Contestação em ação de busca e apreensão

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 16º Vara Cível do Foro Central da Capital ...

Processo nº ...

... , já qualificado nos autos da AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXTINÇÃO DE DÉBITO que move em face de ………… LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL, atualmente denominado BANCO G……………. S/A, vem por seus advogados e bastante procuradores que esta subscrevem, apresentar Réplica a Contestação de fls. 92/109 pelos motivos de fato e direito a seguir aduzidos.

BREVE SINTESE DA CONTESTAÇÃO:

1. = Alega o Banco réu que o autor efetuou pagamentos de várias parcelas com consideráveis dias de atraso, sem qualquer atualização;

2. = Que os boletos apresentavam a seguinte ressalva:

“AUTORIZANDO BÉBITO DE EVENTUAIS DIFERENÇAS RELATIVAS A INFORMAÇÕES INEXATAS”.

3. = Que o autor ainda deve ao DETRAN as seguintes importâncias: a) R$ 2.454,78, relativa à multa, taxa de licenciamento, DPVAT’s (exercícios 2004 e 2005), e b) R$ 2.106,94, relativa a multas (DETRAN, DERSA, CETESB, MUNICIPAIS), não saldadas até a presente data;

4. = Que o valor do saldo devedor do principal, relativo a contraprestações e parcelas do valor residual, despesas administrativas e recolhimento do IPVA, relativo ao exercício de 1999, em 20/05/2005 importa em R$ 1.494,27;

5. = Que assim sendo, o existem débitos na ordem de R$ 6.055,99, o que impede a transferência ao autor, pois o veículo ainda continua sendo de exclusiva propriedade do réu;

6. = Afirma ainda o réu que inexiste relação de consumo, não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor no presente caso;

7. = Por fim alega que não houve dano moral no caso, pois não ocorreu efetivo prejuízo decorrente da comprovada ação ou omissão do agente.

DOS FATOS E DO DIREITO:

8. = A empresa ré, apresenta valores devidos pelo autor por conseqüência de atrasos no pagamento de parcelas do referido financiamento.

9. = Ocorre que o autor vem tentando regularizar a situação junto a empresa ré há muito tempo, sem jamais ser cientificado do problema, ou notificado sobre o alegado saldo devedor;

10. = Agora, apresenta a empresa ré, planilha com supostos valores devidos, no entanto com valores muito maiores do que realmente deve o autor, senão vejamos;

11. = O contrato juntado a estes autos, fls 12/13 apresenta clausulas abusivas, que vem sendo declaradas nulas de pleno direito pela jurisprudência pátria, conforma será explicitado mais adiante;

12. = A planilha que acompanha a contestação não vem acompanhada de nenhum cálculo dos valores apresentados, não comprovando a origem de débitos apresentados, como despesas administrativas sem especificação e recolhimento de IPVA, sem a devida comprovação, o que, diga-se de passagem, é totalmente abusivo.

13. = Quanto aos valores devidos ao DETRAN, não tem nenhuma relação com estes autos, visto que não são devidos à empresa ré, portanto não devem ser considerados.

Do Cabimento do Código de Defesa do Consumidor:

14. = No caso em baila está claro que o requerente é consumidor do produto vendido pela empresa ré. Isto, pois se encaixam no que determinam os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

15. = O requerente se utiliza do bem como destinatário final e a requerida é fornecedora deste bem. Portanto está demonstrada a relação de consumo entre as partes e assim, o cabimento do citado código.

16. = O fato de o autor ser comerciante nada interfere não tira dele a qualidade de destinatário final do bem, que aderiu a um contrato de adesão na qualidade de pessoa física, objetivando ser destinatário final do bem, no caso um veículo.

17. = Contrato de adesão é aquele em que uma das partes estipula cláusulas ao seu livre arbítrio e discricionariedade enquanto a outra parte simplesmente o adere.

18. = O ilustre Silvio Rodrigues ensina que:

"No conceito clássico de contrato admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas da avenca e na qual as partes, colocadas em pé de igualdade, discutem os termos do negócio. É a chamada fase de puntuação, em que as divergências são elimidas pela transigência dos contraentes. A esse tipo de negócio dá-se o nome de contrato paritário, pois supõe-se a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão a fase inicial de debater e transigência fica eliminada, pois uma das partes impõe a outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar" (Contratos paritários e de adesão in Direito Civil, 2002, p. 44-45).

