ISSN 0104-6225

Conselho da Justiça Federal

Centro de Estudos Judiciários

OS CONTRATOS BANCÁRIOS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÉRIE PESQUISAS DO CEJ, 11

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro NILSON Vital NAVES
Presidente

Ministro EDSON Carvalho VIDIGAL
Vice-Presidente

Ministro RUY ROSADO de Aguiar Júnior
Coordenador-Geral da Justiça Federal
e Diretor do Centro de Estudos Judiciários

Ministro VICENTE LEAL de Araújo
Ministro ARI PARGENDLER
Desembargador Federal Antônio Augusto CATÃO ALVES
Desembargador Federal VALMIR Martins PEÇANHA
Desembargadora Federal ANNA MARIA PIMENTEL
Desembargador Federal VLADIMIR Passos de FREITAS
Desembargadora Federal MARGARIDA de Oliveira CANTARELLI
Membros Efetivos

Ministro JOSÉ Augusto DELGADO
Ministro JOSÉ ARNALDO da Fonseca
Ministro FERNANDO GONÇALVES
Desembargador Federal CARLOS Fernando MATHIAS de Souza
Desembargador Federal FREDERICO José Leite GUEIROS
Desembargadora Federal DIVA Prestes Marcondes MALERBI
Desembargadora Federal MARGA Inge Barth TESSLER
Desembargador Federal NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Membros Suplentes

Rubens Luiz Murga da Silva
Secretário-Geral

OS CONTRATOS BANCÁRIOS
E A JURISPRUDÊNCIA
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Coordenação Editorial
Subsecretaria de Divulgação e Editoração da Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas do Centro de Estudos Judiciários

Revisão, diagramação e arte-final
Editora UnB

Impressão
Divisão de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração do Conselho da Justiça Federal

A282 Aguiar Júnior, Ruy Rosado de
Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. – Brasília : CJF, 2003.
140 p. – (Série Pesquisas do CEJ; 11).

ISBN 85-8557276-0
ISSN 0104-6225

1. Contrato bancário. 2. Juros. 3. Crédito bancário. 4. Execução. 5. Jurisprudência. I. Título. II. Série.

CDU: 347.734

Conselho da Justiça Federal

Centro de Estudos Judiciários

OS CONTRATOS BANCÁRIOS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Série Pesquisas do CEJ, 11

Brasília-DF
2003

Copyright © Conselho da Justiça Federal
ISBN 85-85572-76-0
ISSN 0104-6225

Tiragem: 3.300 exemplares

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que indicada a fonte.

SUMÁRIO

Apresentação 9

Primeira parte
Introdução 13

1 Objeto da relação obrigacional bancária. Conceito de contrato bancário. Crédito. Operações ativas e passivas 13
2 Características do contrato bancário 18
3 Espécies do contrato bancário 22

Segunda parte
Precedentes do STJ sobre contratos bancários 31

4 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor 31
5 Operações passivas do banco. Correção monetária. Legitimidade de parte. Aplicação em CDB e RDB 32
6 Operações ativas 34
6.1 Correção monetária em crédito agrícola 34
6.2/3 SFH 34/43
6.4/5 Liquidação judicial 43
6.6 TR 43
6.7 Caderneta de poupança 44
6.8 TBF 45

6.9 Depósito de coisa fungível em garantia 45
6.10 Alienação fiduciária 46
6.11 Alienação fiduciária e a MP nº 2.160/25, de 2001 55
6.12/13 Honorários advocatícios 55
6.14/15 Multa 55
6.16 Comissão de permanência 56
6.17 Preço do produto 56
6.18 Desvio de finalidade 56
6.19 Revisão judicial de contratos bancários 59
6.20 Cláusula-mandato 60
6.21 Aval 60
6.22/23 *Leasing* 60/61
6.24 *Factoring* 66
6.25 Responsabilidade civil 66
6.26/27 Ação civil pública 72
6.28 Cartão de crédito 72

TERCEIRA PARTE
JUROS 79

7 Juros. Conceito. Espécies. Termo inicial. Juros e perdas e danos. Taxa de juros 79
8 Precedentes do STJ. Súmula 596/STF
Juros de títulos regulados em legislação especial (DL nº 413/69. DL nº 167/67. Lei nº 6.840/80).
Taxa divulgada pela Anbid. Capitalização. Revisão judicial do contrato. Taxa de juros
Juros remuneratórios, moratórios e comissão de permanência 83

Quarta parte
Cédula de crédito bancário 97

9 Cédula de crédito bancário. Características 97
10 Cláusulas que podem ser contratadas 98
11 Garantias 99
12 Precedentes do STJ sobre as questões reguladas no novo diploma 100

Quinta parte
Execução 105

13 Simultaneidade entre ação de cobrança ou de execução e ação do devedor 105
14 Honorários advocatícios 108
15 Inexistência de bens 113
16 Ação consignatória 115
17 Lei nº 8.009/90 (bem de família) 115
18 Revisão de contratos sucessivos 122
19 Proagro 123
20 Impenhorabilidade de bem dado em garantia 123
21 Contrato de abertura de crédito 124
22 Cálculo dos encargos financeiros 125
23 Contratos de dívida 126
24 Ofício ao Banco Central 127
25 Âmbito da defesa na ação de reintegração de posse (*leasing*) 127
26 Ineficácia da hipoteca 128
27 Prisão civil do depositário: princípio da proporcionalidade 131
28 Ação monitória 132

Bibliografia 138

APRESENTAÇÃO

Este trabalho começou com a pesquisa da jurisprudência do STJ sobre crédito agrícola, para uma palestra na Subseção da OAB de Camaquã/RS. Depois, foi acrescido de uma introdução sobre o objeto do contrato bancário e de precedentes a respeito de outros temas correlatos, e assim foi publicado em periódicos. Com alguns adendos, terminou com a extensão atual, que já não serve para artigo de revista, nem mereceria, pela sua singeleza, a publicação em forma de livro. Para não reduzi-lo, optei pelo livro, com a esperança de que facilitará a pesquisa dos que se defrontam com essas questões.

Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior

PRIMEIRA PARTE

INTRODUÇÃO

1 OBJETO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL BANCÁRIA. CONCEITO DE CONTRATO BANCÁRIO. CRÉDITO. OPERAÇÕES ATIVAS E PASSIVAS.

Nesta primeira parte, proponho-me a examinar o contrato bancário a partir do seu objeto.

A relação obrigacional se estabelece entre um sujeito ativo (credor) e um sujeito passivo (devedor) e tem por objeto imediato uma certa prestação, que é sempre uma conduta a ser cumprida pelo obrigado; o objeto mediato da relação obrigacional é a coisa ou o fato prestados (Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, p. 131). De sua vez, a prestação tem como objeto imediato a coisa ou o fato sobre a qual recai ou em que se expressa a prestação. Já o contrato tem como objeto imediato o conteúdo querido pelas partes (Espínola, *Dos contratos nominados*, p. 12), isto é, a regulação dos seus interesses pelos próprios contratantes, e como sujeito a pessoa que se vincula contratualmente (Darcy Bessone, *Do contrato*, pp. 116/145).

Assim, pode-se dizer que: o objeto imediato da obrigação é a prestação (conduta); o objeto imediato da prestação é a coisa sobre a qual recai, ou o fato em que se expressa a prestação; o objeto imediato do contrato é o conteúdo querido pelas partes. O objeto mediato da relação obrigacional é a coisa ou o fato prestados; o objeto mediato da prestação é a satisfação da obrigação; o objeto mediato do contrato é a prestação.

Para estabelecer a natureza do contrato bancário, na perspectiva que nos interessa, deve-se precisar alguns pontos a partir do seu objeto.

Em primeiro lugar, está a propalada dualidade entre contratos bancários e operações bancárias. Costuma-se dizer que estas têm abrangência maior que o contrato, pois compreendem também atos praticados pelos bancos que não se formalizam no contrato, como ocorre com o simples cumprimento de ordens do cliente, e têm um sentido mais dinâmico, sendo o conjunto de atos que se desenvolvem para alcançar um resultado econômico, enquanto o termo contrato nos leva mais precisamente ao acordo de vontades (Bolaffio, "Il Codice di Commercio Commentato", I/282/283). No entanto, se entendermos a obrigação como processo, visualizada na sua totalidade e integrada de diversas fases, seguindo a lição de Clovis do Couto e Silva ("A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor", em *A obrigação como processo*, São Paulo, José Bushatsky, p. 10), logo se conclui que as diversas condutas praticadas pelos participantes das operações bancárias integram um processo obrigacional que se formaliza no contrato, sejam atos preparatórios, executivos, principais ou acessórios. Por isso, justifica-se o uso das expressões operações bancárias e contratos bancários como sinônimas, o que se dá tanto na prática do mercado como na nossa doutrina e jurisprudência.

Para a classificação do contrato bancário, são conhecidas as posições que levam em conta o elemento subjetivo (é bancário o contrato realizado por um banco, ou, mais precisamente, no caso do Brasil, pelas instituições financeiras) ou o objetivo (é bancário o contrato que realiza a finalidade específica do banco, de intermediar o crédito indireto).

Banco é a empresa que, com fundos próprios ou de terceiros, faz da negociação de crédito sua atividade principal (Nelson Abrão, *Direito Bancário*, p. 17). No Brasil, devemos considerar as instituições financeiras mencionadas na Lei nº 4.595/94.

Não basta, porém, que participe da relação um banco, pois, como sujeito, a empresa bancária pode firmar contratos alheios à sua atividade principal;

nem por isso deixa de ser banco, nem o contrato pode ser incluído na espécie dos contratos bancários. Na verdade, é preciso reunir os dois aspectos assinalados pelas correntes antagônicas (objetivistas e subjetivistas) para concluir que o contrato bancário se distingue dos demais porque tem como sujeito um banco, em sentido amplo (banco comercial ou instituição financeira, assim como definido no artigo 7º da Lei nº 4.595, i.e., caixa econômica, cooperativa de crédito, sociedade de crédito, banco de investimento, companhia financeira, etc.), e como objeto a regulação da intermediação de crédito.

Crédito é um conceito que reúne dois fatores: o tempo e a confiança. Pressupõe uma *décalage* entre as duas prestações, uma atual, prestada pelo credor, e outra futura, a ser cumprida pelo devedor. A confiança é um ato calculado e contém também um risco (Rives-Lange et Contamine-Raynaud, *Droit Bancaire*, Paris, 1995, 6ª ed., Dalloz, p. 375). Crédito está aqui empregado na acepção econômica: "Toda a operação de troca na qual se realiza uma prestação pecuniária presente contra uma prestação futura de igual natureza, ou, como sinteticamente diz Charles Gide, é a troca de uma riqueza presente por uma riqueza futura. O que caracteriza o crédito, pois, é disposição efetiva e imediata de um bem econômico em vista de uma contraprestação futura" (Sérgio Carlos Covello, "Notas sobre os contratos bancários", *Revista de Direito Civil*, 45/110).

Os negócios de crédito podem ser de moeda, de mercadorias, etc., mas o que aqui nos interessa é o negócio de crédito que tenha por objeto a moeda, isto é, em que a entrega e a restituição sejam contratadas em moeda (Alcaro, *Soggetto e contratto nell´attività bancaria*, Giuffrè, p. 22 e seguintes), que é a operação fundamental do banco, a atuar principalmente na interposição lucrativa do crédito. O negócio bancário é uma espécie do gênero negócio de crédito.

Há crédito direto e indireto. Para distingui-los, vale lembrar a lição de La Lumia:

> Para que o crédito possa desenvolver-se, é indispensável que o que tem capitais disponíveis e o que necessita deles, se ponham em relação; de onde surge uma categoria de pessoas que se constituem precisamente em intermediários de ope-

> rações de crédito, e desenvolvam sua atividade de duplo modo: a) às vezes, limitam-se a aproximar o credor ao devedor, sem intervir depois no ato estipulado por eles e realizando assim uma mera função de mediadores: nesse caso se fala de intermediários de crédito direto; b) mas, ordinariamente, com uma primeira operação, tomam a crédito as somas disponíveis, constituindo-se devedores, e com uma operação ulterior, juridicamente bem distinta, dão a crédito as somas assim obtidas, assumindo o papel de credores: então, são qualificados de intermediários de crédito indireto ("Materia bancaria e diritto bancario", *Riv. Dir. Com.*, I/123).

Os bancos atuam na intermediação do crédito indireto.

Aramy Dornelles da Luz, depois de registrar que a esmagadora maioria admite como função principal dos bancos a intermediação no crédito, como se fossem meros corretores de aproximação das partes, afirma que isso definitivamente não acontece, pois os depositantes não entregam recursos para o fim de serem emprestados a terceiros, mas por motivos de segurança, confiança e praticidade e distingue entre o crédito emergente de um depósito e o que advém de financiamento bancário:

> O crédito deferido pelo banco a seu cliente (financiado) é normalmente um crédito de mobilização, onde a rapidez da movimentação do dinheiro produz utilidade marginal, que é apenas potencial na moeda conservada parada e fora de circulação. Enquanto o cliente não exercer seus direitos de saque tem a seu favor mera disponibilidade. Já o crédito decorrente do depósito é um crédito de provisão. Ambos são créditos, em sentido amplo, porque contêm direito a determinada prestação. Mas em sentido mais restrito são créditos com diferentes características. O do depositante é crédito a pagamento e o do contraente de empréstimo é crédito a recebimento. Contraprestação um e prestação o outro ("Negócios jurídicos bancários", *RT*, 1996, pp. 43/44).

Estou de acordo com essas observações e ainda acrescento outro aspecto que parece relevante. O banco não se limita a conceder crédito depois de haver recebido o depósito, mas sim o transforma, como a indústria transforma a matéria prima, "uma indústria especial caracterizada pela interposição do crédito indireto" (Vicente Santos, *El contrato bancario*, Universidad de Bilbao, 1972, pp. 97/98); tanto assim que pode conceder financiamento sem limitação ou vinculação direta às operações de depósito, atendidos os critérios de segu-

rança ditados pela autoridade financeira. O banco não apenas se interpõe no crédito indireto, como cria o crédito: "Dando a crédito moeda bancária, o banco pode conceder maior crédito do que recebe" (idem, p. 140).

Na atividade das instituições financeiras, existem operações ativas, em que a entidade fornece crédito e figura como credora, e passivas, nas quais recebe numerário de terceiros e assume obrigações.

Nesse ponto, retorno ao propósito inicial, que era o de definir o contrato bancário a partir do seu objeto.

Nas operações ativas, a obrigação do banqueiro tem por objeto imediato da relação a intermediação do crédito (conduta), e o objeto mediato é o crédito em si, com a disponibilização de numerário (a simples disponibilidade é um bem econômico) ou a entrega da moeda. A prestação pode ter por objeto imediato um fato, isto é, a intermediação do crédito (nas obrigações de fazer, como acontece no contrato em que o banco se obriga a conceder um financiamento ou uma garantia, nos termos contratados) ou uma coisa, ou seja, o numerário transferido ao mutuário. Já o contrato bancário tem o seu objeto imediato na regulação da intermediação, e o mediato é o crédito, com a disponibilidade ou a entrega do numerário.

Nas operações ativas, em que o banco é o credor, a obrigação do cliente do banco consiste na obrigação de dar (pagar os juros, tipo de prestação periódica ou de trato sucessivo, os acessórios e o principal) e, excepcionalmente, na obrigação de fazer (cumprir determinados programas nos financiamentos vinculados, como acontece nos concedidos pelos bancos de investimento).

Nas operações passivas, como no contrato de depósito ou de aplicações em títulos bancários (CDB, RDB, etc.), há a especificidade de ser do banqueiro a conduta esperada quanto ao pagamento de juros, acessórios e restituição do capital.

Como se vê, nas relações obrigacionais bancárias, o crédito não é o objeto imediato do contrato bancário (regulação dos interesses), nem o é da obrigação bancária (prestação de uma conduta), embora seja o crédito, no sentido econômico acima referido, o cerne das operações do banco e o fator determinante

da realização dos contratos. O contrato bancário, pelo qual o banco (empresa) exerce sua atividade fundamental na intermediação do crédito indireto, serve como esquema jurídico para a formalização desses negócios. A assunção das obrigações se dá com a elaboração do contrato e a emissão de documentos de crédito, que são os títulos cambiais da lei comum, ou os previstos na legislação específica, como os títulos de crédito rural, comercial ou industrial, os certificados de depósito bancário, etc.

2 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO BANCÁRIO

- É contrato comutativo. Embora o risco seja imanente ao crédito, "praticamente inseparável deste, a ponto de afirmar-se que em princípio não existe crédito sem risco" (Covello, *op. loc. cit.*), consistindo a atividade bancária fundamentalmente na intermediação do crédito (portanto, atividade de risco), o contrato bancário não é um contrato aleatório, ou de risco (para as espécies de contratos aleatórios, ver arts. 1.118/1.121 do Código Civil de 1917; arts. 458/461 do Código Civil de 2002), mas comutativo, no sentido de que as partes, no momento da celebração, têm conhecimento da vantagem e do sacrifício que o negócio comporta, diferentemente do contrato aleatório, no qual não se conhece a quantidade da prestação e não se sabe do sacrifício que se terá ou não de sofrer, na dependência de acontecimento futuro.

Mesmo nos contratos de financiamento da safra agrícola, para produção e colheita de bens que poderão existir no futuro, a obrigação do mutuário não depende da álea que a safra representa, pois sua prestação deve ser cumprida independentemente do resultado da colheita; o Proagro, que é o seguro agrícola instituído pelo governo e gerenciado pelo Banco do Brasil, é firmado entre o produtor e o segurador, sendo, portanto, relação que não se confunde com o contrato bancário de financiamento.

- Pode envolver operações passivas ou ativas. Como já se viu, no desempenho de sua atividade, o banco realiza operações em que ele é o devedor (quando o banco recebe fundos, de que é exemplo típico o depósito), ou em

que figura como credor (mediante a alocação de recursos, de que é exemplo mais comum o mútuo). Além disso, efetua operações acessórias, que não significam direta intermediação de crédito, mas sim prestação de serviços, como a cobrança de títulos, função hoje também exercida pelas sociedades de faturização.

- As obrigações assumidas de parte a parte são obrigações de dar, de restituir ou de fazer. A obrigação de restituir, em que o devedor se compromete a devolver ao dono da coisa a própria coisa ou o seu equivalente, está presente na operação passiva de depósito, na qual o banco figura como devedor. Corresponde ao depósito irregular de coisas fungíveis. A obrigação de fazer surge nos contratos em que o banco tem o compromisso de praticar atos, como o de conceder aval, fiança e outras garantias, a exemplo do que o art. 19, I, c, da Lei nº 4.595/64 atribui ao Banco do Brasil. A obrigação de dar, o banco a assume quando contrata abertura de crédito e se compromete a efetuar pagamentos a crédito do cliente (esse contrato é bilateral, sendo do banco a obrigação de fornecer o numerário com ou sem fim determinado de aplicação pelo financiado, e deste é a obrigação de pagar o valor equivalente, mais as taxas; por isso, tal contrato pode ser objeto de ação de adimplemento ou de resolução por incumprimento, promovida por qualquer das partes, inclusive pelo financiado).

- Prova do contrato. Os contratos bancários são contabilizados, pois "(...) têm por objeto valores e, por isso mesmo, exigem a realização de certos atos que permitam a comprovação imediata da operação realizada" (Covello, *op. loc. cit.*). Essa característica deve ser vista à luz do princípio de que o direito processual atual superou o dogma probatório das cargas estáticas para inclinar-se decididamente pela aceitação da denominada teoria da carga dinâmica: a prova incumbe àquele a quem é mais fácil demonstrar o fato, ou a quem, por sua profissão, conta com os elementos para fazer essa prova, ou a quem se prejudica com as presunções extraídas dos fatos (Jorge Mosset Iturraspe, "Responsabilidad civil contractual o extracontractual: ¿unidad o separación?", Anais do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil, Blumenau/SC, out./nov., 1995, p. 125). Com essa observação, conclui-se que os bancos, sem-

pre que solicitados, devem fornecer ao juiz os elementos já registrados em sua contabilidade a respeito da relação bancária litigiosa estabelecida entre o banco e seu cliente, pois é ele, banco, quem tem melhores condições de fazer a prova do negócio.

- Contrato de adesão. Muito raramente, os contratos bancários são negociados. Na grande maioria das vezes, celebram-se mediante a adesão do cliente (aderente) às condições gerais do negócio, estipuladas pelo estabelecimento financeiro. A massividade da atuação do banco, a obediência a instruções e regulamentos governamentais, as condições próprias do mercado financeiro, a exigir tratamento equivalente entre as operações ativas e passivas, tudo leva à adoção de contrato padrão para os diversos tipos de negócio, que não se distinguem muito de um para outro estabelecimento. Para o conceito de contrato de adesão, características, efeitos e critérios interpretativos, remeto aos estudos especializados (Motta Pinto, "Contratos de Adesão", *Revista Forense*, v. 257 p. 33; Orlando Gomes, "Contrato de Adesão", *RT*, 1972; Paulo Luiz Netto Lobo, *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, Saraiva, 1991) e ao art. 54 do Código de Defesa do Consumidor e seus comentadores. A posição do fornecedor do crédito, prestador do dinheiro, é mais forte do que a do prestatário, sendo aquele o sólido detentor do capital e do crédito, mola mestra da atividade econômica, e este o que necessita, com intensidade e urgência, da obtenção do crédito e da disponibilidade do numerário. Normalmente, essa posição de supremacia se reflete no conteúdo do contrato. Por isso, deve ser reconhecida a preponderância da parte que estipula as condições a serem aceitas pela outra sem discussão. A história do *prêt d'argent* dos países civilizados é marcada pela vontade constante de proteger o prestatário contra o abuso do prestador (Dutilleul et Delebecque, "Contrats Civils et Commerciaux", p. 587). Depois de observar que deixar o banco agir livremente, como se pretendeu no liberalismo econômico, é o mesmo que permitir a exploração do mais fraco, concluiu Covello: é para evitar esse estado de coisas que o Estado interfere na contratação bancária por meio do BC, que emite resoluções e circulares para disciplinar o crédito. Tenho que esse controle administrativo das cláusulas

contratuais parece ser de todos o mais eficiente por atuar preventivamente e estender-se ao maior número de casos. Já o controle judicial tem a inconveniência de atuar só repressivamente e com eficácia restrita. Aplica-se ao Brasil a observação feita por Frederic Mahus a respeito da Alemanha: a jurisprudência dos tribunais tem pouco impacto no uso das cláusulas gerais dos negócios porque o ordenamento jurídico não adota o princípio do *stare decisis*, não servindo as decisões da Corte como precedente jurisprudencial, de sorte que apenas as decisões do Bundesgerichtshof têm alguma influência, mas não substancial ("German Bank Contracts Conditions", *in*: *The George Washington Journal International Law and Economics*, v. 20, p. 189). Isso realmente é assim e basta ver que entre as centenas de milhares de operações bancárias realizadas diariamente no país, apenas reduzidíssimo número é objeto de litígio judicial, e a decisão nele proferida tem efeito de coisa julgada somente entre as partes e para aquele negócio. Ainda são escassas as ações coletivas previstas na lei da ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), mas o STJ tem afirmado a legitimidade ativa do Ministério Público e de associações, como o IDEC, para o ajuizamento de demandas sobre a nulidade de cláusulas abusivas de contratos bancários (REsp. nº 292.636/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro). No mesmo sentido: REsp. nº 168.859/RJ; REsp. nº 177.965/PR; REsp. nº 105.215/DF. Deixo aqui registrada a decisiva importância que devem exercer as agências administrativas no controle do conteúdo dos contratos bancários, para garantir que nos milhões mensalmente celebrados e cumpridos não existam cláusulas abusivas ou ilegais, uma vez que as reclamações administrativas ou judiciais se contam nos dedos.

- Sigilo. O contrato bancário está fundado numa operação de confiança entre banco e cliente, com a garantia do sigilo: "As instituições financeiras conservam sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados" (art. 38 da Lei nº 4.595/64; art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001). Informações e esclarecimentos sobre tais registros somente serão fornecidos por ordem do Poder Judiciário (art. 88, § 1º, da Lei nº 4.595/64 e art. 3º da Lei Complementar nº 105/2001) ou de comissão parlamentar de inquérito, que tem

poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (art. 58, § 3º, da Constituição da República). Esse poder de investigação foi negado ao Ministério Público em decisão do Supremo Tribunal Federal (RECR 215.301/CE, *DJ* de 28.05.99).

3 ESPÉCIES DO CONTRATO BANCÁRIO

Contrato bancário é aquele concluído por um banco na sua atividade profissional e para a consecução dos seus fins econômicos, que são crédito e serviços. A mais importante de suas funções é a creditícia.

Na extensa gama da atividade bancária, cabe identificar os principais contratos, que podem ser assim classificados (tipos de contratos): contrato de moeda e crédito, depósito e financiamento; contrato misto, de crédito e serviços (intermediação bancária); e contrato de serviços (garantia, custódia, cofre, etc.).

O contrato de depósito é o mais comum e consiste na entrega de valores mobiliários a um banco, que se obriga a restituir quando solicitado, pagando juros (ou interesses). É um contrato próprio, típico, e guarda similitude com o depósito irregular, mas com este não se confunde: "o depósito irregular tem por objeto coisas fungíveis e o depositário se obriga a restituir um bem do mesmo gênero, qualidade e quantidade do custodiado (como acontece nos armazéns gerais, regulados pelo Dec. nº 1.102, de 21/11/1903). Esses elementos, por evidente, podem se verificar na relação entre o depositante de recursos monetários e o banco, mas a instituição financeira, a partir do contrato de depósito bancário, passa a titularizar a propriedade dos valores depositados e não a exercer a simples custódia, como ocorre em relação ao depositário no depósito irregular. A relação entre o cliente e o banco, nesse contrato, é de verdadeira fidúcia" (Fábio Ulhoa Coelho, *Manual de Direito Comercial*, p. 431). Corrente divergente sustenta ser do depositante a propriedade do numerário, de que o banco apenas tem a posse, mas tal entendimento não merece aplauso. Na verdade, trata-se de duplo poder de disposição: do cliente, sobre a parte que deposita, e do banco, sobre o total dos depósitos de terceiros. Em época normal, o banco

efetua "o trabalho técnico com a média de disponibilidade possível" (Pontes de Miranda, *Tratado*, vol. 42, pp. 372/374), o que lhe permite girar com o numerário depositado, sem retirar do cliente o direito à restituição imediata.

O depósito pode ser à vista, com ou sem pré-aviso, ou a prazo fixo, remunerado ou não. Caracteriza-se por ser um contrato real (somente se concretiza com a entrega do numerário ao depositário), regulado pelas normas do mútuo (art. 1.280 do Código Civil de 1917; art. 645 do Código Civil de 2002).

O contrato de conta corrente é o contrato pelo qual o banco recebe numerário do correntista ou de terceiros e se obriga a efetuar pagamentos por ordem do cliente, pela utilização daqueles recursos, com ou sem limite de crédito. Ao contrário do contrato de depósito, que é real, o contrato de conta corrente, que se estabelece mediante o simples acordo de vontade, é contrato consensual.

O contrato de abertura de crédito (que Nelson Abrão considera um contrato *sui generis*) é aquele pelo qual o banqueiro (creditador) põe à disposição do cliente dinheiro, bens ou serviços pelo tempo convencionado. Não é real, é consensual, pois pode não haver a entrega. Segundo a maioria, e com isso concordo, é contrato bilateral, com a fixação de obrigações para ambas as partes, estipuladas umas em função das outras. Pontes de Miranda, no entanto, insiste em que tal contrato é unilateral: pela avença, o creditador obriga-se a pôr à disposição do creditado uma certa importância, por certo tempo, mediante remuneração. Enquanto o creditado dela não usa, é só credor do banco. No caso de inadimplemento pelo banco, apenas cabe indenização, pois não se pode transformar a obrigação de fazer em obrigação de dar.

O contrato de aplicação financeira consiste na autorização dada ao banco para que os recursos nele depositados sejam aplicados no mercado de capitais (compra de ações, de títulos da dívida pública, etc.), o que é feito de acordo com a escolha do banco, no que se distingue do mandato ou da corretagem. Contratos comuns de aplicação financeira são os feitos para a aquisição de CDB ou de RDB (certificados ou recibos de depósito bancário), com o direito de o aplicador receber do banco certa remuneração, pré ou pós-fixada.

Nas operações ativas, o banco realiza diversos negócios, sendo o mais comum o mútuo bancário, que é o empréstimo de certa soma em dinheiro, para receber no vencimento o capital e o juro; o desconto bancário, pelo qual o banco antecipa o valor do crédito do cliente com terceiro, recebendo o título representativo dessa dívida por endosso ou cessão; o contrato de abertura de crédito, que consiste na alocação de certa quantia de dinheiro à disposição do cliente para possível utilização futura, e o cheque especial, espécie de contrato de abertura de crédito.

Fábio Ulhoa Coelho arrola como contratos bancários impróprios: a alienação fiduciária (o proprietário de um bem – fiduciante – aliena em confiança a outrem, que se obriga a devolvê-lo se ocorrerem certas condições, contrato regulado pela Lei nº 4.728/65, art. 66, hoje com a redação do Decreto-lei nº 911/69 e o acréscimo da MP nº 2.160-25, de 23.8.2001. Caracteriza-se por permitir a alienação extrajudicial do bem e a prisão civil do fiduciante, equiparado ao depositário infiel); o *leasing* (arrendamento mercantil, com a possibilidade de o locatário optar pela compra do bem locado; Lei nº 6.099, de 12/9/1974; Regulamento anexo à Res. nº 2.309, de 28/8/1996); o cartão de crédito, em que a administradora emite o cartão e se obriga a pagar o débito do titular do cartão junto ao fornecedor da mercadoria ou do serviço, podendo o titular obter financiamento para o pagamento à administradora, situação em que se caracteriza uma operação bancária.

De todos esses contratos, desejo realçar apenas o contrato de mútuo ou empréstimo bancário, seja pela importância que tem na vida econômica de todas as pessoas, seja porque na grande maioria dos contratos bancários existe no fundo uma relação de mútuo.

Empréstimo é o contrato pelo qual uma pessoa entrega a outra alguma coisa sua para que a esta sirva durante certo tempo.

Empréstimo que tem por objeto coisas fungíveis denomina-se mútuo. O empréstimo de coisas infungíveis é comodato ("o que é dado para o cômodo e proveito do que recebe a cousa", como estava nas Ordenações Filipinas).

As coisas fungíveis são restituídas pelo equivalente.

O empréstimo é contrato real: depende da entrega da coisa (mútuo, depósito, comodato).

Já a promessa de emprestar não é mútuo. É um contrato consensual, espécie de *pactum de contrahendo*, que é promessa de contratar. Também no contrato de abertura de crédito há uma promessa de fornecer numerário, mas nele já há a disponibilidade do crédito, pelo que não é só uma promessa de contratar.

No mútuo, a propriedade passa ao mutuário; no comodato, não. (No depósito civil, a propriedade fica com o depositante, apenas a posse é do depositário, e o depositante fica com o direito de devolução).

O art. 1.256 do Código Civil (art. 586 do Código Civil de 2002) dá a definição de mútuo: "O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade". Coisas fungíveis são os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, na forma do art. 50 do Código Civil (art. 85 do Código Civil de 2002). O mútuo bancário (*prêt d'argent*) é contratado por um banco e tem por objeto a prestação de certa soma, isto é, de certa quantidade de moeda. É um contrato real porque somente existe com a entrega da coisa; é unilateral porque apenas o mutuário assume obrigações, uma vez que o mutuante já prestou, e suas demais obrigações são restritas a não cobrar antes do vencimento (que é obrigação comum a todos os credores e pode ser excepcionada quando for caso de vencimento antecipado) e a eventualmente fiscalizar a aplicação do financiamento quando isso constar do contrato celebrado para fim específico, como acontece no sistema financeiro da habitação, nos créditos para investimentos de interesse social, no crédito agrícola ou industrial, etc. É oneroso, pois supõe o pagamento de juros (ou interesses).

No mútuo, a propriedade do bem se transfere ao mutuário, correndo por sua conta o risco da coisa. Sendo assim, o que depois é entregue ao mutuante não é o bem dele recebido, mas outro, o seu equivalente.

Há várias modalidades de empréstimos bancários. Os pessoais, concedidos em função do crédito ao cliente, normalmente para fim de consumo; os

comerciais, concedidos para a atividade de intermediação da empresa e ordinariamente para a formação do seu capital de giro; os industriais, para o fim de investimento ou aquisição de matéria prima ou outras despesas próprias da atividade industrial; os agrícolas, para a atividade agropecuária. Entre estes, distinguem-se os contratos celebrados mediante a criação de cédulas e notas de crédito comercial, industrial e agrícola, que podem ser pignoratícias ou hipotecárias, reguladas pelos Decretos-leis nºs 167/67 e 413/69 e pela Lei nº 6.840/80, em que estão definidos como títulos executivos extrajudiciais. Na cédula pignoratícia é constituído um penhor, permanecendo os bens móveis na posse do devedor, como depositário; na cédula hipotecária institui-se hipoteca sobre bens imóveis. São contratos celebrados para fins específicos, cujo cumprimento deve ser fiscalizado pelo banco financiador. Admitem a capitalização dos juros e independem de registro para valer entre as partes. O penhor pode incidir sobre os bens descritos nos arts. 55 e 56 do Decreto-lei nº 167/67. Os bens dados em garantia não poderão ser penhorados para a cobrança de outras dívidas enquanto não se vencer o contrato (art. 69 do Decreto-lei nº 167/67).

