

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO**

JOÃO BATISTA VASCONCELOS

**FUNÇÃO ECONÔMICA DOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTOS
IMOBILIÁRIOS E O DIREITO FUNDAMENTAL A MORADIA**

**JOÃO PESSOA
2013**

JOÃO BATISTA VASCONCELOS

**FUNÇÃO ECONÔMICA DOS CONTRATOS DE
FINANCIAMENTOS IMOBILIÁRIOS E O DIREITO
FUNDAMENTAL A MORADIA**

Dissertação de Mestrado
apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba,
como requisito para obtenção do
título de mestre em Direito
Econômico sob orientação do Prof.
Dr. Rodrigo Toscano de Brito.

**João Pessoa
2013**

JOÃO BATISTA VASCONCELOS

**FUNÇÃO ECONÔMICA DOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTOS
IMOBILIÁRIOS E O DIREITO FUNDAMENTAL A MORADIA**

Área de concentração: Direito Econômico

**Linha de pesquisa: Estado, Mercado e Sujeitos Sociais: juridicidade
e economicidade**

Banca Examinadora:

**Presidente/Orientador: Dr. Rodrigo Toscano de Brito
Instituição: Universidade Federal da Paraíba - UFPB**

**Professor Dr. Fernando Antônio Vasconcelos
Instituição: Universidade Federal da Paraíba - UFPB**

**Professor Dr. Yanko Marcius de Alencar Xavier
Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN**

Resultado:_____

João Pessoa – PB, ____/_____/_____

A Deus, pela sua presença nesta caminhada;
Aos meus pais, que mesmo em outro plano espiritual, serviram como
estímulo e força para a conclusão deste trabalho;
Às minhas irmãs, que sempre trouxeram palavras de incentivos;
Aos meus filhos e à minha esposa, pelo respeito e carinho com
minhas ausências.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador Professor Dr. Rodrigo Toscano de Brito, que, com toda a sua sapiência e tranquilidade, soube me conduzir para a conclusão deste trabalho.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, que sempre me ajudaram durante estes dois anos de mestrado.

Aos colegas advogados Valcir Casado Mailho e Rafael Pontes Vital por terem sido os meus grandes companheiros de jornada acadêmica, em que nunca se furtaram em me prestar auxílio e socorro em todos os momentos fáceis e difíceis desta dissertação.

Aos servidores da Primeira Vara de Executivos Fiscais da Comarca de João Pessoa, que, sempre respeitando e entendendo meu sonho acadêmico, auxiliaram-me nos meus afazeres profissionais, permitindo que a atividade judicante não fosse interrompida.

Aos meus colegas da turma de direito econômico.

E, por fim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desta pesquisa.

“Talvez não tenhamos conseguido fazer o melhor, mas
lutamos para que o melhor fosse feito.”
Martin Luther King

RESUMO

A modernidade impõe ao Brasil, a exemplo de outras nações, um modelo de estado social insculpido na Carta da República de 1988, modificando completamente o modelo anterior pela forma dos novos tempos, fixando-se com maior ênfase o direito fundamental, que, dentre tantas obrigações ao Estado, incluiu o direito à moradia digna para seus populares. Evidente que tal obrigação não poderá ser realizada de forma aleatória, principalmente perante o grande volume de dinheiro que será exigido para cumprir um direito fundamental suprimido por muitas décadas, problema, inclusive, que se avolumou significativamente com o processo de urbanização, o que acarretou grande êxodo rural e deu surgimento a habitações sub-humanas, fato este que cobre todo o país. Com isso, o Estado deve buscar cumprir sua função através de recursos retirados de diversos segmentos monetários, centrando-se particularmente o presente estudo, na importância oriunda do Orçamento Geral da União - OGU e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, dinheiro este que pertence aos trabalhadores e é repassado pelo Governo Federal para o cumprimento do direito social em análise. Veja-se de logo, que o cumprimento do direito fundamental, tem por obrigação atentar para a reserva do possível, posto que não se pode resolver o problema de maneira imediata. De outra banda, assume importância insofismável a recuperação do crédito colocado à disposição do programa, portanto, embora o estado social admitido na nova Carta Magna, quando impõe a obrigação da função social do contrato, porém tal determinação deve ser analisada de forma que não gere prejuízos a ambas as partes, sendo imperativa a quitação dos contratos, em razão da permanência do programa. Desta forma, em uma visão econômica, a inadimplência neste tipo de contrato assume uma importância imensa, até porque, mais do que atender ao programa, tem, por obrigação, existir uma preocupação maior em relação ao recebimento da importância utilizada para garantir a sobrevivência do programa de financiamento imobiliário. Logo, a recuperação do crédito é primordial. Este Trabalho buscará analisar a função social do Direito Econômico e sua inter-relação com os Direitos Humanos, visto que o primeiro funciona como instrumento para que as metas do segundo sejam alcançadas, ou seja, o Direito Econômico funciona como mecanismo, como meio através do qual se torna possível a concretização dos Direitos Sociais, posto que, somente com recursos se chegará à efetivação do Direito Social da moradia determinado na Constituição de 1988.

Palavras chaves: Habitação. Direito a moradia. Direito fundamental. Contratos. Função social.

ABSTRACT

Modernity in Brazil imposes, like other nations, a state social included in the Charter of the Republic of 1988, completely changing the way the previous model of the new times, settling with greater emphasis the fundamental right, which, among many obligations State, included the right to decent housing for its popular. Clearly, such an obligation can't be done randomly, especially given the large amount of money that will be required to meet a fundamental right that lasts for decades, problem, even if that swelled significantly with the urbanization process, which resulted large rural exodus and housing gave rise to sub-human, a fact that covers the entire country, Therefore, the state should seek to fulfill their function through resources drawn from various segments monetary, holding up particularly the present study, the importance arising General Budget - OGU and Guarantee Fund for Time of Service - FGTS, that this money belongs to workers and is passed by the Federal Government for the fulfillment of the right to social analysis. See the logo, that compliance with the fundamental right, has an obligation to attend to the reserve as possible, since it can't solve the problem immediately. On the other hand, assumes importance unmistakable recovery of credit made available to the program, so although the social state admitted to the new Constitution, when it imposes the obligation of the social function of the contract, but such a determination must be analyzed so that does not generate losses on both sides and is mandatory discharge of contracts, because of the permanence of the program. Thus, in an economic vision delinquency, this type of contract, is of immense importance, because rather than attend the program, which is required to be a major concern in relation to the receipt of importance used to ensure the survival mortgage program, so the credit recovery is paramount. This work will seek to analyze the social function of Economic Law and its interrelationship with human rights, because the first works as an instrument for the second targets are achieved, the mechanism works as Economic Law as a means through which made possible the realization of social rights, since they only come up with resources the realization of the Right Social housing specified in the 1988 Constitution.

Keywords: Housing. Right to housing. Fundamental right. Contracts. Social function.

LISTA DE FIGURAS/TABELAS

Tabela 1 – Evolução do déficit habitacional – 1991/2000/2004-2007.....	58
Tabela 2 – Déficit habitacional do Brasil entre 2006 e 2007.....	60
Tabela 3 – Evolução da habitação precária.....	61

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – FUNÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA DO CONTRATO.....	14
1.1 Função social dos contratos habitacionais.....	20
1.2 Análise econômica da função social.....	21
1.3 Análise econômica dos contratos.....	24
CAPÍTULO II – PROGRAMAS HABITACIONAIS BRASILEIROS.....	32
2.1 Sistema Financeiro de Habitação – SFH.....	32
2.1.1 Contexto histórico do Sistema Financeiro de Habitação.....	36
2.1.2 Princípios do Sistema Financeiro de Habitação.....	38
2.1.2.1 Princípios de extração jurisprudencial.....	39
2.1.2.1.1 Princípio da obrigatoriedade da correção monetária no SFH, natureza social do contrato e regras de ordem pública.....	39
2.1.2.1.2 Princípio da obrigatoriedade dos contratos.....	40
2.1.2.1.3 Princípios da orientação consumerista.....	41
2.1.2.2 Comentários acerca dos precedentes envolvendo a correção do saldo devedor e proibição de retrocesso social.....	47
2.1.2.3 Responsabilidade civil do agente financeiro por vícios construtivos em face do princípio da centralidade do caso e da necessária distinção entre o agente privado e o agente financeiro público.....	47
2.1.2.4 Comentários ao REsp nº 51.169-RS.....	49
2.2 Sistema Financiamento Imobiliário.....	50
2.3 Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV.....	54
2.3.1 Precedentes do PMCMV.....	57
2.3.1.1 Crescimento que integrará o déficit habitacional.....	61
2.3.1.2 Funcionamento do programa.....	65
2.4 Contrato de financiamento de imóveis.....	68
CAPÍTULO III – MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	72
3.1 Direitos sociais: conceito e características.....	72
3.2 Princípio da reserva do possível.....	74
3.3 Direito à moradia.....	76
3.3.1 Conceito.....	77
3.3.2 Moradia como direito fundamental.....	80
CAPÍTULO IV - PARALELO INTERPRETATIVO ENTRE A FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO E O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....	83
4.1 Direito econômico: conceito e características.....	83
4.2 Recuperação do crédito e manutenção do Sistema de Financiamento Imobiliário.....	85
4.3 Inadimplência do sistema habitacional.....	86
4.4 Formas de evitar a inadimplência.....	88
4.5 Rumos da interpretação dos contratos no atual contexto do financiamento imobiliário.....	89

4.6 Implementação dos direitos humanos e o paralelo interpretativo entre função econômica do contrato e direito fundamental à moradia.....	92
CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS.....	100

INTRODUÇÃO

Com a vigência do novo Código Civil em 2003 e com a positivação dos ideários sociais dos contratos, os juristas e o próprio judiciário passaram a interpretar a função social do contrato como mecanismo de propiciar justiça distributiva.

Dentro do cenário do Sistema Financeiro de Habitação e do Sistema de Financiamento Imobiliário, onde os recursos são captados junto ao OGU – Orçamento Geral da União, ao FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviços e dividendos advindos das Cadernetas de Poupança, portanto, recursos retornáveis, tal interpretação da função social do contrato tem comprometido o equilíbrio do Sistema, uma vez que, na maioria das vezes, é desatrelada da visão econômica.

Após a Constitucionalização do direito à moradia, ainda vivemos um dilema: a definição do que venha ser moradia, a efetividade do direito à moradia e o equilíbrio do sistema frente à missão de propiciar moradia e a responsabilidade de recuperar os créditos cedidos.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a função social do contrato de financiamento habitacional como mecanismo de preservação da ordem econômica, tendo em vista a natureza coletiva dessa modalidade contratual, eis que apesar de serem materializados contratos individuais com cada mutuário, o sistema se perfaz através de um complexo de dependência.

Demonstraremos que em uma perspectiva econômica, ainda que não se renuncie à preponderância do interesse social, essa tese de utilização de critérios distributivos aos contratos habitacionais pode levar o sistema a uma verdadeira ruína, pois acaba confundindo o interesse coletivo com a proteção da parte mais fraca.

Nesse sentido, deixaremos evidente que a revisão judicial dos contratos indiscriminadamente e uso da função social do contrato como justificativa do inadimplemento pode trazer instabilidade jurídica, insegurança ao ambiente econômico, acarretando mais custos de transação para as partes negociarem e fazerem cumprir o pacto. Assim, deixaremos claro que é imprescindível uma interpretação econômica do instituto.

Para atender o proposto, inicialmente, analisaremos a função social do contrato, suas polêmicas de aplicabilidade, sua inserção como cláusula de ordem

pública, deixando evidente que, por essa vertente interpretativa, é possível se ter o equilíbrio do sistema e atender-se aos anseios sociais.

Posteriormente, abordaremos sobre os Sistemas de Financiamento de Imóveis existentes no Brasil, deixando evidente que por se descurar de cuidados de aspectos econômicos o sistema anterior fora à ruína. Seguidamente, analisaremos a visão social do direito à moradia e a abrangência do conceito de direito à moradia como direito fundamental.

Por fim, traçaremos paralelo interpretativo entre a função social do contrato, o direito fundamental à moradia, buscando demonstrar a possibilidade de encontrar-se um equilíbrio entre a visão de justiça distributiva e o direito econômico. Em síntese, demonstraremos os rumos da interpretação dos contratos no atual contexto do Sistema de Financiamento Imobiliário, recuperando-se o crédito ofertado, sem ferimento a garantia fundamental do direito à moradia.

CAPÍTULO I – FUNÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA DO CONTRATO

O Código Civil de 2002 trouxe diversas inovações qualitativas, como o que está preconizado no artigo 421¹, em que está exposto que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Esse dispositivo identifica a função social do contrato sob a ótica do Estado Social, isto é, traz a ideia de justiça distributiva, objetivando equilibrar os poderes entre as partes contratantes.

Entretanto, o tema sempre foi objeto de muita polêmica, pois desde o seu desenvolvimento pela Constituição Federal de 1946, por intermédio da criação da função social da propriedade, muitos embates ocorreram.

E certo, porém, que, por mais de cinquenta anos, tal tema permaneceu associado à ciência política ou ao plano metajurídico, ou seja, a função econômico-social do contrato só era averiguada levando-se em conta o papel que o contrato deveria desempenhar frente às práticas de atos de comércio. Talvez seja por tal razão que o tema função social afigura-se enigmático e polêmico.

De fato, o instituto somente passou a ser objeto de maior reflexão com a introdução do já mencionado art. 421 do Código Civil de 2002, existindo acirrado debate no que toca ao conteúdo e alcance da função social do contrato. Podemos destacar mais de três correntes de aplicabilidade da função social do contrato.

A primeira delas sustenta que a função social do contrato não possui existência autônoma, devendo sempre buscar aplicabilidade na legislação existente que revele sua importância e eficiência, podendo ser especificado como exemplo a onerosidade excessiva (CC, art. 478²), a lesão (CC, art. 157³), a conversão do negócio jurídico (CC, art. 170⁴), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167⁵) dentre outros institutos.

¹Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

³Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

⁴Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

⁵Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Nesse sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior que “a lei prevê a função social do contrato, mas não a disciplina sistemática ou especificamente”. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçados pela Constituição⁶.

Como se vê, dentro da perspectiva apresentada, fácil perceber o esvaziamento da função social, uma vez que sua aplicabilidade estaria atrelada a institutos positivados.

Existe ainda uma segunda corrente de pensamento que afirma que a função social do contrato expressa o valor social das relações contratuais, enaltecendo a importância destas relações na ordem jurídica⁷. A presente vertente concebe a função social do contrato como forma de reforçar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros, alcançando-a a fundamento de tutela na lesão contratual provocada por terceiro cúmplice.

Em outras palavras, a função social do contrato imporia aos terceiros o dever de colaborar com os contratantes, de modo a respeitar a situação jurídica creditória anteriormente constituída.

⁶O grande espaço da função social, de certa maneira, deve ser encontrado no próprio bojo do Código Civil, ou seja, por meio de institutos legalmente institucionalizados para permitir a invalidação ou a revisão do contrato e assim amenizar a sua dureza oriunda dos moldes plasmados pelo liberalismo. Parece, portanto, que a função social vem fundamentalmente consagrada na lei, nesses preceitos e em outros, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato”. O campo propício ao desempenho da função social, assim como à realização da equidade contratual é o da aplicação prática das cláusulas gerais com que o legislador definiu os vícios do negócio jurídico, os casos de nulidade ou de revisão. Seria pela prudente submissão do caso concreto às noções legais com que o Código tipificou as hipóteses de intervenção judicial do contrato que se daria a sua grande adequação às exigências sociais acobertadas pela lei civil. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.93)

⁷Há, ainda, que sustente que a função social do contrato, ao lado de atender aos interesses privados dos contratantes, serviria de proteção aos interesses extracontratuais, atribuindo-lhe, ao mesmo tempo, uma eficácia interna, identificada com a primeira construção escrita no texto, e outra externa, que se aproxima da segunda posição acima resumida, embora admitindo, também, a atribuição de deveres aos contratantes em face de interesses extracontratuais, em consonância com o entendimento aqui sustentado, Confira-se: “Outra corrente, a que nos filiamos, vislumbra no princípio da função social do contrato também outras aplicações práticas. Entendemos que há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à *ineficácia superveniente do contrato*. Juntamente com a *ofensa a interesse coletivos* (meio ambiente, concorrência, etc.), *deve-se arrolar à lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato*. (...) Com relação à impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato, o fim que não mais pode ser atingido faz com que o contrato9 perca sua função social, devendo torna-lo ineficaz” (GOMES, Orlando. **Contratos**, Rio de Janeiro: Forense, 2007, 26, ed., pp. 50-51, V)

Essa segunda posição acaba por minimizar os efeitos da função social do contrato, reduzindo-a tão somente a mais um meio de garantia do instrumento contratual, especificamente como garantia individual, ou seja, dos interesses das partes, o que de certa forma provoca um amesquinamento do instituto.

Há ainda uma terceira corrente que, por sinal, tem prevalecido como entendimento dominante. Nessa ótica, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que deve ser informado por preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos da tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.

Dentro de uma nova perspectiva, entretanto, e atento ao tema do presente trabalho, urge a análise do referido artigo art. 421 do Código Civil sob a ótica econômica do contrato. Uma análise econômica do contrato obriga as partes a internalizar as externalidades do seu negócio jurídico. As externalidades são definidas como os efeitos, negativos ou positivos, que determinados negócios jurídicos podem gerar para a coletividade.

Isto posto, vale dizer que o art. 421 deveria trazer no seu conteúdo que o contrato que gerar um efeito negativo para a coletividade, ou seja, que produza externalidades negativas deve ser internalizado pela parte contratante que o produziu. Sob tal ótica, o contrato busca fazer a justiça social, no entanto, considerando-se a realidade econômica do mercado no qual tem a sua vigência.

Nos dias atuais com vistas à preservação da necessidade da prevalência do bem comum e dos interesses sociais, a jurisprudência tem se mostrado pacífica em relação à revisão contratual. Desse modo, por intermédio de atos judiciais, é reconhecida a interferência estatal no contrato, de esfera eminentemente privada, em favor da parte contratante menos favorecida.

Do ponto de vista econômico, a utilização de critérios distributivos nos contratos é prejudicial, pois se confunde a vontade da parte mais fraca com o interesse público que por muitas vezes não é consoante com este.

A “redistribuição” dos benefícios econômicos entre as partes contratantes pode ser um efeito negativo na economia, além do mais há total invasão da esfera pública na esfera privada.

A situação fica ainda mais latente analisando-se o cenário dos contratos habitacionais, que, apesar de serem materializados por instrumentos privados, trazem consigo uma grande carga pública em virtude de sua gênese.

A revisão judicial poderá acarretar um alto custo de transação entre os pactuantes, gerando contrato que não será eficiente na perspectiva econômica. Além disso, ocasionará um ambiente de instabilidade jurídica, grande insegurança no cenário econômico, o que poderá gerar uma dificuldade no cumprimento do acordado nos contratos e o alto custo de transação.

O risco ou a interferência nos contratos é distribuído entre a coletividade ao invés de ser repassado diretamente para o inadimplente já que este está “protegido” judicialmente.

Como visto, alguns dos civilistas entendem a função social do contrato como a constitucionalização ou até mesmo publicização do Direito Privado, pois o contrato bem como a propriedade são orientados pelo Direito Público.

Ocorre uma proteção da parte contratante mais fraca em relação a mais forte, ou seja, quando o poder econômico desequilibra o poder de barganha entre as partes contratantes. Assim, nasce à necessidade de uma interferência pelo Estado através dos juízes e legisladores a fim de reequilibrar as partes do contrato.

Nesse sentido caminha a Jurisprudência pátria no assunto. Diversas Cortes no Brasil têm revisado os contratos com o objetivo de proteger a parte mais fraca, como exemplo, o judiciário tem coibido o corte de energia e água dos inadimplentes, adotando a forma mais branda de punir o inadimplemento, ou seja, dando preferência ao cálculo dos juros simples a juros compostos na cobrança.

No Superior Tribunal de Justiça, como exemplo, foi protegido o adquirente de imóvel ao ser enfraquecido o direito real de hipoteca de bancos que operavam em linhas de créditos em favor de construtoras, devido à função social do contrato.⁸

Outros Tribunais Estaduais, de outro lado, têm afastado a incidência da capitalização de juros em contratos de financiamentos habitacionais sob o argumento de iniquidade do método contratado. Assim, quando contratado como

⁸Recurso Especial nº. 187.940, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., e Recurso Especial nº. 316.640, Relatora Ministra Nancy Andrighi.

método de correção a incidência de Tabela Price com juros simples tem-se por iníquo a majoração de forma composta, ou seja, juros sobre juros⁹.

Diferentemente do *Common Law* adotado nos EUA, no Brasil onde se adota o *Civil Law*, no qual as decisões das Cortes Superiores quando não sumuladas, não são vinculantes, o que acaba por gerar um aumento no custo de transação entre as partes.

Para Armando Castelar Pinheiro¹⁰ ocorre no Brasil à politização do Direito, mais de 70% dos juízes entrevistados por ele preferem fazer a “justiça social” a aplicar a lei em relação aos contratos.

Especificamente nos contratos de financiamentos imobiliários a cadeia de participantes desses contratos depende do cumprimento daquele indivíduo para alimentar o sistema financeiro, viabilizando novos financiamentos a quem precisa.

Assim, havendo uma quebra nessa cadeia, a coletividade é quem sai perdendo. A segurança e satisfação dos contratos dependerão do seu cumprimento e preservação dentro dos cálculos probabilísticos atuários.

Ao analisar um contrato devemos sempre ter em mente o ambiente no qual ele é celebrado, o qual é parte de um mercado. Para Coase, “o mercado é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas”.

O mercado como um espaço de trocas é um referencial de comportamento que afeta as expectativas dos agentes econômicos nele envolvidos. O mercado é regulado por normas jurídicas. Como o mercado não funciona sempre de maneira eficaz e adequada, surgindo assim, a possibilidade da intervenção ou regulação pelas instituições jurídicas. Nesse contexto das imperfeições do mercado, entram os

⁹TJ – RS Apelação Cível nº 70.010.372.027, 9ª Câmara. Veja: Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), de 10.08.2005: SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. SEGURO. 1. Possibilidade de revisão e adequação do contrato, estabelecendo o equilíbrio nas relações negociais existentes entre as partes, dentro daqueles parâmetros que confere o Estado de Direito e a função precípua do Poder Judiciário. 2. Afasta-se a incidência iníqua da TABELA PRICE, adotando-se o método de cálculo de juros simples, com o intuito de evitar o anatocismo e a progressão geométrica e exponencial dos juros. 3. Quando o contrato estipula correção do saldo devedor pela poupança, são embutidos juros mês a mês no valor remanescente da dívida, incidindo sobre os anteriores, incorporados ao saldo, o que significa computação de juros sobre juros. Estes não de ser excluídos, mantendo-se somente a TR, a qual, admite-se como índice de correção.

¹⁰CASTELAR Armando. **Direito, economia e mercado**. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005, p. 208.

custos de transação, o Direito atua corrigindo imperfeições e tentando reduzir os custos de transação.

Quanto mais sólidos forem os tribunais e agências reguladoras de um país e mais integro seu sistema jurídico, com previsão nas suas decisões, melhores são as suas instituições. Quanto melhores são as suas instituições, mais propício é o seu desenvolvimento, sendo assim, menores são os custos de transação.

O poder de barganha dos contratantes em uma relação está relacionado diretamente com a estrutura do mercado em jogo. Quanto maior a concentração desse mercado, maior a disparidade de poder entre os agentes econômicos contratantes.

Conforme afirmações de Cooter e Coase, as imperfeições no mercado podem ser em relação à estrutura concorrencial, a assimetria de informações, entre outros. Quanto mais concorrência e menor custo de transação, melhor para a coletividade.

