

TAISSA NUNES VIEIRA PINHEIRO

**A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS NOS CONTRATOS DE
FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE HABITAÇÃO DE INTERESSE
SOCIAL**

SÃO PAULO, 2021

**A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS NOS CONTRATOS DE
FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE HABITAÇÃO DE INTERESSE
SOCIAL**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Marcelo Gomes Sodré

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2021

Taissa Nunes Vieira Pinheiro

**A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS NOS CONTRATOS DE
FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE HABITAÇÃO DE INTERESSE
SOCIAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo para obtenção do título de mestrado, pelo programa de Pós-graduação em Direito – área de concentração em Direitos Difusos e Coletivos

Orientador: Marcelo Gomes Sodré

São Paulo

2021

Banca examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Marcelo Gomes Sodré, pelo acolhimento, pela atenção e disponibilidade, por ter provocado tantas reflexões ao longo das aulas e também na construção dessa dissertação e respeito da minha autonomia, pela gentileza nas críticas, essenciais para a abordagem crítica proposta nesse trabalho.

Agradeço ao examinador, professor Frederico da Costa Carvalho Neto e à examinadora, professor Mônica de Melo, cujas contribuições no exame de qualificação foram essenciais para aprimoramento do trabalho,

Agradeço aos Movimentos de Moradia da Zona Norte de São Paulo por terem me recrutado para essa luta, em especial às queridas Ana Cristina, Dona Nena, Jô e Geni.

Agradeço aos a que contribuíram diretamente para esse trabalho, em especial, Allan Ramalho, Manuela Beatriz Gomes Battaglia e Golda Mazur Cumming.

Agradeço também a todos os familiares, amigos e amigas que contribuíram de forma essencial por se manterem presentes e existirem na minha vida, trazendo alegria, em especial e sempre, à minha mãe, Ivone, meu porto seguro para todas as horas e à minha filha, Letícia, minha inspiração para sonhar com dias melhores.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
Capítulo 1 – Conceitos e considerações preliminares.....	10
1.1 O contrato como parte integrante da política de financiamento habitacional.....	11
1.2 Da metodologia de interpretação, aplicação e concretização das normas....	16
1.3 Do conceito de vulnerabilidade.....	23
Capítulo 2 – Fontes normativas e temas gerais.....	27
2.1 Dos influxos dos direitos humanos fundamentais.....	28
2.1.1 Da terminologia.....	28
2.1.2 Do direito humano fundamental à moradia.....	30
2.1.3 Do direito humano fundamental à igualdade material.....	40
2.2 Dos influxos do direito civil.....	49
2.2.1 Escorço histórico.....	49
2.2.2 Da boa-fé objetiva.....	57
2.2.3 Da função social dos contratos.....	63
2.3 Dos influxos do direito do consumidor.....	74
2.3.1. Da aplicabilidade do código de defesa do consumidor.....	74
2.3.2. Dos sujeitos da relação contratual.....	79
2.3.3. Cláusulas abusivas.....	82
2.4 Dos influxos das normas específicas relativas à habitação.....	84
Capítulo 3 – Contratos de financiamento: das cláusulas específicas.....	89
3.1. Equivalência salarial.....	90
3.2 Alienação Fiduciária em Garantia.....	95
3.3 Contratos de Gaveta.....	100

3.4 Do Tratamento da Consensualidade nos contratos de financiamento habitacional.....	102
Considerações finais.....	108
Referências bibliográficas.....	110

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto de estudo os contratos de financiamento para aquisição de habitação de interesse social, sob uma perspectiva protetiva dos interesses dos vulneráveis. A hipótese de trabalho é compreender em que medida o ordenamento jurídico prevê a aplica essa proteção.

Aparentemente, uma visão tradicional do direito, baseada na vigência das cláusulas contratais às quais o mutuário aderiu, não soluciona o problema. É certo, todavia, que uma visão mais ampla, colocada no contexto dos direitos humanos fundamentais envolvidos, dos princípios e cláusulas gerais do direito civil, do direito do consumidor e das diretrizes do sistema financeiro de habitação nos fornece instrumentos para salvaguarda da proteção aos mutuários. Por isso, o presente trabalho buscará trazer à luz o sopesamento dos interesses em jogo, para além do conteúdo expresso e literal dos contratos. Dessa forma, a presente pesquisa se assenta em três pilares: a) a outorga de interpretação adequada; b) incorporação de princípios e valores que permeiam o ordenamento jurídico; c) problematização de cláusulas específicas, tanto aquelas que deveriam compor o contrato, quanto aquelas que se encontram presentes e contribuem para ineficiência do sistema. Para cumprir esse desiderato, buscar-se-á identificar, primeiramente, quais são as fontes normativas que regulam o instituto. O excesso de citações diretas decorre da preocupação em demonstrar a existência um entendimento concertado da doutrina, que servirá como base para que sejam realizadas as transposições para o objeto específico da pesquisa.

No primeiro capítulo, o objeto de estudo será inserido no contexto da política de financiamento habitacional e serão abordadas as metodologias de interpretação e concretização das fontes normativas, destacando-se a importância das teorias do *Diálogo das Fontes Normativas*, a aplicação da técnica de *ponderação de interesses* e a *Teoria da Norma Estruturante*, adiante desenvolvidas.

No capítulo seguinte, serão analisadas as fontes normativas que norteiam o instituto. O ponto de partida será compreender o papel desempenhado pelos direitos humanos fundamentais no que diz respeito ao seu papel de guia interpretativo para

viabilizar uma interpretação conforme a Constituição. Ao abordar o tema, jamais poderá ser olvidado o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que promove uma alteração na estrutura e no conteúdo de diversas categorias jurídicas, inclusive a dos contratos. Outrossim, a ideia de autonomia da vontade e consensualismo decorrem do sentido outorgado ao direito à igualdade à época. Por isso, buscar-se-á abordar a evolução do conceito de igualdade, transitando do seu sentido meramente formal para ser compreendido de forma tópica e como mecanismo para efetiva proteção aos mais fracos. Destacar-se-á também a incorporação dos direitos sociais ao ordenamento jurídico, em especial à moradia digna e sua eficácia irradiante em relação ao problema concreto abordado na pesquisa.

Será analisada a influência do direito civil, geradora inclusive do próprio conceito do instituto contrato, buscando-se realizar um esboço histórico a respeito da evolução da teoria contratual através das crises atravessadas pelo Direito para, ao final, compreender a concepção atual do instituto, no contexto da pós-positivismo. A partir do direito civil, é possível refletir a respeito da incorporação da função social e da boa-fé objetiva como veículos essenciais para realização da travessia, ainda não concluída, do positivismo para uma nova fase do Direito. Questionar-se-á se os contratos de financiamento para aquisição de habitação de interesse social, haja vista o enorme distanciamento em relação aos postulados da teoria clássica, decorrentes da aplicação conjunta de todas as fontes normativas, reclamam a criação de uma nova categoria jurídica.

Em seguida, a abordagem se voltará ao Direito do Consumidor e suas repercussões, identificando na origem do microsistema pontos de encontro que o aproximam do objeto da pesquisa. Destacar-se-á também a figura desse contratante hipervulnerável, por ser marcado pela hipossuficiência própria da condição de consumidor agregada ao fato de ser um cidadão selecionado pelo Estado, por necessitar de auxílio para alcançar um direito fundamental. Da mesma forma que as normas atuam cumulativamente, as vulnerabilidades se sobrepõem, acarretando seu agravamento.

Por fim, analisar-se-á a normativa legal e infralegal que rege o sistema financeiro de habitação e habitação de interesse social, para compreender se o instrumento jurídico contrato efetivamente funciona como parte integrante da política habitacional ou se, ao contrário, nessa importante fase da execução, o Estado se abstém de atuar ou atua de modo insuficiente para assegurar o cumprimento de seus objetivos legais.

A perspectiva de que o contrato para aquisição de habitação de interesse social é parte integrante da política pública de financiamento habitacional justifica a interlocução com a linha de pesquisa dos direitos difusos e coletivos. Com efeito, partindo dessa premissa, os contratos assumem a mesma dimensão teleológica que deve guiar toda atuação do poder público, avançando no que diz respeito aos interesses individuais de cada mutuário. Além disso, é necessário ampliar o espectro da visão individual em virtude de sua natureza massificada, que impõe a necessidade de um regime protetivo como fator de reequilíbrio, em vista da limitação/eliminação da liberdade na pré-formulação das cláusulas.

Após construir tais premissas, no terceiro capítulo serão lançadas luzes sobre cláusulas que atualmente se encontram presentes usualmente nos contratos de financiamento habitacional e também naquelas que foram suprimidas ao longo do tempo. Por se tratar de um contrato de longa duração, buscar-se-á analisar o tratamento a ser outorgado à repactuação do ajuste e à forma como a consensualidade deverá ser compreendida e aplicada.

Por fim, no que diz respeito à metodologia, a produção da dissertação se servirá dos seguintes métodos: 1) Método dialético: análise e discussão das posições doutrinárias antagônicas referentes ao tema proposto; 2) Método histórico: pela reconstrução histórica dos aspectos políticos, filosóficos e sociais que podem ter influenciado a legislação, a doutrina e a jurisprudência no tocante ao enfoque atual dos contratos de mutuo bancários, em especial, o reconhecimento de garantias para o consumidor; 3) Método indutivo: pela observação e análise de casos concretos, de modo a formular uma possível solução ou regra geral, ou, ao contrário, dedutivo, pela experimentação de um princípio aparentemente já assentado em face dos novos fenômenos Jurídicos, com coleta de jurisprudência, análise de julgados e requisição de informações através da Lei de Acesso à Informação.

CAPÍTULO 1 – CONCEITOS E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No primeiro capítulo pretender-se-á situar o objeto da pesquisa, qual seja, o contrato de financiamento para aquisição de habitação de interesse social, como parte

integrante da solução para o problema de habitação. Para tanto, serão apresentados dados que demonstram a existência efetiva de um problema público, para em seguida apresentar a metodologia de interpretação, aplicação e concretização das normas proposta. Tratam-se de premissas, essenciais para a adequada compreensão do sistema normativo vigente, apresentado no capítulo seguinte.

Assim, o presente capítulo salienta o imbricamento entre o ser e dever ser, tal como associados nos casos concretos apresentados pelos mutuários, situando o trabalho na linha de pesquisa do direito, e portanto eminentemente atrelada ao sistema normativo vigente, mas sem se afastar dos dados da realidade.

1.1 O CONTRATO COMO PARTE INTEGRANTE DA POLÍTICA DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL

Primeiramente, cabe aqui esclarecer que habitação de interesse social, doravante denominada pela sigla HIS, é aquela implementada através de políticas e programas de investimentos, visando a promoção do acesso à moradia por parte da população de baixa renda.¹

Ultrapassa o escopo dessa dissertação o enfrentamento da política pública como um todo, que exigiria a análise, em perspectivas interdisciplinares de inúmeros aspectos, desde a sua concepção, que pressupõe a aquisição da casa própria como o melhor instrumento para efetivação do direito à moradia, as conjunturas econômicas e políticas que justificaram as respectivas criações e derrocadas, as fontes de recursos e os impactos na formação das cidades, inclusive as remoções historicamente implementadas para

¹ Esse é o conceito que se extrai do art. 2º da L. 11.124/05.

Art. 2º Fica instituído o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, com o objetivo de:

I – viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável;

II – implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda; e

III – articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor da habitação.

implantação de tais obras públicas. Assim, os postulados gerais da política serão enfrentados apenas quando essenciais à compreensão do instrumento contrato.

O fato é que desde quando o Estado Brasileiro passou a conceber a moradia como uma questão social que reclamava atuação do poder público, a estratégia predominante para enfrentamento do problema sempre foi o financiamento habitacional para aquisição da casa própria, conforme se mostrou evidente em dois momentos em que houve direcionamento de relevantes investimentos na questão, quais sejam, na década de 60, com a criação BNH² e também mais recentemente, na criação do programa Minha Casa Minha Vida.

O objeto do presente trabalho se adstringe a esse específico instrumento da política pública, que é o contrato de financiamento habitacional, e busca analisar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente. De acordo com Leonardo Sechi³, o processo de elaboração das políticas públicas passa por um ciclo, composto de sete fases principais: *identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção*. Nesse diapasão, entende-se que o contrato está situado como um subitem da fase de *implementação*, na medida em que já representa um momento em que as intenções pré-definidas são materializadas em ações. Assim, em uma análise sob o ponto de vista jurídico, afigura-se imprescindível identificar quais as fontes normativas que o informam e qual o grau de coerência do instrumento em relação às suas fontes.

Com efeito, a moradia constitui condição necessária para alcançar-se um padrão digno de vida. Além de uma reivindicação justa, encontra-se expressamente prevista na Constituição como um direito fundamental, razão pela qual a atuação do Poder Público deve se direcionar à universalização. De acordo com a os dados da pesquisa da Fundação João Pinheiro, a despeito da atuação do poder público ao longo de seis décadas, o déficit alcançou seu patamar recorde, em valores absolutos, 5.876.699 de domicílios em 2019⁴.

² O BNH, Bando Nacional de Habitação, foi criado em pela Lei nº 4.380/1964, com o objetivo de financiar empreendimentos imobiliários. O Banco era responsável pela administração dos recursos de FGTS (fundo de garantia por tempo de serviço), formulação e implementação do Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Foi extinto em 1986 e sucedido em seus direitos e obrigações pela Caixa Econômica Federal.

³ SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos esquemas de análise e casos práticos. São Paulo: cengage Learning, 2012, p. 33.

⁴ <http://novosite.fjp.mg.gov.br/deficit-habitacional-no-brasil/>

Vale salientar que, somadas, as faixas de renda de até 3 salários mínimos respondem por 91,7% do déficit total⁵.

SÍNTESE DOS INDICADORES DEFICIT HABITACIONAL Brasil 2019	Componentes e subcomponentes do deficit habitacional	
	Habitação precária 1.482.585 (25,2%)	Domicílios rústicos: 696.849 (11,9%)
		Domicílios improvisados: 785.736 (13,4%)
	Coabitação 1.358.374 (23,1%)	Unidades domésticas conviventes deficit: 1.261.407 (21,5%)
		Domicílios cômodos: 96.968 (1,7%)
	Ônus excessivo com aluguel: 3.035.739 (51,7%)	
Deficit Habitacional: 5.876.699 (100%)		

Fonte: Dados básicos: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PnadC) - 2019; Cadastro Único (CadÚnico) – Data de extração: 14/11/2020.
Elaboração: Fundação João Pinheiro (FJP), Diretoria de Estatística e Informações (Direi).

Por isso, a ideia de viabilizar o direito social à moradia, predominantemente, através de financiamento habitacional, que pressupõe a capacidade de endividamento do cidadão, a despeito do déficit habitacional se concentrar justamente nas pessoas com renda de até três salários mínimos, por si, já denota uma contradição.

Os dados preliminares apresentados pelo IBGE em 2019 demonstram que o Brasil tem mais de 5,1 milhões de domicílios em situação precária, denominados como aglomerados subnormais, conceituados pelo instituto como “uma forma de ocupação irregular de terrenos de propriedade alheia – públicos ou privados – para fins de habitação em áreas urbanas e, em geral, caracterizados por um padrão urbanístico irregular, carência de serviços públicos essenciais e localização em áreas com restrição à ocupação. No Brasil, esses assentamentos irregulares são conhecidos por diversos nomes como favelas, invasões, grotas, baixadas, comunidades, vilas, ressacas, loteamentos irregulares, mocambos e palafitas, entre outros.”⁶ O crescimento do fenômeno da precariedade

⁵ Fonte: disponível em < <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2018/10/ANEHAB-Estudo-completo.pdf>>

⁶ Informação disponível em < <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/tipologias-do-territorio/15788-aglomerados-subnormais.html?=&t=o-que-e>>

habitacional demonstra que o Estado Brasileiro não vem conseguindo atender a demanda e fazer frente ao crescente processo de urbanização nas cidades brasileiras, através da produção formal de habitação.

Embora a coordenação de geografia e meio ambiente do IBGE afirme não ser possível ainda realizar um trabalho de comparação relativa ao crescimento dos aglomerados subnormais, oportuno mencionar que, de acordo com os diversos portais de notícias, na comparação com o Censo de 2010, mais que dobrou o número de aglomerados subnormais, bem como o número de municípios em que eles são encontrados – naquele ano, havia cerca de 6,3 mil aglomerados distribuídos em 323 municípios, somando aproximadamente 3,2 milhões de domicílios nesta condição, ao passo que, de acordo com a pesquisa mais recente, foram identificados 13,1 mil aglomerados subnormais”⁷

Proporção (%) de domicílios em aglomerados subnormais Unidade da Federação

Em 2019, Brasil tinha mais de 5,1 milhões de domicílios em situação precária.

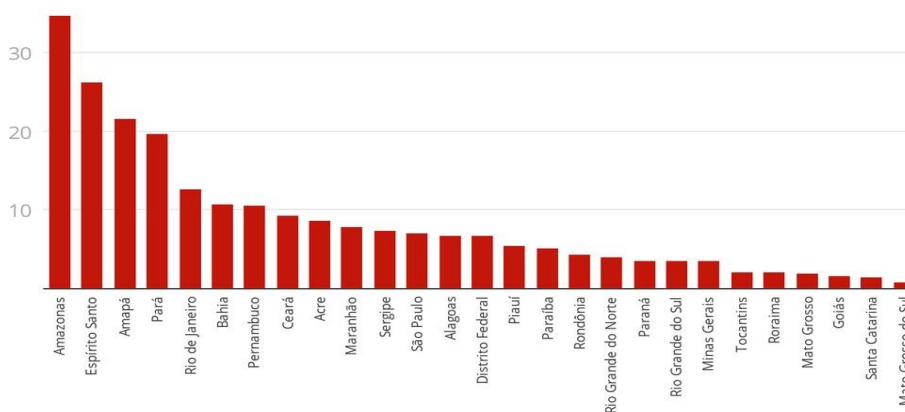


Gráfico: Economia/G1 • Fonte: IBGE

Outra premissa básica é compreender que a política pública de acesso à moradia baseada no financiamento habitacional para aquisição da casa própria não se encerra com a entrega das chaves, mas sim com a efetivo adimplemento contratual por ambas as partes e aquisição da propriedade em nome do cidadão selecionado, combinado com um

⁷ Informação disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/19/brasil-tem-mais-de-51-milhoes-de-domicilios-em-situacao-precaria-aponta-ibge.ghtml> acesso em 17/02/2021.

contexto que favoreça a fruição do direito à moradia dali em diante, à exemplo do pré-estabelecimento de condições e regras especiais relativas ao condomínio recém-formado.

De acordo com Letícia Marques Osório, a ineficiência das políticas públicas de financiamento habitacional nos países emergentes, da forma como vem sendo implementada, aponta problemas cujo enfrentamento é imprescindível para o tratamento da questão. Um deles é o fato da política atingir preponderantemente a classe média, razão pela qual a igualdade é abordada como um dos direitos humanos fundamentais imprescindíveis ao tratamento da questão.

A tendência dos programas de construção de moradias sociais prevalente nas décadas de 60 e 70 previa a presença quase que exclusiva da ação estatal em todas as etapas dos empreendimentos habitacionais: aquisição de terras, urbanização, loteamento, construção de unidades habitacionais, financiamento e comercialização com os beneficiários finais. O resultado demonstrou que foi a classe média, que tem acesso ao mercado de créditos, a maior beneficiária destes programas, além de que muitos sistemas financeiros quebraram devido ao elevado grau de inadimplência no pagamento dos financiamentos.

Uma vez que a maior preocupação dos Estados latino-americanos tem sido com a resolução do déficit habitacional quantitativo, há a produção quase que exclusiva de legislação referente a financiamentos e a concessão de subsídios para a construção de novas unidades habitacionais. Apesar do Banco Interamericano de Desenvolvimento estar atualmente apoiando os governos em sua nova função de ‘mediadores’, por meio da promoção de subsídios diretos aos mais pobres, a estratégia de financiamento tem sido a menos exitosa na região, tendo em vista a dificuldade real da população de baixa renda atender os requisitos de acesso a créditos, públicos ou privados. Essa forma de implementar políticas públicas remete a problemas relacionados à clarificação das obrigações dos Estados quanto a proteger, promover e cumprir direitos fundamentais, que vêm minando os esforços de fortalecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, incluindo o direito à moradia. Em geral isto tem significado a retirada da ação do Estado nas políticas habitacionais, com base no argumento de que o empoderamento dos pobres para viabilizar alternativas próprias de moradia e a ação do mercado são a solução para enfrentar a falta de recursos e de financiamento. Mas é importante observar que a história tem demonstrado que nem o livre mercado nem os Estados

sozinhos têm conseguidos oferecer respostas à falta de habitação adequada e às violações ao direito à moradia.⁸

De fato, nas palavras de Leonardo Secchi, a omissão estatal não deve ser considerada como uma forma de realização da política pública⁹. Por isso, o livre mercado não pode ser considerado uma opção para a política de financiamento habitacional. Livre mercado é justamente a negação da existência da política. Conseqüentemente, um contrato carente de cláusulas que materializem a sua inserção na política habitacional, no sentido de promover e proteger o direito à moradia e também as vulnerabilidades inerentes aos seus destinatários também se configura como omissão estatal, que surtirá os efeitos mencionados por Osório alhures: falta de respostas ao problema da habitação e violações ao direito à moradia.

1.2 DA METODOLOGIA DE INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS

A proposta do presente trabalho é compreender todas as fontes normativas como integrantes de um microssistema protetivo dos contratantes de financiamento para aquisição de HIS. Essa compreensão há de ser feita sob a perspectiva da existência de uma relação de complementariedade e convergência direcionada a outorgar efeito útil a uma a uma situação jurídica complexa e multifacetada. Assim, a Constituição, leis ordinárias e complementares, *soft* e *hard law*¹⁰ merecem ser utilizadas, simultânea e harmonicamente, na aplicação dos casos concretos de modo a proteger, com maior amplitude, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

⁸ OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In ALFONSIN, Betania de Morias. Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 38.

⁹ SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos esquemas de análise e casos práticos. São Paulo: cengage Learning, 2012, p. 06

¹⁰ Soft law é o conjunto de instrumentos normativos de direito internacional sem força de lei, razão pela qual, regulam comportamentos, mas não possuem força vinculante para gerar sanções. Hard Law são regras de direito internacional com caráter cogente, à exemplo dos tratados e acordos subscritos pelo país.

Pretende-se adotar uma visão consentânea com os princípios e valores incorporados no contexto do pós-positivismo, no qual sobreleva a importância dos critérios de interpretação e concretização das leis.

De fato, o próprio direito à moradia não tem o seu conteúdo definido na Constituição Federal e depende, para sua adequada compreensão, de critérios estabelecidos pelas normativas internacionais, e.g., Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que estabelece critérios para o reconhecimento da caracterização da moradia como adequada. No mesmo sentido, vale ressaltar que os princípios são normas abertas, de conteúdo indeterminado, que acarretam a necessidade de delimitação do seu alcance, extraindo seu significado. Se é certo que o direito à igualdade evoluiu de modo a reconhecer as diferenças e incorporar no ordenamento jurídico alguns instrumentos necessários à sua mitigação, importa também salientar que os problemas ainda não estão resolvidos. Assim, a igualdade precisa ser considerada permanentemente como um valor constitucional em jogo, carente de sopesamento pelo órgão julgador, inclusive para efeito da escolha da metodologia adequada para interpretação, aplicação e concretização das normas.

De fato, a relação jurídica é de direito civil, porém, as diretrizes do sistema financeiro de habitação fazem com que o direito civil assumam um papel dirigente, potencializando os princípios da boa-fé objetiva e função social. Outrossim, é certo que o contratante merece ser enxergado e protegido sob a perspectiva de ser um cidadão beneficiário da política pública, mas não menos certa é a caracterização da relação de consumo, definida pelo próprio Código de Defesa do Consumidor a partir de seus elementos objetivos e subjetivos¹¹. Há ainda de ser mencionada a sobreposição de uma relação com o Poder Público, decorrente da prestação de um serviço público, realizada para implementação do direito social à moradia.

Nesse diapasão, os critérios clássicos para interpretação das normas permanecem válidos, porém insuficientes. Cabe então, primeiramente identificá-los, através dos ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias, antes de avançar no assunto:

¹¹ Afora a questão já abordada a respeito da distinção decorrente da presença da garantia do FCVS, encontra-se pacificado, no âmbito do STJ, o entendimento de que existe uma relação de consumo.

Gramatical ou literal, realizada através das regras de linguística, analisando o texto normativo dos métodos pelas regras gramaticais, buscando o seu sentido filológico. É o mais pobre dos métodos interpretativos, sendo, não raro, repellido até mesmo pela lei; b) lógica, na qual desenvolve-se um raciocínio lógico, transcendendo a letra fria da lei, com o fito de fixar o alcance e extensão da lei a partir das motivações políticas, históricas e ideológicas; c) histórica, com a averiguação da origem do texto a ser interpretado, desde os projetos de lei e votações; d) sociológica, também dita teleológica, quando se procura adaptar a lei às exigências atuais e concretas da sociedade; e, finalmente, e) sistemática, que é a interpretação partindo da ideia de que a lei não existe isoladamente, devendo ser alcançado o seu sentido em consonância com as demais normas que inspiram aquele ramo do Direito¹².

Para além dos critérios clássicos, afigura-se de fundamental utilidade a teoria do “*Diálogo das Fontes Normativas*”, de autoria do alemão Erik Jayme, por meio da qual e de acordo com os irretocáveis ensinamentos de Valério Mazzuoli, que aborda a questão em sua tese de doutoramento, “ a atividade judicial se direciona a ‘escutar o que as fontes dizem em seu diálogo para assim chegar a uma interpretação das conclusões a que essas mesmas fontes chegaram em sua conversa¹³” A teoria vai além da constatação de que a lei não existe isoladamente nos termos do que preconiza a interpretação sistemática, para propor o alcance de uma solução não-monológica (dialogica), que permite compreender as mútuas interações que existem entre as diversas fontes normativas, de modo a fazer prevalecer a norma que melhor proteja os direitos humanos fundamentais envolvidos.

Diálogo é harmonia; harmonia na pluralidade de fontes e na procura de restaurar sua coerência e seu uso sob os valores constitucionais e dos direitos fundamentais, superando a assistemática do uso das fontes. O início de tudo e o fim é a Constituição, e dentro dela os direitos fundamentais assegurados nas cláusulas pétreas. No direito interno, temos leis diversas e

¹² FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. Direito Civil. Teoria Geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55.