A doutrina francesa põe em relevo a necessidade de informação ao cliente quanto aos riscos da operação e sobre as condições do contrato (Dutilleul e Dellebecque, *op. cit.*, p. 593). Na verdade, o consentimento informado ou esclarecido do aderente é requisito para a validade do contrato celebrado entre o estipulante, que tudo sabe a respeito do seu negócio, e o cliente, que depende dessas informações para se determinar.

O mútuo atribui ao emprestador o direito ao recebimento de juros remuneratórios. O Código Civil de 1917, no seu art. 1.262, determinou: "É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização". O referido art. 1.062 dispôs sobre os juros moratórios: "A taxa de juros moratórios, quando não convencionados (art. 1.262), será de 6% ao ano". Comentando o Código de 1917 logo depois de sua edição, assim se expressou Lacerda de Almeida: "É o

Código dos argentários, o Código da usura, o qual escancara as portas por modo revoltante às mais reprovadas extorsões de onzenário (veja-se o art. 1.262)" (*Dos efeitos das obrigações*, ed. Freitas Bastos, Rio, 1934, p. 8). Sobreveio o Dec-lei nº 22.626/33, que estabeleceu limites e proibiu a cobrança de "taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal", isto é, não podem ultrapassar a taxa de 12% ao ano. A Constituição da República, no art. 192, § 3º, dispôs sobre o limite de 12% ao ano para o juro real, mas o egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu que a norma depende de regulamentação, de sorte que, na atividade bancária, prevalece o enunciado da Lei nº 4.595/64, cujo art. 4º, IX, atribui ao Conselho Monetário Nacional a competência para fixar a taxa de juros, as comissões e o custo dos serviços bancários (Súmula 596/STF).

O Código Civil de 2002 tem duas disposições principais sobre juros. No art. 591, ao dispor sobre os remuneratórios, inverte a regra de presunção e os tem como devidos sempre que o contrato tiver finalidade econômica, mas os limita à taxa enunciada no art. 406, *verbis*: "Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos os juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual". Ao versar sobre os juros moratórios, reza o art. 406 do Código Civil de 2002: "Quando os juros moratórios não forem convencionados, 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". O novo diploma, portanto, permite a convenção de juros moratórios sem definir limites, e determina para os remuneratórios a aplicação da taxa para a mora dos impostos devidos à Fazenda Nacional.

Em princípio, é proibida a capitalização dos juros (anatocismo, cobrança de juros sobre juros): "É proibido contar juros dos juros" (art. 4º do Decreto nº 22.626; Súmula 121/STF, que continua sendo aplicada pelo STJ), permitida a capitalização anual dos juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente (art. 4º, segunda parte). O Código Civil de 2002 defere capitalização anual (art. 591, última parte). De um modo geral, é o que também ocorre em outros países. Na França, por exemplo, é permitida a cobrança de juros sobre juros apenas

com capitalização anual, desde que exista convenção especial. A uma taxa de 5% ao ano, o capital sem juros compostos dobra ao término do prazo de 20 anos, enquanto com a capitalização anual, bastam 14 anos. A respeito do que acontece nos EEUU, assim discorreu o Prof. Peter Ashton: "O direito americano não encara com benevolência, não favorece, a cobrança de juros compostos. Há muitas decisões nesse sentido. A regra geral adotada é no sentido de que na ausência de pacto contratual expresso ou implícito, ou de lei expressa que autorize a sua cobrança, juros compostos não devem ser permitidos ou serem acrescidos no cálculo de uma dívida" ("Juros, Especialmente Compostos", *in*: Direito & Justiça, *Revista da Fac. Dir/PUC/RS*, vol. 12, ano X, pp. 56/63). Na Alemanha, o contrato de anatocismo é, por regra geral, nulo (Medicus, Dieter, *Tratado de las obligaciones*, vol I, p. 91; § 248, I, do BGB).

A legislação sobre crédito agrícola, industrial e comercial admite a capitalização, o que foi reconhecido na Súmula nº 93/STJ.

SEGUNDA PARTE

PRECEDENTES DO STJ SOBRE CONTRATOS BANCÁRIOS

Refiro a jurisprudência do STJ a respeito das questões sobre contratos bancários, naquilo que parece mais relevante.

4 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em primeiro lugar, ficou definido que as operações bancárias estão submetidas ao Código de Defesa do Consumidor. De acordo com a nomenclatura usada no CDC, o banco, por expressa disposição, é um fornecedor de serviços, e estes consistem exatamente na intermediação do crédito. O produto que ele oferece nessas operações é o crédito, e a coisa que dá ou restitui é o dinheiro. A atividade bancária encontra-se no âmbito do CDC, seja por força do que dispõe o art. 2º (a atividade bancária é um serviço), seja por aplicação da regra extensiva do art. 29 (o CDC regula as relações das pessoas expostas às práticas comerciais nele previstas). Sobre isso, ver artigo do Prof. Newton de Lucca nos *Anais do Congresso Internacional* sobre Responsabilidade Civil, Blumenau, "A responsabilidade das instituições financeiras nas operações de crédito ao consumidor". O mutuário é um consumidor, não no sentido do consumo natural, que implica o aproveitamento da coisa com a sua destruição (alimentos), mas no conceito de consumo civil, que compreende a utilização de coisas destinadas a entrar em circulação (moeda). Como bem afirmou a professora Claudia Lima Marques ("Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor", *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, p. 36), o mutuário é um

consumidor, regulando-se o contrato de que participa pelas disposições do Código, seja quanto às práticas, seja quanto às cláusulas contratuais. Também é relação de consumo a que se estabelece entre o depositante e o depositário, quando o banco presta serviços ao cliente e é remunerado pelo benefício que obtém na aplicação dos recursos depositados. Nesse sentido, decidiu a Seção de Direito Privado do STJ: "O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes à caderneta de poupança" (REsp. nº 106.888/PR, 2ª Seção, rel. o Min. César Asfor Rocha).

Tramita no Supremo Tribunal Federal e já se iniciou o julgamento da Adin em que as instituições financeiras sustentam a inconstitucionalidade da incidência do CDC sobre as relações bancárias.

5 OPERAÇÕES PASSIVAS DO BANCO. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEGITIMIDADE DE PARTE. APLICAÇÃO EM CDB E RDB.

No tema relacionado com a correção monetária das cadernetas de poupança em julho de 1987 (Plano Cruzado), janeiro de 1989 (Plano Verão) e março/abril de 1990 (Plano Collor), decidiu-se que a nova legislação (Decreto-lei nº 2.335/87 e Lei nº 7.730/89), ao reduzir os índices de correção em desfavor do poupador, não incidiu sobre os contratos com data-base anterior à vigência da nova lei, ainda que a data de "aniversário" fosse posterior. Isso é, a remuneração correspondente ao trintídio já iniciado na vigência da lei velha deve ser calculada de acordo com os critérios nela estabelecidos (REsp. nº 281.666/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* 16.11.2000; EDREsp. nº 162.344/SP, 2ª Seção, rel. a Min. Nancy Andrighi, *DJ* 19.03.2001).

O índice de correção em janeiro de 1989 é de 42,72%, aplicando-se o IPC (REsp. nº 43.055/SP, Corte Especial, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Reduzido o percentual de 70,28% para 42,72%, o credor tem o direito de corrigir, no mês de fevereiro de 1989, pelo índice de 10,14%.

A legitimidade para responder à ação de cobrança dessa diferença é do banco comercial, em todos os casos (REsp. nº 299.432/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Jr), exceção feita ao Plano Collor, quando houve a transferência dos saldos bloqueados para o Banco Central. Nessa última hipótese, a Segunda Seção entendeu que a legitimidade passiva não é do banco comercial, e sim do Banco Central, para onde foram transferidos os recursos. (REsp. nº 40.516/SP, 2ª Seção, rel. o Min. Cláudio Santos).

A questão retornou recentemente à Corte Especial, confirmando-se o entendimento de que a responsabilidade pelo pagamento da remuneração e da correção monetária dos saldos das cadernetas de poupança, depois de transferidos ao Bacen por força da Lei nº 8.024/90, é do Banco Central (EREsp. nº 185.738/SP, julgamento concluído em 23.05.2002: "A Corte Especial, por maioria, conheceu dos embargos de divergência e reconheceu a legitimidade do Banco Central do Brasil para o caso concreto"). Votei vencido, como já o fizera antes, por entender que a transferência foi meramente escritural, continuando os recursos a ser utilizados pelas instituições comerciais.

A correção desses saldos foi feita, quando do primeiro "aniversário" depois do Plano Collor, até 13 de abril de 1990, pelos bancos comerciais (onde ainda se encontravam os recursos, já bloqueados), aplicado o IPC. Nesse momento, os recursos da poupança foram transferidos escrituralmente ao BC, e no segundo "aniversário", fato ocorrido a partir de 13 de abril de 1990, a correção de responsabilidade do Bacen deve ser feita pelo BTN, conforme decisão recente do STF (RE nº 206.048/RS), orientação também seguida pelas Turmas de Direito Público do STJ (1ª Seção) e, mais recentemente, pela Corte Especial (EREsp. nº 168.599/PR, sessão de 19/6/2002).

A denunciação da lide à União não tem sido admitida em nenhuma dessas hipóteses, nem ao Bacen, quando a responsabilidade é do banco comercial (REsp. nº 41.601/SP, 3ª Turma, rel. p/ac. o Min. Costa Leite; REsps. nºs 189.014/SP e 299.432/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Júnior).

Nas aplicações em CDB e RDB, usa-se o deflator nos contratos com correção pré-fixada (REsp. nº 86.282/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de

Figueiredo Teixeira), mas não é aplicado aos com correção pós-fixada, porquanto, após a implantação desses planos econômicos, a inflação retornou e deve ser considerada quando do resgate (REsp. nº 80.658/RJ, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 02.09.1996: "CDB. Correção pós-fixada. Tablita. Não se aplica o deflator previsto na Lei nº 7.730/89 para os contratos de aplicação em CDBs, com correção pós-fixada. Precedente da Segunda Seção. Atualização, em janeiro de 1989, pelo IPC de 42,72%. Recurso provido em parte").

6 OPERAÇÕES ATIVAS

6.1 – O crédito agrícola, em março de 1990, por efeito do Plano Collor (Lei nº 8.024/90), deve ser corrigido pela variação do BTN (41,28%), e não pelo IPC (84,32%), porque estava vinculado à caderneta de poupança, que os bancos remuneraram pelo BTNF (REsp. nº 131.515/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha; REsp. nº 79.214/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro; REsp. nº 128.938/RS, 2ª Seção, de minha relatoria).

6.2 – Na correção do saldo de financiamento para aquisição da casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação, com contratos vinculados à remuneração da caderneta de poupança, a Segunda Seção deferiu o índice de 84,32% porque esse o percentual que teria sido pago pelos bancos nas cadernetas de poupança e nos depósitos do FGTS (REsp. nº 122.504/ES, 2ª Seção, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha). Votei no sentido de que o reajuste das prestações dos mutuários do SFH, na segunda quinzena de março e na primeira quinzena de abril de 1990, deveria ser feito pelo IPC, mas o das vencidas na segunda quinzena de abril somente poderia sê-lo de acordo com o BTNF, pois foi esse o índice usado para a correção dos saldos das contas de poupança transferidos ao Banco Central, recursos que serviram para o financiamento da casa própria cuja prestação venceu na segunda quinzena. Estando a prestação vinculada à remuneração da caderneta de poupança, nada justifica que os recursos usados para o financiamento concedido antes de março de 1990 sejam remunerados pelo BTNF, enquanto a prestação do SFH é corrigida

pelo IPC, verdadeiro enriquecimento sem causa. A fundamentação do voto vencido foi a seguinte:

> 1. O feito foi assim relatado pelo em. Min. Cesar Rocha: LEU. O voto do relator foi pelo conhecimento em parte do recurso e provido para o fim de ser aplicado o IPC de março de 1990, no percentual de 84,32%, para corrigir o contrato em abril daquele ano. 2. Conheço do especial, pela divergência quanto ao percentual utilizado para o reajuste efetuado em 20 de abril de 1990, uma vez que bem evidenciado o dissídio. Para o exame da matéria versada nos autos, convém transcrever as normas aplicáveis e os precedentes deste Tribunal: a) arts. 6º e 9º da Lei nº 8.024/90: 'Art. 6º. Os saldos das cadernetas de poupança serão convertidos em cruzeiros na data do próximo crédito de rendimento, segundo a paridade estabelecida no § 2º do art. 1º, observado o limite de NCz$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzados novos). § 1º. As quantias que excederem o limite fixado no *caput* deste art. serão convertidas a partir de 16 de setembro de 1991, em doze parcelas mensais iguais e sucessivas. § 2º, As quantias mencionadas no parágrafo anterior serão atualizadas monetariamente pela variação do BTN Fiscal, verificada entre a data do próximo crédito de rendimentos e a data da conversão, acrescidos de juros equivalentes a 6% (seis por cento) ao ano ou fração *pro rata*.' 'Art. 9º. Serão transferidos ao Banco Central do Brasil os saldos em cruzados novos não convertidos na forma dos arts. 5º, 6º e 7º, que serão mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante.' b) Circular nº 1.606/90, do Bacen: 'Art. 1º. Os recursos depositados em contas de poupança, por pessoas físicas e entidades sem fins lucrativos, no período de 19 a 28 de março de 1990, inclusive, serão atualizados, no mês de abril de 1990, pela variação do BTN Fiscal, no período de 1 (um) mês decorrido do dia do depósito, inclusive, ao dia do crédito de rendimentos, exclusive, obedecidas as demais disposições da Resolução nº 1.236, de 30.12.86. Art. 2º. Os recursos depositados em contas de poupança, por pessoas jurídicas, no período de 19 a 28 de março de 1990, inclusive, serão atualizados, ao final do terceiro mês, aplicando-se a variação do BTN Fiscal no primeiro mês e do BTN nos meses subseqüentes, obedecidas as demais disposições da Resolução nº 1.235, de 30.12.86.' (fl. 355) c) Comunicado nº 2.067/90, do Bacen: 'I – Os índices de atualização dos saldos, em cruzeiros, das contas de poupança, bem como aqueles ainda não convertidos na forma do art. 6º da Medida Provisória nº 168, de 15.03.90, com data de aniversário no mês de abril de 1990, calculados com base nos índices de preço ao consumidor (IPC) em janeiro, fevereiro e março de 1990, serão os seguintes: B) – mensal, para pessoas físicas e entidades sem fins lucrativos, 0,843200 (zero vírgula oito quatro três dois zero zero) ..... IV – O disposto no item I deste Comunicado não se aplica às contas abertas no período de 19 a 28.03.90, na forma da Circular nº 1.606, de 19.03.90'. (fl. 321) d) A eg. Primeira Seção decidiu que é do Bacen a responsabili-

dade pela remuneração dos saldos da poupança transferidos depois do primeiro 'aniversário' após a edição da Lei nº 8.024/90: "A transferência dos saldos em cruzeiros novos não convertidos, não se verificou *ipso facto*, logo após a promulgação da Medida Provisória nº 168/90, mas, tão-só, na data de conversão dos ativos inferiores a cinqüenta mil cruzeiros (art. 6º da Lei nº 8.024/90) e que coincidiu com o dia do próximo crédito de rendimento da poupança (art. 9º). É somente a partir desse marco temporal (data do próximo crédito de rendimento) que o Banco Central se tornou responsável pela correção monetária dos saldos (porquanto, só aí, passaram à sua guarda e controle). (REsp. nº 124.864-PR, Primeira Seção, Rel. designado em. Min. Demócrito Reinaldo, *DJ* 28-09-98). Para o cálculo da correção monetária desses saldos, ficou também decidido, na mesma ocasião, que se aplicava o BTNF: "Ainda que se atribua a natureza jurídica do bloqueio dos cruzados como sendo mera prorrogação dos contratos de poupança, inexistiu ilegalidade na correção dos ativos financeiros (poupança) pelo BTNF, porquanto, esse fator de atualização só foi aplicado a partir do primeiro aniversário das cadernetas de poupança (data do depósito dos rendimentos), subseqüente à edição da Medida Provisória nº 168/90." E constou do voto vencedor, do em. Ministro Demócrito Reinaldo: 'Concluo, assim, que os saldos dos cruzados depositados em poupança, no período definido na MC 168/90 e Lei nº 8.024/90 devem ser corrigidos pelo BTNF'. O Ministro Ari Pargendler assim fundamentou o seu voto: 'A Medida Provisória nº 168, de 16 de março de 1990, que se converteu na Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990, dispôs no art. 6º, § 2º, que as quantias depositadas em cadernetas de poupança, no que excedessem de NCz$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzados novos), seriam atualizadas monetariamente pela variação do BTN Fiscal, verificada entre a data do próximo crédito de rendimentos e a data da conversão, acrescidas de juros equivalentes a 6% (seis por cento) ao ano ou fração *pro rata*. O Comunicado nº 2.067, de 30 de março de 1990, do Banco Central do Brasil, estabeleceu para as cadernetas de poupança já existentes na data de 16 de março de 1990 dois regimes: (a) o primeiro, para aquelas cujo ciclo mensal iniciou entre 1º e 13 de março de 1990; (b) o segundo, para aquelas cujo ciclo mensal iniciou entre 14 e 28 de março de 1990. As cadernetas de poupança do grupo a tiveram garantidos rendimentos iguais ao IPC do mês de março de 1990 mais juros legais, num total de 84,32%. As cadernetas do grupo b tiveram garantidos rendimentos iguais aos da variação do BTNF + juros. A diferença está justificada pela natureza cíclica dos depósitos em caderneta de poupança, assim resumida no voto que proferi na Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 89.04.09727-4: 'O contrato de depósito em caderneta de poupança, embora sem prazo determinado, tem um ciclo mensal que pode, ao talante do titular da conta, esgotar – pela retirada do saldo – todos os seus efeitos. Com menos de mês, o depósito nada rende se for sacado antes. A cada mês, capitaliza correção monetária e juros iniciando novo ciclo de igual duração. De certo modo, o

depositante em caderneta de poupança, a cada aniversário da conta (essa a designação imprópria do ciclo de trinta dias), se não sacar o saldo, formaliza uma nova fase do contrato. Daí a conclusão de que tudo o que acontece antes ou depois do ciclo de trinta dias é irrelevante; iniciado o ciclo de trinta dias, nenhuma alteração pode atingir os depósitos feitos ou mantidos à luz da legislação então vigente' (*Revista do Tribunal Regional Federal* da 4ª Região nº 10, p. 26). Aqui o ciclo de trinta dias iniciou em 19 de março de 1990. Nesta data os saldos excedentes de NCz$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzados novos) estavam indisponíveis. Mas se pudessem ser convertidos em cruzeiros e, na mesma data, fossem novamente depositados em cadernetas de poupança, estariam sujeitos à disciplina que a Circular nº 1.606, de 19 de março de 1990, do Banco Central do Brasil, impôs às contas abertas entre 19 e 28 de março de 1990, como seja, aquela que assegurava rendimentos iguais à variação do BTNF + 0,5%.' Com isso, ratificou a argumentação expendida pelo Ministro Demócrito Reinaldo: 'Na hipótese vertente, há lei (nº 8.024/90, art. 6º, § 2º) estabelecendo, de forma clara e precisa, a correção monetária dos saldos em cadernetas de poupança convertidos em cruzeiros, indicando expressamente o índice de atualização – BTNF – fixando o período dessa correção e o marco temporal em que o fator de atualização passaria a incidir (a data do próximo crédito de rendimentos). *Legem habemus.* Demais disso, a lei atuou para o futuro. Não compete, pois, ao Judiciário, indagar sobre a real inflação do período considerado (a lei é expressa), ou perquirir qual seria o percentual exato da correção dos saldos da poupança, ou, ainda, se o depositante (no caso, o autor), teve prejuízo em recebendo as suas quantias atualizadas pelo BTNF. Impende, pois, ao Judiciário, tão-só verificar qual a lei vigente no período e dar-lhe aplicação. Se há lei fixando o fator da correção (e se está em vigor), não resta à Corte, no âmbito do especial, senão aplicar a lei.' e) Sobre a vinculação dos critérios de correção das operações ativas e passivas das instituições bancárias, esta Segunda Seção, em r. acórdão da lavra do em. Ministro Costa Leite, assim decidiu quanto aos contratos de financiamento agrícola, também vinculados à correção das cadernetas de poupança: 'Ante o atrelamento contratual, é injustificável aplicar-se o IPC, para a atualização da dívida, se os depósitos em poupança, fonte do financiamento, foram corrigidos segundo índice de variação do BTNF' (REsp. nº 47.186). Seguindo essa mesma orientação quanto ao crédito rural, a eg. Terceira Turma, no REsp. nº 62.530/RS, da relatoria do em. Ministro Eduardo Ribeiro, decidiu: 'Correção monetária. Março de 1990. A atualização do débito do financiamento, efetuado com recursos da caderneta de poupança, far-se-á segundo o índice de variação do BTNF.' f) No que diz com a correção das prestações de financiamento imobiliário, a Quarta Turma, no REsp. nº 76.341/RS, afastou a incidência do IPC: 'A Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990, que aprovou a Medida Provisória nº 168, de 15 de março do mesmo ano, implantando o chamado "Plano Collor", determinou que os saldos em cruzados das cadernetas de

poupança superiores ao limite de NCz$ 50.000,00, fossem transferidos ao Banco Central do Brasil (art. 6º, caput, e art. 9º), com devolução prevista para iniciar em 16 de setembro de 1991, em doze parcelas mensais iguais e sucessivas (art. 6º, § 1º). Para a atualização desses saldos transferidos ao Banco Central, a regra está no § 2º do art. 6º; entre a data do próximo crédito de rendimentos, isto é, a partir do primeiro 'aniversário' da conta após 15 de março (no caso dos autos, a contar de 26/03/89), até a devolução integral dos saldos, a correção seria feita pela variação do BTN Fiscal. É certo que o Comunicado nº 2.067, do Banco Central, de 30 de março de 1990 (*DO* 2/4/1990, p. 6.431), determinou o uso dos índices de Preços ao Consumidor (IPC) para a atualização dos saldos, mas dos saldos em cruzeiros, entre os quais se incluem apenas as quantias até CR$ 50.000,00, cuja conversão já ocorrera ou que iria ocorrer até 15 de abril, isto é, até a 'data do próximo crédito de rendimento', e das contas novas em cruzeiros. As contas já existentes, com saldos além de NCz$ 50.000,00, bloqueados junto ao Banco Central, não estão compreendidas no Comunicado, referido apenas aos saldos em cruzeiros. Daí se conclui que a correção mensal pelo índice de 0,84 (IPC),para o trintídio iniciado depois de 15 de março, somente se aplica aos saldos em cruzeiros, e assim mesmo com exclusão daquelas contas abertas no período de 19 a 28 de março, na forma da Circular nº 1.606, de 19 de março, para as quais se aplicou a mesma variação do BTNF, para o mês de abril. Adotou-se, pois, sistema misto na correção dos saldos das cadernetas de poupança: para os saldos em cruzados, a correção pelo BTNF; para os depósitos em cruzeiros, pelo IPC, na forma do Comunicado 2.067/90. Não me parece correta a adoção de dois critérios para a atualização de quantias que tiveram na poupança popular a mesma origem, em detrimento dos titulares das cadernetas de poupança cujos saldos ficaram bloqueados, às quais foi destinada uma atualização muito inferior ao índice real da inflação. Mas aqui não se cuida de estabelecer a aceitação ou não das soluções adotadas na legislação e nos atos administrativos emanados do Banco Central; trata-se apenas de verificar quais os padrões diretivos que orientaram as instituições financeiras na escrituração dos valores das cadernetas de poupança que continuaram em cruzados, junto ao Banco Central, uma vez que assim foi calculada a atualização dos depósitos de poupança, existentes à data da nova lei e cujo índice serve para a atualização do financiamento de que se trata nos autos. A vinculação entre a correção do mútuo e a caderneta de poupança se explica pela necessidade de manter equilíbrio entre o que a instituição financeira paga pela captação dos recursos e o que recebe do mutuário. Estabelecido o critério de reajustamento da poupança, cujos recursos existentes até a data da nova lei serviram como fonte dos contratos de financiamento até então celebrados, o mesmo índice deve servir para a atualização do saldo financiado. Sobre isso, aliás, bem explicou o recorrido, em seu substancioso memorial: 'A lei, contudo, assegura às instituições financeiras a cobrança da mesma variação de correção

monetária, que estas tiveram que pagar quando tomaram esses recursos no mercado. No caso específico do crédito imobiliário, ou seja, nas operações de financiamento à habitação, é cediço que os recursos que financiam o sistema são provenientes das cadernetas de poupança. Nesse sistema (de crédito imobiliário), o banco, para receber depósitos, paga a correção monetária (de acordo com a lei em vigor) aos depositantes e deve cobrar o mesmo índice das pessoas às quais emprestou (no caso, os mutuários do sistema), ou seja, aos Recorrentes. A correção monetária, assim, deve ter critérios objetivos, decorrentes da lei, sob pena de, se cobrada a menor, causar prejuízos ao sistema e inviabilizá-lo e, se cobrada a maior, ensejar enriquecimento indevido da instituição financeira, cujo lucro se deve ser representado pela diferença entre a taxa de juros do empréstimo e a da captação. É neste aspecto que a correção monetária, em se tratando de empréstimos bancários, deve ser conciliada nas operações passivas (captação, tomada de recursos) e ativas (empréstimos, financiamento à habitação) dos bancos ou empresas de crédito imobiliário. Nesse sistema, pois, que constitui o esqueleto do sistema bancário, não cabe a composição do *quantum*, como se se tratasse de uma dívida de valor, elegendo-se um índice menor, ou maior, ou mais 'adequado' e realista de correção monetária. Esta deve, ao contrário, espelhar rigorosamente o custo dos recursos utilizados no empréstimo (*in casu*, a correção monetária paga aos depositantes em cadernetas de poupança).' O banco recorrido também insiste na sua tese de que os saldos transferidos ao Banco Central e ali bloquedos não constituíam mais cadernetas de poupança. Mas isso não corresponde à realidade, porque assim eles continuaram definidos na lei e nos atos normativos, e como tal foram mais tarde restituídos aos seus titulares. A diferença fundamental, que não interessa para o caso, está em que se tornaram indisponíveis para os poupadores, e disponíveis para os bancos, na forma do art. 17 da Lei 8.024/90.' Nos embargos declaratórios então apreciados, ficou explicitado: '2. O embargante exige a explicitação dos dispositivos de lei e atos normativos que continuaram tratando dos depósitos em cadernetas de poupança, depois de transferidos ao Banco Central. É a própria Lei 8.024/90, no seu art. 9º, que determina sejam os saldo em cruzados novos mantidos 'em contas individualizadas', a significar que elas não desapareceram, eliminadas do mundo por um passe de mágica. As contas das cadernetas de poupança transferidas ao Banco Central lá continuaram, sendo tratadas de forma individualizada, e de acordo com a sua origem. Assim ficou estabelecido e detalhado também em atos normativos da autoridade financeira, como se pode ver da Circular 1.655/91 do BACEN: 'Art. 3º. As instituições financeiras referidas no art. 1º deverão remeter mensalmente a seus clientes extratos das contas mantidas junto ao Banco Central, com os saldos atualizados nas posições dos últimos dias de cada mês... Parágrafo único: Os extratos a que se refere este artigo deverão discriminar por instrumento de captação de recursos (depósitos à vista, depósitos a prazo, depósitos de poupança,

operações *overnight*, fundos de curto prazo, etc) todas as movimentações dos recursos em cruzados novos.' 7. Antes de encerrar o voto, devo dizer que recebi atenciosas explicações do banco interessado e de instituições congêneres, além de substancioso memorial, onde essas questões estão abordadas. Atendendo a tais ponderações, devo dizer que: a) embora os recursos bloqueados tenham permanecido como 'depósitos à ordem do Banco Central', mantiveram-se como contas individualizadas e vinculadas à sua origem; b) o acórdão, ao deferir a atualização pelo BTNF, não atingiu 'o custo de captação do embargante', porquanto esse custo está definido no art. 6º da Lei 8.024/90: atualização pelo BTNF; c) de qualquer forma, o acórdão não 'condenou o embargante ao pagamento do BTNF, em vez do IPC'; o que se disse é que, atualizada a conta poupança bloqueada pelo BTNF, esse deveria ser o critério para a atualização do crédito do banco; d) a alegação de que parte substancial dos recursos destinados ao financiamento habitacional provinha das contas até Cr$ 50.000,00, atualizados pelo IPC, está fundada em matéria de fato, cuja prova está sendo tentada nesta instância; ainda que fosse possível apreciar tal matéria de fato, a verdade é que o argumento somente teria relevância, em causas dessa natureza, depois de também demonstrado que o recurso efetivamente aplicado no contrato em causa proveio não das contas poupanças bloqueadas, com remuneração pelo BTNF, e sim das contas remuneradas pelo IPC; e) o enriquecimento do financiado pode resultar da valorização do imóvel adquirido, mas não do empobrecimento do banco, que tem o seu crédito reajustado de acordo com o mesmo critério por ele utilizado para atualizar os recursos das poupanças bloqueadas. Se for empregado outro índice (IPC), o enriquecimento será do financiador.' 3. Diante desse quadro, parece bem evidente que a correção das cadernetas de poupança, a que estava vinculada a atualização da dívida imobiliária, foram remuneradas pelos bancos depositários, quando do primeiro 'aniversário' após a edição do Plano Collor (Lei nº 8.024/90), pelo IPC, e isso até 13 de abril daquele ano. Após o primeiro vencimento, lançada na conta a atualização monetária e os juros, a quantia até Cr$ 50.000,00 ficou liberada em cruzeiros, e também corrigida pelo IPC, mas o restante foi transferido ao Bacen, e foi a partir de então atualizada pelo BTNF. A caderneta com data-base, por exemplo, em 20 de março, naquela ocasião foi atualizada pelo IPC, mas em 20 de abril, não o foi, e sim pelo BTNF. Logo, a prestação do contrato imobiliário vencida em 20 de abril não poderia ser corrigida com a aplicação do IPC pela simples razão de que os recursos que serviram ao financiamento concedido, existentes nas cadernetas de poupança ao tempo do seu contrato e transferidos ao BACEN, não foram atualizados em 20 de abril de 1990 pelo IPC, mas sim pelo BTNF, conforme constou do ofício de 3/1/1997, do Banco Central: 'os recursos não convertidos em cruzeiros oriundos de depósitos de poupança não mantiveram seu regime jurídico original, tendo sido transferidos, juntamente com recursos não convertidos de outras origens, para conta denominada 'Valores à Ordem

