



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**Crédito consignado e direito à moradia:
obstáculos e possibilidades na tutela do
direito à cidade e do direito do consumidor.**

por

THIAGO CALDAS FRANCO

Orientadora:

ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI

2007.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE

JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22451-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

Crédito consignado e direito à moradia: obstáculos e possibilidades na tutela do direito à cidade e do direito do consumidor.

por

THIAGO CALDAS FRANCO

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Rosângela Lunardelli Cavallazzi

2007.2

Agradecimentos

À minha família, especialmente meus pais, pelos exemplos de vida e pelo apoio e amor incondicionais.

Aos meus amigos, pelo companheirismo, pela solidariedade e por proporcionarem uma convivência extremamente prazerosa.

Aos colegas do grupo de pesquisa, pelo apoio, ajuda, troca de opiniões, reflexões e dúvidas.

À minha orientadora, professora Rosângela Lunardelli Cavallazzi, pela honra de participar do seu grupo de pesquisa de iniciação científica, pela paciência, pelos ensinamentos generosos e pelo apoio.

Resumo

Franco, Thiago Caldas. **Crédito consignado e direito à moradia: obstáculos e possibilidades na tutela do direito à cidade e do direito do consumidor**. Rio de Janeiro, 72 p. 2007. Monografia de final de curso – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Com o intuito de compensar o déficit habitacional no Brasil, foi editada a Medida Provisória 321/2006, posteriormente convertida na Lei 11.434/2006. Dessa forma, ampliou-se para o setor imobiliário a aplicação da Lei n. 10.820, relativa ao crédito consignado. Em uma sociedade de consumo, o crédito deve, a princípio, ser considerado como forma de inclusão, entretanto, poderá vulnerabilizar ainda mais o cidadão no tocante ao justo direito essencial à moradia. A oferta de crédito tem ignorado os valores sociais do trabalho e impedido a prevenção do endividamento, desconhecendo qualquer noção de dignidade da pessoa humana e violando a função social do contrato. O endividamento é um fato inerente à vida na atual sociedade de consumo e a concretização do direito à moradia está intimamente ligada à ocupação do solo urbano. A partir desta lógica, se torna evidente a necessidade de que a abordagem do contrato de financiamento imobiliário, para que se identifique seus obstáculos e possibilidades, seja feita a partir do direito urbanístico e do direito do consumidor.

Palavras-chave

Direito do consumidor. Contrato de mútuo imobiliário. Desconto em folha.
Direito à cidade. Obstáculos e possibilidades.

Sumário

INTRODUÇÃO	- 4 -
1. O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À MORADIA	- 8 -
1.1 – EVOLUÇÃO	- 8 -
1.2 – A QUESTÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	- 14 -
2. A TUTELA DO DIREITO À CIDADE E DO DIREITO DO CONSUMIDOR	- 21 -
3. O CONTRATO DE MÚTUO IMOBILIÁRIO	- 27 -
3.1. CARACTERIZAÇÃO E NATUREZA DO CONTRATO	- 28 -
3.2. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CONTRATO DE MÚTUO IMOBILIÁRIO À LUZ DO DIÁLOGO DAS FONTES	- 31 -
4. OBSTÁCULOS E POSSIBILIDADES FACE AS REPERCUSSÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO CONTRATO DE MÚTUO IMOBILIÁRIO COM A CLAUSULA DE DESCONTO EM FOLHA	- 41 -
4.1 . POSSIBILIDADES	- 41 -
4.2. OBSTÁCULOS	- 47 -
5. CONCLUSÃO	- 64 -
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	- 69 -
ANEXO I	- 73 -

Introdução

Fato notório que pela simples análise da paisagem em qualquer grande cidade brasileira nota-se o contexto da carência da população na tutela dos direitos sociais, principalmente o direito à moradia.

O Ministério das Cidades divulgou em 2004 dados de pesquisa feita pela Fundação João Pinheiro, que aponta um déficit habitacional de aproximadamente 7,2 milhões de novas moradias no Brasil¹.

A situação demonstra o grau de vulnerabilidade de grande parte da população brasileira, em sua maioria de baixa renda, constrangida a se instalar em áreas carentes de serviços públicos, muitas vezes áreas de preservação ambiental, em loteamentos clandestinos ou irregulares, assentamentos sem qualquer saneamento básico e infra-estrutura, demandando ações mais consistentes do Poder Público na área de habitação, tendo em vista que o direito à moradia, sendo um direito humano, social, metaindividual e fundamental, é assegurado na Constituição da República de 1988 pelo artigo 6º. Importante lembrar que o referido direito só foi incorporado ao rol dos

¹ In *Estudo vê exagero em escassez de moradia*. Reportagem do Jornal *Folha de São Paulo*, do dia 19 de dezembro de 2004. Disponível também no site <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u103202.shtml>. Acesso em 07 de março de 2006. Inicialmente, o déficit estimado para 2000 pelo Ministério das Cidades/Fundação João Pinheiro foi de 6,7 milhões de novas moradias. O cálculo foi revisto após a divulgação de novos dados do Censo 2000 e passou a 7,2 milhões. Porém, estudos de pesquisadores do IBGE e do Núcleo de Estudos da População da Unicamp questionam o cálculo efetuado pelo governo federal, considerando que há um exagero derivado da inclusão no cálculo de todos os domicílios em que convive mais de uma família. Para o Ministério das Cidades, onde há duas famílias habitando o mesmo domicílio, já existe a necessidade de uma nova moradia. Porém, segundo o IBGE e a Unicamp o que se observa nesses casos são novas formas de convivência em que há ganhos para todas as gerações, por exemplo, o fato das famílias estarem ficando maiores e os idosos estarem vivendo mais, levando-os a morar na mesma residência. Segundo esses pesquisadores, «se o domicílio comporta esse tipo de arranjo e se a convivência for uma questão de opção, então não há porque considerá-lo déficit habitacional, a não ser que haja densidade excessiva de moradores». Assim, segundo a pesquisa do IBGE e da Unicamp o número necessário de novas moradias seria de 3,5 milhões. O Ministério das Cidades, embora defenda a metodologia da pesquisa da Fundação João Pinheiro, concorda que não é possível, a partir dos dados do Censo, estimar com precisão de quanto é o déficit habitacional no Brasil, admitindo que estão sendo discutidas formas de aprimorar o cálculo. Disponível em http://www.fjp.gov.br/exibe_subproduto.php?unidade=todas&produto=9. Acesso em 14 de novembro de 2006.

direitos sociais de nossa Carta Magna pela Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000.

Pietro Perlingieri escreve sobre o direito à moradia, nos lembrando que “O direito à moradia como direito ao acesso à propriedade da moradia é um dos instrumentos, mas não o único, para realizar o gozo e a utilização da casa”². Sem nos esquecermos desta lição, consideramos o direito ao acesso à propriedade uma das mais, se não a mais, importante das facetas que este direito contém. Assim sendo, e como é da natureza dos direitos sociais, o Poder Público teria o dever de patrocinar o acesso à moradia por meio do financiamento de imóveis.

Aparentemente com o mesmo objetivo o Governo Federal anunciou um pacote de medidas que além de, por exemplo, reduzir impostos para materiais de construção, entre outras medidas, permitiu que se realizasse o contrato de mútuo para a aquisição da casa própria por meio do desconto direto em folha de pagamento (crédito consignado) e do uso facultativo da taxa referencial (TR).

Tais medidas foram introduzidas pela Medida Provisória n. 321/2006, posteriormente convertida na Lei 11.434, publicada no Diário Oficial da União aos 28 de dezembro de 2006. Dessa forma, ampliou-se para o setor imobiliário a aplicação da legislação relativa ao crédito consignado, previsto pela Medida Provisória n. 130, de 17 de setembro de 2003, convertida na Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003, que autoriza o desconto de prestações em folha de pagamento, de empregados regidos pela CLT, de forma irrevogável e irretratável³, dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por

² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 198.

³ Sobre a matéria a Promotora de Justiça Doutora Deborah Pierri em excelente conferência intitulada “O caráter irrevogável da autorização do crédito consignado e o consumo de produtos e serviços essenciais” argüiu a relatividade da imposição de irrevogabilidade e irretratabilidade da autorização. Vide Seminário sobre o Crédito Consignado realizado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo aos 26 de junho de 2006 na sede da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON-SP).

instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, conforme redação do artigo 1º da referida lei. Os aposentados e pensionistas do INSS também poderão autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto direto de seus benefícios, segundo o artigo 6º, da mesma lei.

Levanta-se, assim, importante discussão sobre os efeitos da medida no setor imobiliário, sem nos esquecermos da perspectiva que privilegia a tutela do direito à cidade.

Questiona-se, ainda, o alcance da medida em relação aos efeitos da lei, pois a população de baixa renda, que mais sofre com o déficit habitacional, a princípio, não parece estar incluída e permanece cada vez mais longe da moradia digna.⁴

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, hoje a situação é preocupante porque “o crédito consignado automatiza o empréstimo e dispensa cuidados do mutuante”⁵. Dessa forma, acaba por aumentar o risco de superendividamento do mutuário leigo.

Além disso, a Lei 10.820/2003 permite que o desconto incida sobre verbas rescisórias, o que gera potencial afronta ao mínimo existencial do devedor em momento em que ele se vê especialmente necessitado.

Em uma sociedade de consumo, o crédito deve, a princípio, ser considerado como forma de inclusão, conforme defende José Reinaldo Lima Lopes⁶, entretanto, poderá, ao mesmo tempo, vulnerabilizar ainda mais o cidadão no tocante ao justo direito essencial à moradia. Isso porque, a oferta de crédito nos parâmetros da sociedade de consumo não tem cumprido o princípio da boa-fé objetiva, ignorando, destarte, os valores sociais do trabalho, impedindo a prevenção do endividamento, desconhecendo qualquer noção da

⁴ SAULE JÚNIOR, Nelson ; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. In: Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional da ONU de 29 de maio a 12 de junho de 2004 – Violações, Práticas positivas e Recomendações ao Governo Brasileiro. São Paulo: Instituto Pólis, 2005.

⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Prefácio. In MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 8.

⁶ Ibid. p. 6.

dignidade da pessoa humana e violando a função social do contrato. Em razão e nos limites desta função social que a liberdade de contratar deverá ser exercida⁷.

Considerando a perspectiva de tutela do direito à cidade, a eficácia social do crédito consignado para fins da aquisição da casa própria exige urgente reflexão.

Nesse sentido, conjugando a necessidade de tutela do direito à cidade e do direito do consumidor, bem como visando garantir o acesso de todos os cidadãos à moradia digna, pretendemos traçar a seguir alguns obstáculos e possibilidades na aquisição da casa própria através do crédito consignado.

⁷ Art. 421 do Código Civil. Vide Rosângela Lunardelli Cavallazzi. O perfil do superendividado: referências no Brasil. In MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 384 a 398.

1. O Direito humano fundamental à moradia

1.1 - Evolução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 foi o documento que, pela primeira vez, reconheceu, internacionalmente, os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia. Com efeito, de acordo com o seu artigo XXV:

"[...] **todos têm direito** ao repouso e ao lazer, bem como 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 serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle."

A partir do citado dispositivo, a doutrina noticia que o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos documentos e tratados internacionais. Alguns deles, como por exemplo o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, foram ratificados e incorporados ao direito interno brasileiro.

Dois outros documentos internacionais costumam ser citados em razão da sua especial relevância; seja porque são oriundos de conferências promovidas pela ONU para discutir especificamente a problemática dos assentamentos humanos, seja porque influenciaram, segundo o professor Ingo Sarlet, a fundamentação da inserção deste direito na nossa ordem jurídica, na condição de direito fundamental social⁸. Trata-se da Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, que gerou a Agenda Habitat I de 1976, e a Conferência realizada em Istambul que propôs a Agenda Habitat II em 1996. O Brasil é signatário de ambos os documentos.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.46, 2003, p. 205.

Há que se falar ainda da Carta Mundial do Direito à Cidade, cuja primeira versão foi resultado do Fórum Social das Américas realizado em Quito (julho, 2004) e finalmente assinada no Fórum Social realizado em Porto Alegre (janeiro, 2005).⁹ Ligada à luta pelo direito à cidade e pela justiça socioambiental, discute o direito social da propriedade e promove novos hábitos de convivência cidadã. O desafio é construir uma cidade que seja solidária, democrática, justa e inclusiva.¹⁰

A Agenda Habitat II, por sua vez, tida como o mais completo documento sobre o assunto, possuiu como temas globais: “Adequada Habitação para todos” e “O desenvolvimento de assentamentos humanos em um mundo em urbanização”. A conferência teve como principal foco adotar uma agenda, que recebeu o nome de Agenda Habitat¹¹, que por sua vez estabelece um conjunto de princípios, metas, compromissos e um plano global de ação, visando orientar os esforços nacionais e internacionais no campo de melhoria dos assentamentos humanos.¹²

⁹ Inteiro teor no anexo I.