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Rumo às Novas Relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno, Tese (Doutorado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2008 p. 99. Disponível em < <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/132783?>>

microssistemas, como o Código de Defesa do Consumidor. Temos ainda que considerar não só o direito nacional mas também a crescente influência do direito internacional, em especial das Convenções de Direitos Humanos. Essa ampliação das fontes, como bem ensina Erik Jayme, não é só do direito escrito, em normas expressas, mas entre valores implícitos, como bem exemplifica o novo CPC, e na consideração dos princípios. E, mais, não só do direito posto, a *hard law*, mas a *soft law* influencia cada vez mais a nossa interpretação do que é justo, além da crescente importância do precedente e da regulamentação na interpretação das leis a aplicar. A teoria do diálogo das fontes é uma solução flexível e aberta de valorização dos direitos humanos de solução mais favorável à cooperação internacional ou aos mais vulneráveis da relação.¹⁴

A teoria do “*Diálogo das Fontes*” pressupõe a concepção do direito positivo a partir da construção de um sistema harmônico, estruturado a partir de normas coerentes entre si e revela-se de fundamental importância para enxergar uma relação de complementariedade entre as diversas fontes normativas que regulam a mesma situação jurídica. Cabe mencionar, exemplificativamente, o entendimento firmado no REsp 1846108 / SP (STJ, Terceira Turma, Min. Nancy Andrigui, j.02.02.21, no sentido de estender a proteção do Direito do Consumidor de forma complementar e adicional aos contratos firmados com as operadoras de plano de saúde, aplicando expressamente a Teoria do “*Diálogo das Fontes*”, conforme trecho extraído da ementa:

“Conquanto o art. 35-G da Lei 9.656/1998 imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista aos contratos celebrados entre usuários e operadoras de plano de saúde, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar àquela lei especial, em diálogo das fontes, considerando que o CDC é norma principiológica e com raiz constitucional, orientação essa que se justifica ainda mais diante da natureza de adesão do contrato de plano de saúde e que se confirma, no âmbito jurisdicional, com a edição da súmula 608 pelo STJ.”

Para além da aplicação da teoria quando existe um direcionamento concertado do ordenamento, a fim de que seja estabelecida um sistema de cooperação entre as normas, a teoria do “*Diálogo das Fontes*” se revela especialmente útil para solução de possíveis antinomias normativas. A doutrina tradicional compreende a

¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. Revista do Direito do Consumidor. V. 115. Ano 27, p. 21-40. Ed. RT, jan-fev. 2018.

existência de antinomias entre as normas como uma anomalia, que deveria ser solucionada através da prevalência de uma norma em detrimento da outra. Sob esse viés, a aplicação e vigência de diversas leis a respeito de uma mesma situação jurídica concreta deveria obedecer aos critérios da hierarquia, por meio do qual a Constituição Federal ocuparia uma posição de supremacia; especialidade (*lex specialis derogat lex generale*), que preconiza que lei que trate especificamente sobre uma matéria revoga a lei que cuide genericamente do assunto; e temporariedade (*lex posteriore derogat lex anteriore*), por meio do qual prevê-se que a lei nova revoga a antiga que trate da mesma matéria.

Veja-se que tais critérios constituíram o cerne dos fundamentos utilizados no acórdão paradigma, Recurso Especial nº 489.701 – SP, para consolidar a tese n. 12 da Edição n. 74 da jurisprudência do STJ, por meio da qual foi afastada a proteção do direito do consumidor aos contratos firmados no âmbito do SFH com cobertura do FCVS. O entendimento prolatado se baseia no fato de que a presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, atrai aplicação da legislação própria, a qual já protege o mutuário hipossuficiente e o sistema. Assim, entendeu-se como inaplicável a tutela do direito do consumidor simultaneamente, e conseqüentemente não foi reconhecida a abusividade da cláusula que previa a retenção total das parcelas pagas em virtude da rescisão contratual decorrente da cessão do imóvel a terceiros.

No mesmo sentido, a jurisprudência identifica a existência de um conflito entre os artigos 26 e 27 da L. 9.514/97 e o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, e entende que a melhor solução é o afastamento das regras previstas neste último, por ser a primeira lei norma especial, de modo a possibilitar a perda de todas as prestações pagas pelo devedor do contrato de alienação fiduciária, caso o leilão do bem resulte em valor inferior ao débito¹⁵.

¹⁵ Nesse sentido, confira-se: AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. COMPRA E VENDA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. RESCISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. ÓBICE. NÃO INCIDÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. ARTS. 26 E 27 DA LEI Nº 9.514/1997.
1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Não há falar na incidência da Súmula nº 7/STJ quando a apreciação da insurgência prescinde do revolvimento da matéria fático-probatória.
3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que, na hipótese de inadimplemento do devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deve se dar na forma dos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997, afastando-se as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor.
Precedentes.

A par disso, a teoria do diálogo das fontes vem sendo bastante utilizada para fundamentação de acórdãos no STJ, com mais 1.902 referências de decisões monocráticas e 38 acórdãos nas consultas realizadas perante o portal em fevereiro de 2021. Malgrado a teoria não tenha sido expressamente enfrentada nos julgados supracitados, cumpre observar que a recusa à sua aplicação, em geral, tende a deixar desprotegida a parte mais fraca da relação, no caso, o devedor fiduciário/consumidor, ao passo que a aplicação da teoria do diálogo das fontes pressupõe o direcionamento na proteção dos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o respeito à dignidade da pessoa humana constitui também o direcionamento da técnica da *ponderação de interesses*, por meio da qual os diferentes valores insculpidos em princípios de igual hierarquia são sopesados no caso concreto, de modo a preponderar aquele que melhor respeite a dignidade da pessoa humana.

Comum a colisões é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito. Afirma Alexy: Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ulgültig*). Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem.

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex, se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isso, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza¹⁶.

A técnica da “ponderação de interesses” nasceu da necessidade pós-positivista de solucionar os conflitos entre os princípios que foram sendo incorporados ao sistema, tornando-o aberto. Assim, há de se reconhecer sua utilidade e especial importância aos casos em que haja colidência entre princípios ou valores que sirvam para preencher o

4. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no REsp 1844226 / SP, Terceira turma, Min. Rel. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA j. 08.02.21)

¹⁶ BONAVIDES, PAULO. Curso de Direito Constitucional. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 279.

conteúdo de conceitos abertos, como por exemplo no caso da função social, cujo conceito é muitas vezes composto a partir de valores divergentes (vide item 2.2.2.)

A teoria do diálogo das fontes, assim como a ponderação de interesses, ainda se situam no plano das abstrações, uma normatividade separada dos fatos e por isso, a despeito de seu imenso valor para o aprimoramento de uma técnica de interpretação adequada ao tratamento dos contratos de financiamento para aquisição de HIS, ainda nos pareceu insuficiente.

Assim, o último ponto que merece destaque no que diz respeito ao item interpretação, aplicação e concretização das fontes normativas, nos pareceu especialmente útil chamar à colação a “*Teoria da Norma Estruturante*” de autoria do também alemão, Friedrich Muller.

A teoria de Muller incorpora parcela da realidade social na estrutura da norma, conjugando a noção de ser e dever-ser. O positivismo de Kelsen preconiza a completa eliminação de meios concretos de interpretação, ao passo que Muller defende a consideração tanto do texto quanto do problema, pressupondo que direito e realidade são dados indissociáveis, e que “a normatividade no direito é histórica, materialmente concreta ou ao menos concretizável¹⁷” Nesse diapasão, Muller defende que a norma não é apenas interpretada, mas efetivamente criada, ou seja, vai sendo concretizada a partir da interpretação. Descarta assim a terminologia “aplicação”, por entender que a norma é construída na sua aplicação, e só é produzida efetivamente diante do conflito social que a convoca. A compreensão da norma surge então a partir de dados reais, que são incorporados à teoria da norma. Assim, conforme preleciona Nestor Castilho Gomes, em dissertação abordando a teoria em epígrafe, “ao tempo em que a norma influencia a realidade a que se dirige, é por ela influenciada e estruturada. Há, portanto, uma relação de circularidade entre norma e caso, norma e realidade.¹⁸”

Margarida Lacombe de Camargo, ao mencionar a teoria de Muller, esclarece que a norma jurídica é composta pelo programa da norma, e pelo âmbito da norma. Nesse sentido:

¹⁷ MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 60.

¹⁸ GOMES, Nestor Castilho. A teoria da norma de Friederich Müller: reflexos na metódica jurídica. p. 60. Disponível em < <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/93157> > acesso em 07.03.21, p. 60.

O programa da norma é aquele que ‘dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito de seu quadro, enquanto o âmbito da norma é o recorte da realidade social que pode ser regulamentado pelo programa da norma¹⁹.

A realidade social é assim incorporada como um elemento que compõe a estrutura da norma jurídica. Somente a partir dela é possível alcançar-se o real significado da norma. Dessa forma, a teoria vem ao encontro da proposta do presente trabalho, no sentido de oferecer uma visão com aptidão para solucionar o problema dos contratos de financiamento habitacional que leve em conta seu contexto. Não se propõe, por exemplo, a liberação dos mutuários de cumprir com suas obrigações, porém também não se entende que o cumprimento dessa obrigação deva ser exigido à revelia da consideração os direitos fundamentais envolvidos, das finalidades preconizadas pelo Sistema Financeiro de Habitação e das circunstâncias do caso concreto.

Como se destacou desde o início, uma visão direcionada a outorgar um tratamento dos contratos de financiamento para aquisição de HIS compatível com natureza instrumental à implementação da direitos fundamentais impõe uma visão não tradicional do direito, focada nos princípios e valores constitucionais, nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e numa interpretação dialógica e concreta da legislação e normativas infralegais, ampliando os horizontes da aplicação estritamente positivista, para construir-se uma efetiva solução para o problema de moradia do mutuário selecionado pela política.

1.3. DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE

A presente pesquisa tem o seu foco direcionado à proteção dos vulneráveis nos contratos para aquisição de habitação de interesse social. Assim, é importante começar a abordagem identificando a composição desse grupo de pessoas para onde se voltam as

¹⁹CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARNENTO, Daniel. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 368.

proteções, oriundas do sistema normativo e interpretativo abordado nos próximos capítulos.

No Brasil, tal como na maior parte dos países pobres, ou “em desenvolvimento”, o processo de urbanização ocorreu à revelia da implementação de uma política habitacional capaz de fazer frente às necessidades de moradia dos trabalhadores do campo que chegaram à cidade em busca de oportunidades. Alguns grupos, no entanto, foram afetados de forma desproporcional pelo processo de segregação urbana e periferação da moradia.

Assim, para os fins pretendidos no presente trabalho, consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, de gênero, raça, orientação sexual, por serem portadoras de necessidades especiais, ou em razão da idade ficam sujeitas a uma especial dificuldade no pleno exercício do direito à cidade.

A vulnerabilidade é sinal indicativo de um desequilíbrio na relação jurídica, de modo que um indivíduo em particular, enquanto pertencente a uma classe de pessoas, se vê em situação de desvantagem em relação ao indivíduo constante do polo exposto, que se vê em situação de maior poder negocial.

O fato de alguém se encontrar numa posição de vulnerabilidade faz com que parta de uma situação de desvantagem. Essa relação, se mantida intocada, gera uma posição assimétrica em que a parte adversa possui um poder muito maior e controla parte ou todo o conteúdo da relação jurídica firmada.²⁰

A vulnerabilidade que se pretende proteger vai além do conceito vinculado ao microsistema do consumidor, desvantajosa para influir no conteúdo do negócio jurídico. A abordagem propõe uma acepção mais ampla e mais profunda, transcendente da posição contratual. As discriminações previstas no contrato e a forma de interpretação proposta devem visar não somente o reequilíbrio de forças na negociação contratual, mas sobretudo

²⁰ BATISTA, Neimar. AMORIM, Ana Rosa Tenório. A vulnerabilidade no direito privado: do conceito às aplicações. Revista Tuiuti: Ciência e Cultura, dossiê FACJUR, n. 57, c. 5. Curitiba – 2018, p. 82. Disponível em < <https://seer.utp.br/index.php/h/article/view/2046>>

refletir os objetivos da política pública, coincidentes, em última análise, com os objetivos da República Federativa do Brasil, expostos no art. 3º da Constituição Federal.²¹

Para alcançar tal desiderato, afigura-se essencial proteger o acesso à justiça dos mutuários, além do acesso diferenciado à política. O documento denominado Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em vulnerabilidade aprovado pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, que teve lugar em Brasília durante os dias 4 a 6 de Março de 2008, apresenta uma série de medidas destinadas a viabilizar a efetividade da defesa dos direitos dos vulneráveis junto ao sistema de justiça, dentre as quais: a) a promoção de ações destinadas a proporcionar informações básicas sobre os seus direitos, divulgação e capacitação de uma cultura cívica jurídica; b) promoção de assistência técnica jurídica à pessoa em condição de vulnerabilidade, gratuita, de qualidade, especializada e prévia à realização do ato; d) simplificação e divulgação dos requisitos para a prática do ato; e) oferecimento de meios alternativos para solução dos conflitos; f) colaboração entre o Poder Judiciário e outros poderes do estado; g) sensibilização e formação de profissionais; h) elaboração de manuais de boas práticas setoriais.

Em resposta à solicitação veiculada através da Lei de Acesso à Informação dirigida à Caixa Econômica Federal, foi constatado que, no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida para o Estado de São Paulo, embora houvesse 8.017 contratos de financiamento ativos para a Faixa de Renda 1, havia apenas 42 ações revisionais de contrato ativas, ao passo que as Faixas de Renda 2 e 3, somadas, tinham 3.545 contratos ativos e 353 ações revisionais ativas. Evidencia-se, assim, uma maior dificuldade no acesso à justiça dos mutuários integrantes das faixas de renda mais baixas, tendo em vista que, a despeito de sua vulnerabilidade mais agravada, inclusive no que diz respeito à instabilidade de renda, suas demandas judiciais representam número ínfimo, quando comparado às faixas de renda mais abastadas.

A maioria das políticas públicas contempla genericamente o critério de vulnerabilidade, embora essa previsão venha se revelando claramente incapaz de dar conta dos problemas habitacionais. A lei 14.118/21, que instrumentaliza o programa Casa

²¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Verde e Amarela prevê no art. 4º, III que cabe ao poder executivo federal a definição dos critérios de seleção e de hierarquização dos beneficiários, bem como as regras de preferência aplicáveis a famílias em situação de risco ou vulnerabilidade, que tenham a mulher como responsável pela unidade familiar ou de que façam parte pessoas com deficiência ou idosos, entre outras prioridades definidas em leis específicas ou compatíveis com a linha de atendimento do Programa. A regra incorpora na lei a previsão genérica que o programa Minha Casa Minha Vida trazia no sentido de que caberia ao poder executivo definir os parâmetros de priorização e enquadramento dos beneficiários, a qual se encontrava regulamentada através de normativas infralegais, à exemplo do que ocorre com a portaria nº 439 da Secretaria de Habitação de São Paulo, o Decreto do Estado de São Paulo nº 62.113, de 19 de julho de 2016 e a Portaria 163 de 06 de maio de 2016 do Ministério das Cidades. No entanto, referida seleção dos beneficiários, tal como ocorre nos programas que envolvem parcerias público-privadas, é submetida à aprovação do crédito pelo agente financiador, o que constitui um fator importante para exclusão das famílias vulneráveis.

Justamente as famílias sem renda, ou com rendas variáveis e/ou não comprovadas, em sua maioria sucessivamente oprimidas por outros marcadores de vulnerabilidade que se somam à pobreza, são excluídas do programa. Na verdade essas famílias acabam sendo atingidas pela implantação das obras públicas, uma vez que as obras públicas são implementadas nos locais onde as famílias vulneráveis estabelecem suas moradias de modo irregular.

É precisamente o que ocorre no caso do perímetro do Lote 12 da Parceria Público-Privada Habitacional do Município de São Paulo. O edital prevê a construção de 3.000 (três mil) unidades habitacionais, sendo: 1800 HIS1 (Habitação de Interesse Social 1 - para famílias com renda de 1 a 3 salários mínimos); 600 HIS-2 (Habitação de Interesse Social 2 – para famílias com renda de 3 a 6 salários mínimos); 600 HMP (Habitação de Mercado Popular – para famílias com renda acima de 6 salários mínimos), mais infraestrutura pública (como melhorias viárias e a criação de um parque linear margeando um córrego local, o Córrego do Bispo), equipamentos públicos não especificados e empreendimentos não residenciais privados, com valor estimado do contrato de R\$ 621.485.152,00 (seiscentos e vinte e um milhões, quatrocentos e oitenta e cinco mil, cento e cinquenta e dois reais). Todavia, a área selecionada situa-se na periferia da zona norte de São Paulo, em um dos distritos mais pobres da cidade. O perímetro do projeto abrangia

inicialmente 3 comunidades consolidadas há cerca de 30 anos, consolidadas há mais de três décadas, quais sejam, ‘Futuro Melhor’, ‘Favela do Sapo’ e ‘Córrego do Bispo’. onde moram mais de 5 mil famílias de baixa renda.

Até o momento, a estratégia de remoção que vem sendo implementada é o ajuizamento fragmentado de ações de reintegrações de posse relativamente a imóveis de propriedade da COHAB-SP, parceira da Secretaria de Habitação na implantação da obra, onde famílias vulneráveis e de baixa renda estabeleceram suas moradias, e residiam com suas famílias em comunidades informais. A questão é objeto da Ação Civil Pública nº 1052649-62.2020.8.26.0053, na qual as remoções foram abordadas a partir do contexto da existência de uma política pública prevista para o local e pleiteada a regularização fundiária das comunidades ou subsidiariamente o fornecimento de atendimento habitacional aos moradores, antes da implementação da desocupação. O pedido de liminar foi integralmente negado. Assim, para que os condomínios de unidades habitacionais, acrescidos de infraestrutura pública, equipamentos públicos e empreendimentos comerciais sejam implantados na área selecionada pelo Edital, ao menos 5 mil famílias de baixa renda ali assentadas há décadas terão de ser removidas. incrementando dramaticamente o déficit habitacional que a parceria se propunha a reduzir. Essas são as famílias onde verdadeiramente se concentram os marcadores da vulnerabilidade, as quais terão a sua já precária situação de moradia agravada pela política pública, fato que constitui patente e gravíssimo contrassenso.

CAPÍTULO 2 - CONTRATOS DE FINANCIAMENTO: FONTES NORMATIVAS E TEMAS GERAIS

Passa-se, assim, a identificar um rol não exauriente de instrumentos normativos aptos a nortear a interpretação dos contratos de financiamento para aquisição de HIS. Abordar-se-á aqueles identificados como mais importantes para a formação de um regime protetivo aos vulneráveis, ao mesmo tempo em que será analisado o grau de coerência da aplicação que vem sendo outorgada pela jurisprudência.

É possível que outras normas ou microssistemas, não especificados, sejam recrutadas. De igual modo, outros princípios, previstos explícita ou implicitamente, nos

instrumentos normativos pormenorizados sejam convocados a compor a concretização do conflito social. As circunstâncias do caso concreto, incorporadas principalmente através da jurisprudência dos tribunais superiores, também são fatores estruturantes para a formação das bases de sustentação da proteção dos vulneráveis.

Assim, a coordenação entre essas fontes normativas, a partir da problematização dos casos concretos, direcionada a amparar o cidadão consumidor, constitui o produto do presente trabalho. Em vista de seu objetivo, o rol ora apresentado doravante encontra-se em estado permanente de permeabilidade a outros instrumentos normativos e outras formas de interpretação.

2.1. DOS INFLUXOS DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

2.1.1. DA TERMINOLOGIA

O ponto de partida do presente trabalho foi a perspectiva de analisar os contratos de financiamento habitacional para aquisição de HIS a partir de uma interpretação consentânea com os direitos humanos fundamentais envolvidos, notadamente o direito social à moradia e a dignidade da pessoa humana. Todas as premissas doravante construídas e todos os pontos abordados têm como foco esse guia interpretativo essencial, embora não se olvide de outros princípios e valores constitucionais envolvidos. Destaca-se, outrossim, o relevante papel do princípio da igualdade para o tema, e a evolução de seu conceito no sentido de reequilibrar o desnível de forças entre os contratantes.

O primeiro ponto colocado em discussão diz respeito à terminologia a ser adotada. Em regra, a doutrina constitucionalista utiliza a expressão “direitos fundamentais”, ao passo que “direitos humanos” é o termo consagrado no âmbito internacional. Ingo Wolfgang Sarlet entende que a classificação se mostra cabível por “cuidar de expressões reportadas a esferas jurídicas de posituação distintas”, vez que os direitos humanos carecem de recepção na ordem jurídica interna e do *status* que cada Estado lhes atribui.²² No caso brasileiro, essa distinção perde grande parte de sua

²² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 34/35.

utilidade, haja vista a natureza aberta e flexível estabelecida pelo art. 5º, §2º da Constituição Federal, que possibilita a incorporação de direitos humanos a partir do reconhecimento de seu conteúdo, preconizando por uma dimensão material, além de prever expressamente a incorporação dos direitos previstos nos tratados dos quais o Brasil seja signatário. Sarlet, todavia, apresenta a explicação que nos convenceu para fins de utilização da expressão “direitos humanos fundamentais”, vez que vem ao encontro da perspectiva dialógica que se pretende adotar no presente trabalho:

Seguimos entendendo que o termo “direitos humanos fundamentais”, embora não tenha o condão de afastar a pertinência da distinção traçada entre direitos humanos e direitos fundamentais (com base em alguns critérios, como já frisado) revela, contudo, a nítida vantagem de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos, destacando, nesse sentido, a fundamentalidade em sentido material, que – diversamente da fundamentalidade formal – é comum aos direitos humanos e aos direitos fundamentais constitucionais²³.

Assim, assumindo a posição minoritária da utilização da terminologia²⁴, a utilização simultânea das expressões “fundamentais” e “humanos” será adotada com o intuito de enfatizar o acolhimento de uma proposta mais abrangente daquelas expressamente previstas no texto constitucional. A expressão ora adotada (*direitos humanos fundamentais*) revela o intuito de abordar os direitos fundamentais envolvidos não somente a partir da perspectiva dos direitos já positivados no texto da Constituição Federal, mas também compreender as mutações hermenêuticas decorrentes dos valores

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 33.

²⁴ Nesse sentido, embora o título do livro de Manoel Gonçalves Ferreira Filho seja “Direitos Humanos Fundamentais”, no corpo do texto, esclarece que a verdade que, no diálogo político, não mais se fala em direitos do Homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu o repúdio da mesma, acusando-a de “machista”. Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 30.

incorporados a partir da crise pós-positivista e integrar o conceito com a densidade conferida no plano internacional e infraconstitucional.

2.1.2. DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À MORADIA

Predominantemente, a doutrina identifica momentos de evolução dos direitos humanos fundamentais, de forma justaposta aos valores da liberdade, igualdade, e fraternidade, estabelecidos pelos ideais da Revolução Francesa. Assim, na esteira dos ensinamentos de Paulo Bonavides²⁵, remetendo à classificação proposta por Karel Vasak em 1979, os direitos de primeira dimensão correspondem, sob a perspectiva histórica, ao conceito liberal de liberdade identificado no século XVIII; Essa classificação, criada no século XX e baseada na terminologia que remete aos Pactos da ONU firmados em 1966, tem seu conteúdo associado aos valores liberais que irromperam com a Revolução Francesa, os quais se caracterizam por sua natureza negativa e de oposição perante o Estado.

O conteúdo da segunda dimensão de direitos humanos, relacionado aos direitos sociais, culturais e econômicos, dentre os quais a moradia, atrelada ao conceito de igualdade, eclode a partir do século XX, como corolário da crítica antiliberal, embora seu reconhecimento no plano internacional também tenha sido feito no ano de 1966, através do Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Bonavides identifica também direitos de terceira dimensão, caracterizados por sua titularidade coletiva e relacionados à fraternidade ou solidariedade, os quais são delineados no final do século XX.

A primeira dimensão tem como traço característico a natureza negativa, ou seja, trata-se de direitos de resistência do indivíduo em face do Estado e sua concepção se estrutura no plano abstrato. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já previa o direito à igualdade, porém, conforme preleciona José Afonso da Silva, “esse

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Consitucional. São Paulo: Martheiros, 2008, p. 562.

tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas, porque fundada numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea.”²⁶

Aqui existe um trocadilho que precisa ser revelado. O direito de igualdade encontra-se inserto na primeira dimensão dos direitos fundamentais (direitos de liberdade), ao passo que a segunda dimensão dos direitos fundamentais (direitos de igualdade) corresponde aos direitos sociais, culturais e econômicos. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.”²⁷ Não há contraposição entre os direitos individuais e sociais. Ao contrário, juntas as duas dimensões de direitos formam um todo harmônico, mediante influências recíprocas²⁸. De fato, não é possível falar-se em igualdade quando a uma das partes encontra-se desprovida do mínimo existencial que lhe assegure a vida com dignidade. Por outro lado, a implementação dos direitos sociais pressupõe o reconhecimento da diferença, a fim de atingir prioritariamente os grupos mais vulneráveis.

Primeiramente, afigura-se essencial o enfrentamento dos contratos de financiamento habitacional sob a ótica do direito social à moradia, tanto na perspectiva do indivíduo, quanto na perspectiva transindividual da política pública. O direito à moradia se revela multifacetado, na medida em que tanto pode assumir a feição de direito individual, quanto aceita a dimensão transindividual, notadamente quando se amplia os horizontes da vinculação à casa própria e passa-se a inseri-lo na perspectiva mais ampla do direito à cidade. Nesse sentido, cabe mencionar que o direito à cidade é reconhecido pela doutrina como direito humano de terceira geração, no mesmo patamar dos direitos do consumidor, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, da criança e do adolescente e da economia popular, ao passo que a moradia encontra-se inserida no conceito de cidade estabelecido no art. 2º, I do Estatuto da Cidade, L. 10.257/01.

Conforme explica Letícia Marques Osório:

²⁶ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 214.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47.

²⁸ Nesse sentido, José “A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, medi

Para determinar o real significado do direito à moradia é necessário discutir a natureza das obrigações do Estado, um debate que remonta ao processo de elaboração do PIDESC (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) em 1949. Duas visões têm refletido esse debate : a de que o Estado assume a responsabilidade primária de assegurar que todos tenham uma moradia, e a que considera que o Estado simplesmente deve criar condições econômicas para permitir que a iniciativa privada opere no mercado imobiliário. Como apontado por Craven, o texto final do art. 11 do PIDESC não indica as responsabilidades dos vários intervenientes no que se refere à provisão habitacional. Pelo contrário, ele pretendeu ser um texto “neutro”, pois muito ficou a depender do texto acordado com relação à cláusula geral relativa às obrigações previstas no art. 2º, 1 do Pacto.

Dessa forma, pode-se concluir que uma das principais atividades do Estado para a definição do meio mais apropriado para alcançar a plena realização do direito à moradia adequada parece ser a adoção de uma estratégia nacional de habitação, para “definir os objetivos visando o desenvolvimento de condições de moradia; identificar os recursos disponíveis para atender a essas metas e a maneira mais eficaz de utilizá-los; e estabelecer as responsabilidades e prazos para a implementação das medidas necessárias²⁹.

