RECURSO ESPECIAL Nº 1.405.105 - SP (2012/0242598-7)

RELATOR	:	MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
RECORRENTE	:	ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE EDUCAÇÃO E CULTURA E OUTRO
ADVOGADOS	:	MARCO ANTÔNIO DE ALMEIDA PRADO GAZZETTI
		REJANE CRISTINA SALVADOR
		RAONI MESCHITA FERNANDES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	BANCO BMD S/A - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL
REPR. POR	:	FLÁVIO FERNANDES - LIQUIDANTE
ADVOGADOS	:	AFONSO RODEGUER NETO
		ANDREIA ROCHA OLIVEIRA MOTA DE SOUZA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. MÚTUO BANCÁRIO. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. ARTIGO 21 DO CPC. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORCIONALIDADE. ANÁLISE FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA Nº 233/STJ. CONTRATO DE CRÉDITO FIXO. FORÇA EXECUTIVA. SÚMULAS Nº 7 E Nº 83/STJ.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. A razão de ser do mútuo bancário não afasta a incidência dos regramentos contidos no Código de Defesa do Consumidor. Vencido o Relator.

3. Nos termos do artigo 52, § 1º, do Código de Processo Civil, "*As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação*".

4. A aferição do decaimento de cada litigante com o objetivo de estabelecer a proporção dos ônus sucumbenciais é providência vedada nesta Corte Superior por exigir o revolvimento probatório da causa (Súmula nº 7/STJ). Precedentes.

5. "*Na esteira dos precedentes deste Tribunal, não configura o dissídio jurisprudencial o confronto com súmula, cabendo ao recorrente realizar o cotejo analítico e demonstrar a divergência, utilizando-se, para tanto, dos julgados que deram origem ao enunciado sumular*" (AgRg no REsp 882.392/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 23/3/2011).

6. Assentado pela instância ordinária que o título executivo que alicerça a ação de execução é um contrato bancário de crédito fixo, inviável, nesta instância especial, o reconhecimento de que se trata de um contrato de abertura de crédito rotativo (Súmula nº 7/STJ).

7. Em caso de contrato de crédito fixo, a jurisprudência desta Corte Superior, há tempos, é firme no sentido de considerá-lo título executivo extrajudicial. Incidência, na hipótese, da Súmula nº 83/STJ.

8. Recurso especial parcialmente provido. Vencido, em parte, o Relator, que negava provimento quanto à incidência do Código de Defesa do Consumidor e à aplicação da multa moratória.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial. Vencido em parte o Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino

votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2012/0242598-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.405.105 / SP**

Números Origem: 20110000127803 2012024225987 258299 7330735000 91065037720098260000 991090682557

PAUTA: 21/11/2013 JULGADO: 21/11/2013

Relator
Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO

Secretária
Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE EDUCAÇÃO E CULTURA E OUTRO
ADVOGADOS	:	MARCO ANTÔNIO DE ALMEIDA PRADO GAZZETTI
		REJANE CRISTINA SALVADOR
		RAONI MESCHITA FERNANDES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	BANCO BMD S/A - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL
REPR. POR	:	FLÁVIO FERNANDES - LIQUIDANTE
ADVOGADOS	:	AFONSO RODEGUER NETO
		ANDREIA ROCHA OLIVEIRA MOTA DE SOUZA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Contratos Bancários

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a) para a Sessão do dia 26/11/2013."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.405.105 - SP (2012/0242598-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela Associação Paulista de Educação e Cultura e por Antônio Veronezi, por ambas as alíneas do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

