

O contrato de financiamento habitacional como mútuo, ante o Código Civil

Hélio Vieira Neto*; Maria Cristina Gwiggner**; Natascha Alves Costa**;
Rejane Romagnoli Tavares**; Sérgio Henrique Gomes**

Resumo

Resta demonstrar que o contrato de financiamento habitacional sofreu, através dos tempos, graves alterações, que vieram a ser somadas à sua edição originária, tudo para revelar a certeza de que não se trata de um “mútuo”, como definido e regulado pelo Código Civil Brasileiro. Desde a sua edição e ao longo dos tempos, o Contrato de Financiamento Habitacional sempre se identificou nos meios jurídicos e financeiros completamente desfigurado como “contrato de mútuo”. A renegociação do saldo devedor, ao final do período contratual, faz nascer um novo instituto jurídico: a novação, que obedece um novo prazo e novas condições de pagamento, arrastando-se através dos tempos, até a “eventual” e definitiva quitação. Acredita-se, seguramente, que mereça essa relação contratual, perante o Código Civil, qualquer outra denominação, menos aquela que lhe foi atribuída de “mútuo”, por não se amoldar a este instituto.

Palavras-chave: contrato habitacional; mútuo; mútuo habitacional; habitação.

VIEIRA NETO, H.; GWIGGNER, M. C.; COSTA, N. A.; TAVARES, R. R.; GOMES, S. H. O contrato de financiamento habitacional como mútuo, ante o Código Civil. *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 105-121, mar. 2001.

Introdução

A doutrina costuma afirmar que os contratos são fontes de obrigações. Essa idéia é uma simples metáfora, e, sendo assim, pode no máximo auxiliar na compreensão do assunto, mas nunca conseguiria efetivamente explicá-lo. Para se entender a relação entre contrato e obrigação, é necessário partir-se da diferença entre, de um lado, o vínculo que une duas ou mais pessoas no sentido de as autorizar a exigir determinada prestação umas das outras, e, de outro, o documento comprobatório da existência deste vínculo. É comum utilizar-se a expressão “contrato” para designar tanto o vínculo como o documento, o que gera alguma confusão. Para evitá-la, chamaremos de contrato apenas a relação entre as pessoas, valendo-me da expressão instrumento na referência ao seu documento probatório. Neste contexto, portanto, contrato é uma das modalidades de obrigação, ou seja, uma espécie de vínculo entre as pessoas, em virtude do qual são exigíveis prestações.

A obrigação é a consequência que o direito posto atribui a um determinado fato. Assim, quem aufere renda, por exemplo, fica obrigado a pagar o respectivo imposto; quem causa dano dolosamente a uma pessoa deve indenizá-la; quem adquire a cota não integralizada de uma pessoa sociedade limitada será responsável pelas dívidas sociais dentro de um certo limite.

Entre os fatos que o direito recolhe para considerar como ensejados de obrigação encontra-se a vontade humana. Se uma pessoa, por sua própria determinação, quer se obrigar perante outra, em função, ou não, de uma contraprestação desta, o direito tem reconhecido eficácia a tal desejo, no

* Juiz de Direito aposentado. Docente do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Endereço para correspondência: Rua Jardinópolis 211. CEP 86062-410. Londrina, Paraná, Brasil.

** Discentes do 4º ano do Curso de Direito da UNOPAR.

sentido de por à disposição das partes o aparelho estatal de coerção com vistas a garantir a realização da vontade manifestada.

A existência e a extensão de uma obrigação dependem das disposições de direito positivo ou da vontade das pessoas diretamente interessadas. Quando são as normas jurídicas que definem, totalmente, a existência e a extensão do vínculo obrigacional, estamos diante de uma obrigação legal. Nesta categoria, encontram-se os tributos, a pensão alimentícia, a indenização por ato ilícito danoso e os benefícios previdenciários. Porém, quando a definição da existência ou da extensão da obrigação não se encontra exaurida na sua disciplina legal, reservando-se às vontades das pessoas diretamente envolvidas na relação há faculdade de participar desta definição, temos diante de nós uma categoria diversa de obrigação. Neste segundo conjunto de vínculos obrigacionais, encontra-se o contrato, ao lado das obrigações de caráter institucional (casamento, constituição de sociedades por ações, instituição de fundações etc.). Estes dois tipos de obrigações (contratuais e institucionais) diferenciam-se pelo regime jurídico de sua constituição e dissolução.

Com efeito, não apenas o Estado cada vez mais define previamente o conteúdo de determinadas cláusulas contratuais, como, por vezes, torna obrigatório o contrato ou estabelece preços, condições de pagamento etc. A título de exemplo, podem ser invocados os contratos bancários que não podem ignorar um extraordinário conjunto de regras fixadas pelas autoridades monetárias. A predefinição da existência e da extensão do vínculo em algumas hipóteses é de tal forma exaurida pelas normas jurídicas em vigor, que não resta qualquer margem de atuação para a vontade das partes. Nestes casos, como o do chamado seguro obrigatório, cuja contratação é imposta a todo proprietário de veículo automotor; rigorosamente não se cuida de uma obrigação contratual, mas legal. Para que haja contrato, é indispensável uma participação da vontade do devedor, ainda que mínima, no que se refere às definições atinentes à existência e à extensão do seu dever.

Constituição do Vínculo Contratual

Dois princípios regem a constituição do vínculo contratual: o do consensualismo e o da relatividade.

Pelo princípio do consensualismo, um contrato se constitui, via de regra, pelo encontro das vontades manifestadas pelas partes, não sendo necessária mais nenhuma outra condição. Há, no entanto, algumas exceções a este primado, isto é, determinados tipos de contrato que exigem, para a sua formação, além da convergência da vontade das partes, também algum outro elemento. De um lado, existem os contratos reais, como o mútuo ou o depósito, que se constituem somente com a entrega da coisa objeto da avença. De outro, há os contratos solenes, em relação aos quais o direito condiciona a constituição à elaboração de um certo instrumento contratual, como, por exemplo, o seguro. É claro que anteriormente à constituição do vínculo contratual inexistente qualquer dever juridicamente tutelado, e daí a importância de se caracterizar um contrato como consensual, real ou solene.

Embora haja tais exceções, em termos gerais os contratos estão constituídos (perfeitos e acabados) assim que se verifica o encontro de vontade das pessoas participantes do vínculo. Aquela que toma a iniciativa da constituição do contrato chama-se proponente ou policitante, e a sua manifestação de vontade é a proposta. Já o destinatário da proposta, por sua vez, chama-se oblato ou aceitante, e a manifestação de vontade desta última é denominada aceitação. A doutrina classifica as declarações de vontade em tácitas ou expressas, mencionando que estas, por sua vez, podem ser orais, escritas ou simbólicas. Quando a lei não exigir a manifestação expressa, ela poderá ser tácita (CC, art. 1.079). Observada, portanto, esta regra, o proponente e o aceitante podem manifestar a sua vontade pelos muitos meios de comunicação já desenvolvidos pelo homem, desde a mímica mais rudimentar até o mais sofisticado aparelho de transmissão eletrônica de dados.

Ao elaborar a sua proposta, o proponente fica obrigado pelos seus termos, salvo as exceções da

lei (CC, art. 1.080). Esta obrigação cessa apenas nas seguintes hipóteses: a) quando a proposta é dirigida à pessoa presente; sem a fixação de prazo para a resposta, a falta de aceitação imediata desobriga o proponente (CC, art. 1.081, I); b) se feito à pessoa ausente, sem prazo, o proponente não mais estará obrigado se transcorrer prazo suficiente para a resposta, sem a manifestação do oblato (CC, art. 1.81, II); c) no caso de proposta elaborada com a fixação de prazo para a resposta, a fluência deste sem aceitação desobriga o proponente (CC, art. 1.081, III); d) arrependendo-se o proponente, estará desobrigado se transmitir ao oblato, anterior ou concomitante à proposta, a sua retratação (CC, art. 1.081, IV); e) finalmente, em qualquer caso, se o oblato manifestar a sua recusa em aceitar os termos da proposta.

