator: Des. ELIAS CAMILO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 08 de junho de 2006. -
Elias Camilo - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Elias Camilo* - Cuidam os autos de dois recursos de apelação contra a sentença de f. 265-273, que rejeitou a preliminar de carência de ação e, no mérito, julgou procedente em parte o pedido formulado pelo segundo apelante na ação de anulação e revisão de cláusulas contratuais, para afastar a incidência de juros capitalizados e da comissão de permanência em percentual superior aos juros remuneratórios (31,28% ao ano), além de anular a cláusula 9ª do contrato, determinando o recálculo das parcelas e a repetição pelo primeiro apelante do valor cobrado indevidamente.

Fundamentando sua decisão, conclui o ilustre Juiz sentenciante que a relação jurídica das partes não é comercial, mas de consumo, sendo simulada a emissão de cédula comercial. Afirma que a Lei da Usura não se aplica às instituições financeiras, carecendo de auto-aplicabilidade o art. 192, § 3º, da CF. Aduz ser perfeitamente possível a declaração judicial de nulidade das cláusulas contratuais, devendo ser afastados os juros capitalizados e a comissão de permanência segundo as “taxas de mercado”, devendo ser limitada à taxa de juros contratada. Afirma, ainda, ser abusiva a exigência de entrega de nota promissória ao primeiro apelante.

Na mesma oportunidade, decretou a falta de interesse de agir do primeiro apelante quanto à ação de busca e apreensão conexa, pela inexistência de mora, decorrente do depósito das parcelas em juízo pelo segundo apelante, extinguindo a lide sem julgamento de mérito.

Opostos os embargos de declaração de f. 275 pelo segundo apelante, foram rejeitados pela decisão de f. 277.

Na peça recursal de f. 279-295, sustenta o primeiro apelante a obrigatoriedade dos termos do contrato, pactuados livremente pelo apelado, e a inexistência de fato superveniente que autorize sua revisão judicial. Aduz que os juros previstos no contrato, cuja cobrança é feita quando do pagamento de cada parcela, não podem ser considerados abusivos, estando em consonância com as taxas aplicadas no mercado e com as previsões da MP 2.170-36, que autoriza expressamente a capitalização com periodicidade inferior à anual. Alega que a cobrança da comissão de permanência durante a mora do devedor é legítima, porquanto autorizada por resolução do Banco Central e destinada a indenizar as perdas e danos decorrentes do lucro cessante, não havendo sua cumulação com a correção monetária. Afirma, por fim, que os depósitos judiciais aleatórios realizados pelo apelado não afastam sua mora, razão por que estão presentes as condições necessárias à propositura da busca e apreensão do bem.

Arremata, requerendo a reforma da sentença, para julgar improcedente o pedido revisional e determinar o regular prosseguimento da ação de busca e apreensão.

No segundo apelo de f. 298-309, sustenta o apelante não haver pedido de transmutação da cédula de crédito comercial em compra e venda a prazo, como feito pelo Magistrado de origem. Aduz que, sendo o ato simulado apenas anulável, a declaração judicial depende de requerimento de uma das partes. Afirma que, em qualquer caso, fica afastada a sua mora, diante do afastamento, pela sentença, dos juros capitalizados e da comissão de permanência acima de 31,28% ao ano, razão por que quaisquer encargos de mora, inclusive multa e comissão nos moldes fixados pela sentença, devem ser excluídos do recálculo. Alega que, por aplicação do art. 42 do CDC, faz jus à restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente, não se tratando de erro justificável do apelado.

Requer, ao final, o provimento do recurso, para reformar a sentença nos pontos atacados.

Recebidos os recursos, foram ofertadas as contra-razões de f. 322-329 e 330-336, requerendo cada qual o improvimento do recurso da parte adversa.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Primeiro recurso:

No primeiro apelo, o banco apelante sustenta ser descabida a revisão contratual, por inexistir fato superveniente imprevisível que afaste a obrigatoriedade dos termos contratados, bem como ser permitida a capitalização mensal de juros e a cobrança de comissão de permanência segundo as taxas médias do mercado financeiro.