do Banco Central', remunerada com base na variação do BTNF mais juros de 6% a.a., onde ficaram indisponíveis até suas ulteriores conversão e liberação'. A situação ficou bem explicada no Ofício DESPA/REFIS-III-6-91, de 11/3/1991, da Delegacia Regional do BACEN em São Paulo, enviado ao Dr. Juiz de Direito da 25ª Vara Cível de São Paulo: 'A propósito, informamos que os índices aplicados obedeceram, exclusivamente, ao esquema abaixo: a) as contas existentes antes de 14/3/1990, com aniversário entre os dias 01 e 13, tiveram em abril/90, nas respectivas datas de aniversário, a remuneração equivalente à variação do IPC de março/90, 84,32%, mais juros de 6% a.a., após o que observou-se o disposto no art. 6º, da Lei nº 8.024, de 12/4/1990; b) as contas com aniversário entre os dias 14 e 28/3, inclusive, foram desmembradas em cruzeiros e em cruzados novos, a partir de 19/3/1990, na forma do referido art. 6º, da Lei nº 8.024, sendo que somente a parte em cruzeiros, se não sacada, teve, em abril/90, o rendimento equivalente à variação do IPC de março/90, 84,32%, mais juros de 6% a.a.; c) as quantias que excederam o limite de conversão, nas contas enquadradas nas alíneas anteriores, passaram a ser atualizadas monetariamente pela variação do BTNF, mais juros de 6% a.a., ou fração *pro rata* (§ 2º, do art. 6º, da Lei nº 8.024, de 12/4/1990, com a redação dada pelo art. 15 da Lei nº 8.088, de 31/10/1990); d) as contas novas, abertas entre 19 e 28/3/1990, foram atualizadas em abril/90, nas respectivas datas de aniversário, pela variação do BTN Fiscal, conforme dispõe a Circular nº 1.606, de 19/3/1990, cuja cópia anexamos.' Se considerarmos remuneração dos novos contratos de poupança a fim de examinar a possibilidade de vinculá-los ao reajuste da prestação com vencimento na segunda quinzena de abril, há de se concluir, como já o foi na eg. Primeira Seção e ficou bem exposto no voto do em. Min. Ari Pargendler, que esses novos contratos, efetuados entre os dias 19 a 28 de março e com primeiro aniversário entre 19 e 28 de abril, foram remunerados pelo BNTF, na forma da Circular nº 1.606/90, acima citada. Se se quiser dizer que a vinculação deve ser feita com os recursos utilizados pelos bancos comerciais, provenientes dos ativos financeiros transferidos ao Banco Central, ainda aí veremos que o índice usado como parâmetro é o BTNF, e não o IPC, como constou da Circular nº 1.663, de 11/4/1990, do BACEN: 'Art. 2º. Sobre eventuais deficiências apresentadas no saldo da conta 6110.01.10-6 – DEP. MP 168 – Reservas Bancárias – em espécie, até o limite fixado na forma do art. 3º desta Circular, o Banco Central cobrará custos financeiros, custos esses devidos e debitados, diariamente, à referida conta. § 1º. Os custos financeiros de que trata o *caput* deste artigo serão fixados pelo Banco Central em função da remuneração das operações ativas das instituições, constantes da listagem anexa a esta Circular, respeitado o contido no parágrafo único do art. 17 da Medida Provisória 168, custos esses nunca inferiores à variação do Bônus do Tesouro Nacional Fiscal – BTN Fiscal, acrescida de juros de 6% (seis por cento) ao ano, observado que: I – as operações ativas serão consideradas, para efeito desta Circular, segundo o

grupamento homogêneo de contas; II – para cada grupamento, a instituição informará a remuneração de seus ativos, indicando as operações separadamente, em função dos indexadores contratados.' Bem se vê que a atualização pelo IPC das prestações dos contratos imobiliários vinculados à poupança, na segunda quinzena de abril de 1990, contrariou a lei e as disposições expedidas pela autoridade financeira, causando grande prejuízo a todos os mutuários que se encontram em situação semelhante à dos autos. Diz-se que decisão nesse sentido causará prejuízo ao sistema financeiro, mas a mim me parece que aconteceu exatamente o contrário: a economia popular, os mutuários, os devedores do sistema habitacional é que sofreram grave dano com o método usado para a correção do saldo das prestações e do saldo devedor. Afirma-se também que isso seria insuportável pelo sistema, mas não é o que se pode recolher do comportamento da Caixa Econômica Federal, principal entidade que atua no setor, a qual propôs aos mutuários a renegociação das dívidas, oferecendo descontos de 50% ou mais, conforme constou do Informe Azul, nº 6: 'O Presidente da CEF reafirmou em 29/4/1997, que 'são muitas as vantagens oferecidas aos mutuários para a renegociação de seus contratos, incluindo a liquidação antecipada, a regularização dos contratos de gaveta, a colocação em dia das prestações atrasadas e a transferência do Sistema Hipotecário para o SFH.' Programa que se renovou em 1998: 'A Caixa Econômica Federal anunciou em 31/3/1998 que a partir de 1º de abril de 98, será de 50% o desconto para quitação antecipada dos 800 mil contratos de sua Carreira Imobiliária com cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, independentemente da data de assinatura do contrato. O desconto único valerá até 30 de Dezembro de 98. Igualmente, a partir de amanhã, serão permitidas: a novação das dívidas dos mutuários do SFH com desconto de 30% e a transferência de financiamentos habitacionais do SFH, com cobertura do FCVS, com desconto de 30% do saldo devedor.' Insiste-se na tese de que a vinculação era com a poupança livre, e que os saldos bloqueados não são poupança livre. Na verdade, quando constou do contrato, celebrado muito antes do Plano Collor, a expressão "poupança livre" não estava em oposição à poupança bloqueada e indisponível. Esses recursos da poupança livre é que serviram para a vinculação ao reajuste do contrato imobiliário, e esses mesmos recursos é que, depois de transferidos ao Bacen, foram corrigidos na segunda quinzena de abril pelo BTNF. De qualquer forma, se quisermos nos ater apenas às novas contas de poupança, abertas de 19 a 28 de março, cujos saldos ficaram liberados, isto é, se quisermos definir apenas estas como 'poupança livre', também elas tiveram o saldo corrigido pelo BTNF (Circular nº 1.606/90). 4. No caso dos autos, porém, o recurso versa sobre contrato firmado em 05 de janeiro de 1988, com correção em 05 de abril de 1990. Ele é diferente de todos os outros, que tratam de contratos vencidos na segunda quinzena de abril. Para os vencidos na segunda quinzena de março e primeira quinzena de abril, as cadernetas de pou-

pança foram remuneradas pelo IPC. Logo, também pelo IPC corrigidas as prestações do financiamento imobiliário. Nesse ponto, e só por esse fundamento, estou concordando com o voto do em. Relator. 5. Posto isso, também conheço do recurso, em parte, e lhe dou provimento para determinar que a atualização do contrato em 05 de abril de 1990 seja feita pelo IPC de 84,32%, insistindo na especificidade dessa situação quanto à data ser anterior a 13 de abril.

6.3 – O tema retornou ao exame da Corte Especial, onde se decidiu, na sessão de 1º de julho de 2002, EREsp. nº 123.660/PR, por 9 a 7 votos, manter o IPC. No EREsp. nº 196.841/SP, na mesma sessão, mas já alterada a composição do órgão julgador, decidiu-se pelo BTNF, por 10 a 7 votos. Na sessão de 4 de setembro de 2002, firmou-se o entendimento de que se aplica o BTNF para a correção dos financiamentos concedidos pelo SFH, no período (EREsp. nº 268.707/RS). Novamente, em 6 de novembro de 2002, a Corte Especial voltou ao tema, prosseguindo o julgamento nos dias 05 e 19 de fevereiro e 10 de abril de 2003, quando a maioria absoluta atribuiu aos bancos o direito de corrigirem os financiamentos imobiliários pelo IPC de 84,32%. Votei vencido, pelos fundamentos acima expostos, por entender que de nenhum modo estavam superados. Com essa decisão, os bancos, que foram desonerados da obrigação de remunerar os saldos das cadernetas de poupança transferidos ao Bacen, saldos estes que serviram aos financiamentos imobiliários concedidos até aquela data, ficaram autorizados a cobrar dos mutuários o elevado percentual do IPC, que praticamente significou a duplicação da dívida (EREsp nº 218.426/SP).

6.4 – A correção monetária de débitos apurados em liquidação judicial deve ser calculada pelo IPC depois da vigência da Lei nº 8.024/90 até a Lei nº 8.177, de 1/3/1991, a partir da qual se aplica o INPC, apurado pelo IBGE, como previsto no art. 4º da Lei nº 8.177 (REsp. nº 229.632/SP, 4ª Turma).

6.5 – Admite-se a correção monetária dos débitos (Súmula 16/STJ) como exigência do princípio da equivalência entre as obrigações, ainda quando eventualmente se possa entender que deixou de existir qualquer índice (REsp. nº 93.479/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Ari Pargendler).

6.6 – A TR, instituída pelo art. 1º da Lei nº 8.177, de 1º.3.91, quando prevista em contrato celebrado depois da vigência dessa Lei, tem sido aplicada

para a correção dos contratos (REsp. nº 237.302/RS, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira); também se permite a TR quando o contrato tiver sua correção vinculada à remuneração da caderneta de poupança (REsp. nº 256.001/PR, 3ª Turma, rel. o Min. Eduardo Ribeiro; REsp. nº 200.267/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Não sendo esse o caso, usa-se o IPC, até a Lei nº 8.177/91, e o INPC, depois disso (EDREsp. nº 255.857/PE, 1ª Turma, rel. o Min. Milton Luiz Pereira; REsp. nº 182.354/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Sempre votei vencido ou com ressalva, pois não me parece cabível a aplicação da TR como índice de correção, uma vez que "a TR é reflexo do custo do dinheiro e não indicativo da inflação, tanto que legalmente somente pode ser usada como 'remuneração' do capital, não para a atualização da dívida" (REsp. nº 249.649/RS). Se usada a TR, que embute juros, não poderia ser aplicada nova taxa de juros, sob pena de dupla incidência do mesmo fator.

6.7 – Os depósitos de cadernetas de poupança devem ser corrigidos monetariamente de acordo com a TR, nos meses de julho e agosto de 1994 (REsp. nº 332.590/SP, 3ª Turma, rel. a Min. Nancy Andrighi), nos termos dos arts. 7º da Lei nº 8.860, de 28 de maio de 1993, e 4º da Lei nº 8.880/94 (REsp. nº 256.105/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Castro Filho), pois este último dispositivo não alterou a regra de remuneração prevista no art. 7º da Lei nº 8.860/93 (REsp. nº 175.676/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Ver, sobre isso, a Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993.

6.8 – A TBF é o novo indicador que está servindo à atualização dos contratos bancários (Lei nº 10.192, de 14/2/2001), mas a Quarta Turma decidiu pela sua inaplicabilidade como índice de correção, pois que prevista para a remuneração de capital: "TBF é taxa de remuneração, não de correção" (REsp. nº 293.794/RS, 4ª Turma, de minha relatoria). O voto está assim fundamentado:

> (...) A TBF é um índice que indica o custo do dinheiro e por isso não pode ser usado para a atualização dos débitos. Somar a diferença obtida com a TBF aos juros significa anatocismo. A Taxa Básica Financeira foi instituída pela MP nº 1.053, de 30/6/1995, cujo art. 5º assim dispôs: 'Fica instituída a TBF para ser

> utilizada exclusivamente como base de remuneração de operações realizadas no mercado financeiro, de prazo de duração igual ou superior a sessenta (60) dias'. A mesma norma veio a ser repetida na MP nº 1.950, de 26/7/2000. Como se vê, é uma taxa para remunerar operações financeiras. Tratando de regular a sua aplicação, o CMN adotou a Resolução nº 2.172, de 30/6/1995, na qual ficou bem explícito que servia ao cálculo da remuneração de depósitos bancários: 'Art. 2º. Os depósitos a prazo de reaplicação automática terão por remuneração a Taxa Básica Financeira – TBF – divulgada pelo Banco Central do Brasil. Parágrafo 1º. Os depósitos poderão receber prêmio, em função de seu prazo de permanência na conta, na forma acordada entre as partes. Parágrafo 2º. Os depósitos terão como aniversário o dia de abertura da conta. Parágrafo 3º. Os depósitos farão jus a remuneração a cada intervalo de 3 (três) meses.' E isso porque a TBF é definida a partir da remuneração mensal das operações passivas dos bancos: 'Art. 2º – A TBF será calculada a partir da remuneração mensal média dos certificados e recibos do depósito bancário (CDB/RDB) emitidos a taxas de mercado prefixadas, com prazo entre 30 (trinta) e 35 (trinta e cinco) dias, inclusive.' (Res. nº 2.171/CMN, de 30/6/1995). Portanto, o Banco que queira cobrar a TBF sobre suas operações ativas deve dispensar os juros. A cobrança cumulativa, penso eu, é indevida.

No EDREsp. nº 213.982/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 30/4/2001, ficou decidido que "A TBF foi instituída para ser utilizada exclusivamente como base de remuneração e não como encargo moratório". Colhe-se do voto do relator:

> Quanto à matéria atinente à TBF, incabível a pretensão do agravante, na medida em que confunde remuneração do capital com a atualização do débito. De fato, é indubitável a existência regular da TBF, entretanto o recorrente traz legislação (MP nº 1.053/95) que manda a taxa ser 'utilizada exclusivamente como base de remuneração de operações realizadas no mercado financeiro' (grifo). Sabe-se que aquilo auferido por correção monetária não é fruto de remuneração alguma, mas sim da própria recomposição do capital depreciado no decurso do tempo. Assim, invocar legislação que autorize a aplicação da TBF exclusivamente sob auspícios remuneratórios não legitima seu uso com vistas à correção de débito.

6.9 – A questão do contrato de depósito de bens fungíveis. Os bens fungíveis somente podem ser dados em depósito irregular, e este se rege pelas disposições do mútuo (art. 1.280 do Cód. Civil de 1917; art. 645 do Código

Civil de 2002). Logo, não cabe ação de depósito, nem prisão civil, quando forem dados bens fungíveis em garantia de financiamento bancário descumprido (REsp. nº 287.776/DF, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro; RHC nº 11.077/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro; REsp. nº 68.024/PR, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Essa regra não se aplica aos casos em que houver contrato de depósito – ainda que de bens fungíveis – celebrado com armazém geral, situação regulada no Dec. nº 1.102/1903 (AgrAG nº 196.654/MG, REsp. nº 50.830/PR, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha). No HC nº 14.935/MS e no REsp. nº 432.212/RS fiz distinções entre as diversas hipóteses, para demonstrar que quando a coisa fungível é entregue para a guarda como uma fase da operação de compra e venda, incide o art. 1.280 do Cód. Civil/17 (art. 645 do CC/02).

6.10 – Julgados do STJ sobre alienação fiduciária:

6.10.1 – A prisão civil de alienante fiduciário não tem sido admitida no STJ (EREsp. nº 149.518/GO, Corte Especial, de minha relatoria) porque, à luz da legislação infraconstitucional, não se caracteriza o depósito no negócio de alienação fiduciária em garantia.

Em alguns casos, tal o exagero dos juros cobrados, a prisão atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, como se viu no HC nº 12.547/DF, em que a financiada deveria passar o restante da vida transferindo toda a sua remuneração ao credor, para pagamento dos juros do financiamento de um táxi:

> *Habeas corpus.* Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R$ 18.700,00 para R$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação

da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, *caput*, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida (HC nº 12.547/DF, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 12/2/2001).

A fundamentação do voto é a seguinte:

1. O contrato de alienação fiduciária sobre o qual versa o presente processo teve por objeto um automóvel Ford com valor de compra, em 3.2.95, de R$ 18.700,00, destinado a prestar serviço de táxi na praça da cidade. A dívida assumida multiplicou-se por quatro e se elevou, em menos de dois anos, para R$ 86.858,24, que é o saldo devedor indicado pelo banco credor à companhia seguradora (fl. 66). A diferença é constituída substancialmente por juros, pois no período a inflação estava contida. O descumprimento do contrato, com a falta da entrega do veículo ou de pagamento do valor exigido, sujeitou a devedora à prisão civil por quatro meses, já decretada pelas instâncias ordinárias. Isso significa que a devedora, pessoa com sessenta anos de idade, com a provável renda líquida mensal de R$ 500,00, obtida com a exploração do táxi, consumirá o total de sua renda pelo resto da vida (prevista de acordo com as tabelas de expectativa de vida vigentes no país), para pagar os juros bancários do contrato de alienação fiduciária de um automóvel de aluguel. Este caso não é único. No HC 14.333/DF, de que sou relator, exigiu-se da devedora de contrato de alienação fiduciária em garantia, sobre um automóvel Kadett, avaliado em R$ 12.000,00, do qual financiara R$ 6.000,00, o saldo devedor de R$ 90.000,00, com juros contados no período de um ano e seis meses, igualmente com pena de prisão decretada pelo seu descumprimento. A questão que se põe é a de saber se é ou não legítima a decretação da perda da liberdade da devedora em razão do inadimplemento de contrato com essas características. Antes de prosseguir, vale mencionar a experiência da jurisprudência alemã, que mais de uma vez enfrentou situações assemelhadas, embora não tão drásticas quanto a que agora nos ocupa. Diante de uma fiança dada ao banco por pessoa com a renda mensal de 1.150 DM, em garantia de 100.000 DM, a Corte Constitucional Alemã afastou a validade da fiança e aplicou o princípio do livre desenvolvimento da personalidade: "Esse direito da fiadora era coarctado pela executoriedade de um encargo de tal monta e tão desproporcionado dos seus rendimentos que importaria a sua asfixia econômica para toda a vida" (Joaquim de Souza Ribeiro, "Constitucionalização do Direito Civil", *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1998, v. LXXIV, p. 729(750). 2. A Constituição de 1988 enuncia no seu primeiro artigo que o estado democrático de direito tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). No seu artigo terceiro define a construção de uma sociedade justa como objetivo da República (art. 3º, inc. I) e inclui, entre os direitos fundamentais, os direitos à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput). Com

isso, considerou a dignidade da pessoa humana como núcleo do sistema, norma orientadora do ordenamento constitucional e do infraconstitucional, dignidade que deve ser preservada porquanto sem ela não há a efetivação dos direitos da personalidade. A dignidade é o valor que unifica o sistema, é "qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal" (Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 104), existe para todos e é igual em todos (Declaração Universal dos Direitos, ONU, 1948). Presente a vida, a liberdade é o primeiro pressuposto da dignidade da pessoa humana. Também, as condições justas e adequadas de vida (idem, p. 108), seja nas relações do indivíduo com o Estado, seja no trato com as organizações que exercem o poder econômico e social, nas searas do direito público e do direito privado. 'A tutela da personalidade não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana' (Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 50). Cuida-se de estabelecer a vinculação entre aquele princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e mais os direitos fundamentais que expressam e definem os valores da personalidade, com a norma judicial a ser aplicada no caso concreto.
3. Surge então a questão relacionada com a eficácia horizontal, ou em relação a terceiros, da norma constitucional sobre a relação de direito privado. Luis Afonso Reck expõe as duas correntes da experiência alemã, uma que admite a eficácia direta, não de todos, mas pelo menos de uma série de direitos fundamentais diante de terceiros, como acontece com a norma de igualdade salarial entre homens e mulheres, e outra, que lá predomina e ele aplaude, de eficácia apenas indireta, pela qual "os tribunais cíveis estão obrigados, em virtude da Constituição, a considerar, na interpretação e emprego das cláusulas gerais, os direitos fundamentais como 'linhas diretivas'. Se eles desconhecem isso e decidem, por conseguinte, em prejuízo de uma parte processual, então eles a violam em seus direitos fundamentais" ("Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil", *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 1999, nº 16, p. 111). Essa também a lição de Konrad Hesse: "A interposição do legislador aparece como o caminho adequado para a tutela dos direitos fundamentais frente a lesões e perigos procedentes do âmbito não estatal" (Derecho Constitucional y Derecho Privado, Civitas, p. 66). A relação continuaria sendo de direito ordinário, a ser resolvida de acordo com as normas infraconstitucionais que permitem a incidência dos princípios e normas constitucionais, com a precisão dos conceitos indeterminados e principalmente pelo uso das cláusulas gerais. Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constituci-

onal, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamental. Cumpre atentar para a advertência de Robert Alexy: "Se algumas normas da Constituição não devem ser tomadas a sério, afigura-se difícil fundamentar, porque outras devem ser consideradas quando surgir alguma dificuldade. Há uma ameaça de dissolução da Constituição. Assim, a decisão fundamental sobre os direitos fundamentais há de ser em favor de uma completa vinculação jurídica no contexto da possibilidade de sua judicialização" (Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais, *in: Recht. Vernunft. Diskurs*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Ingo Wolfgang Sarlet observa, acredito, com absoluto acerto, que há possibilidade de se transpor diretamente o princípio vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada quando se cuida de relações desiguais de poder (op. cit., p. 338) entre as grandes corporações empresariais e o particular, porque similar à desigualdade que se estabelece entre o indivíduo e o Estado. É a situação dos autos. No caso dos autos, porém, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5º da LICC). 4. A decisão judicial que atende a contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão de devedora por dívida que se elevou, após alguns meses, de R$ 18.700,00 para 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor de seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável de vida reunindo toda a sua remuneração para o pagamento dos juros de um débito relativamente de pouca monta, destruindo qualquer outro projeto de vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor. Houve ali ofensa ao princípio da dignidade da pessoa, que pode ser aplicado diretamente para o reconhecimento da invalidade do decreto de prisão. Na relação contratual, celebrada por contrato de adesão, houve ofensa ao princípio da igualdade, com a imposição de sanção grave (prisão) prevista para apenas uma das partes, e também excesso com a cláusula de juros acima de qualquer limite legal. Essa taxa também pode ser afastada por incidência da cláusula geral dos bons costumes, que exige na relação de tráfico o respeito ao mínimo de equivalência entre as prestações contratadas. A lei que permite a prisão civil por dívida, além de limitada aos casos do alimentante e do depositário infiel, deve ser aplicada de modo a atender aos princípios e direitos fundamentais e às normas ordinárias insertas na Lei de Introdução do Código

Civil. "Não é suficiente que uma lei seja conforme aos direitos fundamentais, mas deve ser, ainda, aplicada de forma favorável aos valores contidos nos direitos fundamentais" ("Dieter Grimm, La Constitución como Fuente del Derecho", *in*: *Las Fuentes del Derecho*, Universitat de Barcelona, 1983, p. 13). 5. Na espécie, houve um contrato leonino, que permitiu a exigência do valor acima referido com a conseqüente perda da liberdade. Transcrevo a lição de Reck: "Para os tribunais cíveis resulta disso o dever de, na interpretação e emprego de cláusulas gerais, prestar atenção a que contratos não sirvam como meio de determinações alheias. Se as partes contratuais estipularam uma regulação em si admissível, então regularmente irá economizar-se um controle de conteúdo amplo. Mas se o conteúdo do contrato para uma parte é invulgarmente agravante e, como compensação de interesses, manifestamente inadequado, então os tribunais não devem satisfazer-se com a afirmação: 'contrato é contrato'. Eles devem, antes, clarificar se a regulação é uma conseqüência de poder de negociação estruturalmente desigual e, dado o caso, intervir corretivamente no quadro das cláusulas gerais do direito civil vigente" (*op. cit.* p. 124). É certo que há o confronto entre o direito à liberdade de comerciar do credor, o direito de crédito que lhe resulta do contrato, ambos de natureza patrimonial, com os direitos da paciente à liberdade de locomoção e de igualdade nas contraprestações. Daí a necessidade da ponderação dos valores em colisão no caso particular dos autos, o que, penso, deve ser resolvido com a limitação dos direitos do credor, que pouco perde, ou nada perde, porquanto não se lhe nega o direito de cobrar o lícito, em comparação com a perda que decorreria da execução da ordem de prisão por quatro meses, só por si infamante, agravada pelas condições subumanas de nossos presídios. Assim, concluindo essa parte, tenho que o decreto de prisão da paciente contraria princípio constitucional, viola direitos fundamentais e ofende duas regras de direito infraconstitucional.

6.10.2 – Permite-se a alienação fiduciária em garantia de bem que já pertence ao devedor (Súmula 28/STJ).

6.10.3 – No contrato de alienação fiduciária, a mora é *ex re* (decorre do vencimento da obrigação), mas a propositura da ação de busca depende de prévia notificação do devedor ou do protesto com intimação regular (REsp. nº 303.060/DF, 4ª Turma).

6.10.4 – Da notificação não é necessário que conste o valor da dívida (REsp. nº 113.060/SP, 2ª Seção, rel. o Min. Ari Pargendler).

6.10.5 – A entrega de correspondência com AR no endereço fornecido pelo devedor é suficiente para ter-se por cumprida a formalidade da cientificação

(REsp. nº 215.489/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Waldemar Zveiter; REsp. nº 145.703/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha; REsp. nº 167.356/SP, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.10.6 – A venda extrajudicial do bem desonera o fiador (EREsp. nº 49.086/MG, 2ª Seção, de minha relatoria; REsp. nº 254.408/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro).

6.10.7 – "A venda extrajudicial do bem, independentemente de prévia avaliação e de anuência do devedor quanto ao preço, retira ao eventual crédito remanescente a característica de liquidez e ao título dele representativo, em conseqüência, a qualidade de título executivo" (REsp. nº 254.408/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro; REsp. nº 63.392/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; EREsp. nº 49.086/MG, de minha relatoria).

6.10.8 – "A concessão de medida liminar em ação de busca e apreensão de veículo automotor não se justifica se conexamente tramita ação de consignação em pagamento movida pelo devedor à credora, em que são depositadas as prestações do mútuo" (REsp. nº 166.363/PE, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Júnior).

6.10.9 – A mora somente pode ser purgada se integralizados 40% do preço (EREsp. nº 129.732/RJ, 2ª Seção, rel. p/ac o Min. Ari Pargendler; REsp. nº 193.056/RJ, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito; REsp. nº 264.616/PR, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

No julgamento daqueles embargos de divergência (EREsp. nº 129.732/RJ, votei vencido com a seguinte fundamentação:

> Um dos modos mais eficazes para evitar o dano que decorre do descumprimento de um contrato é a purga da mora. É ato socialmente útil, pois por ele se concretiza o contrato; o devedor cumpre com a sua prestação e, assim, atende ao que dele se esperava; o credor vê satisfeita a sua pretensão assim como programada, e, para ele, nada melhor do que isso. Para o devedor, é o meio que a lei lhe faculta de liberar-se dos efeitos danosos que decorrem da inadimplência, que o sujeitariam à execução forçada, multas, sanções administrativas e bancárias, divulgação do seu nome em banco de dados de devedores, restrição ao crédito, etc. Portanto, a regra do art. 3º, par. 1º, do DL 911/69, exigindo o pagamento de 40% do preço financiado (ao qual se há de somar o que já foi pago à vista e

não foi financiado), constitui grave obstáculo à prática de um ato que, sendo socialmente útil e conveniente também para o credor, possibilita ao devedor liberar-se dos danos que necessariamente decorrem do rompimento do contrato. No caso, a perda do bem em ação de busca e apreensão e possibilidade de conversão em ação de depósito. Nos termos do art. 6º, inc. VI, do CDC, é direito básico do consumidor a efetiva prevenção de danos patrimoniais e morais. Tenho para mim que a proibição da purga da mora é causa certa de danos decorrentes da inadimplência, de ordem patrimonial e moral. Prevenir esses danos é um princípio do CDC, porquanto não há nenhuma vantagem social em forçar a inadimplência e impedir que ela seja superada. Logo, há conflito entre o princípio que dificulta sobremaneira a posição do devedor, impedindo-o de superar a situação de inadimplência, e o enunciado que procura evitar e prevenir os danos que decorrem da frustração do contrato. Além disso, o art. 53 do CDC considera nulas as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em contrato de alienação fiduciária. No caso de persistir a mora, cuja purgação o art. 3º, par. 2º, do DL 911/69 proíbe, o bem alienado será vendido no mercado, inexistindo previsão no art. 3º sobre a devolução das prestações pagas. Isso significa que o devedor, impedido de purgar apenas porque ainda não pagou 40% do preço financiado, corre o risco de não receber as prestações pagas, embora resolvido o negócio. Por isso, com respeitosa vênia, tenho que os acórdãos estão em confronto e, pelo meu voto, prevalece o julgado paradigma, que tem a seguinte ementa: 'A exigência imposta pelo par. 1º do art. 3º do DL 911/69 (pagamento no mínimo de 40% do preço financiado) está afastada pelas disposições contidas nos arts. 6º, VI, e 53, *caput*, do CDC (Lei nº 8.078/90) (EREsp. nº 129.732/RJ, 2ª Seção, *DJ* 1/8/2000).

6.10.10 – Na ação de busca e apreensão, pode o réu alegar em sua defesa contrariedade à lei ou ao contrato (REsp. nº 185.812/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha).

6.10.11 – "Não se caracteriza a mora do devedor, para efeito de ajuizamento da ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, se o montante do débito e a própria ocorrência da mora são objeto de discussão em juízo, com o prévio aforamento de ação revisional" (REsp. nº 227.547/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha).

6.10.12 – É possível a alienação fiduciária de bens imóveis por acessão intelectual (REsp. nº 255.499/MA, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito).

6.10.13 – O adimplemento substancial do contrato de financiamento (faltava apenas a última prestação) não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão (REsp. nº 272.739/MG, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.10.14 – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de alienação fiduciária em garantia (REsp. nº 201.195/SP, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.10.15 – É nula a cláusula de eleição de foro em contrato de adesão com alienação fiduciária em garantia que dificulta a defesa do réu, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz a sua incompetência (REsp. nº 201.195/SP, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.10.16 – O equivalente a que se refere a lei (arts. 902, I, e 904 do CPC) corresponde ao valor da coisa, ou ao valor da dívida, se este for menor (REsp. nº 239.739/DF, 2ª Seção, de minha relatoria; REsp. nº 264.187/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Júnior; REsp. nº 270.235/SP, 3ª Turma, rel. a Min. Nancy Andrighi).

6.10.17 – Na ação de busca, a perda da posse de bem indispensável à atividade do devedor tem sido relegada para o final do processo. É que a posse dos bens alienados fiduciariamente em garantia é do alienante–devedor, que somente a perde com a ação de busca e apreensão. Nesse caso, permite-se a permanência desses bens com o devedor quando indispensáveis à atividade produtiva, como máquinas industriais, veículos de transporte coletivo, etc. (Agr./AG nº 225.784/RS, 3ª Turma, rel. a Min. Nancy Andrighi; REsp. nº 228.791/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito; REsp. nº 89.588/RS; REsp. nº 88.941/RS; ROMS 5038/PR).

6.10.18 – A venda do bem deve ser comunicada ao devedor (REsp. nº 235.410/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). No REsp. nº 209.410/MG, 4ª Turma, de minha relatoria, constou do voto:

> Dois são os valores a ponderar: de um lado, o interesse na pronta apuração do numerário para pagamento do débito e a melhor oportunidade para o negócio, que a facilidade da venda extrajudicial garante; de outro, o interesse do devedor de que a venda seja realizada pelo melhor preço, em operação que ele possa

acompanhar e fiscalizar, o que somente obteria na venda judicializada. Todos sabemos que a execução judicial, com a obrigação de o juiz transformar em dinheiro o bem a ser alienado, é um procedimento burocratizado, oneroso e ineficiente, que descontenta a todos: o credor, pelos custos, demora e insignificância dos valores apurados, estando o procedimento sujeito a recursos e impugnações de toda a ordem; o devedor, porque se vê privado da posse e administração do bem durante longo período, assistindo de modo passivo a sua oferta em ato de venda que normalmente não apura metade do seu real valor. Por isso, trazer para o âmbito do Judiciário a alienação dos bens dados em garantia não assegurará melhor efeito prático, de ordem econômica, ao devedor, pois a experiência mostra que os valores alcançados na venda realizada no foro são muito inferiores aos que seriam obtidos na venda direta aos possíveis interessados, ao mesmo tempo em que prejudicaria a ação do credor e o seu mais imediato reembolso. Aceito o pressuposto de que a venda extrajudicial é mais eficaz, resta ponderar o inconveniente que dela resulta, pois afasta o devedor do acompanhamento do ato de venda que o credor realizará, dificultando sensivelmente a defesa de seus direitos. Sabe-se que a nova legislação do Código de Defesa do Consumidor introduziu no nosso ordenamento princípios asseguradores da igualdade entre as partes e da equivalência das prestações, permitindo ao consumidor a defesa efetiva do seu interesse, em juízo ou fora dele. O contrato de alienação fiduciária tem diversas disposições que colocam o devedor em situação extremamente desfavorável, como a regra que impede a purgação da mora se não pago o equivalente a 40% do débito (o que contraria o interesse social do cumprimento das avenças e proíbe a uma das partes a continuidade do pagamento), a que dá ao credor a possibilidade de, ao menor descumprimento, dar por extinta a relação, e aquela outra que permite ao devedor apenas a defesa fundada no pagamento, situação raramente vista, pois é da falta do pagamento que decorre a ação. Nesse contexto, tenho que o inconveniente da falta de fiscalização e de acompanhamento seria eliminado se realizada a venda de modo que pudesse ser observada pelo devedor. Ato assim realizado seria proveitoso ao credor e asseguraria o cumprimento do disposto no art. 6º, VII, do CDC. Posto isso, conheço do recurso do Banco Fiat S/A, por ofensa ao disposto no art. 2º, § 3º, do Decreto-lei nº 911/69, uma vez que a venda do bem pode ser feita por sua iniciativa e extrajudicialmente, mas o devedor deverá ser previamente comunicado das condições do negócio, a fim de que possa exercer, querendo, a defesa de seus interesses perante o juiz da causa.

6.10.19 – Não se admite alienação fiduciária em garantia no contrato de *leasing*, pois "o não-dono (arrendatário) não pode alienar fiduciariamente o bem ao que já é o dono (arrendador)" (REsp. nº 331.787/RS, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.10.20 – O credor pode promover a ação de busca e apreensão, convertida depois em depósito, e prosseguir no mesmo processo com a execução do saldo; também pode escolher, desde logo, o processo executivo. Mas não pode promover, simultaneamente, em razão do mesmo débito, a ação de busca e apreensão e o processo de execução da nota promissória dada em garantia. (Edcl. no REsp. nº 316.047/SP, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.11 – A MP nº 2.160-25, de 23 de agosto de 2001, alterou o disposto na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1966, para incluir novo artigo (art. 66-A), a fim de permitir a alienação fiduciária em garantia de coisa fungível (art. 66-A, I) e excluir qualquer medida judicial ou extrajudicial para a venda do bem a terceiros (art. 66-A, § 1º). São duas regras na exata contrariedade aos precedentes do STJ sobre dois dos temas acima referidos.