Esse conteúdo excessivamente aberto do direito à moradia, de fato, constitui um problema na sua efetivação. A moradia só foi introduzida como um direito expresso na Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 26/00. Antes disso, havia apenas a previsão no art. 23, IX da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, sinalizando mais uma vez a importância da política de financiamento para o Estado brasileiro. De todo modo, o conceito de moradia deve ser integrado pelo conteúdo dos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, em especial Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que prevê no seu artigo 11 o direito à moradia adequada, e seus respectivos comentários, que asseguram uma interpretação ao conceito.

²⁹ OSÓRIO, Letícia Maques. In *Direito à moradia adequada: o que é, para que serve, como defender e efetivar*. Coord: FERNANDES, Edésio. ALFONSIN, Bethania. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 46.

Destaca-se assim o Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que identifica diversos aspectos a serem levados em consideração para caracterização do direito à moradia adequada:

a. Segurança legal de posse – relacionada à proteção legal contra despejos forçados, pressões incômodas, deslocamentos causados por catástrofes e conflitos fundiários.

b. Disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura. – pressupõe o acesso aos serviços essenciais, tais como, água, energia elétrica, gás, depósito dos resíduos e de lixo, drenagem do ambiente e serviços de emergência.

c. Custo acessível - o custo financeiros de um domicílio associados à habitação não poderá comprometer a satisfação de outras necessidades básicas. Para tanto, afigura-se imprescindível a outorga de subsídios habitacionais para aqueles incapazes de arcar com os custos da habitação, tais como formas e níveis de financiamento habitacional que adequadamente refletem necessidades de habitação. Do mesmo modo, os possuidores deveriam ser protegidos por meios apropriados contra níveis de aluguel ou aumentos de aluguel não razoáveis.

d. Habitabilidade – Relaciona-se com a proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e riscos de doença.

e. Acessibilidade – importa na consideração das necessidades especiais dos grupos desfavorecidos como idosos, crianças, deficientes físicos, os doentes terminais, os portadores de HIV, pessoas com problemas crônicos de saúde, os doentes mentais, vítimas de desastres naturais, pessoas vivendo em áreas propensas a desastres, e outros deveriam ser assegurados um patamar de consideração prioritária na esfera habitacional.

f. Localização. A habitação adequada deve estar em uma localização que permita acesso a opções de trabalho, serviços de saúde, escolas, creches e outras facilidades sociais e por outro lado, não seja construída em locais poluídos nem nas proximidades de fontes de poluição que ameacem o direito à saúde dos habitantes.

g. Adequação cultural. A maneira como a habitação é construída, os materiais de Direito à moradia adequada a construção usados e as políticas em que se baseiam devem possibilitar apropriadamente a expressão da identidade e diversidade cultural da habitação. Atividades tomadas a fim do

desenvolvimento ou modernização na esfera habitacional deveriam assegurar que as dimensões culturais da habitação não fossem sacrificadas, e que, entre outras, facilidades tecnológicas modernas sejam também asseguradas

A moradia constitui, sem dúvida, um dos mais elementares pressupostos do respeito à vida e à dignidade. No entanto, tanto no âmbito do poder judiciário quanto no meio social, há dificuldades na sua caracterização como um direito e não como assistencialismo ou mercadoria. Essa constatação está relacionada também com a intrínseca relação entre o direito de moradia e o direito de propriedade, cujo conceito também evoluiu da concepção individualista para incorporar em sua estrutura o princípio da função social, a qual pode ser outorgada através da moradia.

Em regra, as políticas habitacionais estão associadas à ideia de casa própria e quanto a essa última, é comum a compreensão de que se trata de uma “conquista”, algo a ser comprado com o esforço do próprio trabalho. Oportuna a transcrição de elucidativo trecho de artigo que examina a questão sob a perspectiva multidisciplinar:

É válido considerar que o entendimento que toma a habitação como algo a ser conquistado pelo esforço individual mediado pela compra é amplamente difundido no tecido social, ultrapassando o Judiciário, pois mostra-se afeito à própria condição de mercadoria a que esse artigo é reduzido na lógica capitalista de produção da cidade, como mostram trabalhos como o de Maricato (2015).³⁰

Podemos observar que, embora a Constituição Federal de 1988 contenha expressa previsão do direito, o texto não indica as respectivas responsabilidades, nem tampouco prevê percentual obrigatório para aplicação de recursos. Comparando com os direitos à saúde e educação, observa-se que a positivação dessas últimas foi implementada com um maior grau de densificação, caracterizando-os como direito público subjetivo, com a identificação incontroversa de quem pode exercê-lo, quais seus respectivos objetos e quem possui a obrigação de prestá-lo (o Estado), destacando ainda

³⁰ SILVA, Eliana Alves da. COMARU, Francisco de Assis. SILVA, Sidney Jard. Direito à moradia e judicialização: atuação da Defensoria Pública Paulista. Revista de Estudos de Sociologia, v. 23, n.45, p. 9. Disponível em <<https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/11684>>

a previsão constitucional do SUS, acompanhada da diretriz do “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.”. A inexistência de previsões análogas relativamente ao direito à moradia importa numa maior resistência por parte do judiciário na sua implementação. Essa postura reflete, de certa forma, uma forma de diálogo entre os poderes, na medida em que a densidade normativa influencia no grau de efetivação, ainda que se tratem de direitos que gozam de idêntica hierarquia constitucional.

Vejamos o quadro comparativo:

Direito à Moradia	Direito à Educação	Direito à Saúde
Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.	Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.	Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
	Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009) II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)	Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (Vide ADPF 672) I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

	<p>III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;</p> <p>IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)</p> <p>V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;</p> <p>VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;</p> <p>VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)</p> <p>§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.</p> <p>§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.</p> <p>§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.</p>	<p>§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)</p>
--	--	---

	<p>Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.</p>	<p>§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)</p> <p>I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)</p> <p>I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)</p> <p>II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)</p> <p>III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que</p>

		se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
--	--	---

Todavia, mais uma vez, forte nas reflexões de Ingo Wolfgang Sarlet, conclui-se que não existem normas constitucionais desprovidas de eficácia jurídica e aplicabilidade. Seu valor jurídico decorre da previsão no texto constitucional, no entanto, a forma de prescrição de seus enunciados interferem no grau de eficácia do direito:

Ponto de partida da nossa análise será, aqui, também a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, §1º, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.³¹

O autor esclarece, no entanto, que, em virtude da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais, haveria uma distinção, no que diz respeito ao grau de efetivação por parte do Poder Judiciário, em comparação aos direitos fundamentais civis e políticos. De acordo com Robert Alexy, os direitos fundamentais consubstanciam-se em condições tão importantes para uma cooperação social justa, que não podem ser relegados exclusivamente ao critério do poder legislativo, sob pena de comprometimento do princípio democrático.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 281.

Deve-se perguntar o que cidadãos racionais com diferentes concepções pessoais de bem consideram condições tão importantes da cooperação social justa sobre as quais o legislador ordinário não pode decidir. Nessa pergunta encontra-se a chave para uma possível reconciliação entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais. Um tribunal constitucional que procura respondê-la de forma séria não quer colocar sua concepção contra a concepção do legislador; ele aspira antes a uma representação argumentativa dos cidadãos, que se opõe à representação política desses cidadãos no parlamento. Se a representação argumentativa obtém êxito, obtém êxito a reconciliação³².

A assertiva nos leva a concluir que os direitos humanos fundamentais, por sua natureza, impõem uma postura mais garantista do órgão julgador, como corolário do princípio democrático. Assim, a interpretação das normas concretizadoras dos direitos humanos fundamentais deverá ser implementada a partir da afirmação concreta dos valores de proteção que representam. Diante de tal panorama, quais seriam então os critérios aptos a assegurar a exigibilidade do Direito Social à Moradia? O primeiro critério a ser observado seria a “observância intransigente e incondicionada do *mínimo vital*”, conforme preleciona o Professor Vidal Serrano Junior:

O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites. Já o chamado mínimo vital opera com vetores quantitativos, ou seja, aponta quais as necessidades mínimas que um ser humano, só por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade, deve observar³³.”

Assim, satisfeito o conteúdo mínimo do programa clausulado, não se poderia exigir do Poder Público mais medidas, conquanto esteja este embargado de impor retrocesso em relação a qualquer avanço conquistado nesta matéria³⁴.

³² ALEXY, Robert Teoria discursiva do direito / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 119.

³³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Consituição de 1988. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p.117

³⁴ Idem, p, 117.

Outro critério fundamental identificado pelo sobredito autor seria a *proibição ao retrocesso social*, que se prestaria a estabelecer limites tanto ao Poder executivo quanto legislativo relativos à supressão ou redução de mecanismo de efetivação de direitos sociais já conquistados. À medida em que a sociedade avança, em termos de concretização dos direitos sociais, estabelece-se um direito adquirido ao não retrocesso, previsto implicitamente na Constituição, conforme preleciona o autor:

Todavia, embora o princípio tenha aplicação aos direitos sociais como um todo, quer parecer que, em relação às chamadas normas programáticas, tenha ele aplicação superlativa, mesmo porque na situação anteriormente citada, havendo uma determinante constitucional específica do dever de legislar, a revogação, por si, da lei geraria uma espécie de inconstitucionalidade por omissão superveniente. No caso das normas programáticas, quer nos parecer que o ponto de conflito, em situação similar, desafiaria fundamentalmente a discussão presente quanto à proibição do retrocesso.³⁵

Ao longo do texto, são oferecidos alguns exemplos de aplicação prática da vedação ao retrocesso social, destacando-se em especial a questão da equivalência salarial, na qual a previsão é levada em consideração com maior ênfase. A título de conclusão do presente capítulo, o ponto mais relevante relativo aos direitos fundamentais à moradia e à igualdade é afirmação de sua existência e da necessidade de serem levados em consideração para fins de interpretação dos contratos de financiamento habitacional.

2.1.3. DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À IGUALDADE MATERIAL

O Pacto Social para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traz como componentes do direito à moradia adequada a igualdade e a não discriminação, destacando-se a menção da relatoria especial de moradia no sentido de que a

³⁵ Idem, p. 118.

discriminação e a segregação habitacional podem resultar da pobreza e da marginalização econômica.

Igualdade e não discriminação são princípios fundamentais de todos os direitos humanos e são, portanto, componentes críticos do direito à moradia adequada. O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (NAÇÕES UNIDAS, 1992), em seu Artigo 2, identifica, como cláusulas não exaustivas, os seguintes fundamentos de discriminação: raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou qualquer outra condição. De acordo com o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, outra condição pode incluir deficiência, estado de saúde (por exemplo, portadores de HIV/Aids) ou orientação sexual. A relatora especial sobre moradia adequada também enfatizou que a discriminação e a segregação na habitação podem resultar da pobreza e da marginalização econômica (OHCHR;ONU-Habitat, 2009, p. 10).³⁶

No Brasil, ao longo de todo o percurso histórico de produção de habitação de interesse social, o problema da má distribuição de recursos sempre esteve presente. No caso dos IAPs (Institutos de Aposentadoria e Pensão), que marcaram o início da política habitacional brasileira, os financiamentos de cunho social eram direcionados exclusivamente aos associados das respectivas categorias profissionais, deixando de fora da política todos os demais trabalhadores assalariados e informais. No período militar, o caráter excludente também esteve presente, e de forma acentuada, conforme análise de Luciana Royer:

A Tabela 2 mostra que 231.963 financiamentos foram destinados para a faixa de renda de 1 a 3 salários mínimos de 1980 a 1986, sendo que nesse mesmo período, 1.119.550 financiamentos foram concedidos para população com mais de 10 salários mínimos. Se considerarmos somadas, além da primeira faixa, de 1 a 3 salários, a faixa subsequente, de 3 a 5 salários, o número de financiamentos concedidos vai a 727.511. Ainda assim, esse número representa 64% do total de financiamentos concedidos à população com mais de 10 salários. Mesmo que sejam somados todos os programas destinados a faixa de renda de 1 a 10 salários mínimos (agregação que coloca no mesmo patamar faixas de renda

³⁶ Direito à moradia adequada. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013

muito diferentes), o valor alcançado ainda é menor do que o total financiado para mais de 10 salários mínimos no período mostrado na tabela abaixo: 1.038.471 financiamentos concedidos para faixa de renda de 1 a 10 salários mínimos e 1.119.550 para população com mais de 10 salários.³⁷

Mais recentemente, em outro momento marcante da política habitacional brasileira, o Programa Minha Casa Minha Vida persistiu voltando seus esforços majoritariamente para a classe média, conforme avalia Marcelo Alvares de Lima Depieri:

Esses dados mostram a dificuldade de implementar uma política habitacional no Brasil que vise o atendimento dos mais pobres. O percentual de 42,40% da faixa 2 mais o percentual de 12,08% da Faixa 3 caracteriza o Programa Minha Casa Minha Vida como um programa voltado majoritariamente para a classe média, representando 54,48% das unidades contratadas. Se olharmos para as unidades que foram entregues até o período, isso se reafirma: a faixa 1 representa somente 32,19% e a faixa 2 com a marca de 59,34%. Se somarmos a quantidade das Faixas 2 e 3, o percentual do total de entregas para classe média é de 67,81%.³⁸

Nesse diapasão, uma questão fundamental para assegurar o sucesso da política é o direcionamento de seus esforços para as camadas da população mais vulnerável. Dirigir recursos públicos de forma prioritária e desigual para quem de fato necessita, materializando o direito fundamental à igualdade, afigura-se como componente crítico obrigatório para o tratamento dos financiamentos habitacionais do futuro, sendo imprescindível, para o atingimento de tal desiderato, a adequada seleção dos beneficiários, integrantes das faixas de renda onde déficit habitacional se concentra, assim como a outorga de subsídios suficientes e proporcionais à defasagem econômica de cada faixa.

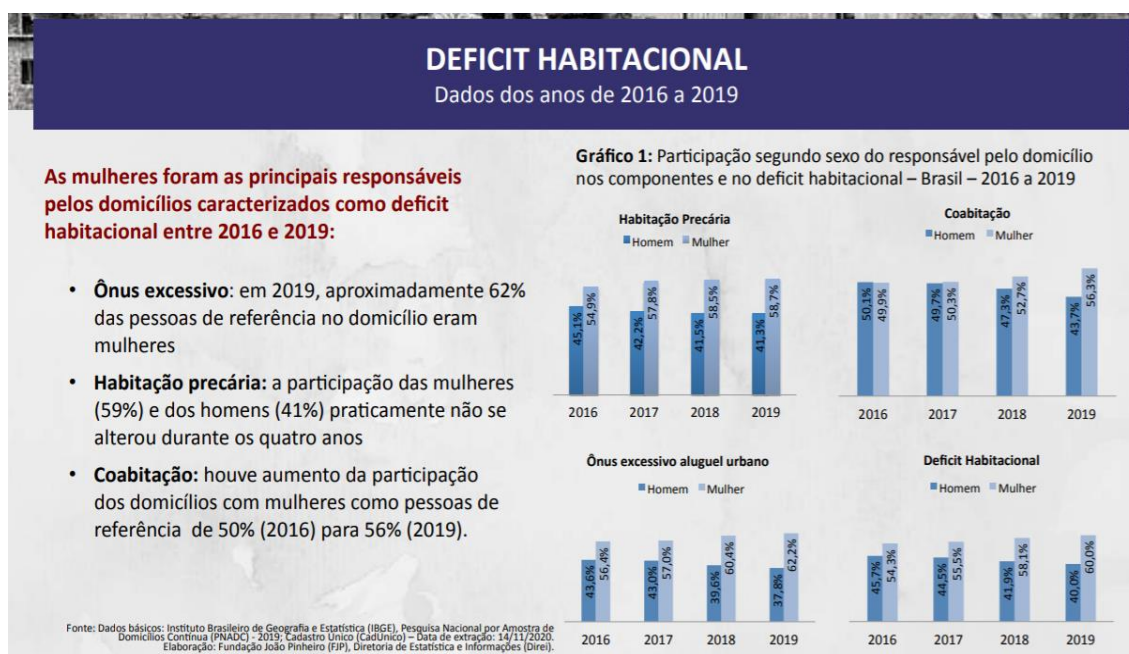
³⁷ ROYER, Luciana de Oliveira. Financeirização da política habitacional: limites e perspectivas. São Paulo: Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, 2009. Teses de Doutorado em Habita, pg. 65 [acesso 2020-05.22]

³⁸ Depieri, Marcelo Álvares. O Programa Minha Casa Minha Vida: política habitacional dos governos Lula e Dilma no período de 2009 a 2014. Pontifícia Universidade Católica do Salvador. São Paulo: 2016. Teses de Doutorado. Acesso em 22/05/2020. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19480> p. 104.

É certo que a dificuldade econômica de acesso ao direito fundamental à moradia constitui, sem dúvida, uma vulnerabilidade, primária e essencial, que reclama proteção nos contratos de financiamento habitacional. Há no entanto o agravamento dessa vulnerabilidade, quando se encontram sobrepostas questões de gênero, raça e orientação sexual.

Depreende-se do relatório da Fundação João Pinheiro³⁹ que as demandas de habitação atingem os cidadãos e cidadãs de modo desigual. As mulheres foram as principais responsáveis pelos domicílios caracterizados como déficit habitacional entre 2016 e 2019. O relatório destaca em especial:

- Ônus excessivo de aluguel: em 2019, aproximadamente 62% das pessoas de referência no domicílio eram mulheres;
- Habitação precária: a participação das mulheres (59%) e dos homens (41%) praticamente não se alterou durante os quatro anos;
- Coabitação: houve aumento da participação dos domicílios com mulheres como pessoas de referência de 50% (2016) para 56% (2019).



³⁹ Disponível em < <http://novosite.fjp.mg.gov.br/deficit-habitacional-no-brasil/>>

De acordo como Labcidade, Laboratório Espaço Público e Direito à Cidade da USP, a feminização do déficit decorre, dentre outros fatores, da sobrecarga entre o trabalho produtivo e reprodutivo, além da desigualdade salarial, notadamente para as mulheres negras.

Com baixos salários (especialmente mulheres negras) ou com salários mais baixos que o dos homens (especialmente mulheres brancas) e responsáveis pela família, as mulheres se equilibram entre o trabalho produtivo e reprodutivo, e muitas vezes não conseguem arcar com os custos da moradia. Articulam-se em redes sociais de solidariedade, mas ainda sim precisam de uma maior atenção do Estado para que possam ter autonomia⁴⁰

O artigo menciona ainda, a partir da pesquisa desenvolvida por Raquel Ludermir, a violência doméstica como causa que contribui para a concentração do déficit, tendo em vista que muitas mulheres acabam deixando suas casas, mesmo provisoriamente, para fugir dos parceiros violentos.

Para Amanda Paulista Souza⁴¹, em virtude de ter sido atribuída à mulher a responsabilidade histórica dos cuidados domésticos e com os filhos, a casa, para grande maioria das mulheres, é um bem de primeira necessidade. Ao contrário de reafirmar a pertinência dessa divisão sexual do trabalho, as conclusões do artigo partem desse dado da realidade para se direcionar ao reconhecimento do protagonismo da mulher nos movimentos sociais de moradia, o qual resulta nas suas inserções em espaços públicos e políticos.

Por isso, afigura-se imprescindível outorgar-se proteção adequada à vulnerabilidade decorrente do gênero, implementando discriminações positivas, tais como a preferência do registro em nome da mulher, prevista na L. 11.977/09 (art. 35 e parágrafos), aplicável ao Programa Minha Casa Minha Vida. As hipóteses de preferência foram inclusive ampliadas, em 2012, para incluir também a preferência de registro à mulher nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, exceto nos

⁴⁰ LACERDA, Larissa. GUERREIRO, Isadora. SANTORO, Paula. Por que o déficit habitacional brasileiro é feminino. Artigo disponível em < <http://www.labcidade.fau.usp.br/por-que-o-deficit-habitacional-brasileiro-e-feminino/>>

⁴¹ SOUZA, Amanda Paulista. As mulheres nos movimentos sociais de moradia. Artigo disponível em < <http://gaspargarcia.org.br/wp-content/uploads/2015/03/As-Mulheres-nos-Movimentos-de-Moradia.pdf>>

casos em que haja filhos e a guarda seja atribuída exclusivamente ao homem e reproduzidas no Programa Casa Verde e Amarela (Lei 14.118/21, art. 13).

No entanto, o artigo foi declarado inconstitucional por Tribunais de Justiça de diversos Estados da Federação, inclusive o de São Paulo, que fundamenta a decisão na inexistência de situação de desigualdade ou de vulnerabilidade (objetivamente considerados) que pudesse justificar o tratamento diferenciado conferido à mulher em detrimento do homem (ou ao homem em detrimento da mulher).⁴²

No contrato, propriamente dito, essa é a única cláusula que materializa, de forma afirmativa, a situação de desigualdade. Em um momento anterior, o de seleção dos beneficiários, a legislação prevê a prioridade para determinados grupos. A Lei 11.124/05, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, prevê apenas a prioridade para a população de menor renda. A Lei 11.977 que dispõe sobre o programa Minha Casa Minha vida, prevê a preferência prioridade de atendimento às famílias residentes em áreas de risco, insalubres, que tenham sido desabrigadas ou que perderam a moradia em razão de enchente, alagamento, transbordamento ou em decorrência de qualquer desastre natural do gênero, às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar e às famílias de que façam parte pessoas com deficiência. Os referidos critérios federais, de acordo com a Portaria nº 610 do Ministério das Cidades, que dispõe sobre os parâmetros de priorização e o processo de seleção dos beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, poderão ser complementados por critérios estaduais e federais que com ele se harmonizem. A Lei 14.118/21, que institui o Programa Casa Verde e Amarela, além de repetir os critérios do programa anterior, acrescentou a prioridade às famílias de que façam parte pessoas idosas.

No que toca à questão racial, é importante lembrar o importante histórico de formação da propriedade privada brasileira, que reflete a condição de moradia, como fator de desigualdade reproduzido historicamente.

Por meio da Lei de Terras, publicada em 1850, passou a ser proibido, sob pena de prisão, novas posses em terras devolutas. A aquisição de propriedade passou a reclamar a necessidade de compra. A partir de então foi proscrita a possibilidade de que qualquer do povo se tornasse

⁴² Arguição de Inconstitucionalidade nº 0083671-96.2015.8.26.0000Suscitante: 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 09/03/2016.

proprietário por simples ocupação de terras, recusando-se o governo a reconhecer posses de subsistência.⁴³

Essa proibição se deu quatorze dias antes da prolação da Lei nº 581 de 04 de setembro de 1850, conhecida como Lei Eusébio de Queiroz, por meio da qual o tráfico de escravos passou a ser proibido e veio a ser aplicada de modo a excluir a possibilidade de aquisição de terras por parte das pessoas escravizadas ou alforriadas desprovidas de bens, bem como os escravos libertos a partir de 1988. Acrescenta-se a esse contexto, que a Constituição de 1924 não contemplava os escravos como cidadãos, fato que também os excluía do acesso à educação e conseqüentemente ao voto, que só foi assegurado aos analfabetos a partir da Constituição de 1988. Destaca-se, ainda, a política de incentivo à imigração europeia, que projetava uma competição com os brancos no mercado de trabalho. Tais circunstâncias são abordadas por Lyvia Roberto Custódio Ribeiro, em sua análise sobre racismo estrutural e direito de propriedade:

O que se constata, portanto, são dois aspectos essenciais que compõem a análise da integração socioeconômica da população negra liberta na Província de São Paulo: preferência pelos imigrantes europeus para formar a nova força de trabalho nacional assalariada e ausência, assim como no país inteiro, de uma política estatal ou mesmo por parte de setores da sociedade que estimulasse também o uso da mão de obra nacional formada pela população negra liberta⁴⁴.

A partir desse contexto superlativamente desfavorável, que não previu nenhuma medida complementar à abolição da escravatura direcionada a promover a integração social da população negra, acrescido da carga de preconceito racial advindo de mais de três séculos de escravidão e consideração das pessoas escravizadas como inferiores às brancas, a população negra permaneceu à margem do acesso à propriedade, seja para fins de moradia ou constituição de patrimônio.

⁴³ Pinheiro, T. N. V., & Sodré, M. G. (2020). A missão do *custus vulnerabilis* nas ações possessórias coletivas: uma contribuição sobre a desigualdade na proposta de Rousseau. *Profanações*, 7, 372–386. <https://doi.org/10.24302/prof.v7i0.2959>.

⁴⁴ RIBEIRO, Lyvia Roberto Custódio. *Racismo Estrutural e aquisição da propriedade*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 62.

É difícil encontrar inclusive estudos capazes de analisar a situação do déficit habitacional, com o recorte racial. De acordo com Ernesto Pereira Galindo e Jorge Ubirajara Pedreira Junior:

Cruzando os beneficiários do MCMV com o Cadastro Único (CadÚnico), observou-se que, nacionalmente, entre aqueles que estavam nas duas bases, 73% eram negros (contra uma distribuição da população em geral de 50,7%, segundo o Censo Demográfico 2010)⁴⁵.

Destarte, embora a questão racial seja central, estruturante das relações sociais e muito caracterizadora da vulnerabilidade, observa-se que não há nenhum critério que materialize essa desigualdade, seja nas cláusulas do contrato ou nos critérios de seleção. Do mesmo modo, não se localizaram políticas inclusivas relativamente à população LGBTQIA+s, que ainda enfrenta, por exemplo, expulsões de casa pela família, além da carga de preconceito em outras dimensões da vivência na sociedade.

De fato, na esteira do que prevê o comentário n° 4 do comitê de direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados devem dar prioridade devida àqueles grupos sociais que vivem em condições desfavoráveis, dando-lhes particular consideração, sendo possível que essa orientação se aplique tanto no momento prévio de priorização da demanda, no contrato em si e também na fase de pós ocupação. Assim, na esteira da proposta interpretativa que preconiza pelo diálogo entre as fontes normativas para o fim de alcançar-se a solução que melhor proteja os direitos fundamentais, a sobredita normativa de direito internacional deve assim ser considerada, conjuntamente com as regras de priorização já positivadas, para o fim de assegurar proteção adequada à população vulnerável.

Desse modo, a instabilidade financeira e a situação de precariedade nos empregos, recorrente nas faixas de renda mais baixas, assim como a consideração das identidades sociais, as questões de gênero, raça, orientação sexual e demais opressões que interseccionam a demanda de moradia precisam ser consideradas como componentes críticos da política habitacional.

⁴⁵ GALINDO, Ernesto Pereira. PEDREIRA JUNIOR, Ubirajara. Boletim de análise político institucional. N26, março 2021. A cor da morada: apontamentos sobre raça, habitação e pandemia, p. 78.

