AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 729.571 - RS (2015/0139605-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MARCO BUZZI**
AGRAVANTE	:	BANCO BRADESCO S/A
ADVOGADOS	:	LENITA FERNANDES MORESCHI - RS016440
		CARLOS AUGUSTO FIGUEIRA AVANCINI - RS030793
AGRAVADO	:	ÁLVARO LUIS FERREIRA FIALHO
ADVOGADOS	:	AMIEL DIAS DE LUIZ - RS078403
		MAIQUE BARBOSA DE SOUZA - RS078171
		MICHELLE BRAGA LUZ MARTINS E OUTRO(S) - RS072234

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por BANCO BRADESCO S/A em face de decisão de inadmissibilidade de recurso especial.

O apelo constitucional, fundamentado nas alíneas "a" e "c' do art. 105, III, da CF, impugnou acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fls. 227/228, e-STJ):

> APELAÇÃO CÍVEL NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. REVISÃO DE CONTRATO.
> - CERCEAMENTO DE DEFESA: A questão ventilada nos autos é exclusivamente de direito, reclamando tão somente a produção de provas documentais, com o que descabe falar em cerceamento de defesa.
> - REVELIA: Apresentada contestação nos moldes das demandas acerca da matéria dos autos, afasta-se a possibilidade de decretação de revelia.
> - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos negócios jurídicos firmados entre as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços (art. 3º, § 2º, CDC). Súmula 297, STJ.
> - JUROS REMUNERATÓRIOS: a) Inexiste abusividade na cobrança de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, considerando os percentuais usualmente praticados no mercado e a não incidência do Decreto n. 22.626/33 - Lei de Usura, nas operações com as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, b) Não juntado o contrato revisando, aplicável a taxa média de juros relativa à época em que se operou a pactuação apurada pelo Banco Central do Brasil (BACEN).
> - CAPITALIZAÇÃO MENSAL: A capitalização com periodicidade inferior à anual é lícita quando pactuada nos contratos firmados após 31/03/00 data de publicação da Medida Provisória n. 1.963/00 cuja inconstitucionalidade, argüida, ainda não foi objeto de provimento pelo c. STF. A capitalização deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada. Recurso Especial n. 973.827/RS representativo de controvérsia. Ausente o contrato não é lícita a incidência da capitalização inferior à anual prevista na Medida Provisória.
> - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA: É valida a estipulação de cobrança de comissão de permanência. Incidência das Súmulas 294 e 296 do STJ. É, no entanto, vedada a cumulação com demais encargos moratórios (juros e multa). Na falta de comprovação da expressa pactuação

(não juntado o contrato revisando, em que pese intimada a instituição financeira), resta afastada a possibilidade de cobrança do encargo.

- TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO. Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC), salvo nos contratos celebrados até esta data e se estiver devidamente contratada. Entendimento firmado pelo STJ, REsp n° 1251331.

MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DA PARTE AUTORA. Mesmo nos casos das revisionais, o trabalho exercido pelo advogado não se restringe a peticionar, englobando diversas outras atividades e, sobretudo, responsabilidades. Assim, devem-se fixar os honorários advocatícios de forma razoável, de forma que não fira a dignidade da profissão. Honorários advocatícios majorados.

- COMPENSAÇAO DOS HONORÁRIOS. Ressalvado posicionamento pessoal pela impossibilidade da compensação, considerando-se a natureza jurídica autônoma dos honorários de sucumbência estabelecida pela Lei 8.906/94, resta mantida a sentença neste ponto.

PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE. APELAÇÃO DO RÉU CONHECIDA EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDA.

Nas razões do recurso especial (fls. 289/317, e-STJ), a insurgente apontou, além do dissídio jurisprudencial, violação dos artigos 192, § 3º da Constituição Federal; 406 do Código Civil; 26 e 28 da Lei 10.931/04; 4º, IX da Lei 4.595/64 e Súmula 382 do STJ. Sustentou, em síntese: a) legalidade dos seguintes encargos contratuais: a1) taxa de juros remuneratórios; a.2) capitalização mensal de juros; a.3) comissão de permanência e Taxa de Abertura de Crédito - TAC; e b) sem a prova do erro ou da cobrança mediante má-fé, não é possível a condenação na repetição de indébito.

Sem contrarrazões (fl. 361, e-STJ).

Em juízo de admissibilidade (fls. 363/377, e-STJ), negou-se seguimento ao reclamo, sob os seguintes fundamentos: i) ser descabida a alegação de ofensa a dispositivo constitucional em sede especial; ii) incidência das Súmulas 282 e 356 do STF e 5, 7 e 83 do STJ.

Daí o agravo (fls. 389/400, e-STJ), no qual a agravante postula a reforma da decisão em testilha, lançando argumentações no sentido de combater os impedimentos acima apontados.

Sem contraminuta (fl. 402, e-STJ).

Em decisão monocrática (fls. 411/412, e-STJ), o Ministro Presidente do STJ determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem, ante a afetação do Tema 935, relativo aos critérios para repetição de indébito diante da nulidade de cláusulas de mútuo bancário.

No entanto, com o cancelamento da referida afetação, os autos retornaram a esta Corte Superior.

É o relatório.

Decido.

A irresignação não merece prosperar.

1. Em contratos de mútuo bancário, não é admitida a cobrança de taxa de juros abusiva, assim considerada a manifestamente excessiva diante da média de mercado

aplicada a contratos da mesma espécie.

No entanto, se questionada a regularidade da taxa de juros e intimada a instituição financeira a apresentar o instrumento contratual, a omissão desta implica a presunção dos fatos alegados pela parte autora, em razão do contido no art. 359 do CPC/73 (art. 400 do NCPC).