Diante das premissas explicitadas, o Direito Contratual privado pode contribuir com o bom funcionamento do mercado, diminuindo os custos de transação, da seguinte forma: Oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção judicial; Minimizar problemas de transação entre as partes; e Gerar mecanismos de ressarcimento e alocação de riscos. Portanto, o contrato proporciona segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos.

O poder judiciário deve funcionar de forma ágil, fazendo cumprir as obrigações assumidas pelas partes, não servindo de um mecanismo a quem procura ganhar mais tempo. Sendo necessário também, os juízes respeitarem precedentes de Tribunais Superiores para diminuir os números de demandas repetidas, e se concentrem em demandas coletivas que trazem um maior impacto para a estrutura social.

Conclui-se que a previsibilidade e agilidade das decisões judiciais acarretarão a diminuição das incertezas, dos riscos e dos custos de transação e o crédito tende a ser facilitado. A análise econômica do direito permite medir as externalidades do contrato, tanto internas como externas, orientando o intérprete para o caminho que gere uma maior eficiência social.

1.1 Função social nos contratos habitacionais

Entende-se que um contrato de financiamento habitacional cumpre sua função social na medida em que proporciona a milhões de famílias, o alcance de uma meta, a realização de um objetivo, que é a aquisição da moradia própria.

Cumpre-se ressaltar que aqui não se entrará em outros aspectos sociais que dizem respeito à geração de milhares de empregos na construção civil, à alavancagem no comércio de materiais de construção e outras riquezas que são geradas para toda a sociedade no momento em que é injetado, no mercado, milhões de reais oriundos da liberação de recursos para estes financiamentos habitacionais.

Sabe-se que para muitas famílias, em especial aquelas que possuem uma renda de até três salários-mínimos e que, neste patamar de renda, é a faixa de renda onde se situa mais de 80% do déficit habitacional total, que a aquisição da casa própria, por mais simples que seja dificilmente se fará possível se não for por meio de um financiamento habitacional.

Para tanto, é dever do Governo, com o auxílio de toda a sociedade, buscar mecanismos que incentivem os investidores a oferecer cada vez mais recursos nesta área, a fim de se amenizar o déficit habitacional existente.

Com a melhora da qualidade do crédito imobiliário e a criação de meios que diminuam ao máximo as situações de inadimplência, os investidores serão resguardados das enormes incertezas que caracterizam este tipo de operação. Acredita-se que assim haverá uma maior oferta de recursos a um custo mais baixo e que atenderá, senão a toda sociedade, parte dela.

O princípio da função social é a mais importante inovação do direito contratual comum brasileiro, já que os contratos devem ser interpretados de forma a melhor contemplar o interesse social.

A função social do contrato só terá cumprido a sua finalidade, quando o contrato se apresentar como uma forma de equilíbrio social, ou seja, satisfazer os interesses pessoais das partes e atender ao interesse da coletividade sobre dito instrumento, sempre com a prevalência do interesse público sobre o particular. Quer dizer, quando nele há possibilidade de se acomodar tantos os objetivos das partes como os da sociedade. Há que se permitir que o contrato seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito para o interesse público.

A questão habitacional é um problema de âmbito nacional e suas causas devem ser buscadas e analisadas em toda a sua grandeza, em colaboração mútua da sociedade na busca de soluções, uma vez que a habitação é elemento necessário da própria dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, Constituição Federal de 1988).

Com o êxito do contrato de financiamento habitacional, que é um contrato social, haverá a promoção do bem comum e da paz social, pois se entende que um dos fatores de maior tranquilidade e segurança para a sociedade, é o indivíduo saber que possui a sua moradia, o lugar que ele criará raiz e um referencial para conduzir a sua vida.

No entanto, acredita-se que para o sucesso desses contratos, não só a função social deva ser atendida, mas deve haver também a lisura e a boa-fé de todos os contratantes, antes e no decorrer do negócio jurídico.

1.2 Análise econômica da função social

Buscando definir a análise econômica do Direito, usaremos o conceito de German Caloma, citado por Giácomo. A análise econômica do direito é um ramo da ciência econômica quase que completamente incluída dentro do campo da microeconomia. Seu objetivo é analisar e avaliar o papel das normas jurídicas dentro do funcionamento dos mercados, através do estudo de seu impacto sobre o comportamento dos agentes econômicos entre as quantidades e os preços ¹¹.

A análise econômica do direito, na forma acima espelhada, utilizará princípios, conhecimentos e ferramentas da Ciência Econômica para enfrentar os problemas surgidos pela ciência Jurídica e Social, concentrado nas relações contratuais existente com utilização do dinheiro público em financiamento para o particular e respectiva recuperação.

Como dito alhures, embora tenha um nascimento praticamente nas relações privadas, o Direito Econômico, a partir de sua inclusão na esfera do direito público,

¹¹BALBINOTTO NETO, Giácomo. **A teoria econômica dos contratos**. Disponível em <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo>>. Acesso em 17 abr. 2012.

quando do interesse da coletividade, impôs um diálogo mais próximo entre o Direito e a Economia, afinal, tal diálogo já estava mais do que na hora de acontecer¹².

Gustavo Franco¹³ ressalta essa importância de diálogo: Magistrados não versados em complexos temas econômicos tiveram de decidir questões difíceis e também produziram a sua cota de erros e exageros. Na verdade, quando a Justiça ignora as leis econômicas, pode fazer tanto estrago quanto o economista “pacoteiro” em sua sanha redentora. Ao afastarem-se da Lei munidos do ideal de corrigir problemas econômicos no varejo, tal como os percebem, a Magistratura nem sempre percebe que agrava os problemas que pretende corrigir.

Verifica-se conforme o iluminado entendimento do mestre referido, que uma ciência quase sempre fica dependente da outra, principalmente a partir das decisões tomada por cada uma delas, causando reflexo incomensurável. Desta forma, as decisões judiciais, em particular, tem um grande fundamento nas demais ciências, com maior ênfase no sistema econômico, posto que, referida decisão de forma alargada, poderá causar um rompimento em todo o sistema financeiro.

Não é difícil presenciar decisões judiciais que acabam com o equilíbrio público do mercado e trazem insegurança, diminuindo a competitividade do nosso Brasil, em muita das vezes deixando a visão econômica contratada, para caminhar no direito social em detrimento a todo o montante envolvido no sistema.

Já dizia o juiz O. W. Holmes:

Todos os advogados deveriam procurar compreender a economia. Com sua ajuda aprendemos a considerar e a pesar os fins legislativos, os meios de alcançá-los e o custo envolvido. Aprendemos que para obter algo é necessário abrir mão de outra coisa, aprendemos a comparar a vantagem obtida com a vantagem que renunciamos e, a saber, o que estamos fazendo quando escolhemos.¹⁴

Observa-se que a discussão entre o direito e a Economia, de muito tempo vem sendo debatido, discutido e avançado com profundidade em diversas escolas de outros países. O Brasil há pouco tempo, denotando a importância do diálogo necessário, começa a trazer referida discussão buscando um relacionamento pacífico e maduro, principalmente, na busca da garantia aos contratos realizados.

¹²TIMM, Luciano (Org). **Direito e economia**. São Paulo: Thompson/IOB, 2005, p.11.

¹³Apud TIMM, Luciano. op.cit., p.11

¹⁴Cf. BALBINOTTO NETO, Giácomo.

Ora, a passagem do estado clássico para um estado social, onde o bem estar demonstra figurar sobre todos os demais, o Juiz, com o poder de Estado, muitas vezes toma para si a prática da “justiça social”, visando diminuir desigualdades, aproveitando-se da lacuna existente na legislação, para decidir de forma romântica esquecendo-se de todo o sistema, que sendo coletivo, a quebra do mesmo imporá prejuízo para outro. Portanto, é imperativo ao Juiz, como membro de estado e detentor do poder decisório destacar seu conhecimento ante a análise econômica do direito. Impossível desconhecer os impactos econômicos de opções legais e jurisprudências.

Não é por demais esclarecer que opções legais tomadas com ressalva apenas de ordem social, quando existe um envolvimento econômico em benefício de todos, afrontam diretamente o sistema, inclusive conforme a expansão que o caso requeira, seja até mesmo capaz de quebrar todo o sistema utilizado naquele projeto.

O operador do Direito tem por obrigação, atuar dentro dos limites com base na legislação sem fugir da realidade social do sistema econômico eleito pelo constituinte: uma economia de mercado.

A doutrina de forma uníssona, aprofundando seu estudo sobre a matéria, informa os principais pontos que devem ser aprendidos pelos operadores de ambas às ciências.

Ao economista cabe aprender, idealmente ainda na universidade, que seu ofício, a política econômica, não é exercido no vácuo, mas dentro dos marcos institucionais e jurídicos de um Estado de Direito, que o economista deve conhecer em seus aspectos formais e institucionais.

Os “modelos” com que trabalham os economistas são criaturas da matemática, portanto, composições dentro de um idioma, com sua sintaxe própria e específica para potencializar o entendimento de relações de causa e efeito. Os economistas devem aprender que este não é o único idioma relevante para a prática de sua profissão. Já ao advogado, de outro passo, cabe aprender que o Direito não é um universo paralelo imune ao que se passa no mundo prático da economia e das relações sociais em geral.

O direito pode ser visto como outro idioma, ou outro subsistema que, todavia, descreve e ordena a mesma realidade e observada pelos economistas e com o auxílio de seus próprios instrumentos.

Estudantes de direito, e os de economia, deviam dialogar com mais frequência e aprender a outra disciplina, inclusive e principalmente por que isto os fará melhores profissionais. A realidade do mercado de trabalho saberá valorizar o profissional que sabe olhar além dos limites de sua própria especialização

É imperioso o estudo entre o Direito e a Economia nos parâmetros contemporâneos, vez que, de grande relevância para o desenvolvimento do Brasil que busca encontrar um novo lugar entre os países desenvolvidos, mostrando ao mundo a segurança jurídica dos seus contratos.

1.2.2 Análise econômica dos contratos

Passamos, a seguir, para uma análise mais específica: a análise econômica dos contratos. Espino¹⁵ destaca: “O contrato é uma instituição relevante que pode promover ou bloquear a cooperação no intercâmbio; trata-se de uma instituição substantiva através da qual se especificam que tipos de direitos de propriedade podem ser transferidos e em que termos”.

O instrumento contratual traz incentivos para as pessoas realizarem diversos negócios, devendo por isto, espelhar de forma transparente os respectivos lucros e custos da cooperação entre os indivíduos e agentes, muitas vezes impossibilitados, que visam apenas os custos e benefícios, quando na verdade deve ser benéfico para todos e não apenas para as partes.

Em outras palavras, o contrato é a promessa institucionalizada pelo sistema jurídico, sujeita que está à coerção, mas que é, sobretudo, estabelecida por mecanismos de incentivos entre os agentes econômicos.

Destacamos que um contrato é um acordo, entre duas ou mais partes, que transmitem direito entre elas, assim como estabelece, exclui ou modifica deveres. Nesse tipo de relação ocorre de diversas maneiras, modificando sua complexidade, forma, tempo e *enforcement* (capacidade de se fazer cumprir os termos do contrato)¹⁶.

¹⁵Cf. BALBINOTTO NETO, Giácomo.

¹⁶PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law&economic**. Disponível em <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/projects/pr251finaldraft.pdf>> Acesso em: 04 mar. 2012.

Lembramos que num mundo moderno, todos os agentes fazem promessas. São promessas que estão presentes no nosso dia, seja de forma mais simples como, ao utilizar os ônibus, afinal estamos contratando um meio de transporte. Sejam promessas mais complexas como de compra e venda. Não interessa somente ao sistema legal a formalização dessas promessas, mas também a garantia de que tais direitos poderão ser plenamente exercidos¹⁷.

Podemos, desta forma, estabelecer que os contratos segundo a ordem econômica, devem ser tidos como acertos institucionalizados de forma livre e espontâneas nos quais os agentes econômicos fazem permutas de interesses. Tal objetivo prende-se ao benefício de ambas as partes, que após seus convencimentos institui um instrumento de garantia para exigir o cumprimento das cláusulas.

O contrato cria deveres, limita as possibilidades de ação das partes. Fora isso, mais do que restrições ao comportamento, um contrato indica comportamento desejáveis às partes.

Sob essa visão da análise econômica do Direito, não afastamos que existam interesses coletivos dignos de tutela nas relações contratuais. Na verdade identificamos a coletividade na estrutura de mercado que está por trás do contrato firmado entre as partes e do processo judicial relacionado ao litígio a ele pertinente¹⁸.

Assim sendo, impossível pensar no campo social, em uma relação contratual, deixando de observar o ambiente onde o contrato é cumprido e realizado, que indiscutivelmente é o mercado. Desta forma o contrato encontra-se interligado diretamente a questão de análise econômica.

Para Coase¹⁹ o mercado “[...] é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas”. Destacamos o entendimento de Trebilcock²⁰ “[...] mercado é amplamente aceito como uma ferramenta, que não um inimigo, do desenvolvimento econômico e social.”.

A análise do contrato jamais pode ser a relação em si, que é sempre bilateral, deve ser feito a coletividade, sobre seus reflexos econômicos na sociedade. Pois, a coletividade estará sempre representada por integrantes que integram um determinado mercado de bens e serviços.

¹⁷Cf. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo.

¹⁸TIMM, Luciano. op.cit., p.33.

¹⁹apud TIMM. op.cit., p.9.

²⁰apud TIMM, op.cit., p.9.

Observe-se o reflexo causado em toda a coletividade envolvida direta ou indiretamente na feitura e cumprimento do contrato, principalmente quando este envolve participação Estatal. Destaca Luciano Timm, a cerca do assunto:

Em realidade, ao servir como espaço público de trocas, ele garante um referencial de comportamento que afeta as expectativas dos agentes econômicos (aqueles que participam do jogo de forças da oferta e da procura), cujo resultado é uma situação de equilíbrio (positivo ou negativo) – boa ou ruim inclusive. Se o mercado enquanto fato não existisse, como explicar que em seguida a suma super safra de soja (e, portanto, de uma grande oferta no mercado), o seu preço tenda a baixar? Como negar que o aluguel de imóveis de praia tende a aumentar no verão (chamado de alta temporada), quando justamente aumenta a procura?²¹

Desta forma, não poderemos sob hipótese alguma separar o mercado da sociedade, em razão do entrelaçamento entre estes integrando um mesmo sistema. Ora, com ausência do mercado, não poderia este ser objeto de relações contratuais.

Para entendermos um pouco mais da relação contratual com o ambiente de mercado, analisa-se abaixo, o chamado de custo de transação na visão de Douglas North:

Custos de transações podem ser definidos como aqueles a que estão sujeitas todas as operações de um sistema econômico. Mesmo o exame mais superficial de uma economia sugerirá ao observador que muitos de seus atores – na verdade, a maioria – não produzam nada do que os indivíduos consomem. Mas advogados, banqueiros, contadores, funcionários de escritórios, contramestres gerentes e políticos, para citar apenas algumas ocupações amplas ou totalmente envolvidas em transações, são peças essenciais para a operação de qualquer sistema econômico. Na verdade, quanto mais complexo a economia, mais atores desse tipo estarão envolvidos na coordenação e operação do sistema.²²

Douglas North faz importante análise no que acredita ser a terceira variável acerca dos custos de transação, em nosso estudo é o que merece maior destaque:

A terceira variável é o cumprimento de obrigações assumidas. Em um mundo no qual todas as regras fossem cumpridas à perfeição, haveria uma terceira parte imparcial que julgaria (sem qualquer custo) as controvérsias, concebendo indenização à parte prejudicada por infração de cláusulas contratual. Em um mundo assim, o oportunismo, a omissão e o logro nunca

²¹apud TIMM, Luciano. op.cit., p.16.

²²NORTH, Douglas. **Custo de transação, instituições e desempenho econômico**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006, p.10.

valeriam a pena. Mas tal mundo não existe. Na verdade, a dificuldade de se criar um sistema jurídico relativamente imparcial, que zele pela execução de contratos, tem sido uma pedra no caminho do desenvolvimento econômico.²³

De acordo com sua crença, o direito tem o poder de diminuir as despesas da negociação (que são os custos suprimidos pela parte para negociar e para se fazer cumprir o contrato).

Assim dentro de uma perspectiva econômica conclui-se que as instituições à medida que adquirem desenvolvimento obterão um avanço maior em suas perspectivas em razão da diminuição dos custos de transação.

Em se analisando o texto do artigo 421 do Código Civil que afirma: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, são fortalecidas sobremaneira as instituições jurídicas para um desenvolvimento econômico de um Estado, provocando reflexos na coletividade, claro fica que essa visão econômica fornece ferramentas para avaliar a funcionalidade social do contrato, eis que o contrato está inserido em um ambiente de mercado, que reflete consabido, diretamente na coletividade.

Impossível também deixar de apreciar o poder que se dispõe na mão do juiz, perante o espaço interpretativo da determinação legal referida, necessitando nas transações que envolvem interesse público da coletividade, aprofundamento na modificação contratual de sorte que não se caminhe apenas em proteção a uma das partes, principalmente quando interesses coletivos se encontrarem presentes.

Caminhando no entendimento referido, o Superior Tribunal de Justiça, que percebeu a função social do contrato em um ambiente de mercado, apresenta a seguinte decisão.

Admitir-se a legalidade do procedimento pretendido pelos requerentes (revisão contratual de contrato de financiamento imobiliário) implicaria o surgimento de perigoso precedente com sérias consequências para todo o complexo e rígido sistema de financiamento de habitação, cuja estrutura e mecanismo de funcionamento foram bem expostos por Caio Tácito:

[...] ademais, os contratos imobiliários são, no caso, parte integrante de um todo interligado, de sistema global de financiamento que tem como outra face, a manutenção da estabilidade de suas fontes de alimentação financeira {...}”. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 4ª Região. Embargos

²³NORTH, Douglas. op.cit., p.12

Infringentes na Apelação Civil nº 17.224, Relator Desembargador Federal Luiz Carlos Lugon). Quid, em relação ao argumento, de natureza econômica, de que, numa conjuntura de inflação mensal próxima de zero, os juros excedam de 1% ao mês são abusivos? Com a devida licença, não há aí racionalidade alguma, muito menos caráter econômico. Em qualquer atividade comercial ou industrial, o preço de venda do produto não pode ser menor do que o respectivo custo. {...} A taxa de juros é inteiramente desvinculada da inflação. A inflação é baixa, mas o custo do dinheiro é alto {...} e não pode ser reduzido por uma penada judicial. Trata-se de política econômica, ditado por ato de governo, infenso ao controle judicial.²⁴

Sabemos que o mercado não é um ambiente regulatório perfeito, de maneira que só reste ao Direito fazer cumprir os contratos. De outro modo, sabemos que a revisão de contrato livremente firmados em ações individuais não tende a resolver o problema que gera o desequilíbrio entre as partes, nas relações privadas, pois o problema está relacionado à estrutura concorrencial de mercado.

O resultado será que maior ou menor o poder de barganha dos contratantes em uma relação contratual nada mais é que o reflexo de questão de estrutura e maior do que a relacionada à estrutura em jogo. Cada vez que temos uma maior concentração de mercado nas mãos de poucos, maior será a diferença do poder entre os agentes econômicos. Acreditamos que esse problema deve ser resolvido de maneira mais eficaz trabalhando-se com as Leis nº 8.884/94 e 12.529/2011 do que a mediante a revisão contratual.

Luciano Timm, ainda destaca que: Para corrigir o problema de assimetria de informações, existe o Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei nº 8.038/90), que garante, no seu artigo 6º²⁵, o mais amplo direito de informação acerca de produtos e

²⁴Recurso Especial nº 271.214 do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Ari Pargendler, de 12 de março de 2003.

²⁵Art. 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; 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.

serviços negociados no mercado, sob pena inclusive de responsabilidade civil objetiva do fornecedor²⁶.

Definidos a assimetria informacional como dispor de informações relativas aos produtos, direitos de propriedade e sobre as ações das partes é uma condição essencial para que cumpram os contratos.

Castelar e Saddi esclarecem esse conceito de assimetria informacional num brilhante exemplo:

Vamos tomar o exemplo da compra de um carro usado, o mesmo que George Akerlof usou em seu célebre artigo “A Market for Lemons” (Lemons, nos Estados Unidos são carros usados). Como os potenciais compradores não tem condições de avaliar de forma mais apurada ou precisa a qualidade e o histórico do carro (se já foi batido, se o motor esta batendo pino, etc) ocorre o fenômeno que se conhece como assimetria. Simetria (e seu antônimo, assimetria) vem da geometria. É a característica de duas figuras geométricas que podem ser colocadas de um modo tal que cada ponto de uma corresponda um ponto da outra; assimetria é o oposto. No caso, o vendedor conhece muito mais sobre o carro do que o comprador. E levado ate mesmo raciocínio adiante, o comprador está em clara desvantagem, já que ele não dispõe de informação. Aí restam sempre duas consequências desta assimetria: primeiro, nesta hipótese, há a necessidade de regulação, ou seja, o suprimento e a superação desta deficiência informacional, por meio do estado {...}; e em segundo lugar, um certo monitoramento pós-contrato, como por exemplo, estabelecer uma garantia de uso pós-venda.²⁷

Nessa análise, acreditamos que a melhor leitura acerca da função social do contrato em uma economia de mercado é aquela sistemática, que leva em consideração as demais normas que compõem o eixo regulatório das relações privadas entabuladas no mercado, essencialmente a Lei da Concorrência e o Código de Defesa do Consumidor. O interesse de terceiros pode ser visivelmente identificado no mercado, conforme análise de Luciano Timm:

[...] são aqueles agentes econômicos efetivos ou potenciais que atuam naquele segmento de produção e consumo de bens e serviços, cujas expectativas são formadas sobre as leis, os comportamentos e as decisões judiciais tomadas em casos concretos. Quanto mais concorrência (ou eficiência em alguns casos excepcionais) e quanto menor o custo de transação, melhor para a coletividade.²⁸

Instituições sólidas preservam os interesses coletivos e difusos que estão presente nas relações contratuais. Diminuindo o custo de transação e colaborando

²⁶TIMM, Luciano. op.cit.,p.14

²⁷PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. op.cit., p.56.

²⁸TIMM, Luciano. op.cit., p.16.

para um melhor ambiente econômico para toda coletividade. Instituições sólidas geram menor índice de incerteza de desconfiança, diminuem os riscos, conseqüentemente favorecem a posição dos agentes econômicos externos ao contrato individual firmado entre as partes.

Existe um conceito que foge do conceito econômico e do jurídico, mas é integralmente social. A credibilidade é imperativa para que o contrato possa ter eficácia, pois, sem esta, nenhuma garantia poderá ser desprendida, muito pelo contrário, a insegurança e o descrédito farão que os agentes econômicos elevem os preços em função do risco. Fácil assim comprovar que instituições consolidadas, com credibilidade e uma justiça focada em elementos confiáveis é imperativa para desenvolvimento econômico, que conseqüentemente melhora a coletividade.

Conforme referido no parágrafo anterior, cabe ao judiciário adequar-se a uma eficiência visando facilitar a realização do negócio complexo, trazendo confiança e conseqüentemente atraindo investimentos que dependem da proteção da lei para oferecerem uma relação risco x retorno atrativo para o investidor.

Já dizia Douglas North em 1990 que:

A inabilidade das sociedades para desenvolver um efetivo e barato sistema de cumprimento de contratos é a mais importante fonte de estagnação histórica e subdesenvolvimento contemporâneo no terceiro mundo. No mundo ocidental, a evolução dos tribunais, dos sistemas legais e de um sistema judicial relativamente imparcial tem desempenhado um papel preponderante no desenvolvimento de um complexo sistema de contratos capazes de se estenderem no tempo e no espaço, um requisito essencial para a especialização econômica.