> "*EMBARGOS À EXECUÇÃO - Título executivo - O contrato de abertura de crédito fixo é título executivo extrajudicial - Inaplicabilidade da Súmula 233 do Superior Tribunal de Justiça - Recurso dos embargantes não provido nessa parte.*
> *JUROS - Abusividade não evidenciada - Aplicação das Súmulas 596 e 648 do Supremo Tribunal Federal - Não autoaplicabilidade do art. 192, § 3º da Constituição Federal, suprimido pela Emenda Constitucional nº 40/2003 - Ausência de demonstração de que os juros eram flagrantemente superiores aos praticados pela média do mercado financeiro - Recurso dos embargantes não provido nessa parte.*
> *COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - A cláusula contratual que prevê a comissão de permanência não é potestativa - Todavia, é vedada sua cumulação com quaisquer outros encargos - Recurso dos embargantes provido nessa parte.*
> *MULTA - Redução da multa contratual de 10% para 2% - Descabimento - Hipótese de relação de insumo - Inaplicabilidade das regras do Código de Defesa do Consumidor -Recurso do embargado provido.*
> *COMPENSAÇÃO - Banco em liquidação extrajudicial - Havendo créditos e débitos recíprocos e com a mesma natureza, porquanto decorrentes de operações financeiras, possível a compensação - Aplicação dos arts. 122 da Lei nº 11.101/2005 e 34 da Lei nº 6.024/1974*" (fls. 1.023/1.024).

Foram opostos embargos por ambas as partes, restando parcialmente acolhidos os embargos dos devedores e rejeitados os do banco credor, ora recorrido.

Narram os recorrentes que opuseram embargos à execução promovida pelo Banco BMD S.A. com base no inadimplemento de dois contratos de abertura de crédito com garantia nos valores de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) e R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

O pedido foi julgado parcialmente procedente para reduzir a multa moratória de 10% (dez por cento) para 2% (dois por cento).

No segundo grau, o Tribunal local deu provimento ao recurso do embargado para declarar válida a multa contratual de 10% e deu parcial provimento ao recurso dos embargantes para que a comissão de permanência fosse calculada pela taxa média dos juros de mercado, limitada à taxa do contrato, excluída a cumulação com correção monetária, multa contratual, juros contratuais e moratórios.

Nas razões do especial, os recorrentes alegam que houve negativa de prestação jurisdicional (art. 535, II, do Código de Processo Civil), haja vista que o Tribunal de origem não enfrentou a questão da incidência do Código de Defesa do Consumidor à hipótese, por ser a Associação consumidora final. Alegam, ainda, que foram violados os artigos 165, 458, II, e 459 do CPC, "*na medida em que o Tribunal Local deixou de se manifestar sobre temas essenciais para solução da lide e que foram expressamente referidos pelo Recorrente, findou a Corte por rejeitar implicitamente os argumentos expostos*" (fl. 1.074).

Afirmam que o Código de Defesa do Consumidor (artigos 2º e 29 da Lei nº 8.078/90) incide na espécie, por, ao contrário do que entendeu o Tribunal local, "*tratar-se a recorrente (devedora principal) de associação de educação e ensino, sem fins lucrativos, fato reconhecido na r. decisão que julgou os embargos de declaração e, assim, não se enquadra no conceito de consumidor intermediário, como fez crer o v. acórdão guerreado, o qual é excluído da definição do artigo 2º, do CDC, isto porque, não é aquele que adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, no caso, a embargante não utilizou o produto (dinheiro) para gerar ainda mais crédito e lucro*" (fl. 1.079).

Concluem sustentando que "*o contrato de empréstimo bancário, como reconhecido pelo v. acórdão tem como objeto o crédito de dinheiro e que naturalmente será utilizado para o consumo, não importando se subordinado ou não à aquisição de bem, investimento na produção ou insumo na atividade exercida*" (fl. 1.079).

Insurgem-se, ainda, quanto à fixação da sucumbência (artigo 21 do Código de Processo Civil), porque não foi observada a correta proporcionalidade ao distribuir a condenação entre as partes, porquanto houve redução do débito na ordem de 32% (trinta e dois por cento) no tocante aos pedidos do exequente.