¹⁰ A Carta Mundial do Direito à Cidade congrega em seu texto, entre outros tópicos, a proteção do direito à moradia, instrumentos de proteção ao direito à cidade; declara quais são os princípios do direito à cidade; trata do desenvolvimento urbano equitativo e sustentável, manifestação de uso democrático do espaço público urbano; e dos compromissos provenientes de seu texto.

¹¹ Como a Agenda Habitat possui um texto bastante extenso, apenas serão destacados alguns aspectos considerados mais relevantes do texto para que se possa ter uma visão um pouco mais esclarecedora sobre o que vem a ser a Agenda Habitat e o que ela tem privilegiado. Primeiramente, pretende-se destacar o item que explicita quais os princípios seguidos pela Agenda Habitat II: “Capítulo II – Objetivos y principios”: “[...]. Asimismo nos comprometemos a perseguir los siguientes objetivos: [...] b) igualdad de acceso a la tierra para todos; (...) h) aumentar la oferta de viviendas asequibles fomentando y estimulando la propiedad de viviendas asequibles y aumentando la oferta de viviendas asequibles de alquiler o de propiedad comunal, cooperativa o de otro tipo mediante la asociación de la iniciativa pública, privada y comunitaria, y crear y promover incentivos en el mercado respetando debidamente los derechos y obligaciones de inquilinos y propietarios; (...) j) erradicar la discriminación en el acceso a la vivienda y los servicios básicos por cualquier motivo.

¹² Edésio Fernandes considera que a Agenda Habitat “clama por ação integrada no sentido de prover moradia adequada para todos, sempre dentro do marco do desenvolvimento sustentável e no contexto de um mundo em crescente urbanização”. In FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 296. Apud FITIPALDI, Mariana. *Direito à Cidade: diálogo de equidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente*. Orientadora: Rosângela Lunardelli Cavallazzi. – Rio de Janeiro: dissertação de mestrado PUC-RIO; Departamento de Direito, 2006, p. 17

Com a ratificação dos referidos Tratados Internacionais, a responsabilidade dos Estados pelo cumprimento dos preceitos ali dispostos ganha maiores dimensões, ainda que o ordenamento jurídico interno não esteja totalmente adaptado e condizente com os mesmos. No entanto, essa adaptação terá que existir, a fim de que os direitos humanos internacionalmente protegidos não se vejam violados nos países que, inclusive, já aderiram aos tratados.¹³

Mariana Fitipaldi, após realizar análise dos documentos internacionais ligados à tutela do direito à moradia constatou:

“Em relação ao direito à moradia, especificamente, pode-se observar uma evolução na forma com que os tratados, convenções e cartas passaram a tratá-lo no decorrer do tempo.

Primordialmente, há um tratamento genérico, que apenas menciona o direito à habitação dentre uma série de outros, sem dar-lhe uma atenção especial. Entretanto, a partir da realização das conferências específicas sobre assentamentos humanos, percebe-se uma preocupação mundial em garantir o direito à moradia dos seres humanos de forma mais efetiva. Com a Conferência, passa a existir uma preocupação não só em enunciar o direito à moradia como parte dos direitos humanos, como também é reconhecida a necessidade de criar programas e instrumentos de garantia para a sua efetivação.”¹⁴

Assim, tendo em vista o crescimento gradativo dos problemas habitacionais no mundo, está perfeitamente adequada à preocupação dos países em discutir a questão da moradia e das cidades. Nos Fóruns Sociais Mundiais têm sido discutidas as questões sociais de grande relevância para o mundo e publicadas cartas de referência para a ação dos Estados em seus territórios.

¹³ Conforme destaca Antônio Augusto Cançado Trindade, “ao ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados-Partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos, a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção”. TRINDADE, Antonio Augusto Cancado. *O Direito Internacional em um mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 702.

¹⁴ FITIPALDI, Mariana. *Direito à Cidade: diálogo de equidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente*. Orientadora: Rosângela Lunardelli Cavallazzi. – Rio de Janeiro: dissertação de mestrado PUC-RIO; Departamento de Direito, 2006, p. 50

Nesse aspecto, torna-se bastante pertinente a colocação de Douzinas para quem os direitos humanos devem se realizar nos territórios dos Estados, pois é aí que são violados ou cumpridos.¹⁵

Não por outro motivo, as Constituições contemporâneas têm demonstrado a tendência de incorporar os direitos humanos, ou seja, direitos que independem de vinculação a determinado Estado e são reconhecidos e protegidos pelos documentos internacionais, ao direito interno, transformando-os em direitos fundamentais: direitos constitucionalmente assegurados. O direito à moradia é prova inequívoca desse movimento.

Trata-se de direito já revestido de fundamentalidade, vista aqui sob o prisma material, isto é, por ser inequívoca decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana tem destacada importância e essencialidade. É indissociável do que se tem designado de um direito às condições mínimas para uma existência digna.

Segundo Gustavo Tepedino:

“[...] a dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de verdadeira inclusão social com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas o mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, **é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento**, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e magistrado. Que mão se pretenda, em nome de uma falsa modernidade, reduzir o direito civil à mera técnica negocial.”¹⁶

¹⁵ DOUZINAS, Costas. *The Triumph of Humanity: from 1789 to 1989 and from natural to human rights*. In ibidem. *The End of Human Rights – critical legal thought at the turn of the century*. Oxford: Hard Publishing, 2000. Apud Fitipaldi, Mariana. *Direito à Cidade: diálogo de equidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente*. Orientadora: Rosângela Lunardelli Cavallazzi. – Rio de Janeiro: dissertação de mestrado PUC- RIO; Departamento de Direito, 2006, p. 50.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Prefácio. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, v.2, p. VI, abr./jun. 2000.

Sérgio Sérulo Cunha nos ensina que o “o direito à moradia integra o direito à subsistência que é expressão mínima do direito à vida.”¹⁷

Não é necessário muito esforço para demonstrar a importância do direito à moradia para o ser humano e para o desenvolvimento de sua personalidade, levando-se em conta o convívio familiar. Antonio de Pádua Ferraz Nogueira deixa claro o exposto:

“[...] a casa, **o abrigo da família**, tem permanecido, em princípio, como um verdadeiro **santuário agregado a cada um de seus membros**, especialmente na classe média, urbana ou rural, de nosso país. Mas cumpre lembrar, ainda, que em nossa pátria, um grande número de famílias de classe economicamente inferiores – em face do êxodo rural e das migrações oriundas de carências regionais – aglomeram-se nas grandes cidades, vivendo em barracos de favelas, quartos de cortiços e até mesmo debaixo de viadutos e pontilhões, embora todas permaneçam sonhando com a verdadeira casa própria”.¹⁸

Vale destacar ainda o posicionamento de Marcio Cammarosano:

“[...] falar em habitação, moradia, casa, lar , **é falar em necessidade vital básica do ser humano**, que a Constituição assegura como direito social, impondo-se ao legislador e ao administrador público dar-lhe densidade normativa e implementar políticas que lhe assegurem a mais plena eficácia”.¹⁹

Ingo Sarlet, entre outros, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, menciona diversos dispositivos que, considerada a redação original de nossa Carta Magna, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia.²⁰ São eles o artigo 24, IX (que trata da competência comum da União, dos Estado e dos Municípios para promover programas de construção de moradia e a melhoria de condições habitacionais e de saneamento básico), o artigo 7º, IV (que determina que o salário mínimo seja capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família e inclui como elemento concretizador de tais necessidades a moradia), o artigo 5º, XXIII, e artigos 10, II e 182, § 2º (que vinculam a propriedade a

¹⁷ CUNHA, Sérgio Servulo. Direito à moradia, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 127, , jul./set. 1995, 49.

¹⁸ NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz . *Fundamentos sociojurídicos do bem de família* (lei 8009/90), Revista dos tribunais, São Paulo: RT, v. 691, maio 1993, p.8.

¹⁹ CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/01)*, São Paulo : Malheiros, 2003, p. 25.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. Cit., p. 206

sua função social) e artigos 183 e 191 (que prevêm o usucapião especial urbano e rural, respectivamente).

Nesse contexto, oportuna a lição de Ricardo César Pereira Lira:

“[...]se todos são iguais perante a lei (artigo 5º, caput da Constituição Federal), **se a casa é o asilo inviolável do indivíduo** (artigo 5º, inciso XI, da CF), **é evidente que todos têm direito a esse asilo e a essa inviolabilidade**. Só essas considerações seriam suficientes para considerar o direito de habitação um direito individual assegurado pela constituição”²¹(grifo nosso)

Alguns outros autores, como Flavia Piovesan²² e Celso de Albuquerque Mello²³, em função do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal e do fato do Brasil ser signatário dos documentos internacionais já mencionados neste trabalho, já sustentavam, com base na redação original da Carta, a hierarquia constitucional do direito à moradia.

Assim sendo, antes da Emenda Constitucional 26 de 2000, já estaríamos diante de um direito até mesmo expressamente consagrado na nossa ordem interna. Importante lembrar que esta posição é minoritária e não foi acolhida pelo nosso Supremo Tribunal Federal. Este egrégio Tribunal entende que os tratados e acordos internacionais têm hierarquia de lei ordinária.

Mesmo assim, mantemos a posição que mesmo antes da Emenda Constitucional 26 o direito à moradia já estava vigente no direito interno e se apresentava como marco para a interpretação e concretização deste direito no Brasil.

Com a edição da emenda constitucional número 26 de 2000, o direito à moradia foi incorporado ao rol do artigo 6º da Constituição Federal que prevê direitos fundamentais sociais. Desta forma, passou a comungar de forma

²¹ LIRA, Ricardo César Pereira. Direito à habitação e direito à propriedade, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 6/7, 1998/1999, p 81.

²² PIOVESAN, Flavia. *Direito Humanos e o direito constitucional internacional*. 7ªed. Ver, ampliada e atualizada. -São Paulo: Saraiva, 2006, p. 73.

²³ MELLO, Celso Albuquerque. O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p 1.

indiscutível do regime pleno da dupla fundamentalidade material e formal dos direitos fundamentais.

Assim, para o já mencionado Ingo Sarlet, resta superada possível controvérsia quanto ao reconhecimento inequívoco no plano constitucional de um direito à moradia e, mais ainda, "por certo a sua expressa positivação lhe imprime uma especial significação, além de colocar novas dimensões e perspectivas no que diz com sua eficácia e efetividade".²⁴ Sem dúvida, frente as divergências mostradas, a explicitação clara e expressa do direito à moradia como um direito social traz segurança ao sistema. As posições mais conservadoras em relação ao seu reconhecimento no plano interno perderam seus argumentos.

1.2 - A questão da eficácia dos direitos fundamentais

Neste diapasão, a partir da expressa inserção no texto constitucional, para além de poder ser reconhecido como protegido contra qualquer forma de supressão pelo poder de reforma constitucional (artigo 60, § 4º, IV, da CF/88) o direito à moradia encontra-se sujeito à lógica do artigo 5º, § 1º, da CF/88.

Dispõe o referido artigo que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Trata-se do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Na tentativa de estabelecer o significado e a extensão desta norma encontramos diversas posições doutrinárias. Dentre elas, duas se destacam em função do reconhecimento dos respectivos autores e por se encontrarem entre as mais extremas.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 207.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que grande parte dos direitos fundamentais “só alcança sua eficácia nos termos e na medida da lei”.²⁵ Já Eros Grau defende que mesmo as normas tipicamente programáticas podem ensejar, por causa de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.²⁶

Tem afirmado a melhor doutrina que a norma em questão impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Flavia Piovesan, inclusive, lhe dá o caráter dirigente:

“[...]além do objetivo de assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tem por finalidade tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, (...) **investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.**”²⁷

No mesmo sentido a lição de Eros Roberto Grau:

“[...]o Poder Judiciário, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto, encontra-se investido **do poder-dever de aplicar imediatamente estas normas, assegurando-lhes sua plena eficácia.**”²⁸

Tratando especificamente de manifestações de eficácia e efetividade do direito à moradia, Ingo Sarlet nos traz a elucidativa conclusão sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais:

“[...]somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no artigo 5º, § 1º, de nossa Constituição, é a que parte da premissa de que se cuida de **norma de natureza principiológica** que por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de **mandado de otimização** (maximização), isto é, que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotilho [...]”.²⁹(grifos nossos)

Segundo a lição de José Afonso da Silva, o direito à moradia é daqueles direitos fundamentais que assumem condição negativa (defensiva) e positiva (prestacional).³⁰ A primeira condição do direito à moradia (defensiva) está

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.” *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, 29/35, 1998, p.38.

²⁶ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.322 e ss.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995, p. 92.

²⁸ GRAU, Eros. Op.Cit., p. 322.

²⁹ SARLET. Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 223.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª edição, São Paulo, Malheiros: 2003, p.312.

ligada ao fato de que ninguém pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa abstenção do Estado e de terceiros.

Isto não lhe tira o caráter prestacional. Como merece destaque em todos os direitos sociais, consiste no direito a obter uma moradia digna e adequada, além de legitimar a pretensão de seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado.