Sobre a garantia contratual, temos que regimes que dão poucas garantias ao investimento e à contratação raramente serão capazes de fornecer garantias seguras aos direitos de propriedade intelectual. Indústria de alta tecnologia ou que se beneficiam de investimentos duráveis e especializados irão abandonar regimes marcados por enormes inseguranças no que se refere a contratos e a investimentos – por lugares mais seguros. Importante neste momento de análise econômica do Direito, destacar o estudo de Armando Castelar²⁹ sobre a previsibilidade no poder judiciário.

Seu compromisso em buscar a justiça social, prepondera sobre a aplicação da lei. Armando Castelar Pinheiro concluiu em sua pesquisa que 73% dos juízes

²⁹TIMM, Luciano. op.cit., p.50

pesquisados optam por fazer “justiça social” ao invés de aplicar o que está contratado entre as partes.

Os agentes econômicos estão cientes desse papel de “promotor de justiça social” que os magistrados desempenham. O que é de forma, incorporado aos preços, na forma de risco econômico. Ao invés de garantir a minimização dos riscos, o judiciário se tornou o risco. Consequentemente, os investimentos praticamente desaparecem, pois o risco se tornou enorme, sendo pouco atrativo. A coletividade acaba sendo prejudicada por essa busca pela “justiça social” que os magistrados perseguem.

Não podemos esquecer que os contratos são uma forma de alocar risco entre os agentes econômicos, logo a revisão *ex post facto* dos contratos anula, porém, sua função de alocar de risco. Ou seja, sem eles, atividades arriscadas podem tornar-se inviáveis.

Um bom resumo da noção de risco está exatamente na noção do jogo – não jogos de azar, mas simplesmente jogo, há, em igualdade de condições e com o cumprimento de regras determinadas, a probabilidade da perda concomitante à probabilidade do ganho.

Risco é, portanto, álea, ou seja, aquilo que traz, ao mesmo tempo, a chance de prejuízo e a hipótese de lucro. Mas, acima de tudo, risco é lançar-se sobre o desconhecido.

Todos os agentes econômicos no mercado, sempre estão exercendo suas atividades econômicas com o fito de obter lucros e, portanto, correndo os correspondentes riscos.

Já dizia o Poeta Vinícius de Moraes que “são muitos os perigos desta vida”. Não há ganhos sem risco e não há promessa no futuro que não invada o futuro, por definição, imprescindível. Há uma diferença entre risco e incerteza. Risco é parte do jogo, é probabilidade, e estatisticamente mensurável, enquanto incerteza não é uma variável quantificável.

Por exemplo, o próprio conceito de volatilidade é uma medida de risco. Já incerto é algo que não pode ser previsto,, não há nem mesmo uma chance de projeção ou de estimativa; o incerto está ligado ao futuro e como se diz no ditado popular, “o futuro a Deus pertence.”

CAPÍTULO II – PROGRAMAS HABITACIONAIS BRASILEIROS

Para uma melhor compreensão da temática exposta, é necessário que haja escorço histórico sobre a gênese do financiamento imobiliário no Brasil, perpassando por seu principal organizador e intermediário, que é o Sistema Financeiro de Habitação – SFH, bem como um resumo das perspectivas e possibilidades representadas pelo Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, voltado principalmente para as denominadas “moradias de mercado”, destinadas às classes média e alta. Além disso, será analisado o Programa Minha Casa Minha Vida, que é destinado às classes menos favorecidas.

2.1 Sistema Financeiro de Habitação - SFH

O Sistema Financeiro de Habitação, criado ainda na década de 1960, passou pelos mais diversos ambientes econômicos, ultrapassando momentos de mega-inflação, alternados com períodos de relativa estabilidade monetária. Tal volatilidade do ambiente econômico fez com que este sistema sucumbisse às adversidades, sofrendo diversas perdas decorrentes de políticas mal formuladas, chegando a situação de completo desgaste na qual se encontra hoje.

As políticas voltadas para o setor imobiliário, ditada pelo SFH, foram calcadas sobre fontes ou de financiamento público ou altamente regulamentadas, além de serem escassas e incompatíveis com os longos prazos inerentes ao segmento. Com o objetivo de facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria foi criado, então, pelo Governo Federal, em 1964, o SFH, sendo composto pelos seguintes integrantes:

O primeiro deles é o Banco Nacional da Habitação (BNH), que é constituído com a finalidade de orientar, disciplinar e controlar o SFH. Cabia ao BNH incentivar a formação de poupança para o sistema, disciplinar o acesso das sociedades de crédito imobiliário ao mercado de capitais, operar os serviços de redesconto das sociedades de crédito imobiliário. Entre suas principais funções estava a de

estabelecer as condições gerais dos financiamentos sob o SFH, tais como prazos, juros e condições de pagamento.

Os outros são as Sociedades de Crédito Imobiliário (SCI's), que funcionavam como agentes financeiros do sistema e dependiam do BNH para funcionar. Eram limitadas a operar no financiamento para a construção, venda ou aquisição de habitações, sendo-lhes vedada a possibilidade de qualquer outro tipo de operação.

Assim, o BNH era a principal engrenagem de um sistema cujas principais normas eram determinadas exclusivamente pelo setor público, sendo a iniciativa privada responsável apenas pela promoção e execução de projetos de construção de habitações segundo as diretrizes urbanísticas locais.

Os recursos arrecadados pelo FGTS eram geridos pelo BNH, que os usava para financiar e refinanciar a elaboração e execução de conjuntos habitacionais diretamente ou indiretamente, através de refinanciamentos às SCI's. Estas últimas, além dos recursos do BNH, podiam captar junto ao público através de dois instrumentos: a caderneta de poupança e as letras hipotecárias. Dessa forma era oferecida aos mutuários a possibilidade de adquirir imóveis a prazo, os quais, por sua vez, eram repassados pelo construtor às SCI's, como garantias aos empréstimos fornecidos.

Juntamente com a lei que instituiu o SFH, foi, também, instituída a correção monetária, que permitiu o reajuste das prestações de amortizações e juros com a correção do valor monetário da dívida, sendo tal indexador calculado mensalmente pelo governo. A correção monetária foi um instrumento essencial para a solvência do sistema em situações de elevação de taxas de inflação. Além de corrigir o valor da dívida do mutuário, era aplicada nos depósitos de cadernetas de poupança, das letras hipotecárias e do FGTS.

Destarte, tanto as condições favoráveis referentes à atratividade das aplicações, derivadas dos fatores segurança e rentabilidade atribuída aos depósitos em cadernetas de poupança e letras imobiliárias, quanto às condições favoráveis de lucratividade das SCI's, uma vez que as taxas cobradas dos mutuários eram superiores àquelas pactuadas com o BNH, fizeram com que houvesse grande oferta de recursos no estágio posterior à adoção do SFH. Tal fato permitiu uma grande alavancagem do setor de construção civil, destinado a produzir habitações em nível coerente com déficit de moradias no país.

Porém, o ponto que se mostrou fatal ao SFH, com a elevação posterior da inflação, foi o desequilíbrio gerado pelos critérios de reajuste das prestações e do principal da dívida.

Inicialmente, todos os valores eram reajustados conforme variação do salário mínimo. Entretanto, verificada a inconveniência macroeconômica desse indexador, em 1965 foi determinada a Unidade Padrão de Capital (UPC) como novo indexador do principal da dívida do mutuário, a qual seguia os mesmos índices de variação das obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN's). Como as prestações continuavam sendo reajustadas conforme a variação do salário mínimo criou-se um deslocamento entre essas duas variáveis, gerando saldo residual para o mutuário.

Já em 1967, a legislação previa que, na existência de saldo residual ao final do prazo contratual, o mutuário teria um prazo adicional equivalente à metade do prazo original para quitar o débito.

Tal fator, além de criar intenso mal-estar entre os mutuários, jamais assegurou a quitação total do imóvel, e apresentava riscos à entidade financiadora, que assistia passivamente ao aumento do principal da dívida sem que as prestações fossem necessariamente reajustadas.

Visando a reduzir tais incertezas, o BNH institui, em 1967, um novo plano de reajustamento: as prestações seriam corrigidas anualmente conforme a variação do salário mínimo, e foi criado o FCVS – Fundo de Compensação de Variações Salariais, que garantiria, tanto aos mutuários como às SCI's, a quitação total do financiamento ao fim do contrato. Após o aporte inicial do BNH, os recursos direcionados ao fundo proviriam de contribuições feitas pelos mutuários que optassem pela cobertura do FCVS.

Porém, devido à grande elevação inflacionária, principalmente a partir da década de 1980, verificou-se um deslocamento acentuado entre o valor principal e das prestações pagas, gerando, agora, enormes saldos residuais ao final do período de pagamentos.

Conforme pretendido, o FCVS arcou com o pagamento desses saldos, cujas obrigações rapidamente superaram o montante de contribuições dos mutuários. A combinação desses fatores resultou em uma dívida gigantesca, da ordem de 50 bilhões³⁰.

³⁰ Déficit habitacional no Brasil 2007. **Fundação João Pinheiro, centro de estatística e informações.** Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação. – Brasília, 2009. p.100.

Em muitos casos, as prestações dos financiamentos mais antigos cobriam não mais que 15% do valor dos juros devidos, gerando amortizações superavitárias que tornaram inconsistente a trajetória do principal da dívida.

A extinção do BNH em 1986 e a constante transferência do FCVS – inicialmente ao Banco do Brasil, depois para o Ministério da Habitação, e assim sucessivamente até chegar às mãos da Caixa Econômica Federal – deterioraram ainda mais a situação do fundo pela falta de normas e de estrutura de seus novos gestores, de tal forma que as inconsistências, ou melhor, “o rombo” acabou sendo absorvido pelo Tesouro Nacional.

Em suma, ao todo, o SFH financiou a aquisição de 6,8 milhões de unidades residenciais nos seus 37 anos de financiamento, entre 1964 e 2000, sendo que a maior parte destas correspondeu à construção de novas moradias. Inicialmente, observou-se crescimento quase contínuo no número de unidades financiadas, atingindo o auge de 627 mil em 1980. Porém, com a degradação do sistema, conforme visto alhures, houve uma redução enorme no montante financiado, atingindo uma média inferior a 150 mil unidades ao ano entre 1983 e 1967³¹.

Assim, os recursos do SFH, que eram responsáveis pela produção de cerca de 38% das unidades entre 1973 e 1980, tiveram sua participação reduzida para níveis em torno de 20% de 1981 até 1994.³²

A estabilidade monetária vivida a partir da implantação do Plano Real, em julho de 1994, abriu novas perspectivas otimista de um reaquecimento do setor imobiliário. Contudo, as expectativas ainda não foram confirmadas no período recente, durante o qual, mesmo tendo ocorrido um aumento no número médio de unidades financiadas pelo SFH, para 175 mil entre 1997 a 2000, não foi verificada redução do déficit habitacional.

A combinação de altos índices de inadimplência dos mutuários com o custo de oportunidade exorbitante, medido pelas maiores taxas de juros reais do mundo oferecidas pelos títulos públicos durante todo o Plano Real e durante os Governos do Partido dos Trabalhadores, fez e faz com que as instituições financeiras privadas desconsiderassem a atividade de concessão de crédito de longo prazo para a aquisição de habitação no Brasil.

³¹Op.cit. nota 27.p.102

³²Op.cit. nota 27.p.103

A ausência de crédito habitacional, notadamente pela situação acima apontada, levou um aumento de financiamento imobiliário provindo de incorporadores e, conseqüentemente, forçou a criação de um novo sistema fomentador da habitação, o SFI.

2.1.1 Contexto histórico do Sistema Financeiro de Habitação

Através da edição da Lei 4.380 de 21 de agosto de 1964, ainda sobre fortes ares da ditadura, foi criado o Sistema Financeiro da Habitação, tendo por objetivo maior a redução do déficit habitacional do País, viabilizando a aquisição de imóveis com financiamentos de longo prazo, especialmente pelas classes de menor renda da população.

A alternativa natural de obtenção de um financiamento para a aquisição da casa própria era, antes do advento da mencionada Lei, extremamente dificultada pela falta de segurança da operação, em razão da inexistência de regras claras e duradouras que pudessem atrair o investidor, detentor do dinheiro necessário para lastrear os empréstimos habitacionais e, sobretudo, pela constância de um regime inflacionário que impactava na rápida deterioração do capital mutuado, que retornaria em delongados períodos de amortização, sem qualquer instrumento legal de recomposição monetária do capital originalmente emprestado.

Assim, tal como atualmente, o modelo de Financiamento Habitacional de outrora surgira em meio a muitas plumas e expectativas da sociedade.

Sob a égide do Sistema inaugurado nos idos de 1964, com vistas a proporcionar estabilidade e consistência a tal modelo de financiamento imobiliário, idealizou-se a previsão de aplicação da correção monetária nos contratos habitacionais, o que já proporcionaria o aumento natural do interesse de realização de investimentos consistentes na aplicação de dinheiro em empréstimos para a construção e aquisição de imóveis habitacionais.

E o governo militar foi além: criou um banco de fomento para estimular a construção de imóveis - o BNH, bem como o Sistema Financeiro de Habitação - SFH, e o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE.

Paralelamente, estimulou-se, assim, a formação de poupança pública e privada, com a aplicação do mesmo mecanismo da correção monetária sobre os saldos dos depósitos dos poupadores.

A fonte de lastro da remuneração e da aplicação da correção monetária sobre tais depósitos seria, justamente, a contrapartida oportunizada com a criação do SFH, que passaria a utilizar-se dos recursos do SBPE nos financiamentos habitacionais.

Nesse cenário, os valores pagos pelos mutuários, a título de correção monetária e juros, é que garantiriam a remuneração das cadernetas de poupança pelos mesmos índices de correção monetária e juros remuneratórios de 0,5% ao mês.

Estava aí arquitetada uma “engenharia financeira” que, efetivamente, foi coroada de êxito tanto na formação, captação e aplicação de poupança, como também no estímulo à construção civil, na edificação de milhares de novas moradias, no correspondente barateamento do custo da casa própria e na facilitação do acesso à mesma - seja pelo custo menor do imóvel, como, também, pela possibilidade de obtenção do financiamento com juros bastante módicos (da ordem de 1% ao mês ou menos) e prazos bastante longos (20 anos em média).

Como dito alhures, para que houvesse equilíbrio entre os recursos captados e aqueles aplicados no SFH, foram introduzidos à correção monetária nos financiamentos, criando-se a Unidade Padrão de Capital (UPC). Porém, o sistema já nascia com um descompasso entre a periodicidade de correção do saldo devedor e o reajuste das prestações, que somente ocorria sessenta dias após a data de vigência da alteração do salário mínimo. Esse descasamento gerava saldo devedor residual no final do contrato, pois o valor das prestações, ao longo do prazo de financiamento, tornava-se insuficientes para uma amortização real e positiva.

De se dizer, por oportuno, que para evitar o caos dos grandes resíduos de contrato, através de intervenção do Governo, fora criado o FCVS – Fundo de Compensação das Variações Salariais, o PES – Plano de Equivalência.

Apesar disso, o resultado da referida engenharia já sabemos. Os expurgos inflacionários, a criação do FCVS – Fundo de Compensação das Variações Salariais, PES, UPC não foram eficientes ao ponto de evitar “fundo do poço”, chegando tal Sistema a acumular um déficit de aproximadamente 75 bilhões de reais.

2.1.2 Princípios constitucionais aplicáveis ao SFH

Inicialmente, sabe-se que não deve ser considerado lícito o contrato e financiamento habitacional firmado com fins antissociais e que ofendam os direitos e interesses garantidos pela Constituição Federal, devendo, no caso de ofensa aos direitos e interesses protegidos pela Carta Magna, tal contrato ser considerado ilícito, pois o mesmo não será admitido sem sua concepção social constitucional.

Passo a análise dos princípios que regem o Sistema Financeiro Habitacional, iniciando por aqueles inseridos na Carta Magna de 1988, onde, já em seu preâmbulo, encontra-se a instituição do Estado Democrático, cuja finalidade é assegurar os direitos sociais e individuais, com desenvolvimento, igualdade e justiça.

Os fundamentos da República, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa estão inseridos no artigo 1º.

O artigo 3º, que tem por fim construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, bem como a promoção do bem de todos.

A Constituição assegura também, a todos, em seu artigo 5º, direitos e garantias individuais, entre os quais a segurança, que constitui princípio sobre o qual a Constituição embasa a proibição de a lei prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Os direitos sociais, dentre eles, o direito à moradia, encontram-se previstos no artigo 6º.⁸ O artigo 182 prevê a política do desenvolvimento urbano, garantindo o bem estar dos habitantes, tarefa a ser executada pela edilidade, de acordo com o plano diretor e onde a propriedade cumprir a sua função social quando atende às exigências daquele. No artigo 183 é possibilitada o usucapião de área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, com utilização para moradia, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano e rural.

Verifica-se, no artigo 192, que o Sistema Financeiro Nacional deverá estruturar-se a fim de promover o desenvolvimento equilibrado do País. Neste prisma, impende registrar o prestígio do desenvolvimento sustentável, no âmbito nos

⁸TESSLER, Marga Inge Barth. Direito à Moradia. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre, a.11, n. 38, p. 143-154. 2000.

⁹. LABARRÈRE, Maria de Fátima Freitas. Evolução dos sistemas de reajuste das prestações dos mútuos habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. a. 11, n.38, p. 177-194. 2000.

direitos sociais e humanos, princípio reconhecido pelo Eco 92, que se aplica aos direitos sociais e econômicos. O desenvolvimento sustentável impõe mudança de paradigmas. O direito à moradia está atrelado à sustentabilidade política que lança raízes no conceito de “bem comum”. Segundo Denis Goulet,¹⁰ “todos devem acreditar que o sistema político no qual vive algum bem comum e não só interesses da classe dominante”, Desta feita, as políticas públicas que objetivam oferecer moradia são ações de sustentabilidade política.

2.1.2.1 Princípios de extração jurisprudencial

2.1.2.1.1 Princípio da obrigatoriedade da correção monetária no SFH, natureza social do contrato e regras de ordem pública

Dos princípios extraídos a partir de interpretações jurisprudenciais sobre o SFH, tem-se a Representação nº 1.2883/DF (DJ de 07/11/1986. Tribunal Pleno, Relator Ministro Rafael Mayer), que interpretou corretamente o critério legal de reajustamento das prestações na aquisição da casa própria, no Sistema Financeiro Habitacional, examinando o artigo 5º e parágrafos da Lei nº 4.380/1964, artigo 30 da Lei nº 4.864/1965, com a redação que lhe deu a Lei nº 5.049/1966 e o artigo 1º do Decreto-Lei nº 19/1966. Restou estabelecido que os contratos da espécie tenham natureza social e as regras regedoras são de ordem pública e que o Decreto-Lei nº 19/1966 instituiu novo e completo critério de reajustamento das prestações da casa própria, obrigatório em todas as operações do SFH. O Supremo Tribunal Federal estabeleceu que haverá correção monetária nos contratos imobiliários, vinculados ao SFH, sendo esta a cláusula protetiva do sistema.

2.1.2.1.2 Princípio da obrigatoriedade dos contratos

¹⁰GOULET, Denis. Desenvolvimento Autêntico: Fazendo-o Sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.), *Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas*. São Paulo: Cortez, 1997.

Sabe-se que, desde a origem do SFH, essa espécie de contrato de financiamento habitacional observa “cláusulas-padrão”, estando sujeito a critérios pré-definidos pela legislação, não havendo como deixar de atender ao que a lei determinou a cada espaço de tempo e, pois, ao que estava em vigor à época de assinatura do contrato. Trata-se de contrato de longa duração e está sujeito à observância de vários princípios jurídicos, como, por exemplo, o do direito adquirido, o da proteção, o da boa-fé, entre tantos outros. Oportuno o seguinte julgado:

Apelação Cível. Embargos à Execução e Ação de Consignação em Pagamento - Contrato de Financiamento Habitacional (sfh) .(...) . 1. O princípio da boa-fé objetiva configura-se como uma das principais ferramentas a concretizar a função social do contrato. E, deste modo, emergem valores que devem orientar a interpretação contratual - no caso, do mútuo que objetiva a aquisição da casa própria, perfazendo-se o direito à moradia, garantido pelo artigo 6º da Constituição Federal. 2. Os dispositivos legais do estatuto consumerista, bem como os princípios constitucionais que regem o Sistema Financeiro da Habitação se presentificam para justificar a revisão do contrato. ³³

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir acerca da constitucionalidade da Taxa Referencial – TR, quando do julgamento da ADIN nº 493-0/DF¹³, assentou que o citado índice de referência não foi suprimido do ordenamento jurídico. A Suprema Corte decidiu que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei 8.177, de 01.03.9. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (CF, art. 5., XXXVI). O STF se manifestou, então, novamente pela manutenção dos pactos – pretendia-se aplicar a TR para corrigir a prestação – e prestigiou a forma de correção estipulada no contrato. Pode ser aplicada a TR aos contratos posteriores, se prevista como a fórmula de correção, ou nas correções atreladas à poupança. Reafirma-se, desta feita, o princípio do *pacta sunt servanda* pelo Supremo. Nas hipóteses de controvérsia quanto à aplicabilidade ou não da TR, necessário se faz verificar a data do contrato e, conforme o caso, o que efetivamente foi contratado.

³³Acórdão nº:1045. Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível. Comarca: Curitiba. Processo: 0284972-5. Relatora: Rosana Amara Girardi Fachin. Julgamento: 14/06/2005.

¹³ADIN Nº 493-0/DF, STF, Tribunal Pleno, relator Ministro Moreira Alves, julgado em 25.06.1992, DJU de 04.09.1992, p. 14.089: “Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que atrelem o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por categoria profissional (PES/CP).

2.1.2.1.3 Princípios da orientação consumerista

É possível a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, buscando, principalmente, a harmonização dos princípios constitucionais que conferem ao cidadão o direito à moradia e determinam que o Estado promova a proteção ao consumidor, dentre outros direitos e garantias fundamentais inscritos na Carta Magna e que dela emanam. A finalidade da aplicação das regras do CDC aos contratos regidos pelo SFH é a de corrigir injustiças e desigualdades devido à delegação de uma tarefa de cunho eminentemente social à iniciativa privada.

Acerca da matéria, ainda quanto aos princípios regedores do SFH extraídos de interpretações jurisprudenciais, tem-se o terceiro julgado de lavra do Ministro José Delgado do Superior Tribunal de Justiça, qual seja o RE nº 85521/PR¹⁴, que em seu voto fez constar os “princípios e regras”, a saber:

a) o de que o contrato em relação à pessoa que o firmou, que dele não participou expressamente, é ato que não prejudica e nem o beneficia;

b) o de que as cláusulas contratuais têm eficácia relativa, por só atingirem as partes que afirmaram;

c) o de que a autonomia da vontade, até então celebrada como fator preponderante a refletir nos contratos, o máximo que cedeu foi para agasalhar limitações impostas pela ordem pública ou pelo dirigismo contratual mitigado;

d) o de que deve se aceitar o Estado intervir na limitação da autonomia da vontade, em razão da necessidade do contrato se constituir em instrumento capaz de produzir efeitos que sejam aceitos pela sociedade e que contribuam para fixar uma solidariedade mais intensa entre os homens, quando no trato dos seus negócios jurídicos;

e) o de que a limitação imposta à livre manifestação da vontade no contrato sacrifica a amplitude dos seus princípios básicos em favor das restrições que almejam fazê-lo mais justa e humana', in Sílvio Rodrigues, Curso de Direito Civil, pg. 24, 22^a. ed., Saraiva;

¹⁴Recurso Especial nº 85521/PR, julgado em 29.04.1996.

f) o de que o privilégio da autonomia privada está consubstanciada na igualdade entre as partes, pelo que, quando ela é violada, cabe ao Estado intervir para recompor o equilíbrio originário do ajuste;

g) o de que o concurso de vontades constitui-se em elemento fundamental para a sua validade e elaboração;

h) o de que a obrigação só cria estabilidade se existir livre manifestação da vontade das partes;

i) o de que as cláusulas contratuais têm força de lei entre as partes, desde que não violem regra ou princípio legal posto no ordenamento jurídico;

j) o de que a validade do contrato se apoia na convenção firmada pelas partes, na licitude do objeto perseguido, na certeza da coisa negociada, na capacidade das partes e na liberdade com que foi manifestado o consentimento;

l) o de que a nulidade dos contratos, por culto ao princípio da conservação, só deve ser decretada em situações onde vícios graves e nítidos estejam presentes e que contribuam para gerar fortes distorções na substância do acordado;

m) o de que as obrigações surgidas dos contratos só se aperfeiçoam se resultarem de lei ou de fatos por ela não proibidos, de modo explícito ou implícito;

n) por fim, o de que o direito contratual está fundado em três princípios nucleares, a saber: o da autonomia da vontade; o da supremacia da ordem pública; e o da obrigatoriedade do que foi ajustado, que só pode ser deixado sem cumprimento, se ocorrer caso fortuito ou força maior.”.