Pela alínea "c", informam que há divergência com a Súmula nº 233 do Superior Tribunal de Justiça, pois o contrato de nº 2080007 é de abertura de crédito em conta-corrente, não podendo, por isso, ser objeto de execução por lhe faltar executividade.

Adotam também o REsp 404.970/SP, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior (DJU 5/5/2003), como paradigma para a tese esposada no recurso especial.

Asseveram que as contas foram abertas única e exclusivamente para cobrir saldo devedor preexistente na conta-corrente da Associação nas datas de vencimento das operações anteriores (fl. 1.085) e que, "*De fato, não é* (sic) *os contratos em exame mero contrato de mútuo-empréstimo, como reconheceu o v. acórdão guerreado, primeiro pela sua própria formalização e segundo devido à mecânica engendrada pela instituição financeira, a qual*

devidamente desvendada pelo r. laudo técnico, inclusive reconhecido no v. acórdão guerreado. (...) Com efeito, somente porque a utilização do crédito deu-se na sua totalidade é que o v. acórdão reconheceu não se tratar de contrato de abertura de crédito rotativo. Contudo, tal entendimento é equivocado, pois o fato de a empresa recorrente ter utilizado a totalidade do crédito, não descaracteriza o contrato de abertura de crédito, primeiramente porque o próprio contrato previa tal hipótese e também porque é da natureza dos contratos de abertura de crédito a faculdade do contratante utilizar parcial (rotatividade) ou totalmente o valor do limite concedido. (...)" (fl. 1.086).

Por fim, aduzem que "*o limite estampado nos contratos em questão eram um limite 'paralelo' ao limite da conta corrente que permanecia 'formalmente' de R$ 20.000,00 sendo o limite total disponibilizado à empresa recorrente, a somatória dos três contratos (os dois executados e o da conta corrente. Ou seja, além do contrato de cheque especial (R$ 20.000,00) existiam os outros contatos de abertura de crédito, também movimentados na conta corrente 014-12259-2 que, a despeito de terem utilização integral do limite do crédito não deixaram de ser contratos de abertura de crédito para movimentação na referida conta, de forma rotativa, tanto que havia a sucessiva contratação de operações a cada vencimento*" (fl. 1.091).

Recurso respondido (fls. 1.123/1.138) e admitido pelo provimento do agravo (fls. 1.235/1.236).

E o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.405.105 - SP (2012/0242598-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): A irresignação merece prosperar em parte.

I. Negativa de prestação jurisdicional

De início, a negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios somente se configura quando, na apreciação do recurso, o tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi.

Não é o caso dos autos, porquanto a questão referente à incidência do CDC foi apreciada, de forma clara e coerente, naquilo que pareceu relevante à causa, nos limites em que proposta a demanda, porém, em sentido contrário ao pretendido pelos recorrentes.

De fato, extrai-se do acórdão de apelação que,

> "*(...)*
> *Em relação ao recurso do embargado, frise-se que a multa moratória deve ser de 10%, como estipulado nos contratos, pois não se admite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie. Isso porque a embargante não é destinatária final do produto (dinheiro) fornecido pelo banco, mas o utiliza como insumo na atividade por ela exercida, razão pela qual não pode ser considerada consumidora*" (fl. 1.033).

E do acórdão dos aclaratórios:

> "*(...)*
> *O acórdão assentou que a devedora 'não é destinatária final do produto (dinheiro) fornecido pelo banco, mas o utiliza como insumo na atividade por ela exercida, razão pela qual não pode ser considerada consumidora' (fls. 951). Assim, o fato de ser associação educacional não a torna destinatária final do produto, ausente o requisito do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor*" (fl. 1.056).

Nesse contexto, não há falar em violação do art. 535 do CPC.