O contrato, por si, não assegura o acesso à moradia, mas sua proteção deficiente poderá comprometer a efetividade da política. Por isso, é preciso analisar se o contrato é materializado por cláusulas que assegurem efetivamente a aquisição de moradia por parte do cidadão vulnerável, ou se, ao contrário, as proteções contratuais previstas se direcionam predominantemente a atribuir segurança jurídica à recuperação do crédito por parte do agente financiador. Na esteira das reflexões expostas alhures, de autoria de Letícia Marques Osório⁴⁶, a história já demonstrou que o livre mercado não é uma solução para garantir a eficácia da política e tal assertiva se aplica a todas as fases de sua implementação, inclusive à contratual. Nesse contexto a tutela transindividual, em paralelo da proteção ao homem-indivíduo, se revela essencial para asseguar a integração harmônica entre esses direitos.

Conforme preleciona Paulo Bonavides:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.⁴⁷

Bonavides identifica ainda a existência da quarta e quinta gerações de direitos humanos, respectivamente associadas aos fenômenos da globalização dos direitos fundamentais, consagrando a universalização do Estado Social e do direito à paz. A mencionada universalidade faz com que a liberdade, caracterizada como direito fundamental de primeira geração, tenha sua amplitude potencializada pelos direitos de segunda geração, relacionados à igualdade, bem como aos direitos de terceira geração, que se assentam sobre a fraternidade. Assim, os direitos fundamentais de primeira geração passam a ser compreendidos em consonância com garantias institucionais que lhes assegurem o pleno exercício.

Com efeito, enxergar a evolução do direito à igualdade significa efetuar o reequilíbrio da relação jurídica e revela uma interpretação em conformidade com a o atual conceito outorgado pelo instituto, afirmando-se a outorga de discriminações positivas.

⁴⁶ Remete-se ao texto indicado na referência de número 8 do presente trabalho, constante de fl. 16

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional. 22ed. São Paulo: Malhheiros, 2008,p. 563.

Conforme preleciona Norberto Bobbio, “também os direitos do homem são históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações nas condições de vida que essas lutas produzem⁴⁸” Assim, a partir do contexto da revolução industrial e da segunda guerra mundial e das situações de flagrante desigualdade material desencadeadas, o princípio passou a ser concebido a partir da aplicação dos respectivos descrímens direcionados à reequilíbrio, sendo esse o critério que deve ser adotado para fins de reconhecimento da implementação da igualdade no âmbito dos contratos de financiamento para aquisição de HIS.

2.2. DOS INFLUXOS DO DIREITO CIVIL

2.2.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Da herança deixada pelo direito romano advém a ideia de contrato. A concepção, no entanto, em muito se diferenciava dos paradigmas que viriam a ser estabelecidos pela teoria moderna. No contexto da pós-modernidade, o distanciamento a respeito dos pilares do instituto é tamanho, que se mostra possível questionar se estamos diante de uma mudança de paradigma. Para Thomas Kuhn⁴⁹, o paradigma é a teoria vitoriosa, através da qual o cientista passa a olhar a realidade. Com as crises, os paradigmas começam a não dar conta dos fenômenos que eles se propõem a explicar e a partir daí surge a ciência extraordinária, ou seja, um período no qual os cientistas passam a conceber a superação das premissas teóricas sobre as quais se funda a teoria, resultando na produção de um novo paradigma. As mudanças nas concepções principiológicas pelas quais passaram os contratos refletem as crises atravessadas pelo direito e pela sociedade.

Sob a égide do direito arcaico romano, no qual a linguagem e o formalismo desempenhavam um papel essencial para a formação do direito, “a fonte do vínculo era o contrato, e não a vontade das partes.”⁵⁰ Assim, não existia propriamente uma teoria contratual. Na verdade, a estrutura do direito era baseada nas defesas possíveis e não observava a distinção hoje amplamente aceita entre direito material e processual.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. Trad. Carlos Nelson Coutinho. A era dos Direitos. Ed. Campus, p. 32.

⁴⁹ KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 5ed. Ed. Perspectiva.

⁵⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 364.

Ao longo da idade média, a teoria contratual passou a incorporar o ideal de realização de justiça material vigente. A teoria contratual passou a ser construída, então, já explorando a dialética entre a convenção firmada e a necessidade de observar-se a natureza do negócio jurídico. Cabe destacar, no entanto, que essa limitação à vontade das partes se encontrava atrelada ainda a um conceito de direito natural vinculado à teologia, à ideia do sagrado e às divindades jurídicas.

Com advento da modernidade, o sujeito e a razão individual passam a vigorar como fundamentos dominantes no ambiente político, filosófico e político. Destaca-se, nesse contexto, a influência do iluminismo, preconizado como ideia central da Revolução Francesa e a teoria de Rousseau, que concebe o contrato social como estruturante da sociedade. De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, a sociedade passa gradativamente a ser encarada como a soma de indivíduos isolados, que se organizam por formas de contrato social. O novo direito será, pois, contratualista.⁵¹ A concepção clássica de contrato passa assim a ser organizada a partir da ideia de consenso e vontade, cuja formação histórica e pressupostos ideológicos têm sua origem no direito canônico e sobretudo na Escola do Direito Natural moderno, estruturada a partir do paradigma individualista e racionalista.

A concepção clássica de contrato não é fruto de um único momento – ao contrário, ela representa o ponto culminante e aglutinador da evolução teórica do direito após a Idade Média e da evolução social e política ocorrida nos séculos XVII e XIX⁵²

Nesse diapasão, a autonomia da vontade e o consenso, como corolário da liberdade individual, se estabelecem como elementos estruturantes da teoria contratual, incorporada pelas codificações dos Séculos XIX e XX. A forma continua a ser importante em determinadas espécies de contratos e remanesce até hoje como componente indispensável de alguns negócios, à exemplo da compra e venda de imóveis. No entanto, em regra, a vontade livremente declarada passa a ser concebida como fonte de direitos. Ao ordenamento jurídico caberia proteger a livre manifestação das partes, bem como assegurar a força vinculante de seus efeitos. Daí advém a consequência jurídica

⁵¹ *Ibidem*, p. 162.

⁵² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 39.

conceituada pela doutrina como *princípio da força obrigatória dos contratos* ou *pacta sunt servanda*, por meio do qual o contrato se torna “lei entre as partes”. Posteriormente, o conceito de autonomia da vontade passa a sofrer restrições incorporadas pela intervenção do Estado na economia do contrato e na sobrelevância de ordem pública, que vai resultar no dirigismo contratual, transmutando-se assim no que a doutrina passou a denominar de “autonomia privada”⁵³

Em contrapartida, o contexto social e a avaliação a respeito da justiça material do negócio jurídico perdem sua relevância, passando a ser desprezados. O positivismo aflora como teoria geral dominante do direito, incorporando os ideais de racionalidade, imparcialidade e persecução de uma autonomia científica em relação a ética, moral e a filosofia. A revolução industrial, no entanto, modifica a forma como as relações comerciais se estruturam. Os contratos deixam de ser implementados a partir da negociação entre dois indivíduos, que elaboram um ajuste das cláusulas, passando a ser, cada vez mais, instrumento de um mercado competitivo. A sociedade de consumo resulta na criação de contratos homogêneos em seu conteúdo e estruturados exclusivamente por uma das partes, denominados posteriormente de contratos de adesão.

O momento histórico escancara as desigualdades materiais entre os indivíduos e se reflete, no âmbito da teoria contratual, na constatação do patente desnível de poder entre as partes para formação dos ajustes. O dogma da igualdade entre as partes, antes concebida no plano meramente formal, passa a ser questionado e limitado sob o ponto de vista a erupção do direito social. A concentração de poder infirma, em alguma medida, o dogma do consensualismo, vez que compromete a capacidade do contratante de exercer sua vontade livremente. Novamente, a teoria contratual sofre os efeitos do conjunto de ideias e movimentos que questionam o saber jurídico, a partir do debate a respeito da justiça e incorporação de valores, consubstanciados sobretudo através da maciça introdução de princípios no ordenamento. Nesse sentido, oportuna a transcrição de elucidativo trecho:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo

⁵³ NETO, Frederico da Costa Carvalho. A garantia constitucional da defesa do Consumidor. In Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba – Ano I – n.1. (2017), p. 281.

instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.⁵⁴

Destaca-se, nesse momento histórico, o relevante papel desempenhado pela jurisprudência, no que diz respeito ao recuo perante o formalismo jurídico em direção à função social e à boa-fé, reincorporando o compromisso historicamente atribuído ao direito de solucionar questões de modo a se “fazer justiça” nos casos concretos.

Tal qual o *pacta sunt servanda*, outro princípio aplicado desde a Idade Média vem sendo mitigado pela jurisprudência em virtude da incorporação de valores à teoria contratual. Trata-se do princípio *res inter alios acta*, segundo o qual os efeitos do contrato se restringem às partes signatárias. Conforme esclarece a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, no atual contexto, é possível a inclusão de terceiros expostos aos riscos, em razão da violação aos deveres de proteção:

Dentre os titulares de deveres de proteção, incluem-se terceiros – estranhos à relação obrigacional – que estão expostos aos riscos de danos pessoais ou patrimoniais oriundos da execução de um determinado contrato, em que não há prevenção por parte do devedor. Seriam os contratos com eficácia de proteção para terceiros, em que caberia ao terceiro a percepção de uma indenização, não em razão de uma violação de algum dever de prestar (pois este seria específico das partes), mas por ser ofendido em sua identidade físico-psíquica e econômica.⁵⁵

No interessante julgamento do Recurso Especial nº 468.062 - CE (2002/0121761-0), Rel. Min. Humberto Martins, o STJ reconhece a possibilidade de mitigação do princípio *res inter alios acta* e afirma que sua interpretação deve ser realizada em consonância com a boa-fé objetiva e função social do contrato. Em síntese, os mutuários do Sistema Financeiro de Habitação haviam obtido a quitação integral da

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Pós Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, p. 30.

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações 3 ed. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2008, p. 52

dívida do agente financeiro, denominado TERRA CCI. Posteriormente, esse último cedeu os créditos oriundos do BNH à Caixa Econômica Federal, que pretendia cobrá-lo do mutuário em virtude do inadimplemento da cessionária, notadamente porque o negócio havia sido averbado na matrícula do imóvel. No entanto, entendeu-se que o mutuário estaria protegido em face do negócio que interferiu na sua esfera jurídica de modo prejudicial:

O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo –, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação *inter partes*. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito. Em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato”

Veja-se que, na mesma decisão, reconheceu-se tanto a ineficácia da cessão de direitos operada entre a Caixa Econômica Federal e TERRA CCI em relação ao mutuário, quanto, a *contrariu sensu*, a dilatação da eficácia jurídica da quitação outorgada pela TERRA CCI ao mutuário em relação à Caixa Econômica Federal.

Nesse sentido, é de imperdível perspicácia a análise de Fraz Wieacker, relativamente ao estado de permanente crise do direito, no que diz respeito à sua fundamentação ideológica, bem como a identificação dos fatores que a desencadearam e das opções de solução atualmente conhecidas:

Enquanto os governos e parlamentos do Estado de direito confiaram a tarefa de legislar a especialistas cientificamente formados, cujas concepções jurídicas ainda estavam condicionadas pela deontologia prática da sua profissão, a insuficiente cobertura do direito por princípios de justiça supra-legal não chegou a vir ao de cima. Na medida, porém em que a produção legislativa de uma burocracia assoberbada pelas tarefas do dia-a-dia ou mesmo de uma ditadura, se desembaraçou da última consciência jurídica vinculativa, o direito

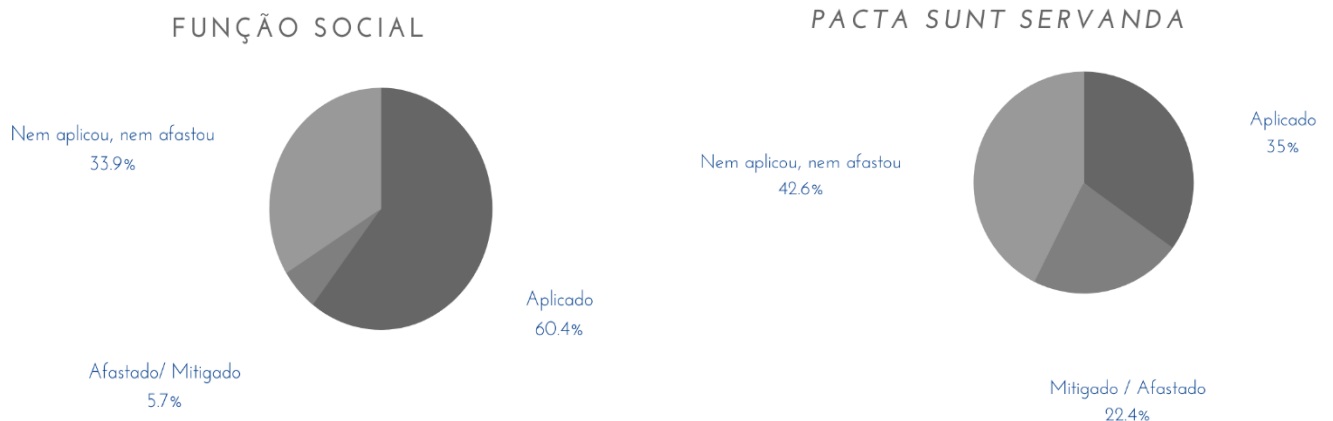
positivo perdeu a sua credibilidade mesmo perante a consciência social. Consequentemente, novas fundamentações ideológicas da ordem jurídica procuravam constituir-se em substitutos para a justiça. Elas encontram-nos, nomeadamente, no interesse ou nas necessidades, quer dos indivíduos, quer da sociedade ou comunidade, ou em outros objetivos extra-jurídicos. Então, após o fim das antigas metafísica e autoridades do direito, o direito passa a ser explicado causalmente como produto da vida social; compreendido, do ponto de vista finalista, como meio para as finalidades da vida, finalidades que se situam fora do direito e da justiça. Esse naturalismo jurídico só manifestou totalmente a sua força explosiva quando se transformou em arma das lutas sociais e políticas do nosso século, proclamando como fim último do direito quer as aspirações e a segurança das classes vitoriosas, quer as aspirações e o domínio dos povos e das raças. Mas como um naturalismo não pode reconhecer qualquer concepção axiológica válida em geral, quer em virtude do seu agnosticismo axiológico, quer em virtude exigência de rigor intelectual, a crise dos fundamentos do direito torna-se então também evidente mesmo onde catástrofes políticas não tinham conduzido a um aberto nihilismo jurídico. A tentativa de dominar essa crise, quer através de uma filosofia dos valores conservadora, quer através de uma ética racional humanista, quer através de uma reflexão teológica, quer, finalmente através de uma filosofia radical da existência, não foram até hoje encerradas e terão até constituído remédios presumidos ou irreflectidos, pouco menos perigosos do que a enfermidade de que queriam ser a cura. Como em todos os períodos da história do direito, é também na problemática, ainda por resolver, da fundamentação do direito que se reflecte a característica mais autêntica da nossa época⁵⁶.

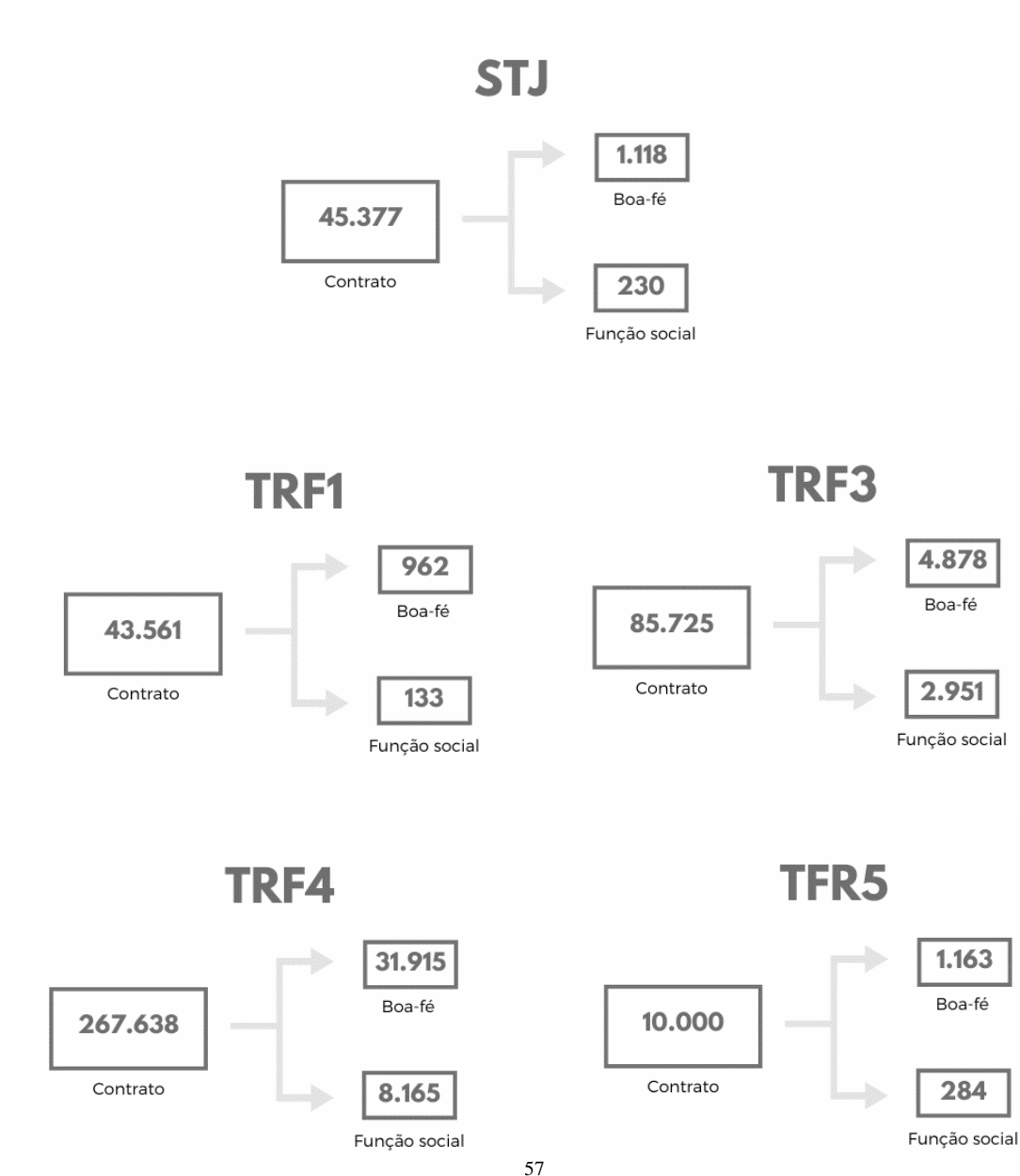
A teoria contratual caminhou através das crises pelas quais o direito e a própria sociedade atravessaram. Assim, do mesmo modo, sofreram os influxos que mitigaram sua concepção clássica, vinculada às ideias de autonomia da vontade, consensualismo e não afetação de terceiros. No entanto, os contratos de financiamento para produção de habitação de interesse social, o distanciamento a respeito da teoria clássica afigura-se ainda mais profundo, de maneira que o questionamento a respeito da aplicabilidade de seus conceitos e respectivas consequências jurídicas afiguram-se ainda mais pertinentes. Por isso, há de se concluir que a liberdade sobre a qual se fundamenta a

⁵⁶ WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 5 ed. Trad. A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 633.

teoria clássica, da qual resulta a noção de consenso e vontade, já não se subsume à realidade do que ocorre na ocasião da implementação do negócio jurídico.

Para compreender o atual estágio de incorporação dos princípios na teoria contratual clássica, o presente trabalho se debruçou inicialmente sobre a jurisprudência. Dentre os 45.377 acórdãos relativos ao tema contratos, 230 deles mencionam conjuntamente com a expressão “função social”, ao passo que a conjugação com a expressão “*pacta sunt servanda*” advém em 169 acórdãos. Conforme se extrai dos gráficos abaixo, há, no entanto, uma maior tendência de que a menção a este último seja utilizada com a finalidade de mitigação ou afastamento, ao passo que apenas 5,7% dos casos o conteúdo do acórdão expressamente rejeitou ou mitigou o princípio da função social aos contratos objeto da discussão.





57

Fonte: elaboração própria

De início, já foi possível constatar-se que a aplicação dos princípios nem sempre é binária, tendo em muitos casos sido utilizado como fundamento principal e em outros como suporte acessório ou de reforço para as conclusões da decisão. Em alguns casos, foram invocadas distintas acepções para preenchimento do significado dos princípios, consoante será demonstrado exemplificativamente mais adiante. As opções

⁵⁷ Pesquisa realizada no mês de fevereiro de 2021. Não foi possível realizar a pesquisa perante o Tribunal Regional Federal da Segunda Região, pois o portal não apresenta números precisos.

“*aplicado*” ou “*rejeitado/mitigado*” evidentemente foram catalogadas a partir do conteúdo das decisões, sendo que em todos os casos a expressão buscada aparecia na ementa ou no corpo do acórdão. Quando constavam exclusivamente no resumo estruturado, ou seja, no conjunto de palavras relacionadas ao tema do julgado, foram computadas como “*nem aplicado, nem rejeitado*”, ao passo que constaram sempre como “*rejeitado*”, quando utilizados para fundamentar o voto vencido.

É notório que em relação a determinadas *fattispecies* de contratos a invocação do princípio da função social se revela mais frequente, como por exemplo nos contratos de mútuo educacional, nos agrários e também nos contratos de financiamento para aquisição de habitação de interesse social, ao passo que, em regra, nos contratos empresariais vigora com mais intensidade a autonomia da vontade. Isso não quer dizer que os dois princípios sejam antagônicos, diversas decisões demonstram a possibilidade de convivência harmônica e aplicação simultânea. De fato, extrai-se a função social a partir do conteúdo do pacto firmado entre as partes e a mesma se direciona a proporcionar um adimplemento satisfatório daquilo que foi pactuado.

Essas são então as considerações quantitativas preliminares no que diz respeito à pesquisa. O conteúdo de alguns julgados será melhor abordado ao longo do presente trabalho, como forma de demonstrar a maneira de implementação dos princípios aos contratos em epígrafe.

2.2.2 DA BOA-FÉ OBJETIVA

A incorporação da boa-fé objetiva no âmbito do direito das obrigações decorre das modificações implementadas na ciência, que evoluíram de uma concepção atomística para se direcionar à noção de totalidade, conforme preleciona Judith Martins-Costa. A análise demonstra como o conceito de relação jurídica obrigacional é produto dos saberes e dos valores vigentes na sociedade. Embora aparentemente neutro, tal conceito, assim como todos os demais, é formado em vista de seu contexto histórico e vão se modificando de modo a traduzir as relações de poder a ele subjacentes, bem como o estágio de evolução da ciência e da filosofia.

O desenho aí delineado (relação jurídica simples) provém de algo que o transcende, a concepção atomística do mundo, aquela segundo a qual se considera que o mundo é formado pelo conjunto dos seus menores elementos, os átomos, os quais, existentes por si, não estão necessariamente interligados. A concepção atomística do mundo, opõe-se, correlativamente, a concepção de totalidade, a qual, embora formulada na filosofia pelos estoicos e corrente no mundo grego, muito demorou para alcançar a seara jurídica⁵⁸.

A concepção de obrigação jurídica simples, cujo vínculo consistia unicamente na prestação pactuada no contrato, passou a se revelar insuficiente para compreensão do conjunto de circunstâncias concretas advindas do negócio, notadamente nos casos em que se fazia necessária a integração de lacunas e nas relações jurídicas de longa duração. Karl Larenz foi o responsável por realizar a transposição da teoria da totalidade para o universo jurídico. Nesse diapasão, ambas as partes passaram a ter o dever de colaborar para a concretização da finalidade prevista no contrato, advindo daí deveres instrumentais destinados à operacionalização do cumprimento. A relação jurídica passa, assim, a ser concebida como a totalidade dessas obrigações, compreendidas não somente como a soma de cada uma delas.

A partir de então a relação jurídica passa a ser um processo, consubstanciado em uma plêiade de responsabilidades, atribuídas às partes pelo conteúdo da obrigações pactuadas ou como consequência da boa-fé objetiva, direcionadas à consecução de um cumprimento satisfatório. Novamente cabe mencionar a explicação de Judith Martins-Costa a respeito dessa relação de interdependência entre os deveres de colaboração como componente integrante do adimplemento.

A colaboração mensura e qualifica o adimplemento na medida em que, se o Direito das Obrigações implica colaboração intersubjetiva, implica, dada a sua natureza de Direito inserido em determinada sociedade, um certo tipo de colaboração, uma colaboração informada pelos valores próprios da ordem jurídico-econômica considerada, dentre os quais estão o princípio da autonomia privada e o princípio da boa-fé objetiva⁵⁹.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 219.

⁵⁹Ibidem, p. 236.

Daí se originam então os deveres anexos de conduta, que estruturam o conteúdo do princípio da boa-fé objetiva. A classificação mais bem aceita na doutrina foi realizada por Menezes Cordeiro, a qual identifica como corolário da boa-fé objetiva os *deveres de proteção*, que “pretendem proteger a contraparte dos riscos de danos à pessoa e a seu patrimônio na constância da relação complexa”; *deveres de esclarecimento*, também denominado dever de informação; e *deveres de lealdade*, que “impõe às partes a abstenção sobre qualquer conduta capaz de falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”⁶⁰.

No entanto, conforme preleciona Cristiano Chaves de Farias, os deveres de conduta possuem conteúdo “proteiforme e polimorfo”, sendo avessos a qualquer enumeração ou descrição definitivas⁶¹. Os deveres vão se modificando, a depender do conteúdo da obrigação principal estabelecida no contrato, podem ser violados tanto através de condutas positivas ou negativas e podem ser chamados à integração ou interpretação de normas jurídicas ou contratuais.

De fato, tanto a função social quanto a boa-fé objetiva possuem a natureza jurídica de princípios, por consubstanciar-se em normas geradoras de guias ou diretrizes direcionadas à determinadas finalidades preconizadas pelo ordenamento jurídico. Assim, diferentemente das normas-regra, que já estabelecem a extensão do dever e também as consequências da infração, a estrutura normativa dos princípios jurídicos é positivada através das cláusulas gerais. Judith Martins-Costa esclarece que “as cláusulas gerais constituem estruturas normativas parcialmente em branco, as quais são completadas por meio da referência às regras extrajurídicas, ou a regras dispostas em outros *loci* do sistema jurídico⁶². Assim, a aplicação concreta da boa-fé vai sendo paulatinamente construída pela jurisprudência, haja vista tratar-se de norma incompleta estruturalmente. São dirigidos critérios aos operadores do direito, que facilitam a incorporação da força principiológica na aplicação da lei.