Vale lembrar que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) prevê a obrigação dos Estados de reconhecer, respeitar e proteger o direito moradia e, além disso, implementar medidas, utilizando-se do máximo de recursos possíveis, com o intento de alcançar de modo progressivo a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto, mediante todos os meios apropriados, incluindo especialmente medidas de cunho legislativo e o desenvolvimento de políticas concretas.³¹

No Brasil, o legislador deu um passo para a efetiva implementação do direito em tela. Com a lei 10257/2001, designada de Estatuto da Cidade, redefiniu-se os institutos do usucapião coletivo, da concessão de direito real de uso e da concessão de uso especial para fins de moradia.

Assim sendo, nos parece inegável que Juízes e Tribunais encontram-se vinculados diretamente pelo direito à moradia, devendo zelar, no caso concreto, pela sua máxima eficácia e efetividade.

O artigo 3º da nossa Constituição estabelece como objetivos fundamentais desta Republica, além de promover o bem de todos, a erradicação da pobreza e da marginalização. Ora, não há marginalização maior do que não ter um teto para si e para sua família e, por isso, não se pode sustentar de forma séria que o bem de todos e a efetiva fruição das liberdades individuais não pressupõe no mínimo ter onde morar dignamente.

Existem inúmeros julgados que reconhecem o estreito vínculo do tema com a dignidade da pessoa humana e, numa interpretação

³¹SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit, p. 203.

constitucionalmente adequada, protegem o direito à moradia em face de outros interesses.³²

Impõe-se ainda referência a um instrumento de proteção do direito à moradia, visto como um proveito incorporado ao patrimônio jurídico da sociedade. Trata-se da proibição do não retrocesso social, que encontra crescente acolhida na doutrina mais sensível à concepção do Estado Democrático de Direito. Segundo Jose Gomes Canotilho:

“o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. [...] Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos [...], uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. [...] O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, um obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da justiça social. [...] Não se trata pois de proibir um retrocesso social em termos ideológicos ou de garantir em abstracto um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador é inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.”³³(grifos nossos)

Assim sendo, apesar de se tratar de aspecto polêmico, escolhemos defender que o direito à moradia não mais poderá ser suprimido do texto da Constituição Federal por meio de emenda constitucional. Por seus estreitos vínculos com o direito à vida passou a integrar o elenco dos limites materiais de nossa Carta Magna e não poderá sofrer restrição que venha atingir o núcleo essencial deste direito. Esta vedação será ainda mais nítida se nos referirmos ao legislador infraconstitucional.³⁴

Portanto, parece razoável sustentar, por exemplo, que o legislador não poderia revogar integralmente, ou em seus aspectos essenciais, a lei

³² Tais julgados serão apresentados mais adiante.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Reimpressão. Coimbra : Liv. Almedina, 2003, p. 332.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. Cit., p. 230.

10257/2001³⁵. Isso porque como já dito anteriormente contém instrumentos essenciais para uma maior eficácia e efetividade do direito à moradia no Brasil.

A proibição do retrocesso, como se pode depreender do trecho da obra de Canotilho supra citada, decorre do princípio da democracia econômica e social. Já Luiz Roberto Barroso o entende como princípio autônomo, ponto com o qual discordamos. Mesmo assim, em estudo sobre o direito à moradia, sob enfoque do financiamento imobiliário, o autor nos dá elucidativa lição:

“Há dentro do pós-positivismo, um princípio muito interessante [...]. É o princípio da proibição do retrocesso. [...], um determinado proveito se incorpora ao patrimônio jurídico da sociedade. Lei posterior não pode suprimir um direito social ou uma garantia social sob pena de promover um retrocesso, violando igualmente um princípio constitucional. Eu certamente cogitaria, como **um instrumento valioso na interpretação da sucessão legislativa nesta matéria**, verificar se não haveria um direito social relevante já conquistado em termos ou de equivalência salarial ou de qualquer outro critério que se tenha estabelecido, **para não deixar o mutuário a mercê da ciranda financeira sobre a qual ele não tem nenhum controle**. Caso se suprimam determinados direitos incorporados ao patrimônio político da cidadania brasileira, estaremos diante de um retrocesso vedado pela Constituição.³⁶ (grifos nossos)

Em face do já exposto, parece inegável que o direito à moradia, embora não seja o único, é um dos mais importantes pontos de contato entre os temas contratos e direitos humanos fundamentais. Justamente por isso, há o esforço dos doutrinadores até agora citados em contribuir para a construção de relações paritárias, substancialmente iguais, de forma a superar o rigor clássico de construção de riquezas³⁷.

Consequência inevitável portanto é a observância dos princípios que preponderam na teoria geral dos contratos, a saber: a autonomia privada, a boa-fé objetiva, a justiça contratual, a função social do contrato, entre outros estudados e balizados pela doutrina; além da observância da garantia

³⁵ Ibid., p. 231.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional à moradia, in *Seminário Sistema Financeiro de Habitação*, organizado pela AJURIS, Belo Horizonte, set. 2000, Anais., p. 21.

³⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos fundamentais e e relações jurídicas contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 58, 2006, p 55 e ss.

individual e coletiva dos cidadãos prevista no artigo 5º , inciso XXXII, qual seja, a proteção do consumidor.

Aliás, essa ultima análise serve para discordar da posição segundo a qual o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é díspar e antinômico ao Código Civil, no que diz respeito aos contratos. Segundo Claudia Lima Marques, a teoria geral é idêntica, o que garante um diálogo entre estas duas fontes, ou seja, antes de afastar a aplicação de uma das fontes, deve-se buscar a possibilidade de análise, sob a perspectiva constitucional, simultânea, harmoniosa e coerente entre elas.³⁸

Não por outra razão, o Código Civil deixou de ser fundamentalmente importante para a compreensão do direito civil, que hoje se estende muito mais adiante. Nesse sentido Gustavo Tepedino escreve em relação ao tema:

“trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.”³⁹

Em função das peculiaridades que envolvem o direito à moradia, é importante lembrar que outros não podem ser os ideais que lhe servem de norte. O direito à moradia, principalmente pela sua estreita ligação com o direito à vida, com a dignidade humana e com a formação da personalidade da pessoa, nos parece ser uma nítida expressão do que se tem chamado de direito civil constitucional.⁴⁰ Apesar de sua importância, o diálogo não deve ocorrer tão-somente entre o direito civil e o direito constitucional.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 47.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, In *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁴⁰ GODOY, Luciano de Souza. *O Direito à Moradia e o Contrato de Mútuo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37 e ss.

Inegável que o endividamento é um fato inerente à vida na atual sociedade de consumo e que a concretização do direito à moradia está intimamente ligada à ocupação do solo urbano. A partir desta lógica se torna evidente a necessidade de que a abordagem do contrato de financiamento imobiliário, em qualquer de suas modalidades, seja feita a partir do direito urbanístico e do direito do consumidor.

Estes dois ramos do conhecimento, dotados do que se costuma chamar de transversalidade, atravessam todo o campo jurídico na condição de promotores da tutela de direitos difusos e, portanto, estabelecem articulações com vários outros ramos do direito.

2. A tutela do direito à cidade e do direito do consumidor

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação em nossa ordem jurídica ao dedicar o capítulo II de seu título VII à política urbana e ao submeter as suas diretrizes gerais ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia de bem-estar dos seus habitantes.

Nessa ótica, tem a doutrina nacional defendido que a função precípua desta política urbana é de natureza social e especialmente ligada à promoção do adequado aproveitamento do solo urbano.⁴¹

Com a função de tornar eficaz, realizando de forma plena os objetivos do referido capítulo da Constituição (artigos 182 e 183) a Lei 10.520/2001, o chamado Estatuto da Cidade, estabelece as diretrizes primordiais.

Esta lei, em seu artigo 2º, inciso I, prevê como diretriz geral da política urbana a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Então, como diretriz geral, o direito às cidades sustentáveis embasa todos os dispositivos do Estatuto da Cidade, que é, segundo Ricardo-César Pereira Lira “um dos pilares fundamentais do Direito Urbanístico.”⁴² Segundo Nelson Saule Jr o Estatuto da Cidade contribui para que haja uma compreensão adequada do princípio da função social da propriedade, de modo a concretizar uma vinculação “do exercício do direito de propriedade urbana com o direito à

⁴¹ CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/01)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22.

⁴² LIRA, Ricardo Pereira. Palestra proferida na XIX Conferência Nacional dos Advogados realizada em Florianópolis, Santa Catarina, em setembro de 2005. Apud FITIPALDI, Mariana. *Direito à Cidade: diálogo de equidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente*. Orientadora: Rosângela Lunardelli Cavallazzi. – Rio de Janeiro: dissertação de mestrado PUC-RIO; Departamento de Direito, 2006, p. 63.

moradia, ao tratar do Plano Diretor, que é o instrumento básico da política urbana nos Municípios”⁴³.

Pelos ensinamentos de Nelson Saule Junior⁴⁴, podemos concluir que *sustentabilidade* pressupõem o vínculo do desenvolvimento urbano com os direitos humanos (direitos de condições dignas de vida) e o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como meio de atender as necessidades das presentes e futuras gerações.

Nessa trilha, o referido autor define ainda as funções sociais da cidade como sendo interesses difusos, que deve compreender o acesso de todos os que vivem na cidade aos direitos urbanos que são inerentes às condições de vida na cidade (à moradia, aos equipamentos e serviços urbanos, transporte público, saneamento básico, saúde, educação, cultura, esporte, lazer).⁴⁵

Assim sendo, defende-se que o direito à cidade, a exemplo dos direitos do consumidor e do meio ambiente, tem a sua titularidade indefinida e é composto por um feixe de outros direitos:

“[...] o direito à cidade, expressão do direito à dignidade humana, constitui o núcleo de um sistema composto por um feixe de direitos incluindo o direito à moradia - implícita a regularização fundiária -, à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos - implícito o saneamento -, ao lazer, à segurança, ao transporte público, a preservação do patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ao meio ambiente natural e construído equilibrado - implícita a garantia do direito a cidades sustentáveis, como direito humano na categoria dos interesses difusos”.⁴⁶

Dessa forma, compreende a garantia e a realização de uma série de outros direitos sociais e alcança a qualidade de direito difuso e humano. Considerando tais características, “em sua dimensão simbólica, o direito à

⁴³ SAULE JR., Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 215.

⁴⁴ Id. *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico*, Ordenamento Constitucional da Política Urbana, Aplicação e Eficácia do Plano Diretor, Ed. Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 43/75.

⁴⁵ Id. *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico*, Ordenamento Constitucional da Política Urbana, Aplicação e Eficácia do Plano Diretor, Ed. Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 239/240.

⁴⁶ O referido conceito foi construído a partir do conhecido conceito do texto da *Carta Mundial pelo Direito à Cidade*, aprovada no III Fórum Social Mundial em 2005. No âmbito do desenvolvimento do Projeto Integrado de Pesquisa do CNPq intitulado “A Paisagem Urbana como Patrimônio e seus Instrumentos de Tutela”- Relatório de pesquisa CNPq

cidade configura-se como referência cultural fundamental, adquirindo sua dimensão mais ampla como bem social de todos.”⁴⁷

Condizente com a idéia de um direito à cidade que se caracteriza como referência cultural, há manifestação de outros autores no sentido de que o direito à cidade devesse ser entendido como norma e como princípio de interpretação, a fim de que seja aplicado diretamente nos conflitos estabelecidos no contexto das cidades.⁴⁸ Segundo ainda Carlos Ari Sunfeld, tem a população “o direito coletivo a uma cidade sustentável.”⁴⁹

Portanto, o Estatuto da Cidade e a garantia do direito à cidade são extremamente relevantes porque servem para implementar diversos direitos humanos, como o direito à moradia digna, e impô-los como norte nas políticas públicas e como imposição da sociedade de mercado – apesar da já anteriormente defendida eficácia direta dos direitos humanos fundamentais.

No âmbito da tutela do direito do consumidor, há que se ressaltar que o século XX consagrou a sociedade de consumo, que envolve principalmente um modelo onde o número de produtos e serviços, ofertados em massa, é crescente. Difunde-se assim modelos uniformizadores de objetos e sujeitos da relação de consumo. Conseqüentemente, incrementou-se o domínio do *marketing* e do crédito, ou seja, “uma proeminência cada vez maior da cultura de consumo”⁵⁰.

⁴⁷ CAVALLAZZI, Rosângela e outros. *Tutela jurídico-urbanística*. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá. Rio de Janeiro, 2005.

⁴⁸ FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 303.

⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 55.

⁵⁰ CARPENA, Heloisa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; *Superendividamento: uma proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação*: RTDC, editora RT, no 55, pág 122.

Como já dito, a contemporânea proposta do Estado Social⁵¹ trouxe a limitação e o controle dos poderes econômicos e sociais privados através da tutela dos mais fracos.

Tal fenômeno, largamente expandido na Europa e nos Estados Unidos, apesar de não ter sido implementado no Brasil na mesma dimensão, pode ser observado em uma das suas expressões como uma conquista, extremamente positiva para a cidadania, advinda com a Constituição Federal de 1988, qual seja, a opção da Assembléia Nacional Constituinte por tutelar os direitos e interesses do consumidor através de uma normativa específica.