II. Violação dos artigos 165, 458, II, e 459 do CPC

Quanto aos indigitados dispositivos da norma processual, verifica-se que a parte recorrente, nas suas razões recursais, deixou de apontar efetivamente quais foram as "*inúmeras questões de extrema magnitude para a solução da demanda*" que "*não foram apreciadas pelo Tribunal a quo*", o que atrai o óbice contido na Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

> "*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS RAZÕES PELAS QUAIS O DISPOSITIVO FOI CONSIDERADO VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA N. 284 DO STF. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.*
> *(...)*
> *2. Quanto às supostas violações aos artigos 165, 458, incisos II e III, do Código de Processo Civil, estas são genéricas, sem discriminação das razões pelas quais se entendeu que tais dispositivos foram malferidos. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.*
> *(...)*
> *4. Agravo regimental não provido*".
> (AgRg no AREsp 241.398/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/2/2013, DJe 18/2/2013 - grifou-se).

De qualquer modo, pela simples leitura dos arestos combatidos, constata-se que não há nenhuma deficiência na sua fundamentação, estando devidamente expostas e decididas as questões pertinentes ao deslinde da controvérsia.

III. Violação dos artigos 2º e 29 do CDC

No tocante ao Código de Defesa do Consumidor, o acórdão estadual afastou a sua incidência no caso em apreço ao concluir que a relação entre as partes não era de consumo, mas de insumo, sendo que os serviços prestados pela instituição financeira recorrida serviam para fomentar a atividade funcional da recorrente.

Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, conforme se extrai do seguinte aresto:

> "*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇOS BANCÁRIOS. ATIVIDADE MEIO. CDC. INAPLICABILIDADE. NÃO PROVIMENTO.*
> *1. A utilização de serviços ou aquisição de produtos com o fim de incremento da atividade produtiva não se caracteriza como relação de consumo, mas de insumo, a afastar as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.*
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento*".
> (AgRg no Ag 958.160/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 6/3/2012, DJe 22/3/2012).

Ademais, não é possível, em recurso especial, reconhecer a aplicação do CDC em contrato de abertura de crédito, na hipótese em que o tribunal estadual, com espeque na situação fática da causa, entende que não existe relação de consumo entre as partes contratantes, mas de insumo, pois, para alterar essa conclusão, é necessário o reexame de fatos e provas, o que, como cediço, é vedado pelas Súmulas nº 5 e nº 7 do STJ.

Esta Terceira Turma, contudo, no ponto, acompanhou o voto proferido oralmente pela eminente Ministra Nancy Andrighi, que divergiu do posicionamento deste relator, entendendo, em síntese, que a natureza do contrato de mútuo bancário não tem força suficiente para afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, consoante se colhe da leitura das notas taquigráficas extraídas da sessão de julgamento.

Como consequência, foi reduzida, por maioria de votos, vencido o Relator, a multa moratória de 10% (dez por cento) para 2% (dois por cento), nos termos do artigo 52, § 1º, do Código de Processo Civil: "*§ 1° As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação*".

IV. Violação do artigo 21 do CPC

O Tribunal de origem, acolhendo os aclaratórios dos ora recorrentes, assim decidiu:

> "*(...)*
> *Quanto aos ônus de sucumbência, razão assiste aos executados. De fato, o acórdão reconheceu a existência de crédito em a seu favor e determinou a compensação do montante de R$ 1.600.000,00, quantia equivalente a 32% do valor total dos contratos que instruem a execução (R$ 5.000.000,00).*
> *Embora tal matéria não tenha sido suscitada nos embargos à execução, é certo que o banco credor ofereceu resistência ao pedido de compensação (fls. 927/929). Dessa forma, conclui-se que ficou vencido em relação a essa parte da pretensão dos executados.*
> *Assim, os devedores arcarão com 2/3 das custas e despesas processuais, atualizadas desde o desembolso, arcando o banco credor com o restante.*
> *Da mesma forma, condeno os devedores e o credor, respectivamente, ao pagamento de 2/3 e 1/3 dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado do débito, observada a compensação de que trata o ad. 21, caput, do Código de Processo Civil. (...)*" (fls. 1.057/1.058).