Quando o contrato se insere no âmbito da tutela do consumidor, o princípio da relatividade também tem a sua pertinência ressalvada em alguns casos, pois se admite a reclamação contra o fabricante do produto viciado, embora a relação contratual de compra e venda tenha se estabelecido na verdade entre o consumidor e um comerciante.

Força Obrigatória do Contrato

Ao se vincularem por um contrato, as partes assumem obrigações, podendo uma exigir da outra a prestação prometida. Esta é a regra geral, sintetizada pela cláusula *pacta sunt servanda*, implícita em todas as avenças. Em outros termos, a ninguém é possível libertar-se, por sua própria e exclusiva vontade, de uma obrigação assumida em contrato. Se o vínculo nasceu de um encontro de vontades, ele somente poderá ser desfeito por desejo de todas as pessoas envolvidas na sua constituição (ressalvadas as hipóteses de desconstituição por fatores externos à manifestação volitiva). Isto significa, especificamente, que todos os contratos têm, implícitas, as cláusulas de irretratabilidade e de intangibilidade. Pela primeira, afasta-se a possibilidade de dissolução total do vínculo por simples vontade de uma das partes; pela outra, revela-se impossível a alteração unilateral das condições, prazos, valores e demais cláusulas contratadas.

A cláusula *pacta sunt servanda*, no entanto, não tem aplicação absoluta, posto que se encontra limitada por uma outra cláusula, também implícita em certos contratos, que possibilita a sua revisão diante de alterações econômicas substanciais que surpreendem uma das partes contratantes durante a execução do avençado. Trata-se da cláusula *rebus sic stantibus*, que sintetiza a teoria da imprevisão.

Segundo esta cláusula, se uma das partes contratantes tiver a sua situação econômica alterada em virtude de fatores imprevisíveis e independentes de sua vontade, e em função desta alteração o cumprimento do contrato acabar se revelando excessivamente oneroso para ela, então será possível a revisão das condições em que o contrato foi estabelecido.

A cláusula *rebus sic stantibus* é implícita apenas nos contratos comutativos, ou seja, naqueles em que há equilíbrio entre a vantagem auferida e a prestação dada por cada uma das partes. Nos contratos aleatórios, os contraentes assumem o risco de ganhar ou perder, já que inexiste um tal equilíbrio. Note-se que a distinção entre estas duas categorias de contrato não toma por base a comparação entre as obrigações das partes, que não precisam ser equivalentes em nenhuma hipótese. Leva-se em conta, isto sim, o equilíbrio entre o perseguido e a prestação devida, sob o ponto de vista de cada contratante, isoladamente considerado. Exemplo de contrato aleatório é o de seguro. O contrato, também, deve ser de execução diferida ou sucessiva, ou seja, nos contratos de execução imediata não há, como nos aleatórios, implícita a cláusula de revisão.

O contrato, portanto, tem força obrigatória. Quem expressa a sua vontade de assumir uma obrigação perante outra pessoa fica responsável pelos termos de sua manifestação. Há, contudo, duas hipóteses em que a força vinculativa do contrato suspende-se, ou seja, ele deixa temporariamente de ter força obrigatória. Em primeiro lugar, a própria convergência de vontades constitutiva do vínculo pode sustar,

pelo prazo e nas condições estabelecidas de comum acordo, o cumprimento do contrato. Outra hipótese de suspensão do vínculo contratual é a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Claro que se cuida, aqui, daquelas situações imprevisíveis que não comprometem definitivamente o cumprimento do contrato, mas apenas o postergam. Se houvesse a impossibilidade cabal de execução do prometido contratualmente, então o caso fortuito ou a força maior teriam dado ensejo à rescisão do contrato e não à sua suspensão.

Por fim, no tocante à força obrigatória, é necessário mencionar-se que os contratos bilaterais contêm, implícita, a cláusula da *exceptio non adimpleti contractus*, pela qual uma parte não pode exigir o cumprimento do contrato pela outra, se estiver em mora em relação à sua própria prestação. Ainda em relação aos contratos bilaterais, prevê o art. 1.092 do CC que a parte, a qual incube cumprir o objeto da avença em primeiro lugar, pode exigir da outra a prestação prometida, ou garantias, se tiver ocorrido uma diminuição no patrimônio desta última capaz de comprometer a execução do contrato.

Desconstituição do Vínculo Contratual

Sendo o contrato uma espécie de vínculo obrigacional, todas as causas extintivas de obrigações dão ensejo à sua desconstituição. Assim, a prescrição, a confusão, a compensação etc., causam o desfazimento da relação contratual. Fora estas causas, a desconstituição do contrato pode também decorrer da invalidação ou da dissolução do vínculo.

A invalidação de um contrato ocorre em função de causas anteriores ou contemporâneas à constituição, a saber, a incapacidade das partes, a ilicitude do objeto, a inidoneidade da forma ou vício de consentimento ou social (dolo, erro, simulação etc.). Pode verificar-se, de acordo com a causa operante, uma hipótese de nulidade ou anulabilidade do contrato. Uma e outra atingem a própria validade do ato jurídico praticado, e, por isso, as partes devem retomar à situação em que se encontravam anteriormente ao contrato.

Já a dissolução está relacionada com causas posteriores à constituição do contrato, ou seja, a inexecução e a vontade das partes. Na primeira hipótese, tem-se resolução, e, na segunda, rescisão do contrato.

A resolução resulta do não cumprimento das obrigações assumidas por uma das partes, seja em decorrência de ação ou omissão a ela imputável (resolução voluntária ou culposa), seja em função de fatores externos à atuação do contratante que impossibilitam a execução do contrato, como, por exemplo, o caso fortuito, força maior ou a insolvência (resolução involuntária). Nos contratos bilaterais existe a cláusula resolutiva tácita, pela qual o descumprimento de uma obrigação por um dos contratantes autoriza o outro a requerer, em juízo, a dissolução do vínculo.

Uma doutrina identifica uma terceira modalidade de extinção dos contratos, a rescisão. No seu entendimento, se uma pessoa, por inexperiência ou necessidade, contrata em condições acentuadamente desvantajosas, caracteriza-se um vício de consentimento chamado lesão, que daria ensejo a uma particular modalidade de extinção do contrato – a rescisão. Contudo, esta expressão no meio jurídico brasileiro tem sido largamente utilizada para designar a desconstituição do vínculo contratual em geral, e por esta razão empregar-se-á, aqui, neste seu significado mais amplo.

Contrato de Mútuo

Generalidades

Sob a denominação genérica de empréstimo, reúnem-se duas figuras contratuais, do comodato e do mútuo. Ambas exprimem a idéia de empréstimo, sendo o comodato empréstimo de coisa não fungível e o mútuo empréstimo de coisa fungível.

Teremos nesta síntese o enfoque voltado ao mútuo, encontrado em nosso Código Civil no artigo 1256.

Como já dito, por mútuo (ou empréstimo de consumo) entende-se ser contrato onde uma das partes, o mutuante, empresta à outra, mutuário, coisa fungível devendo esta ser restituída na mesma quantidade, qualidade e gênero.

Os caracteres jurídicos desta espécie de contrato são:

- real,
- unilateral,
- gratuito,
- temporário, e
- translático de domínio.

O objeto mais corriqueiro deste contrato é o dinheiro. Outros também podem sê-lo; todavia e, em atenção a eles, regras específicas podem ser invocadas. Normalmente não há obrigações para o mutuante já que, pelo nosso direito, a entrega da coisa é ato constitutivo do contrato mesmo.