O artigo 5º, inciso XXXII da Constituição República tratando dos Direitos e Garantia Fundamentais, determinou que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor." Além disso, no artigo 48 dos Atos e Disposições Transitórias ordenou que o Congresso Nacional elaborasse, no prazo de 120 dias, o Código de Defesa do Consumidor.

Segundo lição de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁵², o Constituinte fez a opção em tela com base na melhor doutrina estrangeira porque o modelo privado ou de leis esparsas têm maior probabilidade de disposições lacunosas e contraditórias.

O entendimento foi, portanto, o de que em razão da realidade fática a melhor resposta seria a promulgação de um arcabouço geral que regresse o mercado de consumo brasileiro.

A cultura da sociedade de consumo apresenta como foco o uso das mercadorias como forma de criar vínculos e estabelecer distinções sociais. Além disso, chama a atenção para a questão dos prazeres emocionais do

⁵¹ Estado de Bem-estar Social ou Estado-providência (em inglês: *Welfare State*) é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado (nação) como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com a nação em questão. Cabe ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini ...[et al.]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo, Editora Forense Universitária, 8ª Edição, p. 9.

consumo, já que “os sonhos e desejos celebrados no imaginário cultural consumista (...) produzem diversos tipos de excitação física e prazeres estéticos.”⁵³

A publicidade, por exemplo, que dissemina valores e comportamentos, utiliza este mecanismo fetichista mascarando as verdadeiras funções do produto atribuindo-lhe e significados ilusórios.⁵⁴

Além disso, a publicidade se aproveita da condição econômica da população e do fato de existir uma política de governo no sentido de incentivar a concessão de crédito às pessoas físicas⁵⁵ e cria campanhas agressivas sobre crédito popular.

Observe-se que contextos como o supra-citado não são a única causa, mas mostram a hipervulnerabilidade do consumidor.

Em razão disso, o CDC, à procura da isonomia material entre as partes do contrato, não apenas limita o alcance e o conteúdo do princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos através de normas imperativas, os tornando mais flexíveis no processo de interpretação do contrato. Esta flexibilização ocorre com base na função social, na boa-fé objetiva e no valor de equidade, ou seja com base na justiça contratual.

Segundo Paulo Lobo⁵⁶, esse intervencionismo estatal traz um elemento novo ao contrato, mas "básico para toda a sociedade": o interesse social.

Entendimento diverso, ou seja, de que o contrato reflete somente o interesse das partes contrariaria fato facilmente perceptível: qualquer contrato

⁵³ CARPENA, Heloisa; CAVALLAZZI, Op. Cit., pág 122.

⁵⁴ Roland Barthes exemplifica este uso ilusório da imagem com o produto OMO, que se utiliza da idéia de profundidade e da espuma em sua maciça publicidade. A profundidade da limpeza e o luxo da espuma mascaram a função abrasiva do detergente. In: BARTHES, Roland. *Mitologias*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2003, p. 39-41.

⁵⁵ O Ato Normativo nº 418 da Procuradoria Geral de Justiça incluiu, como umas das metas para 2006, na área do Direito do Consumidor, o combate aos prejuízos e perigos do crédito consignado, visando principalmente o combate a essa publicidade. Segundo a Folha de São Paulo, em edição online de 26 de abril de 2006, o MP já havia até aquela data celebrado termos de ajustamento de conduta com 17 bancos que veiculavam propaganda irregular sobre os empréstimos consignados.

⁵⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, p. 127 e 128, jan/mar de 1999.

tem repercussões no ambiente social. Estar-se-ia ainda diante de posição incompatível com o Estado Social, que tutela explicitamente tanto a ordem econômica quanto a ordem social.

O artigo 170 da Constituição Federal prevê que a ordem econômica, viabilizada principalmente pelo contrato, assegura a existência digna (também prevista no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna) e se rege pelos ditames da justiça social. Ora, é inegável aqui a referência constitucional ao princípio da função social do contrato e a imposição deste princípio como base de qualquer interpretação contratual.

Os direitos sociais e fundamentais alcançam toda a coletividade. Por isso, são as categorias de direitos que mais se aproximam da noção de interesse público e, portanto, ostentam grande relevância social. Consequência importantíssima dessa lógica é que o contrato passa a servir, na sociedade contemporânea, de instrumento de concretização desses direitos.

O Superior Tribunal de Justiça tem decisões que demonstram tal entendimento relacionadas diretamente com o presente trabalho, assim o Recurso Especial n. 85521, que reconheceu:

"[...]a habitação configura fator preponderante na paz social. Mais do que um simples abrigo, a moradia representa elemento fixador de estabilidade pessoal, familiar, social, pessoal e profissional.

Assim como a moradia se constitui em necessidade básica e fundamental do indivíduo e de sua família, exige-se do Estado brasileiro sua intervenção no domínio econômico, por induzimento da ordem constitucional, assegurando àqueles, no mínimo, oportunidades e meios justos para alcançar a concretização do sonho da moradia própria.

O desfecho lógico foi a concessão de "crédito imobiliário": financiamento, com retorno do capital através de prestações mensais.

Inúmeras tentativas foram desencadeadas no sentido de encontrar um critério adequado de empréstimo, no qual seria concretizado um dos principais desígnios sociais do Estado, com retorno compensatório do capital emprestado, sem que ficasse comprometida a renda familiar do mutuário final. A maioria dessas tentativas desaguou em grande insucesso".⁵⁷

⁵⁷ STJ, Resp n. 85521, Relator Ministro José Delgado, Brasília, 29 abr. 2006.

3. O contrato de mútuo imobiliário

O acesso à casa própria por meio do mútuo imobiliário é um componente do direito à moradia. Trata-se de uma atividade meio que nem por isso é menos importante que o próprio direito de que faz parte.

A normativa nacional e a consagração do direito à moradia como direito social nos permitem a afirmação supra. No mesmo sentido escrevem Jorge Miranda e Jorge Bacelar Gouveia, na conclusão de um parecer sobre o direito à habitação em Portugal:

“[...] a) o direito à habitação é um direito fundamental dos cidadãos, onde quer que vivam, e implica para sua efetivação incumbências específicas do Estado, das Regiões Autônomas e das demais entidades públicas, em colaboração com a sociedade civil; b) Sendo constitucionalmente um dos elementos deste direito o acesso à habitação própria, ele comporta como uma das dimensões a criação de um regime satisfatório e justo do crédito bonificado [...]”⁵⁸

No Brasil, o financiamento para aquisição da casa própria vem sendo executado por meio de dois sistemas: o sistema financeiro da habitação e o sistema financeiro imobiliário.

O sistema financeiro da habitação é regulado por inúmeras leis, medidas provisórias, decretos-leis e decretos. Em vigor, destacam-se as Leis n. 4.380/1964, 4864/1965, 5.049/1966, 5455/1968, 5741/1971, 8004/1990, 8100/1990, dentre outras. Com a extinção do Banco Nacional de Habitação (BNH), passou a ser administrado pela Caixa Econômica Federal (CEF).

Observe-se que o fato de ser administrado pela CEF não significa que instituições privadas não possam realizar operações de financiamento imobiliário segundo as regras supra citadas.

⁵⁸ O crédito bonificado à habitação e a região autônoma dos Açores, pag 329. Apud GODOY, Luciano de Souza. *O Direito à Moradia e o Contrato de Mútuo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138.

O sistema financeiro imobiliário foi criado pela Lei 9514/1997, que teve grande repercussão na imprensa nacional. Para muitos tal sistema seria a solução para a crise habitacional no Brasil⁵⁹, que nos parece estar longe de ser resolvida. Para concluir pela ineficácia social das normas em questão basta uma curta caminhada por qualquer grande cidade brasileira.

3.1- Caracterização e natureza do contrato de mútuo imobiliário

Segundo o disposto na Lei 9514/1997, artigo 2º, poderão operar o Sistema de Financiamento Imobiliário as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional, outras entidades.

Do outro lado da relação contratual está o mutuário. No Sistema Financeiro Imobiliário poderá ser pessoa física ou jurídica (artigo 22 da Lei 9514/1997).

No Sistema Financeiro da Habitação, a Lei n. 4380/1964 não veda expressamente que o mutuário seja pessoa jurídica. Mas segundo Luciano Godoy, a vedação parece clara.⁶⁰ Isto porque os artigos 1º e 9º da lei mencionam que tal modalidade se destina preferencialmente à população de baixa renda e o imóvel deve servir para a residência do mutuário e de sua família.

Quanto ao objeto, a Lei 9514/1997 menciona operações livremente pactuadas pelas partes. Importante notar que tal possibilidade inexiste. Sabemos todos que os contratos em tela são tipicamente de adesão.

⁵⁹ GODOY, Luciano de Souza. Op. Cit., p. 138 -139.

⁶⁰ Ibidem.. p.141.

Quanto à forma os contratos sob análise, em ambos os sistemas, hão de ser firmados por escrito, podendo ser por meio de escritura pública ou particular (Lei 7433/1985 e Lei 9514/1997).

O contrato de mútuo disciplinado no Código Civil⁶¹ tem como principal característica a transferência da propriedade da coisa emprestada. Por esta razão é considerado um contrato translatício de domínio. O mutuário usará e consumirá o bem e, quando da restituição, outra coisa, da mesma espécie, qualidade e quantidade, será restituída. Segundo Clóvis Bevilácqua, “é da essência do mútuo a translação da propriedade da coisa mutuada, desde a tradição, que perfaz o contrato”.⁶²

Assim sendo, segundo a doutrina clássica e predominante, considerando o papel operado pela tradição na estrutura do contrato, diz-se ser o mútuo um contrato real. A tradição faz parte da constituição do mesmo, não bastando simplesmente o acordo de vontades.⁶³ Nestes termos dispõe o Código Civil.

Importante lembrar que atualmente existe corrente doutrinária minoritária que critica essa classificação. Alega-se que os contratos são por definição acordos de vontade que criam, modificam ou extinguem direitos e obrigações e, assim sendo, a classificação em tela contradiria o sistema.⁶⁴

Como a entrega da coisa faz parte da efetiva formação do contrato e não constitui uma obrigação do mutuante, decorrente de um contrato já formado, somente o mutuário possui obrigação nesse contrato, qual seja, a de restituir a coisa do mutuante na forma em que o acordo de vontades determinar.⁶⁵ Por isso, estamos diante de um contrato unilateral.

⁶¹ Definido em seu artigo 586 como empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

⁶² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 219. pág 218.

⁶³ PEREIRA, Caio Mario da Silva . *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Volume 3, p. 63.

⁶⁴ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes . O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.309, jan/mar 1990. p.1.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva .Op. Cit., p. 69.

O contrato de mútuo pode ser ainda gratuito ou oneroso conforme haja ou não previsão de pagamento de juros. Quanto à forma, o mútuo se classifica como um contrato não solene, pois a lei não determina que se revista de forma obrigatória.

Por fim, o contrato de mútuo disciplinado no Código Civil é sempre temporário, podendo ter prazo certo ou indeterminado. Nunca poderá ser definitivo porque, nesse caso, se transformaria em doação.⁶⁶

No que tange a classificação, mais uma vez Luciano Godoy, que estudou os contratos de financiamento imobiliário em grande profundidade, nos atenta para as características deste contrato, diferentes do mútuo enunciado no Código Civil (que é unilateral, gratuito ou oneroso, real segundo doutrina majoritária, translatício de domínio, não-solene). O mútuo imobiliário é bilateral, oneroso, consensual, solene, e de trato sucessivo.

É bilateral porque traz obrigações para ambas as partes. A instituição financeira empresta a quantia e o mutuário paga as prestações nos termos legais e na forma contratada.⁶⁷

Por essência, estamos tratando de um contrato oneroso. Sempre haverá pagamento de juros previsto no contrato.⁶⁸

É contrato meramente consensual (e não real) porque se aperfeiçoa tão somente com o acordo de vontade das partes. A disponibilização da quantia financiada não compõe fase de formação e sim fase de execução. O referido autor usa como argumento para defender tal característica o fato de que a quantia não é entregue ao mutuário, mas ao alienante do imóvel. “Mais ainda, o mútuo imobiliário tem causa definida em lei”.⁶⁹

O mútuo imobiliário é solene por exigir forma escrita.

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva . Op. Cit., p.219.

⁶⁷ GODOY, Luciano de Souza. Op. Cit., p. 145.

⁶⁸ Ibidem, p. 146.

⁶⁹ Ibidem, p. 145.

Por último, constitui um contrato de trato sucessivo. Tem sua execução prolongada no tempo. Por isso, inclusive, se permite a aplicação da teoria da revisão judicial a estes contratos.⁷⁰

3.2- A aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de mútuo imobiliário à luz do diálogo das fontes.