De extrair-se, do acima, princípios que se aproximam da legislação consumerista, quais sejam:

- a) a posição do mutuário com o aderente;
- b) a relatividade das cláusulas contratuais;
- c) a mitigação da autonomia da vontade;
- d) a justificação da intervenção estatal em razão da instrumentalidade de efeitos;
- e) a limitação da autonomia da vontade em prol de justiça e humanidade;
- f) o princípio da intervenção do Estado para recompor o equilíbrio originário;
- g) a importância do acordo de vontades;
- h) a estabilidade da obrigação se verifica pela manifestação da vontade;
- i) o contrato como lei entre as partes;
- j) apoio do contrato na manifestação da vontade;

- l) a nulidade do contrato cede face ao princípio da conservação;
- m) as obrigações resultam da lei ou de fatos não proibidos;
- n) os princípios nucleares da autonomia da vontade da supremacia da ordem pública e do *pacta sunt servanda*.

Observa-se, pelo julgado mencionado, a lembrança dos princípios e o propósito declarado de aplicá-los a fim de que se "sublime a finalidade social" do ajuste. São referidos, ainda, os ditames da transparência, isto é, informação clara e correta interpretação das cláusulas para garantir o direito de habitação, de que a política nacional de habitação é atividade vinculada à lei, da vulnerabilidade do mutuário, de que a proteção do mutuário é obrigação do Estado.

O Poder Judiciário estaria inserido nesta função, não devem prevalecer cláusulas incompatíveis com a boa-fé; de que o julgador nestas causas não está obrigado à legalidade estrita, que se há de fazer valer o princípio da proporcionalidade das obrigações no negócio firmado.

Em um breve comentário acerca do REsp nº 85521-PR, o mesmo julgou demanda envolvendo um mutuário e o agente financeiro Banco Bradesco S/A. A vulnerabilidade do mutuário e sua fragilidade financeira restou consignado na ementa, tendo-se estabelecido, ainda que "há de ser considerada sem eficácia e efetividade da cláusula contratual que implica em reajustes do saldo devedor e das prestações mensais pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se consequentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do Plano de Equivalência Salarial."

Conforme o relatório, o contrato teria sido firmado no ano de 1991 pelo PAM. No voto do relator consta que a moradia é um direito natural, de que a habitação configura fator preponderante de paz social. O artigo 9º, do Decreto-Lei nº 2.164/1984 (Plano PES/CP) foi o fundamento para afastar a possibilidade de estabelecimento de outro plano de reajuste. O acórdão menciona, ainda, a cláusula de proibição de retrocesso:

Os órgãos legislativos e os entes da administração do Estado têm a obrigação legal e constitucional de seguir, em matéria de habitação um único e válido caminho: aquele que desemboca no atendimento dos justos reclamos populares para uma morada de sua exclusiva propriedade. Assim, ao legislativo não é dado o poder de colocar-se em contraste com a Constituição, criando normas desfavorecedoras ao programa de democratização da casa própria. E, uma vez iniciada a proteção através dos diplomas legais já iniciados, toda legislação subsequente somente poderá

surgir em sentido ampliativo, já que o caminho inverso implica em efetiva desproteção familiar.

Em sua parte conclusiva, o acórdão determina que as prestações sejam calculadas em conformidade com o Plano PES, especificando que devam ser considerados os aumentos aplicados aos salários ou vencimentos da categoria dos recorrentes. O voto condutor não traz precedente, restando inovador por não admitir qualquer retrocesso na questão dos subsídios públicos para aquisição da casa própria, consignando que a garantia só estaria atendida com a possibilidade de aquisição de moradia exclusiva propriedade.

O RE nº 157841-SP¹⁵ repete os mesmos princípios ao julgar demanda envolvendo mutuário e o Banco Itaú S/A. Apesar de não haver esclarecimentos acerca da data do mútuo, o acórdão recorrido (TJ/SP) determinou que os reajustes das prestações permanecessem nos moldes do contratado, ou seja, vinculados à equivalência salarial, PES. Referido recurso foi improvido, tomando como parâmetro julgados outros do STJ, não havendo discussão acerca do saldo devedor nos contratos imobiliários financiados.

O julgado citado por último restou assim ementado:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALENCIA SALARIAL. VINCULAÇÃO AOS VENCIMENTOS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DO MUTUARIO. 1. INEXISTE NULIDADE DA SENTENÇA SE NA EPOCA OPORTUNA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - NÃO SE COGITOU DOS ERROS MATERIAIS ALEGADOS, OS QUAIS, NÃO OBSTANTE, FORAM DEVIDAMENTE SANADOS NA DECISÃO DE 2. GRAU. 2. AS PRIMEIRA E SEGUNDA TURMAS DESTA CORTE SUPERIOR JA CONSAGRARAM ENTENDIMENTO DE QUE A UNIÃO E PARTE PASSIVA ILEGITIMA "AD CAUSAM" PARA FIGURAR EM AÇÕES EM QUE SE DISCUTE O REAJUSTAMENTO DA CASA PROPRIA EM FACE DE INFRINGENCIA AO DECANTADO PLANO DE EQUIVALENCIA SALARIAL (PES). 3. NOS CONTRATOS REGIDOS PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO HA DE SE RECONHECER A SUA VINCULAÇÃO, DE MODO ESPECIAL, ALEM DOS GERAIS, AOS SEGUINTE PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS: A)- O DA TRANSPARENCIA, SEGUNDO O QUAL A INFORMAÇÃO CLARA E CORRETA E A LEALDADE SOBRE AS CLAUSULAS CONTRATUAIS AJUSTADAS, DEVE IMPERAR NA FORMAÇÃO DO NEGOCIO JURIDICO; B)- O DE QUE AS REGRAS IMPOSTAS PELO SFH PARA A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS, ALEM DE SEREM OBRIGATORIOS, DEVEM SER INTERPRETADAS COM O OBJETIVO EXPRESSO DE ATENDIMENTO AS NECESSIDADES DO MUTUARIO, GARANTINDO-LHE O SEU DIREITO DE HABITAÇÃO, SEM AFETAR A SUA SEGURANÇA JURIDICA, SAUDE E DIGNIDADE; C)- O DE QUE HA DE SER CONSIDERADA A VULNERABILIDADE DO MUTUARIO, NÃO SO DECORRENTE DA SUA

¹⁵Relator Ministro José Delgado, julgado em 12.03.1998.

FRAGILIDADE FINANCEIRA, MAS, TAMBEM, PELA ANSIA E NECESSIDADE DE ADQUIRIR A CASA PROPRIA E SE SUBMETER AO IMPERIO DA PARTE FINANCIADORA, ECONOMICA E FINANCEIRAMENTE MUITAS VEZES MAIS FORTE; D)- O DE QUE OS PRINCIPIOS DA BOA-FE E DA EQUIDADE DEVEM PREVALECER NA FORMAÇÃO DO CONTRATO. 4. HA DE SER CONSIDERADA SEM EFICACIA E EFETIVIDADE CLAUSULA CONTRATUAL QUE IMPLICA EM REAJUSTAR O SALDO DEVEDOR E AS PRESTAÇÕES MENSAS ASSUMIDAS PELO MUTUARIO, PELOS INDICES APLICADOS AS CADERNETAS DE POUPANÇA, ADOTANDO-SE, CONSEQUENTEMENTE, A IMPERATIVIDADE E OBRIGATORIEDADE DO PLANO DE EQUIVALENCIA SALARIAL, VINCULANDO-SE AOS VENCIMENTOS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DO MUTUARIO. 5. RECURSO IMPROVIDO.³⁴

Tem-se na decisão do STJ que “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no sentido de que na correção monetária de valores vinculados ao SFH, observa-se a equivalência salarial.”, verificando-se, assim, uma indexação pouco específica, deixando margem para interpretações outras sobre o tema, até porque se trata, tão somente, das questões com reajustes adotados com equivalência ao Plano PES/Pleno, tendo apenas estas vinculadas ao reajuste salarial.

Em outro julgado, a 1ª Turma daquele mesmo Órgão se deparando sobre matéria semelhante, porém em contrato tido como antigo, denota-se que quando da feitura do contrato, não fora estipulado correção tomando-se como parâmetro de coeficiente da TR ou poupança, mantendo-se, desta feita, a legalidade originária do que fora convencionado no instrumento legal entre as partes, mantendo-se o *pacto sunt servanda*, com reajuste na forma acertada, amparando-se no direito adquirido configurado na Carta da República, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, sendo este entendimento pacificado o STJ e TRFs, tendo como amparada decisão do STF, quando examinou a aplicação da TR em ADIN 493.

O acórdão é de 1999 e supõe-se ter havido um equívoco, pois, apesar da questão do saldo devedor não ter sido objeto do voto e da fundamentação, na ementa consta indexação acerca da matéria ao mencionar que “Não prevalece à cláusula contratual que estabelece a atualização do sado devedor pelo coeficiente de remuneração básica aplicável às contas vinculadas do FGTS.”.

³⁴REsp 157841/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/03/1998, DJ 27/04/1998, p. 107

De acordo com o relatório, no REsp nº 150.347/SE, discutia-se que “para o reajuste das prestações não foi utilizada a TR e que as razões da apelação da autora enfatizaram a inconstitucionalidade da TR, matéria diversa da inicial, que pretendida a aplicação da variação do valor de mercado do imóvel”. Alegava-se a aplicação da TR aos contratos firmados anteriormente a Lei nº 8.177/1991. Esta demanda, quando do seu julgamento em primeiro grau, restou improcedente, tendo o TRF da 5ª Região enfatizado o *pacto sunt servanda* e afastado, ante a sua inconstitucionalidade, a Lei nº 8.177/1991 (ADIN nº 493/1992), determinado a aplicação da PES/CP para o reajuste das prestações.

As alegações da CEF, no sentido de que o pedido inicial foi alterado e que a inconstitucionalidade diz respeito aos contratos anteriores à edição da Lei nº 8.177/1991, não foram acatadas, tendo o STJ mencionado que seriam cabíveis os embargos de declaração que não foram interpostos, assim, neste cerne, carecia de prequestionamento o apelo.

Quanto à aplicabilidade da TR, o STJ referiu que “esta Corte já decidiu que o saldo devedor do financiamento e as prestações devem ser atualizados de acordo com a equivalência salarial”, tendo em vista a declaração do STF acerca da inconstitucionalidade da TR como fator de correção monetária. Segue a ementa da REsp citado de nº 140.839-BA:

ADMINISTRATIVO - SFH - REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES E DO SALDO DEVEDOR - PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (PES) - INAPLICABILIDADE DA TR - ADIN 493-0/STF - VANTAGENS PESSOAIS INCORPORADAS DEFINITIVAMENTE AO SALÁRIO - INCLUSÃO NO CÁLCULO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA - RISTJ, ART. 255 E PARÁGRAFOS - SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES STJ.

- Nos contratos vinculados ao PES, o reajustamento das prestações deve obedecer à variação salarial dos mutuários, a fim de preservar a equação econômico-financeira do pactuado.

- As vantagens pessoais incorporadas, definitivamente, ao salário ou vencimento do mutuário, incluem-se na verificação da equivalência para fixação das parcelas.

- Declarada pelo STF a inconstitucionalidade da TR como fator de correção monetária (ADIN 493-0), o reajustamento do saldo devedor, a exemplo das prestações mensais, também deve obedecer ao Plano de Equivalência Salarial.³⁵

³⁵REsp 140839/BA, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/1999, DJ 21/02/2000, p. 112

2.1.2.2 Comentários acerca dos precedentes envolvendo a correção do saldo devedor e proibição de retrocesso social

Da análise dos precedentes se denota que a questão da dimensão, interpretação e aplicação dos princípios neles contidos não se encontra totalmente sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. No que concerne à cláusula de proteção ao SFH (correção monetária do saldo devedor), não há como afirmar a imperatividade da tese de vincular a correção do saldo devedor ao PES. Induvidoso que, nos contratos anteriores a 1991, a TR, é afastada quando outra modalidade tenha sido contratada.

Quanto à expressa proibição de retrocesso social, tal questão não foi reiterada em outros precedentes.

O REsp nº 229.463-BA, ao manter o acórdão do TRF da 1ª Região, o qual corrigia o saldo devedor para “não inviabilizar de uma vez por todas o SFH”, comungou com o princípio da sustentabilidade do SFH.

O princípio da socialidade, já consagrado pela Carta Magna de 1988 e também previsto no Código Civil, é de suma importância ao exigir uma mudança de paradigma, tratando-se de uma mudança comportamental em relação ao acesso aos fundos sociais e públicos, pois estes constituem patrimônio social e coletivo. Miguel Reale¹⁶, acerca do princípio da socialidade, defende a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda do valor fundante da pessoa humana.

2.1.2.3 Responsabilidade civil do agente financeiro por vícios construtivos em face do princípio da centralidade do caso e da necessária distinção entre o agente privado e o agente financeiro público

Quando se fala em dimensão da responsabilidade civil, necessário se faz trazer à tona precedente do STJ, quando do julgamento do REsp nº 51.169-RS, o qual contou com uma farta fundamentação. A demanda a que se refere o citado precedente tratava de mutuários que ingressaram com a ação em face da empresa

¹⁶REALE, Miguel. Visão geral do Projeto do Código Civil. RT. a. 87, v. 72, p. 22-30, jun. 1998.

privada de engenharia e seus diretores e, ainda, em face do agente financeiro privado.

O pleito dos mutuários era o de condenação aos reparos necessários, ajustando o loteamento aos termos do memorial descritivo, bem como a infraestrutura do loteamento. Em primeiro grau o pedido foi procedente, restando confirmado pelo TJ-RS. A fim de fracionar o negócio, separando os atos construtivos do financiamento para se eximir daqueles, o agente financeiro interpôs Recurso Especial. Segue a ementa do julgado em questão:

CIVIL. RESPONSABILIDADE DO AGENTE FINANCEIRO PELOS DEFEITOS DA OBRA FINANCIADA. A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança. Recurso especial conhecido, mas improvido.

Como se vê, restou decidido pela responsabilidade solidária do agente financeiro, esta com base no art. 896, do Código Civil, enfatizando a questão da “vontade das partes”, observando-se, no decorrer do voto, que o agente financiador controlava o financiamento desde o início, fiscalizando o curso da obra e cobrando comissão. A Resolução nº 31/68 BNH, que não obrigava o agente financeiro a fiscalizar a qualidade dos materiais, vigente à época, foi superada diante da Lei nº 4.380/64.

Apesar de o Ministro Relator entender que, em princípio, os elementos estruturais dos contratos permitam a sua decomposição, na hipótese em apreço, tal não seria possível, uma vez que as operações básicas de construção e do financiamento perderam a sua autonomia e se fundiram em um novo tipo, qual seja, “o negócio de aquisição da casa própria”. Da análise do contrato em questão, se concluiu que o mesmo se tratava de um contrato misto, único e inflacionável.

Impende registrar que antes de realizar as operações de empréstimo aos construtores, a CEF analisa o empreendimento sob o ponto de vista técnico, de modo que a viabilidade técnica da obra se trata de condição para que se realize o empréstimo.

Assim, se detectada qualquer deficiência técnica em determinado projeto, a CEF não libera o empréstimo para a construtora respectiva, o que permite concluir que a efetivação dos empréstimos pressupõe que as obras tenham boa qualidade técnica, previamente aferida pela CEF.

O voto condutor discorre, ainda, acerca do prazo previsto no artigo 1.245, do Código Civil, esclarecendo que se trata de garantia e não de prescrição.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito pediu vista, tão somente, para examinar a questão da responsabilidade civil do agente financeiro, acompanhando o voto do Relator para manter inalterado o acórdão recorrido. O Ministro Nilson Naves pediu vista, acompanhando o Ministro Ari Pargendler, também em face dos precedentes: REsp nº 21.786, de 03.08.1992, REsp nº 85.886, de 22.06.1998 e REsp nº 67.177/RS. Já o Ministro Eduardo Ribeiro (voto vencido) divergiu dos votos proferidos sob o argumento de que “A instituição financeira não assumiu responsabilidade, perante os promitentes compradores, em relação à boa execução da obra. As obrigações que tem de fiscalizar o seu andamento não trazem responsabilidade perante eles, porque se destinam simplesmente a verificar se é possível continuar a liberação das parcelas do empréstimo, tanto mais quanto esses empréstimos eram alocados por entes públicos.”

2.1.2.4 Comentários ao REsp nº 51.169-RS

A questão do ente público, hoje a CEF, deve ser vista de acordo com cada hipótese em separado, restando necessário distinguir se houve financiamento ao construtor ou se o financiamento se deu diretamente ao mutuário.

De outra banda, imperioso registrar que, o Supremo Tribunal Federal, a respeito da responsabilidade civil por atos omissivos dos agentes públicos, não aplica a teoria da responsabilidade objetiva ou do risco, e sim, a teoria subjetiva da falta de serviço, ou seja, exige a prova da culpa do ente fiscalizador, mas sempre invocando a questão do nexo causal.

Por fim, no que concerne à responsabilidade civil do agente financeiro, aplicando-se a tese vencedora no REsp nº 51.169, todas as demandas serão de competência da Justiça Federal.

Já quanto à responsabilidade civil do construtor e do agente financeiro, a questão deve ser resolvida de acordo com cada caso concreto, a depender da instrução do feito e do exame das provas.

2.2 Sistema de Financiamento Imobiliário

Com a sanção da Lei nº 9.514 pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, em 20 de novembro de 1997, um projeto que vinha sendo sugerido e desenvolvido pelo setor de crédito imobiliário, desde o início daquela década se tornou realidade. A criação do Sistema de Financiamento Imobiliário -SFI criou algumas condições básicas necessárias para que se iniciasse no Brasil uma nova e importante fase do financiamento imobiliário.

A análise da experiência de países com sistemas habitacionais desenvolvidos mostra que o crescimento do financiamento habitacional está intimamente ligado à existência de garantias efetivas de retorno dos recursos aplicados, liberdade na contratação das operações e um mercado de crédito imobiliário capaz de captar recursos de longo prazo, principalmente junto aos grandes investidores.

Os principais novos conceitos instituídos pela Lei do SFI são a securitização de créditos imobiliários, a criação dos próprios Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI's) e das companhias securitizadoras de créditos imobiliários (CSCI's), a instituição do regime fiduciário sobre tais créditos imobiliários, da alienação fiduciária de bens imóveis e de garantias para as operações de financiamento imobiliário.

Securitização é uma palavra que foi adaptada do inglês securitization, derivada da denominação genérica dos valores mobiliários naquele idioma, *securities*. Desta forma, o termo securitização transmite a ideia de utilizar ou criar valores mobiliários, significando a transformação de um bem, direito de crédito ou expectativa de receita futura em valor mobiliário.

O termo é também usado para designar operação em que o valor mobiliário emitido esteja lastreado ou vinculado a um direito de crédito, ou simplesmente recebível. Portanto, securitizar é vender no mercado de capitais, valores mobiliários garantidos por um fluxo de caixa oriundo de contas a receber.

Na década de 1970, os profissionais do mercado financeiro internacional definiram securitização como a prática de estruturar e vender investimentos negociáveis, de forma que seja distribuído entre diversos investidores um risco que, normalmente, seria absorvido por um só credor, ou seja, foi o termo utilizado para

descrever o processo pelo qual empresas que usualmente tomavam empréstimos do sistema bancário passaram a levantar recursos no mercado de capitais por meio de emissões de valores mobiliários.

Essas empresas “securitizaram” suas dívidas, ou seja, seus passivos passaram a consistir de títulos distribuídos no mercado, e não mais somente de empréstimos e financiamentos.

A experiência internacional indicava a securitização como uma saída natural para o grave déficit habitacional em países como o Brasil, já que o volume de capitais do sistema financeiro não seria suficiente para prover o montante necessário de financiamento.

A criação do SFI foi um passo importante, para permitir o acesso ao mercado de capitais pelas construtoras, incorporadoras e instituições financeiras originadas de financiamento imobiliário.

Assim, a securitização imobiliária é um tema de interesse para empresas participantes das duas pontas do processo de intermediação: companhias que buscam financiamento para a construção e investidores do mercado de capitais.

Também é um tema importante para os intermediários como: agência de fomento, bancos de investimento, banco de desenvolvimento, caixas econômicas, companhias hipotecárias e sociedades de crédito imobiliário.

Nos termos do Art. 8º da lei do SFI, a securitização de crédito imobiliário é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, recebíveis, mediante um Termo de Securitização de Crédito lavrado por companhia securitizadora.

Já o CRI, valor imobiliário de emissão exclusiva das companhias securitizadoras, foi criado para a captação de recursos dos investidores institucionais, em prazos compatíveis com as características do financiamento imobiliário, abrindo, assim, perspectivas então inéditas para um mercado secundário de créditos imobiliários no Brasil.

O CRI é emitido a partir do termo de Securitização, que é o documento, com valor legal, onde são listados todos os créditos imobiliários que servem de lastro para a emissão de certificados. O Termo de Securitização é levado ao Registro de Imóvel para averbação.

O passo seguinte é o registro dos CRI's na Comissão de Valores Mobiliários, após atendimento das exigências previstas na Instrução CMV nº 414/04. Referida

instrução, é de se dizer, além de facilitar o procedimento de registro, trouxe maiores facilidades para a expansão do mercado secundário de CRI's, permitindo a emissão e distribuição de CRI's com valor nominal inferior a R\$ 300.000,00(Trezentos Mil Reais), e propiciando a inclusão dos pequenos investidores neste mercado secundário, batizados como CRI's de varejo.

As transações feitas com os CRI's, por sua vez, são necessariamente registradas em sistema centralizado de custódia e liquidação de títulos privados, o que propicia grande segurança e transparência para os investidores.

A legislação estabelece que as CSCI's, a exemplo das empresas similares que tanto sucesso alcançou nos EUA, são organizadas na forma de sociedades por ações de natureza não financeira, tendo por finalidade a aquisição e securitização de créditos imobiliários em geral e a colocação dos CRI's no mercado de capitais, podendo, ainda, emitir debêntures e outros títulos de crédito, com a finalidade de captar os recursos dos investidores institucionais.

Tais securitizadoras, que hoje já alcançaram a marca de 11 companhias privadas de capital aberto registradas na CMV, adquirem os créditos imobiliários junto às chamadas empresas originadoras, quais sejam, as instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no SFI, concedendo empréstimos e financiamentos para a aquisição ou a produção de imóveis.