6.12 – A cláusula sobre honorários advocatícios não vincula o juiz, que pode estabelecer outros índices que não os contratados, uma vez que a sua fixação deve atender aos parâmetros legais.

6.13 – É abusiva a cláusula de contrato de adesão que impõe ao aderente pagar honorários advocatícios independentemente do ajuizamento de ação judicial (REsp. nº 364.140/MG, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.14 – É permitida a cobrança da multa pelo inadimplemento (agora reduzida para 2%, por força da Lei nº 9.298, de 1/8/1996, que alterou o Código de Defesa do Consumidor, e aplicável para os contratos celebrados depois de sua vigência – REsp. nº 261.191/PR, 4ª Turma, de minha relatoria, e REsp. nº 235.380/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Júnior), cumulada com a verba honorária (REsp. nº 123.150/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Ari Pargendler).

6.15 – Mas a multa pela inadimplência não pode ser cobrada quando o credor exige quantia superior à devida. No nosso sistema, a mora só existe como ato imputável ao devedor (REsp. nº 82.560/SP, 4ª Turma, de minha relatoria); se este não paga porque está sendo cobrado de valores indevidos, a responsabilidade pela falta de pagamento deve ser imputada ao credor; inexistindo a mora do devedor, não cabe a multa moratória (Agr./AG 45.082/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Eduardo Ribeiro); no crédito rural, cabe a multa, se pactuada (REsp. nº 198.243/RS, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

6.16 – São inacumuláveis a correção monetária e a comissão de permanência (Súmula 30/STJ).

6.17 – Inexistindo lei, não se admite a correção da dívida agrícola pelo mesmo índice de alteração do preço do produto (REsp. nº 61.787, 3ª Turma, rel. o Min. Eduardo Ribeiro; REsp. nº 200.267/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

6.18 – Não há nulidade por desvio de finalidade quando a cédula de crédito rural destina-se a renovar crédito da mesma natureza (operação "mata-mata") (REsp. nº 132.730/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito).

No REsp. nº 46.601/RS, votei em sentido contrário, mas a posição ficou vencida:

> A cédula rural pignoratícia e hipotecária não é um titulo comum de mútuo, mas documento que expressa negócio bancário com características especiais, assim como previstas no Dec.-lei nº 167/67, entre elas se destacando a possibilidade de cobrança de taxas e comissões da fiscalização (art. 80); multa pela demora (art. 71); o inadimplemento importa o vencimento não só da cédula rural como de todos os demais financiamentos concedidos pelo credor (art. 11); podem ser objeto de penhor os bens elencados no artigo 56; os bens objeto de penhor ou hipoteca não poderão ser penhorados, arrestados ou seqüestrados por outras dívidas (art. 69): é permitida a capitalização mensal de juros (Súmula 93/STJ). O financiador que se utiliza desta cédula de crédito para finalidade diversa do financiamento da atividade rural não está participando de uma simulação inocente, mas obtendo do devedor um documento de crédito de especial eficácia, pelo qual passa a desfrutar de situação mais forte e privilegiada em relação ao contrato comum de financiamento. Diz-se que se trata apenas de novação de dívida preexistente. Mas a abstração do título assim obtido não me permite conhecer a natureza e o montante dos negócios anteriores, excluindo da fiscalização judicial o exame dessa operação e das condições impostas para a renovação do negócio. Sendo um contrato de adesão, e já caracterizada a inadimplência do devedor, é fácil concluir pela reduzida capacidade de negociação de que dispõe o financiado, e são conhecidos os índices de taxas e comissões normalmente impostas em tais situações. Com isso quero dizer que a cédula rural resultante desse desvio é um negócio feito exclusivamente para a satisfação do interesse do financiador, garantindo-o não só da dívida vencida e ora renovada, – pois esta, se também resultante de cédula rural tinha as mesmas garantias –, mas lhe permitindo embutir no novo negócio as suas comissões, de tal sorte que não se pode afirmar,

diante do documento apresentado com a inicial, quanto daquele valor foi efetivamente aplicado na atividade produtiva, e quanto representa o interesse do financiador. Mas, ao fim e ao cabo, tudo passa a gozar das mesmas garantias do Dec.-lei nº 167/67, graças à 'simulação inocente'. Reconhecido lisamente que a cédula em execução serviu à novação de dívida anterior, mas que foi criada como se vinculada a uma operação de compra de gado para criação, não posso deixar de concluir estar diante de um documento falso. Não creio que os princípios de moralidade e transparência que presidem o ordenamento jurídico permitam que tais negócios sejam celebrados livremente, deixando o Banco de lado os muitos instrumentos de que já dispõe para garantia de sua atividade, passando a usar confessadamente de um documento falso, onde embutiu os acréscimos resultantes do inadimplemento anterior. É certo que o devedor também participou do embuste, mas é irrecusável a situação de inferioridade em que se encontrava quanto à escolha do modo de pagamento da dívida vencida. O comum é que aceite o que lhe é apresentado, pois o seu âmbito de escolha é quase nenhum. Não estou negando o dever de pagar, mas não consinto ao credor o uso de documentos criados falsamente para melhor se garantir do seu crédito (4ª Turma, *DJ* 17/10/94).

Questão assemelhada tem sido proposta com títulos emitidos pelos associados para financiamento de aquisição de quotas de cooperativas, com o que se transfere para o agricultor o débito da entidade:

2. No mérito, examinando os fatos da causa, muito especialmente as circunstâncias que cercaram a emissão dos títulos em cobrança, o r. acórdão, de lavra do em. Juiz Franco de Godoi, bem destrinçou a demanda: 'Demonstrou-se, nos autos, concludentemente, que a Nota de Crédito Rural destinou-se a financiar o executado para integralizar sua cota-parte de capital para o saneamento financeiro da Cooperativa Agrícola Mista da Colônia Riograndense da qual fazia parte (fl. 35). Fato que o Banco do Brasil confirma, demonstrando a validade da emissão da cártula, juntando aos autos a Circular nº 1.307, de 30/3/1988, do Banco Central (fl. 116). Na verdade o que ocorreu foi a emissão da Nota de Crédito Rural para o empréstimo feito pelo exeqüente à Cooperativa, desviando-se totalmente dos fins do Decreto-lei nº 167/67. Amador Paes de Almeida preleciona que: 'De âmbito restrito, como já se acentuou, os títulos de crédito rural obrigam o emitente a comprovar sua efetiva aplicação no financiamento e exploração de propriedades rurais' (*Teoria e Prática dos Títulos de Crédito* – 16ª ed., nº 82 e segs., Saraiva, 1997, São Paulo). É demonstração clara e evidente que tais títulos, denominados de investimento, destinam-se exclusivamente ao financiamento de atividades rurais, objetivando suprir de recursos os produto-

res. Trata, o caso *sub iudice*, do que a jurisprudência gaúcha denomina de 'financiamento rural fictício', destinado a caucionar dívida de cooperativa ou obtenção de recursos para tirá-la de situação ruinosa, caracterizando desvio de finalidade do título. A jurisprudência colacionada pelo executado tem plena adequação ao caso concreto! O próprio título traz em si a eiva da nulidade ao explicitar a finalidade para o qual foi emitido! Agiu, pois, com acerto o MM. Juiz *a quo* ao nulificá-lo! Deverá a entidade bancária buscar no ordenamento jurídico o remédio adequado à sua pretensão. A indigitada circular do Banco Central não tem a força suficiente para revogar o disposto no Decreto-lei nº 167/67, pelo princípio da hierarquia das leis' (fl. 157). 3. Este é mais um dos muitos recursos que têm chegado a este Tribunal em que se observa o desvio de finalidade do crédito rural, feito a título de aquisição de quotas de cooperativas, mas na verdade servindo para transferir aos cooperativados as dívidas da entidade junto ao banco ora recorrente. O expediente é contrário à lei, não presta homenagem à moral e é causa de grave dano aos pequenos produtores rurais, que assumem uma dívida bancária que não é sua, com todos os ônus daí decorrentes. A melhor doutrina afasta a legalidade do uso do crédito rural para aquisição de quotas de cooperativas: 'Especificamente quanto aos títulos de crédito rural, possuem eles uma finalidade demarcada: a utilização do dinheiro nas atividades agrárias. Pensar que adquirir quotas de uma cooperativa é investir em atividades rurais significa desvirtuar o espírito de toda a legislação elaborada. Os dispositivos da regulamentação própria são feridos, como o art. 2º do Dec. 58.380, de 1996, ao ordenar que 'o emitente da cédula fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins ajustados, devendo comprovar essa aplicação no prazo e na forma exigidos pela instituição financeira'. O parágrafo único, letra b, do art. 14 afasta da função do crédito 'financiar pagamento de dívidas contraídas antes da apresentação da proposta' (Arnaldo Rizzardo, *Contratos de Crédito Bancário*, p. 287)' (fl. 215). Porém, ainda que assim fosse permitido, na verdade a operação retratada nos autos destinou-se a caucionar a dívida da cooperativa (acórdão, fl. 157), ou, como bem explicaram os recorridos: 'Em realidade, o cooperado, agora recorrido, limitou-se apenas a assinar a nota de crédito rural (inclusive, em branco, sem preenchimento dos valores), na condição de que a cooperativa aumentasse o seu capital social por meio da subscrição de quotas. Porém, tratava-se de uma 'armação', uma fraude (o que era escondido pela Diretoria, mas, o banco/recorrente sabia disto). Assim, se estas condições não se realizam, a nota de crédito rural não se perfaz. Se não há aumento de capital (pois, a destinação, ou melhor, a finalidade de o empréstimo era saldar dívida da cooperativa, junto ao recorrente) e, como de fato não chegou a ocorrer a subscrição de quotas e muito ao menos efetivou-se a sua integralização, não se consuma a causa da obrigação cartular, pelos diversos vícios de ilegalidade absoluta' (fl. 218). O acórdão ficou assim ementado: "Crédito rural. Cooperativas. Quotas.

> Financiamento. Desvio de finalidade. Constitui desvio de finalidade a criação de títulos de crédito rural para a aquisição de quotas de cooperativas. No caso, segundo reconhecido no r. acórdão, tratava-se de expediente para pagamento de crédito do banco exeqüente junto à cooperativa (REsp. nº 363.613/SP, 4ª Turma, de minha relatoria, julgado em 12/11/2002).

6.19 – Revisão judicial dos contratos: o devedor que pagou o débito pode pedir a revisão das cláusulas consideradas abusivas.

Assim consta da fundamentação do voto que proferi no REsp. nº 293.778/RS, 4ª Turma, julgado em 29.5.2001:

> Não é pelo fato de cumprir com a sua prestação prevista em contrato de adesão que o obrigado fica proibido de discutir a legalidade da exigência que lhe foi feita e que ele, diante das circunstâncias que avaliou, julgou mais conveniente e prudente cumprir, para depois vir a juízo discutir a legalidade da exigência. Se não for assim, estará sendo instituída uma nova condição da ação no direito contratual: ser inadimplente. O princípio, se aceito, seria um incentivo ao descumprimento dos contratos, condição de acesso ao Judiciário. Além disso, submeteria o devedor à alternativa de pagar e perder qualquer possibilidade de revisão, ou não pagar e se submeter a todas as dificuldades que decorrem da inadimplência. Especificamente, em se tratando de cumprimento de obrigações bancárias em geral, previstas em contrato de adesão com garantias e sanções, entre as quais se incluem a prisão civil, a expropriação forçada de bens dados em garantia e a inscrição em bancos de dados de inadimplentes, é muito comum e até recomendável que o devedor efetue o pagamento da sua prestação, para evitar os males conhecidos e que não são poucos, mas isso não poderá significar a perda do direito de discutir a validade da exigência feita. (Ver, também, o AG nº 389312/RS, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 30.10.2001).

No mesmo sentido o REsp. nº 337.361/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13/11/2001:

> (...) Não fosse por isso, o cumprimento de contrato bancário não afasta a possibilidade de discussão judicial de eventuais ilegalidades. Conforme assinalado no REsp. nº 230.559-RS (DJ 17/11/1999), 'o direito a declaração de invalidade de cláusula contratual não se extingue com a prestação nele prevista, pois muitas vezes o obrigado cumpre a sua parte exatamente para poder submeter a causa a juízo, ou, o que é mais freqüente, para evitar o dano decorrente da inadimplência, com protestos, registros no SPC, Serasa e outros efeitos. Por isso, não há razão

> para limitar o exercício jurisdicional na revisão de contratos, especialmente quando a dívida, que é no último reconhecida, ou que serve de ponto de partida para o cálculo do débito, resulta da aplicação de cláusulas previstas em contratos anteriores, em um encadeamento negocial que não pode ser visto isoladamente, apenas no último contrato. Portanto, não tem razão o banco quando pretende estreitar o âmbito da revisão judicial.

A eventual repetição do que foi pago a mais não depende de prova de que houve erro, pois a regra do art. 965 do Código Civil somente se aplica quando o pagamento a maior consistiu em consciente liberalidade do devedor feita ao credor, o que não acontece nesse tipo de relação (REsp. nº 184.237/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha; REsp. nº 187.717/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito; REsp. nº 200.267/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp. nº 176.459/RS, 4ª Turma, de minha relatoria).

Os contratos já findos podem ser revisados, especialmente quando integrantes de uma sucessão de contratos celebrados para a renovação do débito (renegociação, termo de confissão de dívida), de tal forma que o saldo cobrado é o resultante de sucessivas renovações, com inserção de cláusulas que podem ser abusivas (REsp. nº 132.565/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Jr.; REsp. nº 294.444/RS, 4ª Turma, de minha relatoria).

A novação não elimina a nulidade de cláusula abusiva usada para calcular o débito (REsp. nº 132.565/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Júnior; REsp. nº 250.111/SP, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.20 – A cláusula mandato, pela qual o credor fica com poderes para criar documento de dívida contra o devedor sem que este tenha condições de definir o valor da dívida, é considerada nula (Súmula 60/STJ).

6.21 – "O aval é garantia que se constitui em título cambial, não em contrato bancário; neste, a garantia pode ser a fiança, não o aval" (REsp. nº 255.139/PR, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.22 – *Leasing* é novo tipo de contrato pelo qual quem pretende se utilizar de determinado bem fora do seu patrimônio consegue que uma instituição financeira o adquira para arrendar ao interessado por certo tempo, com a pos-

sibilidade de o arrendatário, findo o prazo, optar pela devolução do bem, pela aquisição do bem, mediante o pagamento de um preço residual previamente fixado, ou por renovar o contrato. Pressupõe um vendedor (ou fabricante), um adquirente (que é o financiador) e o interessado (arrendatário). O preço do arrendamento compreende o custo da compra, o custo do financiamento, o lucro do financiador e a correção monetária a partir do vencimento da prestação. Possui três modalidades: o operacional, em que o propósito é só arrendar, com a vontade de reaver; o financeiro, cujo propósito principal é o de financiar, não o de receber de volta – é o que mais tem sido praticado no mercado, para o financiamento de máquinas, equipamentos e veículos (automóveis e ônibus) – e o *leasing back*, em que o proprietário aliena o bem à companhia de *leasing* e permanece com a posse, na condição de arrendatário. A matéria é regulada na Lei nº 6.099/74 e na Res. CMN nº 2.309/96.

6.23 Precedentes do STJ sobre o *leasing*:

6.23.1 – VRG. A antecipação do VRG descaracteriza o contrato de *leasing*, que deve ser considerado como de compra e venda, sendo incabível a ação de reintegração de posse (Agr. nos EDREsp. nº 230.239/RS, 2ª Seção, rel. a Min. Nancy Andrighi; REsp. nº 243.764/RS, 3ª Turma, rel. a Min. Nancy Andrighi; REsp. nº 296.997/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Júnior; REsp. nº 189.412/GO, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha; Agr. nº 286.332/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsps. nºs 218.041/RS, 234.437/RS e 243.213/RS, 4ª Turma, de minha relatoria; Lei nº 6.099, de 12/9/1974; Lei nº 7.132, de 26/10/1983).

Súmula 263, da 2ª Seção: "A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação".

No REsp. nº 188.145/RS, assim fundamentei o voto:

> 2. O *leasing* financeiro, modalidade de que se trata, 'consiste no negócio jurídico bilateral pelo qual uma das partes, necessitando utilizar um determinado bem,

procura uma instituição financeira para que promova a compra do mesmo para si e, posteriormente, lhe entregue em locação, mediante uma remuneração periódica, em geral, no seu somatório, superior a seu preço de aquisição. Ao final do prazo contratual, via de regra, surgem três opções para o locatário: a de tornar-se proprietário mediante o pagamento de uma quantia, a de renovar a locação por um valor inferior ao primeiro período locativo ou a de devolver a coisa locada.' (BENJÓ, Celso. "O *leasing* na sistemática jurídica nacional e internacional". *In Revista Forense*, abril – maio – junho de 1981, p. 15) 3. A opção de compra tem sido definida como 'um fator de máxima importância na caracterização do*leasing* financeiro' (*op. cit.* p. 17). Isso porque, esclareceu o il. Prof. Penalva Santos, 'com boa razão, no parágrafo único do art. 10, a Resolução (nº 351/75) capitulou que o exercício da opção, em desacordo com o disposto no *caput* do artigo, ou seja, antes do término da vigência do contrato (*rectius*: da opção) será considerado como de compra e venda a prestação. A *ratio* de tal dispositivo tem por finalidade evitar a prática de expediente como uma simples compra e venda mascarada de arrendamento mercantil.' (SANTOS, J. A. Penalva. "Leasing". *In Revista Forense*, abril – maio – junho de 1975. p. 48) 4. A Lei nº 6.099, de 12/9/1974, alterada pela Lei nº 7.132, de 26/10/1983, dispondo sobre o *leasing*, estabelece no seu art. 5º que os contratos de arrendamento mercantil conterão, entre outras disposições, a cláusula de 'opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário'. No art. 11, § 1º, a lei dispõe que 'a aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei será considerada operação de compra e venda a prestação'. 5. Além das razões de ordem fiscal que levaram o legislador a manter a opção de compra, com o pagamento do valor residual, como uma das características do contrato de *leasing* operacional, existem outras duas a considerar: (a) o negócio do *leasing* fica sem causa, isto é, desaparece a razão do negócio se o arrendatário paga integralmente o preço do bem no curso da execução do contrato, uma vez que a finalidade básica do *leasing* financeiro é 'sempre o financiamento de investimentos produtivos' (Fabio Konder Comparato, *Contrato de Leasing*, Forense, 250/10) e não a compra e venda, sendo que a existência de uma promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira serve para diferenciá-lo da locação e da compra e venda a crédito (idem); (b) o arrendatário perde com a inclusão na prestação mensal da parcela correspondente ao valor residual, pois desembolsa antecipadamente aquilo que pagaria apenas no caso de exercer uma das três opções que a lei lhe reserva, ao final do contrato. E isso lhe pode ser ainda mais prejudicial na medida em que tal parcela serve para compor o valor da prestação mensal, sobre o qual incidirão juros e outros acréscimos. E a inadimplência, que resulta do não-pagamento da prestação mensal assim composta, terá graves reflexos na economia do contrato, com possibilidade de perda da posse do bem, embora uma parte do valor impago constitua cobrança antecipada do que somente seria exigível a final. Uma conse-

qüência dessa cobrança antecipada é que se elimina a opção de compra, pois essa é a única alternativa que resta a quem já pagou antecipadamente o preço. O em. Ministro José Augusto Delgado, ao considerar a hipótese de ser imposta ao arrendatário a obrigação de aquisição, com eliminação da opção, assim se manifestou: 'Tenho a cláusula que impõe obrigatoriedade do exercício de tal manifestação (compra) como leonina. Não se pode deixar de considerar que essa opção deve ser entendida como em harmonia com os interesses negociais do arrendatário, inclusive de suas condições financeiras. A imposição do arrendador viola o princípio da livre manifestação e o da razoabilidade negocial' ("Leasing", *Doutrina e Jurisprudência*, Juruá, 1997, p.128). Disso tudo extraio a conclusão de que estava acertada a sentença ao julgar desfigurado o contrato de *leasing*, nos termos do art. 11 da lei especial (4ª Turma, *DJ* 2/8/99).

A questão foi depois submetida à Corte Especial, uma vez estabelecida a divergência com julgados das Turmas da Primeira Seção, que apreciam a questão fiscal e entendem persistir a figura do leasing ainda quando houver o pagamento antecipado do VRG. Por maioria, decidiu-se que a antecipação do VRG não descaracteriza o contrato de *leasing*. Com isso, ficou implicitamente revogada a Súmula nº 263/STJ (EREsp nº 286.649/RS, rel. originário o Min. Milton Luiz Pereira; rel. para o acórdão o Min. César Asfor Rocha).

6.23.2 – Correção cambial. A Terceira Turma decidiu, no julgamento do REsp. nº 268.661/RJ, rel. a Min. Nancy Andrighi, que o valor da dívida não pode ser corrigido pela variação cambial depois da desvalorização da moeda ocorrida em janeiro de 1999, devendo ser aplicado índice interno de correção, segundo a teoria da imprevisão. Na Quarta Turma, decidiu-se que os prejuízos decorrentes da súbita desvalorização da moeda, por decisão governamental, devem ser repartidos igualmente entre as duas partes, acolhendo-se, assim, o posicionamento do Ministro Ari Pargendler, que ficara vencido na Terceira Turma. Foi o seguinte o voto que proferi:

Sr. Presidente, a 3ª Turma tem examinado essas questões – havendo uma certa divergência quanto às soluções encontradas – e proferido diversos julgamentos em sentido diverso desse que V. Exa. está propondo. Pondero que, naquele momento, havia a garantia oficial de que a taxa de câmbio tinha estabilidade. Em função disso, as pessoas estavam sendo levadas a contratar em dólar. A mudança da política governamental, alterando a taxa, colheu de surpresa o mercado,

> muito mais o leigo do que propriamente a instituição financeira que atua e tem conhecimento das peculiaridades e dos riscos desse mercado. Daí porque o fato novo, que consistiu na mudança da taxa de câmbio, deve influir na interpretação do contrato, e não me parece justo que as conseqüências caiam por inteiro sobre uma das partes, nem sobre o banco financiador, nem sobre o financiado. Na doutrina, existe uma teoria que explica situação como essa, a sustentar que, diante de fato novo que atinge a todos – uma força maior proveniente de alteração da política governamental, por exemplo –, deve-se repartir entre os contratantes os ônus dessa incidência, da qual não podem fugir. Por isso, penso que é mais razoável e mais justo, diante da novidade do desequilíbrio da balança e da brusca elevação da taxa cambial, onerando excessivamente a prestação, que se deva repartir meio a meio o custo dessa mudança. Nesse ponto, estou acompanhando o voto que proferiu na 3ª Turma o Sr. Ministro Ari Pargendler. Conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento nesses termos, data venia (Voto no REsp. nº 401021/ES, 4ª Turma).

Depois disso, seguiram-se os seguintes esclarecimentos:

> Sr. Presidente, não estou examinando, porque não foi proposto, o tema relacionado com a existência da prova da obtenção dos recursos no exterior. E também não estou examinando a questão de ter sido ou não realizado um contrato de *hedge* para proteção do banco que trouxe o recurso do exterior, porque, se estivessem presentes essas duas situações, votaria de modo diverso. Gostaria, ainda, de fazer a seguinte ressalva: embora seja inerente ao contrato de *leasing* com recursos no exterior, que esses recursos tenham vindo do exterior, não é inerente ao contrato de *leasing* que ele seja feito com recursos externos, ou seja, é possível um contrato de *leasing* atrelado a qualquer índice, inclusive à variação cambial. Se houver a captação de recurso no exterior, muito bem. Se não houver, a correção deve ser por índice interno. E isso é facilmente comprovável, porque o Banco Central dispõe desses dados. São estas duas ressalvas que gostaria de fazer: 1) é indispensável a comprovação da aplicação de recursos obtidos no exterior; 2) havendo *hedge*, nesse caso não seria de se deferir a correção cambial, porque significaria obter o banco, dos dois lados, a mesma vantagem. No mais, mantenho o meu entendimento (REsp. nº 401.021/ ES, 4ª Turma).

No que diz com a exigência de prova de aplicação de recursos externos para o financiamento do contrato de arrendamento mercantil, entende-se que "...cabe à arrendadora o ônus da prova de captação específica de recursos

provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Precedentes: REsp. nº 370.598-RS, REsp. nº 343.617-GO, AG nº 430.393-RJ" (Decisão no AG nº 474.341/MT, *DJ* 4/12/2002).

6.23.3 – "A execução do inadimplemento do *leasing* deve ser feita sobre o patrimônio do devedor e não por via de ação penal por apropriação indébita" (RHC 7.913/SP, 6ª Turma, rel. o Min. Fernando Gonçalves).

6.23.4 – "A ausência de interpelação prévia ao devedor, para a sua constituição em mora, nos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), enseja a impossibilidade jurídica do pedido de reintegração de posse do bem" (REsp. nº 261.903/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

6.23.5 – "Como acolhido em inúmeros precedentes da Corte, deferida a liminar, as máquinas apreendidas em ação de busca podem permanecer na posse da arrendatária, 'enquanto tramita o processo, até o momento da alienação definitiva'" (REsp. nº 228.202/PR, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito).

6.23.6 – Não se admite a capitalização dos juros no *leasing* (REsp. nº 258.647/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro).

6.23.7 – "A jurisprudência do STJ é no sentido de que a cláusula de depósito é inadmissível no arrendamento mercantil, o que traz como conseqüência o incabimento da ação de depósito nele fundada" (REsp. nº 259.750/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Júnior).

6.23.8 – Com a devolução do bem, as prestações a serem pagas são apenas as vencidas (REsp. nº 253.717/ES, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito), não as vincendas (REsp. nº 236.699/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Waldemar Zveiter).

6.23.9 – Aplicam-se ao contrato de *leasing* as disposições do Código de Defesa do Consumidor (REsp. nº 293.440/RJ, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.23.10 – O tribunal pode conhecer de ofício, nos embargos de declaração ao julgamento da apelação, da questão sobre a carência da ação de reintegração de posse, ao fundamento de que a antecipação do VRG descaracteriza

o contrato de *leasing* (REsp. nº 426.273/SP, Quarta Turma, rel. o Min. Sálvio Figueiredo Teixeira).

6.23.11 – Aplica-se, na ação fundada em contrato de *leasing*, a regra da inversão do ônus da prova prevista no CDC (REsp. nº 383.276/RJ, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.23.12 – Sobre a ação de reintegração de posse, ver adiante, 5ª Parte, nº 25.

6.24 – A empresa de *factoring* não é instituição financeira e por isso não pode cobrar juros acima da taxa legalmente permitida (REsp. nº 119.705/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Waldemar Zveiter). Na verdade, embora não indicado na lei como instituição financeira, "o *factoring* significa uma espécie de concessão de crédito", como assinala Medicus ("Tratado de las Relaciones Obligacionales", I/654). Nele, uma parte (o *factor*) recebe créditos (normalmente ainda não vencidos) da outra parte (cliente) e os paga imediatamente, e assim proporciona liquidez ao cliente. Há o *factoring* genuíno, quando o *factor* recebe definitivamente o crédito, ainda que depois se mostre incobrável, e o *factoring* impróprio, em que há simples antecipação, pois, se o crédito não for cobrado, o cliente deverá reembolsá-lo.

6.25 – Dos casos de responsabilidade civil do banco pela celebração de contrato bancário (responsabilidade contratual) ou pelo desempenho de sua atividade, ainda que independentemente de contrato (responsabilidade extracontratual), são mais freqüentes os seguintes:

6.25.1 – "O banco endossatário, que recebeu por endosso traslativo duplicata sem causa e a levou a protesto, posteriormente sustado em ações promovidas pela empresa sacada, responde pelos encargos da sucumbência juntamente com o endossante" (AGA 142.225/SP, Quarta Turma, rel. o Min. Barros Monteiro). No mesmo sentido: "O banco que recebe por endosso duplicata sem causa e a leva a protesto responde pelo dano ao indicado devedor e pelas despesas processuais com as ações que o terceiro foi obrigado a promover, ressalvado o direito do banco de agir contra o seu cliente" (REsp. nº 327.828/MG, Quarta Turma, de minha relatoria).

6.25.2 – "O banco que recebe em operação de desconto duplicatas sem causa, age com negligência e corre o risco do seu negócio, sendo por isso parte legítima na ação de cancelamento do protesto movida pelo sacado, perante quem responde solidariamente com o emitente ou endossante, pelos danos, custas e honorários, ressalvado seu direito de regresso". (REsp. nº 263.541/PR, Quarta Turma, de minha relatoria).

6.25.3 – "Em que pese a existência de precedentes da Corte em outra direção, a Terceira Turma consolidou entendimento de que se o banco não se cercou das devidas cautelas ao remeter a protesto duplicata sem causa, deve responder pelos ônus da sucumbência" (AGREsp. nº 242.346/SP, Terceira Turma, rel. o Min. Waldemar Zveiter). No mesmo sentido: AGA 235.041/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Menezes Direito).

6.25.4 – "O banco que recebe por mandato a incumbência de efetuar a cobrança de duplicatas sem causa, se não demonstrar ter recebido ordem do emitente para levar o título a protesto, responde pelo dano que daí resulta para o terceiro" (REsp. nº 333.913/SP).

6.25.5 – Em alguns julgados, há referência ao fato de o banco ter sido previamente avisado da inexistência de causa, da falta de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, da falsidade do documento ou do desfazimento do negócio a que se refere a duplicata levada a protesto ou a registro em banco de dados de devedores inadimplentes (EdREsp. nº 185.269/SP; REsp. nº 56.554/RS; REsp. nº 178.424/RS). Não me parece, porém, que esse conhecimento prévio seja indispensável à procedência da ação de indenização ajuizada por terceiro, alheio ao negócio, que tem o direito de ser reparado do dano que lhe decorreu do equívoco da atividade bancária, pelo qual responde quem a exerce. O risco do negócio de quem recebe sem o devido cuidado duplicata sem causa não pode ser transferido a terceiro, que sozinho sofre os efeitos da indevida criação do título. Também não impressiona a necessidade de proteção do direito de regresso do endossatário, porquanto tal exigência somente se põe quando se tratar de duplicata, e duplicata sem causa não é duplicata, na lição de Waldemar Ferreira transcrita no voto que proferi no REsp. nº 331.359/MG:

2. Tocante à condenação do Banco a indenizar o recorrido pelo indevido protesto de título, tenho como incensurável a tese acolhida pelo egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Na verdade, há de se reconhecer a responsabilidade da instituição bancária que recebe para desconto duplicata sem causa e a leva a protesto contra a pessoa que nenhuma relação tem com a sacadora. Quem assim age, sem verificar suficientemente a legitimidade da operação, corre o risco da sua atividade e deve reparar o prejuízo que causa a terceiros. A alegação de que são milhares as operações realizadas diariamente não exime o banco, pois o dano da pessoa atingida continua existindo; a informação, no entanto, serve para mostrar a quantidade de ofensas que são assim praticadas diariamente, a maioria impune. Também não prevalece a escusa de que tinha o banco a necessidade de resguardar seus direitos, porquanto isso não pode se dar à conta e às custas de terceiro que não participa da relação; ele apenas deve ter ressalvados esses direitos contra o endossante. O entendimento que lança todo o dano sobre o terceiro – alheio ao negócio, que nada ganha com o exercício da atividade bancária – sob o fundamento de que o endossatário tem o direito de protestar o título, desconhece a realidade do prejuízo causado a essa pessoa e apenas se preocupa com a proteção do interesse do banco no exercício da sua lucrativa atividade, a qual foi exercida sem o elementar cuidado de certificar-se da legitimidade da operação. Se isso é difícil de ser efetivado, quem tem de correr o risco é o banqueiro, que lucra com o desconto, não o terceiro. Cito os julgados: 'O banco que recebe por endosso, em operação de desconto, duplicata sem causa, responde pela ação de sustação de protesto e deve indenizar o dano dele decorrente, ressalvado seu direito contra a endossante. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral pela ofensa à sua honra objetiva'. (REsp. nº 195.842/SP, de minha relatoria, *DJ* 29/3/1999) (....) 3. Vale lembrar a lição de Waldemar Ferreira: 'Deverá a duplicata, em rigor, circular acompanhada da respectiva fatura, até ser aceita e assinada pelo comprador. Não cause estranheza o asserto. Não se espante ninguém com ele. Não se espante porque o Código Penal, no art. 172, houve como crime de duplicata simulada, expedir duplicata que não corresponda à venda efetiva de mercadoria, entregue real ou simbolicamente, com a fatura respectiva. Ora, duplicata simulada não é duplicata, e não é precisamente porque é simulada. Logo, não se aplicam à duplicata que não é duplicata de fatura de mercadoria efetivamente vendida e realmente entregue com a respectiva fatura, que é a única de que cuida a Lei... Moeda falsa é moeda simulada. Duplicata sem causa é duplicata falsa. Eis porque emissão desta se capitula entre os crimes de estelionato' (Instituições de Direito Comercial, 3/2/448). Portanto, não se aplica à duplicata sem causa o disposto no art. 15 da Lei das Duplicatas, que autoriza o banco a protestar o título exatamente porque essa previsão é para as duplicatas com causa, não para os títulos falsos, cuja emissão é crime descrito no Código Penal.