A obrigação primeira do mutuário é restituir o que recebeu, nas condições supra citadas. Não afeta esta obrigação o aumento ou diminuição do seu preço, pois que é a própria coisa que exprime a utilidade para o mutuante e não o seu valor.

Conceito e natureza jurídica do mútuo

O mútuo é espécie do gênero empréstimo. O artigo 1.256 do Código Civil define: “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.”

Segundo Maria Helena Diniz, mútuo é o contrato pelo qual um dos contratantes transfere a propriedade do bem fungível ao outro, que se obriga a lhe restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. De modo que este contrato se distingue do comodato, porque, enquanto aquele tem por objeto coisa não fungível, este concerne às coisas fungíveis. Ora, como as coisas fungíveis são substituíveis indiferentemente umas por outras, não é obrigação do mutuário devolver a mesma coisa recebida, mas sim coisa da mesma espécie.

Desse fato decorre que, recebendo em empréstimo coisa fungível, o mutuário se torna seu proprietário, passando os riscos, desde então, a correr por sua conta. *Res perit domino*. O mutuário, portanto, suportará os riscos desde a tradição como consta no artigo 1.257 do Código Civil. Trata-se de um contrato real, unilateral, em princípio gratuito, e não-solene.

É um contrato real porque só se aperfeiçoa com a entrega da coisa emprestada, não bastando, para sua ultimação, o mero acordo entre os contratantes. Quando um banqueiro concorda em abrir crédito em conta corrente a um cliente, não se caracterizou um contrato de mútuo, mas apenas promessa de levá-lo a efeito. O mútuo se caracteriza quando, após ser a importância do empréstimo creditada na conta do mutuário, se incorpora ao patrimônio do devedor.

A circunstância de o contrato apenas se aperfeiçoar com a entrega da coisa explica o caráter unilateral do negócio. Com efeito, do contrato só resultam obrigações para o mutuário, visto que o único dever do mutuante, que seria a entrega da coisa mutuada, não resulta do contrato, posto que o precede.

O contrato de mútuo surge como ato para socorrer um amigo. Daí presumir a lei seja gratuito. Permite ela, entretanto, se convencie expressamente sua onerosidade.

Os fatos têm desmentido o entendimento do legislador, pois, na prática verifica-se que raramente o mútuo vem despedido de caráter especulativo. De fato, na quase totalidade dos casos de mútuo fixam as partes um juro que é a remuneração pelo uso do capital.

Aliás, a própria lei, ao fixar juros de mora, reconhece a injustiça da gratuidade na utilização do dinheiro alheio.

Trata-se de contrato não solene, pois a lei não determina se revista de forma obrigatória. Todavia, e em relação ao problema da prova, a mesma reflexão feita a respeito do comodato aqui valedora.

Como a lei proíbe, para evidência dos contratos de valor superior a dez cruzeiros, a prova exclusivamente testemunhal, convém ultimar-se por escrito esse tipo de negócio jurídico.

Objeto do mútuo e o empréstimo em ouro ou prata

Como visto, o mútuo tem por objeto coisas fungíveis. Entre estas, figura o dinheiro. Aliás, a maioria dos contratos de mútuo tem por objeto o dinheiro.

O Código Civil, nas idéias liberais do século XIX, permitiu se convencionasse que o mútuo, em moedas de ouro ou prata, fosse resgatado nas mesmas espécies e quantidades recebidas. Tal orientação, aliás, já fora seguida pelo legislador, quando cuidou do objeto do pagamento, pois determinou no artigo 947 § 1º, do Código Civil, a ser lícito às partes estipular que o pagamento se efetuasse em certa e determinada espécie de moeda nacional ou estrangeira. Entretanto, o Decreto nº 23.501, de 27/11/1933, cujo escopo era evitar qualquer expediente tendente a recusar ou restringir nos seus efeitos o curso forçado da moeda brasileira, revogou não só a regra citada no artigo 947, do § 1º, como também a do artigo 1.258, ambos do Código Civil.

No empréstimo de dinheiro vige o nominalismo. Considera-se como valor da moeda o valor nominal atribuído pelo Estado no ato da emissão ou cunhagem. As normas sobre o curso forçado da moeda nacional vedaram a estipulação de pagamento em moedas de ouro e prata ou em moeda estrangeira (Decreto-Lei nº 857/69, artigo 1º).

O Empréstimo a menores e o “*Senatus Consultus*” Macedoniano

A lei, no intuito de proteger o menor, nega ao mutuante, que lhe concedeu empréstimo sem prévia autorização do pai ou tutor, o direito de reaver a importância emprestada, quer do próprio menor, quer de seus fiadores, ou abandonadores, como consta no Código Civil artigo 1.259.

A regra, tradicional nos quadros do nosso direito privado, se inspira nos *senatus consultus macedoniano* e ingressou no Código Civil pela vetusta porta das Ordenações do Reino.

Referidos *senatus consultus* “que tira seu nome do criminoso que matou seu próprio pai para herdar os bens e assim pagar suas dívidas”. Negava ao credor toda ação tendente a obter o pagamento do dinheiro emprestado a um *filius familiae*.

As Ordenações do Reino acolhem igual orientação, que é aplaudida pelos escritores lusitanos. “E porquanto de se emprestar dinheiro aos mancebos filhos familia se dá azo ao converterem em usos desonestos e ocasião de serem viciosos, e se pode presumir, que carregados de dívidas e apertados por elas procurem a morte a seus pais, ou lha desejem: para isto evitar, mandamos que o que emprestar a algum filho, que estiver debaixo do poder de seu pai, quer seja varão, quer fêmea, perca o direito de o pedir a si a seu pai, como a ele, posto que os ditos filhos familia, a que se fez o dito empréstimo saiam do poder de seus pais por morte, casamento, ou emancipação. E da mesma maneira não se poderá pedir aos fiadores, que por eles fiaram” (Liv. IV, Tít. 50, § 2º).

A restrição do artigo 1.259 deixa de incidir nas hipóteses do artigo subsequente, a saber:

I - se a pessoa de cuja autorização necessitava o mutuário, para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente, pois a ratificação retroage à data do ato;

II - se o menor, estando ausente seu pai ou tutor, se viu obrigado a contrair o empréstimo para seus alimentos habituais. Aqui haveria um enriquecimento injusto do menor, se vênha não fosse dada ao mutuante para cobrar aquilo que emprestou, e que não serviu para qualquer ato de esbanjamento do incapaz;

III - se o menor tiver bens por ele adquiridos em serviço militar, de magistério, ou em qualquer outra função pública. Aqui encontramos um resquício da idéia de pecúlio castrense e quase castrense do direito romano. Como é sabido, embora o filho família de início não pudesse ter patrimônio paterno, aos poucos se foi admitindo que constituísse pecúlio próprio, com os bens que ganhasse na vida militar (pecúlio castrense), ou em atividades paralelas (pecúlio quase castrense).

O codificador de 1.916, inspirado nessas noções, permitiu que o menor que tivesse bens granjeados no serviço militar e em função pública (portanto pecúlio castrense e quase castrense) obtivesse empréstimo válido, par a cuja solução responderiam esses bens.

Washington de Barros Monteiro observa, com a habitual acuidade, ser ocioso o dispositivo, pois o menor se torna capaz através dos fatos indicados pelo legislador no artigo 391, II, do Código Civil. (2000, p.241).

Note-se que o legislador não abriu ostensivamente, para o menor mutuário, a exceção genérica no sentido de poder o credor se reembolsar da importância a ele emprestada, sem autorização de seu representante, até o montante em que provasse ter o menor da mesma se beneficiado. Embora pareça ser intuito do legislador excluir essa hipótese, deve ser ela admitida, com apoio no argumento que veda o enriquecimento indevido e por analogia ao disposto no artigo 1.260, II, do Código Civil.