É a seção VI da Lei do SFI, especificamente a partir de seu art.9º, que institui o regime fiduciário sobre os créditos imobiliários, com objetivo de conferir maior segurança aos investidores em CRI's. Ao emitir uma série de CRI's, a companhia securitizadora poderá, e pelo que demonstram as séries históricas em quase todas as emissões essas empresas o fazem, atribuir o caráter fiduciário à propriedade dos créditos imobiliários que lhe servirem de lastro.

Dessa forma, tais créditos serão excluídos do patrimônio da securitizadora, criando-se, assim, sociedades ou empreendimentos de propósito específico, com o objetivo exclusivo de garantir os direitos dos investidores. Nem mesmo a própria securitizadora poderá fazer o uso deles. Uma vez segregados do patrimônio comum de securitizadoras e integrados aos patrimônios separados, o que é realizado através do Termo de Securitização, os créditos imobiliários submetidos a tal regime fiduciário não estarão ao alcance de qualquer ação judicial por credores da companhia securitizadora. Ficam, dessa forma, os direitos dos investidores, titulares dos CRI's, imunes aos efeitos de uma eventual insolvência da securitizadora.

Muito importante, também, foi a extensão do instituto da alienação fiduciária de bens imóveis aos bens móveis, instituída pelo art. 22 da lei. Tal mecanismo, com efeito, veio a desvencilhar o maior problema do setor de crédito imobiliário que consiste na retomada dos imóveis em caso de inadimplência.

Por derradeiro, outra relevante providência da Lei do SFI são as garantias facultadas no art. 17 da Lei às operações de financiamento imobiliário. Dada necessidade de essencial dos negócios de renda fixa – que é a confiança no recebimento dos créditos por eles representados quando da compra do CRI's – o SFI seria inviável caso não houvesse garantias, ainda que parciais, do cumprimento do fluxo de caixa estipulado, no caso de inadimplência do mutuário.

A referida Lei, mesmo não obrigando a contratação de tais garantias, a faculta, o que é primordial ao funcionamento do sistema. As garantias aqui mencionadas tratam-se de hipoteca, cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, caução de direitos creditórios decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e a supramencionada alienação fiduciária de coisa imóvel.

Expostas as principais características inovadoras da Lei do SFI, podemos resumir aos passos fundamentais que estruturam a securitização de recebíveis imobiliários:

Securitização de recebíveis ocorre mediante a cessão, por parte de uma instituição financeira cedente de determinados créditos ou recebíveis imobiliários que aquela detém para com terceiros (devedores), oriundas de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil;

Tais créditos, obrigatoriamente, deverão ser cedidos a uma companhia securitizadora, que nada mais é que uma sociedade de propósito específica (SPE) que terá a função de converter os recebíveis em lastro para emissão posterior de valores mobiliários, os CRI's a serem ofertados aos investidores.

Uma vez adquiridos os CRI's pelos investidores, seus recursos serão disponibilizados à companhia securitizadora, recursos que serão repassados à instituição financeira cedente, com o intuito de liquidar a operação de cessão ocorrida na etapa anterior;

Liquidada a cessão dos recebíveis acima descritas, a companhia securitizadora (cessionária) passa a ser a legítima credora dos devidos pelos devedores ou mutuários, que pagarão diretamente à securitizadora, os valores das

prestações relativas aos empréstimos, financiamentos ou operações de arrendamento mercantil contratada anteriormente. Os montantes recebidos pela companhia securitizadora serão transferidos aos investidores, na proporção e prazo dos valores mobiliários por eles subscritos, os CRI's;

E, por fim, é através do ganho oriundo do deságio, obtido na operação de cessão dos recebíveis pela originadora, e de uma taxa de administração das operações que as companhias securitizadoras geram seus resultados.

2.3 Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV

É evidente a evolução governamental desde a época de FHC, quando se deu início ao projeto de habitação para a classe de baixa renda, culminando com uma política mais forte e acurada no governo Lula e sequenciado pela atual presidente Dilma, abrindo-se os cofres públicos com a injeção de vultosas somas de dinheiro seja da OGU, seja do FGTS, na busca de se vencer o déficit habitacional do país, sendo impossível deixar de reconhecer o apoio à moradia, principalmente após sua inserção como garantia fundamental, estando, no entanto, ainda muito longe de se alcançar o objetivo desejado, qual seja o vencimento de forma considerável do problema atacado.

Como já dito alhures neste trabalho, a forma utilizada pelo antigo sistema financeiro de habitação SFH, deixou uma dívida bastante considerável em relação aos contratos realizados e impossibilitados de serem cumprido, tendo em sua grande maioria o governo Federal, assumido a referida dívida em razão de sua responsabilidade quando da criação do FCVS, causando com certeza grandes prejuízos às contas publicas.

Um novo modelo fora criado para o cumprimento da obrigação constitucional quanto à efetivação da moradia, principalmente nas classes menos abastadas, dentre estes o programa de maior alcance social para conquista da casa própria é, sem dúvida, o PMCMV, que cria proporciona a produção, aquisição e reforma de unidades habitacionais para famílias com renda bruta mensal de até 10 (dez) salários mínimos, o qual foi instituído pela Lei Federal nº 11.977, de 07 de julho de 2009.

Tal programa busca atingir todas as classes sociais, utilizando-se, para tanto, de um percentual sobre o ganho real do adquirente, divisão esta feita dentro do salário que cada comprador recebe, dividindo-se, assim, em faixa de salário, qual seja, de acordo com as rendas familiares na seguinte ordem: até três salários mínimos (principal prioridade governamental); de três a seis salários mínimos de seis a dez salários mínimos, sendo impossível adentrar em análise acurada sobre o referido tema, em razão, primeiramente, do grande gargalho inserido na referida situação, quando a atualização salarial resta completamente desproporcional com a atualização do saldo devedor, denotando-se, de logo, uma proporcionalidade entre a equivalência salarial utilizada e atualização do saldo remanescente praticamente como uma ciranda de proporções aritmética do salário contra uma geométrica do saldo devedor, isto em uma primeira visão.

Em segundo plano, surge outro problema crucial no tangente à perda salarial, posto que, tendo sido tomado como base a equivalência, é evidente, que diminuído a renda salarial utilizada, impõe-se a revisão contratual, chegando-se ao ponto crítico como sendo a perda do trabalho, quando o comprador fica sem renda alguma.

Tais situações, evidentes, não podem ser isoladas de forma alguma, posto que, a inadimplência colocará por terra toda estrutura realizada, aliás, o que já ocorreu, sendo imperativo, conseguir a solução para a referida situação, até porque, é uma situação plenamente presumível de ocorrer.

Na nossa ótica, cremos que a solução para tal situação, é que podemos manter o atual sistema na forma existente, no entanto, resta imperativa a criação de uma garantia para os problemas que haverão de surgir e, portanto, impossível à compreensão de uma falta de visão para um acontecimento esperado.

Num primeiro plano, torna-se imperativo, que o comprador, dentro de sua faixa, obrigue-se a contratar junto ao próprio agente financeiro, um Seguro Habitação, para que possa garantir eventualidades possíveis de existir, sendo este seguro integrante do próprio agente financiador ou mesmo um seguro terceirizado, o qual, no caso de inadimplência arcará com o respectivo pagamento.

No tangente ao saldo remanescente, é imperioso que se formalize, dentro do sistema, uma atualização do saldo remanescente em percentuais equivalentes ao aumento do salário mínimo de forma proporcional, evidenciando-se que existirá uma diferença acentuada entre o primeiro com o segundo, necessitando-se de um fundo

que possa arcar com a respectiva diferença distorcida do contrato, fundo este advindo da captação de recursos sobre as grandes fortunas.

Como bem afirma Pietro Perlingieri:

[...] em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao plano de desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.

Ou seja, em uma nação que se impera a estrutura social constitucional, os mais abastados têm obrigação no auxílio dos mais necessitados.

Tal assertiva se torna clara, que, ou se adota uma forma de equivalência entre a atualização das parcelas e o saldo devedor do imóvel, sob pena de se tornar impagável a dívida remanescente, ademais, tal ônus não poderá ser jogado apenas nas mãos do Governo Federal, pelos motivos já apresentados, uma coalizão social fora imposta a República com a sua Carta Maior, quando enquadrou determinadas situações como garantia fundamental a exemplo da moradia.

Note-se que não se está proibindo ninguém de com seu trabalho e melhores oportunidades morar nos palácios desejados e legalmente construídos através dos seus esforços, porém, por ter de certa forma tida ou conquistada melhores condições têm, por imperativo de nossa Carta da República em partilhar de alguma forma para que seu semelhante não seja obrigado a viver em condições indignas, o sistema é social, todos merecendo dignidade a sua pessoa.

2.3.1 Precedente do PMCMV

Neste tópico, resta imperioso para o desenvolvimento do tema que antecede ao PMCMV, tomando como base estudos desenvolvidos pelo IBGE, que serviu de suporte para técnicos específicos da área, que se tomasse conhecimento da real situação negativa em relação ao déficit habitacional vivenciado pelo Brasil, tomando como parâmetro estudos que precedem o novo programa, ou seja, até o ano de 2007, quando então se adotou nova política habitacional no País, com vista a suprir extrema carência das famílias.

A fim de tratar do dilema habitacional enfrentado pelo Brasil, dando surgimento a um Programa específico de combate direto à falta de moradia, principalmente pela faixa mais baixa de habitantes, como dito alhures, o Governo social vem, desde FHC, tentando encontrar um caminho que possa suprir ou mesmo diminuir referida garantia fundamental, porém, entendendo necessário, o desenvolvimento do tema precedente ao cunho habitacional à falta de políticas neste norte, portanto, necessário se faz abordar o período antecessor ao da criação do PMCMV.

Até os idos de 2006, o estudo voltado para cálculo do déficit habitacional, tomava como parâmetro a inexistência de moradia por famílias carentes. No exercício seguinte buscou-se encontrar forma para suprir os motivos de convivência daquelas famílias, sem moradia, bem como a intenção de constituir um domicílio, conhecendo assim, a grande quantidade de famílias que se encontrava em tal situação de carência na habitação.

Com o estudo referido, conseguiu-se atestar uma certa evolução no déficit habitacional, partindo da metodologia que considerava o total das famílias conviventes, por situação do domicílio, segundo regiões metropolitanas (RMs):

Tabela 1: Evolução do déficit habitacional calculado pela metodologia que considerava o total das famílias conviventes, por situação do domicílio, segundo regiões metropolitanas (RMs) e demais áreas – Brasil – 1991/2000/2004-2007.

ESPECIFICAÇÃO		DÉFICIT HABITACIONAL COMPATIBILIZADO			PERCENTUAL EM RELAÇÃO AOS DOMICÍLIOS PARTICULARES PERMANENTES		
		<i>Total</i>	<i>Urbana</i>	<i>Rural</i>	<i>Total</i>	<i>Urbana</i>	<i>Rural</i>
Brasil							
	1991	5.374.380	3.743.594	1.630.786	15,4	13,8	21,5
	2000	7.222.645	5.469.851	1.752.794	16,1	14,6	23,7
	2004	7.804.619	6.340.292	1.464.327	15,1	14,5	18,4
	2005	7.902.699	6.414.143	1.488.556	14,9	14,3	18,2
	2006	7.934.719	6.543.469	1.391.250	14,5	14,1	16,8
	2007	7.287.551	5.989.236	1.298.315	12,9	12,5	15,3
Regiões Metropolitanas							
	1991	1.404.615	...	...	13,6	...	...
	2000	1.836.282	1.785.167	51.115	13,0	13,0	12,5
	2004	2.243.847	2.199.030	44.817	13,8	13,9	9,9
	2005	2.285.462	2.226.730	58.732	13,7	13,7	12,5
	2006	2.262.698	2.213.859	48.839	13,1	13,2	9,6
	2007	2.076.112	2.025.922	50.190	11,7	11,8	10,0
Demais Áreas							
	1991	3.969.765	...	...	16,1	...	...
	2000	5.386.363	3.684.684	1.701.679	17,6	15,6	24,3
	2004	5.560.772	4.141.262	1.419.510	15,7	14,8	18,9
	2005	5.617.237	4.187.413	1.429.824	15,4	14,6	18,5
	2006	5.672.021	4.329.610	1.342.411	15,2	14,6	17,3
	2007	5.211.439	3.963.314	1.248.125	13,5	12,9	15,6

Fonte: Dados básicos: IBGE, Pnad, 2007 – FJP, Déficit Habitacional no Brasil, 2006.

Vê-se na observação de Miranda³⁶, “o déficit habitacional brasileiro concentra-se nas regiões Sudeste e Nordeste. No entanto, as regiões Norte e Nordeste, em termos relativos, são as que apresentam habitações mais precárias”.

Resta, patente na Tabela 1, a observação de que o déficit aqui estudado, embora de forma pequena, mas, fora sempre crescente até o ano de 2006, porém, no exercício seguinte, de acordo com o estudo explanado, verificou-se uma pequena diferença a menor, ou seja, 647.168 domicílios a menos, pela simples conta de que em 2006 a evolução contra o déficit habitacional chegou ao patamar de 7.934.718 moradias, enquanto que em 2007 verifica-se um total de 7.287.551, restando configurado, inclusive, que a área rural fora quem sofreu maior déficit situação inversa das áreas urbanas, embora ambas demonstrem queda com relação ao nível pequeno, mas crescente até então.

De outra banda, importante levar em consideração, a queda apresentada por todas as regiões do Brasil, incluindo, aí, as Regiões Metropolitanas, traçando um estudo onde se verifica uma diminuição de forma geral do déficit habitacional, sendo de suma importância tal estudo, posto que, mostra a falta de domicílios por Unidade da Federação, tendo sido suporte para a área técnica realizar a partir deste estudo a construção do Programa Minha Casa minha Vida.

ESPECIFICAÇÃO	DÉFICIT HABITACIONAL COMPATIBILIZADO						Continua	
	2006			2007			% EM RELAÇÃO AO TOTAL DOS DOMICÍLIOS PARTICULARES PERMANENTES	
	Total	Urbana	Rural	Total	Urbana	Rural	2006	2007
Norte	831.703	619.072	212.631	750.750	574.226	176.524	22,0	19,2
Rondônia	71.977	51.929	20.048	61.910	48.747	13.163	16,5	13,7
Acre	28.933	22.446	6.487	28.706	23.414	5.292	17,8	17,1
Amazonas	199.555	160.147	39.408	162.066	133.325	28.741	24,4	20,6
Roraima	21.061	18.276	2.785	20.352	17.579	2.773	20,7	18,2
Pará	418.368	304.705	113.663	369.234	271.798	97.436	23,9	19,9
RM Belém	127.253	124.501	2.752	111.313	109.757	1.556	23,8	19,8
Amapá	20.054	18.863	1.191	33.440	31.841	1.599	14,0	22,2
Tocantins	71.755	42.706	29.049	75.042	47.522	27.520	19,8	19,8
Nordeste	2.684.536	1.837.712	846.824	2.500.999	1.725.200	775.799	19,5	17,5
Maranhão	543.117	274.930	268.187	530.199	292.670	237.529	36,5	33,9
Piauí	158.331	93.316	65.015	159.129	93.318	66.811	20,0	19,3
Ceará	414.155	316.406	97.749	376.347	276.181	100.166	19,0	16,7
RM Fortaleza	175.488	171.272	4.216	155.496	149.611	5.885	18,9	16,2
Rio Grande do Norte	135.119	97.647	37.472	140.096	100.310	39.786	16,2	16,7
Paraíba	170.358	131.320	39.038	155.265	121.340	33.925	17,3	15,5
Pernambuco	403.842	317.256	86.586	325.789	259.675	66.114	17,2	13,6
RM Recife	199.598	192.458	7.140	154.641	151.698	2.943	18,9	14,2
Alagoas	130.363	85.298	45.065	143.410	103.605	39.805	16,7	17,3
Sergipe	92.729	76.702	16.027	82.355	66.483	15.872	16,3	14,5
Bahia	636.522	444.837	191.685	588.408	412.617	175.791	16,7	14,9
RM Salvador	149.028	146.311	2.717	155.752	153.673	2.079	14,7	15,1

Sudeste	2.935.266	2.794.148	141.118	2.652.589	2.495.622	156.967	12,0	10,5
Minas Gerais	721.117	646.517	74.600	644.834	562.804	82.030	12,6	10,9
<i>RM Belo Horizonte</i>	<i>172.593</i>	<i>171.965</i>	<i>628</i>	<i>155.704</i>	<i>155.060</i>	<i>644</i>	<i>11,6</i>	<i>10,2</i>
Espírito Santo	126.821	113.254	13.297	122.769	108.773	13.996	12,0	11,4
Rio de Janeiro	608.833	596.207	12.626	544.066	534.371	9.695	11,8	10,4
<i>RM Rio de Janeiro</i>	<i>457.839</i>	<i>454.553</i>	<i>3.286</i>	<i>424.400</i>	<i>421.742</i>	<i>2.638</i>	<i>11,7</i>	<i>10,6</i>
São Paulo	1.478.495	1.437.900	40.595	1.340.921	1.289.674	51.247	11,7	10,4
<i>RM São Paulo</i>	<i>723.936</i>	<i>705.261</i>	<i>18.675</i>	<i>641.914</i>	<i>627.124</i>	<i>14.790</i>	<i>12,1</i>	<i>10,5</i>
Sul	942.668	809.128	133.540	874.644	742.889	131.755	11,0	9,9
Paraná	354.280	310.302	43.978	321.909	278.221	43.688	11,2	9,8
<i>RM Curitiba</i>	<i>115.330</i>	<i>110.730</i>	<i>4.600</i>	<i>115.458</i>	<i>104.467</i>	<i>10.991</i>	<i>11,7</i>	<i>11,2</i>
Santa Catarina	226.643	195.947	30.696	175.266	148.489	26.777	12,4	9,2
Rio Grande do Sul	361.745	302.879	58.866	377.468	316.179	61.289	10,2	10,3
<i>RM Porto Alegre</i>	<i>141.633</i>	<i>136.808</i>	<i>4.825</i>	<i>161.434</i>	<i>152.790</i>	<i>8.644</i>	<i>10,5</i>	<i>11,5</i>
Centro-Oeste	540.546	483.409	57.137	508.569	451.299	57.270	13,6	12,2
Mato Grosso do Sul	90.739	81.087	9.652	89.233	75.083	14.150	13,3	12,3
Mato Grosso	118.861	96.392	22.469	97.579	72.905	24.674	14,2	11,0
Goiás	202.275	183.265	19.010	201.231	186.136	15.095	11,6	11,1
DF	128.671	122.665	6.006	120.527	117.174	3.353	18,5	16,4
Brasil	7.934.719	6.543.469	1.391.250	7.287.551	5.989.236	1.298.315	14,5	12,9
Total das RMs	2.262.698	2.213.859	48.839	2.076.112	50.190	50.190	13,1	11,7

Fonte: Dados básicos: IBG), Pnad, 2007 – FJP, Déficit Habitacional no Brasil, 2006.

Notas: Déficit habitacional calculado pela metodologia que considerava o total das famílias conviventes, por situação do domicílio, segundo regiões metropolitanas (RMs) e demais áreas – Brasil – 2006-2007

Tabela 2 coloca a quantidade de domicílios faltantes por UF, e serve de base para a elaboração dos estudos técnicos realizados pelo governo federal para a construção do Programa Minha Casa Minha Vida.

2.3.1.2 Crescimento que integrará o déficit Habitacional

A evolução habitacional no Brasil caracterizada pela sua precariedade fora demonstrada por Unidade da Federação através de estudos realizados pelo IBGE, observando-se um ônus excessivo com aluguel e coabitação familiar entre 2000 e 2007. Assim, verificou-se uma grande precariedade nas habitações entre os anos de 2000 a 2007, de forma nacional, porém, não se verificou um padrão comportamental para as regiões, embora se verifique tal situação isoladamente em cada Unidade da Federação, ou seja, estados em uma mesma região apresentam situações diferentes, chegando-se à conclusão que o caráter precário tende a apresentar maior queda nas regiões Norte e Nordeste. Nesta especificidade não se encontra a região sul, a única que apresenta um quadro diferente das demais, uma vez que o número de habitações precárias aumentou entre os anos 2000 a 2007:

Tabela 3: Evolução da habitação precária e percentual em relação aos domicílios particulares permanentes no Brasil nos anos 2000 e 2005 a 2007.

Continua

ESPECIFICAÇÃO	HABITAÇÃO PRECÁRIA				PERCENTUAL EM RELAÇÃO AOS DOMICÍLIOS PARTICULARES PERMANENTES			
	2000	2005	2006	2007	2000	2005	2006	2007
Norte	390.216	267.070	225.179	196.746	13,9	7,2	6,0	5,0
Rondônia	15.467	28.598	31.082	13.103	4,5	6,6	7,1	2,9
Acre	6.949	7.556	2.057	3.655	5,4	4,6	1,3	2,2
Amazonas	58.786	84.117	40.034	37.521	10,3	10,2	4,9	4,8
Roraima	10.557	3.748	5.612	6.856	14,2	3,8	5,5	6,1
Pará	252.507	103.148	114.686	101.122	19,3	6,1	6,5	5,5
RM Belém	14.710	4.586	7.969	5.417	3,4	0,9	1,5	1,0
Amapá	3.240	2.345	2.629	5.748	3,3	1,7	1,8	3,8
Tocantins	42.710	37.558	29.079	28.741	15,2	10,6	8,0	7,6
Nordeste	1.304.166	825.946	858.100	800.224	11,4	6,2	6,2	5,6
Maranhão	460.300	287.374	350.148	306.370	37,3	19,9	23,5	19,6
Piauí	84.969	78.971	70.691	85.105	12,8	10,2	8,9	10,3
Ceará	217.039	126.959	110.582	110.581	12,3	6,0	5,1	4,9
RM Fortaleza	36.263	17.205	18.853	17.600	5,0	1,9	2,0	1,8
Rio Grande do Norte	33.393	17.583	20.451	26.478	5,0	2,2	2,5	3,1
Paraíba	45.124	20.821	23.961	24.281	5,3	2,2	2,4	2,4
Pernambuco	97.957	89.909	80.589	60.477	5,0	4,0	3,4	2,5
RM Recife	31.364	27.813	21.173	18.439	3,6	2,7	2,0	1,7
Alagoas	60.090	34.841	34.734	32.758	9,3	4,6	4,5	3,9
Sergipe	29.707	18.730	18.554	13.800	6,8	3,4	3,3	2,4
Bahia	275.587	150.758	148.390	140.373	8,7	4,1	3,9	3,5
RM Salvador	13.655	13.986	11.426	10.042	1,7	1,5	3,3	1,0

Sudeste	227.658	233.971	182.013	191.905	1,1	1,0	0,7	0,8
Minas Gerais	89.112	65.283	40.152	52.759	1,9	1,2	0,7	0,9
<i>RM Belo Horizonte</i>	<i>9.345</i>	<i>6.984</i>	<i>5.993</i>	<i>6.141</i>	<i>0,8</i>	<i>0,5</i>	<i>0,4</i>	<i>0,4</i>
Espírito Santo	19.399	10.980	16.728	14.045	2,3	1,1	1,6	1,3
Rio de Janeiro	33.065	27.222	29.507	28.958	0,8	0,6	0,6	0,6
<i>RM Rio de Janeiro</i>	<i>17.309</i>	<i>21.966</i>	<i>23.245</i>	<i>23.570</i>	<i>0,5</i>	<i>0,6</i>	<i>0,6</i>	<i>0,6</i>
São Paulo	86.082	130.486	95.626	96.144	0,8	1,1	0,8	0,7
<i>RM São Paulo</i>	<i>54.774</i>	<i>65.688</i>	<i>50.448</i>	<i>48.584</i>	<i>1,1</i>	<i>1,1</i>	<i>0,8</i>	<i>0,8</i>
Sul	86.386	143.292	155.428	181.222	1,2	1,7	1,8	2,0
Paraná	40.157	54.056	61.641	59.114	1,5	1,7	1,9	1,8
<i>RM Curitiba</i>	<i>14.403</i>	<i>17.417</i>	<i>13.896</i>	<i>14.019</i>	<i>1,9</i>	<i>1,8</i>	<i>1,4</i>	<i>1,4</i>
Santa Catarina	14.132	19.909	36.721	44.062	0,9	1,1	2,0	2,3
Rio Grande do Sul	32.097	69.327	57.066	78.045	1,1	2,0	1,6	2,1
<i>RM Porto Alegre</i>	<i>9.943</i>	<i>29.752</i>	<i>24.177</i>	<i>47.916</i>	<i>0,9</i>	<i>2,3</i>	<i>1,8</i>	<i>3,4</i>
Centro-Oeste	117.372	85.958	73.246	72.049	3,7	2,2	1,8	1,7
Mato Grosso do Sul	31.347	15.597	14.324	12.169	5,6	2,3	2,1	1,7
Mato Grosso	37.051	33.686	27.663	28.912	5,7	4,3	3,3	3,3
Goiás	30.820	24.648	22.238	23.574	2,2	1,5	1,3	1,3
DF	18.154	12.027	9.021	7.395	3,3	1,8	1,3	1,0
Brasil	2.125.798	1.556.237	1.493.966	1.442.146	4,7	2,9	2,7	2,6
Total das RMs	201.339	205.397	177.180	191.728	1,4	1,2	1,0	1,1

Fonte: IBGE, Pnad, 2007 – FJP, Déficit Habitacional no Brasil, 2006.