Ora, constatado o decaimento parcial de ambas as partes, está caracterizada a sucumbência recíproca (art. 21 do CPC), a ser apurada por ocasião do cumprimento da sentença (AgRg no REsp 742.542/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 7/11/2005). Porém, a análise da proporção em que as partes sucumbiram na demanda está obstada no âmbito do especial por envolver o reexame do conjunto fático-probatório carreado aos autos, o que atrai a Súmula nº 7/STJ (REsp 1.110.550/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, DJe 4/5/2009).

A propósito, ainda, os seguintes precedentes:

"*É pacífico no STJ o entendimento segundo o qual a verificação do grau de sucumbência de cada parte, para fins de aplicação da norma contida no parágrafo único do art. 21 do CPC, enseja incursão à seara fático-probatória dos autos, caso dos autos, o que é vedada pela Súmula 7 desta Corte. Precedentes*".
(AgRg no AREsp 272.099/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/3/2013, DJe 22/3/2013)

"*A pretensão recursal de redimensionamento da condenação em honorários advocatícios, formulada com base no artigo 21 do Código de Processo Civil, prende-se à alegação de que teria havido sucumbência recíproca, e não sucumbência mínima. O exame dessa pretensão demanda o revolvimento de matéria fática, o que veda a Súmula 7/STJ*".
(AgRg no AREsp 241.565/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 10/12/2012).

"*Aferir-se o decaimento de cada litigante, com o objetivo de estabelecer-se a proporção dos ônus sucumbenciais, implica em reapreciação de matéria fática, o que não é permitido neste eg. Tribunal em razão do enunciado da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça*".
(REsp 422.111/AP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ de 13/2/2006)

"*Se restou consignado no aresto recorrido que em face da extensão das sucumbências cada parte arcaria com os honorários de seus patronos, rateando-se as custas, foi aplicado o contido na norma do art. 21, 'caput', da legislação processual, reconhecida a sucumbência recíproca. Discussão acerca do percentual ou em que proporção devem tais verbas serem deferidas, por implicar em reexame de matéria fática, é vedada em sede de Especial*".
(REsp 127.611/DF, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/1998, DJ 14/12/1998)

V. Divergência jurisprudencial - (Súmula nº 233/STJ)

Por fim, pela alínea "c", melhor sorte não socorre os recorrentes. Isso porque a Corte Especial, quando do julgamento do EREsp 180.782/PE, da relatoria do Ministro Franciulli Netto, firmou entendimento de que é inadmissível o recurso especial quando se aponta dissídio jurisprudencial fundamentado em súmula, pois inviável o cotejo analítico da divergência.

Com efeito, é incabível a análise de recurso especial, por quaisquer das alíneas do permissivo constitucional, que tenha por fundamento violação de enunciado ou súmula de Tribunal Superior.

Nesse sentido:

"*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO A SÚMULA E DISSÍDIO COM VERBETE SUMULAR.*
1. O conceito de súmula não se confunde com o de 'lei federal', razão pela qual é de ser negado seguimento a recurso especial, pela alínea 'a' do

permissivo constitucional, quando alegado malferimento a verbete sumular.
2. Na esteira dos precedentes deste Tribunal, não configura o dissídio jurisprudencial o confronto com súmula, cabendo ao recorrente realizar o cotejo analítico e demonstrar a divergência, utilizando-se, para tanto, dos julgados que deram origem ao enunciado sumular
3. Decisão agravada mantida pelos seus próprios fundamentos.
4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO".
(AgRg no REsp 882.392/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/3/2011, DJe 23/3/2011 - grifou-se)

Por outro lado, quanto ao REsp 404.970/SP, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior (DJU 5/5/2003), além da incidência da Súmula nº 284/STF (ausência de citação de qual dispositivo legal teria sido malferido), verifica-se que a divergência jurisprudencial não restou configurada, haja vista que, para a caracterização do dissídio, é indispensável a realização do cotejo bem como a existência de similitude fática entre os julgados, o que não se evidencia no caso dos autos.