O mutuante deverá ter aptidão para dispor da coisa emprestada, e o mutuário deverá estar habilitado a obrigar-se. Logo, no mútuo feito a menor, sem a prévia autorização de seu representante legal, o mutuante não poderá reaver a coisa emprestada nem do mutuário, nem de seus fiadores ou abandonadores.

O aumento da garantia resultante da mudança de fortuna do mutuário

Mais de uma vez o legislador, com o propósito de proteger o credor, altera os termos de contrato, quando a fortuna do devedor se deteriora. O preceito básico a respeito se encontra no artigo 954 do Código Civil. Agora, no artigo 1.261, depara-se com regra oriunda de igual intuito.

O credor consente no mútuo tendo em vista as condições de solvabilidade do mutuário. Se estas pioram a ponto de tornar duvidoso o seu reembolso, permite o legislador sejam exigidas garantias de restituição. A pena que sofre o mutuário que desatende tal exigência é a do vencimento antecipado da dívida.

Como no mútuo oneroso o juro cobrado paga não só o aluguel do dinheiro, mas o risco corrido pelo mutuante; a solução legal é injusta, porque permite a cobrança do preço do risco embora procure eliminá-lo.

O mutuante poderá exigir uma garantia da devolução de outra coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade se, antes do vencimento do prazo, o mutuário vier a sofrer notória mudança na fortuna. Se o mutuário não cumprir tal exigência do mutuante, ter-se-á o vencimento antecipado da dívida.

Da onerosidade do mútuo

Como vimos, o Código, tendo em vista a concepção tradicional, presumiu gratuito o mútuo. Tal idéia de repulsa à onerosidade do empréstimo do dinheiro representava um sentimento muito difundido e que se apoiava na concepção de que como o dinheiro não gera dinheiro – *numus numum non gerat numus* – não se justificava o recebimento de interesse por parte do mutuante. Tal entendimento hoje pertence ao passado e sua superação se explica pela sua distinção entre crédito ao consumo e crédito à produção. Enquanto no primeiro talvez se justificasse a restrição, pois quem socorre um necessitado faz ato de caridade, no crédito de produção a idéia de gratuidade é inconcebível.

Com efeito, o empresário que toma dinheiro emprestado e o reaplica, obtém ou visa obter um ganho. De modo que se pode dizer, na hipótese que *numus numum gerat*. Daí a legitimidade da cobrança de interesses. Se as restrições contra o empréstimo oneroso se diluíram no tempo, elas permanecem vivas no que diz respeito à excessiva elevação da taxa de juros.

O Código Civil, produto de uma época de excessivo liberalismo, deixou ao arbítrio das partes a fixação da taxa de interesses, permitindo, igualmente, o anatocismo, ou seja, a capitalização dos mesmos. Entretanto, menor duração teve este regime, pois a Lei da Usura (Dec. nº 22.626, de 7 abril de 1933) veio alterá-lo, com disposições consideradas de ordem pública, das quais as mais importantes são as seguintes:

- são proibidos juros contratuais superiores a doze por cento ao ano;

- a cláusula penal não pode ser superior a dez por cento do valor do contrato e se destina ao pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios, ficando, assim, vedada sua exigibilidade quando não haja cobrança judicial da dívida;
- considerou delito todo o procedimento, ostensivo ou simulado, desobediente da lei.

O mútuo feneratício ou oneroso é permitido no nosso Direito, uma vez que a lei possibilita que, por cláusula expressa, se fixem juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis, desde que não ultrapassem a taxa de 12% ao ano, sob pena de serem restituídos por meio da *condictio indebiti* (Dec. n° 22.626/33, artigos 1°, 2° e 13; Lei n° 1.521, artigo 2°). Está vedada a capitalização dos juros pela Lei da Usura.

O mútuo e a desvalorização monetária

Problema da mais alta relevância é o do montante da prestação a ser paga pelo mutuário, em caso de desvalorização monetária. Tal questão, de pequena monta nos países de moeda estável, é da mais extraordinária relevância naquelas nações que, como a nossa no presente momento, se vêem assoberbadas por uma inflação galopante. Deve o mutuário pagar apenas a quantia que recebeu, ou pode ser compelido a fornecer prestação de valor equivalente ao que lhe foi entregue pelo mutuante? Por exemplo: o mutuário, que recebeu de empréstimo cem reais, em 1° de janeiro de 1999, se libera da obrigação oferecendo essa importância em 1° de janeiro de 2001, quando a mesma perdeu mais da metade de seu valor aquisitivo, ou deve ser obrigado a oferecer, digamos, a importância de duzentos reais, que corresponde, na data especificada, ao valor da importância mutuada?

A lei brasileira adotou o princípio do nominalismo, consagrado no artigo 1.895 do Código Napoleônico, segundo o qual a obrigação que resulta de um empréstimo em dinheiro é sempre a soma numérica enunciada no contrato. A regra se encontra em nosso Código Civil, cujo artigo 1.256 diz que o mutuário deve restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, quantidade e qualidade.

De modo que, por mais que se altere o valor da moeda, a obrigação do mutuário será sempre a soma numérica enunciada no contrato. Tal idéia se inspira em um interesse do Estado, que não pode permitir que seus jurisdicionados alterem os efeitos de sua interferência no mercado monetário.

O mutuário que vier a pagar juros não estipulados contratualmente, apesar de inexigíveis, não poderá reclamar sua devolução, nem imputá-los no capital. Se o fez por uma obrigação natural, será tido tal ato como um pagamento, desvinculado do capital, objeto do empréstimo.

Do prazo do mútuo

Trata o Código Civil a respeito no seu artigo 1.264. O mútuo é concluído por certo prazo. Se fosse perpétuo, ter-se-ia a doação. Se não se convencionar expressamente o tempo de sua duração, seu prazo será:

- até a próxima colheita, se se tratar de empréstimos de produtos agrícolas tanto para o consumo como para a sementeira;
- de trinta dias, se de dinheiro, salvo prova em contrário;
- do espaço do tempo declarado pelo mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

Efeitos jurídicos

Com a sua celebração, o mútuo passará a produzir efeitos de direito, tais como:

- Gera obrigações ao mutuário, como as de restituir o que recebeu em coisa de mesma espécie, qualidade e quantidade, dentro do prazo estipulado; se for impossível tal devolução, por causa que lhe é imputável, poderá devolver a coisa devida pelo seu equivalente pecuniário (não pode compelir o mutuante a receber por parte, se isto não tiver convencionado), e a obrigação de pagar os juros, se feneratício o mútuo.

- Confere direitos ao mutuante, como os de exigir garantia da restituição, caso o mutuário venha a sofrer antes do vencimento do prazo notória mudança no seu patrimônio; como o direito de reclamar a restituição de coisa equivalente, uma vez vencido o prazo ajustado. Se no contrato não se fixou termo para o seu vencimento, a exigência da devolução poderá ocorrer a qualquer tempo, desde que se notifique o mutuário, fixando prazo razoável para a solução do débito, excetuando-se as hipóteses do artigo 1.264, I e II, do Código Civil. Também o direito de demandar a resolução do contrato se o mutuário, no mútuo feneratício, deixar de pagar os juros.

Tem o mutuante certos deveres que não constituem efeitos da obrigação contratual assumida, mas elementos imprescindíveis para a formação do contrato. Trata-se da obrigação de entregar a coisa objeto do mútuo, abster-se de interferir no uso (ou seja, consumo) da coisa durante toda a vigência do contrato, não exigindo a sua restituição antes do término do prazo convencionado, exceto se houver algum motivo que autorize a rescisão contratual.