À guisa de exemplo de concretização da boa-fé dos contratos de financiamento habitacional, oportuno mencionar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de reconhecer a necessidade de cobertura dos vícios construtivos

⁶⁰FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48

⁶¹ Ibidem, p. 47.

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 143.

pelo seguro vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação. Destaca-se da fundamentação prolatada pela Min. Relatora Nancy Andrihui:

No âmbito do SFH, o seguro habitacional ganha conformação diferenciada, uma vez que integra a política nacional de habitação, destinada a facilitar a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população, tratando-se, pois, de contrato obrigatório que visa à proteção da família e à salvaguarda do imóvel que garante o respectivo financiamento imobiliário, resguardando, assim, recursos públicos direcionados à manutenção do sistema.

A interpretação fundada na boa-fé objetiva, contextualizada pela função socioeconômica que desempenha o contrato de seguro habitacional obrigatório vinculado ao SFH, leva a concluir que a restrição de cobertura, no tocante aos riscos indicados, deve ser compreendida como a exclusão da responsabilidade da seguradora com relação aos riscos que resultem de atos praticados pelo próprio segurado ou do uso e desgaste natural e esperado do bem, tendo como baliza a expectativa de vida útil do imóvel, porque configuram a atuação de forças normais sobre o prédio.

A partir dessa perspectiva, infere-se que uma das justas expectativas do segurado, ao aderir ao seguro habitacional obrigatório para aquisição da casa própria pelo SFH, é a de receber o bem imóvel próprio e adequado ao uso a que se destina. E a essa expectativa legítima de garantia corresponde a de ser devidamente indenizado pelos prejuízos suportados em decorrência de danos originados na vigência do contrato e geradores dos riscos cobertos pela seguradora, segundo o previsto na apólice, como razoavelmente se pressupõe ocorrer com os vícios estruturais de construção.

(REsp 1.804.965/SP, Rel.Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/05/2020, DJe de 1º/06/2020).

Depreende-se do supracitado julgado que, no caso em exame, a boa-fé foi utilizada como guia interpretativo do contrato, o qual não excluía a responsabilidade pelos vícios construtivos, nem tampouco continha previsão no sentido oposto, para declarar-se a responsabilidade da seguradora.

Outra mudança na dogmática relativa às obrigações nos parece relevante: a aplicação de eficácias jurídicas distintas a depender da fonte de onde provém

a obrigação. Embora a teoria ainda não seja amplamente divulgada no âmbito doutrinário, a qualidade do raciocínio desenvolvido e autoridade advinda de seus portadores, que incluem a exaustivamente citada Judith Martins-Costa, valem a menção. Importante também esclarecer que o enquadramento e a transposição da teoria para o objeto do presente estudo, os contratos de financiamento habitacional, não foram feitos pelos referidos autores, sendo fruto apenas de questionamentos formulados através presente trabalho e objetivam fomentar o debate e a reflexão a respeito do tema.

Feitas as ressalvas necessárias. Passemos à explicação da teoria, partindo dos entendimentos mais bem acolhidos relativamente ao tema fontes das obrigações. Caio Mário da Silva Pereira e grande parte da doutrina brasileira adota a concepção dualista no que diz respeito às fontes da relação jurídica obrigacional, por meio da qual o elemento gerador da obrigação seria a vontade humana ou a lei. Quando o vínculo advém indiretamente da lei e diretamente da vontade, esta seria considerada sua fonte geradora, ao passo que quando o vínculo advém diretamente da lei, associada a um ato humano não volitivo, é a lei que merece ser considerada como fonte.⁶³

Não discrepa totalmente o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ao esclarecer que a lei seria sempre fonte imediata das obrigações, sendo possível que a fonte mediata advinha de atos jurídicos negociais, atos jurídicos não negociais (ato jurídico *stricto sensu* ou fatos materiais) e dos atos ilícitos. Perceba-se que as duas doutrinas identificam a necessidade da conjugação de ambos os elementos para formação da obrigação: a lei e a conduta humana, a qual não necessariamente advém de um ato de vontade.

Considerando o escopo e objeto da presente dissertação, a incorporação do ato ilícito como fonte de obrigações não será objeto de debate. No entanto, é importante ressaltar a expressa referência ao ato jurídico *stricto sensu*, o qual é conceituado pelos mesmos autores, na obra relativa à parte geral, da seguinte forma:

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações – vol. II / Caio Mário da Silva Pereira; revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 36.

O ato jurídico em sentido estrito, reconhecido por inúmeros doutrinadores de escol, constitui simples manifestação de vontade, sem conteúdo negocial, que determina a produção de efeitos legalmente previstos.

Neste tipo de ato, não existe propriamente uma declaração de vontade manifestada com o propósito de atingir, dentro do campo da autonomia privada, os efeitos jurídicos pretendidos pelo agente (como no negócio jurídico), mas sim um simples comportamento humano deflagrador de efeitos previamente estabelecidos por lei.⁶⁴

Com efeito, a identificação de uma categoria jurídica intermediária como fonte de obrigações, que não se enquadrava nem nos delitos, nem nos contratos, remonta ao direito romano, que os conceituava como “quase-contratos.”⁶⁵ Judith Martins-Costa destaca que:

A distinção entre os atos existenciais e os contratos propriamente ditos – em que há a presença do elemento volitivo, do poder jurisdicção da autonomia privada – parece ter inegável relevo dogmático. Não é adequado nomear fenômenos distintos pelo mesmo nome, pois os nomes não são meras etiquetas a colar aleatoriamente nos fenômenos. Indicam, no Direito, qualificações, das quais decorrem distintas eficácias⁶⁶.

Essa explicação é dada no contexto da apresentação da teoria do *Contato Social*, advinda da Sociologia e desenvolvida no plano jurídico por Clovis Couto e Silva, por meio da qual são identificadas e acolhidas distintas fontes para as relações obrigacionais, como o ato-fato, os atos jurídicos em sentido estrito, atos não negociais e atos ilícitos, e a partir dessa identificação plúrima são atribuídas eficácias obrigacionais distintas a depender da escala de intensidade do contato.

⁶⁴GAGLIANO, Pablo Stolze ; Pamplona Filho, Rodolfo Novo curso de direito civil, volume 1 : parte geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 370.

⁶⁵ Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil / Sílvio de Salvo Venosa. – 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p. 48.

⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.265.

Na vida das relações em sociedade, as pessoas entram em contato entre si. Viver em sociedade significa a possibilidade ter contatos sociais. Contudo, a vida em sociedade não apresenta uma uniformidade de contatos sociais: estes são nuançados, graduados, pluriformes, sendo mensurados em graus de proximidade e de distância. As nuances operam, portanto, desde um contato muito próximo (em que as pessoas entram em contato de forma voluntária) até um contato muito distante, que é caracterizado pelo mero fato de viver em sociedade. Entre uns e outros, há graus intermediários de contato social juridicamente valorizado. Assim, e.g, as hipóteses de culpa in contrahendo e as que nascem de atos negociais, como os atos-fatos, os atos jurídicos em sentido estrito, os atos unilaterais e os atos ilícitos.

Nem todos os contatos serão juridicamente relevantes. Os que forem, porém articulam-se em escalas variáveis de intensidade, mensuradas por meio da categoria da associação o que discerne entre contatos mais próximos (paradigmaticamente: o contrato, forma voluntária de contato social) e mais distantes (o mero fato de viver em sociedade, de onde decorre o dever de *alterum non laedere*), cada um deles gerando distintas eficácias obrigacionais.⁶⁷

Nos parece que os contratos de financiamento para aquisição de HIS, em virtude de sua mitigada autonomia da vontade estariam mais próximos da classificação jurídica outorgada ao ato jurídico *stricto sensu*, assim como nos parece adequado que seja outorgada uma eficácia obrigacional distinta ao conteúdo de tais contratos em virtude de sua precípua função social. No entanto, conforme já advertido alhures, não se localizou doutrina que já tenha realizado esse transporte, ou julgados que a tenham incorporado em casos concretos, por isso nesse ponto e sob a perspectiva da teoria do Contato Social, fica o registro da problematização da questão relativa a fonte da relação jurídica obrigacional, assim como da necessidade de aplicação de efeitos jurídicos apropriados.

2.2.3 DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A crise no fenômeno da contratação também alterou a concepção do contrato com o mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 263.

um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Assim, o contrato passa a ter função social, que limita a liberdade de contratar à vista de interesses externos às partes. A introdução do princípio da função social no ordenamento jurídico coincide com o avanço do capitalismo, ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, que se direciona no sentido de trazer a empresa para o centro da geração de riquezas na sociedade. A partir daí, o desempenho das funções da empresa passou a demandar a constituição de relações jurídicas, que reclamavam técnicas contratuais apropriadas, reafirmando o caráter instrumental dos contratos.⁶⁸

Conforme preleciona Paulo Luiz Netto Lobo:

O princípio da função social do contrato importa a especialização, no âmbito das relações negociais, do princípio constitucional da justiça social. O princípio da justiça social não se realiza sem a consideração das circunstâncias existentes, pois é justiça promocional, no sentido de promover as reduções das desigualdades materiais na sociedade. Toda atividade econômica grande ou pequena, que se vale dos contratos para a consecução de suas finalidades, somente pode ser exercida “conforme os ditames da justiça social” (CF, art. 170).⁶⁹

Na esteira do ensinamento supra, esse elemento externo, limitador da capacidade de contratar, se implementa através da realização do princípio da justiça social e pressupõe a realização da igualdade entre as partes contratantes. Daí porque, o direito à igualdade, e conseqüentemente a evolução de seu conceito acima analisados, afigura-se fundamental para a compreensão da atual concepção do instituto.

O Código Civil de 2016 apresentava uma visão marcadamente patrimonialista, profundamente influenciada pelas concepções individualista e voluntarista vigentes à época. O Código Civil de 2002, inverteu a prioridade legal e incorporou expressamente o princípio da função social⁷⁰, em prestígio aos objetivos sociais do contrato. No entanto, talvez pela importância da habitação para fruição da vida e para o desenvolvimento do direito social, de há muito a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a partir de sua legislação extravagante, em especial da L. 4.380/64, já importava na incorporação

⁶⁸ GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito – 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 40/41.

⁶⁹ LÔBO, Paulo Direito civil : contratos. 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 65.

⁷⁰ Conforme prevê o art. 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

desse princípio e norte interpretativo aos contratos de financiamento para fins de aquisição de HIS. Novamente à luz dos ensinamentos de Paulo Neto Lôbo, há de se compreender a função social como elemento que compõe a estrutura da liberdade contratual, modificando sua natureza.

No Código, a função social não é simples limite externo ou negativo, mas também limite positivo e de conformação do conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos “exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421). “Daí a imediata referência, logo após à liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham entretecidos, gerando uma nova ideia, a de autonomia (privada) solidária”⁷¹

Esse entendimento vem ao encontro do que diz José Afonso da Silva a respeito da função social da propriedade, quando afirma que “limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo”⁷². Em ambos os casos, a função social foi introduzida com o intuito de modificar a concepção capitalista do instituto ao qual se referem. A modificação das relações de produção passam então a interferir na estrutura do direito, de modo a reduzir seu caráter meramente individualista, sem contudo aniquilá-lo. Em ambos os casos, são introduzidos interesses externos às partes, que se tornam fundamentais à própria existência do direito em si.⁷³ Dessas afirmações decorre a conclusão de que não há propriedade, assim como não há contrato, sem respeito à função social. Sempre que a existência e validade de um

⁷¹ Lôbo, Paulo Direito civil : contratos / Paulo Lôbo. – 3. ed. – São Pau-lo : Saraiva, 2017, p. 66.

⁷² SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 74.

⁷³ Oportuna a explicação de José Afonso a respeito da função social da propriedade, a qual pode ser integralmente aproveitada para efeito da função social dos contratos: “A funcionalização da propriedade é um processo logo. Por isso é que se diz que ela sempre teve uma função social. Quem mostrou isso expressamente foi Karl Renner, segundo o qual a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isso ocorreu houve transformação na estrutura interna do conceito de “propriedade”, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que “a propriedade atenderá a sua função social, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotando um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la; um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. A função social – assinala Pedro Escribano Collado – ‘introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo’, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.” (SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 74.)

contrato for analisada, sempre que a autonomia contratual for validada por uma decisão judicial, é preciso analisar-se simultaneamente e de forma sobreposta o atendimento à função social.

Na esteira do que afirma Roberto Senise Lisboa, ressalta-se que, em caso de colisão, deve haver primazia na tutela dos interesses difusos:

Em se tratando de colisão de interesses da mesma natureza, a preferência é dada aos de maior magnitude subjetiva em sociedade. Os interesses difusos preferem aos interesses coletivos; estes, aos interesses individuais homogêneos, submetendo-se o interesse individual a todos os interesses citados, o que é fruto da própria socialização do Direito, em especial com a consagração da função social da propriedade (art.5º, XXIII, da CF) e do contrato, já que todos os direitos subjetivos têm um fim social que limita o seu exercício⁷⁴.

De fato, exsurge da política de implementação da moradia através de financiamentos a existência de um direito transindividual, de natureza coletiva, que favorece o exercício da cidadania e o acesso à justiça. Nesse sentido, oportuno mencionar o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública cujo objeto se relaciona à tutela de mutuários do sistema financeiro de habitação.⁷⁵ No mesmo sentido, também já se encontra reconhecida a legitimidade da Defensoria Pública a respeito da questão,

⁷⁴ LISBOA, Roberto Senise. Contratos Difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

⁷⁵ ROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. ORADIA. LEGITIMIDADE ATIVA SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. O Plenário do STJ decidiu que, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos de relevante interesse social, notadamente em favor dos mutuários vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação (ex vi do art. 6º e 127 da CF/1988).

3. Hipótese em que o Ministério Público Federal promoveu ação civil pública contra a União, a Companhia de Habitação Popular de Campinas (COHAB) e a Caixa Econômica Federal, em defesa dos interesses de oitenta e três mutuários prejudicados pela negativa de quitação dos saldos residuais dos contratos com os recursos que deveriam ter sido efetivamente recolhidos ao FCVS e, conseqüentemente, pela recusa da liberação da hipoteca e outorga de escritura definitiva do imóvel.

4. Não há necessidade de interpretar cláusula contratual ou examinar provas para constatar que o Parquet Federal pretende apenas regularizar a situação de cada mutuário, nos termos da legislação de regência (normas do SFH e FCVS), a fim de assegurar-lhes o direito à moradia.

5. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt no REsp 1684358 / SP, Primeira turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 02.04.19)

bastando que possa haver, para a extensão subjetiva da legitimidade, o favorecimento de grupo de indivíduos pertencentes à classe dos hipossuficientes, mesmo que de forma indireta e eventual, venha a alcançar outros economicamente mais favorecidos. Isso porque, conforme a irretocável fundamentação exposta no REsp 1449416/SC, 3ª Turma, Min. Rel. Ricardo Villas Boas Cuêva, a Defensoria Pública é um órgão voltado não somente à orientação jurídica dos necessitados, mas também à proteção do regime democrático e à promoção dos direitos humanos e dos direitos individuais e coletivos. Assim, a pertinência subjetiva da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais está atrelada à interpretação do que consiste a expressão "necessitados" (art. 134 da CF) por "insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXXIV, da CF). Desse modo, compreendeu-se que deve ser conferido ao termo "necessitados" uma interpretação ampla no campo da ação civil pública para fins de atuação inicial da Defensoria Pública, de modo a incluir, para além do necessitado econômico (em sentido estrito), o necessitado organizacional, ou seja, o indivíduo ou grupo em situação especial de vulnerabilidade existencial.

É certo que a justiça social merece ser considerada como um interesse de natureza difusa, sendo que no caso específico dos contratos de financiamento habitacional para aquisição de HIS, consubstancia-se no acesso ao direito fundamental à moradia por parte da população de baixa renda. Orlando Gomes identifica a presença de pelo menos três aplicações práticas, nas quais a violação ao princípio da função social deve levar à ineficácia superveniente do contrato: ofensa a direitos coletivos, lesão à dignidade da pessoa humana e impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato. Destaca-se assim a preocupação doutrinária não somente vocacionada ao reconhecimento e delimitação do princípio, mas também no sentido de enaltecer a imposição de uma aplicação prática e efetiva.

Nesse sentido, a proteção da função social outorgada pelo ordenamento jurídico deve se direcionar para a proteção o indivíduo contratante e o interesse na extinção do contrato pelo cumprimento, com aquisição da casa própria e pagamento do preço, mas sobretudo à luz da tutela do interesse geral de efetivação da política de acesso ao direito social à moradia digna por parte da população de baixa renda. Destarte, a rescisão do contrato, devolvendo esse cidadão, pré-selecionado pelo poder público em virtude de sua situação de hipossuficiência, ao estado de negação de direitos fundamentais, representa grave ofensa à sua dignidade enquanto indivíduo, mas também traduz a ineficácia, sob a

perspectiva coletivamente considerada, que é prover o direito à moradia aos hipossuficientes. O interesse social assume assim uma feição mais material, que pode ser implementada tanto através da tutela individual quanto da coletiva.

No âmbito do direito positivo, extrai-se a proteção da função social aos contratos para aquisição de HIS, primeiramente pelo fato da moradia constituir-se como um direito social, previsto na Constituição Federal e diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, conforme analisado alhures e de ser o financiamento a política eleita pelo Estado Brasileiro como prioritária para o enfrentamento da questão. A forma de positivação da legislação ordinária revela de modo ainda mais claro qual a função social especificamente considerada para nortear os referidos contratos. Assim, a L. 4.380/64 prevê que:

Art. 1º O Governo Federal, através do Ministro de Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.

Art. 8º O sistema financeiro da habitação, destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população, será integrado.

No mesmo sentido, a partir da análise histórica realizada por Nabil Bonduki, é possível concluir que os motivos que justificaram a intervenção do Estado na habitação através da concessão de financiamentos habitacionais convergem na identificação da função social consubstanciada na implementação da justiça social e na universalização do direito social à moradia digna por parte da população de baixa renda.

Os primórdios da intervenção do poder público na cidade e na habitação foram determinados, ainda na República Velha, em plena vigência do liberalismo, pela constatação de que a estrutura urbana é de tal forma socializada que não permite o *laissez-faire* do mercado. E aprofundada, a partir de 1930, pela

verificação de que a população de baixa renda não teria condições de ter acesso a uma moradia digna sem algum tipo de apoio governamental⁷⁶.

No entanto, a estrutura aberta acarreta, por vezes, a incorporação de tais princípios no ordenamento jurídico a partir de compreensões divergentes a respeito do conteúdo prático de aplicação. No caso dos contratos de financiamento habitacional para aquisição de HIS, há de se reconhecer a existência de uma hipótese central e não controversa para preenchimento do conteúdo do princípio: o acesso ao direito fundamental à moradia por parte da população de baixa renda.

Porém, não raro o preenchimento do significado do princípio da função social dos contratos de financiamento, de forma simultânea ou isolada, expressa ou implicitamente, é associado ao “equilíbrio financeiro do sistema”. Essa pauta de valores encontra-se associada à concepção da habitação como mercadoria e ativo financeiro, contrapondo-se à ideia da habitação como um direito social a ser provido pelo Estado. Cabe ressaltar, nesse sentido, o entendimento sedimentado no STJ no sentido de não ser possível a usucapião de imóveis vinculados ao SFH.⁷⁷ Veja-se que, no caso, o óbice à usucapião não se baseia na incompatibilidade de fruição individual do patrimônio coletivo, como ocorre no caso dos bens públicos de uso comum. Na verdade, o imóvel existe com o objetivo de ser usufruído individualmente pelo cidadão, no entanto, entende-se que, independentemente do agente financiador se descurar de suas obrigações e permitir o decurso da prescrição aquisitiva por vários anos, ainda assim o bem não poderá ser adquirido por usucapião, com o intuito de evitar-se as perdas financeiras decorrentes a falta de pagamento do financiamento ocasionaria.

Igualmente, ao julgar a possibilidade de adjudicação direta pelo credor hipotecário pelo valor da avaliação nos contratos de financiamento habitacional, o STJ afirmou a existência de dois escopos previstos na legislação específica que mereciam ser considerados para fins de interpretação da questão: o fim social com que foram criadas todas as regras que tratam do Sistema Financeiro da Habitação e a rápida recuperação do crédito para a reintrodução do

⁷⁶ BONDUKI, Nabil. *Origens da habitação social no Brasil: arquitetura moderna, lei do inquilinato e difusão da casa própria*. 7 ed. São Paulo: Estação Liberdade: FAPESP, 2017, p. 324.

⁷⁷ AgInt no AREsp 1669338 / SP, Quarta turma, 24.08.20, Min. Rel. Antônio Carlos Ferreira; AgInt no REsp 1700681 / AL, Terceira Turma, j. 30.09.19, Min. Rel. Ricardo Vilas Bôas Cueva;

capital investido no fluxo do sistema para novos financiamentos, o que, de acordo com a decisão, se encontraria implícito na função social.⁷⁸

Essa ideia reflete o fenômeno da financeirização da política habitacional, descrito na tese de doutoramento de Luciana de Oliveira Royer:

A arquitetura do financiamento habitacional no Brasil, seja aquela articulada pelo Sistema Financeiro Habitacional – SFH, seja aquela articulada pelo Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, deveria ter como objetivo principal o atendimento às necessidades habitacionais do país. No entanto, nos últimos anos, o enfrentamento das necessidades, ou mesmo de déficit de novas unidades de novas unidades habitacionais, parece ter mudado de função. De meta objetiva das políticas do setor, o combate ao déficit; expressão largamente utilizada na mídia impressa e televisiva, tem sido utilizado como pretexto para a criação de novos instrumentos de crédito, mais vocacionados à acumulação financeira de capital que à universalização do direito à moradia.

Este fenômeno, evidentemente, não é uma exclusividade brasileira. Reflete, na verdade, o movimento de financeirização do crédito imobiliário, dentro do qual a habitação figura, na maior parte das vezes, meramente como pretexto.⁷⁹

De fato, a financeirização não se encontra expressamente prevista na legislação, embora seja o fundamento de diversos artigos já positivados e entendimentos jurisprudenciais, à exemplo da alienação fiduciária em garantia. Por isso, afigura-se da maior relevância compreender a origem de tais ideias para o fim de aplicá-las com o peso que o ordenamento jurídico efetivamente lhes atribui. Evidentemente, o equilíbrio financeiro do sistema é uma preocupação que merece tutela, no entanto, sua proteção merece ser pensada visando a consecução do objetivo de acesso à moradia e não o contrário. Conforme se disse alhures, a história já demonstrou o fracasso da tentativa de relegar o financiamento habitacional exclusivamente às regras de mercado, sendo certo que o sucesso na recuperação de crédito não necessariamente importará em avanço no

⁷⁸ REsp 1721731 / SP, Terceira turma, Min. Rel. Nancy Andrigui, j. 27.11.18.

⁷⁹ROYER, Luciana de Oliveira. Financeirização da política habitacional: limites e perspectivas. 2009. Tese (Doutorado em Habitat) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.16.2009.tde-19032010-114007. Acesso em: 2021-01-18, p. 21.

que diz respeito à universalização do direito à moradia, que é a função social preconizada pela política.

A vagueza semântica da função social também se manifesta por ocasião da escolha da técnica que definirá qual o grau de articulação entre os princípios e as normas-regra. A natureza aberta do conceito de função social também permite que sejam adotadas diferentes consequências jurídicas, adaptando-as às vicissitudes dos casos concretos, conforme preleciona Humberto Theodoro Junior:

A boa-fé objetiva e a função social, – como objetos que são de cláusula geral de múltipla finalidade e de variado alcance –, quando infringidas não se limitam a provocar um só e único efeito sobre o negócio jurídico. Ao contrário, permitem soluções cambiantes em função do caso concreto, tendo em conta o sistema geral do Código e a necessidade de encontrar remédios amoldados aos interesses legítimos em jogo no negócio jurídico. Se o caso, por exemplo, envolve abuso de direito, pode-se pensar ora em reparação de perdas e danos, ora em revisão contratual, ora em anulação, no todo ou em parte, do negócio jurídico contaminado. Se se trata de negócio desequilibrado economicamente, pode-se ora pretender sua rescisão, ora seu reequilíbrio. Se ocorre violação de deveres anexos ou acessórios, o prejudicado tanto pode exigir o respectivo cumprimento de tais deveres, como pode reclamar perdas e danos. E assim por diante.⁸⁰

Voltando a questão do melhor método a ser aplicado, oportuna a transcrição de elucidativo trecho, abordando a necessidade de uma aplicação complementar entre os dois métodos:

Se utilizado exclusivamente o raciocínio lógico-dedutivo, estarão as cláusulas gerais condenadas a permanecer emudecidas, num inútil e eterno limbo. Por outro lado, se o julgador afastar-se do sistema, raciocinando apenas de modo tópico, proferirá decisões imprevisíveis, por vezes voluntaristas, baseadas em sentimentos. Então, não apenas a certeza jurídica será ferida: a garantia fundamental da igualdade perante a lei será letra morta.”⁸¹

Assim, primeiramente afigura-se necessário tecer um breve esboço esclarecendo os dois métodos de aplicação da lei, para em seguida, refletir a respeito de uma aplicação

⁸⁰ THEODORO JR. Humberto. O contrato e sua função social. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 92.

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 158.

que se revele satisfatória em relação a coexistência dos princípios da função social e às regras positivadas relativas ao financiamento habitacional de interesse social.

O raciocínio lógico dedutivo se relaciona com o conceito de silogismo jurídico. As regras jurídicas estão contidas na premissa menor, a situação fática é incorporada a partir da técnica da subsunção e dessa operação mental deflui a conclusão para solução do caso concreto. Esse método, no entanto, retira a possibilidade de análise da singularidade de cada evento e além disso, pressupõe um afastamento entre o plano do ser e do dever ser, como se norma e fato constituíssem planos distintos.

Flavianne Bittencourt questiona essa forma de aplicação da lei, a qual, a despeito de sua importância, não encontra tratamento adequado no ordenamento positivo.

Voltando o olhar para a prática judicial, tem-se que do ponto de vista metodológico ainda se assenta no método subsuntivo, que remonta ao século XIX. Esse modelo, na qual a decisão jurídica resulta senão a partir da lei através de uma subsunção lógica dos fatos, não resiste a uma análise mais profunda. Não raro são os casos em que as normas jurídicas não se conformam ao fato por mera subsunção, dada a singularidade de cada evento e a impossibilidade de o legislador prever a infinidade de ocorrências fáticas que se podem dar na realidade.