Nesse sentido:

> RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRETENSÃO REVISIONAL - NÃO EXIBIÇÃO DOS CONTRATOS - TRIBUNAL A QUO QUE, AO LIMITAR/INADMITIR A COBRANÇA DE ENCARGOS, PAUTOU-SE, UNICAMENTE, NAS ALEGAÇÕES TECIDAS PELAS PARTES E PELO TEOR DA SENTENÇA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO - INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> Hipótese: Análise, em sede de embargos à execução de título extrajudicial, de toda a relação negocial havida entre as partes, embora sem a juntada aos autos dos pactos contratuais, com a consequente declaração de nulidade de disposições contratuais reputadas abusivas.
> (...)
> 3. No que tange à limitação dos juros remuneratórios ao patamar de 24% ao ano, impositiva a reforma do acórdão recorrido. No caso, em razão de o banco não ter exibidido os contratos anteriores, as instâncias ordinárias aplicaram a penalidade prevista no artigo 359 do Código de Processo Civil, oportunidade na qual foram reputados verdadeiros os fatos que a parte executada, por meio dos documentos sonegados, pretendia provar, dentre esses a abusividade dos juros remuneratórios. **O entendimento desta Corte Superior pacificou-se, nos moldes do artigo 543-C do CPC, no sentido de que quando não houver como apurar a taxa cobrada pela instituição financeira, os juros devem ser limitados à taxa média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Banco Central, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.** (Recursos Especiais repetitivos nº 1.112.879/PR e 1.112.880/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgados em 12/05/2010, DJe 19/05/2010)
> (...)
> 6. Recurso especial parcialmente provido a fim de afastar a multa cominada pelo Tribunal de origem em razão de embargos considerados protelatórios, bem como para reformar o acórdão recorrido no que tange aos juros remuneratórios, visto que em razão da aplicação da penalidade do art. 359 do CPC e não tendo como apurar a taxa cobrada, os juros devem ser limitados à taxa média de mercado para operações da espécie divulgada pelo Banco Central. Custas e honorários conforme fixados no Tribunal local em 10% sobre o valor decotado da execução.
> (REsp 1545140/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 05/10/2015)

Assim, como a instituição financeira, nos presentes autos, deixou de juntar aos autos o instrumento contratual, tornando impossível verificar qual a taxa de juros pactuada, esta deve ser limitada à média de mercado, **tal como decidiu o acórdão do Tribunal de origem,** o qual merece ser mantido, em razão da consonância com o entendimento desta Corte Superior.

O acórdão recorrido, portanto, encontra-se, no ponto, em perfeita

consonância com a jurisprudência desta Casa, atraindo a incidência da Súmula 83 do STJ.

2. O entendimento acima apresentado também deve ser aplicado no tocante à comissão de permanência e a TAC.

Esse encargo moratório só pode ser cobrado se estiver expressamente pactuado, conforme pacífica jurisprudência do STJ.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. ABUSIVIDADE. TAXA MÉDIA DE MERCADO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.
> 1. Os juros remuneratórios incidem à taxa média de mercado em operações da espécie, apurados pelo Banco Central do Brasil, quando verificada pelo Tribunal de origem a abusividade do percentual contratado ou a **ausência de contratação expressa.**
> 2. **Admite-se a capitalização mensal dos juros nos contratos bancários celebrados a partir da publicação da MP 1.963-17 (31.3.00), desde que seja pactuada.**
> 3. É admitida a incidência da comissão de permanência desde que pactuada e não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e/ou multa contratual.
> 4. Aquele que recebeu o que não devia deve restitui-lo, sob pena de enriquecimento indevido, pouco relevando a prova do erro no pagamento.
> 5. Agravo interno no recurso especial não provido.
> (AgInt no REsp 1417066/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, **TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018**, DJe 02/04/2018)

Assim, não havendo nos autos a cópia do contrato bancário celebrado entre as partes, é inviável presumir-se a pactuação da comissão de permanência, a qual deve ser afastada da relação negocial.

A propósito:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. REVISIONAL. AUSÊNCIA DO CONTRATO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO. SÚMULA 530/STJ. CAPITALIZAÇÃO MENSAL E ANUAL DOS JUROS. INEXISTÊNCIA DE PACTUAÇÃO. SÚMULA 539/STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
> (...)
> 4. **Como o contrato não foi juntado aos autos, torna-se inviável presumir a contratação de juros capitalizados (mensalmente ou anualmente) e da comissão de permanência. Precedentes.**
> 5. Agravo interno desprovido.
> (AgInt no REsp 1534460/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, **TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016**, DJe 12/12/2016)

Novamente, tem-se como correto o entendimento manifestado pelo Tribunal

de origem, afastando a cobrança da comissão de permanência.

3. A repetição simples do indébito não depende da prova do erro no pagamento, sendo corolário do princípio que veda o enriquecimento ilícito.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. FUNDAMENTAÇÃO. AUSENTE. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. INTERESSE DE AGIR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR. DESNECESSIDADE. ESTATUTO. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5/STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO. OUTROS ENCARGOS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PROVA DO ERRO. RELAÇÃO DE CONSUMO. TESES REPETITIVAS.
> (...)
> 12. **Tratando-se de relação de consumo ou de contrato de adesão, a compensação/repetição simples do indébito independe da prova do erro.**
> 13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.
> (REsp 1649087/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, **TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018**, DJe 04/10/2018)

Observa-se, portanto, que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem acerca da legitimidade passiva está em consonância com a jurisprudência desta Corte, de modo a se impor a rejeição da pretensão recursal veiculada quanto a esse aspecto no apelo extremo, nos termos da Súmula 83 do STJ.

4. Do exposto, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

MINISTRO **MARCO BUZZI**
Relator