> Quem negocia com títulos falsos, simulados, objeto material de crime, não pode causar dano a terceiro, que nenhuma relação teve com tal negócio, sob a alegação de que está a proteger os seus interesses, uma vez que os interesses protegidos na lei são apenas os legítimos, isto é, os que decorrem de título causal que corresponda à duplicata de uma efetiva operação de compra e venda ou prestação de serviço. O dano do banco deve ser reparado por quem lhe causou o prejuízo, o emitente do título falso, mas sem causar novo dano ao terceiro alheio ao fato, porque em relação a este não há interesse legítimo do banco a resguardar. 4. Ainda convém referir certa prática, que permite às empresas emitir boletos como se fossem títulos, ou como se fossem avisos do banco, enviados aos supostos devedores e depois aos cartórios de protesto, sem que exista uma causa real. A situação tem cada vez maior importância na medida em que se massifica, como descrita por Ermínio Amarildo Darold, em "Protesto Cambial", Juruá, p. 26 a 28.

6.25.6 – SPC. Serasa. "Responsabilidade civil. Banco. Dano moral. A indevida inscrição do devedor, pelo banco, nos cadastros do SPC ou da Serasa, acarreta indenização por dano moral". (REsp. nº 242.181/PB. 3ª Turma, rel. o Min. Pádua Ribeiro).

Porém, a falta de comunicação ao devedor, de inscrição no SPC de dívida existente, deve ser atribuída a quem administra o banco de dados, não ao banco comercial (REsp. nº 442.483/RS, 4ª Turma, Min. Barros Monteiro).

6.25.7 – Cheque. "A restituição indevida de cheque sem fundos acarreta a responsabilidade de indenizar razoavelmente o dano moral correspondente, que prescinde da prova de prejuízo (REsp. nº 53.729-MA)" (REsp. nº 251.713/BA, Quarta Turma, rel. o Min. Barros Monteiro).

6.25.8 – Talão. "O banco é responsável pela entrega do talonário de cheques ao correntista de forma eficaz e segura, de modo que se opta, como atração à captação da clientela, pelo seu fornecimento diretamente no domicílio, pelo correio, atrai para si os ônus da imperfeição do serviço, quando o documento é desviado por terceiro antes de chegar às mãos do destinatário e utilizado por fraudadores que utilizaram a cártula para aquisição de bens junto ao comércio, que, não pago, apresentou os títulos a protesto contra o nome do correntista" (REsp. nº 332.106/SP, Quarta Turma, Min. Aldir Passarinho Júnior).

6.25.9 – Cheque em cobrança. "Extraviada a cédula (cheque) por culpa do banco encarregado da cobrança, é devida a indenização" (REsp. nº 94.754/DF, 3ª Turma, rel. o Min. Costa Leite).

6.25.10 – Talão. "O banco agiu com negligência ao entregar os talonários de cheques a pessoa indevida e, ainda, ao efetuar o desbloqueio dos talões desviados, facilitando o pagamento de cheques falsamente emitidos" (AGA 268.459/SP, 3ª Turma, Rel. o Min. Menezes Direito). No mesmo sentido: "Reconhecida no acórdão a culpa do estabelecimento bancário pela abertura de conta e fornecimento de talonário de cheques a quem se apresentava com identidade falsa, o que veio a causar prejuízos ao titular, responde o banco pelos prejuízos materiais e morais daí decorrentes" (REsp. nº 77.117/SP, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.25.11 – Talão. Pagamento de mercadoria. "Falta de diligência do banco na abertura de contas e entrega de talonário a pessoa que se apresentava com documentos de identidade de terceiros, perdidos ou extraviados. Reconhecida a culpa do estabelecimento bancário, responde ele pelo prejuízo causado ao comerciante, pela utilização dos cheques para pagamento de mercadoria" (REsp. nº 47.335/SP, 4ª Turma, de minha relatoria).

6.25.12 – Talão. "Pode a instituição financeira responder pelos danos sofridos por comerciante, quando esse, tomando todas as precauções, recebe cheque como forma de pagamento, posteriormente devolvido pela instituição financeira por ser de talonário furtado de dentro de uma de suas agências" (REsp. nº 56.502/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio Figueiredo Teixeira).

Reconheceu-se culpa concorrente entre o banco e o comerciante quando este, sem os cuidados recomendados, recebeu cheque de talão furtado de dentro do estabelecimento bancário (REsp. nº 435.230/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

6.25.13 – Cartão magnético. "Saque que teria sido feito com cartão enviado pelo banco e extraviado pelo correio. Falta de prova de que o saque fora efetuado pelo correntista com o segundo cartão por ele recebido. Responsabi-

lidade do banco reconhecida com base em matéria de fato" (REsp. nº 210.371/AP, Quarta Turma, de minha relatoria).

6.25.14 – Cartão magnético. Retirada em caixa eletrônico, mediante utilização de cartão magnético e da senha pessoal, ambos em poder do cliente. Para se eximir da responsabilidade, basta ao banco provar que o saque foi feito com o uso daquele cartão, e não que o cliente, pessoalmente, efetuou o saque. (REsp. nº 417.835/AL, 4ª Turma, rel o Min. Aldir Passarinho Júnior).

6.25.15 – "Cartão de crédito. Clonagem. A administradora de cartões de crédito responde pela falta de segurança dos serviços que presta" (AGR nº 277.191/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Ari Pargendler).

6.25.16 – Cartão de crédito. É cabível ação de prestação de contas contra administradora de cartão de crédito: "A administradora deve prestar contas sobre o modo pelo qual exerce o mandato que lhe concedeu o usuário para obter financiamento no mercado a fim de financiar as vendas a prazo". (REsp. nº 387.581/RS, 4º Turma, de minha relatoria).

6.25.17 – Caixa 24 horas. "O banco é parte legítima para responder pelo pedido de indenização decorrente de ato ilícito praticado em uma de suas dependências. Se é procedente ou não o pedido, vai depender de exame de circunstâncias concretas dos autos" (REsp. nº 286.176/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Menezes Direito).

6.25.18 – Cofre.

> Os bancos depositários são, em tese, responsáveis pelo ressarcimento dos danos materiais e morais causados em decorrência do furto ou roubo dos bens colocados sob sua custódia em cofres de segurança alugados aos seus clientes, independentemente da prévia discriminação dos objetos guardados nos mesmos. A comprovação do efetivo depósito dos bens alegadamente roubados, bem como da ocorrência de dano moral ao lesado deverão, em todas as hipóteses específicas, ser objeto de apreciação nas instâncias ordinárias, em conformidade com as peculiaridades fáticas de cada caso. Danos material e moral tidos por comprovados pelo Tribunal de origem (REsp. nº 333.211/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. César Asfor Rocha).

6.25.19 – Cofre. "Ao alugar cofres, o banco se compromete a propiciar segurança, mesmo em relação a roubo. Hipótese em que, entretanto, teve-se como não demonstrado que a cliente tivesse guardado os objetos que mencionou" (REsp. nº 151.060/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Eduardo Ribeiro).

6.25.20 – Há responsabilidade civil do banco pelo não-cumprimento de contrato de financiamento (REsp. nº 107.313/PR, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 17.03.1997). Assim votei, na parte que interessa: "Acertada, portanto, a conclusão a que chegou a instância ordinária, quanto à dispensa de prova sobre a existência de descumprimento do contrato e do dano dali resultante, fatos não contestados pelo réu... Além disso, requereu a condenação do réu nos danos que especificou na inicial, cuja existência foi admitida, cabendo estabelecer, em liquidação de sentença, o seu valor".

6.26 – O Ministério Público pode promover ação civil pública tendo por objeto a nulidade de cláusulas de contratos bancários (REsp. nº 175.645/RS, 4ª Turma, de minha relatoria). No mesmo sentido, com fundamentação exaustiva, o REsp. nº 292.636/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro. No REsp. nº 440.617/SP consta levantamento dos precedentes sobre a legimitimidade do MP para a ação civil pública.

6.27 – "A instauração de investigação preliminar para apurar as práticas abusivas dos estabelecimentos bancários, principalmente no que diz respeito com juros abusivos, não afeta a garantia do sigilo bancário" (REsp. nº 207.310/DF, 6ª Turma, rel. o Min. Vicente Leal).

6.28. Cartão de crédito. A egrégia Terceira Turma não tem deferido taxa de juros superior a 12% em favor de companhia administradora de cartão de crédito, por não ser instituição financeira. Reproduzo, parcialmente, três ementas de acórdãos relatados pelo Min. Menezes Direito:

> (I) ... 1. Considerando o acórdão recorrido que a administradora de cartão de crédito não é instituição financeira, fundamento suficiente para mantê-lo íntegro, não cuidou a recorrente de prequestionar os dispositivos que apontou violados... (REsp. nº 325.297/RS, *DJ* 01/04/2002). (II) ... 1. Estando o acórdão recorrido amparado na abusividade dos juros e na falta de prova da equivalência entre os juros praticados e aqueles da captação, a parte recorrente somente poderia ter

> êxito se os dois fundamentos estivessem especificamente enfrentados no especial, o que não ocorre neste feito... (REsp. nº 355.401/RS, *DJ* 2/9/2002). (III) ... 1. Mesmo que se admita a configuração da empresa administradora de cartão de crédito como instituição financeira, o que não é o pensamento do Relator, no caso, o especial não pode ser conhecido porque permaneceu intacta a fundamentação do Acórdão recorrido sobre a nulidade da cláusula-mandato, sobre a ausência de prova das fontes e índices de captação dos aportes utilizados no financiamento, e, principalmente, sobre o desconhecimento do usuário das condições do negócio. ... (REsp. nº 399.353/RS, *DJ* 2/9/2002).

Como na Quarta Turma há decisões divergentes (REsp. nº 202.373/RJ, rel. o Min. Barros Monteiro), o tema atualmente está sendo julgado na Seção de Direito Privado (REsp nº 450.453/RS).

Prestação de contas. A administradora, como mandatária do titular do cartão, deve prestar contas do modo pelo qual exerceu o mandato e obteve financiamento para despesas diferidas:

> No contrato celebrado pelo titular do cartão de crédito com a sua administradora, recebe esta um mandato para obter no mercado o financiamento das aquisições feitas com pagamento diferido ou para suportar eventual inadimplência do devedor. Portanto, o mandante e usuário do cartão pode pretender conhecer de que modo foram cumpridos os poderes outorgados ao mandatário para a obtenção do financiamento, uma vez que esse custo lhe será repassado. Não sendo a administradora uma instituição financeira, não pode ela cobrar juros além da taxa legal. Logo, é indispensável o conhecimento do que ela pagou às instituições financeiras a título de juros, para que se saiba quais as parcelas que integram o débito lançado à conta do usuário: o que é remuneração de serviço da administradora e o que corresponde a juros pagos a terceiros. No caso dos autos, o autor está pretendendo a prestação de contas exatamente sobre essa questão, direito que tem diante da administradora, sua mandatária, de acordo com a legislação civil. Ainda que não fosse por esse fundamento, teria o usuário o direito de ser informado, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, sobre os termos em que está sendo executado o seu contrato, e muito especialmente dos custos que lhe estão sendo repassados, valores e origem. Segundo o CDC, é direito básico do consumidor ser adequadamente informado sobre o serviço, característica, composição, qualidade e preço (art. 6º, III). Além disso, deve ser facilitada a defesa dos seus direitos (inc. VIII), o que somente pode exercer eficazmente se receber prestação de contas da administradora (REsp. nº 387.581/RS, 4ª Turma, de minha relatoria).

Parcelas incluídas na conta cobrada pela administradora. Recentemente, foi iniciado o julgamento de recurso especial em que se examinava a segunda fase da ação de prestação de contas feita pela administradora, cuja instrução permitiu conhecer o modo pelo qual é calculado o débito do usuário, com a cumulação de três parcelas, que, somadas, elevam a prestação mensal em mais de 10%. Assim votei:

> 1. Na segunda fase da prestação de contas, ficou comprovado que a administradora cobra do seu cliente as seguintes parcelas: a) juros, correspondentes ao financiamento obtido no mercado, a taxas variáveis de 2% a 3% ao mês, conforme contratos que trouxe aos autos por valores globais (não específicos para cada um dos usuários, mas que serviram para o financiamento dos cartões de crédito), sendo de observar que a taxa cobrada do usuário é ordinariamente superior (em média, 1%) ao que foi contratado pela administradora; b) taxa pelo serviço de financiamento, de 4%, depois elevada para 4,15%, sobre o valor do débito; c) taxa de 4% pela garantia do pagamento, depois elevada para 4,15%, cobrada pela administradora porque assumira, com o banco, o compromisso de resgatar o financiamento. A cláusula contratual que interessa para o nosso caso tem a seguinte redação: ... "10.5 – A CREDICARD informará, mensalmente e sempre que necessário, através da FATURA MENSAL,o percentual máximo dos ENCARGOS CONTRATUAIS a ser cobrado do TITULAR, os quais se compõem de parte fixa e determinada pela CREDICARD (remuneração pela garantia prestada e pelos serviços de administração do financiamento) e parte variável representada pelo CUSTO DO FINANCIAMENTO". Isso fica bem explicitado com a reprodução da planilha de fl. 58:

PRESTAÇÃO MERCANTIL

	Custo de captação			Custo Aval		Serviço de captação	
DATA	%	R$	R$	%	R$	%	R$
05/10/97	2,41	50,81	11,76	4,0	19,53	4	19,53
05/11/97	2,53	41,23	9,91	4,0	15,66	4	15,66
05/12/97	2,48	22,26	5,12	4,15	8,57	4,15	8,57
05/01/98	3,11	27,23	7,42	4,15	9,91	4,15	9,91
05/02/98	3,66	33,62	10,29	4,15	11,67	4,15	11,67
05/03/98	3,11	31,76	8,66	4,15	11,55	4,15	11,55
05/04/98	3,67	51,78	15,88	4,15	17,95	4,15	17,95

2. Como se vê, a questão de saber se a companhia administradora de cartão de crédito é instituição financeira, e por isso autorizada a cobrar juros sem limites, ou se não o é, e por isso devem os juros por ela cobrados manter-se no limite de 12%, é uma falsa questão, ou melhor, é questão irrelevante para o julgamento dos litígios entre os titulares de cartão de crédito e a administradora, quanto aos percentuais cobrados. Isso porque ela não cobra juros, apenas os repassa, e exige, isto sim, comissões de oito ou mais por cento, o que eleva o seu crédito aos níveis conhecidos. 3. A administradora, para o caso de pagamento parcelado do valor da compra, pode ser autorizada pelo usuário a celebrar contratos de financiamento com as instituições bancárias. Não vejo nessa cláusula nenhuma abusividade, porquanto é uma alternativa útil ao interesse das duas partes. Poderá ser abusivo o seu uso, se a administradora repassar mais do que paga, ou se contratar com os bancos taxas mais elevadas do que as praticadas no mercado; mantendo-se nesse limite, pode usar do mandato para contratar o financiamento. Esses juros não são cobrados pela administradora a seu benefício, senão apenas repassados ao usuário. Logo, o repasse é legítimo, desde que se mantenha no limite do contratado com os bancos. Também não há necessidade de um contrato específico para o financiamento de cada titular de cartão: é de admitir-se que a administradora tenha contratos com valores globais, a servirem de guarda-chuva para os financiamentos individualizados. 4. A primeira questão está em saber se a administradora pode legitimamente cobrar comissões de 4,15%, a título de garantia, e de mais 4,15%, pelos serviços de financiamento, num total de 8,30%, previstas na cláusula 10.5, acima transcrita. Tenho que a falta de indicação do quantitativo no contrato, estipulação que fica ao exclusivo arbítrio da administradora, constitui cláusula potestativa, cuja nulidade está prevista no art. 115 do CC/17, reproduzida no art. 122 do atual Código Civil, uma vez que "sujeita o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes." Também observo que a administradora em nenhum momento comunicou ao seu cliente a composição das parcelas embutidas na cobrança mensal, tanto que apenas com a prestação de contas judicial é que tais aspectos ficaram esclarecidos. Violou-se aí o dever de informação imposto ao fornecedor de serviço, que deveria ter revelado ao consumidor o modo pelo qual compôs a dívida cobrada. 5. Disso tudo concluo ser lícito à administradora repassar ao cliente o valor das taxas dos juros por ela contratados com instituições financeiras para o financiamento das obrigações com pagamento diferido, no limite das taxas médias constantes dos contratos de financiamento globais. Porém, não me parece esteja legitimada a cobrar comissões por serviços nos quantitativos que ficaram ao seu puro arbítrio, em valores e critérios não estipulados no contrato e sem a devida informação ao cliente (REsp nº 486.011/RS, de minha relatoria).

TERCEIRA PARTE

JUROS

7 JUROS. CONCEITO. ESPÉCIES. TERMO INICIAL. JUROS E PERDAS E DANOS. TAXA DE JUROS.

Deixei para apreciar em separado a questão dos juros.

Juro é o fruto do dinheiro. É o que o credor recebe do devedor, além da importância da dívida. "Entende-se por juros o que o credor pode exigir pelo fato de ter prestado ou de não ter recebido o que se lhe devia prestar" (Pontes de Miranda, *Tratado*, 25/15).

Hoje, porém, não significa apenas o fruto civil do capital, pois passou a ser importante instrumento de política monetária, juntamente com o câmbio, o comércio exterior e a regulação da moeda e do crédito, servindo para controlar o fluxo financeiro.

Para o cálculo dos juros, considera-se o custo de captação do dinheiro, a sobretaxa do banqueiro, a desvalorização da moeda e, por fim, os riscos operacionais, pois, quanto maior a possibilidade de inadimplência, maior o risco. "O crédito de juros nasce a determinado momento, periodicamente, como se pingasse da quantia devida, sem a diminuir" (Pontes, *op. loc. cit.*). No Brasil de hoje, com as taxas praticadas, o pingo se torna maior que o balde após alguns meses de juros capitalizados. "De acordo com o relatório 'Juros e Spread Bancário no Brasil', elaborado pelo BC, o *spread* está composto por: 16% pela inadimplência; 19% por despesas administrativas; 29% por impostos; 36% pela margem líquida do banco. Margens de lucro tão elevadas garantem

os lucros astronômicos dos bancos brasileiros, muito acima da média mundial" (editorial da *Folha de São Paulo*, 6/2/2003, A/2). Como se vê, a alegação corrente de que o *spread* é elevado por causa da inadimplência não procede, pois a sua maior parcela, quase o triplo, corresponde ao lucro; reduzido o quantitativo deste, certamente seria menor o índice de inadimplência. Nos países em que é menor o índice de inadimplência, é significativamente menor o percentual do lucro.

Os juros restauratórios são os devidos pelo dano emergente e pelo lucro cessante. É o que o mutuante recebe por ser privado do dinheiro. É o caso do que vende o que tem para obter capital e emprestar. Nesse ato, surge para o titular do capital um dano emergente (a perda da disponibilidade do bem imóvel). Se o prédio rendia aluguel, sofre ainda a perda do lucro cessante.

Juros compensatórios, remuneratórios ou lucrativos são devidos em razão do empréstimo mesmo, e não do dano emergente ou do lucro cessante. Este é o que figura no contrato bancário.

Juros moratórios – ou punitivos – correspondem à pena pela morosidade ou tardança no pagamento do principal. Pode não haver juros compensatórios e pactuarem-se moratórios.

A cobrança dos juros quando proibida, ou a sua exigência em excesso, caracteriza a usura. *Pecunia non parit pecuniam*, diziam os romanos, pois o dinheiro é estéril. Assim, se há transferência da propriedade do capital, não poderia haver pagamento pelo seu uso. Porém, na verdade, há o trespasse de propriedade, e esse é o fato econômico que gera o direito ao juro. O juro não foi incentivado por Cristo: emprestai, sem esperar por isso nada, o que levou a Igreja a ser contra a sua cobrança (Encíclica de 1745: juro é ilícito, somente poderia ser recebido como decorrência de pacto adjeto). Com mais rigor foi atacado o anatocismo: Roma o proibia, sob o argumento de que, se o credor não cobrou os juros, não poderia capitalizar. Em muitos países, pode-se capitalizar de ano em ano; em outros, em períodos semestrais. Na Espanha antiga, permitia-se no prazo de um ano.

Os juros remuneratórios são devidos desde o trespasse; os moratórios – que correspondem à indenização pela inadimplência nas obrigações de dar (ou pagar), por ato imputável ao devedor – fluem a partir do momento em que se caracteriza a mora. Importante, pois, definir em que momento ela ocorre.

O nosso direito tem regras bem específicas: na obrigação positiva e líquida, a falta de pagamento no termo constitui em mora o devedor; não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação (art. 960 do CC/17; art. 397 e seu § único do CC/2002). De acordo com o art. 1.533 do CC/17 (disposição que não se repete no CC/2002, mas serve igualmente para a formulação do conceito), "Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto". Na obrigação negativa – que pouco interessa ao nosso exame –, a mora se dá quando é praticado o ato. Na obrigação ilíquida, decorrente do descumprimento do contrato, a citação válida constitui em mora o devedor (art. 219 do CPC). Na obrigação por ato ilícito absoluto (art. 159 do CC/17; art. 186 do CC/2002), considera-se o devedor em mora desde o fato (art. 962 do CC/17; art. 398 do CC/2002), isto é, o valor da indenização pode ser apurado a final, mas a mora é desde antes.

Quanto aos juros pela mora, são eles contados desde o vencimento, na obrigação positiva e líquida, com termo certo, ou desde a interpelação, sem termo; desde o fato ilícito absoluto, na indenização pelos danos (Súmula 54/STJ); desde a citação inicial, nos demais casos (art. 1.536, § 2º, do CC/17; art. 405 do CC/2002), na ação principal ou na cautelar preparatória.

O CC/17 tinha regra para a hipótese de ilícito absoluto, para determinar que os juros a serem pagos pelo autor do fato (apenas por ele, não por seu preponente ou empregador, Súmula 186/STJ) não são apenas lineares, mas capitalizados anualmente (juros compostos) (art. 1.544 do CC/17, sem correspondente no CC/2002).

No sistema brasileiro, as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas (art. 1.061 do Código Civil). O Código Civil de 2002 permite a cobrança de mais uma parcela, a título de

perdas e danos, quando insuficiente a verba dos juros (art. 404, parágrafo único). A Quarta Turma já deferiu perdas e danos, além dos juros moratórios, contra seguradora que deixou de pagar em tempo a indenização do seguro, causando dano ao segurado, que ficou impossibilitado de retomar suas atividades. É o caso do REsp. nº 285.702/RS, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 20/8/2001, assim ementado: "Seguro. Inadimplemento da seguradora. Lucros cessantes. Cabimento. – A seguradora é obrigada ao pagamento da indenização dos danos provocados por sinistro contemplado na apólice, nas condições contratadas. Porém, se do descumprimento do contrato pela seguradora surgem danos ao segurado, que por isso fica impossibilitado de retomar suas atividades normais, por esse dano provocado pelo seu inadimplemento responde a seguradora. Deferimento de parcela que, nas instâncias ordinárias, foi definida como sendo de lucros cessantes. Recurso não conhecido".

Portanto, pela obrigação de dar, cabíveis os juros; pelo descumprimento do contrato, a indenização por perdas e danos. Também se concedeu indenização pelo dano moral decorrente de constrangimento imposto ao segurado pela demora no pagamento (REsp. nº 257.036/RJ, 4ª Turma, de minha relatoria).

Segundo o Código Civil de 2002, para os juros moratórios convencionados, não há limitação legal; quando não convencionados, ou convencionados sem taxa, ou provenientes da lei, "serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora no pagamento dos impostos devidos à Fazenda Nacional" (art. 406). Os juros remuneratórios, ainda que convencionados, não podem exceder esse limite (art. 591 do Código Civil de 2002).

Já o Dec. nº 22.626, de 7/4/1933, vedara estipulação de juros em taxas superiores ao dobro da taxa legal, que era de 0,6%, ao tempo (art. 1º). Pelo mesmo diploma, proibiu-se contar juros de juros. Essa proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano (art. 4º). Há quem faça uma distinção: juro de juro é o juro do juro ainda não vencido; capitalização é a incorporação do juro vencido ao capital, e esta seria permitida. Não me parece que a regra do art. 4º, referindo-se a juros de juros, tenha adotado tal tese, pois apenas ressalvou os juros vencidos na conta corrente de ano a ano, pelo que se entende que os outros vencidos não podem ser incluídos no capital para o cálculo dos juros. Pela mora, a Lei de

Usura admite que os juros contratados sejam elevados de 1% e não mais (art. 5º). A Lei nº 4.595/64 delegou ao Conselho Monetário Nacional a fixação dos limites dos juros (sobre esse ponto e o disposto no CC/2002, ver acima: Primeira Parte, nº 3).

O Código Civil em vigor não mais limita os juros legais em 6% a. a. (como estava no art. 1.062 do CC/17), e remete à taxa em vigor para a mora do pagamento dos impostos federais (art. 406/CC 2002). Portanto, hoje em dia, à falta de outro índice deferido pelo CMN, a taxa legal passou a ser a prevista no art. 406 do Cód. Civil. Tem sido lembrada para esse fim a Selic, que serve à remuneração dos títulos do Tesouro, fixada periodicamente pelo Copom. Na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (Brasília, 11 a 13 de setembro de 2002), foi aprovado enunciado em sentido contrário: "A taxa de juros remuneratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do CTN, ou seja, 1% ao mês (*'§ 1º – Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 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 correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo CC, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da CF, se resultar em juros reais superiores a 12%" (enunciado apresentado pelo Des. Francisco Moesch). Não há manifestação do STJ sobre o novo tema.

8 PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 596/STF. JUROS DE TÍTULOS REGULADOS EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL (DL Nº 413/69. DL Nº 167/67. LEI Nº 6.840/80). TAXA DIVULGADA PELA ANBID. CAPITALIZAÇÃO. REVISÃO JUDICIAL DO CONTRATO. TAXA DE JUROS. JUROS REMUNERATÓRIOS, MORATÓRIOS E COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.

8.1 – Os juros bancários ficam sempre subordinados ao determinado pelo CMN, órgão competente para, nos termos da Lei nº 4.595/64, limitar os juros cobrados pelas instituições financeiras (Súmula 596/STF).

8.2 – Os encargos financeiros do mutuário não podem ser calculados por índices indicados pelo próprio credor ou por entidade de sua classe. Por isso, afasta-se a taxa divulgada pela Anbid, nos termos da Súmula 176/STJ, fundada no art. 115 do Código Civil: "É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela Anbid/Cetip" (REsp. nº 167.904/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Costa Leite).

8.3 – Nas operações reguladas em legislação especial, que se reporta à manifestação do CMN sobre a taxa de juros acima da taxa legal, a falta dessa determinação faz com que os juros de tais contratos não possam ultrapassar o limite constante da lei. Assim, a cédula de crédito industrial somente poderia conter cláusula de juros acima de 12% se houvesse autorização do CMN. Como não existe, não cabia cobrar juros acima de 12%. DL nº 413/69. (REsp. nº 207.231/MG, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha; REsp. nº 223.807/RS, de minha relatoria; REsp. nº 225.266/RS, rel. o Min. Eduardo Ribeiro. Idem, quanto ao crédito rural: Dec.-lei nº 167/67, REsp. nº 111.881/ES, 2ª Seção, rel. o Min. Carlos Alberto Direito; REsp. nº 152.119/RS, rel. o Min. Barros Monteiro (à falta de autorização, não cabe cobrar juros acima de 12%); REsp. nº 198.243/RS – Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp. nº 131.515/RS). Idem, quanto à cédula de crédito comercial – Lei nº 6.840/80. Agr. nº 226.618/RS, rel. o Min. Carlos Alberto Direito (o credor deve provar); REsp. nº 120.186/RS, rel. o Min. Aldir Passarinho Jr.; REsp. nº 223.746/SP, de minha relatoria (para os moratórios, apenas mais 1% ao ano).

Como o Código Civil em vigor não mais indica quantitativo certo para os juros legais, essa jurisprudência deverá ser adequada ao novo diploma (art. 406 do Cód. Civil) (Ver nº 7, *in fine*).

8.4 – A questão relacionada com a exigência de prova da autorização do CMN, depois de inicial divergência, foi resolvida no sentido de que cabe ao credor provar a existência da autorização (REsp. nº 196.253/RS, rel. o Min. Barros Monteiro; REsp. nº 207.456/RS, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha; REsp. nº 223.746/SP, de minha relatoria). Faltando essa prova, os juros ficam limitados ao previsto na lei.

8.5 – A Res. nº 1.064 do CMN não contém autorização para cobrança de taxas acima de 12% (REsp. nº 93.214/RS, rel. o Min. Eduardo Ribeiro).

8.6 – Os juros moratórios, nos contratos regulados na legislação especial acima referida, só podem ser elevados de mais 1% ao ano, na forma do Decreto-lei nº 167/67, art. 5º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 413/69 e da Lei nº 6.840/80.

8.7 – A capitalização anual é permitida sobre o saldo apurado nos contratos de conta corrente; admite-se nos contratos de crédito rural, industrial e comercial, regulados em leis especiais (DL nº 167/67 (rural); Dec.-lei nº 413/69 (industrial) e Lei nº 6.840/80 (comercial), que autorizam a capitalização semestral, trimestral ou mensal, desde que pactuada (Súmula 93/STJ). Para os contratos de financiamento em geral, entre eles os resultantes de contratos de abertura de crédito, não se defere a capitalização, incidindo o disposto na Súmula 121/STF, uma vez que a lei ordinária não permite a capitalização para casos tais (Dec. 22.626/33, art. 4º: "É proibido contar juros dos juros, salvo dos juros dos saldos líquidos das contas correntes, de ano a ano"). O Código Civil de 2002 admite a capitalização anual para o contrato de mútuo (art. 591).

Precedentes sobre capitalização: só é permitida nos casos previstos em legislação especial, e quando pactuada (REsps. nºs 79.214/RS; 174.849/RS); não cabe no contrato de abertura de crédito (REsp. nº 187.717/RS, rel. o Min. Carlos Alberto Direito); não cabe no contrato de *leasing* (REsp. nº 213.850/RS, de minha relatoria, REsp. nº 234.437/RS e REsp. nº 198.293/RS); no de cheque especial (REsp. nº 172.248/RS, de minha relatoria); nem na alienação fiduciária (REsp. nº 196.328/PR, de minha relatoria); a capitalização em período inferior a seis meses depende de autorização do CMN (REsp. nº 186.613/RS, de minha relatoria).

Ainda sobre capitalização: ver acima, 1ª Parte, nº 3, *in fine*.

8.8 – Autorizada a revisão judicial, como acima foi visto, menciono os precedentes que a admitiram: é possível a revisão de contrato de abertura de crédito e de contrato de empréstimo, com emissão de nota promissória (REsp. nº 208.672/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito); a existência de

renegociação não afasta a revisão (REsp. nº 237.302/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsps. nºs 214.883/RS e 205.532/RS, 4ª Turma, de minha relatoria); nos embargos à execução de sentença homologatória de acordo, é possível a revisão (REsp. nº 207.456/RS).

8.9 – Precedentes sobre limite de juros: o limite legal não se aplica ao mútuo bancário em geral (Súmula 596/STF; REsp. nº 187.717/RS, rel. o Min. Carlos Alberto Direito); no *leasing*, não se aplica a limitação de 12% (REsp. nº 172.432/RS, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha); podem ser cobrados nos limites do CMN (REsp. nº 181.931/RS, de minha relatoria); no *leasing*, não se pode acrescentar juros iguais à taxa de remuneração do CDB, no vencimento de cada prestação (0,5% a.m. + taxas do CDB) (REsp. nº 236.775/RJ, de minha relatoria); no cartão de crédito, não se aplica o limite de 12% (REsp. nº 202.373/RJ, rel. o Min. Barros Monteiro. Esse tema ainda está para ser definido na Segunda Seção, em razão de julgados da Terceira Turma); na conta corrente, não há limite legal de juros a obedecer (REsp. nº 221.942/RS, rel. o Min. Nilson Naves).

