



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



03135268

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 991.05.029193-0/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante EDMILSON SILVA ARAUJO (JUSTIÇA GRATUITA) sendo embargado BANCO ITAÚ S/A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM OS EMBARGOS. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente) e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 11 de agosto de 2010.

RIZZATTO NUNES
RELATOR

VOTO N°: 14940 (Ap. v12775 e ED. v13842)
EDEC.N°: 991.05.029193-0/50001
COMARCA: SÃO PAULO
EBTE. : EDMILSON SILVA ARAUJO
EBDO. : BANCO ITAÚ S/A

***RECURSO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO -**
Autor que nesta via recursal demonstra ainda estar na posse do imóvel financiado e que havia sido indevidamente leiloado extrajudicialmente - Modificação do julgado anterior, para ampliar o provimento do apelo do ora embargante, julgando procedente a ação cautelar e procedente em maior extensão a ação principal - Anulação do leilão e de todos os atos posteriores a ele ligados - Embargos acolhidos com modificação do acórdão embargado nos termos acima.*

Trata-se de reiteração de embargos de declaração opostos contra o V. Acórdão de fls. 275/283 que deu parcial provimento ao recurso de apelação do ora embargante, interposto contra a r. sentença de fls. 187/189.

Afirma que o julgado, no tocante à não manutenção da sua posse no imóvel, contraria decisão proferida em sede de agravo de instrumento extraído dos autos da ação paralela de imissão de posse, copiada às fls. 362/366.

Determinada a manifestação do embargado sobre os documentos de fls. 362/366, o mesmo, embora intimado, ficou-se inerte.

É o relatório.

Quando foi proferido o V. Acórdão de fls. 275/283 não se tinha notícia de que o autor-embargante ainda se

encontrava na posse do imóvel financiado e que havia sido indevidamente leiloado extrajudicialmente.

Foi por isso e somente por isso que num dos pontos julgados ficou assim decidido:

*"Além disso, é de se considerar, frise-se, que no caso concreto cabe ao Judiciário o controle dos valores exigidos no contrato em discussão, o que afasta de qualquer modo a execução extrajudicial **sponte propria** do credor.*

In casu, todavia, como o leilão extrajudicial foi realizado, o imóvel acabou arrematado pelo próprio credor (fls. 58 do apenso) e posteriormente vendido para terceiros (fls. 62/65 do apenso). Por isso, e para não prejudicar direito de terceiros, transformar-se-á o pedido de anulação do leilão extrajudicial e devolução do bem em indenização" (fls. 278/279).

E, com base nisso, uma das conclusões do julgado foi a de que *"Quanto à ação cautelar, a mesma ficou prejudicada em função do acima apontado. Por isso, dá-se a mesma por prejudicada e condena-se o banco réu a indenizar o autor no valor correspondente ao do imóvel financiado. A execução será feita por artigos de liquidação, sendo que a quantia corresponderá a de imóvel do mesmo padrão do financiado" (fls. 283).*

Acontece que, agora, com a apresentação dos novos embargos de declaração, o autor comprova que permanece na posse do bem ilegalmente vendido e pretende ficar com o mesmo, conforme o pedido inicial.

Leia-se trecho no Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 535.497-4/8-00, da lavra do I. Des. José Luiz Gavião de Almeida, em decisão unânime:

"Mas já se observou que os litigantes são duas vítimas de uma mesma instituição financeira, que não se pejou em proceder a execução extrajudicial embora existente procedimento judicial que contestava a dívida cobrada. E depois não hesitou em transferir imóvel que sabia litigioso para o ora agravado.

Em resumo, fica mantida a solução pela continuidade, com o agravante, da posse do bem disputado. E fica facultado ao agravado o levantamento do que foi depositado a título de pagamento do condomínio do imóvel citado. Faculta-se ao agravado, ainda, a prova, em primeiro grau, de que suas despesas com IPTU e condomínio foram superiores ao valor do depósito" (fls. 365).

O Agravo de Instrumento foi proposto pelo embargante Edmilson e tem a seguinte ementa:

"Imissão de posse - Bem arrematado em leilão - Mantida a solução pela continuidade, com o agravante, da posse do bem disputado - Deverá o agravante depositar, em cinco dias, a diferença faltante. Os valores vencidos durante esta ação também devem ser pagos pelo agravante, tanto que deles tenha ciência, ou por via própria ou por comunicação no processo de imissão - Recurso provido com observação" (fls. 362).

Logo, o ponto decidido no V. Acórdão de fls. 275/285 acima referido desta C. Câmara há de ser alterado porque, repita-se, somente foi julgado daquele modo porque não se tinha notícia de que o autor, ora embargante, ainda estava na posse do bem.