19. = Esta claro que o contrato em questão é de adesão;

20. = Assim sendo, questiona-se se os contratos de adesão detentores de cláusulas abusivas poderão ensejar a nulidade do contrato, conforme dispõe o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

"art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade".

21. = Sabe-se que a abusividade de uma cláusula contratual é de fácil visibilidade, pois para sua ocorrência basta a percepção de desequilíbrio entre os pólos contratuais..

22. = O instituto leasing foi criado para atender as necessidades das empresas e não do consumidor, pois até o advento da Resolução 2.309/96 do Banco Central, este instituto só era utilizado a pessoas físicas específicas, associados à produção econômica ou profissional.

23. = Por tal fundamentação é comum que haja decisões que não admitam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos arrendatários, pois seu objeto não tem como destinação uso próprio, mas busca atender às necessidades da empresa arrendatária, buscando implementação em sua atividade comercial.

24. = No entanto, tais fundamentações não obstam a possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de leasing, principalmente, no que diz a respeito a reajuste, taxas de juros, etc.

25. = Neste sentido, segue abaixo decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Recursos especiais interpostos por instituições financeiras. Ação civil coletiva ajuizada pelo Movimento das Donas de Casa e Consumidores. Revisão de contratos de arrendamento mercantil. Legitimidade ativa. Substituição da variação cambial pelo INPC. Possibilidade. CDC. Honorários advocatícios. Sucumbência.

Prequestionamento. Comissão de permanência. Taxa de mercado.

– O Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais tem legitimidade para figurar no pólo ativo de ação revisional de contrato de arrendamento mercantil celebrado pelos consumidores de Minas Gerais.

– São aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de arrendamento mercantil – leasing.

– Inviável modificar o acórdão recorrido quando o recorrente deixa de atacar fundamento apresentado pelo Tribunal de origem suficiente para manter suas conclusões.

– É possível que a distribuição da verba honorária seja feita no juízo de execução, quando na fase cognitiva for inviável verificar a condenação real do réu e o ganho efetivo do autor.

– Inviável analisar matéria que não foi debatida pelo Tribunal de origem.

– Admite-se a cobrança de comissão de permanência vinculada à taxa de mercado. Precedentes.

Recursos especiais interpostos por Bradesco Leasing S/A Arrendamento Mercantil, Cia Itauleasing de Arrendamento Mercantil – Grupo Itaú e Pontual Leasing S/A parcialmente conhecidos e providos.

Demais recursos especiais não conhecidos”.

(RESP 579.096/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14.12.2004, DJ 21.02.2005 p. 173)

26. = No mesmo sentido, o Desembargador Fenelon Teodoro Reis entende que:

"O contrato 'sub examine' é de arrendamento mercantil – Leasing e, por envolver a compra e venda de um bem e estar o valor residual garantido diluído nas prestações, constitui relação de consumo no âmbito financeiro, tem natureza de contrato de adesão e, de conseqüências, está sujeito ao controle do Código de Defesa do Consumidor" (Série Jurisprudências, 2001, p. 162).

27. = Desta forma, resta claro o cabimento do Código de defesa do consumidor no caso em tela, conforme vem se manifestando a jurisprudência e a doutrina.

Da Cobrança de Comissão de Permanência:

28. = Nos termos da súmula nº 30 do STF, a chamada comissão de permanência não pode ser cumulada com correção monetária, isto ocorre porque aquele distinto colegiado entendeu, que elas têm a mesma natureza, vale dizer, se equivalem e, portanto, devem obedecer aos mesmos índices;

29. = Em outras palavras: extrai-se da Súmula 30 do STJ que a comissão de permanência não se constitui em juros remuneratórios ou compensatórios, mas sim em instrumento de atualização monetária do saldo devedor. Vale dizer: têm a mesma natureza;

30. = Não é de se estranhar, destarte, que tenha decidido o STJ que a comissão de permanência não deve ultrapassar os limites da correção monetária, como se observa:

"(…) II – Nas operações financeiras, a comissão de permanência, quando pactuada, pode ser exigida até o efetivo pagamento da dívida, não podendo, entretanto, ser cumulada com a correção monetária, nem ultrapassar os limites desta.

"III – É lícito ao credor pretender a cobrança da comissão de permanência até o ajuizamento da execução e a incidência da correção monetária a partir dessa data, até o limite da correção." (RECURSO ESPECIAL N.º 80.663 – RS, RELATOR: MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. em 12 de agosto de 1996).