8.10 – Na sessão de 12 de março de 2003, a Segunda Seção julgou a questão relacionada com a alteração judicial da taxa fixada, quando abusiva, seja para os juros remuneratórios, vencidos na vigência do contrato, seja para os juros moratórios, ou juros da inadimplência, quando são comumente alteradas as taxas, com cobrança de comissão de permanência pelos mais altos índices do mercado ou praticados pelo credor, cumulada com multas e outros encargos. As alternativas eram muitas: permitir ao banco escolher a taxa a cobrar, tendo como limite a mais alta do mercado, conforme precedentes do Tribunal; deferir a taxa Selic, como já decidido em precedente da Quarta Turma; autorizar a cobrança de juros conforme a Selic, como taxa básica, e mais um percentual a título de *spread*.

O primeiro feito a ser julgado foi o REsp. nº 271.214/RS, no qual proferi voto-vista na sessão de 26/6/2002, transcrito em parte a seguir, sustentando que as taxas abusivas estipuladas a título de comissão de permanência ou encargos moratórios devem ser revisadas pelo juiz, à falta de qualquer controle admi-

nistrativo. A necessidade dessa intervenção se mostra evidente nos muitos casos que chegam ao Tribunal, alguns deles referidos no voto:

> Peço vênia, porém, para dissentir da assertiva de que, após a inadimplência, deve ser paga comissão de permanência calculada segundo a taxa média do mercado, corrigido o débito assim como determinado no acórdão recorrido (IGPM). Em primeiro lugar, porque é da nossa jurisprudência indeferir a cumulação da correção monetária com a comissão de permanência (Súmula 30/STJ). Entro nesse assunto porque o acórdão autorizou a correção monetária pelo IGPM. Em segundo, porque nem mesmo o Banco Central admite a cobrança cumulada de comissão de permanência com multa, como foi deferido (Resolução do CMN nº 1.129, de 15/5/1986; REsp. nº 5636/SP). Em terceiro, porque o deferimento de comissão de permanência segundo a taxa média do mercado é a causa da formação dos débitos impagáveis, como seguidamente evidenciam os autos dos processos que nos chegam. A permanência dessas taxas altíssimas após o advento da mora – quando deveriam ser pagos apenas os juros de mora – permite, por exemplo, transformar uma dívida: – de US$ 3.077.428,00, em R$ 247.000.000,00 (valores de dois anos atrás) (REsp. nº 260.172/SP); – de CR$ 50.000.000,00, de uma distribuidora de flores do interior de São Paulo, em junho de 1992, quando o salário era de CR$ 230.000,00 (mais ou menos 200 s.m; débito que seria equivalente, hoje, a aproximadamente R$ 50.000,00), em uma dívida executada de R$ 4.332.835,15 (REsp. nº 347.898/SP). Repito: quatro milhões e trezentos mil reais; – de R$ 18.000,00 – financiamento obtido por um pequeno agricultor para uma safra de arroz – em mais de R$ 500.000,00, valor muito superior ao que ele poderia perceber como lucro líquido na exploração de sua gleba de 38 hectares, durante toda a sua vida útil; muito além do valor da própria terra, e isso pelo financiamento de uma safra de arroz. Quer dizer, o capital emprestado para o custeio de uma safra rende mais do que o valor da terra e mais que a renda durante toda a vida de um pequeno agricultor (AR 805/RS); – de US$ 26.000,00, a que foi condenado certo banco, que deveria devolver o capital do seu cliente acrescido das taxas do mercado financeiro por ele praticadas nas suas operações ativas, em US$ 2.000.000.000,00, conforme alegado no seu arrazoado, condenação que só foi reduzida para patamares aceitáveis quando substituídas pelas taxas das operações passivas (REsp. nº 98.134/RJ); – de R$ 15.252,85, em 30/8/1995, em R$ 202.659,76, em 22/1/1999 (REsp. nº 223.746/SP); – de R$ 7.989.55, em 30/8/1995, em R$ 106.154,31, em 22/1/1999 (REsp. nº 223.746/SP); – permite compor o saldo devedor com as seguintes parcelas: TRD + 9% a.a. + ANBID + 4% a.a. + multa, conforme consta do extrato fornecido pelo banco (REsp. nº 204.859/SP); – admite o pedido de prisão da devedora que obteve o financiamento de metade de um automóvel Kadet, de R$ 6.000,00, em março/1995 e estava sendo cobrada no valor de R$ 90.365,27, em

novembro/1996, sob pena de perda da liberdade (HC 14.333/DF e HC 12.547/DF); – em recente caso julgado na Quarta Turma, um devedor de R$ 45.000,00, em 1996, pagou no semestre aproximadamente R$ 35.000,00; foi executado pelo saldo, perdeu o imóvel dado em garantia, que na época estava avaliado pelo dobro desta; a execução continua pelo saldo, que estava há mais de dois anos em R$ 440.000,00, e hoje passa de um milhão de reais, pelas taxas que estão sendo aplicadas. Isto é, uma pessoa sai de um débito inicial de aproximadamente cinqüenta mil reais, paga substancialmente a dívida no primeiro semestre, e hoje deve a pequena fortuna de um milhão de reais, depois de ter entregue o imóvel de 3 ha de área urbana. É razoável? – permite utilizar taxas médias anuais, em 2000, segundo a Anefac, quando a inflação esteve ao redor de 10%: de 247% no cartão de crédito; 225% no cheque especial; 293% no empréstimo pessoal, financeiras. Na última publicação do Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), apresentada pela sua Presidente, Dra. Adrienne Gianetti Nelson de Senna, consta o relato de casos investigados pelas autoridades de diversos países, entre eles o de um certo Keneth, que atuou em país da Europa Central, pessoa que despertou a atenção por garantir rendimentos anuais de 100% a 200%, considerados excepcionais ("Prevenção e combate à lavagem de dinheiro", 2001, p. 33). No Brasil, como se vê, tais rendimentos não causariam nenhum espanto, pois estão bem abaixo do que é normalmente praticado nos negócios bancários. E qual a razão para que essas taxas sejam assim tão elevadas? É que fica ao critério dos bancos a sua estipulação, que assim definem a "taxa média de mercado". Respondendo à consulta formulada pelo em. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, assim informou o Banco Central: 'Com relação à taxa média de mercado, lembramos que o tema já foi alvo de consulta do também Ministro dessa Corte, Sálvio de Figueiredo Teixeira, ocasião em que este Departamento, no expediente Denor-2001/00787, de 22 de maio de 2001, manifestou o entendimento de que se trata da taxa praticada pela própria instituição em operações de mesmas características' (Of. 2001/04653/DEJUR/GABIN, de 11/10/2001). No Brasil, adotou-se a política de que os juros são livremente pactuados. Na medida em que nenhum limite é estabelecido na lei ou pelas agências públicas incumbidas de regular e fiscalizar o mercado, é possível que existam abusos. Pergunto, então, pode o juiz interferir nessa relação, para eliminar o abuso? Ora, na Europa, desde o Tratado de Roma, a determinação das taxas de juros pelo próprios agentes econômicos é radicalmente proscrita (Jean Pardon, "Les dispositions des Communautés européennes régissant les opérations de crédit", p. 6). Na França, permite-se a atuação dos tribunais para eliminar parcelas indevidas (Droit Bancaire, Jean Louis Rives-Lange e Monique Contamine Raynaud, p. 432) e também nos EEUU ('Não existindo determinação legal estadual quanto à taxa de juros, os tribunais podem determiná-la de acordo com princípios e regras', decisão do Tribunal de Nova York, citada em "Juros, Especialmente Compostos", Prof. Peter Ashton, *Direito*

& Justiça, v. 12, p. 68). Em outros países, o juro está limitado na lei, como acontece na Alemanha, com taxas de 4% ao consumidor (Tratado de las relaciones obligacionales, Dieter Medicus, I/188). Nessa mesma Alemanha, a Corte Constitucional tem reconhecido a inconstitucionalidade de contratos abusivos, que imponham condições insuportáveis para os obrigados, conforme ficou referido nos HC acima mencionados. Portanto, não digo nenhuma novidade ao afirmar que a taxa de juros pode ter limites, ou na lei, ou na decisão judicial. É certo que não cabe ao juiz interferir genericamente no mercado para estabelecer taxas, mas é seu dever intervir no contrato que está julgando, para reconhecer quando o princípio do equilíbrio contratual foi violado, a fim de preservar o equivalência entre a prestação oferecida pelo financiador e a contraprestação que está sendo exigida do mutuário. É função dele aplicar o dispositivo legal que proíbe cláusulas potestativas; é função dele verificar se no modo de execução do contrato não há perda substancial de justiça, com imposição de obrigação exagerada ou desproporcionada com a realidade econômica do contrato. Para isso, sequer necessita invocar o disposto no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o sistema do nosso Direito Civil é suficiente para permitir a devida adequação. O crédito tem sido objeto de constante regulação, porque todo o mundo sabe, e é fato histórico que qualquer manual sobre direito bancário revela, que a necessidade do dinheiro e a natural desigualdade entre as partes pode ensejar o estabelecimento de regras que favoreçam o fornecedor. Quando tudo é permitido e liberado, quando todos praticam as taxas elevadas que conhecemos – os exemplos acima são apenas exemplos e não os mais significativos –, não há para o necessitado do dinheiro sequer a liberdade de escolha. Daí a exigência de um controle judicial nos casos que são objeto de processo. Por isso, não me parece adequado dizer que a inadimplência permite a cobrança de juros pela taxa média de mercado, estipulação potestativa que leva a resultados que não podem ser defendidos por ninguém. No mercado, hoje, segundo o "Informe Oboé", de maio de 2002, a renda em CDB é de 16,03 em 12 meses, a caderneta de poupança rendeu 8,60%, a taxa Selic é de 19,94%. No artigo que o Prof. Delfim Neto publicou na *Folha de São Paulo* de 10 de abril de 2002, o juro real no Brasil, em meados de março de 2002, é de 12,9% a.a. A taxa Selic foi usada na 4ª Turma, no REsp. nº 260.172/SP, para substituir as taxas contratadas para o caso de inadimplência. Por isso, acredito que, para o caso dos autos, depois da inadimplência, deve ser substituída a comissão de permanência calculada pela taxa de mercado, pela Taxa Selic, já aí embutida a correção monetária.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito votou pela legalidade da cobrança da taxa segundo a variação do mercado:

> Seguindo essa linha de raciocínio, não se pode dizer abusiva a taxa de juros só com base na estabilidade econômica do país, desconsiderando todos os demais aspectos que compõem o sistema financeiro e o preço do empréstimo. A política de juros altos, por outro lado, ao menos no Brasil, tem servido como mecanismo de contenção do consumo e da inflação. Não o inverso. Assim, ao contrário do que diz o Acórdão, a inflação baixa no Brasil decorre, também, de uma política econômica de juros mais elevados. Em uma palavra, a taxa de juros, do ponto de vista de política pública significa também um meio para estabilizar a moeda no tempo, com suas evidentes repercussões no mercado, do sistema produtivo ao ponto final do consumo. Com efeito, a limitação da taxa de juros em face de suposta abusividade somente teria razão diante de uma demonstração cabal da excessividade do lucro da intermediação financeira, da margem do banco, um dos componentes do *spread* bancário, ou de desequilíbrio contratual. A manutenção da taxa de juros prevista no contrato até o vencimento da dívida, portanto, à luz da realidade da época da celebração do mesmo, em princípio, não merece alterada à conta do conceito de abusividade. Somente poderia ser afastada mediante comprovação de lucros excessivos e desequilíbrio contratual, o que, no caso, não ocorreu. (...) Por outro lado, após o vencimento do contrato, a cobrança da comissão de permanência subordinada à mesma taxa de juros prevista neste não mais se justifica, presente que a realidade econômica desse período poderá não mais ser a mesma da época em que celebrado o contrato. Nesse caso, a cobrança da comissão de permanência considerando a taxa média de mercado, no período da inadimplência, apresenta-se, a meu sentir, como melhor solução. (...) *Concluiu*: Assim, como já assinalei antes, entendo deva a comissão de permanência considerar a taxa média do mercado, segundo a espécie de operação, apurada pelo Banco Central do Brasil, nos termos do procedimento previsto na Circular da Diretoria n° 2.957, de 28 de dezembro de 1999, à semelhança do que ocorre com os juros remuneratórios após o vencimento, nos termos do que foi decidido no julgamento do REsp. nº 139.343/RS, pela 2ª Seção, Relator o Senhor Ministro Ari Pargendler, *DJ* de 10/6/02 (REsp. nº 271.214/RS).

Foi o voto que prevaleceu, tendo sido publicada a seguinte tira de julgamento: "A Seção, por unanimidade, conheceu em parte do recurso, e, por maioria, deu-lhe parcial provimento para autorizar a utilização da TR como índice de correção monetária até o vencimento do contrato, a majoração da multa para 10%, a cobrança dos juros remuneratórios às taxas fixadas no contrato até o vencimento deste, e da comissão de permanência para o período da inadimplência, não cumulada com correção monetária, nos termos da Súmula nº. 30, calculada à taxa média dos juros de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil".

Na mesma data foi julgado o REsp. nº 407.097/RS, que decidiu pela validade da cláusula de juros remuneratórios de 10,90% ao mês, com o seguinte resultado: "A Seção, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para manter a cláusula contratual de juros remuneratórios de 10,90% ao mês. Vencidos, na conclusão, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Relator, e Sálvio de Figueiredo Teixeira, que substituíram a taxa de 10,90% ao mês pela taxa SELIC, mais 6% ao ano. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior acompanharam o voto do Sr. Ministro Barros Monteiro, mantendo a taxa contratual que não pode ser reexaminada em juízo. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram no sentido de que a revisão judicial somente pode acontecer quando reconhecida a abusividade, o que não aconteceu no caso".

Com esses dois julgamentos, a Seção de Direito Privado do STJ liberou a cobrança em juízo das taxas de juros remuneratórios, durante a vigência do contrato, e da comissão de permanência, após a inadimplência, que podem ser exigidas de acordo com as taxas praticadas no mercado, no limite do contrato, só permitida a revisão judicial no caso de o devedor demonstrar que o banco cobrou juros menores em situação similar.

Atendendo a essas decisões, em julgamento posterior, no REsp nº 466.979/RS, assim me manifestei: "O entendimento que hoje predomina na Segunda Seção é francamente favorável à cobrança dos juros de acordo com os índices fixados pelos bancos, sem outro limite senão a taxa média de mercado e sem possibilidade de sua revisão pelo juiz, salvo quando o mutuário comprovar que o banco está cobrando dele mais do que cobra de outro, em situação similar. Como dificilmente ocorrerá tal hipótese (e, caso ocorra, implica indevida transferência ao mutuário da carga da prova do abuso, a ser feita possivelmente em perícia de difícil e onerosa realização), o resultado prático daquele julgamento é a liberação dos juros, sejam remuneratórios, sejam moratórios, sem nenhum controle efetivo. Controle administrativo não existe, pois não se conhece limite imposto pela autoridade administrativa, e o controle judicial fica agora condicionado a uma prova irrealizável ou de difícil realização. Todos sabemos

que as taxas praticadas no Brasil chegam a resultados muitas vezes absolutamente inaceitáveis do ponto de vista ético. É certo que a Escola de Chicago prega a 'interpretação econômica do contrato', tudo submetido ao interesse do mercado, mas é inaceitável proibir ao juiz corrigir o evidente excesso presente no caso submetido a seu julgamento, apenas porque se trata de um abuso praticado massivamente contra todos. As taxas de mercado podem ser aceitas para os negócios em geral, quando houver efetiva concorrência, adequadamente fiscalizada pelo Estado, além da possibilidade real de escolha, o que de nenhum modo acontece. Quais as opções e o poder de negociar as cláusulas de contrato bancário que se permitem ao nosso pequeno agricultor, ou ao microempresário? Se o Estado libera os juros e o Tribunal se recusa a afastar o abuso, algumas situações podem causar perplexidade".

8.11 – O julgamento anterior da Quarta Turma, que decidira pela substituição dos juros contratados pela Taxa Selic, consta do REsp. nº 260.172/SP, de minha relatoria, assim ementado:

> Juros. Maior taxa de mercado praticada pelo credor. Cláusula potestativa. Art. 115 do Código Civil. É potestativa a cláusula de juros que deixa ao critério do credor a estipulação da taxa mensal, a ser por ele fixada de acordo com a mais alta que praticar no mercado financeiro. Art. 115 do Cód. Civil. Deferimento da Taxa Selic, em substituição aos juros contratados, atendendo às peculiaridades do caso e ao disposto no contrato. Embargos de devedor. Falta de título executivo. Cerceamento de defesa. Perícia. Características de título executivo no instrumento pelo qual os beneficiários do contrato de fiança assumem a obrigação de reembolsar o fiador do que despender honrando a garantia. A necessidade de cálculo de parcelas acessórias não retira a executividade do título. Desnecessidade de realização de perícia para conhecimento dos critérios adotados para a apuração do saldo devedor. Primeiro recurso não conhecido. Segundo recurso conhecido em parte e nessa parte parcialmente provido.

8.12 – Precedentes sobre comissão de permanência:

- os juros e acessórios devidos depois do inadimplemento: no crédito industrial, aumenta-se de mais 1% a.a. (DL nº 413/69), e nele não cabe comis-

são de permanência – REsp. nº 207.231/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 25.10.1999, assim ementado:

O art. 5º, do Decreto-lei nº 413/69, posterior à Lei nº 4.595/64 e específico para as cédulas de crédito industrial, confere ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Ante a eventual omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano prevista na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33), não alcançando a cédula de crédito industrial o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 596 – STF. – Este egrégio Tribunal fixou o entendimento de que cláusula acerca de inadimplemento de nota de crédito industrial deve observar o Decreto-lei nº 413/69, que prevê a incidência, no máximo, de juros moratórios à taxa de 1% a.a. (art. 5º, § único), sendo ilegal a previsão de aplicação de qualquer outra taxa, comissão de permanência ou encargo, tendente a burlar o referido diploma legal. – Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido".

- no crédito rural não cabe comissão de permanência porque não prevista no Decreto-lei nº 167/67 (REsps. nºs 182.322/MG; 205.532/RS; 79.214/RS, de minha relatoria; REsp 67.699/RS, rel. o Min. Aldir Passarinho Junior; REsp. nº 101.039/RS, rel. o Min. Nilson Naves (não se altera a taxa pela inadimplência); após o vencimento, são devidos os juros moratórios, nos limites da lei, mais 1% (REsp. nº 218.485/RS, de minha relatoria);

- são inacumuláveis multa + comissão de permanência, nos termos da Resolução 1129/CMN (REsps. nºs 200.252/SP e 139.607/SP, de minha relatoria); são inacumuláveis correção monetária e comissão de permanência (Súmula 30/STJ);

- tenho que, além de potestativa a cláusula que autoriza o cálculo da comissão de permanência de acordo com as taxas praticadas pelo credor, como dito acima, deixar a definição do débito à vontade exclusiva do estipulante desqualifica o contrato como título executivo, pois nem o credor sabe qual a importância que irá cobrar;

- sobre a cumulação da comissão de permanência com outras parcelas, a Seção de Direito Privado decidiu excluir a correção monetária (Súmula 30/STJ),

mas permitir a cobrança cumulativa da comissão de permanência com juros moratórios, isto é, juros + juros: "A Seção, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento para deferir a cobrança de juros remuneratórios conforme o contrato, que permanecerão depois do vencimento à taxa média de mercado, observado o limite do contratado, cumulados, então, esses juros remuneratórios com os juros moratórios de 1% ao mês, porque assim convencionado e no limite da lei". A possibilidade da cumulação da comissão de permanência com a multa enfrenta o óbice da Res. 1129/CMN.

QUARTA PARTE

CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO

9 CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. CARACTERÍSTICAS.

Examinarei a cédula de crédito bancário instituída pela Medida Provisória nº 1.925/99, que contrariou em muitos pontos a orientação jurisprudencial do STJ. O texto do novo diploma se consolidou depois da Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001, que regulou a edição de medidas provisórias e teve por aprovadas as até então editadas, entre elas a MP nº 2.160-25, de 23 de agosto de 2001, que dispôs sobre a cédula de crédito bancário e acresceu dispositivo à Lei nº 4.728/65.

A cédula de crédito bancário é um título de crédito emitido em favor de instituição financeira ou entidade equiparada, que pode ser de duas modalidades: ou indica a soma devida (cédula de crédito com valor predeterminado), ou refere-se apenas ao saldo a ser apurado no vencimento (cédula de crédito com valor indeterminado), embora o título seja emitido pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, espécie que corresponde ao contrato de abertura de crédito.

A apuração do "valor exato da obrigação", na primeira modalidade de cédula, será normalmente necessária, pois o débito total não fica circunscrito ao que no título está expresso, uma vez que a cédula conterá pactos sobre capitalização, amortização, índices de correção, despesas, honorários, etc. Isso significa que, nessa modalidade, o principal já está definido, devendo ser calculado o valor dos acréscimos que integrarão o pedido a ser apresentado em juízo.

A apuração "do saldo devedor" na segunda modalidade de cédula de crédito, correspondente ao contrato de abertura de crédito, dependerá, sempre, tanto para o principal como para os acessórios, de prévio cálculo. Conquanto emitida a cédula em valor certo, correspondente ao do crédito posto à disposição do emitente, a pretensão em juízo será equivalente ao saldo devedor, a ser apurado no momento da cobrança. Essa conta será feita pelo credor considerando o que foi estabelecido na cédula, e deverá atender ao disposto no § 2º, I e II, do art. 3º da MP nº 2.160-25. São requisitos: cálculos claros, de fácil entendimento, indicando valor principal, encargos, despesas, juros e critérios de incidência, correção monetária, multas, outras penalidades, despesas com cobrança, honorários advocatícios. Essas exigências correspondem àquelas que eram feitas pela 4ª Turma quando admitia a executividade dos contratos de abertura de crédito. A demonstração deverá ser feita em planilhas apresentadas pelo credor, ou em extratos de contas, ou em ambos. Será sempre execução de quantia definida unilateralmente pelo credor.

10 CLÁUSULAS QUE PODEM SER CONTRATADAS

Entre as cláusulas que podem ser pactuadas (art. 3º, § 1º), o novo diploma – que se apregoou vinha para reduzir os juros praticados no mercado e aumentar a defesa do consumidor – permitiu expressamente sejam fixados (a) os critérios de incidência dos juros; (b) a capitalização para esse tipo de contrato, o que a jurisprudência pacificada no STF e no STJ proibia, e sua periodicidade, a ser estabelecida na cédula, sem limitá-la (será diária ?); (c) a fixação de critérios de atualização monetária; (d) as situações em que ocorrerá a mora; (e) as multas e outras penalidades contratuais; (f) as despesas com a cobrança e (g) os honorários advocatícios.

Essas parcelas todas, desde que enumeradas na planilha, passam a integrar o título de crédito com força executiva, o qual pode ser protegido por garantia fidejussória ou real, inclusive com alienação fiduciária em garantia, dada pelo emitente ou por terceiros, todos sujeitos a prisão.

Certamente não se encontrará nos países ocidentais, no âmbito das instituições financeiras, um diploma que conceda mais poderes ao credor estipulante de contrato de adesão, sem limites para taxas, comissões e multas; para completar, faltaria apenas excluí-lo do controle judicial.

11 GARANTIAS

As garantias podem ser de qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (o direito de autor pode servir de garantia), presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não.

Os bens em garantia pignoratícia ou dados em alienação fiduciária somente permanecerão na posse do emitente ou do terceiro prestador da garantia se com isso concordar o credor (art. 10). Essa regra altera de modo substancial o regime da alienação fiduciária, que pressupõe fique com o devedor e alienante a posse direta do bem. Além disso, admite como regra a oferta em garantia de bem que já pertença ao devedor, e não do que tiver sido adquirido com o financiamento, finalidade para a qual foi instituída a alienação fiduciária em garantia. Esse, aliás, já era o entendimento predominante no STJ.

Até a liquidação da dívida, os bens da garantia somente poderão ser deslocados, alterados, retirados ou destruídos com prévia autorização escrita do credor (art. 9º, § 2º), e a remoção de veículos apenas acontecerá se esse deslocamento for inerente à atividade do emitente ou do terceiro que forneceu a garantia. A Medida Provisória chega a permitir ao credor proibir o trânsito de veículo dado em garantia, se a sua utilização não for inerente à atividade do devedor ou de seu garante. Assim, o particular que tem uma casa de moradia e um automóvel poderá oferecer como garantia o veículo (pois a casa é impenhorável), mas a partir de então somente poderá usar o automóvel se e enquanto autorizado pelo credor...

O credor poderá exigir a substituição da garantia ou o seu reforço, e o desatendimento da notificação em 15 dias implicará vencimento antecipado da dívida.

É dispensado o protesto para a ação regressiva contra endossantes, avalistas e terceiros garantidores (art. 20).

A cédula poderá ser objeto de endosso (nas primeiras edições, admitia-se a cessão), não se exigindo que o endossatário seja instituição financeira, podendo ele cobrar os juros e demais encargos estipulados na cédula (art. 4º, § 1º). Logo, as condições especiais concedidas nos contratos bancários em favor das instituições financeiras serão transferidas e exercidas pelos particulares que receberem os novos títulos, o que significa que (nos termos da lei e para os casos em que se admite tal sanção) a prisão civil poderá ser requerida por qualquer pessoa (endossatária) contra o devedor.

12 PRECEDENTES DO STJ SOBRE AS QUESTÕES REGULADAS NO NOVO DIPLOMA

Sobre as questões agora abrangidas pela Medida Provisória, além daquela relativa à executividade do contrato de abertura de crédito, muitas vezes já se pronunciou o STJ:

- o disposto no art. 3º, § 1º, I, sobre pactuação de juros e capitalização, não faz referência a outras disposições legais, mas os contratos devem ser celebrados e interpretados com o auxílio do que consta da Lei nº 4.595/64;

- tem sido admitida a TR como índice de correção monetária, desde que prevista no contrato (embora a TR reflita o custo do dinheiro, e não apenas a inflação do período passado);

- sobre a posse dos bens dados em garantia, pela nova lei, a do emitente somente existirá se o credor anuir, o que se ajusta ao sistema legal do penhor mercantil, no qual o credor que recebe o bem fica como depositário dele, para todos os fins (arts. 271 e seguintes do Cód. Comercial), porém, não se acomoda ao sistema legal da alienação fiduciária, em que a posse fica com o devedor;

- contrato que tem como garantia bens fungíveis dados em depósito é regulado pelas regras do mútuo; por isso, em relação a ele, não se admite a ação de depósito, mesmo porque aquele contrato é incompatível com o dever de

custódia (REsp. nº 182.183/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio Figueiredo Teixeira). Essa jurisprudência não se altera diante da Medida Provisória, que admite garantia real de bens fungíveis e consumíveis. Se eles não mais existirem no momento da execução, a garantia pode ser transferida a outros bens da mesma natureza (ou qualidade) (REsp. nº 169.963/SP). Inexistentes outros que admitam essa substituição, desaparece a garantia real, cabendo no processo de execução a penhora de bens do devedor, de acordo com a enumeração do CPC. Se o devedor estiver em concordata, com o desaparecimento da garantia, o crédito torna-se quirografário e como tal deve ser habilitado (REsp. nº 230.997/SP, de minha relatoria: "Dados em garantia bens consumíveis e destinados à venda, na atividade comercial do devedor, há de se entender que o devedor estava autorizado a isso, mas a sua alienação não extingue a garantia, que se transfere para outros da mesma natureza e destinação, existentes no momento da penhora. Porém, não se admite a extensão para bens de outra natureza, tais como os móveis que guarnecem o escritório da devedora". Idem: REsp. nº 201.885/SP). Esclareço ser diferente a situação em que os bens fungíveis não são dados em garantia, mas sim objeto de verdadeiro contrato de depósito, como já acima foi dito (nº 6.9);

- a garantia real tem como pressuposto a existência da coisa dada em garantia, razão pela qual não se concebe o depósito de coisas futuras (Agr/Ag nº 35.177, 3ª Turma, rel. o Min. Waldemar Zveiter; REsp. nº 47.027/RS, 4ª Turma, de minha relatoria);

- nunca se permitiu a outras pessoas, que não às instituições financeiras ou equiparadas, a cobrança de juros acima da taxa legal. Nesses casos, muitas vezes têm sido considerados fraudulentos os negócios que encobrem juros onzenários, como venda com cláusula de retrovenda, ou outros expedientes diversos que a argúcia humana descobre para burlar a lei, como o contrato da "vaca papel", comum nos Estados do centro do país.

A Medida Provisória nº 2.172-32, de 23/8/2001, veio dispor sobre as sanções a serem aplicadas aos particulares que praticarem a usura, ato nulo que será apurado em juízo com inversão do ônus da prova.

No entanto, a Medida Provisória nº 2.160-25, de 23/8/2001, art. 4º, § 1º, autoriza tal cobrança aos particulares que tiverem recebido em cessão as cédulas de crédito bancário: "Art. 4º. (...) § 1º A Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no que couberem, as normas do direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula".

A Res. nº 2.843/2001 do CMN dispôs sobre negociação de cédula de crédito bancário e sobre a emissão de certificado representativo dessas cédulas.

Não há precedente no STJ sobre cédula de crédito bancário, instrumento que tende a ser o mais utilizado para a formalização do mútuo. Também nada se decidiu sobre letras e cédulas de crédito imobiliário, a que se refere a MP nº 2.223, de 4 de setembro de 2001.

QUINTA PARTE

EXECUÇÃO

Passo a tratar de alguns temas que surgem quando da execução de títulos bancários.

13 SIMULTANEIDADE ENTRE AÇÃO DE COBRANÇA OU DE EXECUÇÃO E AÇÃO DO DEVEDOR

É questão muito ocorrente a da simultaneidade entre o processo de execução de título extrajudicial e diversos tipos de ações ordinárias, envolvendo o mesmo débito, na forma de ação de revisão de cláusula contratual, ou de anulação do título, ou de consignação em pagamento.

O art. 585, § 1º, do CPC estabelece que "a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução". De outra parte, sabe-se que o processo de execução é suspenso com o recebimento dos embargos do devedor (art. 791, I, CPC).

Quando o devedor já ajuizou ação questionando a validade, a existência ou o valor da dívida e seus componentes, o credor não fica inibido de promover a sua execução. Se os fundamentos da ação anulatória ou revisional são os mesmos que ele suscita nos embargos, é recomendável a reunião da ação ordinária à dos embargos, pela conexão, a fim de que tenham um único julgamento.

Oferecidos embargos do devedor e ajuizada ação ordinária contra o título, é possível a suspensão do processo dos embargos: "Havendo continência e prejudicialidade entre os embargos do devedor e a ação revisional de contrato,

não tendo sido reunidos os feitos oportunamente para julgamento conjunto, cabível é a suspensão dos embargos, nos termos do 265, IV, 'a', do CPC" (REsp. nº 184.185/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro). – "Ante a evidência de prejudicialidade de questão posta em ação declaratória, admite-se a suspensão do processo incidental de embargos do devedor, em execução por titulo extrajudicial, com aplicação do art. 265, IV, 'a', do CPC" (REsp. nº 35.814/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Dias Trindade). – "O ajuizamento de ação buscando invalidar cláusulas de contratos com eficácia de título executivo, não impede que a respectiva ação de execução seja proposta e tenha curso normal. Opostos e recebidos embargos de devedor, e assim suspenso o processo da execução (CPC, art. 791, I), poder-se-á cogitar da relação de conexão entre a ação de conhecimento e a ação incidental ao processo executório, com a reunião dos processos de ambas as ações, para instrução e julgamento conjuntos, no juízo prevalecente" (REsp. nº 8.859/RS, 4ª Turma, Min. Athos Carneiro). Ver, ainda: REsp. nº 193.766/SP e REsp. nº 404.597/SP, 4ª Turma, de minha relatoria; REsp. nº 160.026 e REsp. nº 201.489/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Menezes Direito.

Se o devedor não ofereceu embargos, mas antes promovera ação de revisão ou a anulatória, os dois processos (o da execução e o da ação ordinária) têm normal tramitação uma vez que, para a suspensão da execução, seria indispensável embargá-la: "O ajuizamento de ação de conhecimento buscando invalidar o título executivo, sem o oferecimento de embargos, não tem o condão de suspender a execução; depois de opostos os embargos, cogitar-se-á da reunião dos processos pela conexão" (REsp. nº 95.079/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Porém, se os fundamentos para os embargos já estão na ação ordinária, tenho que esta deva ser julgada com anterioridade, previamente à realização do ato de alienação do bem do devedor.

O devedor que não embargou pode promover ação contra o título depois de instaurada a execução. É suficientemente explicativa a ementa do REsp. nº 135.355/SP, 3ª Turma, Rel. o Min. Eduardo Ribeiro:

> Em curso processo de execução, não há impedimento a que seja ajuizada ação, tendente a descontituir o título em que aquela se fundamenta. Inexistência de preclusão, que essa opera dentro do processo, não atingindo outros que possam ser instaurados, o que é próprio da coisa julgada material. Carecendo a ação da eficácia própria dos embargos, a execução prosseguirá, salvo se, em cautelar, for outorgado efeito suspensivo. Julgada procedente a ação, extingue-se a execução. Se a sentença sobrevier ao exaurimento da execução, abrir-se-á ao executado a possibilidade de, mediante ação condenatória, reaver o que houver pago indevidamente.