Claudia Lima Marques, inspirada nas lições de Erik Jaime, professor de Heidelberg, escreve que há atualmente um “pluralismo pós-moderno”⁷¹, ou seja, um Direito onde há inúmeras fontes legislativas sobre temas convergentes; o que faz adotar a coordenação como método para interpretação das leis em conflito. Segundo ela, trata-se de uma exigência para um sistema jurídico eficiente e justo.

Dentro desse contexto, segundo a jurista, o desafio para o aplicador da lei contemporâneo é ultrapassar o sistema clássico, segundo o qual leis como, por exemplo, o CDC e o Novo Código Civil (geral e posterior), estariam “em conflito”. Segundo Erik Jaime os tempos pós-modernos, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos não mais permitem o tipo de solução clássico (“mono-solução”), qual seja, a prevalência de uma norma sobre a outra (ab-rogação, derrogação, revogação) pelos critérios da anterioridade, especialidade e hierarquia.

Os dois juristas sugerem então uma “mudança de paradigma”⁷²: da retirada à convivência das normas, ao diálogo das normas para alcançar sua *ratio*, a finalidade de ambas,

“ [...] permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. Diálogo porque há influências recíprocas, diálogo porque

⁷⁰ Ibidem, p.146.

⁷¹ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 45, 2003, p. 71.

⁷² Ibid., p. 74.

há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente [...] ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. **Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável aos mais fracos da relação (tratamento diferente dos diferentes).**⁷³

No que se refere as situações fáticas que envolvem a aplicação do CDC, o diálogo das fontes é extremamente importante porque não pode afastar, além da perspectiva constitucional, ou melhor, a partir da perspectiva constitucional, a aplicação simultânea e harmoniosa de normas que provêm de outras fontes legais.

No julgamento da ADin 2591, que decidiu definitivamente a polêmica sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos bancos e será estudada de forma mais detida adiante, o Ministro Joaquim Barbosa se mostrou sensível à posição segundo a qual não há conflito entre lei complementar disciplinadora da estrutura do sistema financeiro e lei ordinária que institui a o CDC . Vejamos trecho deste voto:

“Não há, *a priori*, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em ‘influências recíprocas’, em ‘aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente’ ”.

O Superior Tribunal de Justiça tem examinado diversas hipóteses de incidência do CDC e, segundo análise de Leonardo Roscoe Bessa, tem “procurado soluções hermenêuticas que, em última análise, são verdadeiro diálogo das fontes.”⁷⁴

Apoiados neste raciocínio, podemos identificar o entendimento segundo o qual a legislação relativa à incorporação imobiliária (Lei 4591/64) aplica-se, ao lado do Código de Defesa do Consumidor, aos negócios relativos à compra

⁷³ Ibid., página 75.

⁷⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 99.

de imóvel durante a construção.⁷⁵ Pela mesma razão, ainda que exista legislação específica quanto ao Sistema Financeiro de Habitação, aplica-se conjuntamente o CDC.

Dispõe o artigo 192 da Constituição Federal, *in verbis*:

“[...] o **sistema financeiro nacional**, estruturado de forma a proteger o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, **será regulado por leis complementares** que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.” (grifo nosso)

A referida regulamentação por lei complementar diz respeito ao seu funcionamento como sistema, à atividade do Banco Central, à relação das instituições financeiras públicas e privadas, ao regramento da moeda.

No que tange a relação da instituição financeira com seus clientes, aplica-se a Lei 8078/1990. Primeiro porque a defesa do consumidor, como já dito, é princípio da ordem econômica. Além disso, porque constitui uma garantia individual e coletiva dos cidadãos prevista no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição.

A partir de tais preceitos, por si só, nos parece haver dificuldade em interpretação que torne alguma atividade econômica, profissionalmente desenvolvida, imune à proteção do CDC.

Mesmo assim, o artigo 3º, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, reforçando a posição, foi explícito:

“ [...] serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

⁷⁵ Ver, por exemplo: STJ, Resp 299.445, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 17 mai. 2001.

Dentro desse contexto, válida a afirmação de Leonardo Roscoe Bessa:

“(...) não há polemica quanto à aplicação do CDC aos bancos. Na verdade, **as divergências na área foram criadas artificialmente** e devem, portanto, ser encaradas unicamente como fruto de uma **injustificada reação contra a lei de proteção do consumidor.**”⁷⁶

O mesmo autor relata despropositada resistência do setor bancário em observar as normas da lei 8078/90, o que se deu através de intensa batalha nos tribunais e culminou com a proposição da ADin 2591. Claudia Lima Marques ao abordar a discussão sobre a aplicabilidade ou não do CDC aos contratos bancários se “surpreende com a força da resistência da Federação dos Bancos do Brasil.”⁷⁷ Segundo a renomada professora “tal discussão não é comum nos países principais de direito comparado, todos (pós e altamente) industrializados e capitalistas.”⁷⁸

O ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao proferir voto no Resp 57.974⁷⁹, citado pela doutrina como pioneiro a enfrentar o tema, trata o cerne da questão, qual seja, a vulnerabilidade do consumidor que é, como já dito, o critério constitucional que justifica sua proteção: “a par da clareza da lei, é justificada especialmente (a incidência do CDC) porque nas relações bancárias há difusa utilização de contratos de massa e onde com mais evidência surge a desigualdade de forças e vulnerabilidade do usuário.”

Não bastasse a redação do artigo 3º, parágrafo 2º, do CDC em indicar a aplicação da lei às atividades das instituições financeiras, o artigo 52 cuida específica e explicitamente da proteção do consumidor no fornecimento de produtos e serviços que envolvam “financiamento”, “outorga de crédito”, “montante dos juros”, “número e periodicidade das prestações”, “liquidação

⁷⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Op. Cit., p. 117.

⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.503.

⁷⁸ Ibid. p. 503.

⁷⁹ STJ, Resp n. 57974, Relator Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 29 mai. 1995

antecipada do débito”. Assim sendo, torna-se difícil a tarefa de sustentar que o CDC não se aplica às instituições financeiras.⁸⁰

Consoante todo o exposto, já se tinha um posicionamento consolidado pela aplicação do CDC às relações entre instituições financeiras / de crédito e seus clientes. Nesse sentido, são elucidativos os precedentes que se seguem.

No julgamento do Resp 213.825 decidiu-se sobre o mútuo feneratício:

“[...] tratando-se de empréstimo tomado por consumidor final, a operação creditícia realizada pelo banco submete-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, na qualidade de prestador de serviços especialmente contemplado no artigo 3º, parágrafo 2º, do citado diploma legal.”⁸¹

Tratando especificamente dos contratos de financiamento imobiliário, a Ministra Nanci Andriighi decidiu:

" [...] A instituição financeira integrante do Sistema Financeiro de Habitação está tipificada na expressão 'fornecedor' descrita pelo caput do art. 3º, uma vez que presta serviços de natureza financeira e de crédito, previstos no § 2º do mesmo artigo. **Assim, os contratos de financiamento e habitação da casa própria estão incluídos no conceito geral de prestação de serviços dirigida a consumidores mutuários**, isto é, aos que necessitam da casa para moradia, com ampla previsão no Código de Defesa do Consumidor. A presença da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança das suas alegações autoriza a inversão do ônus da prova, consoante o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.”⁸²

Em maio de 2004 o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete 297 em sua Súmula: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Apesar do entendimento quase pacífico da doutrina, dos juízes e dos tribunais, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro – Consif ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin 2591), objetivando a declaração da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” contida no artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei 8078/90.

O principal argumento para o requerimento de declaração de inconstitucionalidade se extrai do já transcrito artigo 192, *caput*, da

⁸⁰ BESSA, Leonardo Rscoc. Op.it., p. 120.

⁸¹ STJ, Resp. n. 213285, Relator: Min. Barros Monteiro, Brasília, 27 nov. 2000.

⁸² STJ, Resp. n. 802206, Relatora: Min Nancy Andriighi, Brasília, 03 abr. 2006.

Constituição. Trata-se da exigência de lei complementar para disciplinar a relação entre bancos e clientes.

Claudia Lima Marques rebate tal argumento destacando que não se deve confundir normas de conduta com normas de organização. Estas possuem caráter instrumental e

“[...]visam à estrutura e ao funcionamento de órgãos ou à disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas a fim de que seja assegurada uma convivência juridicamente ordenada.”⁸³

Assim sendo, conclui a renomada jurista:

“A **Constituição Federal de 1988 é coerente** e assim deve ser interpretada, pois não há confusão entre a matéria ‘defesa dos consumidores’ (art. 5º, XXXII, art. 170, V e art. 48 dos ADCT da Constituição Federal) e a matéria ‘Sistema Financeiro Nacional’ (art. 192 da Constituição Federal). **A matéria ‘defesa dos consumidores’ demanda normas de conduta, que estão positivadas na lei 8078/90**, cumprindo o mandamento constitucional do art. 48 do ADCT. **A matéria ‘Sistema Financeiro Nacional’ demanda normas de organização**, como as presentes nas Leis 4595/64, 4728/65 e 6385/76 e nas leis especiais de seguro (Dec.-lei 73/66)”⁸⁴(grifos nossos)

Outro argumento que esteve envolvido com a discussão da incidência do CDC sobre a relação entre banco e clientes é o de que não há consumo porque não existe consumidor final. Para atingir tal conclusão parte-se do pressuposto de que o dinheiro, ou o crédito, se destinam, pela sua própria natureza, à circulação.

Segundo Nelson Nery Junior tal interpretação é absurda. Para o autor tal argumento é extremamente frágil porque “seria desapropriado entender-se que o consumidor devesse ficar eternamente com o dinheiro emprestado debaixo do colchão para que pudesse ser considerado consumidor.”⁸⁵ Não faz sentido que o fato do mutuante gastar o dinheiro objeto do contrato bancário o desqualifique como consumidor final.

O terceiro e último argumento relevante na discussão da ADin 2591, intimamente ligado com o argumento anterior, é o de que, em função da

⁸³ MARQUES. Claudia Lima. *Contratos no código* ... p. 517.

⁸⁴ Ibid., p. 517.

⁸⁵ NERY JR., Nelson ... [et. al.] . *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Ver. e ap. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 526-527.

distinção entre operações e serviços bancários, o CDC aplicar-se-ia apenas aos serviços e não às operações.

Arnoldo Wald formulou tal argumento em parecer publicado antes mesmo da entrada em vigor da lei 8078/90.⁸⁶ Para concluir que entre os produtos referidos no artigo 2º do CDC não se incluem nem o dinheiro nem o crédito argumenta:

“[...] não se aplica a nova regulamentação de defesa do consumidor às instituições financeiras, por não se conceber a possibilidade de ser usado o dinheiro – ou o crédito – por destinatário final, pois os valores monetários se destinam, pela sua própria natureza, à circulação. [...] a nova lei não determina sua aplicação ao setor bancário, quanto aos produtos, e não abrange os empréstimos, desconto, avais, aberturas de crédito [...] manda (a nova lei) que sejam aplicadas as suas normas exclusivamente aos serviços bancários. Como tais devem ser entendidas as obrigações de fazer como, p.ex., as que os bancos assumem na guarda de bens e valores, desde que caracterizada a relação de consumo. [...] É este o sentido que atribuímos à referência à atividade de natureza bancária e financeira mencionada no artigo 3º, parágrafo 2º, d lei 8078/90.”⁸⁷

Em outro parecer mais recente, contratado pela Federação Brasileira dos Bancos (Febraban)⁸⁸, o mesmo autor sustenta ainda que o artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor aplica-se apenas em relação ao fornecedor de produto ou serviço que não é instituição financeira.

Analisando o argumento supra, de Arnoldo Wald, Leonardo Bessa faz observações extremamente pertinentes. Primeiramente, mostra o apego demasiado à expressão “destinatário final”, o que desprestigia a análise da vulnerabilidade, que, *in casu*, é “notória face a superioridade e o poder social das instituições financeiras”.⁸⁹

Mais ainda, Leonardo Bessa atenta para o fato de que a distinção entre operações e serviços bancários não foi contemplada pela categórica redação do artigo 3º, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Por isso, não caberia ao intérprete fazê-lo.⁹⁰

⁸⁶ WALD, Arnoldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. In: Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, Vol. 666, Abr. 1991, p. 12.

⁸⁷ Ibid., p. 12.

⁸⁸ Ibid., p. 16.

⁸⁹ ROSCOE, Leonardo Bessa. Op. Cit., p. 125.

⁹⁰ Ibid. p. 126.

Por último, o referido jurista rebate a distinção sob exame e, demonstra a necessidade de que a interpretação, nessa discussão, se volte para o critério constitucional justificador da proteção especial do consumidor, qual seja, a vulnerabilidade. Assim sendo termina:

“[...] pergunta-se: o consumidor é vulnerável apenas na contratação de locação de cofres, de cobrança de títulos, remessas financeiras, compra e venda de títulos, etc? **Não existe vulnerabilidade maior nas contratações bancárias de empréstimos, abertura de conta-corrente, contratações de aplicações, em que o contrato é elaborado unilateralmente sem qualquer possibilidade de alteração no seu conteúdo** ?”⁹¹ (grifo nosso)

Ao final da ADin 2591, nove Ministros votaram pela total improcedência do pedido constante da inicial da ação direta de inconstitucionalidade que acabamos de examinar. Desta forma se encerrou a discussão que provavelmente é a mais relevante sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor .

Conforme redação da Lei 9868/1990, a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Assim sendo, foi mantido em relação aos contratos bancários o que o Código de Defesa do Consumidor cuida de manter: a justiça em nosso ordenamento. Segundo palavras de Ruy Rosado de Aguiar , no julgamento do Resp 231.208 essa justiça se viabiliza pelo:

“[...]princípio da boa-fé objetiva, da equivalência entre as prestações e da correta informação ao consumidor dos serviços, garantindo, assim, a existência dos pressupostos necessários ao livre e leal funcionamento do mercado. Partindo da premissa de que os bancos podem exercer plenamente a sua atividade sem depender da inclusão de cláusulas abusivas nos seus contratos de adesão, assegurando a correta informação ao cliente – a justa equivalência entre os serviços prestados e as taxas cobradas, não há razão para que se deixe de aplicar os princípios do CDC também à atividade bancária, ainda mais porque, no que ela tem de específico, incide a legislação própria, contida nas leis e nas normas editadas pelos órgãos públicos

⁹¹ Ibid., p. 126.

encarregados de normalizar e fiscalizar a atividade das instituições financeiras. A não ser que se queira considerar como legal, justo e perfeitamente adequado ao ordenamento jurídico do Brasil contratos bancários como o de alienação fiduciária referido no HC 14333/DF, cujo débito, de R\$ 6000,00, em menos de dois anos elevou-se 1.400 vezes, passando para R\$90.000,00, que assim podem ficar livres de qualquer controle judicial.”⁹² (grifo nosso)

Observe-se que a decisão supra, assim como o julgamento da ADin 2591, destacou a necessidade do diálogo das fontes. Contribuiu-se de forma positiva sobre “a necessidade atual (ou pós-moderna) de aplicação simultânea e não excludente de fontes legais diversas para o mesmo fenômeno”.⁹³

Elucidativo no sentido de reconhecer a importância e necessidade do diálogo das fontes o voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADin 2591, que a pouco debatíamos:

“[...] entendo que **o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver**. Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis.”

Importante por derradeiro consignarmos, quanto ao tema, a perplexidade com que recebemos a estranha notícia de que, terminado o longo debate em torno da ADin 2591, surgiu o projeto de lei 143/2006.

Trata-se de tentativa, de iniciativa do Senador Valdir Raupp (PMDB-RO), de incluir no artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, parágrafo que afastará a aplicação desta lei quanto ao custo das operações ativas e à remuneração das operações passivas de instituições financeiras na intermediação de dinheiro. Assim, objetiva que os juros remuneratórios fiquem absolutamente fora de qualquer controle judicial.

Tal iniciativa serve para provar a, já mencionada, despropositada resistência do setor em observar às disposições da Lei 8.078/90. Felizmente,

⁹² STJ, Resp. n. 231.208, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 17 mar. 2001.

⁹³ BESSA, Leonardo Roscoe. p. 96.

desta vez o Congresso Nacional teve o discernimento de voltar atrás e poupar o ajuizamento de uma nova ação direta de inconstitucionalidade em face de eventual aprovação do projeto, que foi arquivado aos 15 de setembro de 2007.⁹⁴

⁹⁴ Andamento da tramitação deste projeto e a notícia sobre o arquivamento estão disponíveis no site: http://legis.senado.gov.br/pls/prodasen/PRODASEN.LAYOUT_MATE_DETALHE.SHOW_MATERIA?P_COD_MAT=77804&P_ORDEM_TRMT=ASC. Data do acesso: 03 de novembro de 2007.

4. Obstáculos e possibilidades face às repercussões do Código de Defesa do Consumidor no contrato de mútuo imobiliário.

4.2 – Possibilidades

Uma análise do contrato de mútuo imobiliário à luz do Código de Proteção do Consumidor também nos serve para, sob a ótica do princípio da conservação do contrato⁹⁵, concluirmos pela existência de algumas possibilidades na sua realização. São elas a reparação de danos, a inversão do ônus da prova, a repetição do pagamento em excesso, o direito à revisão judicial do contrato e a existência de princípios como o da equivalência entre prestação e renda e o princípio do empréstimo responsável.

Dentre muitos outros direitos básicos, o artigo 6º, em seu inciso VI, tutela a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

Ao nosso ver há maior gravidade potencial do dano moral quando se trata de contratos de financiamento imobiliário. A angústia pelo risco de perder a moradia pode levar, no caso concreto, a gravíssimos abalos emocionais.

Outro direito básico do consumidor de crédito é a inversão do ônus da prova em seu favor, que reflete o reconhecimento de sua hipossuficiência frente ao fornecedor profissional.

Conforme a norma do artigo 42 do CDC, o consumidor cobrado em quantia indevida “tem o direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

⁹⁵ Luis Renato Ferreira da Silva trata do princípio da conservação do contrato o enunciando como a regra do não contágio da totalidade do negócio pela parte nula, cabendo ao juiz suprir a lacuna. In: SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.67.

Tal sanção civil, como novamente nos ensina Luciano Godoy nem sempre virá por meio de um pedido condenatório em restituir. “Pode sim revestir-se de um pedido para compensação do pagamento em excesso anterior com a dívida ainda por vencer no futuro.”⁹⁶

O artigo 6º, inciso V, do CDC, outorga ao consumidor o direito de, *in verbis*: “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

Adotamos a posição de Luciano Godoy, que nos ensina que no caso do financiamento imobiliário a onerosidade excessiva decorre da desproporção entre o valor da prestação do financiamento imobiliário e o nível de comprometimento da renda familiar do mutuário.⁹⁷ Por isso, apesar de não haver previsão no Código de Defesa do Consumidor, entendemos pertinente, dentre as possibilidades, a menção à equivalência entre prestação e renda.

Mais ainda, como esses contratos podem ter duração de até 30 anos, “fatos vinculados à economia do país, ao emprego do mutuário, à sua vida familiar, dentre outros, podem vir a ser justificativa para a revisão judicial do contrato.”⁹⁸

Luciano Godoy nos ensina que as várias modalidades de financiamento imobiliário, desde o advento da Lei n.º 4380/1964, que criou o já extinto Banco Nacional de Habitação, previam cláusulas que vinculavam o rendimento do mutuário ao valor inicial do financiamento e às possibilidades de reajuste futuro.⁹⁹

Evori Veiga de Assis¹⁰⁰ confirma tal idéia:

“[...]pode-se afirmar que, sempre houve na intenção do Sistema, em ver que os reajustamentos monetários dos valores da prestação de amortização e juros,

⁹⁶ GODOY, Luciano de Souza. Op. Cit., p. 159

⁹⁷ Ibid., p. 153.

⁹⁸ Ibid., p. 153.

⁹⁹ Ibid., p. 167.

¹⁰⁰ ASSIS, Evory Veiga de. O reajuste da prestação e a evolução do saldo devedor. In Seminário Sistema Financeiro da Habitação. AJURIS: Belo Horizonte, set. 2000, p. 119-123.

ocorressem no máximo, em índices compatíveis aos aplicados nos reajustamentos monetários do salário do mutuário, balizados, na época, nas variações do salário mínimo.”

Arnaldo Rizzardo escreve que “não pode prevalecer critério autorizando o reajuste superior à taxa da categoria profissional, ou do salário do mutuário, sob pena de desvirtuar as finalidades e a natureza do empréstimo habitacional.”¹⁰¹

O mutuário e sua família recebem, pelo fruto do seu trabalho, um valor monetário do qual retira parte e forma sua poupança. A partir dessa poupança normalmente se adquire o valor inicial do imóvel, diluindo-se o restante no financiamento. Por isso, com a reserva de parte do que advirá de trabalho futuro é que se quitará o imóvel.

Nos parece claro que a aquisição da moradia, para classe média e baixa do país, é fruto da poupança familiar; que é resultado das economias acumuladas a partir de reservas do conjunto de salários da família.

Assim sendo, as parcelas do financiamento e, obviamente os futuros reajustes, somente podem ser estabelecidas por meio de equiparação proporcional do valor da prestação aos rendimentos do mutuário e de sua família. Segundo Luciano Godoy, cobrar prestação em excesso a essa proporção mostra-se como “uma apropriação indevida dos rendimentos do mutuário e de sua família, aviltando sua poupança.”¹⁰²

Se a evolução da renda não é proporcional à evolução das parcelas do financiamento, como estamos falando em contratos de longa duração, em algum momento o devedor deixará de pagar o financiamento, sob pena de comprometer a sua subsistência.

Luiz Edson Fachin nos ensina que

¹⁰¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*, 6 ed ver, atual. Ampl., São Paulo:RT, 2003, p. 113 e 128.

¹⁰² GODOY, Luciano de Souza. Op. Cit., p. 178.

“[...]na inegável transformação que abre portas, sob a crítica dos paradigmas tradicionais, ao Direito Civil contemporâneo abre-se espaço para dar um passo diante. A garantia pessoal de um patrimônio mínimo, do qual ninguém pode se assenhorear forçosamente, sob hipótese legítima alguma, pode ser esse novo horizonte.”¹⁰³

Como consequência da constatação acima o autor completa que “é legítimo pensar em limites e restrições ao crédito e ao exercício, portanto, de direitos patrimoniais sobre o próprio patrimônio ou os bens de outrem”¹⁰⁴

Nesse diapasão, violar a equivalência que defendemos pode significar, em muitos casos, invadir o patrimônio mínimo e comprometer a subsistência do tomador empréstimo.

Por isso, nos parece sensata a afirmação de Luciano Godoy sobre o assunto:

“[...] o princípio da equiparação prestação / renda existe **independentemente de uma norma que o positive na lei**. Princípio este que deriva do direito à moradia como integrante da cláusula geral de tutela da personalidade e está presente no mútuo imobiliário.” (grifo nosso)

Fernando Tourinho Neto também defende natureza de princípio geral de direito do princípio da equivalência salarial:

“[...] deve o juiz, na apreciação das causas relativas a aquisição da casa própria, agir com bom senso, não esquecendo do princípio da equivalência salarial pra estipulação da prestação, um princípio geral de direito, e de que o valor do saldo devedor jamais poderá ser superior ao valor do imóvel. A moradia é um direito social garantido pela Constituição Federal, e o juiz deve fazer prevalecer esse direito.”¹⁰⁵

Por ser um contrato derivado de uma política pública habitacional e baseado nos preceitos de direito à moradia, que pela sua natureza de direito social irradia sobre o tipo de mútuo que aqui tratamos, há obrigatoriedade de se estabelecer a equivalência em tela.

¹⁰³ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.304.

¹⁰⁴ Ibid., p. 304.

¹⁰⁵ NETO, Fernando Tourinho. O Sistema Financeiro da Habitação: a propriedade, a habitação e o financiamento público, in *Seminário Sistema Financeiro da Habitação*, AJURIS: Belo Horizonte, Anais, set. 2000, p. 175.

Importante lembrar que, nessa lógica de proteção do mutuário, de seu patrimônio mínimo e de prevenção de superendividamento, faz-se extremamente relevante, o raciocínio que Clarissa Costa Lima apresenta, com base no direito comparado, sobre o princípio do empréstimo responsável:

*"Nos termos do artigo 9 da Proposta de Diretiva COM (2002) 443, de 11 de setembro de 2002, ao celebrar um contrato de crédito ou de garantia ou ao aumentar o montante total do crédito ou o montante garantido, parte-se do princípio de que o mutuante ponderou previamente, por todos os meios à sua disposição, que o consumidor e, se necessário, o garante, de acordo com um critério de razoabilidade, podem respeitar as obrigações que decorrem do contrato."*¹⁰⁶

Criar-se-ia uma obrigação geral, de meios, para o profissional mutuário. Dessa forma estaria obrigado a estudar antecipadamente a situação financeira do consumidor e apenas lhe oferecer o crédito que está possibilitado de reembolsar. A prudência na concessão do crédito diminui a possibilidade de compromissos desequilibrados que não possam ser honrados.