31. = Não resta dúvida: a cobrança da comissão de permanência deve ser efetuada tendo por base os índices da correção monetária, e não mais que isso;

32. = Esta solução é a que vem sendo adotada pelo STJ, como se apanha de recentíssimo julgado daquela Corte Superior (REsp. 94411/PE, DJ 30/11/1998. p. 00164), da lavra do destacado Ministro CESAR ASFOR ROCHA:

"DIREITO ECONÔMICO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E CORREÇÃO MONETÁRIA. A correção monetária é que é a forma legal de se atualizar o débito por índices oficiais, não a comissão de permanência, pois esta importa na estipulação de taxas que fica ao exclusivo alvedrio do credor."

33. = Em resumo: é ilegal a cobrança de comissão de permanência que exceda a correção indicada pelo INPC, haja vista que ela não se constitui em juros remuneratórios ou compensatórios, mas sim em instrumento de atualização monetária do saldo devedor.

34. = Mas não é tudo, vejam que o Superior Tribunal de Justiça afastou a comissão de permanência em cédula de crédito comercial, mesmo sem que constasse na cártula a previsão de incidência de correção monetária, bastando para caracterizar a cobrança abusiva a incidência de multa por inadimplência e juros, tal como decidiu no Resp 303.572/MS:

“COMERCIAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. PACTUAÇÃO EXPRESSA. SÚMULA N. 596-STF. NÃO INCIDÊNCIA EM RELAÇÃO A CRÉDITO COMERCIAL. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR.

LEI N. 6.840/80 E DECRETO-LEI N. 413/69, ART. 5º. SÚMULA N. 93-STJ.

MULTA MORATÓRIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INEXIGIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. PREVISÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO.

I. Admissível a capitalização mensal de juros quando expressamente pactuada, o que ocorre no caso dos autos, ao teor da Súmula n. 93 desta Corte.

II. Inobstante a possibilidade da cobrança da comissão de permanência em contratos estabelecidos pelos bancos, a cédula de crédito comercial tem disciplina específica no Decreto-lei nº 413/69, art. 5º, parágrafo único, e art. 58, que prevê somente a cobrança de juros e multa no caso de inadimplemento.

III. Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador de cédula de crédito comercial, desde que livremente pactuada.

IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

(RESP 303572/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03.04.2001, DJ 25.06.2001 p. 195)”

35. = E ainda:

“COMERCIAL. CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO E ROTATIVO. AÇÃO REVISIONAL E EMBARGOS À EXECUÇÃO. REVISÃO DE CONTRATO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INACUMULAÇÃO COM MULTA MORATÓRIA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. VEDAÇÃO. LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). INCIDÊNCIA.

SÚMULA N. 121-STF.

I. A existência de disposição permitindo a cobrança de comissão de permanência com suporte na Lei n. 4.595/64 c/c a Resolução n.1.129/86-BACEN, e a concomitante previsão contratual de multa por inadimplência exclui aquela parcela, de acordo com as normas pertinentes à espécie.

II. Nas aberturas de crédito fixo e rotativo firmadas com instituições financeiras, ainda que expressamente acordada, é vedada a capitalização mensal dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula n. 121-STF.

III. Recurso especial conhecido e improvido. (RESP 476.663/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04.02.2003, DJ 24.03.2003 p. 238)”

36. = Assim, entendemos que a clausula que possibilita a empresa ré cobrar a comissão de permanência é abusiva e ilegal, devendo ser excluída do cálculo do saldo devedor.

37. = É mister anotarmos que é posição pacificada em nosso ordenamento jurídico, que não se podem capitalizar juros dos juros, portanto o débito deve ser calculado sem o emprego desta prática.

DO PEDIDO:

38. = Requer, que caso existam valores a serem cobrados, seja apresentado cálculo detalhado do alegado valor residual, com comprovação da existência e valor dos débitos, excluindo-se a ilegal comissão de permanência e a cobrança de juros sobre juros;

39. = Requer, outrossim, seja a presente julgada PROCEDENTE, a fim de que seja reconhecida a extinção do crédito do requerente, declarando este quitado;

40. = Reitera ainda o pedido da inicial, de deferimento da Justiça Gratuita, nos termos da Lei 1.060/50.

Termos em que,

Pede deferimento.

…., …. de …. de ….

………………

Advogado OAB/…