Primeiramente, saliento que o pedido exordial não cuida da revisão de cláusulas contratuais, como reiteradamente vêm sendo denominadas no meio forense as ações deste tipo, pois não se fundam na teoria da imprevisão ou na possibilidade de alteração pelo juiz das cláusulas “em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”, nos termos do artigo 6º, inciso V, do CDC.

Na verdade, o que busca o apelado é a declaração de nulidade de cláusulas contratuais que entende serem abusivas, ilegais e inconstitucionais. Não se trata, assim, de revisão contratual, mas de reconhecimento de encargos ilícitos previstos no pacto, que não são passíveis de convalidação.

Com efeito, a regra fundamental que determina a intangibilidade dos negócios jurídicos não constitui óbice para que, em contratos bancários, possa ocorrer a intervenção judicial, reconhecendo-se a nulidade de cláusulas abusivas que estabeleçam encargos excessivos, para eliminá-los ou reduzi-los aos limites previstos em lei específica, pois não é razoável que se convalide o que é abusivo e nulo.

Afastada qualquer restrição processual à declaração de nulidade de eventuais cláusulas ilícitas encontradas no contrato, cumpre apreciar a alegação de que não há vedação à capitalização mensal de juros.

Não se pode negar que é vedada a capitalização mensal dos juros nos contratos, ainda que expressamente pactuada, sendo certo que tal prática somente é admitida nos casos previstos em lei, quais sejam nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial, nos termos da Súmula nº 93 do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida: “A legislação sobre a cédula de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”.

Nesse ponto, cumpre notar que as partes firmaram cédula de crédito comercial (f. 15-16), em que figura como credor o banco apelante e como garantidor o ora apelado, avalizando o empréstimo feito pela instituição financeira à concessionária onde foi adquirido seu veículo, conforme contrato de compra e venda de f. 14. Portanto, a cédula de crédito comercial avalizada pelo apelado não traz em seu bojo qualquer relação de consumo, apenas é acessória à compra e venda realizada com a concessionária.

Não há, portanto, qualquer vedação à capitalização mensal de juros no caso dos autos, por se tratar de cédula de crédito comercial em cuja operação a lei permite expressamente a capitalização dos juros, impondo-se a reforma da sentença nesse ponto.

No que tange à comissão de permanência, esta Câmara Cível tem mantido o firme posicionamento de que é ilegal a sua exigência quando do atraso no adimplemento de obrigações estipuladas em contratos bancários, não pela impossibilidade de cumulá-la com outros encargos, mas pela potestatividade da sua fixação unilateralmente pelo credor.

Da leitura da cédula comercial (f. 15), verifica-se que a comissão de permanência não restou estipulada em índice certo, facultando o pacto sua cobrança pela taxa contratualmente prevista ou pela taxa praticada pela instituição na data do pagamento.

Tenho que a indeterminação desta comissão de permanência empresta certa potestatividade ao contrato e não se afina à letra e ao espírito do artigo 122 do atual Código Civil, donde se conclui pela inviabilidade jurídica de sua incidência na forma contratada.

Assim já decidiu este Tribunal de Justiça:

Revela-se potestativa a cláusula inserida em contrato bancário de financiamento que prevê a aplicação de Comissão de Permanência com taxa futura não especificada para o caso de mora, o que dificulta ou impossibilita o controle por parte do devedor, além de submeter o contratante ao arbítrio da financeira, sendo absoluta a nulidade se a taxa utilizada extrapola o total das taxas e comissões avençadas para o período de normalidade. Inteligência do art. 115 do Código Civil (9ª Câmara Cível, Apelação nº 0349234-0, Rel.^a Des.^a Vanessa Verdolim Andrade, j. em 27.11.01).

Limitando a sentença a incidência de tal comissão à própria taxa dos juros remuneratórios fixados no pacto, uma das hipóteses previstas na cláusula contratual que cuida daquele encargo, afasta o Magistrado a potestatividade referida, impondo-se a manutenção da sentença neste ponto.

Por fim, insurge-se o apelante contra a extinção, sem julgamento de mérito, da ação de busca e apreensão, afirmando permanecer a mora do apelado, independentemente dos depósitos judiciais realizados.

Com a devida vênia, com a procedência, ainda que parcial, da ação declaratória movida pelo apelado, afastando parcela abusiva de encargos do valor da dívida principal alegada na ação de busca e apreensão, não se pode considerar que a *mora debendi* se constituiu validamente.