Embora não de forma explícita, a jurisprudência no país tem demonstrado sensibilidade em relação ao tema. A preocupação com a intangibilidade de parte da renda do consumidor para o pagamento de despesas correntes, em atendimento aos mais básicos direitos, se verifica na decisão cuja ementa abaixo transcrevemos:

“APELAÇÃO CÍVEL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. REVISIONAL. PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA (PCR). REDUÇÃO DA RENDA BRUTA FAMILIAR. DESEMPREGO. RENEGOCIAÇÃO DA DÍVIDA. Aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, de trato sucessivo, **aplica-se o Código de Defesa do Consumidor**, sendo de se reconhecer a sua **vinculação**, também, além dos princípios gerais do sistema jurídico, como a **função social e a justiça do contrato, a boa-fé objetiva e a não-abusividade**, aos seguintes princípios específicos, consoante jurisprudência do STJ: a) o da **transparência**, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico; b) o de

¹⁰⁶ LIMA, Clarissa da Costa de. Empréstimo Responsável: Os deveres de Informação nos Contratos de Crédito e a Proteção do Consumidor contra o Superendividamento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2006. Pág. 89.

que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser **interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação** (art. 6º da CF/88), sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade; c) o de que **há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário**, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte; d) o de que **os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato**. Nesse passo, é de ser reconhecida **a abusividade, a iniquidade e a excessiva onerosidade da execução contratual que compromete mais de 30% da renda dos mutuários com apenas uma de suas necessidades básicas - a moradia -, em detrimento de todas as outras**, não sendo razoável permitir-se a fraude ao sistema legal de comprometimento de renda em função de mera opção potestativa do banco quanto à renegociação do contrato - especialmente quando decorrente das contingências sociais do desemprego em que se vê envolto o mutuário -, fraude essa que se reconheceria possível se propiciada a interpretação literal do art. 4º, §§ 3º a 5º, da Lei nº 8.692/93. Analogia com outras situações de comprometimento de renda e atendimento da própria sistemática da Lei nº 8.692/93, que veio positivar expressamente esse princípio implícito de justiça contratual. APELO DOS AUTORES PROVIDO, POR MAIORIA, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO BANCO, À UNANIMIDADE”.¹⁰⁷ (grifos nossos)

As seguintes ementas, também transcritas, merecem nossa atenção em função da extrema sensibilidade e contemporaneidade:

“CONTA SALÁRIO - CARACTERIZAÇÃO - EFEITOS A identificação de conta salário não decorre do fato de ser conta que não tem qualquer serviço bancário, mas da circunstância de ser nela depositada todo mês, em razão de convenio entre o empregador e a instituição financeira sem qualquer intervenção do funcionário e sem possibilidade de escolha da instituição os seus rendimentos mensais. Em conta desta natureza **não se deve admitir o desconto compulsório de valores além de uma margem razoável, garantindo ao funcionário o necessário para sua sobrevivência**. Quando ultrapassa a tal padrão, deve o judiciário intervir para assegurar o cumprimento do princípio constitucional da **dignidade da pessoa humana**. Tem a instituição financeira responsabilidade pela má concessão do crédito, ao **conceder empréstimos além da capacidade de endividamento do cliente, devendo pelo dever de lealdade e boa fé, buscar o reescalonamento do débito-dentro da margem razoável de consignação**. A multa fixada para evitar o descumprimento de decisão judicial, tem como fator preponderante estimular o devedor a cumprir a decisão judicial, levando em consideração sua capacidade econômica da parte, de maneira a forçá-lo a optar pelo cumprimento ao invés do pagamento da multa.”¹⁰⁸

“Apelação civil. Relação de consumo. Descontos de prestações de financiamento bancário diretamente da conta salário da consumidora. Prática abusiva.

¹⁰⁷ TJRS, Apelação Cível nº 70004545729, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 10 nov. 2004.

¹⁰⁸ TJRJ. Agravo de Instrumento 2005.002.26190. Relator: Marcos Alcino de Azevedo Torres, 18ª Câmara Cível. Julgado em 14 de fevereiro de 2006.

Vulnerabilidade do consumidor. Onerosidade excessiva. Inteligência da aplicação conjunta dos arts. 4º, I, 51, IV e §1º III CDC. Desconto autorizado pelo consumidor em contrato de refinanciamento. Vontade viciada do mais frágil. Lesão. Aplicação conjunta do art. 157 NCC. Falta de alternativa do consumidor. **Superendividamento. Patologia freqüente da moderna sociedade massificada de consumo e de crédito. Agressão à dignidade se os descontos incidem sobre os parcos vencimentos da autora retirando-lhe a possibilidade de deliberar sobre quais os débitos de sua vida privada são mais relevantes.** Fórmula coativa de cobrança que fere a legalidade. **Analogia com a situação prevista no inc. IV do art. 649 CPC que proíbe a penhora de salários e vencimentos.** Nulidade na forma do art. 42 CDC. Danos morais. Invasão da privacidade econômico-financeira da autora. Sentença que afasta a possibilidade de tal cobrança sob pena de multa, a negativação do nome da autora em cadastros restritivos onde houve ilegítima inclusão e fixa danos morais, que se confirma.”¹⁰⁹

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO. SUPERENDIVIDAMENTO. PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. Pedido formulado por servidora pública de cancelamento dos descontos em folha de pagamento das parcelas relativas a empréstimos intermediados por associação de classe. Revisão da posição do relator, diante do novo entendimento jurisprudencial majoritário do 2º Grupo Cível, reconhecendo a validade da cláusula de autorização dos descontos direto em folha de pagamento, mas limitando a sua eficácia ao percentual máximo de 30% sobre os vencimentos brutos do servidor, aplicando analogicamente a legislação estadual acerca do tema. **Preservação do mínimo existencial, evitando que o superendividamento coloque em risco a subsistência do servidor e de sua família, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.** Doutrina e jurisprudência. SENTENÇA MODIFICADA. RECURSO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDO.¹¹⁰

4.2 - Obstáculos

Tendo em vista as repercussões da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato sob exame, necessário que se aponte os principais obstáculos à efetivação da função social do mútuo habitacional. Trata-se do abuso no exercício do direito de inscrição nos cadastros de inadimplentes, da não observância do direito à informação, da publicidade enganosa e da existência de cláusulas contratuais abusivas.

¹⁰⁹ TJRJ. Apelação Cível 2006.001.16305. Relatora: Des. Cristina Tereza Cauclia, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 25 de abril de 2006.

¹¹⁰ TJRS. Apelação Cível Nº 70014867840, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, 3ª Câmara Cível. Julgado em 06/07/2006.

Tais obstáculos criam um cenário onde se facilita o vício no consentimento do devedor, ou seja, se dificulta a criação de uma vontade racional facilitando, dessa forma, o superendividamento dos mutuários.

O Código de Defesa do Consumidor considera os bancos de dados de inadimplentes como de interesse públicos (artigo 43, parágrafo 4º, do CDC). O faz sem desconsiderar a hipossuficiência do consumidor, veja: “na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será (...) submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.”

O direito à “negativação” é, portanto, legítimo, mas como qualquer outro direito não pode ser exercido de forma abusiva.¹¹¹ Por isso, há que se submeter a limites que protegerão as diversas esferas de direitos do indivíduo que, após ter seu nome inscrito, irá sofrer inúmeras restrições na sua vida.¹¹²

Atualmente discute-se a possibilidade de criação de um ‘cadastro positivo de consumidores’, que traria histórico de adimplência. Tramita na Câmara o Projeto de Lei 405/07, do Senado Federal, que altera o Código de Defesa do Consumidor para autorizar as empresas a incluir nos bancos de dados de proteção ao crédito (do tipo SPC ou Serasa) os pagamentos feitos pelos consumidores referentes aos seus compromissos financeiros.¹¹³

A medida tem dividido opiniões. Para a Febraban, o referido cadastro reduziria o risco dos empréstimos e permitiria uma queda da taxa de juros.¹¹⁴

Para Marli Sampaio¹¹⁵, por exemplo, a medida violaria a intimidade e vida privada do consumidor, que prevalecem até mesmo sobre a liberdade de

¹¹¹ GODOY, Luciano de Souza. Op. Cit., p. 155

¹¹² Ibid., p.157.

¹¹³ O site da Câmara dos Deputados (<http://www.camara.gov.br>), acessado aos 12 de novembro de 2007, informa que o projeto em tela aguarda parecer das Comissões de Defesa do Consumidor e Constituição e Justiça e de Cidadania, nos termos do artigo 57 do seu Regimento Interno.

¹¹⁴ Notícia da folha online : <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u110478.shtml>. Acessado em 11 de outubro de 2007.

¹¹⁵ Ex-presidente do Procon – SP, manifesta sua opinião em notícia veiculada no site <http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1988>. Acessado em 11 de outubro de 2007.

informação veiculada sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 220, § 1º, CF-88). Devemos ainda nos perguntar se a referida medida não geraria, na prática, a presunção de que quem não está incluído no cadastro seria mau pagador. Mais ainda, será que as instituições financeiras já não têm instrumentos suficientes ao seu alcance para aferir a capacidade de reembolso de quem se candidata ao crédito ?

Em seu artigo 6º, o Código de Defesa do Consumidor enuncia direitos básicos do consumidor, verdadeiros pilares na tutela deste sujeito. De acordo com o inciso III do artigo em tela deve haver “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.”

Só assim o público poderá adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles. O desequilíbrio inerente à desigualdade no conhecimento técnico quando se imagina, de um lado, o consumidor leigo e, de outro, a instituição bancária não nos deixa concluir de forma diferente.

No caso dos contratos de mútuo imobiliário, como em qualquer contrato bancário, as informações devem ser obrigatoriamente repassadas ainda por determinação expressa do artigo 52. Dispõe o referido artigo que no fornecimento de produtos e serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: “I- preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II- montante de juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III- acréscimos legalmente previstos; IV- número e periodicidade das prestações; V- soma total a pagar, com e sem financiamento.”

Marco Aurélio Araújo da Rosa, critica a falta de informação aos candidatos a mutuários e escreve:

“ [...] o início do engodo a que se vêm dirigidos os futuros mutuários, posto que os vendedores, quer sejam empresas construtoras, ou agentes financeiros, não explicam a efetiva realidade do intrincado mundo que é um financiamento do SFH”¹¹⁶

Ao nos dirigirmos a uma agência da Caixa Econômica Federal da cidade do Rio de Janeiro com o objetivo de obter uma minuta de um contrato de financiamento imobiliário com cláusula de pagamento por meio do desconto em folha, vivenciamos uma situação que pode ser semelhante à referida pelo .

O mundo dos financiamentos do Sistema Financeiro de Habitação realmente se mostra extremamente intrincado. Esta constatação é válida não só em função do cipoal de leis sobre o tema e do uso de inúmeros termos técnicos e índices de atualização, estes últimos por sinal com certeza poderiam ser objeto de uma monografia a parte. A forma como esses contratos se operacionalizam nas agências bancárias é extremamente confusa.

Segundo o atendente, o “sistema” só pode dar informações precisas sobre juros (que variam entre 4 e 12 por cento aproximadamente) e outros encargos se alimentado com dados precisos sobre o imóvel, o preço e ambos os contratantes. Isso porque o estabelecimento das taxas envolve uma análise complicada de dados que gera um índice sobre o risco do negócio.

Por isso, na prática, o mutuário só vem a saber de forma superficial, por meio de uma simulação, o valor provável das prestações e os encargos do contrato depois de efetivamente ter negociado o bem com o vendedor. Por isso, saímos do estabelecimento sem informações sobre juros e demais encargos e sem a cópia de uma minuta do contrato sob exame.

Depois de, por outra vias, termos acesso a um contrato de financiamento imobiliário, pela sua simples leitura, constatamos a utilização excessiva de

¹¹⁶ ROSA, Marco Aurélio Araújo da. A equivalência salarial nos contratos do SFH, *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, v.86, n.365, jan. 1997 p. 89.

terminologia técnica inacessível, cláusulas escritas em letras pequenas e com redação de difícil compreensão.¹¹⁷

Ora, se os estudiosos têm dificuldade em entender a sistemática desses contratos e se as discussões judiciais que costumam gerar envolvem frequentemente a realização de complicadas perícias, imagine-se o que pode ser depreendido pelo mutuário leigo, humilde, sem conhecimentos de matemática financeira.

Estamos diante de contratos de trato sucessivo que chegam a durar até 30 anos, ou seja, quase a integralidade da vida produtiva de um trabalhador comum. Por essa razão, não podemos admitir a validade de um ato negocial em que se manifesta o total arbítrio de uma das partes.¹¹⁸

O cumprimento do dever de informar é um dos instrumentos que pode possibilitar que a celebração destes contratos ocorra com a reflexão necessária, com o exercício de uma vontade racional que permita ao candidato a mutuário se prevenir contra um eventual superendividamento.

Atenta à problemática que envolve a publicidade nos contratos de crédito, Clarissa Costa de Lima escreve:

“A generalização da produção e a distribuição dos produtos deu nascimento a técnicas de publicidade visando tocar o consumidor em seus inconsciente, gerando a degeneração de sua vontade, quase desaparecimento do mecanismo volitivo visado pelos autores do Código Civil, ao passo que os profissionais, além de dominar o direito de crédito, possuem uma técnica de decisão.”¹¹⁹ (grifos nossos)

¹¹⁷ Mônica Aparecida Canato chega a mesma conclusão. In: CANATO, Mônica Aparecida. Contratos do sistema financeiro da habitação: a onerosidade anti-social. In *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual* (Org) MARQUES, Claudia Lima. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 314.

¹¹⁸ Ibid., p. 316.

¹¹⁹ LIMA, Clarissa Costa de. Op. Cit., p. 32.

Por isso, a previsão no artigo 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, que traz proteção contra a publicidade enganosa, que obviamente alcança as hipóteses de oferta de crédito para aquisição da casa própria por meio de financiamento imobiliário.