Destaque-se, ainda, que neste modelo as decisões se processam por uma inferência lógica a partir de norma jurídica e do fato jurídico. Acrescente-se que no método subsuntivo a norma jurídica, como entidade abstrata, integra o plano do dever ser e o fato, como entidade concreta do real, o plano do ser. A própria estruturação do modelo subsuntivo revela uma aporia: Como se pode realizar no plano da abstração uma transposição de duas realidades (ser e dever ser) que se consideram apartadas em planos distintos?⁸²

Pensar por problemas pressupõe a abertura para uma pluralidade de soluções possíveis, que levam em conta sobretudo suas consequências. Parte-se de uma dúvida real e não de um referencial teórico abstrato, direcionada ao alcance de uma solução jurídica justa. Nessa medida, se aproxima dos valores incorporados pelo direito no contexto da pós-modernidade. Conforme preleciona Maria Paulla Dallari Bucci é a

⁸²NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittercourt. Por uma metodologia do direito de base pragmatista. XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do COMPEDI, 2006, Recife. Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do COMPEDI. Florianópolis, Fundação Boiteaux, 2006, p. 06.

relação de complementariedade entre essas duas técnicas o método adequado para o tratamento de questões sobre políticas públicas, vez que permite a incorporação simultânea da riqueza da experiência, bem como a análise de premissas conceituais sob diversos ângulos, as quais seriam trabalhadas no interior do sistema normativo:

Rigorosamente, as questões de políticas públicas são “problemas” (ou casos). E estes poderiam ser trabalhados no interior de “sistemas” (ou modelos analíticos). O método problemático seria particularmente útil em vista da riqueza da experiência, ainda que variada e dispersa. O raciocínio dedutivo atuaria para sistematizar o acervo de casos, de acordo com premissas conceituais de diversos ângulos, organizadas numa “trama de pontos de vista”, representação para uma epistemologia das políticas públicas baseada na constituição de redes de conhecimento e atuação prática⁸³.

Para alcançar-se tal equilíbrio, no que toca a questão do inadimplemento contratual pela falta de pagamento do mutuário, pretende-se doravante abordar duas das questões fundamentais que devem ser levadas em consideração pelo julgador. Parte-se do pressuposto de que o pagamento das prestações constitui a principal obrigação a ser satisfeita pelo mutuário, porém é necessária a incorporação de elementos principiológicos às normas regradas, o qual se traduz através de uma metodologia de aplicação das leis baseada na relação de complementariedade entre sistema e problema. Pincelamos assim, dois elementos que identificamos como fundamentais para alcançar-se tal desiderato.

O primeiro deles se refere à relação de proporcionalidade, que assegure ter o mutuário efetivas condições de arcar com as prestações do financiamento. Escolhemos esse elemento, aderindo ao entendimento de Arnaldo Rizzardo, no sentido de que “o princípio da proporcionalidade entre a prestação a ser paga e renda ou o salário do adquirente constitui princípio vetor do sistema, sem o qual perderia o plano habitacional a sua própria razão de ser, que sobrepõe o interesse social e os direitos e

⁸³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas / Maria Paula Dallari Bucci. – São Paulo : Saraiva, 2013. Paginação irregular (posição 5429)

garantias individuais ao interesse meramente econômico.⁸⁴ O segundo elemento pincelado se refere ao asseguramento da repactuação da dívida, como corolário da boa-fé objetiva, traduzido no dever geral de repactuação ínsito aos contratos de longa duração.

2.3 DOS INFLUXOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

2.3.1. DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Um dos grandes questionamentos do presente trabalho foi a dúvida a respeito da inclusão ou não do direito do consumidor como fonte normativa, haja vista a premissa básica de que moradia é direito e não mercadoria. Nas palavras de Luciana Royer, nesse processo, ‘o cidadão beneficiário de um direito transforma-se em um cliente do sistema bancário, incluído ou excluído das modalidades de financiamento’.⁸⁵ De fato, ao longo de todo trabalho, houve a problematização da transformação do cidadão beneficiário de uma política pública em um sujeito consumidor, assim como do pressuposto da lucratividade, e por conseguinte, da excessiva proteção outorgada para garantia dos retornos financeiros do agente financiador. Todavia, através do estudo das origens do direito do consumidor foi possível constatar a partilha de uma origem semelhante, com diversos pontos de interlocução, em especial a matriz constitucional e a aproximação em relação aos direitos humanos fundamentais, além de uma concepção mais social e teleológica do contrato. Na esteira dos ensinamentos de Claudia Lima Marques:

Quando a Constituição de 1988 identificou os consumidores como agentes econômicos mais vulneráveis e que deveriam ser protegidos pelo Estado (art. 5º, XXXII, da CF/1998), quando ordenou ao legislador que esta proteção do sujeito refletisse na elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, a proteger esse sujeito de direitos especial, acabou moldando uma nova visão

⁸⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 121.

⁸⁵ Royer, Luciana de Oliveira. Financeirização da política habitacional: limites e perspectivas. São Paulo: Annablume, 2013.

mais social e teleológica do contrato como instrumento de realização das expectativas legítimas desse sujeito de direitos fundamentais, o consumidor⁸⁶.

Com efeito, o direito do consumidor nasce da constatação de ineficiência dos remédios contratuais disponíveis e se direciona para uma reestruturação da ordem jurídica, voltada à proteção da parte mais fraca.⁸⁷ Ademais, o direito do consumidor parte do pressuposto da existência de um desequilíbrio estrutural, que se reflete no conteúdo dos contratos, daí decorrendo a necessidade de regular estas relações de maneira a assegurar o justo equilíbrio entre direitos e obrigações.⁸⁸ Assim, analisando sob esses vieses, a proposta da tutela do consumidor vem ao encontro do presente trabalho, que tem como escopo a identificação do regime dos contratos de financiamento habitacional, com foco direcionado à proteção em relação à parte vulnerável.

Outrossim, através do verbete 297 do STJ consolidou-se o entendimento de que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.” De fato, em que pese sua insuficiência, a tutela decorrente de tal microssistema não é desprezível e tem aptidão para implementar relevante sistema de proteção ao cidadão contratante. Há de ressaltar, todavia, no que diz respeito à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento habitacional, o conteúdo da TESE 12 da Edição de n. 74 firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual:

As normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, desde que não vinculados ao FCVS e que

⁸⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 246.

⁸⁷ Nesse sentido, oportuna a menção do histórico narrado por Sérgio Cavalieri Filho: “Por outro lado, os remédios contratuais clássicos não evoluíram e se revelaram ineficazes na proteção e defesa efetivas do consumidor. Rapidamente envelhecia o direito material tradicional, até restar completamente ultrapassado. O direito privado de então, marcadamente influenciado por princípios e dogmas romanistas – autonomia da vontade, pacta sunt servanda e responsabilidade fundada na culpa –, não tardaria a sucumbir. Destarte, à falta de uma disciplina jurídica eficiente, reestruturada, moderna, proliferaram, em ambiente propício, práticas abusivas de toda ordem, como as cláusulas de não indenizar ou limitativas da responsabilidade, o controle do mercado, a eliminação da concorrência e assim por diante, resultando em insuportáveis desigualdades econômicas e jurídicas entre o fornecedor e o consumidor”. CAVALIERI FILHO, Sergio Programa de direito do consumidor / Sergio Cavalieri Filho. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 02.

⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 289.

posteriores à entrada em vigor da Lei n. 8.078/90. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 04/12/2014.

Entendemos que a exceção caracterizada pela presença do FCVS não se justifica. O FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais) foi criado em 1967, através da resolução nº 25/67 do BNH e tinha como finalidade cobrir eventuais distorções ocorridas ao longo da relação contratual. Assim, caso remanescesse algum saldo devedor, o fundo ficaria responsável por arcar com essa diferença perante o agente financeiro, funcionando como uma intervenção pública que permitiria assegurar o equilíbrio financeiro do sistema e a capacidade do mutuário de pagar as prestações.

O afastamento da tutela consumerista importa exclusão de todos os direitos básicos previstos no rol não exaustivo do art. 6º do CDC⁸⁹, que abrangem questões totalmente alheias à questão da garantia, à exemplo do direito à informação adequada. De acordo as razões expostas no voto proferido no Recurso Especial nº 489.701 – SP - Min. Relatora Eliana Calmon, que originou a sobredita tese, “a relação de compra e venda financiada de imóvel é típica relação de consumo, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, por não haver restrição ou ressalva às atividades de natureza bancária, financeira e de crédito. No entanto, a cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial – FCVS, acarreta a feição de contrato diferenciado, pela presença do Estado, na

⁸⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [\(Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012\)](#) [Vigência](#) IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. CAVALIERI, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 9.

condição de garante de quitação do saldo devedor e por isso atrai as regras de Direito Público, tipicamente cogentes e direcionadas à proteção dos hipossuficientes. Por outro lado, nos contratos sem a cobertura do FCVS preponderam as regras de Direito Privado, dentre as quais as normas civilistas e do Código de Defesa do Consumidor”. Salientou que, no âmbito do STJ, esse seria o fator divisor da competência interna, bem como o motivo que justificaria a integração da Caixa Econômica Federal à lide e concluiu assim que, nesse caso, as normas de caráter especial do SFH importariam no afastamento do Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente, há de se ressaltar que divisão clássica entre direito público e direito privado já não vem encontrando seu encaixe adequado no curso da pós-modernidade. Claudia Lima Marques classifica o direito do consumidor no sistema de “direito privado *sui generis*”.⁹⁰ Embora regule relações privadas, a defesa do consumidor constitui um imperativo constitucional e um direito fundamental, além de princípio geral de toda a atividade econômica, conforme prevê os artigos 5º, XXXII, art. 170, V, da Constituição Federal. Destarte, nos parece equivocada a exclusão da proteção do código de defesa do consumidor aos dos contratos de financiamento habitacional com cobertura da FCVS, primeiro porque o direito do consumidor, por si, já tem a sua natureza jurídica atrelada às normas de direito público, ainda que parcialmente. Além disso, o fundo garantidor se destina a outorgar uma proteção avançada e privilegiada aos destinatários hipervulneráveis de uma política pública habitacional. Logo, utilizá-lo como fator de descrímen para excluir ou reduzir direitos vem de encontro ao escopo preconizado pela norma. Entendemos, assim, conforme será exposto mais adiante, que seria o caso de aplicação da teoria do “Diálogo das Fontes”, afastando a suposta antinomia para compreender os dois sistemas protetivos como coexistentes e sobrepostos de modo a proteger o mesmo sujeito de direitos.

Após o supracitado julgado, de fato, as turmas de direito privado reafirmaram sistematicamente a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento implementados no âmbito do SFH, refletindo seus efeitos em matérias

⁹⁰ Marques, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais – 9 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 576.

relativas seguro habitacional⁹¹, cláusula de eleição de foro⁹² e no reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ações civis públicas a respeito da questão⁹³, embora seja comum, no âmbito dos Tribunais Regionais o entendimento de

⁹¹ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL SECURITÁRIA. VÍCIO DE CONSTRUÇÃO EM IMÓVEL. SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DA SEGURADORA. BOA-FÉ OBJETIVA E PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR.

1. Ação de responsabilidade obrigacional securitária em razão de vício de construção em imóvel objeto de mútuo vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação.

2. À luz dos parâmetros da boa-fé objetiva e da proteção contratual do consumidor, os vícios estruturais de construção estão acobertados pelo seguro habitacional, cujos efeitos devem se prolongar no tempo, mesmo após a extinção do contrato, para acobertar o sinistro concomitante à vigência deste, ainda que só se revele depois de sua conclusão (vício oculto). Precedentes.

3. Agravo interno no recurso especial não provido.

(STJ, AgInt no REsp 1895804 / SP, Terceira turma, Min. Rel. Nancy Andrigui, j. 01.03.2021)

⁹² PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL EM AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - RETENÇÃO LEGAL - AFASTAMENTO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – AÇÃO DECLARATÓRIA - CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO - NULIDADE - PREJUÍZO À DEFESA DA PARTE HIPOSSUFICIENTE.

1 - Caracterizada está a excepcionalidade da situação de molde a afastar o regime de retenção previsto no art. 542, § 3º, do CPC, a fim de se evitar a ocorrência de notório prejuízo, quer ao serviço judiciário, quer às próprias partes, ante a possibilidade do julgamento do feito vir a ser prolatado por juízo incompetente (MC nº 3.378/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 11.6.2001; MC nº 2.624/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, DJ de 28.8.2000).

2 - O entendimento desta Corte de Uniformização Infraconstitucional é firme no sentido da incidência da legislação pró-consumidor aos contratos de financiamento e compra e venda de imóvel (contratos de adesão), vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (AgRg no REsp nº 802.206/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 3.4.2006; REsp 642968/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 8.5.2006; AgRg no REsp nº 714.537/CE, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 13.6.2005; REsp nº 662.585/SE, de minha relatoria, DJ de 25.4.2005).

3 - Uma vez adotado o sistema de proteção ao consumidor, reputam-se nulas não apenas as cláusulas contratuais que impossibilitem, mas que simplesmente dificultem ou deixem de facilitar o livre acesso do hipossuficiente ao Judiciário. Desta feita, é nula a cláusula de eleição de foro que ocasiona prejuízo à parte hipossuficiente da relação jurídica, deixando de facilitar o seu acesso ao Poder Judiciário (REsp nº 190.860/MG, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, DJ de 18.12.2000; AgRg no Ag nº 637.639/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 9.5.2005).

4 - Recurso não conhecido. (STJ, REsp 669990 / CE, Quarta turma, Min. Rel. José Scartezzini, j. 24.08.06)

⁹³ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. MORADIA. LEGITIMIDADE ATIVA SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. O Plenário do STJ decidiu que, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos de relevante interesse social, notadamente em favor dos mutuários vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação (ex vi do art. 6º e 127 da CF/1988).

3. Hipótese em que o Ministério Público Federal promoveu ação civil pública contra a União, a Companhia de Habitação Popular de Campinas (COHAB) e a Caixa Econômica Federal, em defesa dos interesses de oitenta e três mutuários prejudicados pela negativa de quitação dos saldos residuais dos contratos com os recursos que deveriam ter sido efetivamente recolhidos ao FCVS e, conseqüentemente, pela recusa da liberação da hipoteca e outorga de escritura definitiva do imóvel.

que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de financiamento habitacional não é regra, porquanto o legislador tratou de maneira diferenciada as relações de financiamento para a aquisição da casa própria⁹⁴.

2.3.2. DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO CONTRATUAL

Pensando sobre o sujeito passivo dessa relação jurídica, passemos a análise da peculiar condição de vulnerabilidade do consumidor. Primeiramente, ressalta-se o enquadramento no conceito de consumidor do contratante que adere ao financiamento imobiliário, previsto no art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Entende-se que todas as características identificadas pela doutrina⁹⁵ como marcantes para a configuração do conceito encontram-se presentes no caso: i) posição de destinatário fático e econômico; ii) suprimento de suas próprias necessidades, de sua família ou dos que se subordinam por vinculação doméstica e protetiva a ele; iii) não profissionalidade; iv) vulnerabilidade em sentido amplo.

Bruna Simões França preleciona que a identificação do conceito de vulnerabilidade merece ser compreendida a partir da relação estabelecida entre as partes:

A vulnerabilidade, desta forma, é um conceito de relação. Para que alguém seja considerado vulnerável é necessário estabelecer-se uma relação desta pessoa

4. Não há necessidade de interpretar cláusula contratual ou examinar provas para constatar que o Parquet Federal pretende apenas regularizar a situação de cada mutuário, nos termos da legislação de regência (normas do SFH e FCVS), a fim de assegurar-lhes o direito à moradia.

5. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt no REsp 1684358 / SP, Primeira turma, j. 02.04.19, Min. Rel. Gurgel de Faria)

⁹⁴Nesse sentido: TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005.70.00.013901-4/PR, Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, J. 26.05.10.

⁹⁵ Cavalieri, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 84

com a outra, ou seja, o consumidor é vulnerável em relação ao fornecedor, assim como o são os empregados em relação aos empregadores etc⁹⁶.

A assimetria da relação é assim um dos pontos fundamentais para caracterização da pessoa consumidora. No caso em apreço, figura do lado oposto o fornecedor, que em regra é um banco público ou empresa pública, cuja finalidade está associada à produção de HIS. Consequentemente uma das partes possui estrutura e corpo técnico especializado, ao passo que a outra, em regra, desconhece completamente informações básicas como taxas de juros e cláusulas contratuais de garantia previstas no contrato, além de raramente ter condições de obter assistência legal na ocasião do contrato e encontrar maiores dificuldades para levar a questão à justiça quando necessário. Há, assim, flagrante vulnerabilidade, sob o ponto vista econômico, técnico e jurídico.

Ainda, Bruna Simões França⁹⁷, citando Dal Pai Morais, traz à tona os conceitos de vulnerabilidade política ou legislativa, relacionada à situação de influência do fornecedor de serviços frente ao poder legislativo ou executivo, plenamente aplicável à situação em epígrafe, tendo em vista o poderio político dos fornecedores. Em razão de sua natureza pública e estando vinculados ao poder executivo, ainda que de forma indireta, além de produzirem unilateralmente o contrato, integram a mesma estrutura responsável pelo estabelecimento de normas específicas, que disciplinarão o contrato.

Para além das vulnerabilidades decorrentes de condição de consumidor, há de se ressaltar que os clientes do contrato de financiamento para aquisição de HIS se encontram, por definição, privados do acesso ao direito fundamental à moradia digna. Ao serem selecionados como beneficiários para aquisição de habitação de interesse social, existe um reconhecimento público no sentido de que esse mutuário possui uma excepcional vulnerabilidade, afora das já reconhecidas para o consumidor em geral, que demanda a proteção do Estado.

Vislumbra-se, destarte, uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, decorrente de

⁹⁶ FRANÇA, Bruna Simões. A proteção jurídica do consumidor nos contratos de mútuo bancário e o direito à informação. 2017, p. 73.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 73.

circunstâncias pessoais conhecidas pelo fornecedor, que se enquadram no conceito de hipervulnerabilidade identificado por Claudia Lima Marques.

Em minha opinião, a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor⁹⁸

A hipervulnerabilidade é assim um componente estrutural da relação estabelecida entre os contratantes de financiamento habitacional para aquisição de HIS. A relação entre os contratantes se encontram alicerçadas numa intensa verticalização e concentração de poder nas mãos do agente financiador, ao passo que o cidadão adquirente figura numa posição de extrema fragilidade, notadamente se enxergada sob a perspectiva econômica, técnica, jurídica e política.

O conteúdo do art. 39, IV do CDC⁹⁹ demonstra que a legislação reconhece a aproximação entre a incidência de abusividade em virtude da excepcional vulnerabilidade do consumidor decorrente, inclusive, de sua condição social. No entanto, não é o caminho que vem sendo trilhado pela jurisprudência, ao menos no que toca aos contratos para aquisição de HIS. A imensa maioria dos julgados a respeito do tema não enfrenta o mérito da alegação de abusividade, sob o fundamento de que a alegação é genérica. O conteúdo da súmula 381 do STJ¹⁰⁰ reforça a imposição desse ônus ao contratante, o qual de acordo com a jurisprudência, praticamente nunca é satisfatoriamente cumprido.

⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 50.

⁹⁹ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

IV — prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

¹⁰⁰ Súmula 381 - Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas

2.3.3. DAS CLAUSULAS ABUSIVAS

De fato, a natureza de adesão dos contratos de financiamento para aquisição de HIS, associada à impossibilidade de escolha do outro contratante e à situação de necessidade de suprimento de um direito fundamental favorecem a fragilização do consumidor nos contratos para aquisição de HIS e conseqüentemente facilitam a imposição de cláusulas abusivas. Daí porque a cláusula abusiva precisa ser analisada, à luz da existência de um poder contratual dominante. Uma mesma cláusula, em um contrato livremente negociado, pode ser considerada válida e nos contratos de adesão, abusiva¹⁰¹.

A proibição da instituição de cláusulas abusivas deve ser um instrumento para mitigar as desigualdades nessa relação, assegurando um efetivo controle judicial do conteúdo dos contratos sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Destaca-se assim o entendimento do STJ sedimentado REsp 969129 / MG, Ministro Luis Felipe Salomão, j. 09.12.09, por meio do qual foi rechaçada a prática comum de estabelecer a obrigatoriedade do seguro habitacional com o agente financeiro.

Nesse sentido, confira-se a ementa:

É necessária a contratação do seguro habitacional, no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro, ou por seguradora indicada por este, exigência esta que configura "venda casada", vedada pelo art. 39, inciso I, do CDC.

Com efeito, trata-se de cláusula abusiva expressamente prevista no art. 39, I do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, consoante os irretocáveis fundamentos expostos no julgado, “No âmbito dos contratos bancários em geral, e especialmente no SFH, a vedação à "venda casada" deve ser, com maior razão, combatida, tendo em vista que se está diante de contratos de adesão, com mutuários cuja hipossuficiência é manifesta”. Vale dizer, é a especial vulnerabilidade desse sujeito de

¹⁰¹ Nesse sentido Paulo Lôbo: “É a existência do poder contratual dominante, nos contratos de adesão e nos contratos de consumo, presumida pela lei, que converte uma cláusula em abusiva. Essa mesma cláusula, em contrato comum livremente negociado, que presume a inexistência de poder negocial dominante, pode ser considerada válida.” (Lôbo, Paulo Direito civil : volume 3 : contratos / Paulo Lôbo. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018., p. 134)

direitos, que justifica a ênfase na proteção outorgada pelo sistema, proscrevendo com mais razão da chamada “venda casada”.

De acordo com Cláudia Lima Marques, existe o caminho da abusividade subjetiva, atrelado à malícia ou desvio das finalidades sociais de um poder e a conexão mais objetiva, associado ao paradigma da boa-fé objetiva, cujo principal elemento seria o desequilíbrio resultante da imposição.

Para definir a abusividade dois caminhos podem ser seguidos: uma aproximação subjetiva, que conecta a abusividade mais com a figura do abuso de direito, como se sua característica principal fosse o uso (subjetivo) malicioso ou desviado das finalidades sociais de um poder (direito) concedido a um agente, ou uma aproximação objetiva, que conecta a abusividade mais com paradigmas modernos, como a boa-fé objetiva ou a antiga figura da lesão enorme, como se seu elemento principal fosse o resultado objetivo que causa a conduta do indivíduo, o prejuízo grave sofrido objetivamente pelo consumidor, o desequilíbrio resultante da cláusula imposta, a falta de razoabilidade ou comutatividade do exigido no contrato¹⁰².

A fundamentação dos acórdãos indica que, no caso da venda casada, a jurisprudência se direcionou na linha do desvio das finalidades sociais do contrato, o que vem ao encontro da proposta de incorporação do princípio da boa-fé objetiva e função social acima abordada. À luz dessa proposta, notadamente à vista da natureza exemplificativa do rol previsto no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰³,

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1039.

¹⁰³ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, **dentre outras práticas abusivas:** (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes; VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos; VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro); IX - recusar a venda de bens ou a prestação

existiriam cláusulas típicas do contrato de financiamento para aquisição de HIS, que poderiam ser confrontadas na perspectiva da abusividade. Vale salientar que cláusula abusiva não significa cláusula ilícita, mas sim aquelas que acarretam um desequilíbrio contratual objetivo, à exemplo da alienação fiduciária em garantia.

As cláusulas abusivas não se confundem com as cláusulas ilícitas em sentido estrito, pois estas são as que têm finalidade ilícita, enquanto aquelas decorrem do desequilíbrio contratual objetivo provocado pelo poder negocial dominante¹⁰⁴.

Mais adiante revisitaremos o instituto da alienação fiduciária, analisando sua intrínseca abusividade, quando utilizada no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, haja vista a função social que o direciona e os direitos fundamentais envolvidos.

2.4. DOS INFLUXOS DA NORMATIVA RELATIVA À HABITAÇÃO

De acordo com o art. 8º da L. 4.380/64, alterada nesse ponto pela L. 8.245/91, o sistema financeiro de Habitação se destina a promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população. Trata-se, destarte, de claro interesse institucional, expressamente previsto na legislação, que merece, por conseguinte, ser observado em todas as fases da política pública implementada no âmbito do SFH.

A L. 11.124/05, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, determina que o referido sistema se destina a: i) viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável; ii) implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e

de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999 XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. (Incluído pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995); XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (Incluído pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999); XIV - permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo. (Incluído pela Lei nº 13.425, de 2017).

104 LOBO, Paulo. Direito Civil. V. 3. Contratos. 6ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020, p. 155.

viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda; iii) articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor da habitação.

Assumindo o perfil de Estado intervencionista, que preconiza a implementação dos direitos sociais aos cidadãos, o poder público concebe a política habitacional de moradia, lhes destina os recursos necessários, seleciona os beneficiários e a implementa, através da produção de unidades habitacionais e da realização do negócio jurídico, objeto das considerações do presente trabalho. Desse modo, o centro de gravidade de tais negócios jurídicos deve ser deslocado para o direito público, inclusive através da função regulamentadora do legislador, que lhes impõem um regime legal diferenciado, conceituando-se por tal motivo, conforme preleciona Claudia Lima Marques, como um “contrato dirigido”.¹⁰⁵

De acordo com Carlos Alberto Bittar, essa intervenção estatal em certas atividades, consideradas essenciais, eclode mais intensamente a partir da Segunda Guerra Mundial, a partir da constatação da insuficiência dos esquemas privados, e acarreta a predominância do social sobre o individual, concentrando no Estado a condução dessa nova agenda¹⁰⁶. O aspecto mais importante envolve a questão econômica (justificando-se a expressão *homo economicus*), caracterizado pela especialização e expansão de macroempresas, que se espraiam por diferentes países, e acarretam o surgimento de novas formas de contratação: em massa e por diferentes sistemas de comunicação¹⁰⁷. Para Bittar, os reflexos do dirigismo contratual, no plano do direito são:

- a) a edição periódica de leis especiais de planejamento e de intervenção em que se define o respectivo alcance e se estabelece a forma de controle; b) a conversão de leis supletivas em imperativas em face do interesse coletivo; c) a outorga de poder de regulamentação a organismos de intervenção, situados na escala hierárquica do Executivo ou por ele fiscalizados diretamente; e a instituição de contribuições especiais para custeio dos serviços e encargos

¹⁰⁵ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 56.

¹⁰⁶ Com efeito, a partir do início da era Vargas, já é possível constatar a intervenção do Estado nos contratos, à exemplo do que ocorre no âmbito das relações de trabalho. No entanto, conforme explicita o autor, é no período pós guerra que tal intervenção se espraiava para diversas relações jurídicas, intensificando-se.

¹⁰⁷ BITTAR, Carlos Alberto. O dirigismo econômico e do direito contratual. Revista de Informação Legislativa. V17. N. 66 (abr./jun.1980). Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181118>, p. 243.

relativos a intervenção; e) a utilização de tributos como instrumento de desenvolvimento e de incentivação de regiões de atividades; f) a edição de normas de fiscalização e de controle de atividades e de suas negociações; g) a submissão de negociações privadas ao pronunciamento do organismo de intervenção¹⁰⁸.