Notas: Evolução da habitação precária e percentual em relação aos domicílios particulares permanentes, segundo regiões geográficas, unidades da federação e regiões metropolitanas (RMs) – Brasil – 2000/2005-2007.

Observe que esta Tabela 3 chegou à conclusão do número total de habitação precária por UF, demonstrando a representação total dos domicílios através de percentuais.

A região Norte, produziu um percentual muito grande em relação à sua precariedade, vez que, do total de domicílio caiu de 13,9%, no ano de 2000, para 5%, em 2007, destacando-se negativamente a Região Sul, tida como a mais desenvolvida do país, seus números em relação ao domicílio precário cresceram de forma acentuada, tendo um percentual de 1,2% em 2000, para 2% em 2008, caracterizando-se um caminho inverso do restante da nação.

Outra preocupação contida nos estudos para a conclusão do mesmo atingiu-se também a questão dos aluguéis como ônus excessivo, denotando-se inexistir uma forma homogênea para sua classificação, posto que referido ônus varia de acordo com a região e suas respectivas situações, tanto que, ora apresenta queda para, na sequência, se verificar um aumento, embora, pela própria migração mais acentuada nas regiões Sul e Centro Oeste, estas mantiveram uma maior regularidade, perante a constância do problema.

Para se chegar ao cerne do assunto em uma esfera conclusiva, necessário também ser discutida a questão da coabitação, pois, em razão da carência, tanto de disponibilidade de moradia, bem como, o grande valor dispensado com o aluguel, muitas famílias se dividem em uma única habitação, passando a morar coletivamente em uma mesma moradia.

Após a realização encomendada pelo Governo Federal através do IBGE junto a Fundação José Pinheiro, o governo, por sua assessoria técnica voltada especificamente para o problema da moradia e dotado de todos os dados resumidos até o presente planejou para o setor habitacional brasileiro, visando diminuir o déficit habitacional, chegando-se ao atual Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV, tema que passaremos a abordar a partir de então, agora com dados advindo de 2007 em diante.

Além disso, com outro estudo encomendado pelo IBGE na forma já explanada com vista a detectar o cerne da questão habitacional em nosso país, a partir do ano de 2009, o Governo Federal tomou para si o problema, lançado naquele ano, precisamente em março objetivamente a intenção preliminar de se construir um milhão de moradias, isto, simplesmente, de imediato, atingiria 14% do déficit habitacional daquele instante, objetivo este que fora ampliado a partir de 2011 para três milhões de moradia, visando atingir tal objetivo ainda em 2012.

Tais imóveis têm por objetivo direto atingir os habitantes com rendas limitadas até dez salários mínimos, os quais, de acordo com sua faixa salarial, obterão benefícios oriundos do Governo Federal visando suprir tal deficiência, alocando os mesmos dentro de faixa etária que será objeto de estudo na sequência

O programa, quando do seu início na intenção de construir um milhão de moradias, seriam divididos de acordo com a renda salarial na seguinte ordem: 400 mil casas devem atender famílias com rendas salarial entre zero e três salários mínimos; 400 mil residências para os que tinham renda entre três e seis salários mínimos e 200 mil casas para os que se enquadrassem entre seis e dez salários, sendo distribuídas de acordo com o déficit habitacional por cada Unidade da Federação, ou seja, as mais deficientes em moradias, seriam contempladas com números de residências proporcional ao seu déficit.

Este talvez tenha sido a maneira mais coerente e justa de distribuir moradias de acordo com a carência de cada estado da Federação, ou seja, quanto maior a

população e conseqüentemente o déficit habitacional, este terá um atendimento de acordo com suas necessidades.

No intuito de realizar suas metas o Governo Federal destinou ao programa inicialmente contou com 34 bilhões de reais, valor este utilizado através da Caixa Econômica Federal, que ficou responsável pela gestão do programa, valor este distribuído de acordo com as necessidades de cada Região.

Como a grande maioria do sem moradia encontra-se dentro da faixa de zero a três salários mínimos, fora alocado valor significativo para atingir tal faixa, no importe de 16 bilhões como subsídio para construção de moradias nesta classe, restando uma explicação óbvia para distribuição de valor tão alto, posto que, nesta faixa encontra-se 91% do déficit habitacional aqui estudado.

As famílias que se encontravam nesta faixa, de imediato, ficaram dispensados do seguro habitacional, bem como das despesas com documentações cartorárias, além do mais, os juros foram subsidiados.

No tangente à iniciativa privada, as empresas encaminham projetos à CEF para validação, que podem contar com a parceria dos Estados e Municípios, através de doação de terrenos ou de implementação de infraestrutura.

Em sendo aprovado o projeto, a CEF o contrata, acompanha a execução da obra e libera recursos de acordo com o cronograma para, após a conclusão, entregar as unidades às famílias selecionadas, através da contratação do financiamento, ou seja, após a respectiva inscrição e devida seleção, a Caixa Econômica fica responsável pela análise técnica e seleção dos projetos apresentados, a qual, fica com o poder de, após a respectiva aprovação, definir prioridades de atendimento e contratação.

Observou-se neste Programa, um aumento significativo na aquisição de imóveis por parte de uma faixa etária mais jovem, principalmente com menos de 35 anos de idade, que buscam o financiamento habitacional, suprimindo uma lacuna intensa nesta área, denotando-se a sensibilidade com as famílias mais jovens, quando mais necessitam de incentivo na manutenção da família, pois, aproxima-se da formação familiar, possibilitando a fixação desta no local de sua origem e que escolheu para viver.

Note-se ainda que os financiamentos na faixa acima dos 35 anos permaneceram sem alteração, ou seja, verifica-se uma cadência constante e homogênea de forma a atender toda a sociedade que busca o programa.

Tal assertiva, não resta dúvida, se deu por conta da facilidade no acesso do crédito habitacional por parte dos agentes financeiros, os quais facilitaram para os jovens, pois este é justamente o plano do PAC para a questão habitacional.

Outra visão do Programa é justamente afastar o homem do aluguel, responsável por grande parte da renda familiar, sem um fim determinado com aumentos fora do comum, ficando demonstrado que, caso venha a procurar o programa, na maioria das vezes, arcará com prestações menores do que no aluguel, com a grande vantagem da garantia de sua moradia e de seus familiares, restando desta forma a verdade inexistir qualquer vantagem em pagar aluguel diante das facilidades existentes proporcionadas pelo governo.

2.3.1.3 Funcionamento do programa

Com dito alhures, no curso deste trabalho, o PMCMV – adotou critérios dentro da faixa etária salarial de cada célula familiar, de sorte que, o pagamento não venha a dificultar a sobrevivência da família, ofertando benefícios, seja no valor da prestação, regularização do imóvel, além de garantias outras como passaremos a discorrer de acordo com cada faixa atendida pelo programa, que é a que tem renda de até Três Salários Mínimos.

Houve uma preocupação em particular para esta faixa de interessados no Programa, principalmente por se encontrar um maior percentual de interessados, pois, em verdade, esta faixa de renda, até então fora muito esquecida por programas outros, tendo o PMCMV buscado conceder benefícios proporcionados para esta faixa de renda na forma seguinte:

a) As parcelas a ser paga pela família não poderá ultrapassar mais de 10% (dez por cento) da renda familiar durante o período de 10 (dez) anos, tendo como valor mínimo das parcelas, tanto para construção quanto para compra de casas novas será de R\$ 50,00 (cinquenta Reais).

b) Nestes casos, o adquirente será dispensado de pagar o seguro habitacional, acabando por gerar benefícios na parcela assumida;

c) Total isenção dos custos com cartório para registro do imóvel;

d) O imóvel poderá ser adquirido o imóvel independente de pagamento do valor inicial (entrada).

e) Caso assim deseje e possua FGTS, estes poderão ser utilizados como entrada ou na amortização do saldo devedor.

f) Caixa Econômica Federal é a única responsável pela análise dos projetos;

g) Em caso do imóvel vir a ser registrado em nome da mulher da família, o financiamento terá liberação habitacional com maior agilidade.

A segunda hipótese é a da renda Familiar de Três a Seis Salários Mínimos.

a) O financiamento poderá chegar até o valor de R\$ 130.000,00, sendo possível buscar recursos do FGTS.

b) Existirá para esta faixa de renda taxa de juros, porém de forma reduzida, ou seja, 5% a.a, para as famílias com rendas até 5 Salários Mínimos e de 6% a.a. Para quem estiver na faixa de 5 a 6 Salários Mínimos.

c) Será disponibilizado quando da feitura do contrato um fundo garantidor para cobrir eventuais problemas no pagamento das parcelas do financiamento habitacional, como perda de emprego por parte do titulas, o qual poderá chegar até 36 meses;

d) Haverá redução do seguro do financiamento

e) As custas e despesas cartorárias terão corte de 90% quando do registro do imóvel;

f) dentro desta faixa, as parcelas não poderão ultrapassar mais de 20% do orçamento mensal da família;

g) o Governo, a título de incentivo, concederá um benefício no pagamento da entrada do financiamento, podendo chegar até R\$ 17.000,00.

A terceira situação é a da renda Familiar de Seis até Dez Salários Mínimos.

a) As custas cartorárias para o registro do imóvel será de 80%;

b) Será disponibilizado, quando da feitura do contrato, um fundo garantidor para cobrir eventuais problemas no pagamento das parcelas do financiamento habitacional, como perda de emprego por parte do titulares. O período de inadimplência, neste caso será menor, podendo ficar entre 12 a 24 meses;

c) O comprador, usará recursos do FGTS, para pagamento de entrada do financiamento habitacional quando da feitura do contrato;

d) Haverá um barateamento do seguro habitacional.

Verifica-se que após estudos realizados, buscou-se absolver no programa as classes mais carentes em recursos e conseqüentemente mais afastada da casa própria, denotando-se que o PMCMV atua de maneira diferenciada para cada padrão de renda familiar, buscando recursos diferenciados, proporcionando benefícios segmentados.

É evidente, que será utilizado um grande volume de dinheiro para cumprimento do programa até aqui estudado, não se podendo deixar de lado a importância que o mesmo representa na atualidade, principalmente perante a visão social, que representa preenchendo uma lacuna em nosso meio e cumprindo a obrigação Constitucional do Direito Fundamental da Moradia, sendo, no entanto, impossível de se analisar, pelo menos grosso modo, como se dará a recuperação do crédito utilizado no caso de inadimplência total ante as eventualidades que são plenamente esperadas, posto que, a dinâmica da vida, obriga os altos e baixos dos rendimentos, com maior percentual para o segundo caso, às vezes de forma drástica com a perda do emprego e conseqüentemente sem renda definitiva.

Veja-se que na faixa de 3 a 6 SM e 6 a 10 SM, existe um seguro garantidor para tais eventualidades, porém referida garantia resta acertado por tempo determinado, muitas vezes o comprador chega a perder seu emprego, não conseguindo uma nova renda para dar continuidade ao pagamento do contrato, ademais, tal situação muitas vezes acontece justamente quando o cidadão encontra-se numa faixa de idade mais elevada. Portanto, com dificuldades maiores de entrar no mercado de trabalho.

Note-se que, com vistas à inadimplência temporária e determinada em contrato, se encontrou uma solução, porém a inadimplência total, também deve ser considerada, pois, plenamente previsível, principalmente perante o grande numero de habitações que se encontra dentro do programa.

Quando do Contrato, independente do seguro garantia já previsto e comentado para o PMCMV, existe também um seguro para liquidação do financiamento como sendo em razão da morte do comprador;

Em uma análise substancial para os financiamentos que não serão quitados pelos compradores, restam dois problemas de grande dificuldade a ser pesquisado para recuperação do dinheiro utilizado, principalmente daqueles que foram retirados do FGTS posto que este montante pertence aos empregados de modo geral,

obrigatoriamente retornável a sua origem, além do mais o contrato é personalizado entre o agente financeiro e o financiado.

O gargalo a ser vencido em primeiro lugar, prende-se a atualização do saldo devedor, posto que, de acordo com a equivalência salarial recepcionada para a feitura do contrato, o percentual sobre a prestação será totalmente desproporcional ao saldo devedor, portanto, a dívida se permanecer sendo corrigida com responsabilidade direta para o comprador, com certeza não se terá um fim, retornando ao problema já vivida em nosso País, quebrando o sistema em razão de tal atualização.

2.5 Contrato de financiamento de imóveis populares

Apesar de ser programa Macro, que envolve vultosos investimentos públicos e privados e tem como atores agentes públicos e privados e milhões de pessoas, o sistema financeiro de habitação é materializado num negócio jurídico que é um contrato celebrado por uma instituição financeira, contratante que vai cobrir os gastos da construção da habitação ou da compra do imóvel já existente, e entre os indivíduos que aderem ao programa em busca do sonho da casa própria.

Por essa rápida explanação, pode-se inferir que os negócios oriundos do sistema de financeira de habitação são contratos de empréstimos, pois o objeto principal é dar uma quantia em dinheiro, só que a verba fica presa ao investimento preconizado no pacto.

Assim, os contratos possuem natureza jurídica de mútuo, sendo regulados, além da legislação pertinente ao SFH, pelas normas que estão preconizadas entre os artigos 586 e 592³⁷ do Código Civil. Dessa maneira, o negócio do sistema

³⁷Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

Art. 588. O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores.

Art. 589. Cessa a disposição do artigo antecedente:

I - se a pessoa, de cuja autorização necessitava o mutuário para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente;

financeiro de habitação pode ser definido como o contrato de mútuo celebrado entre uma instituição financeira e um popular com vistas a se obter verbas necessárias para a aquisição ou construção de um bem imóvel que seja utilizado para fins residenciais e como moradia própria. Esse negócio é consensual, já que depende da convergência de vontades dos contratantes, e bilateral, tendo dois polos.

O primeiro é formado pelo agente mutuante, que é instituição financeira, seja pública ou privada, que recebe concessão da Caixa Econômica Federal para repassar as verbas necessárias para a aquisição da casa própria. O outro lado é formado pelos mutuários, indivíduos que recorrem ao sistema financeiro nacional para conseguirem as verbas necessárias para adquirirem seus imóveis. Desse ponto nasce a outra característica do contrato, que é a sinalagmática e a onerosidade.

O contrato de financiamento traz obrigações recíprocas para os dois lados. O mutuante deve repassar integralmente as verbas acordadas e o mutuário tem por obrigação pagar, ao longo do tempo e com base nos juros estabelecidos, o valor que pegou emprestado. Além disso, o mutuário também se obriga a investir o dinheiro na aquisição ou construção do imóvel. Caso haja desvio de destinação, o contrato poderá ser rescindido.

O contrato também não é aleatório. As obrigações assumidas por ambas as partes não estão ligadas aos riscos. Não há condicionantes ou termos. Cada uma deve cumprir com a sua parte assim que o negócio é assinado, independente de acontecimentos que possam acontecer. O banco deve repassar o dinheiro e o mutuário pagar o empréstimo e comprar o imóvel.

Por fim, diante da grandiosidade do sistema, em que milhões de pessoas são envolvidas, os negócios celebrados não são discutidos individualmente. Os bancos não sentam com cada cliente para estipular com o financiamento será formalizado.

II - se o menor, estando ausente essa pessoa, se viu obrigado a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais;

III - se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho. Mas, em tal caso, a execução do credor não lhes poderá ultrapassar as forças;

IV - se o empréstimo reverteu em benefício do menor;

V - se o menor obteve o empréstimo maliciosamente.

Art. 590. O mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica.

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Art. 592. Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será:

I - até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para semeadura;

II - de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro;

III - do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

Na verdade, pela informalidade, contratos padrões são criados, em que os mutuários apenas fazem assiná-los, sem discutir seus termos. O negócio acaba sendo de adesão, mudam-se apenas os valores do empréstimo e o imóvel que será adquirido. De resto, tudo permanece do mesmo jeito para todos os contratantes.

E em face dessa característica e apesar de ter suas bases fincadas no Código Civil, sendo negócio nominado, o contrato do sistema financeiro de habitação é qualificado como relação de consumo. Os seus contratantes se encaixam nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

A instituição financeira, por prestar um serviço, que é o repasse do crédito, se qualifica, de acordo com o artigo 3º³⁸ do CDC, como fornecedor, já que a atividade é habitual e rotineira, emanando, inclusive, da autorização concedida pela Caixa Econômica Federal, o que o torna um prestador de serviços.

Do outro lado, os mutuários são configurados como consumidores, eis que os valores percebidos com o negócio devem ser aplicados na compra de uma moradia, o que os torna destinatários finais do serviço prestado pelo banco.

O imóvel comprado deve ser utilizado como residência própria, como moradia, por isso os mutuários se enquadram como consumidores, já que não compram os imóveis para revender. Fazem uso próprio. Diante dessa característica, todas as normas protetivas se aplicam na relação formalizada pelo sistema financeiro de habitação.

Os mutuários, por serem vulneráveis e se configurarem como a parte mais fraca da relação, são favorecidos com as normas do CDC, em que são aplicados institutos como a inversão do ônus probatório, a responsabilidade civil objetiva por vícios e defeitos, a interpretação mais favorável dos termos contratuais e a declaração de nulidade das cláusulas contratuais.

Assim, de forma resumida, pode-se observar que o contrato do sistema financeira de habitação é nominado, sendo um mútuo, em que pode ser caracterizado por ser bilateral, oneroso, consensual, sinalagmática, não aleatório e de consumo.

³⁸ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

CAPÍTULO III – MORADIA COMO DIREITO SOCIAL

3.1Direito social: conceito e características

Para José Afonso da Silva, os direitos sociais são “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar igualização de situações sociais desiguais³⁹”. Arrematando, o ilustre constitucionalista diz que:

[...] tais direitos se ligam ao princípio da igualdade, e que valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que cria condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade.⁴

Somente consideram-se direitos fundamentais aqueles que são garantidos por normas constitucionais. Há uma série deles no corpo da Constituição brasileira de 1988. Contudo, ela não os esgota, tendo em vista que há uma série de outros direitos fundamentais não elencados que são inatos à pessoa humana.

Sob a ótica do sempre oportuno Prof. Paulo Bonavides⁴⁰, os direitos sociais inicialmente tiveram um período de baixa normatividade ou eficácia duvidosa, em razão de exigir prestações positivas do Estado, às quais nem sempre podiam ser concretizadas, tendo em vista a limitação dos meios e recursos.

Quando surgiram no início do século XX, foram classificados como normas programáticas. Todavia, isso está mudando, e alguns autores, como o próprio ilustre Constitucionalista Cearense, considera que, no Brasil, aos poucos está sendo reconhecida a eficácia imediata dos direitos fundamentais. Assim, entende o referido autor que tais direitos são tão justificáveis quanto os direitos de liberdade, ou de primeira geração.

Jorg Neumer assinala que “os direitos humanos sociais são mandamentos de otimização no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Na qualidade de direitos carecedores de ponderações, eles são suscetíveis de diversas restrições.”⁴¹

Nessa trilha, o autor⁴² elenca os diversos limites oponíveis aos direitos sociais, quais sejam: Jurídicos (os direitos liberais, o princípio da subsidiariedade e o

³⁹SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.286.

⁴⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 565.

⁴¹NEUNER, Jorg. Direitos Humanos Sociais. In: **Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005** Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlete. – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. v.1, p. 158.

princípio da separação dos poderes), fáticos (recursos e condições econômicas básicas) e metodológicos (necessidade de especificação e necessidade de implementação).

Ponto pacífico entre os doutrinadores de escol, entretanto, é o fato de os direitos sociais serem direitos a ações positivas, causando sua implementação alteração causais de situações ou processos na realidade.

Noberto Bobbio⁴³, discorrendo sobre o assunto, acrescenta que a proteção dos direitos sociais requer uma intervenção estatal, diferentemente dos direitos de liberdade, e uma nova forma de Estado, onde haja uma organização dos serviços públicos, ou seja, o denominado Estado Social. Aduz que os direitos sociais necessitam de uma ampliação dos poderes estatais pra serem realizados, tendo em vista que demandam uma estruturação do estado para sua prestação, bem como um aporte de recursos.

A efetividade dos direitos sociais, ou a sua ineficácia, pode ser explicada pela Teoria Crítica, segundo a qual a previsão no ordenamento jurídica não a garante no plano concreto. Outro fator é que, sendo os direitos produtos culturais, cuja origem é as lutas sociais na busca de bens, materiais, são instrumentos para atingir esses objetivos, não se bastando para isso.

Os direitos sociais, em especial o direito à moradia, têm sua previsão formal no texto constitucional, o que produz efeito vinculante para os Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário.

Como se vê, a doutrina oscila em defender os direitos sociais que são veiculados em normas programas ou normas de aplicação imediata. Entretanto, o ponto pacífico está em que tal modalidade de direito para ter efetividade depende de intervenção do Estado. Com efeito, somente com Estado estruturado e com aporte de recursos se atingirá a máxima efetividade.

Outra característica dos direitos sociais é a sua irreversibilidade, ou seja, a eles são aplicáveis os princípios da segurança jurídica e da proibição de retrocesso, os quais estão interligados. Nas palavras de Ingo Wolfgang⁴⁴, há duas formas de observá-la. Em sentido amplo, em razão de alguns direitos sociais estarem intimamente ligados aos direitos à vida e à dignidade humana e assim não poderem

⁴²NEUNER, Jorg, ob.cit., p.159.

⁴³BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 86-87.

⁴⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª Ed. Porto Alegre: Editora do Advogado. 2005. p.50.

ser excluídos do texto constitucional. Em sentido estrito, por ser proibido o retrocesso pela edição de normas infraconstitucionais que tolham esses direitos, o que iria de encontro aos princípios da constituição social.

Para Jorg Neuner, “a dignidade humana constitui o fundamento para a legitimação dos direitos humanos sociais” ⁴⁵. Entre os aspectos finalísticos, ressalta as funções de assegurar a liberdade, a democracia e a paz; proporcionar tratamento igualitário e proteger a dignidade humana. Refere que os direitos sociais consistem na proteção em caso da incapacidade de responsabilizar-se, diferentemente dos direitos liberais, que protegem os seres humanos diante de intervenções externas.