Causas extintivas

Extinguir-se-á o mútuo havendo:

- vencimento do prazo convencionado para a sua duração;
- ocorrência das hipóteses do artigo 1.264 do Código Civil;
- resolução por inadimplemento das obrigações contratuais, como por exemplo, em caso de não pagamento dos juros convencionados no tempo e forma devidos;
- distrato, se mutuante e mutuário resolverem, de comum acordo, pôr termo ao contrato antes de seu vencimento;
- resilição unilateral por parte do devedor, visto que se presume que o prazo foi concedido em seu favor, salvo se o contrário resultar do contrato ou das circunstâncias (artigo 126 do Código Civil). Logo, há presunção de que o mutuário terá direito de pôr fim ao negócio a qualquer momento, oferecendo a prestação;
- efetivação de algum modo terminativo previsto no próprio contrato, em uma de suas cláusulas.

Contrato Habitacional

O Sistema Financeiro da Habitação (SFH) foi criado pelo Governo Federal pela Lei 4380/64, com o claro objetivo de facilitar a aquisição da casa própria pela população de baixa renda, para que todo o povo brasileiro pudesse realizar o sonho da casa própria.

O interesse social do Sistema Financeiro era transparente, e gerava a sensação de que o dinheiro emprestado retornaria aos cofres públicos, possibilitando que o povo brasileiro pudesse, cada vez mais, realizar o sonho da casa própria.

Com efeito, bom era o objetivo pretendido pelo Governo, e boa era a intenção do Sistema, não fossem, além dessa incapacidade, as crises econômicas que atravessamos e que atingiram diretamente não só os contratos, mas todo o Sistema Financeiro de Habitação, que atualmente já não tem condições de atingir objetivos prometidos.

Ensina Alcio Figueiredo que: “Este esquema de simplicidade acabou deturpado, principalmente nos últimos anos, porque o SFH, ao tentar cumprir o seu caracter social, beneficiou classes sociais privilegiadas, que se aproveitam da incapacidade gerencial da Administração Pública”.

Devido os abusos que os Bancos praticam, o mutuário encontra-se em dificuldade tendo que optar ou pelo pagamento da prestação do seu imóvel, ou pela manutenção das necessidades de sua família. Em verdade, o Sistema Financeiro de Habitação não cumpriu o seu papel social, e não se presta ao fim pretendido.

Visão dos contratos do Sistema Financeiro de Habitação

O Sistema Financeiro de Habitação foi criado como um programa social, mas o saldo devedor que nunca acaba, e prestações que sempre sobem, têm gerado um problema social e o desassossego de muitas famílias.

As ações judiciais movidas pelos mutuários, que têm como objeto as cláusulas dos financiamentos do SFH, multiplicam-se vertiginosamente nos órgãos jurisdicionais competentes. Nestas lides, a Caixa Econômica Federal (Caixa), por ser a gestora dos recursos do SFH, configura como sujeito passivo.

O grande número de litígios e suas óbvias implicações na condução dos contratos do SFH atraíram de forma substancial a atenção da imprensa. A abordagem da mídia sobre a questão, contudo, nem sempre se reveste do necessário embasamento econômico e jurídico. A complexidade que cerca a problemática inviabiliza a emissão de qualquer parecer, em benefício de quaisquer dos pólos da relação contratual, sem que se proceda uma análise precisa dos instrumentos legais que regulam a matéria. Há de se considerar, também, as influências da conjuntura econômica do país.

Antes de se dar continuidade à presente análise, faz-se indispensável acentuar que não se objetiva o patrocínio dos interesses de nenhuma das partes envolvidas. Pretende-se somente elencar dados relevantes sobre a questão, inseridos no atual quadro econômico, de forma desprovida de qualquer parcialidade.

Isto posto, a princípio, deve-se acolher o entendimento de que as condições impostas aos mutuários, hodiernamente, demonstram-se insuportáveis. O valor das prestações vem onerando de forma crescente a renda familiar dos devedores do SFH. Além disso, o montante do saldo devedor não sofre uma amortização que conduza à extinção da dívida no prazo previsto. Para agravar ainda mais o quadro, o país encontra-se imerso em profunda recessão e as estatísticas indicam altos índices de desemprego. Ao se direcionar os efeitos de tais indicadores econômicos aos financiamentos do SFH constata-se, como consequência imediata e inevitável, o aumento da inadimplência. A impontualidade do pagamento, por sua vez, ocasiona a incidência de juros moratórios, dentre outros, que dilatam, ainda mais, o valor da dívida.

A notoriedade da difícil situação dos mutuários, como revelado, torna desnecessário o prolongamento de sua exposição. No que cerne à apuração da responsabilidade da Caixa, entretanto, vincula-se nos meios de comunicação que a culpa integral pelo presente cenário reside na imperícia da referida instituição financeira no cumprimento das funções a ela atribuídas. Acontece que tal acusação não pode subsistir, sem que se indiquem os necessários supedâneos técnico-jurídicos a lhe oferecer suporte.

Os contratos, cujas prestações estão sendo submetidas à apreciação do Poder Judiciário, consistem naqueles regidos pelos Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional, PES-CP (Leis nº 8.004/90 e 8.100/90) e Plano de Equivalência Salarial por Comprometimento de Renda, PES-CR (Lei nº 8.692/93). Assim, nos contratos assinados nas condições do PES-CP, as prestações só poderiam sofrer elevação no caso de ocorrência de aumento salarial para a categoria profissional do mutuário. Já nos contratos, em que se inseriu as normas do PES-CR, as prestações não poderiam comprometer o rendimento do devedor em níveis superiores a 30% (trinta por cento).

A correção do saldo devedor representa o ponto de interseção entre essas duas modalidades de financiamento. Em qualquer dos instrumentos, o valor da dívida submete-se aos mesmos índices de atualização aplicados sobre a fonte dos recursos do empréstimo. Como os empréstimos do SFH têm lastro nas contas do FGTS ou na caderneta de poupança, deve-se fazer incidir sobre o saldo devedor o índice aplicável sobre estes fundos. Elucida-se que todas as instituições financeiras aplicam sobre a poupança a TR e juro de 6% ao ano; enquanto para o FGTS, TR e juro de 3% ao ano. A determinação contratual que atrela a dívida aos índices correspondentes do lastro da operação demonstra-se coerente, haja visto ser imperativo que a mesma recupere o valor liberado no empréstimo acrescido da correção da poupança ou do FGTS, conforme o caso. Cabe ressaltar ainda que o titular da poupança e do FGTS percebe os valores decorrentes dos rendimentos inerentes a estas contas, sendo a Caixa a responsável por estas quantias adicionais.

Decorre, dessa maneira, que, ao se atrelar o débito do financiamento aos índices do citado fundo, em respeito à previsão contratual, a Caixa não obtém nenhuma vantagem econômica. A remuneração do ente bancário é obtida mediante a apuração dos juros pactuados no contrato.

Ações na Justiça são propostas, com o escopo de se obter a declaração de nulidade das cláusulas que inserem a forma de correção do saldo devedor. Fundamenta-se tal pedido na alegação de que a imposição dos índices de reajuste contraria princípios do direito contratual. É julgado acerca da regularidade da atualização do valor das dívidas com base na TR, que corrige a poupança, revelando-se clara divergência jurisprudencial. Com o objetivo de evidenciar a existência de decisões conflitantes, mencionar-se-á uma série de acórdãos de órgãos jurisprudenciais distintos e de diferentes instâncias. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela legalidade da aplicação da TR nos contratos do SFH, quando a matéria foi suscitada no Recurso Especial de número 1998/0030135-6. De forma diversa, os membros do Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisão para a ADIN-493/DF, entenderam ser inconstitucional a imposição do citado índice. No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, a questão também não se demonstra pacífica. A título de ilustração, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, existem registros jurisprudenciais que consagram a adequação da incidência da TR sobre os financiamentos do SFH (TRF 1ª Região – AC 1999.01.00.019101-0 – BA – 3ª Turma – Rel. Juiz Orlindo Menezes – DJU 18.12.1998 – p. 1435) e outros que determinam o contrário, ou seja, sua inaplicabilidade sobre o saldo devedor (AC. 96.01.47386-6/GO, p. 43, j. 2.6.98, unânime).