Recentemente, foi apreciado caso em que o executado veio alegar a falsidade do título (REsp. nº 234.809/RJ). Admitiu-se a iniciativa, uma vez que era uma das hipóteses em que se permite a exceção de pré-executividade, expediente pelo qual o devedor, no próprio processo de execução, tenha ou não embargado, vem suscitar alguma questão que ataca a própria executividade do título, como acontece com o título sem assinatura do devedor, ou com assinatura falsa. Também se admite, independentemente de embargos, a alegação de ser insubsistente o ato de penhora, como ocorre nos casos da Lei nº 8.009/90, sobre o bem de família. Também foi aceita ação para revisão de cláusula abusiva proposta depois da execução, por devedor que não embargou. No REsp. nº 333.302/SP, proferi o seguinte voto:

> A falta do oferecimento dos embargos à execução de título extrajudicial não inibe o direito de o devedor vir a juízo, pela via da ação ordinária, pleitear a nulidade do título ou a modificação da avença, especialmente quando contém cláusulas que seriam abusivas. O que não se pode é atribuir à ação ordinária o efeito de impedir o processo de execução (art. 585, § 1º, do CPC), ou tratar a ação ordinária como se embargos fosse, suspendendo o processo executivo. De outra parte, não existindo sentença a ser proferida na execução, não é apropriado determinar-se o apensamento dos dois processos, para julgamento simultâneo (REsp. nº 11.620/SP). A continuidade da execução, com os danos que daí possam decorrer, é risco assumido pelo credor, que sustenta seu crédito em contrato que permitiu a multiplicação da dívida por dois, em menos de seis meses, com juros de 325,680% ao ano, mais capitalização mensal, mais comissão de permanência, mais multa de 10%, mais juros moratórios, conforme o documento de fls. 10, e mais honorários. O Tribunal tem deferido, para certos casos, a continuidade da execução até o momento da alienação, quando desta possa advir dano irreparável, o que é maté-

ria a ser eventualmente examinada pelo juiz da causa. Posto isso, conheço em parte do recurso e lhe dou provimento, para que não sejam apensados os processos de execução e da ação ordinária.

14 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

- A fixação da verba honorária no limiar da execução é uma praxe aceita, servindo como orientação no caso de pagamento imediato. Mas, se houver embargos, pode ser substituída pelo arbitramento ao final, na sentença dos embargos. De acordo com entendimento da Corte Especial (EREsp. nº 97.466/RJ), improcedentes os embargos, permanece uma única sucumbência, pois a questão é única (REsp. nº 202.681/RJ, rel. o Min. Barros Monteiro). Tenho para mim que, nesse juízo eqüitativo, deverá o juiz considerar o fato de que dois foram os processos (o de execução e o dos embargos), e estipular verba que não exceda a 20% do valor do débito. (Ver adiante, quando se trata da sucumbência parcial e, depois, do reexame em recurso especial).

- Na execução judicial, fixados os honorários na sentença proferida no processo de conhecimento, cabem novos honorários no processo de execução; havendo embargos, os honorários serão fixados, para a execução e para os embargos, apenas na sentença dos embargos (REsp. nº 162.707/PR, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

- Na execução contra a Fazenda Pública, se ela não embarga, não há razão para fixação de novos honorários, uma vez que o procedimento que se instaurou é exigência legal. No entanto, a Corte Especial dirimiu a divergência que havia entre as Turmas do STJ e decidiu que, "No processo de execução, contra o Estado, o credor tem direito a honorários de sucumbência, mesmo que o devedor não tenha oposto embargos" (EREsp. nº 158.884/RS. No mesmo sentido: EREsp. nº 186.518/RS; EREsp. nº 162.001/RS; EREsp. nº 189.602/RS). O último julgamento aconteceu na sessão de 18/9/2002, no EREsp. nº 217.883, rel. o Min. José Arnaldo da Fonseca, quando a orientação foi mantida com voto de desempate.

- Os honorários podem ser executados pelo advogado, pois é um seu direito autônomo, como está no Estatuto da Ordem; mas também podem ser executados pela parte, como é muito comum, especialmente quando é o mesmo advogado quem ingressa com a execução em nome da parte, incluindo a parcela de honorários (REsp. nº 171.148/SP).

- Se há a execução judicial e não há embargos, cabe a verba honorária pela execução. É a mesma regra da execução extrajudicial (REsp. nº 177.759/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito; REsp. nº 159.845/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Costa Leite).

No incidente de pré-executividade julgado procedente, cabe atribuir honorários aos executados (REsp. nº 195.351/MS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

- Embora o direito aos honorários seja autônomo (Lei nº 8.906/94), é possível a compensação entre os honorários, no caso de sucumbência parcial. (REsps. nºs 164.368/RS e 164.249/RS, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp. nº 151.093/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro; REsp. nº 186.613/RS, de minha relatoria). Nesse ponto, havia divergência entre as duas Turmas da Segunda Seção, porquanto na Terceira Turma julgava-se que cada parte responde pelos honorários a que foi condenada, inadmitida a compensação (REsps. nºs 145.665/SP, 143.073/SP, 177.637/RS e 205.044/RS, rel. o Min. Direito). A questão foi submetida à Seção de Direito Privado, onde se decidiu pela possibilidade da compensação judicial (REsp. nº 155.135/MG, 2ª Seção, rel. o Min. Nilson Naves, *DJ* 8/10/2001):

> 1. O Cód. de Pr. Civil, no art. 21, ordena se aplique a regra da compensação, enquanto a Lei nº 8.906/94, no art. 23, estabelece que os honorários pertencem ao advogado, tendo ele direito autônomo para executar. 2. Sucede, no entanto, que tais normas não são incompatíveis entre si, sendo lícito entender-se que uma não incomoda a outra, convivendo ambas perfeitamente no mundo jurídico. 3. Em caso de sucumbência recíproca, admite-se, por conseguinte, a compensação, ao ver de precedentes da 4ª Turma, entre outros, os REsps. nºs 149.147 e 186.613, cuja orientação foi, no presente caso, acolhida pela 2ª Seção, por maioria de votos. Improcedência da alegação de ofensa a texto de lei federal.

- Na sucumbência parcial, nos embargos do devedor, não é fixada uma verba honorária em favor do embargante, sobre o que ele conseguir abater da dívida executada, e outra, em benefício do credor, calculada sobre a dívida remanescente, compensadas até onde se igualarem, mas sim uma única verba em favor do credor-exeqüente, arbitrada com base no valor remanescente do débito, em percentual reduzido, diante da sucumbência recíproca, que vale para a ação de embargos e para a execução. Assim, por exemplo, se o credor executa 100, e o devedor, nos embargos, consegue diminuir para 30, defere-se uma única verba de 5% em favor do credor, calculada sobre a dívida remanescente (30), para os dois processos, embargos e execução. É o que ficou decidido na Segunda Seção em 28.5.2003, nos EDC/REsp 139.343/RS. Em certas situações, porém, tal seja a disparidade entre o valor cobrado e o efetivamente devido, acredito deva ser deferida a verba honorária em favor do advogado do embargante, em juízo eqüitativo.

- No caso de advogado de partido: sem contrato, os honorários são da parte; com contrato, são do advogado; se a parte já pagou ao advogado, pode cobrar a verba (REsp. nº 95.003/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha).

- A multa moratória pode ser cumulada com honorários (REsp. nº 88.398/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Waldemar Zveiter; REsp. nº 164.546/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

- Na desistência da execução, porque o credor desistiu da execução antes de tomar conhecimento dos embargos oferecidos pelo executado, a Quarta Turma não impôs honorários ao exeqüente, conforme se vê do REsp. nº 75.057/MG, de minha relatoria, *DJ* 13/5/1996:

> Execução. Desistência. Extinção do processo. Embargos do devedor. Honorários advocatícios. 1. O credor pode desistir do processo de execução em qualquer caso, independentemente da concordância do executado. O parágrafo único introduzido pela Lei 8.953/94 apenas dispôs sobre os efeitos da desistência em relação à ação de embargos, mas manteve íntegro o princípio de que a execução existe para satisfação do direito do credor. 2. A questão dos honorários advocatícios no processo de execução e na ação de embargos tem sido assim predominantemente resolvida: a) existindo apenas o pro-

> cesso de execução, a sua extinção a requerimento do credor não enseja a condenação do exeqüente em honorários, salvo se o executado provocou a desistência; b) na ação de embargos, considerada autônoma, é possível a imposição da verba, além da deferida na execução; c) nesse caso, o quantitativo total, que se recomendava ficasse no limite dos 20%, hoje será fixado segundo apreciação eqüitativa do juiz (art. 20, parágrafo 4º, com a nova redação), devendo ser evitada a excessiva oneração da parte; d) extinta a execução, por desistência do exeqüente, mas prosseguindo a ação dos embargos, a requerimento do devedor (art. 569, parágrafo único, alínea 'b'), o credor será condenado a honorários na execução quando a desistência decorrer de provocação do devedor, fixada a verba honorária por juízo de eqüidade. Precedentes do STJ. 3. No caso dos autos, o credor desistiu da execução antes de tomar conhecimento da ação de embargos, pelo que o seu comportamento processual não decorreu de provocação do devedor, sendo por isso indevida a condenação na verba honorária. Art. 20, parágrafo 4º, e art. 569, parágrafo único, do CPC. Recurso conhecido e provido.

No entanto, esse mesmo processo foi levado por embargos de divergência ao julgamento da Corte Especial (EREsp. nº 75.057, rel. o Min. Peçanha Martins, *DJ* 4/11/1998), que definiu o entendimento do Tribunal em sentido contrário:

> Processual. Embargos de divergência. Execução. Execução embargada. Desistência do exeqüente. Verba honorária. 1. Operada a desistência da execução após a oposição dos embargos pelo devedor, tanto mais quando provido o recurso adesivo deste último, no Tribunal a quo, sobre o tema, os ônus da sucumbência recaem sobre o exeqüente, inclusive, honorários advocatícios. 2. Embargos de divergência recebidos, para fazer prevalecer a tese do aresto paradigma concorde com entendimento das Turmas integrantes da Primeira Seção, condenando o exeqüente na verba honorária, como estabelecido na sentença.

- Assim, o exeqüente que desiste paga honorários, ainda que não tenha sido intimado dos embargos. Também no caso de o devedor ingressar nos autos, indicando bens (REsp. nº 134.749/SC, 3ª Turma, rel. o Min. Waldemar Zveiter).

- Nos embargos de terceiro, se estes "atacam penhora levada a efeito em execução, o valor da causa não pode exceder o do bem sujeito à constrição, nem o do débito" (EREsp. nº 187.429/DF, 2ª Seção, rel. o Min. Ari Pargendler).

- O valor dos honorários dos embargantes, que atacaram apenas uma parte da execução e saíram vitoriosos, deve ser fixado tendo em vista esse quantitativo, e não o total da execução (REsp. nº 120.895/CE).

- Nos embargos de terceiro contra penhora de bem objeto de contrato de promessa de compra e venda não registrada no RI, julgados procedentes os embargos, o exeqüente vencido pagará honorários somente quando resistir à pretensão do terceiro. Se desde logo concorda com a exclusão do bem e o cancelamento da penhora, não se lhe pode impor a obrigação de pagar os honorários do patrono do embargante, uma vez que o equívoco da prática do ato de constrição não pode ser atribuído ao exeqüente, que não sabia nem poderia saber da existência daquela promessa não registrada, e sim ao embargante e ao devedor. Consta da ementa do REsp. nº 291.595/RJ: "Não responde pelos honorários do patrono do embargante o credor que de pronto concorda com o pedido formulado nos embargos de terceiro para excluir da penhora bem objeto de promessa de compra e venda não registrada". Precedente citado: REsp. nº 264.930/PR.

- Para promover a execução do seu crédito, o banco muitas vezes deve se resguardar com o protesto. Quando se trata de protestar duplicata sem causa, recebida por endosso, o banco que a leva a protesto correu o risco do negócio e deve pagar os honorários do advogado da parte que nada deve e foi forçada a vir a juízo requerer a sustação ou o cancelamento do protesto, ou a anulação do título (REsp. nº 193.635/MG, de minha relatoria). Se estiver na causa o emitente da duplicata, deve ser repartida com este, e em maior quantitativo, mas solidariamente, a responsabilidade pelos ônus da sucumbência (REsp. nº 147.585/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro; REsp. nº 193.635/MG, 4ª Turma, de minha relatoria). Esse entendimento não é pacífico, havendo julgados que excluem o banco de tal pagamento, sob o fundamento de que faltaria causalidade a justificar a sucumbência (REsp. nº 173.451/PR, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito), ou porque o banco estaria apenas exercendo o

seu direito de protesto contra o endossante. (Sobre responsabilidade do banco por protesto de duplicata sem causa, ver acima, Segunda Parte, nº 6.25, itens I a V).

- A estipulação dos honorários e a escolha dos seus percentuais, dentro dos limites da lei, tem sido considerada matéria de fato, excluída do âmbito do recurso especial. Contudo, quando a verba é exagerada ou irrisória, o recurso pode ser conhecido para a definição de novos parâmetros (REsp. nº 153.208/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Nilson Naves – 1%). Haveria ofensa ao juízo eqüitativo (REsp. nº 47.843/RJ, 3ª Turma, rel. o Min. Eduardo Ribeiro; REsp. nº 194.867/MG). Nos embargos improcedentes ou na execução não embargada, não há exigência para a aplicação do percentual entre 10% e 20% sobre o valor do débito ou sobre o valor da causa.

Nesse ponto, deve ser transcrita a tira de julgamento do REsp 450.163/MT, Segunda Seção, em 9.4.2003, quando se decidiu sobre a verba honorária deferida liminarmente pelo juiz ao despachar a petição do processo de execução: se não paga a dívida e não embargada a execução, sua estipulação é definitiva, mas pode ser revista no recurso especial: "A Seção, por maioria, decidiu que pode examinar, em recurso especial, a quantificação da verba honorária fixada pelo juiz ao despachar a petição inicial de processo de execução para os casos de pronto pagamento ou na falta de embargos, vencidos os Srs. Ministros Relator e Fernando Gonçalves. Prosseguindo no julgamento, a Seção decidiu que a verba honorária, assim fixada, não efetuado o pagamento e não opostos embargos do devedor, é definitiva, vencidos os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, que a entendiam provisória. Por fim, a Seção decidiu que a verba, assim como estipulada neste processo, é adequada, vencidos os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro".

15 INEXISTÊNCIA DE BENS

A suspensão do processo de execução se dá também pela inexistência de bens penhoráveis (art. 791, I, do CPC).

A lei que dispõe sobre execução fiscal tem regra que dispõe sobre a interrupção da prescrição em caso tal. Na execução de título extrajudicial, mesmo silenciando o credor durante prazo superior ao da prescrição do título (às vezes transcorrem muitos anos), a jurisprudência predominante no STJ entende que não flui a prescrição, "que supõe diligência a cargo do credor", isso é, o crédito somente poderia ser atingido pela passagem do tempo se essa demora decorresse de omissão imputável ao credor, o que não acontece quando a dificuldade resulta da falta de bens (REsp. nº 70.395/PR, 3ª Turma, rel. o Min. Nilson Naves).

Estou hoje convencido de não ser esse o melhor entendimento. No voto-vencido no REsp. nº 223.619/RJ, assim me pronunciei:

> Ocorre que essa orientação (a predominante, aceita no REsp. nº 70.395/PR e em outros: 38.399/PR; 34.035/PR) é conseqüência da aplicação da regra de direito processual (sem bens penhoráreis, suspende-se o processo) ao problema da contagem do tempo da prescrição, que é tema de direito material, e neste não se encontra norma estabelecendo que a suspensão do processo é causa de suspensão da prescrição. O direito privado não tem regra semelhante à do art. 40 da Lei nº 6.830/80, sobre a execução fiscal, que dispõe, expressamente, sobre a suspensão do curso do prazo prescricional enquanto suspensa a execução por não encontrados bens a penhorar. O ponto já foi referido no REsp. nº 52.178/PR, Rel. o em. Min. Eduardo Ribeiro: 'Não vulnera o art. 791, III, do CPC, a decisão que entendeu correr o prazo da prescrição enquanto suspenso o processo de execução por falta de bens a penhorar'. O entendimento aceito pelos precedentes acima mencionados, para os quais já emprestei minha solidariedade, pode levar à estranha situação de imprescritibilidade do crédito, pois permite que se prossiga na execução ainda que passados mais de 20 anos, desde que só então sejam encontrados bens do executado. Nos autos, temos bom exemplo disso: a citação no processo executivo aconteceu em 1975 e somente em 1993 foi retomada a execução, reiniciando-se a tramitação do feito não com a indicação dos bens que seriam penhoráveis, mas com o requerimento de diligências para localização de tais bens, diligências essas que poderiam ter sido tomadas já em 1975. Aplicável aqui a ponderação feita pelo em. Ministro Eduardo Ribeiro, ao votar vencido no REsp. nº 34.035/PR: 'No caso, deu-se a paralisação do feito, por não se encontrarem bens a penhorar. Não se trata de hipótese em que a lei preveja a suspensão da prescrição. Nem seria recomendável admitir-se permanecesse indefinidamente o débito, mesmo à míngua de qualquer diligência

do credor'. Considero que a perpetuidade do crédito bancário não está de acordo com o sistema. Esse avalista, que deu um aval há 30 anos, poderá ter agora os seus bens penhorados; mas se fosse autor de homicídio do gerente, ou de roubo do numerário, não seria mais perseguido pelo Estado, porque teria ocorrido a prescrição extintiva. À luz do direito civil, em cinco anos teria ele adquirido a propriedade das moedas de que se apropriasse, pela prescrição aquisitiva (art. 619, CC). Só o que não prescreve é o crédito do banco, que permaneceu 13 anos inerte (voto vencido no REsp. nº 223.619/RJ).

16 AÇÃO CONSIGNATÓRIA

O crédito apurado em ação consignatória será executado nesse mesmo processo, mediante requerimento da parte em favor da qual foi verificado saldo credor. Isso significa que a ação consignatória, embora insuficiente o depósito, poderá ser julgada procedente em parte, liberado o autor do que depositou, ficando definido o saldo, com executividade, para o credor prosseguir no processo com a execução do débito (REsp. nº 94.425/SP, 4ª Turma, de minha relatoria).

17 LEI Nº 8.009/90 (BEM DE FAMÍLIA)

A Lei nº 8.009/90 declarou a impenhorabilidade do bem imóvel que serve à residência da família do devedor, incluindo móveis e instrumentos de trabalho.

Os precedentes tratam de diversas situações.

17.1 – O imóvel residencial locado, sendo o único da família, pode ser considerado impenhorável. Esse o entendimento acolhido na Quarta Turma (REsp. nº 159.213/ES, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp. nº 98.958/DF, de minha relatoria) e também na Primeira Turma (REsp. nº 183.042/AL, rel. o Min. Humberto Gomes de Barros). Mas acórdão recente da Terceira Turma é em sentido contrário (REsp. nº 232.821/MS, rel. o Min. Eduardo Ribeiro).

17.2 – O imóvel que parcialmente serve de moradia e parcialmente ao comércio do devedor, considera-se impenhorável (REsp. nº 285.622/SP, 4ª Turma, de minha relatoria).

17.3 – O pátio e o jardim são impenhoráveis. Mas se a casa está situada sobre mais de um lote, sendo possível a divisão, o lote sem edificação pode ser penhorado (REsp. nº 188.706/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

17.4 – Dos móveis da casa, são impenhoráveis o aparelho de som e a televisão. O aparelho de videocassete já foi considerado penhorável (REsp. nº 102.271/MG, 4ª Turma, de minha relatoria), mas depois foi excluído, porque instalado para uso educativo. São também impenhoráveis o forno de microondas e o computador (REsp. nº 150.02/MG, 3ª Turma, rel. o Min. Waldemar Zveiter; REsp. nº 284.616/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). A linha telefônica é insuscetível de penhora (REsp. nº 39.970/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Júnior; REsp. nº 262.900/RJ, 5ª Turma, rel. o Min. Edson Vidigal). O televisor não é penhorável (REsp. nº 161.262/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Júnior). São impenhoráveis o computador, o microondas, as máquinas de lavar e secar e o congelador (REsp. nº 243.761/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito).

17.5 – Com a separação do casal, o imóvel onde foi residir a mulher com a filha é também impenhorável (REsp. nº 112.665/RJ, 4ª Turma).

17.6 – "Com a separação judicial, cada ex-cônjuge constitui uma nova entidade familiar, passando a ser sujeito da proteção jurídica prevista na Lei nº 8.009, de 29.03.90" (REsp. nº 218.377/ES, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro, *DJ* 20/6/2000).

17.7 – "O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei nº 8.009/90 e 226, § 4º, da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. 2 – Recurso especial conhecido e provido" (REsp. nº 205.170/SP, 5ª Turma, rel. o Min. Gilson Dipp, *DJ* 7/12/1999).

17.8 – A residência do viúvo é impenhorável (REsps. nºs 253.854/SP e 276.004/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito).

Deve ser referido o REsp. nº 182.223/SP, da relatoria do Min. Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma:

> A Lei nº 8.009/90, o art. 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. 'Data venia', a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, 'data venia', põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer insuficiente interpretação literal. (REsp. nº 182.223-SP, *DJ* de 10/5/1999.

No REsp. nº 434.856/PR, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro, admitiu-se que a viúva, parte no processo executivo, viesse com embargos de terceiro para defender a sua propriedade com base na Lei nº 8.009/90.

17.9 – A residência da mãe e da avó no único imóvel da família o coloca sob o abrigo da lei, garantindo-lhe a impenhorabilidade: "Civil. Bem de família. O prédio habitado pela mãe e pela avó do proprietário, cujas dimensões (48,00 m^2) são insuficientes para também abrigar sua pequena família (ele, a mulher e os filhos), que reside em imóvel alugado, é impenhorável nos termos da Lei nº 8.009, de 1990. Recurso especial conhecido e provido" (REsp. nº 186.210, 3ª Turma, rel. o Min. Ari Pargendler, *DJ* 20/9/2001).

17.10 – Quanto à penhora da residência de pessoa solteira, existiam dois entendimentos neste STJ: (I) a Lei nº 8.009/90 protege o imóvel residencial da família, não o bem que serve de residência ao devedor solteiro: "A Lei nº 8.009/90 destina-se a proteger, não o devedor, mas a sua família. Assim, a

impenhorabilidade nela prevista abrange o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, não alcançando o devedor solteiro, que reside solitário. Recurso especial conhecido e provido parcialmente" (REsps. nºs 169.239/SP, 174.345 e 67.112/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro, *DJ* 19/3/2001, 31/5/1999 e 23/10/1995); (II) a lei protege a moradia, seja de uma ou de mais pessoas, viúva, separada, ou de irmãos solteiros: REsp. nº 159.851/SP, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 22/6/1998: "Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido"; REsp. nº 57.606/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Fontes de Alencar, *DJ* 15/5/1995: "Ao imóvel que serve de morada às embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei nº 8.009/90".

No REsp. nº 226.101, 4ª Turma, assim me manifestei:

> 2. A eg. Câmara afastou a incidência da Lei nº 8.009/90 pelo único fundamento de que residem no imóvel os filhos do executado 'que, no entanto, com eles não reside. Sendo assim, não se encaixam no conceito de entidade familiar preconizada pela Constituição da República para fins de proteção pelo Estado'. Contudo, no REsp. nº 159.851-SP, apontado como divergente, ficou reconhecido por esta Quarta Turma que os irmãos solteiros podem alegar a impenhorabilidade do imóvel onde residem, atingido na execução movida contra um deles. Com muito mais razão, então, se o imóvel pertencia ao pai, ora falecido, e aos filhos, por herança da mãe, falecida anteriormente, embora por ocasião do julgamento o executado não coabitasse com os filhos. Ocorre que o v. acórdão apegou-se à literalidade da lei e denegou a pretensão dos embargantes, pois não formam um 'casal', o que pressupõe a existência de marido e mulher; tampouco uma 'entidade familiar', constitucionalmente definida como a união estável entre homem e mulher. Penso, no entanto, que a proteção estendida pela Lei nº 8.009/90 à entidade familiar não se limita à união estável, assim como referido na Constituição para o fim do direito de família, nem à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, como está no direito de família, mas se estende também aos filhos solteiros que continuam residindo no mesmo imóvel que antes ocupavam com os pais. Estes filhos são os remanescentes da família, esta entendida como o grupo formado por pais e filhos, e constituem eles mesmos uma entidade fami-

> liar, pois para eles não encontro outra designação mais adequada no nosso ordenamento jurídico. Se os três irmãos são proprietários de parte do apartamento, herdado pelo falecimento da mãe, e agora também do pai, e ali residem, esse bem está protegido pela impenhorabilidade, pois sua alienação forçada significará a perda da moradia familiar (...).

O tema foi finalmente levado ao julgamento da Corte Especial nos Embargos de Divergência em REsp. nº 182.223-SP. O embargante insurgia-se contra acórdão da Sexta Turma, relatado pelo Ministro Vicente Cernicchiaro, que impedira a penhora de bem imóvel que servia de residência a devedor solteiro. O credor trouxe a confronto o REsp. nº 67.112/RJ, 4ª Turma, da relatoria do Ministro Barros Monteiro (*DJ* 23/10/1995), e sustentou que a pessoa solteira não constitui uma "família", a qual pressupõe "associação", lembrando que a extensão do benefício da impenhorabilidade, nesse caso, favoreceria os maus pagadores. A Corte Especial, na sessão de 6 de fevereiro de 2002, relator para o acórdão o Ministro Humberto Gomes de Barros, decidiu que o imóvel residencial do devedor solteiro é imune à penhora, pacificando, assim, o entendimento do STJ quanto ao tema (Informativo do STJ nº 122).

17.11 – Havendo necessidade de transferência de domicílio por motivo de serviço, o imóvel que ficou locado continua impenhorável: REsp. nº 314.142/PR, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 27/8/2001: "A transferência de domicílio por necessidade de serviço, com a locação do imóvel residencial e aluguel de outro na nova cidade, não descaracteriza o primeiro como bem de família, que continua sendo a garantia da casa própria. Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido".

17.12 – O imóvel residencial é penhorável na execução por dívida de quotas condominiais (dívida *propter rem*) (REsp. nº 160.693/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Ari Pargendler).

17.13 – O imóvel residencial é penhorável para garantir débitos decorrentes de fiança locatícia, nos termos do art. 82 da Lei nº 8.245/91, que excluiu o fiador do benefício da impenhorabilidade do bem de família (REsp. nº 302.603/SP, Quinta Turma, rel. o Min. Gilson Dipp).

17.14 – Quanto à fiança, tem sido limitado o efeito da garantia: "É assente neste Tribunal o entendimento de que o instituto da fiança não comporta interpretação extensiva, obedecendo, assim, disposição expressa do artigo 1.483 do Código Civil. Na fiança, o garante só pode ser responsabilizado pelos valores previstos no contrato a que se vinculou, sendo irrelevante, na hipótese, para se delimitar a duração da garantia, cláusula contratual prevendo a obrigação do fiador até a entrega das chaves" (REsp. nº 306.163/MG, 5ª Turma, Rel. o Min. Felix Fischer, *DJ* 7/5/2001.

17.15 – A responsabilidade dos fiadores em contratos com prazo determinado, prorrogado sem a sua anuência, não se estende até a entrega das chaves, mesmo que haja cláusula expressa nesse sentido. Aplicação da Súmula 214 do STJ: "O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu".

Vide os seguintes acórdãos: "É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o contrato acessório de fiança deve ser interpretado de forma restritiva e benéfica, vale dizer, a responsabilidade do fiador fica delimitada a encargos do pacto locatício originariamente estabelecido. A prorrogação do contrato sem a anuência dos fiadores não os vincula, sendo irrelevante, acrescente-se, a existência de cláusula de duração da responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves, bem como aquela que pretenda afastar a disposição inserta no art. 1.500 do Código Civil. Precedentes" (EREsp. nº 255.392/GO, 3ª Seção, rel. o Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 17/9/2001). "Se os fiadores anuíram a contrato de locação por tempo determinado, a sua responsabilidade vai até o termo final da avença, notadamente se a prorrogação deu-se, tacitamente, sem a expressa concordância deles. Nesse caso fica afastada a regra do art. 39, da Lei nº 8.245/91, apta a estender a responsabilidade decorrente da fiança até a entrega das chaves do imóvel. Precedentes desta Corte. 2 – Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido" (REsp. nº 331.593/SP, 6ª Turma, rel. o Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 12/11/2001). No mesmo sentido: REsp. nº 299.154/MG, 6ª Turma, rel. o Min. Vicente Leal, *DJ* 15/10/2001; REsp. nº 331.531/SP, 5ª Turma, rel. o Min. Felix Fischer, *DJ* 8/10/2001.

17.16 – Havendo transação entre o locador e o locatário, sem a anuência do fiador, este não responde pelas obrigações do pacto adicional. Aplicação da Súmula 214 do STJ. Vide: "Nos termos dos arts. 1.031, § 1º, e 1.503, I do Código Civil, havendo transação e moratória, sem a anuência dos fiadores, não respondem estes por obrigações resultantes de pacto adicional firmado entre locador e locatário, ainda que exista cláusula estendendo suas obrigações até a entrega das chaves, disposição esta que não prevalece. Precedentes do STJ". (REsp. nº 303.541/MS, 6ª Turma, rel. o Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 8/10/2001).

17.17 – O fato de o devedor ter indicado o bem à penhora não o inibe de alegar posteriormente a sua impenhorabilidade (REsp. nº 172.058/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro).

17.18 – "A circunstância de já ter sido beneficiado o devedor, com a exclusão da penhora sobre bem que acabou por ficar no patrimônio do ex-cônjuge, não lhe retira o direito de invocar a proteção legal quando um novo lar é constituído" (REsp. nº 121.797/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

17.19 – A possibilidade de penhora de bem de família dado em hipoteca (art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90) limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da família, não se aplicando em caso de fiança concedida em favor de terceiros (REsp. nº 268.690/SP, 4ª Turma, de minha relatoria).

17.20 – Não se aplica a Lei nº 8.009/90 quando o executado, depois de se desfazer do seu patrimônio, transfere residência para o imóvel penhorado (REsp. nº 252.824/RJ, 4ª Turma, de minha relatoria).

17.21 – A Lei nº 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência. Súmula 205/STJ: "Civil. Processual civil. Locação. Penhora. Bem familiar. Lei nº 8.009/90. Natureza processual. Aplicação imediata. É firme o entendimento consagrado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a regra consagrada no bojo da Lei nº 8.009/90, ao considerar impenhoráveis os bens patrimoniais residenciais, em face de sua natureza processual, possui eficácia geral e imediata, atingindo os processos judiciais

em andamento, motivo pelo qual deve-se cancelar a penhora efetuada antes de sua vigência" (REsp. nº 63.866/SP, 6ª Turma, rel. o Min. Vicente Leal, *DJ* 18/6/2001).

17.22 – Na execução de nota de crédito comercial, é impenhorável o imóvel que serve de moradia à família do executado; nula a penhora, também é nula a arrematação efetuada pela CEF, credora hipotecária, que havia financiado a aquisição do imóvel, uma vez que não se tratava de execução da hipoteca. Não incide, no caso, a regra do art. 3º, II e V, da Lei nº 9.009/90 (REsp. nº 412.834/RS, 4ª Turma, de minha relatoria).

17.23 – O imóvel em construção que se destina à residência da família do devedor é impenhorável (REsp. nº 96.046/SP, 2ª Turma, rel. o Min. Francisco Peçanha Martins. No mesmo sentido: AG nº 447.740/PR, de minha relatoria).

17.24 – A garagem, embora com matrícula própria, não pode ser penhorada (REsp 222.012/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Direito). Em sentido contrário: REsp 32.284/RS; AGA 453.085/SP, 3ª Turma, rel. o Min. Ari Pargendler).

18 REVISÃO DE CONTRATOS SUCESSIVOS

Tem sido permitida na Quarta Turma a revisão dos contratos sucessivos celebrados entre as partes, um sendo a renovação do outro, com novos valores ou novas cláusulas. Entende-se que há aí uma renegociação da mesma dívida. Caso se pretenda discutir o saldo devedor, impende que tudo seja revisto. Não há novação propriamente dita, mas, se houvesse, a novação não validaria cláusulas inválidas (art. 1.007 do Cód. Civil). O fato de já ter sido efetuado o pagamento não elimina a possibilidade da revisão, pois o pagamento extingue a dívida, mas não o direito de discutir judicialmente aquilo que foi exigido. É bom ter presente que muitas vezes o devedor paga para se livrar dos inconvenientes da mora, como inscrição na Serasa, ou SPC, ou em outros registros, além do protesto, mas isso não significa renúncia ao direito de discutir o valor do débito (REsps. nºs 293.778/

RS e 218.701/RS, 4ª Turma, de minha relatoria). "A renegociação de contratos bancários não afasta a possibilidade de discussão judicial de eventuais ilegalidades" (REsp. nº 237.302/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo).