Diante do exposto, acolhem-se os embargos de declaração para modificar o julgamento de 12.08.2009 e ampliar o provimento parcial do apelo de fls. 197/209 do autor e julgar

a ação cautelar procedente e procedente em parte em maior extensão a ação principal.

Para não deixar a redação do V. Acórdão de fls. 275/283 truncada, a mesma está sendo neste ato totalmente reformada nos termos abaixo:

"CONTRATO BANCÁRIO - FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - SFH - Ação anulatória de execução extrajudicial c.c. revisional de cláusulas contratuais e repetição do indébito - Relação de consumo - Incidência das regras do CDC - Nulidade da execução extrajudicial do imóvel e, pois, do leilão e dos atos posteriores a ele ligados - Capitalização mensal de juros corretamente afastada e da ilegal Tabela Price, que embute juros capitalizados - Prestações a serem reajustadas pelo PES, pactuado no contrato, devendo o saldo devedor ser reajustado somente depois de abatidas as prestações pagas (art. 6º, 'c' da Lei 4.380/64) - Juros remuneratórios devidos que são lineares e no percentual previamente pactuado na avença - Todavia, não cabe devolução em dobro dos valores eventualmente pagos à maior, porque não demonstrada a má-fé do banco - Ação cautelar procedente e ação principal parcialmente procedente em maior extensão - Recurso provido em parte para esse fim.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 187/189, cujo relatório se adota, que julgou improcedentes as ações, cautelar e principal, para a

anulação de execução extrajudicial cumulada com pedido de revisão contratual e repetição de indébito.

Apela o autor (fls. 197/209), pugnando pela reforma integral da r. sentença. Recorre ao Código de Defesa do Consumidor para insurgir-se contra a onerosidade excessiva do contrato decorrente de cláusulas abusivas que permitem a cobrança de encargos abusivos notadamente as que permitem a capitalização de juros. No mais, reitera o pedido de anulação da execução extrajudicial, informando que obteve liminar em sede de mandado de segurança para suspensão do registro do título de alienação do imóvel objeto do leilão noticiado no item 1.9 da petição inicial.

O recurso não foi preparado, vez que o apelante é beneficiário da assistência judiciária (Lei nº 1.060, de 1950 - fls. 82) e contra-arrazoado (fls. 215/257).

É o relatório.

Edmilson Silva Araújo ajuizou ação contra Banco Itaú S/A, com os demais elementos de fls. 187.

A ação foi julgada improcedente, porém em equívoco.

Primeiramente, diga-se que a relação de fornecimento de crédito, ora em debate, é de consumo por expressa disposição da Lei nº 8.078/90, em vigor desde 11/03/91, confirmada pela Súmula de nº 297, do E. STJ, e pela decisão da ADIN nº 2591-1, do E. STF.

Neste contexto, declara-se nula a cláusula contratual que permite a execução extrajudicial, por suprimir do consumidor o direito de ampla defesa, como tem reiteradamente decidido esta C. Colenda Câmara:

As regras do Decreto-Lei nº 70/66, ao permitirem a execução extrajudicial com o conseqüente leilão e arrematação do bem imóvel, impossibilitam o exercício do

princípio do 'due processo of law' insculpido no cânone 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Trata-se de Decreto-lei editado pelo Presidente da República com vício em suas origens, eis que sob a égide do Ato Institucional nº2, de 27 de Outubro de 1964, nos obscuros anos de plena ditadura militar.

O extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil, em decisão sumulada, assentou que:

'São inconstitucionais os arts. 30, parte final e 31 a 38 do decreto-lei nº70, de 21.11.66'. (Súmula 39)

E o V.Acórdão da mencionada decisão, da lavra do eminente Desembargador PAULO RAZUK, bem equacionou a questão ao dispor:

'Com efeito, a execução extrajudicial do crédito hipotecário, em que a venda do bem, feita por um agente fiduciário, sem possibilidade de defesa pelo devedor, limitado à purgação da mora, choca-se com o princípio da proteção judiciária, acolhido pelos preceitos constitucionais que outorgam o monopólio da jurisdição do Poder Judiciário que garantem o direito de acesso à Justiça, o contraditório e a ampla defesa, bem como o devido processo legal' (Ap. 7.009.997-1, da 23ª Câmara Cível - TJ., Rel. FRANCO DE GODÓI, j. 25.10.06).

'SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. - Financiamento de imóvel. - Ação de revisão de contrato precedida de ação cautelar inominada. - Pretensão de cancelamento da execução extrajudicial do Decreto-Lei nº 70/66. - Cabimento no caso. - Discussão quanto à inconstitucionalidade dos artigos 30, parte final, e 31 a 38, do referido Decreto-Lei irrelevante no caso. - Necessidade, na hipótese, de controle judicial dos valores em discussão. - Sentença reformada no ponto.' (Ap. Cível nº 1.270.924-1; Rel. Oséas Davi Viana; j. 17.05.06).