Com a implantação do Plano Real, a inflação sofreu uma redução gradativa, fato este que beneficiou vários setores produtivos. Em contrapartida, a poupança, que no período inflacionário representava recurso a impedir a perda do valor aquisitivo da moeda, apresentou queda significativa no volume de investimentos. Tal indicador consiste, para qualquer nação, uma ameaça à estabilidade das contas do Estado, uma vez que o montante depositado na poupança é repassado para o Governo. Isto significa dizer que, em um país que apresenta elevados recursos nas contas da poupança, o Estado dispõe de recursos a custos (juros) mais baixos do que daqueles angariados por outros meios viáveis. Destarte, a diminuição do interesse, do apelo popular pela poupança, teve implicações diretas nas finanças estatais.

Diante deste quadro, o Governo, através da Lei nº 8.177/91, editou normas para a estipulação de um índice que revitalizasse a poupança: a TR. A mesma, justamente por sua função teleológica, excede a simples correção monetária, a fim de oferecer benefício ao poupador e, assim, incentivá-lo a fazer uso desta modalidade de investimento. Acontece que, ao se privilegiar o titular da poupança, onerou-se excessivamente o mutuário do SFH, já que a dívida deste se encontra vinculada aos índices da poupança e, conseqüentemente, do FGTS.

Como tentativa de contornar a questão, a Caixa, considerando que nos contratos em tela a prestação deveria ser relacionada com o saldo devedor, promovia a alteração do PES-CP e do PES-CR pelo SACRE, nos casos de assinatura do termo de renegociação da dívida. Mediante esta sistemática, a Caixa efetiva reajustes anuais nas prestações, visando possibilitar a amortização da dívida.

Ao elevar as prestações, sem anterior aumento dos rendimentos dos mutuários, o mencionado ente bancário compromete de forma insuportável estes devedores, o que tem ocasionado uma avalanche de processos em razão desta conduta. Em resumo, há de se apreciar dois aspectos referentes aos empréstimos em questão: o índice da poupança e a política salarial. A instituição da TR, taxa fixada em índice acima da inflação, em conjunto com a paralisação dos aumentos salariais, provocou o atual e preocupante quadro.

Quanto às prestações, os mutuários estão recorrendo à Justiça com o escopo de lograr a redução dos valores cobrados. A análise da questão, todavia, revela que o acolhimento judicial de tal pretensão não seria benéfico para nenhuma das partes litigantes. Se for determinada a diminuição das prestações para o valor cobrado na data da verificação do último aumento salarial, a dívida assumiria caráter perpétuo. O montante da prestação, neste caso, não possibilitaria a amortização do saldo devedor.

Assim, mesmo na hipótese de que o mutuário honrasse em dia seus pagamentos, sua dívida só se dilataria.

Também para a questão da forma de atualização do saldo devedor, não se vislumbra meio idôneo a dirimir o conflito de interesses entre a instituição bancária e os devedores. Se por um lado os mutuários são submetidos à aplicação de índice especulativo sobre o débito, de outro, a incidência da TR revela-se indeclinável para a estabilidade financeira do SFH e, conseqüentemente, da Caixa.

Sistema Financeiro de Habitação: estrutura legislativa

Em virtude do disposto no art. 192 da Constituição Federal de 1988, o Sistema Financeiro Nacional e, dentro dele, o Sistema Financeiro de Habitação, são regidos por leis materialmente complementares. As mudanças legislativas pós-Constituição, bem como os regulamentos dos órgãos que ainda detêm poderes normativos devem levar em conta esse aspecto, sob pena de o Poder Judiciário, ao aplicá-las, desconsiderar grande parte de seus dispositivos atendendo à hierarquia das leis.

O Sistema Financeiro Nacional, nos termos do art. 192 da Constituição de 1988, “será regulado em lei complementar”. A idéia do constituinte era de que tal regulamentação fosse editada no prazo de cento e oitenta dias ao cabo do qual estariam revogados “todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa...” (art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). A ressalva “sujeito este prazo à prorrogação por lei”, constante do último dispositivo, faz com que até hoje, passados mais de dez anos, o sistema financeiro nacional seja praticamente o mesmo de antes da Constituição. O sistema é regulado ainda hoje pela Lei nº 4.595, de 31/12/64, agora promovida à lei materialmente complementar, em virtude daquela disposição do art. 192 da Constituição.

Na cúpula do sistema está o Conselho Monetário Nacional, com imensos poderes normativos que o constituinte pretendeu abolir em seis meses. De início, o Conselho era integrado por nove membros que, na prática, seguiam a orientação de seu presidente, o ministro da Fazenda. A grande estrutura do sistema, porém, chama-se Banco Central da República do Brasil. Ele é a secretaria do Conselho Monetário, devendo cumprir e fazer cumprir suas normas. Na prática, o Banco Central é o laboratório onde são geradas e trabalhadas as idéias norteadoras do sistema financeiro, nos seus escaninhos burocráticos que ganham depois burilamento técnico gerador de aparência que permite que elas aterrizem no Diário Oficial da União.

Os problemas dos Sistemas Financeiros, Nacional e da Habitação, agravaram-se após a Constituição de 1988.

Isso parece particularmente verdadeiro no sistema financeiro da habitação. Dentre as atribuições privativas do Conselho Monetário Nacional, está a de “disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras” (art. 4º, VI, da Lei nº 4.595). Ocorre que, anteriormente à edição da Lei nº 4.595, já existia a Lei nº 4.380, de 21/8/64, que, entre outras medidas, instituiu o “sistema financeiro para aquisição da casa própria”.

Essa lei sofreu alterações ao longo do tempo e foi recepcionada pela Constituição de 1988. Como ela trata também de parcela significativa do sistema financeiro nacional, entendemos que, em grande parte, ela foi recebida como lei materialmente complementar.

Verifique-se, a propósito, o que há no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 4.380: O Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito fixará normas que regulam as relações entre o sistema financeiro da habitação e o restante do sistema financeiro nacional, especialmente quanto à possibilidade, às condições e aos limites de aplicação de recursos da rede bancária em letras imobiliárias, emitidas, nos termos desta lei, pelo Banco Nacional da Habitação. Ou seja, a própria lei básica que criou o Sistema Financeiro da Habitação declara que ele integra o sistema financeiro nacional, sendo que a

relação entre ambos seria regulada pelo Conselho da antiga SUMOC, predecessora do atual Conselho Monetário Nacional.

É de observar-se, por exemplo, que o art. 5º da Lei nº 4.380, de 21/8/1964, estabelece, para toda a duração do contrato, a permanência da relação original entre a prestação mensal de amortização e o salário do tomador do empréstimo. Para isso, a lei estabeleceu que, relativamente aos funcionários públicos, cujos vencimentos eram reajustados em lei, fosse levada em consideração a percentagem nela estabelecida. Quanto aos mutuários não funcionários públicos, o índice que seria levado em consideração era o do salário-mínimo. Pode ser que os critérios tenham mudado ao longo do tempo, índices foram mudados várias vezes, mas o princípio aí esculpido, somente poderá ser alterado por lei complementar.