De fato, na hipótese, as instâncias ordinárias reconheceram que o título que embasa a execução é um contrato de abertura de crédito fixo, o que não ocorreu no acórdão paradigma.

Ademais, ainda que tal óbice formal pudesse ser afastado - o que não é o caso -, verifica-se que o Tribunal local, diante das provas dos autos, concluiu que a hipótese trata de contrato de abertura de crédito fixo:

"*(...)*
O banco embargado ajuizou ação de execução com base em dois contratos de abertura de crédito, garantidos por notas promissórias, nos valores de R$ 3.000.000,00 e R$ 2.000.000,00 (fls. 13/18).
(...)
Os títulos que instruem a execução trazem valores certos e determinados, que foram creditados de uma só vez na conta corrente da embargante em 02/04/1998 e 03/04/1998, sob a rubrica 'empréstimo CTA', conforme atesta extrato de fls. 23.
Além das quantias creditadas, as partes também pactuaram as condições de pagamento (juros de 4,6% ao mês) e o prazo de vencimento dos contratos (90 dias após a celebração).
Diante dessas características, o perito judicial asseverou que as avenças constituem empréstimo liberados em conta corrente (fls. 438 e 442). Observa-se que o contrato de 'cheque especial' celebrado em 30/03/1998, no valor de R$ 20.000,00 (fls. 79), não se confunde com os títulos objetos da execução.
Portanto, tratando-se de verdadeiros mútuos, e não de concessão de limite em favor da correntista, não há dúvida a respeito da liquidez, certeza e exigibilidade das obrigações.
(...)
O laudo pericial constatou que o contrato 2080007, no valor de R$

3.000.000,00, teve por finalidade quitar os contratos 2080005 e 2080006, ambos no valor de R$ 1.500.000,00 (fls. 435).

(...)

Observe-se, assim, que o débito em questão teve origem no primeiro contrato de mútuo celebrado entre as partes (fls. 479/481), liberado em conta corrente em 22/01/1997 (fls. 459).

Havendo encadeamento de operações, aplica-se ao caso a Súmula 286 do Superior Tribunal de Justiça: 'a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores'. (...)" (fls. 1.026/1.029 - grifou-se).

Ao que se tem, portanto, rever tal conclusão é pretensão que esbarra na já invocada Súmula nº 7 desta Corte Superior.

A propósito:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE QUE SE TRATA DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. REEXAME DE PROVAS. NECESSIDADE. INADMISSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF.*

1. Consoante jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, o contrato de mútuo bancário constitui título apto a embasar demanda executiva.

2. Tendo a eg. Corte de origem assentado que o título executivo que alicerça a ação de execução é um contrato de mútuo bancário, é inviável, em sede de recurso especial, a pretensão de reconhecimento de que se trata de um contrato de abertura de crédito rotativo (Súmula 233/STJ), porquanto tal providência demandaria a interpretação de cláusula contratual e a incursão nos elementos fático-probatórios dos autos, atraindo a incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no Ag 1.266.000/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 7/8/2012, DJe 4/9/2012 - grifou-se)

E como se não bastasse, o Tribunal de origem decidiu em conformidade com a jurisprudência há tempos firmada nesta Corte Superior no sentido de que *"o contrato de crédito fixo possui força executiva"* (AgRg no REsp 765.351/PB, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe 16/4/2012 - grifou-se), atraindo, como atrai, a Súmula nº 83/STJ ao caso.