Claro que não se nega o direito do credor de obter os valores assumidos pelos mutuários por medida judicial que entenda cabível para a cobrança, excetuando a execução extrajudicial.

Além disso, é de se considerar, frise-se, que no caso concreto cabe ao Judiciário o controle dos valores exigidos no contrato em discussão, o que afasta de qualquer modo a execução extrajudicial *sponte propria* do credor.

Logo, sendo nulo o leilão extrajudicial, a arrematação levada a cabo pelo banco é nula. Conseqüentemente, também é nula a venda do imóvel feita pelo banco a terceiros.

Esse terceiro que foi prejudicado pelo banco será por este indenizado. O banco deverá devolver tudo o que dele recebeu, de forma atualizada por correção monetária pela Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça, além de responder por perdas eventualmente apuradas, o que no mínimo diz respeito ao correspondente a aplicação financeira ocorrida entre o período de desembolso e devolução.

Voltando à questão do contrato de financiamento decide-se que na 'Na correção das prestações devem ser aplicados os índices de aumento da categoria profissional dos mutuários, sendo que a correção do saldo devedor somente pode ser feita após o abatimento das prestações, nos exatos termos do artigo 6º, 'c', da Lei 4.380/64. Quanto a esse aspecto, vale a pena consignar a jurisprudência firmada pelo extinto 1ºTAC/SP a respeito:

'Contrato - Financiamento imobiliário - SFH - Prática de correção do saldo devedor e das prestações vincendas, antes da amortização dos pagamentos efetuados no período - Ofensa à norma legal (Lei 4.380/64, art. 6º, 'c'), que determina a amortização, ao menos parcial, das prestações pagas, antes das referidas correções - Sub-sistema normativo voltado para finalidades sociais implantadas pela Política

Habitacional do extinto BNH - Omissão do credor que se volta contra ele - Recurso, nessa parte, provido' (Apelação nº 1.026.038-5, de São Paulo, 9ª Câmara, v.u., Rel. JOÃO CARLOS GARCIA, j. em 17.9.2002).

`Financiamento imobiliário - Amortização do saldo devedor - Tabela Price - Cálculo das prestações que é feito pelo valor inicial e integral da dívida antes de qualquer dedução - Art. 6º, 'c', da Lei 4.380/64 - Impunha-se ao réu a obrigação de corrigir integralmente as prestações antes do reajustamento do saldo devedor - Impossibilidade de se falar na revogação daquele preceito pelo Decreto-lei 19/66, que obrigou a adoção da cláusula de correção monetária nas operações do SFH - Inexistência de incompatibilidade entre o que determinava aquele dispositivo da Lei 4.380/64 e o novo diploma legislativo - Cálculo das prestações que deve anteceder ao reajuste do saldo devedor - Procedência parcial da ação de revisão - Apelo provido em parte' (Apelação 1.183.604-7, 4ª Câmara, Rel. JOSÉ MARCOS MARRONE, j. 16.02.05, v.u.).

O autor também tem razão no que diz respeito aos juros remuneratórios, eis que deverá ser cobrada a taxa pactuada em 10,05% ao ano, nos exatos termos do contrato de fls. 30, e sua aplicação deverá ser linear, vedada a capitalização pelos fundamentos acima.

E a revisão e o cálculo das prestações deverão ser feitos a partir da data da assinatura do contrato.

Também tem razão o autor, no que se refere à inaplicabilidade da TR como indexador, eis que o contrato foi firmado em 03 de julho de 1990 (fls. 37), antes, portanto, da vigência da Lei 8.177, de 10 de março de 1991, valendo consignar a jurisprudência do Eg. STJ, sinalizada na Súmula 295, do seguinte teor:

`A taxa referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei 8.177/91, desde que pactuada'.

Desse modo, afastada a TR, o saldo devedor do financiamento deve ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir de março de 1991 e desde sua contratação (03.07.1990) até esse termo, pelos índices da caderneta de poupança.

A capitalização de juros é prática vedada nos contratos em causa, conforme artigos 4º e 11 do Decreto nº 22.626/33 e Súmula 121 do E. Supremo Tribunal Federal que não foi revogada pela Súmula 596 da mesma E. Corte, pois que cuidam de coisas diversas, esta reportando ao artigo 1º do citado Decreto, que regula o limite da taxa de juros para os bancos, e que resultou derogado pelo artigo 4º, IX, da Lei nº 4.595 de 31/12/64, e aquela dizendo respeito ao já referido artigo 4º do mesmo Decreto, que cuida do anatocismo, estando de pé o referido artigo também com relação às instituições financeiras, salvo nos casos específicos de leis expressas autorizando a capitalização destes e nos períodos mencionados, como é o caso do Decreto-Lei nº 167, de 14/02/67, artigo 5º, na cédula de crédito rural, e do Decreto-Lei nº 413, de 09/01/69, que regula os títulos de crédito comerciais e industriais (art. 5º), aqui por força do artigo 5º da Lei nº 6.840, de 3/11/80, que a autoriza semestralmente (Súmula 93 do E. STJ).