Esta é a orientação desta Corte:

Não há que se falar em prosseguimento da ação de busca e apreensão, uma vez que, reconhecida, em sede de ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais, a cobrança indevida de encargos pelo banco credor, incerta se tornou a mora, devendo, pois, ser extinta a demanda de

busca e apreensão, já que tem por fundamento justamente a caracterização da mora do devedor (Apelação Cível nº 390.585-1, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Vieira de Brito, j. em 13.08.03).

O reconhecimento, em ação declaratória de nulidade de cláusulas, da cobrança indevida de encargos pelo credor não leva à improcedência da ação de busca e apreensão, mas sim à sua extinção sem julgamento do mérito por falta dos pressupostos processuais de constituição da ação, a saber, a caracterização válida da mora do devedor (Apelação Cível nº 423.557-0, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Albergaria Costa, j. em 04.02.04).

Impõe-se, então, a manutenção da sentença que extinguiu a ação de busca e apreensão sem julgamento de mérito.

Segundo recurso:

Insurge-se o segundo apelante contra a sentença, afirmando, primeiramente, que não pediu a transmudação da cédula de crédito comercial em compra e venda, como feito pelo Magistrado, sendo necessário requerimento da parte para que seja declarada a simulação.

Entretanto, como já exposto na análise do primeiro apelo interposto, não se confunde a relação de consumo travada entre o ora apelante e a concessionária onde foi adquirido o veículo, com aquela decorrente da cédula de crédito comercial, em que aquele figura como garantidor desta junto à instituição financeira apelada.

Assim, muito embora toda a relação negocial tenha, efetivamente, sido originada de uma relação de consumo, como ressalta o Juízo de origem, o fato é que esta existe apenas entre o apelado e a concessionária onde adquiriu seu veículo, porquanto o meio de obtenção do crédito pelo apelado não tem qualquer natureza consumerista.

Não há, portanto, que se falar em descaracterização da cédula comercial, alegação nem sequer suscitada pelo apelante, permanecendo a validade de tal título, inclusive com as peculiaridades já expostas no julgamento do primeiro recurso.

Afirma o apelante, ainda, que, reconhecida a ilegalidade dos encargos cobrados pelo apelado, fica afastada sua mora, de forma que não deve responder pela multa moratória e pela comissão de permanência, verbas que deverão ser decotadas quando do cálculo da dívida.

É bem verdade que, diante da redução da comissão de permanência cobrada pelo apelado, não se pode ter por validamente constituída a mora do apelante, como já decidido no primeiro apelo, ao se manter a extinção sem julgamento de mérito do pedido de busca e apreensão.

Entretanto, não se pode olvidar que a cobrança de comissão de permanência em percentual maior que o devido pelo apelante não inviabilizava o cumprimento de suas obrigações, ainda que mediante depósito judicial do valor incontroverso do débito.

Tendo sido determinado o recálculo da dívida pela sentença, com observância da comissão de permanência fixada em juízo e com o abatimento de eventuais pagamentos ou depósitos judiciais realizados no curso das lides, ainda poderá ser verificado eventual atraso nos pagamentos pelo apelante, permanecendo aplicáveis, portanto, os encargos

moratórios contratualmente previstos, com as limitações estabelecidas pelo juízo.

Por fim, efetivamente, deve ser afastada a aplicação do artigo 42, parágrafo único, do CDC, uma vez que não se trata de relação de consumo, dada a natureza da cédula de crédito comercial avalizada pelo apelante, como já exposto anteriormente.

- Dispositivo:

Com tais considerações, dou parcial provimento ao primeiro recurso, reformando a sentença para permitir a capitalização mensal dos juros pactuados; e, quanto ao segundo recurso, também o provejo em parte tão-somente para afastar a descaracterização da cédula de crédito comercial determinada na sentença, mantendo, quanto ao mais, os termos daquele *decisum*.

Custas recursais, divididas igualmente entre as partes.

A Sr.^a Des.^a Heloísa Combat - De acordo.

O Sr. Des. Renato Martins Jacob - Estou acompanhando a parte conclusiva do respeitável voto proferido pelo culto Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS.

-:-:-