A corroborar tal entendimento:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. FINANCIAMENTO. CONSTRUÇÃO IMOBILIÁRIA. TÍTULO EXECUTIVO. CRÉDITO FIXO, EMBORA DE LIBERAÇÃO PARCELADA. LIQUIDEZ E CERTEZA AFIRMADA PELO ACÓRDÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E*

7/STJ.
1. Em caso de contrato de crédito fixo, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de considerá-lo título executivo extrajudicial (art. 585, II, do CPC), na medida em que ele se constitui verdadeiro mútuo de importância determinada. O valor do principal da dívida é demonstrável de plano, sendo sua evolução aferível por simples cálculos aritméticos, diferentemente do que ocorre no contrato de abertura de crédito em conta-corrente.
2. O contrato em tela pode ser considerado de crédito fixo, embora de liberação parcelada, pois há certeza e liquidez dos valores.
3. A pretensão de se modificar a conclusão do acórdão recorrido quanto à questão da liquidez e certeza do contrato sub judice exigiria o reexame de provas, bem como interpretação das cláusulas contratuais, o que é vedado no recurso especial, em decorrência da aplicação das Súmulas 5 e 7/STJ.
(...)
5. Agravo regimental a que se nega provimento".
(AgRg no REsp 1.233.423/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/2/2012, DJe 24/2/2012 - grifou-se).

"*AGRAVO REGIMENTAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - VIABILIDADE - PRECEDENTES - JUROS REMUNERATÓRIOS - LIMITAÇÃO EM 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO - INADMISSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - COBRANÇA DE TARIFAS BANCÁRIAS - ILEGALIDADE - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 5 DESTA CORTE - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF - RECURSO IMPROVIDO*".
(AgRg no REsp 1.092.917/RN, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 5/4/2011, DJe 26/04/2011 - grifou-se).

"*PROCESSO CIVIL - CONTRATO BANCÁRIO - MÚTUO - ORIGINÁRIO DE DÉBITO EM CONTA-CORRENTE - TÍTULO EXECUTIVO - O contrato de abertura de crédito fixo, é título executivo, nos termos do Art. 585, II, do CPC, ainda que oriundo de débito em conta-corrente*".
(AgRg no REsp 623.809/MT, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 1º/3/2007, DJ 19/3/2007)

"*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CONTRATO BANCÁRIO. CRÉDITO FIXO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. SÚMULAS N.5 E 7/STJ.*
1. O contrato de abertura de crédito fixo é título executivo extrajudicial. Precedentes. Não-incidência da Súmula n. 233/STJ.
2. Estabelecido nas instâncias ordinárias que a hipótese é de execução de contrato de crédito fixo, e não de abertura de crédito rotativo em conta corrente, como alegam os recorrentes, não há como rever a decisão. Aplicação das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.
Agravo regimental improvido" (AgRg no Ag 581726/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2004, DJ 1º/2/2005 - grifou-se).

"*Agravo no Recurso Especial. Contrato de abertura de crédito fixo. Título*

executivo judicial.
No contrato de abertura de crédito fixo, pactuam as partes o valor a ser creditado pela instituição financeira na conta corrente do devedor e as condições do respectivo pagamento, sendo tal contrato, dotado de liquidez e certeza, título executivo extrajudicial".
(AgRg no AgRg no REsp 286.577/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 1º/3/2001, DJ 26/3/2001 - grifou-se)

"*O contrato de abertura de crédito fixo nada mais é do que, o mútuo de quantia certa e líquida; tem, pois, força de título executivo. Recurso especial não conhecido*".
(REsp 247.902/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLIER, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2000, DJ 16/10/2000 - grifou-se)