Como o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não há direito adquirido a determinado índice, isso não é matéria objeto de lei complementar. Até que ponto a Lei nº 8.692, de 28/7/93, que criou o Plano de Comprometimento de Renda (PCR), está de acordo com esse sistema de equalização renda/prestação? Dispõe ela em seu art. 2º que os contratos de financiamento habitacional celebrados em conformidade com o Plano de Comprometimento de Renda estabelecerão percentual de, no máximo, trinta por cento da renda bruta do mutuário destinado ao pagamento dos encargos mensais. Nos encargos mensais estão incluídos amortização, juros e seguros. Há, é certo, diferenças conceituais.

Pela Lei nº 4.380, não se pode alterar a relação original entre a prestação mensal de amortização e o salário do mutuário. Já aqui se admite reajustar o valor do encargo mensal até o percentual máximo de renda estabelecido no contrato, sem considerar a relação inicial. O princípio já havia sofrido alteração com a introdução da equivalência salarial como critério de reajustamento das prestações pelo Decreto-lei nº 2.164, de 19/9/84 (art. 9º), o qual, entretanto, permitia utopicamente uma folga de pelo menos sete pontos percentuais em favor do mutuário se o salário aumentasse, no mesmo período, mais que a variação da UPC.

Entendemos que essa modalidade não vulnera o princípio básico na medida em que preserva a capacidade de pagamento do mutuário e também garante a sobrevivência do sistema financeiro da habitação, embora passe a onerar inteiramente os acréscimos de rendimentos que vierem a ser obtidos pelos mutuários. Já o mesmo não se pode dizer quanto aos financiamentos da chamada faixa livre. Criação do legislador complementar Conselho Monetário Nacional (Resolução nº 1.446/88), a faixa livre abriga financiamentos habitacionais com encargos convencionados entre as partes (Circular nº 1.278, de 5/1/88, do Banco Central). Dizer “encargos convencionados entre as partes” é dizer, todos sabem, que o mutuário ingressa no território livre dos banqueiros. Nos financiamentos dessa faixa (20% de 65% dos recursos captados em poupança), o princípio da correlação entre a renda do mutuário e os encargos assumidos desaparecem. Ficam assegurados apenas os ganhos dos banqueiros, com o retorno dos recursos aplicados garantido pela hipoteca do imóvel.

Outra incongruência a comprometer o princípio de manutenção da relação renda/prestação é a aplicação da famigerada TR (Taxa Referencial de Juros) no reajuste das prestações mensais e do saldo devedor. Embora seu emprego, como taxa de juros, tenha sido condenado há muitos anos pelo Supremo Tribunal Federal, é mantida impavidamente pela tecnocracia oficial, fazendo com que a Justiça mais se sobrecarregue de processos repetitivos.

A criatividade veio no bojo de mais um plano econômico. O art. 18 da Lei nº 8.177, de 1/2/91, determinou a aplicação da TR, então criada, nas cadernetas de poupança e nas prestações e saldos devedores do Sistema Financeiro da Habitação. Hoje a jurisprudência caminha firmemente no sentido da devida correção de rumos. Veja-se, a propósito, recente julgamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Diário da Justiça, Seção 2, de 17/5/96, p. 31.863-8). Contrariamente ao que vinha entendendo esta turma, não pode a TR reajustar os saldos devedores; o INPC é o índice adequado já que corresponde à variação do poder aquisitivo da moeda. Também comprometendo grande parte dos financiamentos da “faixa livre”, e talvez muitos outros, a Lei nº 4.380 (art. 6º, alínea e), em absoluta

consonância com o § 3º do art. 192 da Constituição em vigor, estabelece que “os juros convencionais não excedem de 10% ao ano”.

Então, a decisão do Supremo Tribunal Federal, que tem esse dispositivo como de eficácia contida, dependente de regulamentação mediante lei complementar de que cuida o *caput* do referido artigo constitucional, vale para o restante do sistema financeiro nacional e não para grande parcela dos empréstimos habitacionais. O § 3º do art. 5º da Lei nº 4.380 dá uma garantia importante ao tomador de recursos do sistema financeiro da habitação: cada reajustamento entrará em vigor após 60 (sessenta) dias da data de vigência da alteração do salário-mínimo que o autorizar e a prestação reajustada vigorará até novo reajustamento.

Isso, segundo nos parece, é norma geral, equiparável a direito individual, de natureza quase alimentar porque concede uma folga para o mutuário recompor seu orçamento e é importante para a segurança na aplicação do reajustamento da prestação. É direito do participante do sistema, qualquer que seja a data de seu ingresso. Não poderia vir a Lei nº 8.004, de 14/3/90, e atravessar: art. 17. O reajustamento das prestações dos mutuários enquadrados no Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP) levará em consideração também o reajuste de salário concedido no próprio mês da celebração do contrato, ainda que a título de antecipação salarial.

Algumas conclusões. O Tribunal de Contas da União constatou ser lamentável que os dados coletados, uma vez mais, demonstrem o descalabro do Sistema Financeiro Habitacional, com conseqüente prejuízo para a política operacional do Governo e para a população como um todo. Mais do que nunca, nesse momento em que a Nação principia a retomada dos rumos do desenvolvimento e o novo Governo pretende imprimir profundas mudanças de ordem social, econômica e financeira, faz-se necessário alertar o Executivo de que não bastam, ao bom andamento do Estado, a supressão da concessão de benefícios e o aumento da arrecadação, fazendo-se necessária a conjugação desses esforços com uma política de austeridade no controle da aplicação dos recursos públicos (do voto do Ministro Luciano Brandão no proc. TC 25.637/92-4 - Rev. TCU, v. 26, n. 63, p. 1, jan./mar.95).

Acrescentaria que aquele descalabro decorre também do vezo tecnocrático em relação às normas da boa técnica jurídica, com o que se contornam dispositivos legais e princípios tidos como empecilhos aos desígnios oficiais. No entanto, quando se ferem direitos individuais, entra em cena indefectivelmente o Poder Judiciário e correções de rumo necessariamente ocorrerão, mesmo quando tidas como decisões absurdas. Nesse sentido, deve ser estendido o alerta ao Poder Executivo, de que fala o ministro Luciano Brandão, até porque isso vem em prol da tão desejada contenção de despesas, na medida em que se alivia a Justiça de milhares de processos repetitivos decorrentes de normativos ilegais ou mal elaborados.

Também ao Poder Legislativo pode-se imputar a responsabilidade por esse caos não só porque não legisla com boa técnica, mas porque o faz a reboco das medidas provisórias do Poder Executivo e, principalmente, não elabora a lei complementar que deve regulamentar o sistema financeiro nacional. Na verdade, porém, o Sistema Financeiro da Habitação está em extinção. Seu maior inimigo é o entendimento extremamente duvidoso – porque já vem de longa data e nunca deu resultados – de que salário digno gera inflação. Salários comprimidos não podem sustentar o sistema, que exige juros extratossféricos, correção integral e outros acessórios convenientes. De outra parte, não se pode simplesmente pensar em transferir para o contribuinte, debitando-se à conta do Tesouro Nacional, os erros, os rombos e as mazelas do sistema. O contribuinte também possui os seus direitos e o exercício dos mesmos conduzirá a mudanças de rumo das políticas oficiais. De sua parte, o Poder Judiciário deverá continuar aplicando de forma correta e científica as leis, considerando o seu sistema hierárquico e constitucional.

Isso é garantia de segurança social e jurídica. É direito dos cidadãos. E é fator educativo da maior importância para o restabelecimento, inclusive de modo preventivo, do ordenamento jurídico, resgatando tradição de técnica esmerada, já longínqua, de nosso Direito.

Legislação

O Sistema Financeiro de Habitação surgiu no Brasil por força da Lei nº 4.380/64. Evoluiu através dos tempos, estabelecendo novas regras, graças a uma série de atos legislativos, como abaixo se vê:

Lei nº 4.380 de 21 de agosto de 1964: Instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional de Habitação (BNH) e sociedades de crédito imobiliário, as letras imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências.