3.2 Princípio da reserva do possível

Questão relevante a ser abordada em relação às cláusulas restritivas dos direitos sociais diz respeito à reserva do possível. Essa cláusula determina que os direitos sociais, em linhas gerais, requerem a ponderação com outros direitos fundamentais. Ou seja, é a colisão dos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes com os direitos de terceiros. Assim, o direito social será concedido ao indivíduo se a colisão com os outros não for importante a ponto de justificar a restrição ao seu direito fundamental.

Segundo Paulo Gilberto Cogo Leiva, “cláusula da reserva do possível, como cláusula restritiva ao direito *prima facie*, não significa a ineficácia ou não aplicabilidade imediata do direito. Ela expressa simplesmente a necessidade da ponderação entre princípios” ⁴⁶.

Há basicamente duas dificuldades para a concretização desses direitos: a diversidade de meios possíveis para a sua realização e os meios financeiros para esse fim, observando-se a política orçamentária e a determinação de prioridades.

Relacionada com a reserva do possível está à competência orçamentária do legislador, tendo em vista que os direitos sociais requerem recursos financeiros para serem concretizados. Deste modo, ela deve ser considerada quando analisados os direitos a prestações fáticas positivas.

⁴⁵NEUNER, Jorg. op.cit., p.98.

⁴⁶Apud NEUNER, Jorg. op.cit., p.99.

Este é o principal fator a restringir os direitos sociais e o motivo pelo qual frequentemente se impossibilita o seu reconhecimento. Esta competência deverá ser ponderada com os direitos sociais, pois nenhum deles constitui-se em algo absoluto. Assinale-se que não somente os direitos sociais em sentido material requerem disponibilidade orçamentária, mas também direitos de defesa, como direitos de proteção, também exigem aporte financeiro.

Arrematando, assevera o Paulo Gilberto Cogo:

[...] atuando a reserva financeira do possível e a competência orçamentária do legislador como restrição aos direitos fundamentais sociais – embora não exclusivamente em relação a estes direitos – deve-se tomar decisões, segundo o preceito da proporcionalidade, em favor do princípio com maior peso em concreto.⁷

Assim, na análise do quantum que pode ser exigido para uma prestação do direito fundamental social, deve ser levada em conta a escassez de recursos para o seu custeio. Para isso, há de serem consideradas as diferenças entre os indivíduos e as situações a serem assistidas.

Ademais, os direitos sociais podem ser restringidos pelos direitos sociais de terceiros, e ainda serem reconhecidos como definitivos, se houver razões que os justifiquem. Porém, há um núcleo, que compõe um mínimo existencial dos direitos sociais que, caso não atendidos, podem colocar o indivíduo em risco de sofrer um grave dano. Nesses casos, salvo impossibilidade absoluta, é obrigação de o Estado prestar assistência.

Mínimo existencial se consubstancia no conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável.

3.3 Direito à moradia

Há muito tempo, o direito à moradia se encontra garantido no ordenamento jurídico brasileiro, todavia por intermédio de leis infraconstitucionais. Podemos citar, como exemplo, a impenhorabilidade do bem de família.

Sob a ótica constitucional, a origem do direito à moradia no Brasil remonta à Constituição de 1934. Surgiu, entretanto, da ideia de conferir à propriedade um benefício social coletivo, o que se manteve nas Constituições de 1946 e 1964. No texto de 1964, foi contemplada, pela primeira vez, a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, bem como o condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social.

Durante o período de Ditadura, foi editado o Estatuto da terra, ficando explícito, pela primeira vez, a função social da propriedade rural; através da Lei 4.380/64 surgiu o SFH – Sistema Financeiro de Habitação que tinha como missão maior fomentar a aquisição da casa para residência.

Baseando-se na dignidade da pessoa, a Constituição de 1988 fez menção expressa ao direito à moradia em uma série de dispositivos, tais como: o artigo 7º, inciso IV⁴⁷, que reconhece o direito do trabalhador urbano e rural a um “salário mínimo fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia”; o artigo 23, inciso IX⁴⁸, que estabelece a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios para promoverem programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais; e o artigo 183⁴⁹, que determina que “aquele que possuir como sua área de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio”.

José Afonso da Silva⁵⁰ ressalta que a eficácia do direito à moradia está previsto em diversos artigos da Constituição, especificamente no artigo 3º, que determina que sejam objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, a erradicação da marginalização e a promoção da República Federativa do Brasil, dentre outros, a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, o que pressupõe uma moradia digna para si e para a sua família.

⁴⁷ IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

⁴⁸ IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

⁴⁹ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

⁵⁰ SILVA, José Afonso. op.cit., p.315.

Entretanto, somente em 2000, com a Emenda Constitucional nº. 26/2000 foi conferido o direito à moradia o status de direito fundamental social, mediante sua inclusão no artigo 6º da Constituição.

3.3.1 Conceito

O direito à moradia consiste na ocupação de um local como residência, para fins de habitação. Não se trata exatamente de um direito à casa própria, mas sim a garantia de um abrigo permanente para si e sua família. A conquista da casa própria é entendida como um complemento para que ele torne-se efetivo.

O direito à moradia possui uma face positiva e outra negativa. A negativa implica a impossibilidade de se privar o cidadão de obter uma moradia; já a positiva reside na garantia da obtenção de uma moradia digna e adequada, traduzindo-se em um direito positivo de caráter prestacional, oponível contra o Estado.

Para José Reinaldo de Lima Lopes, “o Direito inclui o direito de ocupar um lugar no espaço, assim como o direito às condições que tornam este espaço um local de moradia, de tal sorte que morar constitui um existencial humano” ⁵¹. Já nas palavras de Flávio Pansieri:

O direito à moradia consolidada como Direito Fundamental e previsto expressamente como um Direito Social no art. 6º da Constituição brasileira, em correspondência com os demais dispositivos constitucionais, tem como núcleo básico o direito de viver com segurança, paz e dignidade e, segundo Pirasello, somente com a observância dos seguintes componentes se encontrarem plenamente satisfeitos: segurança jurídica da posse; disponibilidade de serviços e infraestrutura; custo de moradia acessível; habilidade; acessibilidade; localização e adequação cultural.⁵¹

Pelo visto, fácil concluir que o direito à moradia ultrapassa a ideia de direito a habitação e, mais, transcende a ideia de que tal direito deve ser garantido pelo Estado.

⁵¹Apud PANSIERI, Flávio. Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia. In: **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto(org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 112.

Com efeito, tem solidificado na sociedade a ideia de que tal direito social deve ser garantido ao cidadão, sendo comum ser confundido direito social com assistencialismo.

Em verdade, deve o Estado facilitar a aquisição de habitação a todos como meio de garantir o atingimento à dignidade da pessoa humana, oferecendo subsídios e tarifas módicas de juros sobre os financiamentos de modo a não comprometer a subsistência.

De se dizer que a doutrina e a jurisprudência usualmente não fazem distinção entre o direito à moradia e o direito à habitação. Entretanto, temos que o direito à moradia está relacionado com os direitos da personalidade, tendo como base a garantia da dignidade da pessoa humana, que necessita não só de um abrigo para se resguardar das intempéries, mas também de um espaço para o convívio familiar, com as mínimas condições de saúde e higiene, desvinculado do direito de propriedade. Ademais, características como a alienabilidade e a transmissibilidade estão ligadas à habitação, a moradia é intransmissível, em razão da infungibilidade dos direitos inatos à pessoa.

O escopo do direito à moradia está vinculado ao aumento da exclusão social, da marginalidade econômica e, conseqüentemente, da marginalidade geográfica.

De acordo com as diretrizes da Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em relação ao direito à moradia, os elementos básicos a serem atendidos são: segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem; disponibilidade de infraestrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito; as despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas; a moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade e, principalmente, assegurar a segurança física dos seus ocupantes; acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência; a moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população⁵².

Entretanto, temos que ter em mente que há uma ligação entre o direito à moradia e o direito de propriedade. No Brasil, o direito à moradia está relacionado a uma estrutura que envolve instituições financeiras e construtoras, com o patrocínio do Estado.

⁵²PANSIERI, Flávio. op.cit., p.117.

Esse modelo de financiamento da construção acarretou a especulação urbana e, conseqüentemente, um complexo financeiro-industrial de apropriação da cidade. É a filosofia: “o homem concreto quer determinar-se de alguma forma e determinar-se significa também determinar seu ambiente de moradia. Mais ainda, não aceita ser marginalizado física e geograficamente de sua cidade. Quer participar dela” ⁵³.

Para alguns autores, o direito à moradia é sinônimo de direito à propriedade, pois consiste na expectativa de se ter uma casa ou um bem imóvel. Aduz que essa é a perspectiva que alenta o crescimento urbano do país, e era a perspectiva do Banco Nacional de Habitação, na melhor fase da construção civil.

Desse modo, é dever do Estado assegurar o direito à moradia enquanto mercadoria, pois que indiretamente os programas habitacionais servem de incremento do segmento da construção civil, de indústrias de insumos e de mecanismo de geração de emprego e renda.

Assim, como se vê, como os demais direitos sociais, a efetivação do direito à moradia requer uma intervenção na ordem econômica e social pelo Estado. E neste caso, isso quer dizer que devem ser criadas políticas públicas de organização do uso e do desenvolvimento da área urbana, tendo em vista o conceito de cidade sustentável. Nesta trilha, tem-se um direito que ao mesmo tempo é individual e difuso, qual seja o direito a uma política urbana que assegure aos habitantes da cidade e o seu bem-estar e o desenvolvimento de suas funções sociais. Portanto, cabe à cidade concretizar o direito à moradia, conferindo aos seus habitantes o acesso a bens serviços e oportunidades.

3.3.2 Direito à moradia como direito fundamental

A inserção do direito à moradia no artigo 6^a da Constituição da República deu-se através de uma proposta de Relatoria da Deputada Almerinda de Carvalho, sob o fundamento de que é um direito que há muito faz parte do rol dos direitos sociais, estando presente em diversos documentos internacionais, em especial no artigo 25 da Declaração dos Direitos Humanos, o qual se colaciona:

⁵³LOPES, José Reinaldo Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p.70.

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda de meio de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Assim, a partir do momento da constitucionalização do direito à moradia foi atribuída maior responsabilidade para o Estado, que deve elaborar projetos e efetivar a concretização desse direito.

Sabe-se que a moradia, apesar de ter sido incluída no rol dos direitos sociais, não se encontra assegurada de maneira efetiva e concreta a todos os brasileiros. Mas é sabido que tal inserção implica obrigação para o Estado no sentido de programar políticas públicas socialmente ativas, com o objetivo de tornar concreto esse direito.

Gilson Luiz Inácio reforça a ideia já referida que a norma que estabelece o direito à moradia como um direito fundamental social, apesar de ter aplicação imediata, possui conteúdo programático, diferindo dos direitos individuais, e a sua inclusão no texto constitucional serve para orientar o Poder Público no sentido de elaborar políticas que assegurem a efetivação deste direito.

Assim, os direitos sociais visam à melhoria das condições de existência dos indivíduos, mediante prestações positivas do Estado, as quais consistem na atividade estatal, tendente à criação de serviços relativos aos direitos inseridos no texto constitucional.

No direito infraconstitucional, a principal norma referente ao direito à moradia é a Lei nº 4.380, de 21 de Agosto de 1964, a qual criou o Sistema Financeiro de Habitação, cujo objetivo era facilitar a aquisição da casa própria, especialmente para as pessoas de baixa renda.

Outro diploma legal importante é a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário, cuja principal contribuição foi admitir a possibilidade de alienação fiduciária de coisa imóvel, ou seja, o devedor transfere ao credor a propriedade do bem imóvel como forma de garantia.

A principal diferença entre os dois sistemas é que, no Sistema de Financiamento Imobiliário, o agente financeiro tem mais facilidade para retomar o imóvel em caso de inadimplência, além de o devedor não ter a sua propriedade até adimplir todas as prestações avençadas, enquanto no Sistema Financeiro de

Habitação o mutuário é o proprietário desde a celebração do contrato de financiamento.

Como já referido alhures, o status de direito social foi conferido à moradia pela Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000. Contudo, não significa que está assegurada moradia a todos os brasileiros, de modo efetivo. Isso se deve ao fato que, ainda que os direitos sociais sejam considerados direitos fundamentais, eles têm a sua eficácia limitada, em razão das normas que os regulam.

Não se discute que o direito à moradia é uma necessidade básica de todos os indivíduos. E nem se entende que eles sejam apenas o direito a um teto, um abrigo, tendo em vista que a moradia é uma das condições para a subsistência, tendo ligação estreita com o direito à vida.

Mas é importante diferenciar o direito à moradia, o qual está ligado intimamente à subsistência, do direito à propriedade, o qual implica capacidade econômica, analisando-se a capacidade econômica ou produtiva das pessoas, pois é responsabilidade do Estado a implementação e a garantia de concretização desse direito social.

Nesse sentido, ainda que tenha sido conferido o status de direito social, isso não obriga o Estado a fornecer habitações de forma gratuita para toda a população.

A atuação dos Poderes Públicos, então, derivada da consideração da moradia como direito social, deve ser direcionada, nos termos do inciso IX do art. 24 da Constituição, para a construção de unidades habitacionais e melhoria das condições de habitação, dotando os assentamentos de infraestrutura digna e apta para o fornecimento de serviços básicos à população.

Nesse cenário, o direito à moradia será concretizado pelo Poder Público por meio de concessão de financiamentos com condições favoráveis ou da destinação de valores para esse fim.

Por fim, conclui-se que a constitucionalização do direito à moradia impõe ao Estado o dever de buscar a sua concretização, possibilitando aos indivíduos o acesso à moradia adequada, de modo a lhes assegurar a subsistência, e como forma de efetivar o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO IV - PARALELO INTERPRETATIVO ENTRE A FUNÇÃO ECONOMICA DO CONTRATO E O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

4.1 Direito econômico: conceito e características

As relações econômicas em seus primórdios tinham limitações principalmente na proibição a prática de conveniência entre as empresas na busca de um contrato benéfico para um determinado grupo, dando surgimento ao *truste*, a qual, só fora combatida através de legislação própria surgida na América do Norte, combatendo a inexistência de concorrência de empresas, determinação de preços e outros, através da edição do *competition Act*, nos idos de 1889 no Canadá e do *Sherman Act* em 1890 nos Estados Unidos.

Antes dos comandos internacionais referidos, existia uma verdadeira disputa desleal entre o próprio comércio e diferenças sociais, imperando-se o capitalismo liberal, impondo-se em consequência a participação do Estado, garantindo e mantendo os seus mercados internos, bem como, o comércio e relações exteriores, isto em primeiro plano, estabelecendo políticas públicas, redistribuindo rendas e inclusão social.

Desta forma, quebraria o monopólio liberal concentrado nos grandes grupos econômicos, que junto, praticamente afastava as empresas menores, excluindo-as da participação do mundo econômico, quase sempre disposto nas mãos dos poderosos.

Com a nova inclusão do Direito Econômico, pode-se defini-lo, nos tempos modernos, como o ramo do direito público que disciplina as formas de interferências do Estado no processo de geração de rendas e riquezas das nações, com o fito de conduzir por direções lógicas e legais a economia na busca de objetivos desejáveis para sustentação econômica do país.

Assim, podemos conceituar o direito econômico como ramo do direito público que disciplina a condução da vida econômica da Nação, tendo como finalidade o estudo, o disciplinamento e a harmonização das relações jurídicas entre os entes públicos e os agentes privados, detentores dos fatores de produção, nos limites estabelecidos para a intervenção do Estado na ordem econômica.

Outrossim, podemos conceituar, subjetivamente o direito econômico como o ramo jurídico que disciplina a concentração ou coletivização dos bens de produção e da organização da economia, intermediando e compondo o ajuste de interesses entre os detentores de poder econômico privado e os entes públicos. Podemos definir, ainda, objetivamente o direito econômico como o conjunto normativo que rege as medidas de política econômica concebidas pelo Estado para disciplinar o uso relacionados a fatores de produção, com o fito de regular a ordem econômica interna e externa.

Vê-se ser imperativo incluir-se o Direito Econômico no ramo do Direito Público por obrigar-se em disciplinar as relações jurídicas entre o Poder Público e os que exercem atividades econômicas, porém, como iremos demonstrar, tem caráter eclético pelo uso de dinheiro público objetivando atingir os direitos sociais, impondo-se em consequência o retorno das verbas aplicadas.

A nossa Carta Magna disciplina a participação do Estado na ordem econômica quando da existência do interesse público. Desta forma, o Estado só tem participação efetiva no Direito Econômico quando houver interesse do povo de modo geral, garantindo o bem estar social, ou seja, tal intervenção Estatal só se justifica em benefício da coletividade para atendimento da população.

Interessante transcrevermos o dispositivo constitucional que ilustra a matéria que iremos abordar:

Art. 170 – A ordem econômica, é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]
III – a função social da propriedade.

Sendo nesta ordem, imperativo a participação do Estado para cumprimento da determinação constitucional referida, justificando-se na persecução do interesse público, sendo este considerado interesse social relevante.

4.2 Recuperação do crédito e manutenção do Sistema de Financiamento Imobiliário

Segundo dados da Caixa Econômica Federal⁵⁴, no primeiro quadrimestre de 2010 foram aplicados cerca de R\$ 14,3 Bilhões em habitação para a classe média, os valores captados do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos - SBPE. No mesmo período, o montante dos depósitos em poupança no SBPE atingiu a marca de R\$ 262 Bilhões.

Seguindo esta tendência de crescimento da demanda por financiamento imobiliário, o país que tem aplicados 2,7 % do PIB do Brasil no mercado habitacional, logo poderá ter necessidade de buscar alternativas de captação de

⁵⁴Disponível em <<http://www.caixa.gov.br>> Acesso em 05 jun 2012.

recursos, em função do desequilíbrio gerado entre a captação de poupança e o investimento no mercado imobiliário de pessoas físicas, saldo acumulado e aplicação de recursos em financiamentos habitacionais.

A redução dos níveis de inadimplência dos contratos é sem dúvida alguma um eficiente mecanismo de garantia de recursos para atender a demanda de novos financiamentos habitacionais.

Entretanto, no que pese ser retornável a grande maioria dos créditos concedidos para financiamentos habitacionais, instalou-se nos país uma cultura de inadimplência de tais financiamentos sob o argumento de que a retomada dos imóveis seria impossível uma vez que se esbarraria na garantia constitucional do direito à moradia. O próprio judiciário, e os juristas de modo geral, alimentam essa equivocada ideia que, mais a mais, se solidifica no seio social.

O judiciário, com efeito, aumenta o risco das operações em decisões alternativas. Muitos juristas, ao se depararem com casos concretos, apenas vislumbram o lado social, esquece-se de analisar o direito envolvendo contratos de financiamento imobiliário em uma perspectiva econômica.

Fica evidente, assim, a falta de espaço para as decisões de cunho social, de exagerada proteção ao mutuário considerado individualmente sem se considerar o Sistema que, inequivocamente, possui caráter coletivo.

4.3 Inadimplência no sistema habitacional

O Sistema Financeiro de Habitação (SFH), ao se analisar de forma técnica, foi um método bem delineado, muito mais pelo seu papel de oferecer à população brasileira crédito habitacional, levando-se em consideração que este resultado foi atingido na primeira metade de sua vigência, como explica Martins: “O SFH foi um sistema eficiente, que, enquanto manteve as fontes de recursos e as condições de retorno equilibradas, cumpriu o seu papel, embora, posteriormente, em função do mau gerenciamento e de intervenções equivocadas por parte do governo, tenha sido

totalmente mutilado e exaurido na sua capacidade de operar”⁵⁵.

Em decorrência da sucessão de grandes crises que acompanhavam o SFH, durante a década de 80, que tinham suas origens principalmente na degeneração da economia nacional, grande parte da população se viu, infinitamente e progressivamente, incapaz de manter com a adimplência das prestações dos respectivos financiamentos habitacionais.

A política habitacional vigente sofreu diversos desgastes, limitações e desorganização, em virtude das mudanças pouco tradicionais na economia, bem como em decorrência das políticas monetárias restritivas em vigência. Com isto, o déficit habitacional brasileiro sofreu uma maximização, sofrendo, com isto, a indústria da construção civil, os mutuários e, dando continuidade à cadeia de consequências, também os agentes financeiros.

Ter se utilizado de um sistema inovador, nos anos 60, utilizando-se de grande origem de recursos, tais como a caderneta de poupança e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), bem como de outros meios de estabilização da economia, como o Coeficiente de Equiparação Salarial (CES), o Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS) e o Fundo para Pagamento de Prestações no caso de Desemprego e Invalidez Temporária (FIEL), teve, por consequência direta um método fragilizado, em cuja falência foi, por demais, evidenciada quando, por um “efeito dominó”, as sucessivas políticas malfadadas atacaram o núcleo de sua auto-sustentabilidade: a retroalimentação e o retorno do capital investido.

Os impactos causados pela diversidade de planos econômicos emergentes, não obstante os meios buscados para se salvar e aferir o retorno ao sistema, não foram capazes de barrar o estado de inadimplência.

O episódio da inadimplência se enraizou por todo o dorso do sistema, impedindo, por consequência, o retorno do capital investido, coibindo, por esta razão, a liberação de novos financiamentos.

Sob a regência do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP), em meados de 1985, as prestações dos contratos habitacionais, por força de lei, atingiram um reajuste de 112% contra 246%, a real variação constatada pela Caixa Econômica Federal.

⁵⁵MARTINS, Venevaldo Almeida. **O déficit habitacional e as políticas federais de habitação no Brasil**. São Paulo: Atlas, 1998.

Sob o mecanismo de conversão de moeda, adotado pelo Plano Cruzado, em 1986, viveu a economia brasileira, através do qual, para o cálculo das prestações habitacionais, apenas foram consideradas as 12 últimas parcelas, não se levando em conta o histórico contratual. A partir daí, deu-se brecha à implementação do congelamento das prestações por um período superior a mais de 12 meses.

Em 1987, logo após, o país se viu orientado pelo Plano Bresser, através do qual foi adotada uma conversão das prestações habitacionais, se utilizando da Unidade de Referência de Preços (URP), somado pela ocorrência de novo congelamento das mesmas, em 1990, em virtude de um novo impacto, que atingia comprometidamente o desenvolvimento dos contratos habitacionais e, ato contínuo, a vida financeira de seus titulares, muito mais em virtude de haverem proporcionado saldos devedores relevantes, o que ocasionou um desequilíbrio financeiro dos contratos, principalmente porque o valor de mercado do imóvel era bem inferior ao da respectiva dívida.

Caracterizando muito mais a falência o SFH, se observou uma resposta muito lenta do Poder Judiciário no que tange à prolação de decisões, em ações cujo objeto tratava das diversas reclamações e/ou questionamentos sobre direitos que pairavam sobre as variadas modalidades de contratos de financiamento imobiliários existentes. Por outro lado, muitos entenderam este comportamento silente, de toda forma, seria uma maneira de decidir, desafiando ainda mais a gestão e a adequação da política nacional de habitação.

4.4 Formas de evitar a inadimplência

Para que se evite a inadimplência de um contrato, necessário se faz que o crédito seja dado a quem realmente demonstre possuir condições de garantir o compromisso. Tal tarefa é árdua para um país que ainda busca condições para se estabilizar economicamente, ainda mais por habitualmente passar por grandes turbilhões financeiros, os quais danificam seriamente as pessoas que contratam por um longo prazo, como nos empréstimos para habitação.

A inadimplência, na maioria das vezes, poderia ser refreada, caso se

utilizasse de várias diligências, como por exemplo: permanente atualização cadastral dos contraentes; Informação minuciosa da situação econômico-financeira e patrimonial do cliente, de forma correta e completa; e, a fim de se oferecer uma demanda excessiva de crédito para um mesmo tomador, percepção da real demanda existente no mercado.