No caso do financiamento habitacional para aquisição de HIS é possível identificar a presença de alguns desses reflexos: como por exemplo a utilização de recursos advindos do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) e do SPBE (Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo) como fontes de financiamento da política e também a outorga de poder de regulamentação ao Banco Central, relativamente às taxas de juros, amortização e taxas de administração dos contratos.

De acordo com o art. 25 da L. 8692/93 e respectiva resolução do Banco Central atualmente em vigor, Res. 4.676/18, as tarifas mensais de administração estão limitadas a R\$ 25,00 (vinte cinco reais), ao passo que o custo efetivo máximo para o mutuário, compreendendo juros, comissões e outros encargos financeiros, de 12% a.a. (doze por cento ao ano). Cabe mencionar que, sob a égide da L. 4.380/64, o STJ pacificou o entendimento de não havia previsão de limitação.¹⁰⁹

Além dos juros, incide ainda a correção monetária. A Caixa Econômica Federal¹¹⁰, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, utiliza o IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo) ou a TR (Taxa Referencial), cuja possibilidade incidência encontra-se pacificada no âmbito do STJ (Recurso especial repetitivo nº 969.129/MG e súmula nº 454/STJ¹¹¹).

A TR constitui-se como fator remuneratório das cadernetas de poupança, criado a partir de março de 1991, por força da Lei nº 8.177/91, e que também constitui a forma de

¹⁰⁸ Ibidem, p. 246.

¹⁰⁹ Nesse sentido, Tema 49 da Edição nº 86 – Jurisprudência em Teses e a Súmula 422: O art. 6º, e, da Lei n. 4.380/1964 não estabelece limitação aos juros remuneratórios nos contratos vinculados ao SFH.

¹¹⁰ Informação disponível em < https://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/financiamento/perguntas-frequentes/Paginas/default.aspx?pk_campaign=faq&pk_kwd=80>

¹¹¹ Súmula 454 do STJ - Pactuada a correção monetária nos contratos do SFH pelo mesmo índice aplicável à caderneta de poupança, incide a taxa referencial (TR) a partir da vigência da Lei n. 8.177/1991. Melhor esclarecendo o conteúdo da súmula, vale a menção ao trecho extraído do inteiro teor do acórdão, indicado na memória de precedentes: “No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da Lei 8.177/91, é permitida a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária do saldo devedor. Ainda que o contrato tenha sido firmado antes da Lei n.º 8.177/91, também é cabível a aplicação da TR, desde que haja previsão contratual de correção monetária pela taxa básica de remuneração dos depósitos em poupança, sem nenhum outro índice específico”

remuneração dos saldos de FGTS, fontes dos recursos que financiam o Sistema Financeiro de Habitação. Assim, a correção servia justamente para que, na ocasião da remuneração dos trabalhadores, os valores fossem devolvidos, com idêntica correção.

Através da Resolução nº 4.739/19 do Conselho Monetário Nacional, foram eliminadas as restrições aos reajustes das taxas de juros para financiamentos habitacionais, abrindo a possibilidade de utilização do IPCA, que é um índice que sofre variações de acordo com a inflação. De fato, com a liberação, a Caixa Econômica Federal adotou o índice, que acompanha a volatilidade do mercado e, portanto, transfere para o mutuário os riscos decorrente das flutuações da inflação.

Ainda no que diz respeito à amortização, os sistemas aplicados pela Caixa Econômica Federal são o SAC ou PRICE. De acordo com esse último:

As prestações compostas de uma quota de amortização e outra juros, sendo que o valor da quota de amortização é constante ao longo do prazo, e os juros são uniformemente decrescentes.

As prestações são decrescentes em uma progressão aritmética de razão negativa. O decréscimo é periódico e incide em cada uma das prestações encontradas. Consequentemente, o valor da prestação é variável mês a mês.

O valor do financiamento é multiplicado pelo índice da referida tabela, de modo a permitir a realização de pequenas amortizações iniciais do saldo devedor, sendo a maior parte da prestação representada pelo pagamento de juros. Assim, a prestação permanece constante, em termos reais, pois o valor decresce na cota de juros e cresce na quota de amortização.¹¹²

Quando a aplicação da Tabela Price resulta em amortização negativa, a capitalização de juros se torna composta, o que é vedado, conforme entendimento firmado sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - Tema Repetitivo 48¹¹³ Cabe mencionar que o

¹¹² RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 153/154.

¹¹³ Tema 48. Questão submetida a julgamento: Questão referente à legalidade do Sistema Francês de Amortização, também conhecido com Tabela Price, em contrato celebrado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

Tese Firmada: Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade, mas não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas 5 e 7.

fundamento da decisão foi justamente a incompatibilidade da capitalização de juros com a finalidade precípua da política de financiamento, que é a facilitação do acesso à moradia. Assim, para analisar a validade da aplicação da Tabela Price, é necessário que haja perícia, identificando a incidência de juros capitalizados.

No que diz respeito ao reajuste das prestações, atualmente a legislação determina que são regidas pelos art. 2º da L. 8.692/93. Caso seja adotado o Plano de Comprometimento de Renda, haverá reajuste no mesmo índice e a mesma periodicidade de atualização do saldo devedor, devendo ser respeitado, no entanto, o limite de 30% de comprometimento de renda. No entanto, sempre que o valor do novo encargo resultar em comprometimento da renda do mutuário em percentual superior ao estabelecido em contrato, a instituição financiadora, a pedido do mutuário, procederá à revisão do seu valor, para adequar a relação encargo mensal/renda ao referido percentual máximo. Assim, as diferenças apuradas nas revisões dos encargos mensais serão atualizadas com base nos índices contratualmente definidos para reajuste do saldo devedor e compensados nos encargos mensais subsequentes.

Caso seja adotado o Plano de Equivalência Salarial. – PES, o reajuste ocorrerá no mesmo percentual e na mesma periodicidade dos aumentos salariais da categoria, acrescido do Coeficiente de Equiparação Salarial – CES, para cuja abordagem remetemos o leitor para o capítulo relativo à “equivalência salarial”

Nesse diapasão, caminha-se para a redução da regulamentação, distanciando-se do propósito de atender as necessidades da população de baixa renda, para cumprir a agenda das necessidades do mercado. Para o fim a que se destina o presente trabalho, o ponto mais importante relativo ao capítulo da legislação específica, refere-se à identificação de um direcionamento principiológico preconizando pela implementação de uma política de facilitação do acesso à moradia àqueles desprovidos de condições ou com dificuldades para alcançar tais direitos sozinhos, que deve se refletir na existência de limites à autonomia privada.

CAPÍTULO 3 – CONTRATOS DE FINANCIAMENTO: DAS CLÁUSULAS ESPECÍFICAS

Doravante passarão a ser destacadas cláusulas que usualmente constam nos contratos de financiamento habitacional, quais sejam, a alienação fiduciária em garantia e a proibição dos contratos de gaveta, e problematizadas das mesmas na perspectiva da proteção dos interesses dos vulneráveis. Destacar-se-á também a análise da evolução histórica da cláusula assecuratória da equivalência salarial e a repercussão de sua supressão, à luz do sistema normativo que informa os contratos para aquisição de HIS. Por fim, abordar-se-á cláusula incorporando um tratamento adequado para a consensualidade, a qual foi recentemente incorporada através da nova lei de prevenção ao superendividamento.

A Caixa Econômica Federal, principal agente financiador e gestor dos recursos de FGTS, disponibiliza em seu sítio eletrônico os modelos que serviram como base para a presente análise. Foram também acessados para composição da presente pesquisa os contratos-padrão advindos da COHAB e CDHU.

Novamente o objetivo não é apresentar um rol exauriente de cláusulas com aptidão para vulneração dos direitos fundamentais dos vulneráveis. Muito ao contrário, a proposta é que esse rol esteja sempre aberto e permeável à ampliação, tanto no âmbito do conteúdo dos itens abordados, quanto na criação de novos itens, a partir dos problemas surgidos na prática.

Assim, a criação de um terceiro capítulo tem como objetivo pormenorizar questões específicas que, ao longo do presente trabalho, foram sendo identificadas como merecedoras de uma análise mais profunda e individualizada, problematizando sua inclusão, exclusão ou alterações de conteúdo, a partir do quadro normativo que informa os contratos para aquisição de HIS.

3.1 EQUIVALÊNCIA SALARIAL

Conforme preleciona Nabil Bonduki, os precursores da habitação social no Brasil são os IAPS, Institutos de Aposentadoria e Pensão, criados entre 1933 e 1938, com o objetivo de fornecer benefícios aos trabalhadores de suas respectivas categorias profissionais, dentre os quais proporcionar habitação adequada. Encontrava-se presente desde a primeira regulamentação dos IAPS, o Decreto nº 1.749/1937, uma relação de proporcionalidade obrigatória entre as prestações habitacionais e os rendimentos dos associados (em que pese o elevado percentual de quarenta e cinco por cento). Após a derrocada da atuação dos IAPS na área de moradia e da tentativa frustrada de criação da denominada Fundação Casa Popular, o Brasil só veio a criar uma política pública de âmbito nacional e dotada de recursos consistentes, através do Sistema Financeiro de Habitação, a qual também se baseava no financiamento habitacional individual.

A L. 4.380/64, que instituiu o Sistema Financeiro de Habitação e criou o Banco Nacional de Habitação, também estabeleceu uma equivalência entre as prestações mensais dos financiamentos e o valor dos salários mínimos ou aos salários dos servidores públicos, prevendo expressamente que as prestações não poderiam ser reajustadas em percentual superior ao salário mínimo ou aos salários dos servidores. Sucede que a política de arrocho salarial adotada a partir de 1981 e o recrudescimento da inflação acarretaram significativa defasagem entre o reajuste dos salários e das prestações habitacionais. Tais inconsistências financeiras resultaram em um déficit, o qual foi suportadas pelo FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais).

De acordo com o plano de auditoria operacional elaborado pelo TCU¹¹⁴, a política pública de novação de débitos oriundos do FCVS envolvia o relevante valor de 300 bilhões de reais, os quais deverão ser suportados pelo tesouro nacional.

Assim, conforme esclarece Luciana de Oliveira Royer, “o descasamento entre os indexadores das operações e os encargos mensais foram fatores cruciais para o desmoronamento do sistema”.¹¹⁵ O prejuízo decorreu da falta de proteção do sistema em

¹¹⁴ Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/plano-de-auditoria-em-auditoria-operacional.htm>, acesso em 25.11.20.

¹¹⁵ ROYER, Luciana de Oliveira. Financeirização da política habitacional: limites e perspectivas. São Paulo: Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, 2009. Teses de Doutorado em Habitat [acesso 2020-05.22]

relação à flutuação da inflação e da extrema volatilidade do mercado e diversos planos econômicos malsucedidos durante o período. Sobretudo o resultado negativo decorre do fato dos financiamentos jamais terem sido efetivamente dirigidos à classe, o que acarretou não somente valores mais elevados de débito mas sobretudo a manutenção do *status quo* no que diz respeito a permanência de falta de acesso ao direito à moradia por parte da população mais necessitada.

Após o prejuízo, a resposta outorgada pelo sistema jurídico foi a transferência de responsabilidade relativamente a tais inconsistências para o mutuário, a qual vem sendo ampliada, com a paulatina redução da regulamentação pelo Estado, tal como ocorreu em relação à taxa de juros, através da Resolução nº 4.739/19 do Conselho Monetário Nacional.

Após a constatação do déficit, que resultou no afastamento da cobertura pelo FCVS, os valores antes suportados pelo fundo passaram a ser suportados pelos próprios mutuários, mediante dilação do prazo de financiamento, conforme restou pacificado através do Recurso Especial Repetitivo 1443870 / PE.¹¹⁶

Essa inversão de responsabilidade em relação à defasagem dos índices de reajuste, acarretava situações de perplexidade, vez que não raro, após sucessivos anos de pagamento regular das prestações, o saldo devedor permanecia elevadíssimo, muitas vezes superior ao valor do imóvel e ao valor do débito de décadas anteriores. O recálculo frequentemente resultava em prestações superiores à capacidade econômica do mutuário.

A situação foi agravada em virtude do entendimento plasmado no Recurso Especial nº 1.194.402, de relatoria do Min. Teori Zavaski, por meio do qual estabeleceu-se a aplicação do art. 354 do Código Civil de 2002, que reproduzia o art. 993 do Código Civil de 1916. O referido acórdão preconizava que os pagamentos efetuados pelo mutuário seriam imputados primeiramente nos juros e só depois haveria abatimento do saldo devedor, gerando assim a frequente situação de “amortização negativa do débito”.

O entendimento foi posteriormente revisto, através do Recurso Especial nº 1.476.395 – RS, o qual determinou a priorização da amortização do saldo devedor de modo a mitigar a problemática consubstanciada no aumento do débito, a despeito do

¹¹⁶ Tese firmada no Tema Repetitivo 835: “Nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o saldo devedor residual deverá ser suportado pelo mutuário.” (Recursos

pagamento regular das prestações de financiamento. A solução se estrutura a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, que levava em conta, além do Código Civil, também os dispositivos da L. 8.692/93, que define os planos de reajustamento dos encargos mensais, e da L. 4.380/64, que instituiu o sistema financeiro de habitação.

Por meio da L. 8.692/93¹¹⁷, foi afastada em definitivo a cobertura do FCVS relativamente aos contratos de financiamento habitacional. A referida lei criou, no entanto, dois planos, sendo que ambos previam o equilíbrio entre a renda do contratante e o valor das parcelas, correspondente a um comprometimento máximo de 30%. No plano de equivalência salarial o reajuste das prestações ocorreria no mesmo percentual e na mesma periodicidade dos reajustes previstos para a categoria profissional, ao passo que no Plano de Comprometimento de Renda – PCR, a proporção seria estabelecida de acordo com a renda na ocasião da celebração do contrato.

No entanto, como o saldo remanescente decorrente de tal repactuação segue não obedecendo ao mesmo critério de reajuste e os respectivos resíduos devem ser suportados pelo próprio contratante, a lei incorporou assim a normativa infraconstitucional e a cláusula contratual que já vinha sendo utilizada ordinariamente relativa ao denominado CES (Coeficiente de Equiparação Salarial), conceituado como “um fator numérico utilizado exclusivamente com a finalidade de reduzir as diferenças decorrentes do reajustamento das prestações e o reajustamento do saldo devedor”¹¹⁸ Como não há mais previsão de cobertura por parte do poder público, na prática, a garantia da equivalência foi esvaziada pelo instrumento do CES.

No estado de São Paulo, a L.6556/1989, Redação dada pela Lei nº 7646/1991, prevê que nos programas estaduais desenvolvidos e executados pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU, o percentual máximo para comprometimento das famílias com renda familiar até três salários mínimos deverá ser 15% , o que equivale a prestações correspondentes em média a R\$ 200,00, ao passo que as famílias, adquirentes cuja renda familiar se situe entre 3 (três) e 5 (cinco) salários mínimos poderão comprometer até 20% de suas respectivas rendas. O restante da

¹¹⁷ Art. 13. Nos contratos regidos por esta lei, a instituição credora manterá demonstrativo da evolução do saldo devedor do financiamento, discriminando o valor das quotas mensais de amortização, calculadas em valor suficiente à extinção da dívida em prazo originalmente contratado ou no novo prazo contratado, bem como as quotas mensais de amortização efetivamente pagas pelo mutuário.

¹¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 150.

prestação é subsidiado com recursos públicos, os quais até o ano de 1997 advinham do ICMS e a partir de então passaram a ser responsabilidade do governo do estado de São Paulo.

De acordo com o relatório de demonstrações financeiras da CDHU (anexo 3), historicamente o percentual de cerca 82% dos mutuários se mantém adimplentes, em que pese a atuação da Companhia ser direcionada à camada da população com renda até 3 salários mínimos. Não há garantia de equivalência, mas o baixo percentual de comprometimento contribui para viabilizar o acesso à política.

Conforme preleciona Arnaldo Rizzardo:

O equilíbrio entre a prestação do financiamento e a renda do mutuário é a própria razão de ser do sistema implantado pela Lei 4.380. O caráter social que orientou a criação do modelo habitacional impõe a relação de equivalência¹¹⁹.

É papel da política pública solucionar essa equação, a partir das premissas legalmente estabelecidas e notadamente a partir da diretriz essencial da função social que deve nortear todas as fases de execução. Porém, novamente trazendo à baila as oportunas reflexões de Rizzardo: “Isto não significa que o equilíbrio só é alcançável mediante a subordinação dos reajustes aos níveis do salário mínimo. Importa estabelecer uma relação constante, evitando-se uma quebra de poder econômico da parte mais fraca.”¹²⁰

Para tanto, afigura-se essencial a outorga de subsídios, inclusive aqueles necessários para assegurar a capacidade de cumprimento do contrato àqueles que sofreram perdas na sua capacidade econômica. Relegar o contrato às regras da iniciativa privada, cujo objetivo é o lucro e não o ao alcance dos objetivos da política de acesso à moradia, reduzindo paulatinamente a regulamentação, contribui para a ampliar a ineficiência do sistema, no que diz respeito à efetiva possibilidade de acesso ao direito fundamental por parte da população de baixa renda, conforme já constatado ao longo das últimas décadas. De fato, é inquestionável o conteúdo econômico da prestação positiva de direitos sociais. Isso não significa assumir uma abordagem estadista ou

¹¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 142

¹²⁰ Ibidem, p. 144.

estadocêntrica¹²¹. É possível a integração de organizações privadas, organizações não governamentais e organismos multilaterais, desde que não se perca o direcionamento para a solução do problema público. Portanto, a finitude dos recursos impõe sua destinação para as faixas de renda mais vulneráveis da população, incorporando o princípio da igualdade e ampliação de atores capazes de contribuir para solução do problema.

Ainda, a questão merece ser enfrentada sob o enfoque dos direitos fundamentais, em especial no que diz respeito aos supramencionados critérios do mínimo vital e proibição do retrocesso. Isso porque, conforme preleciona Ingo Wolfgang Sarlet, a reserva do possível não constitui apenas uma limitação aos direitos, mas também uma garantia relacionada ao mínimo existencial:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.¹²²

Conclui-se que um equilíbrio entre a prestação do financiamento e a renda do mutuário merece ser considerada como uma diretriz da política, inclusive por ocasião da repactuação. Porém o sistema de financiamento vem se encaminhando no sentido oposto, de modo que a garantia outrora assegurada, atualmente já não vigora no ordenamento, inclusive com chancela da jurisprudência.

¹²¹ A abordagem estadista ou estadocêntrica (state-centered policy-making) considera as políticas públicas, analiticamente, monopólio de atores estatais. Segundo essa concepção, o que determina se uma política é ou não pública é a personalidade jurídica do ator protagonista (SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos esquemas de análise e casos práticos. São Paulo: cengage Learning, 2012, p. 02)

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

3.2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A L. 9.514/97 cria o Sistema Financeiro Imobiliário, institui a alienação fiduciária em garantia e dá outras providências. O art. 22 da referida lei, conceitua o instituto da alienação fiduciária como negócio jurídico pelo qual o devedor/fiduciante, contrata ao credor/fiduciário, a propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Cabe primeiramente uma breve explicação a respeito dos dois sistemas e seus respectivos objetivos legalmente estabelecidos. A L. 9.514/97 prevê, em seu art. 1º, que o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, e segundo condições compatíveis com a formação dos fundos respectivos. Trata-se de um instituto que tem como pressuposto o protagonismo do mercado, cujo objetivo primário é assegurar os interesses de seus investidores. A outro giro, a L. 4.380/64, afirma no art. 8º que o sistema financeiro da habitação é destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população.

Destarte, seria de rigor a aplicação de tratamento diferenciado em relação à execução por inadimplência, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação e Sistema Financeiro Imobiliário, como forma de implementar o direito fundamental à igualdade, no âmbito dos diferentes sistemas de financiamentos, bem como assegurar os objetivos legalmente estabelecidos. De acordo com Ted Luiz de Oliveira Rocha:

O contexto de elaboração da Lei Federal de nº 9.514/1997 era o de necessidade de captação de novos recursos para viabilizar incrementar o mercado de financiamento imobiliário, porquanto houve um decréscimo dos financiamento firmados no âmbito do tradicional Sistema Financeiro de Habitação – SFH, com a extinção do Banco Nacional da Habitação – BNH, em 1986.”¹²³

A alienação fiduciária em garantia representa exemplo de como o direito assegura e garante o funcionamento do capitalismo, regulando determinadas relações de forma

¹²³ PONTES, Ted Luiz Rocha. Sistemas de financiamento imobiliário. Rio de Janeiro: Processo, 2017. P. 124.

superlativamente eficiente, fazendo parecer com que as normas pareçam legítimas, de modo a evitar a violência¹²⁴. Veja-se que não há previsão de instrumentos disponíveis ao devedor fiduciário para salvaguardar seus interesses no procedimento de forma eficiente, embora estes últimos representem, em última análise e como já se expôs ao longo desse trabalho, a forma de concretização do direito fundamental à moradia.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral na discussão a respeito da constitucionalidade do procedimento de alienação fiduciária¹²⁵, “à luz dos princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, na medida em que permite ao credor fiduciário a excussão do patrimônio do devedor sem a participação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, sem a figura imparcial do juiz natural, o que se traduziria numa forma de autotutela, repudiada pelo Estado Democrático de Direito”. No momento, o feito se encontra na fase de admissão dos diversos *amici curiae*, tendo sido indeferido o pedido de liminar para suspensão dos procedimentos em âmbito nacional. Assim, a alienação fiduciária permanece sendo uma das garantias que poderão ser instituídas no âmbito dos financiamentos imobiliários.¹²⁶

O Conselho Monetário Nacional – CMN, por meio da Resolução nº 2.480 de 26 de março de 1998, autorizou a incorporação da alienação fiduciária em garantia aos contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação. Assim, paulatinamente, todos os agentes financeiros, inclusive a Caixa Econômica Federal,

¹²⁴ O exemplo representa uma transposição da idéia geral formulada por Karlim Olbertz, nos seguintes termos: “Quer dizer que o Direito assegura e garante o funcionamento do capitalismo. Não reproduz diretamente as relações de produção, mas as regula e assim garante, a seu modo, que sejam reproduzidas. Além disso, a ideologia, no Direito, faz com que as normas pareçam legítimas, evitando a utilização da violência” (OLBERTZ, Karlim. Reflexos do direito como aparelho ideológico no Brasil. manifestações do neoliberalismo. São Paulo: FAUUSP, 2009. Disponível em: http://www.fau.usp.br/docentes/deprojeto/c_deak/AUP840/6t-alun/2009/m3/olbertz-direito-aparelho-ideologico-br--neolib.pdf)

¹²⁵ Repercussão geral no recurso extraordinário 860.631 São Paulo Relator : min. Luiz Fux recte.(s) :José Carlos Santana filho adv.(a/s) :Márcio Bernardes recdo.(a/s) :Caixa Econômica Federal - Cef Adv.(A/S) :Milene Netinho Justo e outro(a/s) ementa: recurso extraordinário. Processual civil e constitucional. Sistema financeiro imobiliário. Execução extrajudicial. Alienação fiduciária de bem imóvel. Princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Direitos fundamentais à propriedade e à moradia. Questão relevante do ponto de vista jurídico, econômico e social. Repercussão geral reconhecida

¹²⁶ Art. 17. As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por:

- I - hipoteca;
- II - cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis;
- III - caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis;
- IV - alienação fiduciária de coisa imóvel.

COHAB e CDHU passaram a incluir a cláusula em seus contratos, em substituição à anterior garantia hipotecária em caso de inadimplência. A jurisprudência vem acolhendo a aplicabilidade da alienação fiduciária em garantia no âmbito do SFH. Vale mencionar, nesse sentido, o entendimento prolatado na sentença proferida na Ação Civil Pública nº 1057640-23.2016.8.26.0053.

A tese da inaplicabilidade da cláusula de garantia da modalidade de alienação fiduciária aos contratos firmados por mutuários e a CDHU não merece guarida, porque essa modalidade está normatizada pelo nosso direito em vigor, por intermédio da Lei n. 9514/97, que estabelece em seu art. 22, o seguinte perfil ao mencionado instituto: a alienação fiduciária de bem imóvel é uma espécie de negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Referida sentença foi posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des Borelli Thomaz, sob os seguintes fundamentos:

Consoante já ponderei no julgamento do Agravo de Instrumento visto nas págs. 397/402: “Preceitua o artigo 17, IV, da Lei nº 9.514/97, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel: As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por:(...) IV - alienação fiduciária de coisa imóvel. Por sua vez, o artigo 22, § 1º estabelece: Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. § 1 A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: (...) (destaquei). O caput do artigo 26 dispõe: Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. E o artigo 27 preceitua: Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior,

promoverá público leilão para a alienação do imóvel.” Então, não vejo óbice na adoção da garantia objurgada nos contratos de mútuo para aquisição de imóvel firmados com a CDHU.

Os recursos especial e extraordinário interpostos pela Defensoria Pública na referida ação abordando o tema foram inadmitidos. No entanto, entende-se que as decisões foram equivocadas, pois o fato da alienação fiduciária em garantia se encontrar prevista genericamente no ordenamento não pode importar em incorporação automática ao Sistema Financeiro de Habitação. A nulidade da cláusula decorre de sua natureza abusiva, não se confundindo, portanto, com o conceito de cláusula ilícita. Com efeito, a cláusula abusiva é aquela, necessariamente lícita, mas que acarreta um desequilíbrio contratual objetivo. No caso, a incidência da alienação fiduciária impede o controle judicial da relação contratual, sob a perspectiva dos direitos fundamentais envolvidos, bem como a implementação de um tratamento adequado da consensualidade, cujo protagonismo também vem sendo desempenhado pelo Poder Judiciário. O ônus do tempo do processo é transferido justamente para a parte mais vulnerável, reduzindo a sua capacidade de conseguir restabelecer sua situação de inadimplência.

A incorporação da alienação fiduciária aos contratos de financiamento é uma das vertentes da progressiva incorporação da financeirização no âmbito dos contratos de financiamento habitacional, com crescente prestígio do tratamento recuperação de crédito pelo agente financiador. No entanto, nas palavras de Luciana Royer :

A ideia de que se é bom para os bancos e para os mercados é bom para quem vai tomar o crédito nem sempre corresponde aos fatos, visto que a lógica financeira que perpassa a atividade bancária e financeira é a lógica da valorização do capital e não a lógica do acesso a um bem, muito menos a lógica de universalização de direitos¹²⁷

Cabe ainda mencionar o entendimento atualmente pacífico no âmbito do STJ, no sentido de que os artigos 26 e 27 da Lei nº 9.514/97 afasta a aplicação do artigo 53 do

¹²⁷ ROYER, L. (2009). Financeirização da Política Habitacional - limites e perspectivas. *Tese apresentada para concessão do título de doutor em arquitetura e urbanismo*, p. 130.