Lei n.4.864 de 29 de novembro de 1965: Cria medidas de estímulo à indústria de construção civil, e dispõe sobre as sociedades de crédito imobiliário.

Lei nº 5.049 de 29 de junho de 1966: Introduce modificações na legislação pertinente ao Plano Nacional da Habitação.

Decreto-lei n.19 de 30 de agosto de 1966: Obriga a adoção da Cláusula de Correção Monetária nas operações do Sistema Financeiro da Habitação e dá outras providências.

Lei nº 5.455 de 19 de junho de 1968: Altera dispositivos da lei nº 4380 de 21 de agosto de 1964, cria o Banco Nacional de Habitação (BNH), e sociedades de crédito imobiliário, as letras imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo, e dá outras providências.

Lei nº 5.741 de 1º de dezembro de 1971: Dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação.

Decreto-lei n.1338 de 23 de julho de 1974: Revoga o artigo 57 e alíneas da Lei 4.380 de 21 de agosto de 1964.

Decreto-lei n.1.593 de 21 de dezembro de 1977: O artigo 29 alterou o artigo 31 da Lei nº 4.864 de 29 de novembro de 1965.

Lei nº 6.748 de 10 de dezembro de 1979: Reduz a exigência de documentação aos pretendentes à aquisição de unidades habitacionais pelo Sistema Financeiro de Habitação, nos financiamentos de valor igual ou inferior a 1.500 Unidades – Padrão de Capital (UPC).

Decreto-lei nº 2.065 de 26 de outubro de 1983: Altera a legislação do imposto de renda, dispõe sobre o reajustamento dos aluguéis residenciais, sobre as prestações dos empréstimos do Sistema Financeiro de Habitação, sobre a revisão do valor dos salários, e dá outras providências.

Decreto-lei nº 2.164 de 19 de setembro de 1984: Institui Incentivo Financeiro para os Adquirentes de Moradia própria através do Sistema Financeiro de Habitação, a equivalência Salarial como Critério de Reajustamento das prestações, e dá outras providências.

Decreto-lei nº 2.240 de 31 de janeiro de 1985: Dá nova redação a alguns artigos do Decreto-lei n.2.164 de 19 de setembro de 1984.

Decreto-lei nº 92.492 de 25 de março de 1986: Regulamenta disposições do Decreto-lei nº 2.284 de 10 de março de 1986, especialmente quanto ao Sistema Financeiro de Habitação e de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Decreto-lei nº 92.591 de 25 de abril de 1986: Dispõe sobre a conversão para cruzados dos saldos de contratos do Sistema Financeiro da Habitação, e dá outras providências.

Decreto-lei nº 2.291 de 21 de novembro de 1986: Extingue o Banco Nacional de Habitação – BNH, e dá outras providências.

Decreto-lei nº 94.060 de fevereiro de 1987: Define a atualização “pro rata temporis” e a conversão para cruzados dos saldos das obrigações com cláusula de reajuste monetário no primeiro dia do trimestre civil, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, e dá outras providências.

Lei nº 8.004 de 14 de março de 1990: Dispõe sobre a transferência de financiamento no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, e dá outras providências.

Lei n.8.088 de 31 de outubro de 1990: Dispõe sobre a atualização do Bônus do Tesouro Nacional e dos depósitos de poupança e dá outras providências.

Lei nº 8.100 de 05 de dezembro de 1990: Dispõe sobre o reajuste das prestações pactuadas nos

contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação vinculados ao Plano de Equivalência Salarial, e dá outras providências.

Lei nº 8692 de 28 de julho de 1993: Define planos de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores nos contratos de financiamento habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação e dá outras providências.

Lei n.9.069 de 29 de junho de 1995: Dispõe sobre o Plano Real, Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do Real e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências.

Irregularidades em destaque

- O reajuste da prestação em desacordo com a variação salarial, flagrante desrespeito ao Contrato.
- Utilização de planos de reajustamento não regulamentado por lei.
- Inobservância do limite de 30% da relação prestação/renda, flagrante desrespeito à legislação do SFH.
- Desrespeito ao limite da taxa de juros, flagrante desrespeito à legislação do SFH e Constituição Federal.
- Capitalização dos juros, flagrante desrespeito à lei.
- Taxa de seguros em valores excessivos, flagrante desrespeito à filosofia do SFH.
- Desrespeito à forma de amortização acarretando um saldo devedor crescente, flagrante desrespeito à lei.
- Aplicação do TR sem lei que autorize tal prática, flagrante desrespeito a legislação do SFH, substituição pelo INPC.
- Incidência de 84,32% sobre o Saldo Devedor, referente ao IPC de março de 1990.
- Inscrição do nome dos devedores nos Órgãos de Proteção ao Crédito, flagrante desrespeito à lei Civil, CDC e CF.
- Execução de contrato em situação irregular, flagrante desrespeito à legislação processual.
- Leilão Público de imóvel financiado, flagrante desrespeito à Constituição Federal, execução e realização de leilões indevidos.
- Crédito prejudicado – inscrição indevida do nome do devedor nos SPC's.

Conclusão

Em verdade, o Sistema Financeiro da Habitação não cumpriu o seu papel social, e não se presta ao fim pretendido. Nesse passo, ainda hoje, assiste o contratante/devedor, em completa desvantagem, a elevação da responsabilidade contratual, isso porque deixou a legislação de considerar, tão somente, o prazo de pagamento contratado, havendo, ao fim desse prazo, necessidade de renegociação do saldo remanescente, notando-se, em contra-partida, vantagem auferida pelo agente financeiro – Caixa Econômica Federal, de forma unilateral, em detrimento do financiado.

Emerge dessa renegociação um outro instituto jurídico: a novação. O contratante devedor é conduzido a aceitar novas condições, prazos, taxas e índices de correção do valor renegociado.

Portanto, diante dessa realidade imperiosa e da análise de tal situação financeira, especialmente perante a Lei nº 8.078, de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – promulgada por determinação constitucional, e, em especial, diante do Código Civil Brasileiro, merecendo essa relação contratual e financeira – contrato habitacional – qualquer outra denominação, menos a que lhe foi atribuída, ou seja “Contrato de Mútuo”.

Referências Bibliográficas

- COSTA, Wagner Veneziani; JUNQUEIRA, Gabriel J. P. *Contratos manual prático teórico*. São Paulo: Ícone, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1994. V. 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 3.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria geral do contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1990.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações : 2ª parte*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REVISTA de Direito Bancário e do Mercado de capitais. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo .Ano 2, N.º janeiro – abril 1999.
- GUIA LEGISLATIVO. *Direito Imobiliário e ambiental*. São Paulo, 1999.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1996.

The mortgage contract as mutual, for the civil code

Abstract

We come to serow that the mortgage contract suffered serious alterations through the times, that came to be added to your original and legal edition, resulted on the certainty that it is not a “mutual” one, as defined and regulated by the Brazilian Civil Code. Since its edition and along the times, the Mortgage Contract has always been identified on the juridical and financial ways completely disfigured as “mutual contract”. The renegotiation of the indebted balance, at the end of the contractual period, creates a new juridical institute: the *innovation*, that obeys a new dead line and new payment conditions, dragging through the times, until the “eventual” and definitive quittance. We certainly believe that, the contractual relationship, deserves as for the Civil Code, any other denomination, but the one that was attributed to it as “mutual”, because it doesn’t frame to this institute.

Key words: mortgage contract; mutual; mutual mortgage; habitation.

VIEIRA NETO, H.; GWIGGNER, M. C.; COSTA, N. A.; TAVARES, R. R.; GOMES, S. H. The mortgage contract as mutual, for the civil code. *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 105-121, mar. 2001.