Conceber-se que a verificação da situação cadastral do cliente não se finda nas pesquisas de cadastros de crédito, como SPC, Serasa e Banco Central, incluindo-se, aí, a verificação de um histórico pretérito do comportamento e hábitos consumeristas com outras instituições financeiras, restando, assim, que, para automatizar e padronizar os procedimentos de análise de risco e concessão de crédito urge-se tal verificação.

O retorno dos recursos poderá ser fragilizado, se os valores forem autorizados em sua totalidade, caso não fossem analisados os prazos e taxas plausíveis e corretos, de acordo com as condições e perspectivas de mercado.

Assim, fundamental é o papel do concessor do crédito, cuja habilidade deverá ser acrescida de uma maior e plena investigação cadastral e percepção real do mercado em que se visa atuar. Ao ser entrevistado, é necessário ter conhecimento do projeto do cliente, mesmo que mental, visando enxergar em que vai ser aplicado o empréstimo tomado na instituição credora. Apesar da existência de meta, pela instituição financeira, para se emprestar, é, claro, necessária.

Entretanto, é necessário se ater a todos os quesitos de conformidade, formalidade da contratação, bem com a preocupação de como os recursos emprestados, vão retornar como obrigação.

Ainda, somando aos diversos meios de se evitar a inadimplência, prudente seria um acompanhamento efetivo, após a sua concessão, o que inclui lembrar, ao tomador, de sua obrigação, antes do vencimento, bem como outros meios de controle, de forma a habituar o pagamento em dia pelo mesmo. Assim, é possível dizer que é bem menos oneroso para a instituição evitar a inadimplência, do que combatê-la, o que exige claro, superior qualidade na sua concessão, a qual deverá estar bem amparada em métodos eficazes de análise, cujas informações deverão estar fielmente a par da realidade socioeconômica do cliente. Chega-se à conclusão, então, de que, pior que não emprestar, é não receber; e que as cobranças mal efetuadas ensejaram, certamente, maus resultados.

Por outro lado, as boas cobranças também não são a certeza de bons

resultados. Assim, em sendo maior a qualidade da estrutura da concessão, muito maiores serão as chances de se resgatar.

4.5 Rumos da interpretação dos contratos no atual contexto do financiamento imobiliário

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, apesar de possuir relevantes funções sociais, já que se buscam, através do acesso à moradia, a efetivação de um direito fundamental, materializando, assim, um dos pontos do princípio constitucional da dignidade humana, os programas governamentais de habitação popular sofrem com a crescente⁵⁶ taxa de inadimplência. Em virtude da crescente especulação imobiliária, em que estava havendo, principalmente na região sudeste do país, aumento considerável dos valores dos imóveis, o que não corresponde ao preço real. No caso, as consequências do incumprimento contratual acabam sendo vultosas.

Com o não pagamento, os bancos que financiam as compras dos imóveis acabam tendo que arcar com rombos em seus sistemas, o que acarreta, por conseguinte, no ambiente macroeconômico, aumento na taxa de juros, eis que com isso as financeiras tentam evitar novos calotes. Isso prejudica o mutuário que paga em dia suas obrigações, pois que terá que pagar mais caro para que o sistema seja compensatório.

Por outro lado, com base nos aspectos jurídicos, os bancos, para não ficarem no completo prejuízo, utilizam os mecanismos dispostos na legislação civil para tentarem retomar os imóveis objetos dos contratos de financiamento.

Com a aplicação das medidas, estas que serão analisadas logo a seguir, há o surgimento do conflito entre a satisfação do interesse financeiro dos bancos e a implementação do acesso à moradia, objetivo constitucional e que deve ser colocado em prática para que a igualdade material seja alcançada.

⁵⁶Caixa admite que inadimplência está acima da média. **ESTADÃO.COM.BR**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,caixa-admite-que-inadimplencia-esta-acima-da-media,669155,0.htm>> Acesso em: 10 jan. 2013.

Para evitar prejuízos financeiros, os bancos tentar retomar os imóveis. Como consequência imediata, famílias são despejadas. Isso ocorre quando os interesses econômicos são colocados em primeiro lugar.

Caso seja dada primazia ao outro ponto da relação, prezando-se por manter os mutuários em seus imóveis, mesmo que a dívida seja latente e vultosa, poderá se estar incentivando o inadimplemento contratual, permitindo que os indivíduos assumam financiamentos e não os paguem, pois podem achar que, em futuras e possíveis demandas, o judiciário dará guarida aos seus pleitos.

Essa é a grande questão atual. Para que lado a balança do direito deve pesar, para o dos grandes grupos financeiros, que impulsionam o sistema, ou para as partes hipossuficientes da relação, que, na maioria dos casos, se realmente tivesse condições não incorreriam em inadimplemento.

Constatada a inadimplência, que na maioria das vezes ocorre quando o atrasado é superior a 90 dias, ou seja, quando o mutuário deixa de pagar três parcelas do financiamento, a instituição financeira aciona os seus mecanismos de cobrança.

Busca-se, inicialmente, através das tratativas administrativas e amigáveis, a satisfação do crédito da maneira como ele está, mas com o acréscimo de juros moratórios, taxa de permanência e multas.

Não obtido sucesso nessas negociações preliminares, as instituições, após constituírem a mora dos mutuários, realizam as negativações nos órgãos de proteção ao crédito e dão início a penoso processo judicial para recuperação do imóvel.

Assim, como para as instituições financeiras, os contratos apenas devem ser interpretados com base no princípio do *pact sunt servanda*, ou seja, as cláusulas devem ser fielmente observadas, não há o interesse em revisar o contrato para que o mutuário pague menos do que é devido. Procura-se, desde logo, a satisfação integral do crédito, como isso se mostra insuficiente, ocorre a retomada do imóvel.

No caso, como a compra do imóvel ocorre através de alienação fiduciária, mais precisamente nos termos delineados no artigo 22⁵⁷ da Lei nº 9.514/1997, o mutuário apenas tem a propriedade resolúvel do bem, ou seja, é uma aquisição condicionada a evento futuro, que é o adimplemento de todas as obrigações

⁵⁷Art. 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.

constantes no contrato, sendo a principal delas, o pagamento das mensalidades, que é o dever imprescindível do mutuário, conforme preconizam os artigos 586⁵⁸ e 587⁵⁹ do Código Civil. A propriedade de direito dos imóveis continua com a instituição financeira.

O mutuário é possuidor direto enquanto o agente financeiro é proprietário fiduciário. Por isso, caso o mutuário não cumpra com as suas obrigações, perderá o que investiu na aquisição do bem, que será retomado pelo banco, através de execução extrajudicial, conforme previsto na lei, ficando a atuação judicial de modo subsidiário, caso não haja a devolução do bem, a fim de se conseguir a reintegração da posse.

Para embasar tal pleito, busca-se utilizar os fundamentos antigos do direito privado, através do cumprimento a todo custo das obrigações. Só que a partir daí surge o conflito de interesses entre a satisfação de um crédito da instituição financeira e o direito fundamental a moradia, recaindo ao órgão julgador decidir qual dos dois pesa mais, se o eminentemente patrimonial ou o que efetiva a dignidade da pessoa humana.

Para tentar, na sua cognição, decidir qual pleito deverá ter mais valia, ou seja, se entrega a casa ao banco ou determina a revisão do contrato, deixando-lhe de forma mais solúvel para o mutuário, o órgão julgador pode fazer uso dos atuais princípios que alicerçam a relação contratual. No caso, os dois principais são o da boa-fé e o da função social.

Com força na boa-fé, deve-se discutir se a inadimplência é advinda da crise econômica, em que o mutuário pode não ter mais as condições financeiras que tinha quando assinou o negócio, ou se advém da má-índole em tentar adquirir um bem para ficar com ele sem pagar.

Dessa análise, pode-se aferir se o mutuário está passando por problemas que fogem da sua vontade, para, a partir daí, pesar a balança para o lado mais hipossuficiente. Se ele está agindo com boa-fé, buscando realmente o acesso à moradia, o órgão julgador pode, com base na função social do contrato, negar a retomada do imóvel e revisar o contrato.

⁵⁸Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

⁵⁹Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

Tal permissivo surge do próprio Código Civil. No artigo 479⁶⁰, que trata sobre a onerosidade excessiva, há a possibilidade de revisão contratual, onde, para se evitar que o contrato seja resolvido, busca-se a modificação equitativa das condições do contrato.

Se o mutuário não está conseguindo, em virtude do valor, pagar as parcelas, o judiciário poderá, através de novos cálculos contábeis ou até mesmo implementando uma conciliação entre as partes litigantes, que novos termos contratuais sejam celebrados, buscando-se, dessa maneira, a satisfação dos interesses dos dois lados da relação. Os bancos continuarão a receber as parcelas do financiamento e os mutuários não perderão a sua casa.

4.6 Implementação dos direitos humanos e o paralelo interpretativo entre função econômica do contrato e direito fundamental à moradia

Analisando-se a função do Direito Econômico explicitada acima, podemos extrair uma nítida correlação com os direitos humanos, notadamente como sendo mecanismo de sua implementação.

Como já dito, tem-se que o Direito Econômico tem como objeto regulamentação das medidas de política econômica. Ao mesmo tempo, notória é a adoção, pela atual Constituição brasileira, da garantia do exercício dos direitos sociais e individuais como valores supremos; da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos; da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos fundamentais e, finalmente, da prevalência dos Direitos Humanos como princípio.

Dessa maneira, o Direito Econômico funciona como instrumento para que tais metas sejam alcançadas e cumpridas, visto que, é somente através dele, com suas normas, regras, institutos e características próprios que se pode fazer uma regulamentação jurídica da política econômica a ser adotada para que se concretize a ideologia assumida pela Constituição.

⁶⁰Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Assim, o Direito Econômico fornece o arcabouço jurídico para que se limitem as atividades econômicas presentes no mercado, sejam elas do setor público ou privado, de forma a se adequarem aos valores, fundamentos, objetivos e princípios constitucionais.

No caso de nossa Constituição de 1988, portanto, a política econômica em que se deve pautar é a de se conferir prioridade aos Direitos Humanos, de se reduzirem as desigualdades sociais, de se implementar ou, em vários casos, construir a cidadania, dentre outros dispostos no preâmbulo e nos artigos 1º a 4º.

Infere-se que, qualquer medida econômica adotada pelo governo, suas empresas ou pelo empresariado em geral, que atente contra tal ideologia, além de contrária ao Direito Econômico, é inconstitucional, devendo ser, dessa forma invalidada e os prejudicados, ressarcidos.

Percebe-se, aqui, a importância do princípio da economicidade, pelo uso do qual, no presente texto constitucional, depreende-se que o valor constante em suas disposições é o ser humano, tornando-se, então, este o objetivo de qualquer medida de política econômica. Atua-se no sentido de maior vantagem social, a despeito do lucro exclusivamente material.

Desse modo, patente fica a seguinte ordem de pensamento. O Direito Econômico funciona como mecanismo, como meio através do qual se torna possível à concretização dos Direitos Sociais. Somente a partir da existência destes, conforme estudado, é que se pode chegar à efetivação dos Direitos Individuais.

Afirma-se constituir o Direito Econômico, apesar de ser apenas mecanismo que o estado tem para intervir no mercado, um instrumento para a fruição e exercício dos Direitos Sociais porque, por exemplo, é somente através da regulamentação de medidas de política econômica que se pode, por exemplo, coibir a concentração de empresas, monopólio do mercado e outras formas de abuso do poder econômico, fatos que geram uma suscetibilidade muito grande do consumidor em relação aos interesses privados e consequente aumento de preços.

Essas situações são contrárias ao direito social de manutenção do poder real de compra do salário ou salários justos, pois este fica, progressivamente, desvalorizado.

Analogamente, somente por meio de uma política econômica que vise à garantia de oportunidades de emprego através de um planejamento, com o

fornecimento de estímulos ao setor privado é que se poderá assegurar o direito social do pleno emprego e de uma distribuição de rendas.

Desse modo, pode-se fazer a relação entre a política econômica regulamentada, através do princípio da economicidade, e os vários Direitos Sociais da saúde, educação, trabalho, lazer, transporte, segurança.

Assim, sem a elaboração dessa política, desse planejamento econômico, inviável se faz a concretização dos Direitos Sociais. E, finalmente, estes, ao se apresentarem como meio de materialização dos Direitos Individuais, são imprescindíveis para a fruição e exercício do direito à vida, à liberdade, à propriedade, dentre tantos outros.

Cada vez mais clara se torna a conexão entre Direitos Individuais, Sociais e Econômicos. Evidencia-se o fato de que os Direitos Humanos formam um corpo uno, de forma que, se lhe falta algum de seus componentes, como os Direitos Sociais, por exemplo, aqueles não se completam, não conseguindo, o indivíduo desfrutar de uma vida digna.

E, sem as normas, regras e institutos do Direito Econômico, não se consegue estabelecer uma política econômica que equilibre as divergências ideológicas constitucionais de forma a torná-las, todas, um conjunto único, possuidor de apenas uma ideologia global.

O Direito Econômico, portanto, por meio de suas leis de caráter mais genérico - fato que permite sua constante atualização à realidade econômica, altamente mutável -, de seus institutos, de suas regras, vem a desempenhar o papel de um dos meios de concretização e implementação dos Direitos Humanos.

Dentre seus institutos e regra, percebe-se que deles se podem valer aqueles que se sentem lesados em seus direitos assegurados, uma vez que vêm a complementar o ordenamento jurídico positivo, funcionando como mais um instrumento a sua disposição, no qual se pode pautar para a construção de sua cidadania, que é o um princípio constitucional que também pode ser materializado através da concessão de moradias dignas, eis que é impossível alguém ter vida digna sem que o Estado forneça mecanismos mínimos para que todos possa ser um lar para constituírem suas famílias e alcancarem os outros objetivos constitucionais. O lar é alicerce para que o trabalho, lazer e educação possam também ser efetivados.

CONCLUSÃO

Como podemos verificar até então no trabalho ora apresentado, o nosso sistema financeiro habitacional atacado na dissertação prendeu-se hermeticamente em dois pontos, quais sejam: o financiamento de modo geral para as classes média alta e o financiamento imobiliário de baixa renda ofertado pelo Programa Minha

Casa Minha Vida com variação de zero a dez salários mínimos nas formas já abordadas.

Como já referido por mais de uma vez, ao longo do Governo Social imposto com a nova Carta Constitucional da República, os Governos que surgiram após a mesma, adotaram políticas públicas com vistas a suprir a carência da moradia em nosso país de uma maneira mais centralizada com objetivos determinados e prazo para cumprimento do projeto, fato que vem se estendendo até os dias atuais, sendo que, a cada ano, aumenta-se o quantitativo de oferta imobiliária com grandes vultos de dinheiro público para suprir a deficiência, dinheiro este que de certa forma, tem caráter retornável em razão da manutenção do projeto, posto que o mesmo sendo coletivo, o empréstimo realizado para a aquisição da casa própria deve ser pago, formando uma ciranda imobiliária aquecendo constantemente as contas públicas que dão suporte ao programa.

O grande dilema está em conciliar o mecanismo de correção dos saldos devedores diante da natureza de direito fundamental da moradia. O problema mais se agrava, contudo, para os financiamentos captados pelas classes altas e médias, eis que os mecanismos de correção tornam os financiamentos espécie de verdadeiras prisões, uma vez que os mutuários, notadamente no mais das vezes, não conseguem com a amortização mensal quitar os saldos devedores.

Pois bem. De um lado, justificando a aplicação desses mecanismos correccionais, como visto alhures, as entidades bancárias e congêneres se apoiam no dever de manutenção do equilíbrio da ordem econômica, calcando-se, inclusive, em vários princípios de ordem constitucional. Sob outro prisma, para se atender os preceitos de solidariedade e de dignidade da pessoa humana, primados básicos da função social do contrato, diante da impossibilidade de saldar os saldos devedores, os chamados mutuários, através de revisão contratual perante o judiciário, buscam o equilíbrio das relações.

O problema, como já dito em tomo específico, do presente trabalho, é que os contratos de financiamentos habitacionais trazem consigo a peculiaridade de instrumentalizar todo um sistema, pois que tais negócios jurídicos enfeixam um complexo, uma cadeia de dependência, onde a adimplência, ou a inadimplência, podem trazer consequências diversas.

Assim, ao invés de buscar-se a justiça distributiva por intermédio de revisões contratuais, o que de certa forma é por demais maléficos ao sistema, uma vez que

os recursos utilizados pelas entidades são retornáveis, é preciso que o gestor do sistema financeiro de habitação busque uma forma de minimizar os efeitos da inadimplência, bem como de garantir o equilíbrio econômico-financeiro da relação.

Com vista a minimizar os efeitos transitórios de inadimplência, fato que pode acometer mutuários e qualquer outro cidadão, seria necessário a criação de um seguro, notadamente alimentado por todos integrantes do sistema, para que, durante o período de desequilíbrio financeiro do mutuário, não houvesse prejuízo na amortização mensal do saldo devedor do financiamento. Como forma de sistematizar a contribuição para o seguro de grupo poderia ser adotado um mecanismo para que os maiores financiamentos tivessem maior percentual de contribuição. No que tange a proteção de eventuais resíduos de saldo devedor, o que com adoção de amortização com o sistema de tabela SAC, tornou-se menos comum, necessário se a implementação de um novo fundo com mecanismos diferentes aos adotados no FCVS – Fundo de Compensação das Variações Salariais.

Como sugestão, apresentamos a constituição de um fundo alimentado com recursos do OGU – Orçamento Geral da União e com contribuição de mutuários do Sistema de Financiamento Imobiliário e o Sistema Financeiro de Habitação, sempre se atendendo para a capacidade contributiva de cada mutuário. Tal sugestão, que aprioristicamente pode aparentar absurdo, não se trata de novidade, uma vez que recursos provindos do OGU são utilizados na composição dos subsídios concedidos pelo PMVC.

Como dito alhures, até a presente data não se tem por parte do Governo Federal, afora os subsídios do PMCMV, uma política habitacional para as classes médias e altas que, ao invés de financiamento para a aquisição da casa própria, tem para si verdadeiro empréstimo de dinheiro das entidades integrantes do sistema Financeiro de Habitação.

Assim, a proposta de criação de um fundo para saldar eventual resíduo de financiamento soaria como mecanismo de garantir distorções dentro do sistema, onde com decurso de prazo contratual o mutuário teria relevante saldo devedor em seus contratos.

No que toca ao PMCMV, como visto em tomo anterior, tal programa adotou sistemática diversa de financiamento em virtude de seu público alvo e da origem dos recursos.

Com efeito, objetivo primordial do PMCMV é atendimento à população de baixa renda, eis que a maioria dos financiamentos encontra-se concentrados justamente na faixa de zero a três salários mínimos. Disse-se que é objetivo primordial do programa atender-se a população de baixa renda, mas é lógico que pessoas de outras faixas de renda também terão atendimento, notadamente tendo tais financiamentos menores subsídios e maior garantia ao órgão gestor do sistema. Assim, o Governo Federal, através do Ministério das Cidades, utilizando recursos do FAR que é lastreado por importâncias advindas do FGTS e do OGU, sempre tendo como órgão gestor e interveniente da CEF – Caixa Econômica Federal celebra convênios com Prefeituras que, no mais das vezes, fornecem terrenos e loteamentos, bem como com empresas privadas justamente para atenderem a demanda dos que se enquadram na faixa econômica menos favorecida.

Tais financiamentos possuem como dado marcante o oferecimento de subsídios consideráveis, isso, levando-se em conta, o valor total do financiamento, possibilitando, também, uma maior garantia do empreendedor do ramo da construção civil.

Outro ponto característico do PMCMV até três salários mínimos é a forma em que os negócios jurídicos que viabilizam os financiamentos são celebrados, pois que as exigências feitas pela instituição financeira gestora são, de certa maneira, bem aquém do determinado em outros negócios jurídicos que tem como escopo o empréstimo de valores para aquisição de moradia, tendo-se a preocupação na feitura do contrato, principalmente no potencial do contratado devolver o dinheiro que lhe é emprestado.

Nesta faixa econômica mínima do PMCMV, inexiste qualquer tipo de garantia, possuem parcelas de amortização módicas, sem qualquer participação do beneficiado em seguros, contribuições ou outra qualquer garantia, ficando isento até mesmo de comprovar sua idoneidade financeira. Como visto, tal modalidade de financiamento bem difere das demais, possuindo fim eminentemente social, levando-se a crer que a inadimplência não gerará consequências jurídicas drásticas.

O agravante de tudo isso, entretanto, está em que o programa é lastreado com recursos dos trabalhadores e dos cidadãos em geral. Assim, não retornando ao sistema prejudica-o e impedem novos financiamentos a população de outras faixas econômicas. Nesse particular, é de se notar que o Governo Federal pratica o que ousamos a intitular como política clientelista ou política de “Robin Hood”.

REFERÊNCIAS

BALBINOTTO NETO, Giacomio. **A teoria econômica dos contratos**. Disponível em <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo>>. Acesso em 17 abr. 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*, Belo Horizonte, n. 1, 2006/2007

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Breve Introdução ao Direito Econômico**. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAPLAN, Luciano. Direitos Sociais da Constituição Cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: **Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. Cláudio José Montesso, Marcos Antônio de Freitas, Maria de Fátima Coelho Borges Stern coordenadores. – São Paulo :LTr, 2008

CASTELAR Armando. **Direito, economia e mercado**. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005.

CLARK, Giovani. **O Município em face do Direito Econômico**. Belo horizonte: Del Rey, 2001.

CLARK, Giovani. Política Econômica e Estado. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**, Belo Horizonte: Ed: PUC Minas. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **“O Indispensável Direito Econômico”**, *Revista dos Tribunais* nº353, São paulo, RT, março de 1965, pp. 14-26.

CORRÊA, L. A. ; CLARK, Giovani . **Teoria das normas e Direito Econômico: um diálogo com a filosofia do direito**. In: Giovani Clark; Washington Peluso Albino de Souza. (Org.). **Direito Econômico e Ação Econômica Estatal na pós-modernidade**. 1 ed. São Paulo: LTR, 2011, v. 1, p. 1-135.

Déficit habitacional no Brasil 2007. **Fundação João Pinheiro, centro de estatística e informações**. Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação. – Brasília, 2009. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução do direito**

civil constitucional / trad. de Maria Cristina De Cicco. 1. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. **Contratos**, Rio de Janeiro: Forense, 2007, 26, ed., pp. 50-51, V

GRAU, Eros Roberto. **Elementos do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1981.

INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito social à moradia e a efetividade do processo: contratos do sistema financeiro de habitação**. Curitiba: Juruá, 2002.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

MARTINS, Venevaldo Almeida. **O déficit habitacional e as políticas federais de habitação no Brasil**. São Paulo: Atlas, 1998.

MIRANDA, Carmen S. **Programas habitacionais para famílias de baixa renda - o caso do programa socorro social: efetivação de um direito ou clientelismo?** 2007. Monografia (Graduação em Serviço Social). UnB, Brasília, 2007.

NEUNER, Jorg. Direitos Humanos Sociais. In: **Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005** Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. v.1.

NORTH, Douglas. **Custo de transação, instituições e desempenho econômico**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

PANSIERI, Flávio. Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia. In: **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto(org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law&economic**. Disponível em <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/projects/pr251finaldraft.pdf>> Acesso em: 04 mar. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª Ed. Porto Alegre: Editora do Advogado. 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo. Ltr, 2005.

TEPEDINO, Gustavo (coord.) **A parte geral do novo código civil: Estudo na perspectiva Civil constitucional**.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

TIMM, Luciano (Org). **Direito e economia**. São Paulo: Thompson/IOB, 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VIZEU Leonardo Figueredo. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.