CDC. A controvérsia consubstancia-se na possível perda total das prestações pagas em benefício do credor, caso o leilão do bem resulte em saldo inferior ao montante do débito do devedor fiduciário, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor menciona a proibição de perda das parcelas, com previsão expressa e destacada para a hipótese alienação fiduciária. O STJ entende que a Lei 9.514/17 é norma especial e posterior ao Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual enseja seu afastamento. Conforme nos ensina Cláudia Lima Marques “já existe farta jurisprudência entre a lei especial sobre a alienação fiduciária e o CDC, por exemplo, aplicando o CDC, suas cláusulas gerais, lista de cláusulas abusivas e suas facilidades processuais, recusando, porém seja típica retomada ou venda do bem dado em garantia, seja a perda das prestações regulada no Código de Defesa do Consumidor¹²⁸.”

Nem a teoria do “Diálogo das Fontes”, nem tampouco a “Teoria da Norma Estruturante” foi enfrentada para o julgamento desse caso concreto e certamente poderiam, conjuntamente, conduzir a soluções distintas, abrindo um leque de possibilidades mais amplo a partir dos seus elementos estruturantes. Com efeito, diversos outros fatores poderiam limitar o conjunto de possibilidades legítimas a serem alcançadas pelo órgão julgador para decidir a questão, como por exemplo o fato de que o mutuário efetivamente usufrui do bem durante o transcurso do contrato, mas também seria importante considerar que se trata de uma relação jurídica estabelecida no âmbito de uma política pública, que visava justamente proporcionar moradia ao beneficiário, trazendo à colação as previsões do Sistema Financeiro de Habitação. Essa visão proporcionaria uma visão integrada do conjunto de fontes normativas que regulam os contratos, especificamente no que toca à interseção entre alienação fiduciária e proteção ao consumidor, ao passo que simultaneamente viabilizaria a incorporação da realidade para efeito de concretização da norma, à luz do recorte social ao qual está referenciada.

A questão pode ainda ser encarada na perspectiva do “inadimplemento mínimo”, por meio da qual o exercício do direito potestativo de rescisão contratual precisa ser cotejado com o grau de sacrifício desempenhado pela parte contrária. A teoria deflui da aplicação da aplicação do princípio da função social, que impõe a avaliação da

¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 670.

legitimidade da motivação e a imposição limites ao exercício dos direitos potestativos, de modo a prestigiar as expectativas coletivas de reconhecimento de tal direito.

Pois bem, em contratos de promessa de compra e venda e alienação fiduciária não são raras as situações em que o contratante praticamente liquida o débito, porém, ao final do negócio jurídico subumbe diante de pequena parcela do contrato. Em tese, o credor poderá ajuizar ação de reintegração de posse ou busca e apreensão e reaver o imóvel ou móvel, como consequência do surgimento da pretensão ao crédito, decorrente da lesão ao direito patrimonial. Nada obstante, a perda do bem vital (apartamento, automóvel) é um sacrifício excessivo ao devedor, em face do pequeno vulto do débito. Daí a abusividade do exercício do direito resolutório, concedendo-se ao credor a possibilidade de ajuizar a ação necessária ao recebimento do crédito.¹²⁹

Ou seja, de acordo com o entendimento preconizado pelos autores, em caso de inadimplemento mínimo, não seria possível nem mesmo a resolução do contrato. Há de se reconhecer, pelos mesmos motivos, que a perda integral das prestações pagas representa penalidade excessiva e por conseguinte incompatível com a boa-fé objetiva, quando adimplido montante substancial do débito.

3.3 CONTRATOS DE GAVETA

Em regra, os contratos de financiamento para aquisição de HIS preveem o vencimento antecipado da dívida, no caso de transferência ou cessão a terceiros dos direitos e obrigações, no todo ou em parte, sem autorização do agente financiador.

No estado de São Paulo, o Decreto nº 51.241, de 03 de novembro de 2006, também prevê que a alienação dos imóveis adquiridos através da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU somente poderão ser implementadas com a sua anuência. Assim, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sempre se direcionou no sentido de não reconhecer as

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2008, p. 400.

transferências operadas sem a anuência do agente financiador¹³⁰, exceto nos casos em que os contratos haviam sido quitados¹³¹.

A Lei nº 8.004/1990, previa como requisitos para a transferência a terceiros de direitos e obrigações decorrentes do contrato a intervenção obrigatória do agente financeiro e a assunção do saldo devedor pelo novo mutuário. No entanto, com o advento da L. 10.150/00, passou a ser permitida a regularização de transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei no 8.692, de 28 de julho de 1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora. O STJ uniformizou sua jurisprudência, através do procedimento previsto para recursos repetitivos, no julgamento do REsp 1150429/ CE, no sentido de reconhecer a legitimidade ativa ao cessionário para discutir questões relativas às obrigações dos contrato avençados até 15/10/96. O julgado ressaltou ainda a relevância da cobertura do FCVS para aplicação da regra, tendo em vista que a garantia do fundo assegura ao agente financiador a quitação do débito, bem como o preenchimento das demais condições previstas na L. 10.150/00. Assim, após o marco temporal previsto na lei, a anuência da instituição financeira se torna indispensável, porém mesmo antes dele, a anuência do agente financeiro não é automática, pois dependeria da cobertura pelo FCVS. Ou seja, a validação da cláusula só seria aceita se implementada anteriormente a 15/10/1996 e a depender da presença do FCVS.

A finalidade da norma deveria ser o prestígio de sua finalidade social, evitando-se o desvio de financiamentos para camadas da população que não preencham o perfil. A jurisprudência salvaguarda, todavia, a presença do interesse subjacente do agente financiador em interferir no contrato, analisando a capacidade de pagamento do mutuário, conforme identificado na fundamentação da supracitada decisão, que afirma para fins fundamentação que: *“É preciso, entre outras condições, que faça prova de*

¹³⁰ Nesse sentido, confira-se: Apelação Cível nº 1005621-86.2016.8.26.0361, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 01/10/20; Apelação Cível nº 1025474-42.2017.8.26.0007 8ª Câmara de Direito Privado, j. 01/10/20; Apelação Cível nº 1012984-32.2019.8.26.0002, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 02/09/20; Apelação Cível nº 0020961-69.2012.8.26.0477, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 11/01/21.

¹³¹ Apelação Cível nº 1002218-64.2019.8.26.0439, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 23/09/20; Apelação Cível nº 0003348-12.2015.8.26.0063, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 03/09/20; Apelação Cível nº 1016848-98.2017.8.26.0309, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 28/10/20.

rendimentos capazes de suportar a prestação mensal para tutelar os recursos emprestados, cuja gestão constitui responsabilidade do Poder Público”¹³².

Não se defende a transferência indiscriminada dos financiamentos, porém não se pode desconsiderar a existência do fenômeno da informalidade, notadamente nas camadas mais baixas da população, na qual vige a transferência dos bens imóveis e seus respectivos financiamentos através dos denominados “contratos de gaveta”. Assim, o tratamento dessa realidade social deve levar em conta primeiramente a destinação para fins de moradia e o preenchimento dos demais requisitos para acesso à política pública.

3.4 DO TRATAMENTO DA CONSENSUALIDADE NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL

A perspectiva do acesso à justiça afigura-se fundamental para compreensão da consensualidade no tratamento dos contratos de financiamento habitacional. Com efeito, a evolução do conceito teórico de acesso à justiça pressupõe a ampliação progressiva de mecanismos para solução de conflitos, alternativos ao sistema judiciário regular, dentre os quais a conciliação e a mediação.

Conforme preleciona Cappelletti e Garth:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e outra “vencida” – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado¹³³.

¹³² Resp nº 783.389/RO, Terceira turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 30/10/2008.

¹³³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. P. 84.

O elucidativo trecho aponta benefícios decorrentes da conciliação relevantes tanto para o sistema de justiça, quanto para o jurisdicionado. O mais óbvio diz respeito à possibilidade de alcançar-se soluções mais rápidas e menos onerosas economicamente. Talvez o mais relevante seja, no entanto, o fato de que as soluções consensuais tendem a uma maior estabilidade, favorecendo o poder de autodeterminação do indivíduo, que se torna sujeito ativo de sua jornada na aquisição da casa própria, e conseqüentemente outorgando importante reforço ao exercício da cidadania. Nesse sentido é a doutrina de Fredie Didier Jr:

A solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações¹³⁴.

Outro ponto identificado pelos autores, plenamente aplicável aos contratos objeto do presente estudo, é a natureza do relacionamento entre as partes ser complexa e prolongada, inferindo-se, por esse motivo, na necessidade de abordagem mais aprofundada das causas que ocasionaram o conflito.

Não se pode olvidar que os contratos ora analisados caracterizam-se pela continuidade, perdurando o financiamento por vários anos, muitas vezes, 10, 20 até 30 anos, e por isso, as circunstâncias da vida, que desequilibram a relação de jurídica de modo a torná-la excessivamente onerosa para uma das partes, merecem ser observadas para o fim de garantir o direito à repactuação do negócio e o ajuste de conteúdo de suas cláusulas. De acordo com Cláudia Lima Marques:

Também a doutrina alemã, desta vez com base nos deveres de cooperação, da boa-fé, na antiga exceção da ruína, está ativamente estudando a existência de um dever geral de renegociação nos contratos de longa duração. Partindo da premissa de que há uma cláusula ou um dever de modificação de boa-fé (no caso brasileiro, com previsão expressa no art. 6º, V, do CDC) dos contratos

¹³⁴ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 271.

de longa duração, sempre que há quebra da base objetiva do negócio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) e onerosidade excessiva daí resultante, considera parte majoritária da doutrina que haveria uma espécie de dever *ipso jure* de adaptação (*ipso jure-Anpassungspflicht*) ou dever de antecipar e cooperar na adaptação, logo, dever (ou para alguns *Obliegenheit*) de renegociar (*Neuverhandlungspflicht*).¹³⁵

Trata-se, portanto, de um dever geral de renegociação, oriundo dos deveres anexos de cooperação, inerentes à boa-fé objetiva, cujo descumprimento importa em uma espécie de inadimplemento por parte do agente financiador. Isso porque, de acordo com o atual modelo de relação jurídica obrigacional complexa, alhures mencionada, há um vínculo de cooperação entre as partes, direcionado ao adimplemento, de modo que se impõe a ambas uma conduta que caminhe para satisfação dos interesses contratuais. Judith Martins-Costa emprega o neologismo “avoluntarístico” para caracterizar a natureza do dever de cooperação, uma vez que se trata de uma obrigação anexa que não reside na vontade, mas se reporta diretamente ao modelo prescritivo de boa-fé.¹³⁶

A L. 11.977/2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida e dá outras providências prevê a criação do Fundo Garantidor da Habitação Popular – FGHab, que tem como atribuições garantir o pagamento aos agentes financeiros de prestação mensal de financiamento habitacional, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, devida por mutuário final, em caso de desemprego e redução temporária da capacidade de pagamento, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais), além de assumir o saldo devedor do financiamento imobiliário, em caso de morte e invalidez permanente, e as despesas de recuperação relativas a danos físicos ao imóvel. Na verdade essa garantia consubstancia-se em um empréstimo ao mutuário¹³⁷ e encontra-se submetida às rigorosas regras do Estatuto do FGHAB, o qual inclui como um dos requisitos o pedido administrativo e a adimplência do mutuário no momento da solicitação.

¹³⁵ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 79.

¹³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 242.

¹³⁷ Conforme informações prestadas pela Caixa Econômica Federal, disponível no site <https://fundosdegoverno.caixa.gov.br/sicfg/fundos/FGHab/detalhe/sobre/> acesso em 07.01.20.

Fredie Didier Jr. destaca o relevante papel desempenhado pelo CNJ, que disciplina a matéria através da resolução 125/2010 e a incorporação do reforço preconizado pelo Código de Processo Civil de 2015, que dedica um capítulo inteiro para regular a conciliação e a mediação, estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu, permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza, permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso e permite acordos processuais e conclui pela existência de um *princípio do estímulo da solução por autocomposição* no ordenamento jurídico brasileiro.¹³⁸

Esse incentivo à realização de um acordo é de fato salutar, porém insuficiente, em face de uma relação jurídica extremamente verticalizada. De fato, o ajuste não poderá se limitar ao parcelamento de dívidas em atraso, funcionamento como um instrumento de recuperação de crédito por parte do agente financiador, notadamente porque, na ocasião da repactuação, a disparidade de forças entre as partes persiste, inclusive agravada pelo fato do devedor se encontrar em situação de inadimplência.

Cristina Tereza Gaulia enfrenta e desconstrói os mitos e signos que permeiam o conceito de devedor na sociedade, sob a perspectiva da hipervulnerabilidade, para então construir a premissa de que a reabilitação desse devedor é objetivo que merece ser acolhido pelo ordenamento jurídico.

Mas, para enxergar a necessidade de construção objetiva de soluções eficazes no combate ao desamparo do consumidor superendividado, que busca uma solução pela via a ação ou contestação/reconvenção, o Judiciário precisa desconstruir, em definitivo, o mito, lastreado no senso comum (excessivamente calcado no ideário católico-cristão), de que o devedor é um pecador, e o juiz seu sancionador jurídico (moral!). Quando o juiz não resolve de forma eficaz o problema do superendividamento que o consumidor lhe apresenta, “joga-o, literalmente, na fogueira da inquisição.”¹³⁹

¹³⁸ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 272.

¹³⁹ GAULIA, Cristina Tereza. Superendividamento: um fenômeno social da pós-modernidade: causas invisíveis – soluções judiciais eficazes. In: MARQUES, Claudia Lima. et. Al. Direitos do Consumidor Envidividado II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

De fato, consoante identifica Gaulia, o superendividamento constitui um fenômeno social da pós-modernidade, na qual o “ter” é estabelecido como referencial de prestígio social. Assim, torna-se imprescindível a abertura do jurídico para novas concepções de justiça, a partir de uma percepção menos superficial da realidade e do conjunto de significados culturais que moldam o crédito e a vida.

Destaca-se, nessa ordem de ideias o projeto-piloto de tratamento ao superendividamento do TJRS, de autoria das juízas de direito Clarissa Costa de Lima e Káren Bertoncello, que recebeu menção honrosa V Edição do Prêmio Innovare e veio a ser institucionalizado através do Provimento 44/2008 da Corregedoria Geral de Justiça do TJRS e seguido por outros Tribunais, como o TJPR, TJPE e o TJDFT. Por meio do projeto, são realizadas audiências globais, incluindo todos os fornecedores titulares de créditos inadimplidos, visando a elaboração de um plano de pagamento para quitação das dívidas, que respeite a preservação do mínimo existencial ao devedor.

Tais iniciativas contribuíram para a prolação da L. 14.181/21, que incorporou ao ordenamento jurídico novas regras de proteção ao devedor superendividado, estimulando o fornecimento de crédito responsável e a possibilidade de conciliação. Com o advento da L. 14.181/2021 passou a ser expressamente previsto procedimento específico visando a repactuação de dívidas do consumidor superendividado. Primeiramente é realizada audiência conciliatória, na qual o consumidor apresenta proposta de pagamento com prazo máximo de cinco anos, preservados os mínimos existenciais. Se não houver êxito, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório e procederá à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

A referida lei exclui expressamente os contratos de financiamento imobiliário dos processos de repactuação de dívidas, bem como das dívidas provenientes dos contratos com garantia real e de crédito rural. Isso significa que o contrato de financiamento não pode ser incluído na mesma categoria das dívidas gerais, para efeito de repactuação, uma vez que, em regra, o próprio bem é utilizado para garantia de pagamento da dívida, mediante alienação fiduciária. No entanto, não há como excluir os contratos de financiamento imobiliário do novo paradigma de proteção ao crédito responsável estabelecido pela Lei, deixando de facultar a possibilidade, de forma efetiva, do consumidor repactuar suas dívidas e reabilitar-se perante o agente financiador.

É possível alcançar-se tal interpretação a partir da própria diretriz ético-inclusiva que inspira a lei, destinada a proteger o consumidor em situação de vulnerabilidade social e que se encontra com o mínimo existencial ameaçado e também a partir de uma interpretação constitucional que tenha como foco a outorga de proteção adequada ao direito à moradia. No caso do financiamento habitacional, a inadimplência reflete, muitas vezes, a vulnerabilidade própria da população beneficiária da política, que enfrenta instabilidades de renda e maior dificuldade no acesso à direitos decorrentes de fatores sociais e econômicos.

Para exemplificar a forma ineficiente como a consensualidade atualmente funciona, indicamos exemplificativamente o Contrato de Aquisição de Imóvel Residencial, Mútuo e Alienação Fiduciária – CCFGTS Individual – PMCMV elaborado pela Caixa Econômica Federal (anexo 1)¹⁴⁰, que prevê o seguinte:

7.4 – Ocorrendo eventuais atrasos no pagamento de prestações e encargos mensais decorrentes do contrato de financiamento imobiliário, a CAIXA poderá, a seu exclusivo critério, efetuar a INCORPORAÇÃO do valor vencido ao saldo devedor do respectivo contrato.

Depreende-se assim que a cláusula se revela abusiva, por condicionar exclusivamente a uma das partes, sem qualquer fundamentação plausível, o direito potestativo de incorporar o valor vencido ao saldo devedor. A incorporação do valor vencido ao saldo devedor, por si, é capaz de contribuir significativamente para o alcance de uma solução consensual entre as partes, permitindo que o contratante se torne capaz de honrar com seus pagamentos. Merecia, portanto, estar submetida a critérios objetivos, os quais uma vez preenchidos, assegurassem ao devedor a repactuação.

Durante a Pandemia do Covid-19, a Associação Amigos da Luta dos Sem Teto distribuiu duas ações civis públicas pleiteando a suspensão do pagamento das prestações de financiamento habitacional no curso da pandemia. Na justiça federal de São Paulo (processo o nº 5007555-93.2020.4.03.6100), foi deferida liminar, em sede de agravo de instrumento, para determinar a suspensão das parcelas do PMCMV, domiciliados na

¹⁴⁰ Disponível em < <https://www.caixa.gov.br/site/paginas/downloads.aspx#>>

seção judiciária de São Paulo, pelo prazo de três meses. No âmbito estadual (ação civil pública nº 1027137-77.2020.8.26.0053) o pedido liminar foi negado, por ter entendido o juízo que a pretensão se mostrava demasiadamente genérica e abstrata, tendo em vista que os autores não apresentaram estudos, dados ou levantamentos demonstrando qual foi o efetivo impacto das medidas restritivas determinadas pelas três esferas de governo nos contratos de financiamento imobiliário firmados no âmbito dos programas habitacionais Casa Paulista e CDHU.

Conclui-se assim que a política de repactuação do débito deve ser compreendida como um reforço no objetivo de viabilizar a aquisição de moradia por parte do mutuário, razão pela qual deve estar presente ao longo de toda a execução do contrato. Trata-se de um dever, inerente à natureza do negócio jurídico e também corolário de sua longa duração, que impõe a necessidade de um modelo que permita renegociações, quando sobrevierem alterações na situação fática ou jurídica que dificultem excessivamente o cumprimento por uma das partes. Com o advento da L. 14.181/21 passa a ser possível também o direito a tentativa de conciliação, de modo a assegurar ao mutuário as proteções necessárias para o efetivo acesso ao direito à moradia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos de financiamento para aquisição de HIS são informados por importantes fontes normativas, que asseguram a sua proteção como parte integrante da política pública de acesso à moradia. Os direitos humanos fundamentais, os princípios e valores reintroduzidos no ordenamento jurídico no contexto da pós modernidade, o microssistema do consumidor e a legislação extravagante relativa ao sistema financeiro de habitação e habitação de interesse social constituem normativas essenciais para construção de um regime protetivo, direcionado ao alcance do objetivo da política pública de acesso à moradia e para dar conta das inúmeras vulnerabilidades que acometem a população a quem se destina.

Observa-se, todavia, que ao longo dos anos de atuação pública no setor, foram sendo paulatinamente reduzidas tais proteções, a exemplo do que ocorreu com o tratamento da questão da equivalência salarial e também da regulação da taxa de juros,

ao passo que foram sendo introduzidas modificações que impõem um regime mais severo em relação à pessoa do mutuário, à exemplo da incorporação da alienação fiduciária em garantia aos contratos firmados no âmbito no SFH. Ainda, remanescem questões sem tratamento legislativo ou proteção contratual adequadas, como a repactuação das dívidas, tendo em vista a impossibilidade de inclusão das mesmas no plano judicial de pagamento preconizado pela nova lei do superendividamento. Por isso, é importante enxergar de forma mais sistematizada esse processo de omissões e de retrocessos de proteções ao cidadão beneficiário da política, inclusive para analisar sua compatibilidade com o regime geral delimitado pela Constituição, Tratados Internacionais, princípios e valores que regem a questão e ao qual estão subordinados.

A compreensão de que o contrato deve ser guiado por suas fontes normativas, em certa medida, vem sendo incorporada por intermédio da jurisprudência, que de fato, constitui o foro adequado salvaguarda de direitos fundamentais e preenchimento do significado das cláusulas gerais que regulam o instituto, no caso, a boa-fé objetiva e função social. Destaca-se também a relevância do papel do judiciário em virtude da possibilidade de solucionar a questão de forma integrada com a realidade concreta na qual está inserida e a partir de uma interpretação dialógica das normativas que o regulam.

O presente trabalho se destina a identificar e analisar essas fontes, salientando que cada uma delas e todas elas integradas merecem ser compreendidas com foco na função social do instrumento que as materializa: o contrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert Teoria discursiva do direito / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Pós Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo.

BENJAMIN, Antônio Herman. MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. Revista do Direito do Consumidor. V. 115. Ano 27, p. 21-40. Ed. RT, jan-fev. 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. O dirigismo econômico e do direito contratual. Revista de Informação Legislativa. V17. N. 66 (abr./jun.1980). Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181118>

BOBBIO, Norberto. Trad. Carlos Nelson Coutinho. A era dos Direitos. Ed. Campus.

BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional. 22ed. São Paulo: Malhheiros, 2008.

BONDUKI, Nabil. Origens da habitação social no Brasil: arquitetura moderna, lei do inquilinato e difusão da casa própria. 7 ed. São Paulo: Estação Liberdade: FAPESP, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas / Maria Paula Dallari Bucci. – São Paulo : Saraiva, 2013. Paginação irregular (posição 5429)

CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARNENTO, Daniel. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Ed.Lumen Juris, 2009.

CANCLINI, Néstor García. Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora URFJ, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Adauto L.; Aragão, Thêmis A.; ARAÚJO, Flávia S. Habitação de interesse social: política ou mercado? Reflexos sobre a construção do espaço metropolitano. In: Anais do XIV ENANPUR. Rio de Janeiro: 2011

CAVALIERI, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANÇA, Bruna Simões. A proteção jurídica do consumidor nos contratos de mútuo bancário e o direito à informação. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Novo curso de direito civil, volume 1 : parte geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GAULIA, Cristina Tereza. Superendividamento: um fenômeno social da pós-modernidade: causas invisíveis – soluções judiciais eficazes. In: MARQUES, Claudia Lima. et. Al. Direitos do Consumidor Envidividado II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GOMES, Nestor Castilho. A teoria da norma de Friederich Müller: refelexos na metódica jurídica. p. 60.Disponível em <
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/93157>> acesso em 07.03.21, p. 60.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito – 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador, apud MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa.(orgs). Direitos do Consumidor Endividado II, p. 32. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 5ed. Ed. Perspectiva.

LACERDA, Larissa. GUERREIRO, Isadora. SANTORO, Paula. Por que o déficit habitacional brasileiro é feminino. Artigo disponível em < <http://www.labcidade.fau.usp.br/por-que-o-deficit-habitacional-brasileiro-e-feminino/>>

LISBOA, Roberto Senise. Contratos Difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

Lôbo, Paulo Direito civil : volume 3 : contratos / Paulo Lôbo. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018., p. 134

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARICATO, Erminia (org.). A Produção Capitalista da casa (e da cidade) no Brasil industrial. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1979

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 246.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judite. Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Rumo às Novas Relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno, Tese (Doutorado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2008.

MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BATISTA, Neimar. AMORIM, Ana Rosa Tenório. A vulnerabilidade no direito privado: do conceito às aplicações. Revista Tuiuti: Ciência e Cultura, dossiê FACJUR, n. 57, c. 5. Curitiba – 2018. Disponível em < <https://seer.utp.br/index.php/h/article/view/2046>>

NETO, Frederico da Costa Carvalho. A garantia constitucional da defesa do Consumidor. In Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba – Ano I – n.1. (2017), p. 281.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittercourt. Por uma metodologia do direito de base pragmatista. XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do COMPEDI, 2006, Recife. Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do COMPEDI. Florianópolis, Fundação Boiteaux, 2006, p. 06.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Consituição de 1988. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p.117

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In ALFONSIN, Betania de Morias. Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 38.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações – vol. II / Caio Mário da Silva Pereira; revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINHEIRO, T. N. V., & SODRÉ, M. G. (2020). A missão do *custus vulnerabilis* nas ações possessórias coletivas: uma contribuição sobre a desigualdade na proposta de Rousseau. *Profanações*, 7, 372–386. <https://doi.org/10.24302/prof.v7i0.2959>.

PONTES, Ted Luiz Rocha. Sistemas de financiamento imobiliário. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROYER, Luciana de Oliveira. Financeirização da política habitacional: limites e perspectivas. 2009. Tese (Doutorado em Habitat) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.16.2009.tde-19032010-114007. Acesso em: 2021-01-18, p. 21.

OLBERTZ, Karlim. Reflexos do direito como aparelho ideológico no Brasil. manifestações do neoliberalismo. São Paulo: FAUUSP, 2009. Disponível em: http://www.fau.usp.br/docentes/deprojeto/c_deak/AUP840/6t-alun/2009/m3/olbertz-direito-aparelho-ideologico-br--neolib.pdf

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SAULE JR. Nelson. Direito Urbanístico. Vias jurídicas das Políticas Urbanas. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabries, 2007.

SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos esquemas de análise e casos práticos. São Paulo: cengage Learning, 2012.

SILVA, Eliana Alves da. COMARU, Francisco de Assis. SILVA, Sidney Jard. Direito à moradia e judicialização: atuação da Defensoria Pública Paulista. Revista de Estudos de Sociologia, v. 23, n.45 <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/11684>

SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Amanda Paulista. As mulheres nos movimentos sociais de moradia. Artigo disponível em < <http://gaspargarcia.org.br/wp-content/uploads/2015/03/As-Mulheres-nos-Movimentos-de-Moradia.pdf>>

THEODORO JR. Humberto. O contrato e sua função social. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 5 ed. Trad. A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

Direito à moradia adequada. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

SERASA EXPERIAN. Disponível em < <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/estudo-da-serasa-experian-mostra-perfil-do-consumidor-inadimplente-brasileiro>>