19 PROAGRO

Na execução de crédito agrícola, na qual se inclui também o pedido de pagamento do devido ao Proagro, entende-se que o executado pode opor ao banco-exeqüente a defesa que tiver contra a cobrança do Proagro. Essa defesa pode versar sobre os percentuais e sua incidência mais de uma vez ("A contribuição devida ao Proagro pode ser cobrada uma vez" – REsp. nº 128.938/RS, 4ª Turma, de minha relatoria). Tal legitimidade é admitida porque, quando o Banco do Brasil cobra o valor do seguro agrícola (Proagro), é ele parte legítima para responder aos embargos opostos pelo devedor (REsp. nº 79214/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro), mas é parte ilegítima para responder pela ação de cobrança do seguro, administrado pelo Banco Central.

20 IMPENHORABILIDADE DE BEM DADO EM GARANTIA

A impenhorabilidade dos bens dados em garantia de crédito rural (Decreto-lei nº 167/67) ou industrial permanece durante a vigência do contrato, mas não se estende para depois do contrato vencido, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 140.437/SP): "Execução. Penhora. Hipoteca. Cédula rural. Impenhorabilidade (art. 69 do Del. 167, de 14/2/1967). Limite. Os bens dados para garantia hipotecária em cédula rural são impenhoráveis (art. 69 do Del. 167, de 14/2/1967), mas tal restrição perdura apenas durante o período de vigência do contrato. Precedentes do STF e da 4ª Turma" (REsp. nº 35.643/MG, 4ª Turma, Rel. o Min. Barros Monteiro, *DJ* 10/11/1997). No mesmo sentido: REsp. nº 83.648/ES, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 27/5/1996.

21 CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO

O contrato de abertura de crédito não é título executivo, mas é hábil para a propositura da ação monitória: "O contrato de abertura de crédito em conta corrente bancária não é título executivo, mas nada impede que este seja obtido por meio da ação monitória" (REsp. nº 229.027/PR, 3ª Turma, Rel. o Min. Ari Pargendler, *DJ* 10/9/2001). "O contrato de abertura de crédito em conta corrente constitui prova escrita hábil ao ajuizamento da ação monitória" (REsp. nº 215.796/MG, 4ª Turma, Rel. o Min. Barros Monteiro, *DJ* 21/8/2000)". Colhe-se do voto do eminente Relator:

> Após longos debates, a Segunda Seção desta Corte, em decisão proferida nos autos dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 108.259-RS, firmou o entendimento no sentido de que o contrato de abertura de crédito, mesmo subscrito por quem é indicado em débito e assinado por duas testemunhas, não constitui título executivo, ainda quando a execução seja instruída com extratos e que os lançamentos fiquem devidamente esclarecidos, com explicitação dos cálculos, dos índices e dos critérios adotados para a definição do débito, por constituírem documentos unilaterais de cuja formação não participou o eventual devedor. E há pouco, tal orientação jurisprudencial cristalizou-se no enunciado da Súmula nº 23 desta Casa: 'O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta corrente, não é título executivo'. Nessas condições, perfeitamente compreensível que a instituição financeira optasse pela ação monitória para não correr o risco de deparar-se com a construção pretoriana que nega àquele contrato a qualidade de título executivo extrajudicial. Ao depois, sabe-se que nem sempre o banco está em condições de apresentar um completo demonstrativo contábil, de modo a evidenciar de modo cabal e pleno a evolução do débito exigido. Continua presente aí o risco de ver indeferido o processo de execução. Considero, pois, que o Acórdão recorrido, desatendendo aos princípios da economia processual, celeridade e instrumentalidade das formas, vulnerou o art. 1.102a do Código de Processo Civil. De outro lado, esta Colenda Quarta Turma já decidiu que, 'não se prestando à via executiva e constituindo-se de documento particular, assinado pelos devedores, bastante a comprovar a existência do débito, o contrato de abertura de crédito mostra-se hábil à utilização do procedimento monitório, no qual, insurgindo-se a parte ré, abre-se a via do contraditório amplo, pelos embargos' (REsp. nº 218.459-RS, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Confiram-se ainda, entre outros, os REsps. nºs 146.511-MG, de minha relatoria, e 234.563-RS, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha. Igual a diretriz

esposada pela C. Terceira Turma (REsp. nº 178.373-MG, rel. o Min. Waldemar Zveiter, e REsp. nº 203.768-RS, rel. o Min. Carlos Alberto Menezes Direito). Assim, o simples fato de ser necessário o acertamento de parcelas acessórias ao débito principal não inibe o emprego do processo monitório.

Assim como o contrato de abertura de crédito não serve para a propositura da execução, assim também a nota promissória a ele vinculada, criada para lhe dar garantia: "I – Contrato de abertura de crédito não constitui título executivo, ainda que subscrito pelo devedor e por duas testemunhas e acompanhado dos demonstrativos de evolução do débito. Precedentes da Segunda Seção. II – A nota promissória vinculada ao contrato de abertura de crédito não goza de autonomia, em face da própria iliquidez do título que a originou" (AEREsp. nº 197.090/RS, 2ª Seção, rel. o Min. Waldemar Zveiter, *DJ* 10/4/2000). "I – A Segunda Seção desta Corte firmou a orientação de que o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado do extrato e da movimentação bancária e assinado por duas testemunhas, não constitui título executivo (EREsp. nº 108.259-RS, *DJ* 20/9/1999). II – A nota promissória vinculada ao contrato de abertura de crédito perde a autonomia, descaracterizando-se como título de crédito hábil a instruir, por si só, a execução" (REsp. nº 158.039/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 3/4/2000).

O contrato de abertura de crédito fixo, quando uma quantia determinada é desde logo posta à disposição do mutuário, é título executivo para a cobrança desse valor, com os acréscimos legais: "O contrato de abertura de crédito fixo constitui título executivo extrajudicial. Precedentes" (REsp. nº 300.711/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro, *DJ* 1/10/2001). No mesmo sentido: REsp. nº 298.416/SP, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 20/8/2001; REsp. nº 308.753/SC, 3ª Turma, rel. o Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 11/6/2001.

22 CÁLCULO DOS ENCARGOS FINANCEIROS

Também se tem reiteradamente afirmado que a necessidade de cálculo dos encargos financeiros e da atualização monetária não retira a executividade do título: "Quando o título requer, apenas, a elaboração de cálculos aritméticos,

não há falar em falta de liquidez, sendo certo que tal se aplica para a conversão de moeda estrangeira pela taxa vigente na data do pagamento" (REsp. nº 270.674/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 20/8/2001). "A necessidade de cálculo de parcelas acessórias não retira a executividade do título" (REsp. nº 260.172/SP, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 30/4/2001). "No tocante à carência de ação, não está caracterizada, tendo em vista que a necessidade de simples cálculos aritméticos para retirar os excessos não retira dos títulos a liquidez e a executividade" (REsp. nº 177.637/RS, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 23/10/2000).

23 CONTRATOS DE DÍVIDA

O credor pode instruir o seu pedido de execução com o contrato (quando se reveste dos requisitos da lei para os títulos executivos) ou com a nota promissória criada em garantia do débito, ou com ambos. O que figura no contrato como devedor solidário responde pelo débito; o que ali consta como "avalista", avalista não é, pois não existe aval em contrato que não seja cambial, e por isso não responde solidariamente. Tratando-se de execução da nota promissória, mas nela não figurando o que assinou o contrato como garante, este não pode ser executado pela nota.

Não há necessidade de serem legíveis as assinaturas das testemunhas do contrato bancário, desde que sobre a autenticidade do documento não se suscite dúvida fundada; nem se exige que estejam assinadas todas as folhas do contrato: "Título de crédito. Testemunhas. Assinatura ilegível ou sem identificação. A exigência de identificação das testemunhas que assinaram o contrato de abertura de crédito, cuja falta o descaracterizaria como título executivo, somente pode ser acolhida quando houver dúvida razoável a justificar tal esclarecimento. Art. 585, II, do CPC. Recurso conhecido e provido" (REsp. nº 295.355/MG, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 22/3/2001). "Cédula rural hipotecária. Não se anula o documento apenas por falta de assinatura dos devedores e garantes em todas as folhas, se não há dúvida sobre a sua autenticidade" (REsp. nº 232.723/SP, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 20/3/2000).

24 OFÍCIO AO BANCO CENTRAL

O requerimento de expedição de ofício ao Banco Central para a localização de contas bancárias em nome do devedor não tem sido deferido, cabendo à parte diligenciar para a obtenção desses dados (REsp. nº 207.450/RS).

25 ÂMBITO DA DEFESA NA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE (*LEASING*)

No *leasing*, a ação de reintegração de posse é a via pela qual pode o devedor discutir as cláusulas do contrato: "A ação de reintegração de posse é a via processual que a lei concede ao credor para o desfazimento do contrato de 'leasing' pelo descumprimento do devedor. A procedência da ação depende da existência da mora e da sua gravidade a ponto de justificar a extinção do contrato. Tendo o devedor alegado que as prestações mensais estão sendo calculadas abusivamente, deve o juiz examinar essa defesa. Pois a reintegratória é a via própria para isso" (REsp. nº 150.099/MG, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 8/6/1998). Constou do voto:

> (...) Mora somente existe quando o atraso resultar de fato imputável ao devedor (art. 963 do Código Civil). Se a exigência do credor é abusiva, e portanto ilegítima, o devedor que não paga o que lhe está sendo indevidamente cobrado não incide em mora, pois pode reter o pagamento enquanto não lhe for dada quitação regular. O melhor comportamento do devedor é, em tal caso, promover a ação cabível para definir o valor exato do débito. Da sua omissão, porém, não resulta a perda do direito de propor as questões sobre os valores devidos, sobre a validade das cláusulas contratuais referentes à sua prestação e sobre a regularidade na composição do débito mensal, o que pode ser feito não apenas em ação própria mas também quando da reintegratória promovida pelo arrendante, ação que corresponde à de resolução do contrato bilateral em geral, e que é a cena adequada para o debate dos temas que envolvem o exato cumprimento do contrato e o exame da legalidade de suas cláusulas. Deixando de examinar a alegada abusividade da avença, matéria de ordem pública a ser conhecida até de ofício pelo juiz, nos termos do art. 51 do CDC, a eg. Câmara causou ofensa a tal dispositivo legal. E ainda: Comercial e Processual Civil. Ação de reintegração de posse.

> Contrato de arrendamento mercantil. Âmbito da defesa do réu....II. Possível a discussão pelo réu, em ação de reintegração de posse decorrente de contrato de arrendamento mercantil, da validade das cláusulas geradoras do débito que deu ensejo à demanda (REsp. nº 263.522, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* 12/2/2001).

26 INEFICÁCIA DA HIPOTECA

A hipoteca constituída pelo construtor sobre o imóvel construído e alienado a terceiro, dentro do SFH, não é eficaz em relação aos adquirentes (REsp. nº 171.421/SP, rel. o Min. Cesar Rocha, rel. p/acórdão o Min. Ruy Rosado, quando proferi o seguinte voto–vogal:

> 1. Peço vênia ao eminente Ministro Relator para conhecer e prover o recurso pelos seus dois fundamentos. 2. Inicio pelo que me parece de procedência mais evidente, sobre a aplicação da Lei nº 8.009/90. Tratando-se de imóveis destinados à residência familiar, são eles impenhoráveis. O v. acórdão recorrido afastou a incidência dessa norma de ordem pública, por dois argumentos: trata-se de financiamento para a construção do imóvel, por isso excluído da imunidade (art. 3º, inciso II); a nova lei não incide sobre penhoras já efetivadas. Nenhuma das teses, porém, pode ser aceita. Os embargantes não firmaram os contratos que instituíram a hipoteca ora em execução, e por essa razão não respondem com a sua moradia pela dívida assumida pela construtora. De outra parte, está pacificado o entendimento neste Tribunal de que a nova lei alcança as penhoras já efetivadas, pois tornou inalienável o bem de família, sendo ineficaz e inútil a penhora já feita (REsp. nº 108.678/SP, de minha relatoria, *DJ* 17/3/1997). Isso já era o bastante para conhecer e dar provimento ao apelo a fim de julgar procedentes os embargos. 3. Examino o tema da execução hipotecária promovida por agente financeiro, integrado ao Sistema Financeiro da Habitação, por dívida hipotecária assumida pela construtora/incorporadora, sendo executados adquirentes finais dos imóveis (mutuários, promissários compradores). Desde logo fica definido que o negócio de financiamento e a venda das unidades habitacionais ocorreu no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, como se pode ver da cláusula 4ª, do contrato de financiamento de Delfin S/A – Crédito Imobiliário, exeqüente, com a construtora Marcovena Ltda., onde é feita referência à vigência da legislação do BNH, e à cláusula 12, onde se afirma que o contrato está vinculado ao SFH. 4. Do ponto de vista legislativo, assim é que foi construído o sistema financeiro da habitação: a) as sociedades de crédito imobiliário (como a Delfin S/A – Crédito Imobiliário, ora recorrida e autora do processo de execução) são órgãos integran-

tes do sistema financeiro da habitação (art. 8º, III, da Lei nº 4.380/64), submetidas à legislação específica; b) "As sociedades de crédito imobiliário somente poderão operar com financiamento para construção, venda ou aquisição de habitações mediante: I – abertura de crédito a favor de empresários que promovam projetos de construção de habitações para venda a prazo; II – abertura de crédito para a compra ou construção de casa própria com liquidação a prazo do crédito utilizado; III – desconto, mediante cessão de direitos de receber a prazo preço da construção ou venda de habitação; IV – outras modalidades de operações autorizadas pelo Banco Nacional de Habitação'. (art. 39 da Lei nº 4.380/64); c) 'Os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado. § 1º Nas aberturas de crédito garantidas pelas caução referida neste artigo, vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada, o credor terá o direito de, independentemente de qualquer procedimento judicial e com preferência sobre todos os demais credores da empresa financiada, haver os créditos caucionados diretamente dos adquirentes das unidades habitacionais, até a final liquidação do crédito garantido. § 2º Na cessão parcial referida neste artigo, o credor é titular dos direitos cedidos na percentagem prevista no contrato, podendo, mediante comunicações ao adquirente da unidade habitacional, exigir, diretamente, o pagamento em cada prestação da sua percentagem nos direitos cedidos.' (art. 22 da Lei nº 4.864/65). 5. No caso dos autos, o contrato de financiamento entre a Delfin e a construtora previa que os adquirentes se subrogaram no débito junto à Delfin (cláusula 8 – fls. 100v), devendo os adquirentes efetuar o pagamento das suas prestações diretamente à Delfin (cl. 20, § 4º), estando esta autorizada a receber os títulos assinados pelos adquirentes (cl. 21). Isso significa que os adquirentes, agora embargantes, respondiam no limite do seu débito junto à Delfin, caso a construtora não pagasse sua obrigação de outro modo. Para tanto, os pagamentos das prestações dos mutuários seriam feitos não à construtora, mas ao agente financeiro (Delfin). Cabia, portanto, ao credor diligenciar para que isso ocorresse, ainda mais que sabidamente os imóveis eram destinados à venda e necessariamente seriam transferidos a terceiros. 6. A hipoteca que o financiador da construtora instituiu sobre o imóvel garantia a dívida dela enquanto o bem permanecesse na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passou a incidir sobre "os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado" (art. 22 da Lei nº 4.864/65), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente, a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve

ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa-fé, que cumpriu com todos os seus compromissos e não pode perder o bem, que lisamente comprou e pagou, em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio. As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não respondem pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema. 7. Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda aprecatar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é comodamente negligenciar na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país pelo SFH assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, lançando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel – que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro –, uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro. No comum dos negócios, a existência de hipoteca sobre o bem objeto do contrato de promessa de compra e venda é fator determinante da fixação do preço de venda, pois o adquirente sabe que a presença do direito real lhe acarreta a responsabilidade pelo pagamento da dívida. Não é assim no negócio imobiliário de aquisição da casa própria de edificação financiada por instituição de crédito imobiliário, pois que nesta operação o valor da dívida garantida pela hipoteca não é abatido do valor do bem, que é vendido pelo seu valor real. Acrescente-se que o tal preço é pago normalmente mediante a obtenção de um empréstimo concedido ao adquirente final, financia-

mento este sim garantido com hipoteca pela qual o adquirente se responsabiliza, pois essa é a sua dívida. Das três personagens que participaram do negócio, duas com intuito de lucro (portanto, correndo riscos) e uma com o propósito de adquirir a casa própria, as duas primeiras negligentes e inadimplentes, – a primeira por escolher mal o seu financiado e por deixar de adotar as medidas permitidas na lei para receber o seu crédito sem causar prejuízo a terceiros, a segunda por não pagar o financiamento recebido –, somente correu o risco e perdeu a terceira, que adquiriu e pagou. Sobre o tema, vale transcrever a observação de Fernando Noronha: 'Na verdade, credor e agente financeiro sabem que são as prestações que forem sendo pagas pelos adquirentes que assegurarão o reembolso do financiamento concedido. Portanto, se a empresa interrompe os pagamentos devidos, o agente financeiro deveria reconhecer a eficácia, em relação a si, dos pagamentos anteriores feitos pelos adquirentes e, para garantir direitos futuros, deveria notificar estes para que passassem a depositar as prestações subseqüentes, sob pena de se sujeitarem aos efeitos da hipoteca assumida pelo incorporador'. (*O Direito dos Contratos e seus princípios Fundamentais*, ed. Saraiva, 1994, fls. 182/183) 7. Por fim, está hoje pacificado que: 'É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro'. (Súmula 84/STJ). Isso posto, conheço do recurso por ofensa ao disposto no art. 1º da Lei nº 8.009/90, e no art. 1.046 do CPC, e pela divergência, dando-lhe provimento a fim de julgar procedentes os embargos, com inversão dos ônus da sucumbência. No mesmo sentido: REsp. nº 205.607/SP, também de minha relatoria).

27 PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Admitida a prisão civil do depositário judicial infiel, a sua decretação fica sujeita ao princípio da proporcionalidade:

2. Foram penhorados um automóvel Fiat, uma linha telefônica e mais alguns móveis. O credor recebeu o veículo e o telefone, faltando a entrega dos demais bens, avaliados inicialmente em R$ 1.250,00, que hoje não valeriam, segundo alegado nos autos, mais do que R$ 350,00, por serem aparelhos de escritório há muito fora de linha. Assim desenvolvido o processo de execução da dívida, não me parece que se deva impor a prisão civil por um ano ao devedor que substancialmente cumpriu com a obrigação de transferir os bens ao credor, o que fez relativamente aos de algum valor. Um ano de prisão pela falta de entrega daqueles bens (R$ 350,00) significaria que um dia de liberdade da pessoa equivale a R$

1,00. Pelo princípio da insignificância, sequer se pune crime contra o patrimônio que produza dano assim pequeno. Não me parece razoável seja aplicada pena de prisão por um ano ao depositário que não consegue entregar pequena parcela dos bens recebidos em depósito. Há evidente ofensa ao princípio da proporcionalidade, com a aplicação da mais severa das sanções, inclusive na órbita penal, para forçar o depositário a entregar bens móveis de valor irrisório, que não chega a 20% de um salário mínimo. A idéia da proporcionalidade, diz o Prof. Willis Santiago Guerra Filho, um dos primeiros a tratar do tema entre nós, traduz-se em um importante princípio jurídico porque viabiliza a dinâmica da acomodação dos princípios e funciona como verdadeiro 'topos' argumentativo, útil para equacionar questões práticas ('O Princípio Constitucional da Proporcionalidade'). É nesse aspecto que serve ao juiz quando colocado diante da possibilidade de aplicar ou deixar de aplicar regras de direito material ou processual que imponham sanções, restringindo alguns bens fundamentais, como a liberdade e a igualdade. Cumpre-lhe atentar para a finalidade a ser atingida e o valor que se quer preservar, a vantagem que daí possa decorrer e a desvantagem no âmbito pessoal ou social. Se a ofensa a ser causada pela sanção for desproporcional ao proveito, deve o juiz deixar de fazer a aplicação judicial da medida, que a lei autoriza, ainda que adequada (eficaz) ou exigível (necessária). Isso é o que explica o uso do princípio da bagatela, no Direito Penal, para afastar a condenação; o princípio do adimplemento substancial, no Direito das Obrigações, para impedir a resolução do contrato; o princípio da insignificância para rejeitar a deserção do recurso que veio com preparo insuficiente, e serve como argumento útil para não se impor a pena de prisão civil a quem cumpriu substancialmente com a sua obrigação de depositário, como no caso do autos, em que se faz incidir imediatamente aquele princípio – que decorre implicitamente do sistema constitucional vigente – para regular uma situação processual. E assim deve ser porque, segundo máxima do Tribunal Constitucional alemão, 'quanto mais a intervenção afeta formas de expressão elementar da liberdade de ação do homem, tanto mais cuidadosamente devem ser ponderados os fundamentos justificativos de uma ação cometida contra as exigências fundamentais da liberdade do cidadão' (*Curso de Direito Constitucional*, Paulo Bonavides, 12ª ed., Malheiros Editores, p. 372) (ROHC nº 12.878/SP, 4ª Turma, minha relatoria, *DJ* 11/11/2002).

28 AÇÃO MONITÓRIA

28.1 – Cheque prescrito. Tem sido admitida a propositura da ação mediante a simples apresentação do cheque cuja ação cambiária esteja prescrita, sendo dispensável a indicação da causa. (REsp. nº 419.477/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 2/9/2002).

No REsp. nº 419.477/RS votei vencido e, nos demais, ressalvei posição contrária à dispensa de indicação da causa do débito, pois o cheque é título abstrato enquanto não prescrita a ação cambial. Depois disso, é um documento de dívida que, para ser objeto de ação de ressarcimento ou monitória, deve ter sua causa indicada a fim de permitir a defesa do devedor. Mesmo porque é documento ordinariamente presente em negócios usurários, sancionados pela MP nº 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, que inverte o ônus da prova, isto é, o credor deve comprovar a origem lícita do seu crédito, e não constitui nenhum exagero pedir ao autor que informe a origem da dívida (REsp. nº 412.053/MG, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 16/9/2002). Era assim que também votava o em. Min. Eduardo Ribeiro: "Ação Monitória – Cheque prescrito – Endossante. A simples alegação de que o réu endossou cheque que não foi pago, não viabiliza a ação monitória. É essencial que seja informada a origem do débito cujo pagamento se pretende. A prescrição é da pretensão de cobrar o cheque e não, apenas, do direito à execução" (REsp. nº 146.441/DF, 3ª Turma, rel. o Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 15/5/2000).

28.2 – "O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória". Súmula 247/STJ.

28.3 – Citação por edital. "É possível a citação por edital do réu em ação monitória; sendo ele revel, nomear-se-á curador especial para exercer a sua defesa através de embargos (art. 1.102 do CPC)". (REsp. nº 175.090/MS, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 28/2/2000). No mesmo sentido: REsp. nº 297.413/MG, 3ª Turma, rel. a Min. Nancy Andrighi, *DJ* 28/5/2001.

28.4 – Título executivo. "Havendo dúvida sobre a exeqüibilidade do contrato, pode o credor valer-se da ação monitória, em vez da execução, com vista a obter a certeza de seu direito pela via do título judicial" (REsp. nº 248.293/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 7/8/2000).

28.5 – "Documentos sem qualquer valor probatório, por serem cópias sem autenticação, redigidos em língua estrangeira e desacompanhados da devida tradução não ensejam o ajuizamento da demanda de cunho monitório". (Apelação Cível 19/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 2/10/2000).

28.6 – Fatura de serviços. "A fatura mensal emitida pela credora, que enumera serviços médicos e laboratoriais os mais diversos, e apenas indica a sua quantidade e valor, não é suficiente para a propositura de ação monitória. Art. 1.102-A do CPC. Recurso não conhecido" (REsp. nº 264.060/PI, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 12/2/2001).

28.7 – Ensino. Contrato de prestação de serviços educacionais. "O contrato de prestação de serviços educacionais pode ensejar a propositura de ação monitória, reservando-se aos embargos a matéria relacionada com a invalidade de cláusulas convencionadas" (REsp. nº 286.036/MG, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 26/3/2001).

28.8 – "Romaneio". Litisconsórcio. "A ação monitória pode ser proposta por vários produtores rurais, credores da mesma empresa comercializadora da safra de café, uma vez que se trata de litisconsórcio facultativo, formado com base no art. 46, IV, do CPC. – O "romaneio", documento fornecido pelo comprador do produto agrícola quando do recebimento da mercadoria, é documento hábil para o ajuizamento da ação monitória". (REsp. nº 324.656/ES, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 18/2/2002).

28.9 – Cartão de crédito. "A petição inicial de ação monitória para cobrança de dívida oriunda de cartão de crédito deve vir acompanhada, além da prova do contrato, de demonstrativo esclarecedor da formação do débito, com indicação de critérios, índices e taxas utilizadas, desde o seu início, a fim de que o devedor possa se defender pelos embargos. – A falta pode ser declarada, de ofício, em segundo grau –. O autor, porém, tem o direito de supri-la, nos termos do art. 284 do CPC. Recurso conhecido em parte e provido" (REsp. nº 319.044/SP, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 18/2/2002).

28.10 – Prova. Cerceamento de defesa. "O réu da ação monitória tem o direito de provar tudo o que de relevante alegar um sua defesa, inclusive a prática de usura por parte do autor. Nesse ponto, prevalece o disposto na MP nº 2.172, de 28/6/2001, que inverteu o ônus da prova. Recurso não conhecido" (REsp. nº 336.434/DF, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 6/5/2002).

28.11 – Telefone. "Para a propositura da ação monitória é indispensável a prova da existência da dívida e do seu valor. Sem a especificação dos serviços fornecidos pela companhia telefônica (Telemig) e do seu valor, a simples emissão de duplicata sem aceite não é suficiente. A presunção que decorre da falta de impugnação do protesto deve estar amparada no restante da prova" (REsp. nº 329.922/MG, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 20/5/2002).

28.12 – Procedência dos embargos. "Nada impede que o juiz, a despeito de ter processado a ação monitória, julgue mais tarde, por ocasião dos embargos, insuficiente a prova que a instruiu. Recurso especial não conhecido" (REsp. nº 250.640/SE, 3ª Turma, rel. o Min. Ari Pargendler, *DJ* 5/8/2002).

28.13 – Prova escrita. "Para a propositura da ação monitória, não é preciso que o autor disponha de prova literal do *quantum*. A 'prova escrita' é todo e qualquer documento que autorize o Juiz a entender que há direito à cobrança de determinada dívida. ..." (REsp. nº 437.638/RS, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro, *DJ* 28/10/2002).

28.14 – Duplicata sem aceite. Protesto. "O protesto sem impugnação faz presumir a concordância do devedor quanto à existência da dívida, razão pela qual a duplicata sem aceite e protestada pode servir à instauração do procedimento monitório" (REsp. nº 247.342/MG, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 22/5/2000). No mesmo sentido: REsp. nº 204.894/MG, 3ª Turma, rel. o Min. Waldemar Zveiter, *DJ* 2/4/2001.

28.15 – Duplicata. "Constitui documentação hábil ao ajuizamento de ação monitória a instrução da inicial com 'borderô de desconto de duplicata', assinado pelos devedores, acompanhado de demonstrativo do saldo, de cópia do título e da prova do creditamento do valor correspondente na conta corrente do 1º recorrido". (REsp. nº 195.972/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 13/8/2001). Assim também para as triplicatas: "As triplicatas sem aceite, acompanhadas das respectivas notas fiscais e dos instrumentos de protesto, sem impugnação, servem como títulos hábeis para o ajuizamento da ação monitória" (REsp. nº 281.284/RJ, 3ª Turma, rel. o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 27/8/2001).

28.16 – Extratos bancários, ficha cadastral e cartão de assinaturas:

> ...I – O procedimento monitório, também conhecido como injuntivo, introduzido no atual processo civil brasileiro, largamente difundido e utilizado na Europa, com amplo sucesso, tem por objetivo abreviar a formação do título executivo, encurtando a via procedimental do processo de conhecimento. II – A ação monitória tem a natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, sendo facultada a sua utilização, em nosso sistema, ao credor que possuir prova escrita do débito, sem força de título executivo, nos termos do art. 1.102a, CPC. III – Se os extratos bancários, a ficha cadastral e o cartão de assinaturas demonstram a presença da relação jurídica entre credor e devedor e denotam indícios da existência do débito, mostram-se hábeis a instruir a ação monitória. IV – Em relação à liquidez do débito e à oportunidade de o devedor discutir os valores, a forma de cálculo e a própria legitimidade da dívida, assegura-lhe a lei a via dos embargos, previstos no art. 1.102c, que instauram amplo contraditório e levam a causa para o procedimento ordinário. V – Uma vez opostos embargos ao mandado monitório, instaura-se a via ampla do contraditório, através do procedimento ordinário, de modo que a sentença que acolhe esses embargos passa a constituir título executivo judicial, nos termos do art. 584, I, CPC, incumbindo ao credor ajuizar a execução, após encerrado o processo de conhecimento (REsp. nº 220.887/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 3/11/1999).

28.17 – Documentos. "Evidenciando os documentos que instruem a peça exordial a presença de relação jurídica entre credor e devedor, bem como indícios da existência de débito, de modo a serem tidos como 'prova escrita sem eficácia de título executivo', cabível é a ação monitória. Precedente do STJ. ... " (REsp. nº 331.367/MG, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro, *DJ* 4/3/2002).

28.18 – Extratos. Juntada posterior. "Embora o banco não tenha exibido os extratos de conta corrente desde o início do período contratual, nada obsta que, diante da impugnação ofertada pelo réu, supra a deficiência durante a instrução processual. Recurso especial não conhecido" (REsp. nº 417.016/SP, 4ª Turma, rel. o Min. Barros Monteiro, *DJ* 16/9/2002).

28.19 – Extratos. Falta. Suprimento. "A petição inicial da ação monitória fundada em contrato de abertura de crédito deve vir acompanhada de documentos que expliquem a formação da dívida cobrada, desde a sua origem, com

indicação dos encargos e seus percentuais, a fim de que possa o réu apresentar os seus embargos. No caso dos autos, a falta ficou sanada com a atividade do perito, que trouxe aos autos, juntamente com o seu laudo, cópia dos extratos desde o início da execução do contrato" (REsp. nº 399.568/MG, 4ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 21/10/2002).

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson. D*ireito bancário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, , 2000.

ALCARO, Francesco. *Soggetto e contratto nell'attività bancaria*. Milão: Giuffrè, 1981.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ASHTON, Peter. "Juros, especialmente compostos", *in*: Direito & Justiça. *Revista da Faculdade de Direito*/PUC/RS, Porto Alegre, vol. 12, ano X.

BESSONE, Darcy. *Do contrato – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BOLAFFIO. II Codice di Commercio Commentato. I/282/283.

COUTO E SILVA, Clovis Verissimo. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

COVELLO, Sérgio Carlos. Notas sobre os contratos bancários. *Revista de Direito Civil*, 45/110.

DUTILLEUL ET DELEBECQUE. *Contrats civils et commerciaux*. Paris: Précis Dalloz, 1991.

ESPINOLA, Eduardo. Dos c*ontratos nominados no Direito Civil brasileiro.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. 3/2/448.

GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*. São Paulo: RT,1972.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad civil contractual o extracontractual: ?unidad o separación?*. Anais do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil, Blumenau/SC, out./nov., 1995.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Dos Effeitos das Obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

LA LUMIA, "Materia bancaria e diritto bancario", *Riv. Dir. Com.*, I/123.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LUCCA, Newton de. Anais do Congresso Internacional sobre Responsabilidade Civil. Blumenau, Santa Catarina, out./nov., 1995.

MAHUS, Frederic. German Bank Contracts Conditions, in: *The George Washington Journal International Law and Economics*, v. 20.

MARQUES, Claudia Lima. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales.* Barcelona:

Bosch, 1995. Trad. para o espanhol por Ángel M. Sarrion.
MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro: Borsoi, v. 42, págs. 372/374.

LUZ, Aramy Dornelles. "Negócios jurídicos bancários", São Paulo: RT, 1996.

PARDON, Jean. Les dispositions des Communautés Européennes régissant les opérations de crédit, *in*: Rechtsfragen bei Bankleistungen im Europäischen Binnenmarket", Köln, 1994.

PINTO, Motta. "Contratos de adesão". *Revista Forense*, v. 257, p. 33.

RIVES-LANGE ET CONTAMINE-RAYNAUD. *Droit bancaire*. Paris: Dalloz.

SANTOS, Vicente. *El contrato bancario*. Universidad de Bilbao, 1972.