Em vista de todo o exposto, não obstante tenha sido vencido na parte referente à incidência do Código de Defesa do Consumidor e à consequente redução da multa moratória, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.405.105 - SP (2012/0242598-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
RECORRENTE	:	ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE EDUCAÇÃO E CULTURA E OUTRO
ADVOGADOS	:	MARCO ANTÔNIO DE ALMEIDA PRADO GAZZETTI REJANE CRISTINA SALVADOR RAONI MESCHITA FERNANDES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	BANCO BMD S/A - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL
REPR. POR	:	FLÁVIO FERNANDES - LIQUIDANTE
ADVOGADOS	:	AFONSO RODEGUER NETO ANDREIA ROCHA OLIVEIRA MOTA DE SOUZA E OUTRO(S)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Srs. Ministros, com a vênia do eminente Ministro Relator, vou acompanhar a divergência no ponto relativo à redução do percentual da multa de 10% para 2%, nos termos do art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.405.105 - SP (2012/0242598-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
RECORRENTE	:	ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE EDUCAÇÃO E CULTURA E OUTRO
ADVOGADOS	:	MARCO ANTÔNIO DE ALMEIDA PRADO GAZZETTI REJANE CRISTINA SALVADOR RAONI MESCHITA FERNANDES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	BANCO BMD S/A - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL
REPR. POR	:	FLÁVIO FERNANDES - LIQUIDANTE
ADVOGADOS	:	AFONSO RODEGUER NETO ANDREIA ROCHA OLIVEIRA MOTA DE SOUZA E OUTRO(S)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

VOTO

Cuida-se de recurso especial interposto por ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE EDUCAÇÃO E CULTURA E OUTRO, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Os recorrentes se insurgem contra o acórdão do TJ/SP, proferido em embargos à execução. Alegam violação de dispositivos de lei, bem como dissídio jurisprudencial. Além da negativa de prestação jurisdicional, sustentam que:

i) aplica-se ao contrato o CDC;

ii) os juros moratórios devem ser limitados a 2% (dois por cento);

iii) o contrato de abertura de crédito não tem força executiva;

iv) os honorários advocatícios não teriam sido bem distribuídos em razão da sucumbência recíproca.

O e. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso especial, ao fundamento de que o Tribunal de origem afastou a aplicação do CDC, bem como atribuiu ao título força executiva, a partir da análise de fatos e provas, que não podem ser revistos pelo STJ, e a partir da qualificação jurídica daí extraída aplicou a jurisprudência desta Corte Superior (Súm. 83/STJ).

É o relatório.

Cinge-se o cerne da controvérsia a definir a incidência do CDC aos contratos *sub judice* e a consequente redução dos juros moratórios aplicados.

Preliminarmente, afasto o óbice das Súmulas 5 e 7, ambas do STJ, para julgamento do recurso especial quanto à aplicabilidade do CDC e consequente redução da multa moratória contratada. Isso porque não há no presente processo qualquer discussão acerca do contexto fático-probatório lançado pelo acórdão de origem, mas mera insatisfação com a qualificação jurídica atribuída pelo TJ/SP aos fatos e ao contrato trazido à apreciação.

Nesse ponto, consta do acórdão recorrido que o TJ/SP afastou a incidência de CDC por entender que os contratos de abertura de crédito bancário, firmados por pessoas jurídicas, são inarredavelmente contratos de insumo.

Todavia, a hipótese dos autos se refere a pessoa jurídica que não tem em seu objeto social qualquer atribuição de repasse ou utilização de crédito. Trata-se de uma associação dedicada a serviços relacionados a cultura e educação, de modo que *a priori* não é possível concluir que tenha se utilizado dos valores obtidos para exclusivo fomento de sua atividade.

Ademais, nota-se que o contrato é referente a uma segunda contratação de abertura de crédito fixo, destinada a pagamento de um financiamento anterior, o que é suficiente para afastar a natureza jurídica de mero contrato de abertura de crédito.

Desse modo, por qualquer prisma que se observa a questão, entendo pela incidência do CDC à hipótese dos autos. Daí ressai a necessidade de se reduzir a multa moratória contratada em 10% para 2%, nos termos do art. 51, § 1º, do CDC.

Forte nessas razões, com as devidas vênias ao entendimento do Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, divirjo parcialmente de seu entendimento, para DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial e reduzir a multa moratória contratada; em relação a todas as demais questões debatidas, acompanho o bem lançado voto do Relator.