Inclusive pela ilegal utilização da Tabela Price que é mesmo capitalizada. Nesse sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. FCVS. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DE ACORDO COM A CATEGORIA PROFISSIONAL DO MUTUÁRIO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. SÚMULA 5º-STJ. INCIDÊNCIA. TABELA PRICE. JUROS CAPITALIZADOS. ANATOCISMO. CARACTERIZAÇÃO.” (Resp. nº 668.795 - RS (2004/0123972-0), relator Ministro JOSÉ DELGADO, j. 03.05.2005).

Na mesma linha o entendimento desta C. Câmara: 

'SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. - Revisão de contrato de financiamento de imóvel. - Amortização da dívida. - Utilização da 'Tabela Price'. - Método que implica em ilegal capitalização de juros (Decreto nº 22.626/33, arts. 4º e 11). - 'Tabela Price' afastada. - Sentença reformada nesse ponto'. (Ap. nº 1.270.924-1; Rel. OSÉAS DAVI VIANA; j.17.05.06).

Nem a mesmo a MP 2.170-36, de 22.08.2001, tem validade, reforçando ainda mais a impossibilidade da capitalização de juros.

Isso porque, referida Medida Provisória é mais uma daquelas que viola a Lei Complementar 95, de 26.02.1998, uma vez que não atende ao adequado processo legislativo nesta determinado.

Com efeito, essa MP apresenta grave vício de origem capaz de rechaçá-la do ordenamento jurídico, pela não observância obrigatória dos requisitos determinados na Lei Complementar nº 95, de 26.2.1998, publicada no Diário Oficial da União em 27.2.1998, que em seu artigo 7º impõe que 'o primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação', inclusive com a precisa indicação de que 'a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão'.

E, no caso a Medida Provisória 2.170-36, em seu artigo 1º dispõe que:

'Art. 1º. Os recursos financeiros de todas as fontes de receitas da União e de suas autarquias e fundações públicas, inclusive fundos por elas administrados, serão depositados e movimentados exclusivamente por intermédio dos mecanismos da conta única do Tesouro Nacional, na forma regulamentada pelo Poder Executivo'.

Desse modo, afastando-se desses limites, referida Medida Provisória acabou regulando matéria diversa, 

fixando a possibilidade de capitalização de juros no Sistema Financeiro Nacional (artigo 5º, caput).

Vale consignar a lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ao afirmar que '...a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar, em consequência disso não prevalecem contra elas, sendo inválidas as normas que a contradisserem.' ("DO PROCESSO LEGISLATIVO" - 5ª ed. - pág.247 - SARAIVA - 2 002 - São Paulo).

Evidenciada a ilegalidade do processo legislativo que produziu a Medida provisória, a mesma padece de vício de inconstitucionalidade na parte que não cumpre a determinação da Lei Complementar 95/98, razão pela qual não há que se falar em possibilidade de capitalização dos juros, uma vez que a MP referida é que não tem validade.

Mas, o autor não tem razão no que diz respeito à devolução em dobro dos valores eventualmente pagos a maior, eis que não provada a má-fé o banco nesse ponto.

Diante do exposto, dá-se provimento em parte ao apelo para julgar procedente a ação cautelar e procedente em parte e em maior extensão a ação principal nos termos acima e pelo seguinte:

a) fica anulado o leilão extrajudicial e, conseqüentemente, anulados todos os atos posteriormente a ele ligados;

b) determina-se a revisão do cálculo da dívida nos termos supra, o que será feito por arbitramento, sendo que o ônus da sua produção, jurídico e econômico, é do banco (artigo 6º VIII do Código de Defesa do Consumidor);

c) havendo saldo credor a favor do autor, este poderá optar por recebê-lo ou abater o valor do eventual saldo devedor relativo às prestações em aberto, já recalculadas. O saldo credor será atualizado pelos mesmos índices de correção do contrato e com as mesmas taxas de juros remuneratórios, por

questão de isonomia. Após esses acertos, restando ainda dívida a ser saldada pelo autor, a mesma será dividida nas prestações mensais no número de parcelas que restavam a ser pagas, vencendo-se a primeira, trinta dias após a conta de liquidação efetivada e homologada nos autos;

d) arcará o banco com custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para a ação principal e R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para a ação cautelar, com fundamento no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, anotado que o autor decaiu de pequena parte qualitativa de seu pleito;

e) fica autorizada a extração de cópia deste Acórdão para juntada na ação de imissão de posse, que pelo ora decidido perdeu seu objeto.


RIZZATTO NUNES - Desembargador Relator