Na investigação de perfis específicos de consumidores de créditos a pesquisa sobre superendividamento¹²⁰ concluiu pela existência de uma oferta de crédito desleal, agressiva e exageradamente célere .

Na oferta de produtos de instituições financeiras, bancárias e de crédito é percebida, uma enorme diferença entre a publicidade direcionada para grupos distintos; como por exemplo: jovens, idosos, adultos, homens, mulheres; igualmente distintos são os perfis dos grupos de consumidores.

Essa distinção é mais facilmente percebida pela publicidade. Existem vários produtos com público consumidor-alvo, essa restrição vai se expressar de forma bem clara na publicidade de cada produto. São inúmeras e profundas diferenças, no que se refere à forma, à linguagem, à imagem, ao conteúdo, à mensagem, ao apelo. Em outras palavras, as distinções se apresentam nas mesmas proporções e em cada atributo em que se diferencia cada perfil de consumidor .

No caso específico do jovem, essa simetria entre o perfil do consumidor e a proposta publicitária é muito clara. No site do banco real¹²¹, o elemento de destaque, quanto ao apelo, o tamanho da fonte, e a centralização da mensagem; se encontra na frase: “O que é independência para você?”.xxxxxxxxx A necessidade de independência é tema recorrente, e geralmente principal, na proposta publicitária direcionada ao jovem. Acompanha a indagação sobre a

¹²⁰ Pesquisa intitulada “PERFIL DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO”, projeto interinstitucional (PUC-Rio, UFRGS, BRASILCOM, OAB-RJ e Defensorias Públicas do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul) e vinculado ao Diretório de Pesquisa do CNPq. Trata-se da etapa “CONCESSÃO DE CRÉDITO PARA JOVEM NO RIO DE JANEIRO”, realizada sob a coordenação das professoras Flávia de Almeida Viveiros de Castro e Daniele Medina no Núcleo de Direito do Consumidor do Instituto de Direito da PUC-Rio

¹²¹ www.espacouniversitario.com.br. Acesso em 15 de agosto de 2007

independência a seguinte frase: “Passe o mouse e conquiste a sua”(independência), representando a facilitação do acesso ao crédito.

Embora no crédito imobiliário o acesso não seja explicitamente facilitado, também há um apelo publicitário claramente voltado a um perfil específico de consumidor. Repetem-se no site da Caixa Econômica Federal¹²² menções à concretização do sonho de aquisição da casa própria e fotos de famílias com aparência extremamente feliz em seus novos imóveis residenciais. No site do Unibanco há na propaganda a seguinte frase, em destaque: “Você entra com o sonho e nós, com o financiamento!”.¹²³

Outro obstáculo na efetivação da função social do contrato imobiliário é a existência de cláusulas abusivas. Boa parte dos acórdãos levantados sobre financiamento imobiliário trata do tema .

Mônica Aparecida Canato, em trabalho sobre a onerosidade dos contratos do Sistema Financeiro de Habitação, trabalha com caso-referência emblemático que serve para demonstrar os riscos das cláusulas abusivas nos contratos do sistema financeiro imobiliário.¹²⁴

O referido contrato trata do financiamento de setenta por cento do valor de um imóvel com área de trinta e sete metros quadrados, cuja quitação se daria após quinze anos (180 parcelas). O pagamento pontual das mensalidades, que nunca foram módicas (cerca de R\$ 700,00), ao longo de toda duração do contrato, não foi capaz de amortizar o saldo devedor. Assim sendo, o mutuário se livraria do financiamento não em quinze anos, como pactuado, mas após mais de trinta e cinco anos de pagamento.¹²⁵

Não podemos acreditar que um contrato de mútuo com finalidades sociais, voltado para pessoas de baixa renda, após quinze anos de pagamento ininterrupto, tenha este desfecho. A falta de clareza na informação com certeza

¹²² www.caixa.ov.br/habitacao. Acesso em 11 de outubro de 2007

¹²³ Disponível em www.unibanco.com.br/imo/fin/index.asp. Acesso aos 09 de novembro de 2007.

¹²⁴ CANATO, Mônica Aparecida. Op. Cit., p. 301 e ss.

¹²⁵ Importante lembrar que o caso examinado até o encerramento deste trabalho ainda não havia sido julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

foi fator preponderante para que pudesse incluir no contrato cláusulas de reajuste tão abusivas, que obviamente o mutuário não teve a oportunidade de conhecer.

Por isso, aplicável à assinatura do contrato de financiamento habitacional a lição de Caio Mario da Silva Pereira sobre a vontade: “E tendo em vista a metamorfose econômica, jamais se poderá dizer que tenha havido, da parte, consentimento, pois não é crível que um indivíduo prudente e capaz queira validamente arruinar-se”¹²⁶

Os contratos de financiamento imobiliário também devem se enquadrar nas normas previstas no artigo 51 do CDC, cujo pilar é o direito básico do consumidor de proteção contra cláusulas abusivas (artigo 6º, inciso IV, do CDC)¹²⁷.

Como já dito, na tentativa de viabilizar a aquisição da casa própria, o Governo Federal promulgou recentemente a Medida Provisória 321/06, expandindo para o setor imobiliário o crédito consignado. Esta medida provisória foi convertida na lei 11.434/2006.

O crédito consignado, nos moldes previstos pelo ordenamento brasileiro, consiste num contrato de mútuo com autorização de desconto das prestações do financiamento direto na folha de pagamento do mutuário, podendo onerá-la em até 30%.¹²⁸

¹²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Revista Forense XCII/799. Apud CANATO, Mônica Aparecida. Op. Cit., p. 315.

¹²⁷ NERY JR, Nelson. *Código Comentado pelos autores ...* . p 565.

¹²⁸ A convenção número 95 da OIT é expressa quanto a excepcionalidade dos descontos feitos no salário. Vide seu artigo 8º: “Não serão autorizados descontos sobre os salários, a não ser em condições e limites prescritos para legislação nacional ou fixados por uma convenção colectiva ou uma sentença arbitral.” Dispõe ainda o artigo 10: “O salário só poderá ser objecto de penhora ou de cessão nas modalidades e nos limites prescritos pela legislação nacional.” Texto em português disponível no site http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_95.pdf. No mesmo sentido o artigo 462 da CLT, *in verbis*: “Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do

Observe-se nesse ponto que o referido limite nos parece inócuo. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicam, em pesquisa sobre o orçamento familiar, que, no período de 2002-2003, gastos classificados como correntes e de consumo (constituídos dos seguintes grupamentos: alimentação, habitação, vestuário, transporte, higiene e cuidados pessoais, assistência à saúde, educação, recreação e cultura), têm, nas famílias do Sul, Sudeste e Centro-Oeste, participação na ordem de 82% da despesa total. Tais despesas representam o mais importante componente da estrutura de despesas das famílias e, caso fiquem comprometidas, repercutem no desenvolvimento digno de suas vidas. Dentro desse contexto, parece razoável que não se tolere consignar mais de 20% da renda familiar, sob pena de se agredir a dignidade do endividado.

Isso porque não se pode entender a referida normativa sob outro aspecto senão a proteção do mínimo existencial do devedor.

Apesar disso, existe entendimento jurisprudencial ao nosso ver completamente desatento à realidade brasileira. Surpreendente, por exemplo, o entendimento da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vejamos:

“INDENIZATÓRIA. Contrato de mútuo com desconto automático da prestação em conta-corrente. Alegação descumprimento da Lei 10.820/2003, que estabelece limite para o valor da prestação mensal. Inocorrência. Os empréstimos **com desconto automático em conta-corrente, na modalidade conta-salário**, são regidos pelas regras do contrato. Somente os **contratos de crédito por consignação em folha de pagamento** devem observar o limite de valor de prestação estabelecido na lei. Desprovisionamento do recurso.”¹²⁹ (grifo nosso)

Além de se pautar em distinção (vide grifo na ementa) que a nosso ver é completamente despropositada, tendo em vista a *ratio* da normativa pertinente e a necessidade do diálogo das fontes, o julgador apesar de no seu voto fazer

empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.” Protegendo a penhora do salário o artigo 469 do CPC, *in verbis*: “São absolutamente impenhoráveis: [...] IV- os vencimentos, subsídios, soldos, salários, proventos de aposentadoria, pensões, [...]”.

¹²⁹ TJRJ. Apelação Cível n. 2007.001.32245, Relatora Des Leila Mariano, Rio de Janeiro, 09 jul. 2007.

menção ao fato da correntista em questão possuir onze operações de crédito consignado realizados em seis instituições financeiras distintas, se mostrou extremamente insensível ao fenômeno social do superendividamento e à responsabilidade das instituições financeiras em conceder crédito de forma responsável. Repita-se que, ao nosso ver o crédito serve de instrumento de inclusão e não de exclusão.

Muito mais plausível com o que até agora defendemos neste trabalho nos parece o seguinte julgado, que trata de litígio idêntico:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Consumidor. Ação Declaratória. Relação creditícia. Mútuos sucessivos e concomitantes. Desconto em folha. Conta-salário. Superendividamento. Tutela antecipada. Limite de desconto. Descumprimento. Multa. Decisão do juízo a quo que, ao conceder liminarmente antecipação parcial dos efeitos tutela (...) determinando o limite dos descontos em 30 por cento. Teoria do Superendividamento e função da má concessão do crédito pela instituição financeira. Aplicação analógica da lei 10820/03. Provimento liminar de urgência que visa resguardar a dignidade humana do devedor, resguardando parcela imprescindível da verba alimentar percebida mensalmente. (...) Recurso manifestamente improcedente. Negativa de seguimento.¹³⁰

A última decisão, alinhada com a melhor doutrina, aponta as funções da boa-fé objetiva nos contratos bancários e sua influência na imposição dos deveres de cooperar e de renegociar esses contratos de forma a evitar o superendividamento¹³¹.

Dentro desse contexto nos parece que a norma que autoriza o crédito consignado para fins de aquisição da casa própria, além de dificilmente alcançar a sua eficácia social, tornará o consumidor desse tipo de crédito ainda

¹³⁰ TJRJ. Agravo de Instrumento n. 2007.002.21188, Relator Orlando Secco, Rio de Janeiro, 10 out. 2007.

¹³¹ MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação. *Revista de Direito do Consumidor* n. 43, São Paulo: RT, jul-set. 2002, p. 215 e ss.

mais vulnerável. Observe-se que estamos tratando de contratos cuja duração pode atingir até 30 anos, ou seja, quase que a totalidade da vida produtiva de um trabalhador.

Muito embora se destine a solucionar problemas de política habitacional, tem como destinatários apenas parte das famílias brasileiras que não possuem casa própria, ou seja, aqueles cujos contratos são regidos pela CLT, não atingindo parcela considerável de cidadãos que necessitam de moradia e encontram-se no mercado de trabalho informal.

Além disso, a população de baixa renda, grande carecedora de habitação digna, também fica de fora do plano de crédito imobiliário, uma vez que, até 30% da renda mensal do mutuário fica comprometida para o pagamento da prestação do financiamento.

E segundo o §7º-A, do Decreto n. 4840/2003, incluído pelo Decreto 5892/2006, nas hipóteses de concessão de empréstimo ou financiamento imobiliário no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação ou de outros sistemas ou programas destinados à aquisição de imóveis residenciais, as prestações e seus reajustamentos obedecerão às disposições contratuais celebradas entre as partes, sendo permitida a estipulação de prestações variáveis, o que, presumivelmente, provocará a instabilidade financeira para uma das partes, evidenciando, ainda mais, a vulnerabilidade do consumidor, submetido, na maior parte das vezes a juros abusivos.

Acrescido a esta previsão, no caso do mutuário perder o emprego, 30% das verbas rescisórias ficarão para o mutuante, reduzindo o orçamento doméstico num momento crítico pelo qual o cidadão estaria passando.

Não obstante, se houver troca para um emprego de salário inferior, os 30% de desconto mensal, em relação ao salário à época da assinatura do contrato de mútuo, serão mantidos, independentemente da situação financeira do consumidor ter se modificado, não restando o mínimo para as necessidades básicas mensais da família.

O crédito consignado quanto à sua natureza e efeitos no processo de aquisição e adimplemento do crédito, segundo os mais balizadores doutrinadores pátrios¹³², pode significar um enorme desastre para a concreção do princípio da boa-fé objetiva, especialmente quanto às relações transparentes e leais entre os sujeitos da relação de consumo, bem como, inviabilizar medidas de tratamento para a hipótese de superendividamento como os processos de equacionamento de conflitos entre credores e devedor mediados por órgãos públicos.¹³³

Em duas Comarcas do Estado do Rio Grande do Sul (Charqueadas e Sapucaia do Sul), por exemplo, existe projeto-piloto que objetiva a reinserção social do consumidor superendividado, através da conciliação paraprocessual ou processual, obtida em audiências de renegociação com a totalidade de seus credores. As audiências são presididas pelos Juízes de Direito, que propõem a renegociação com cada credor, na mesma solenidade, a partir das condições pessoais do superendividado e respeitando a preservação de seu mínimo vital.

Como parte do projeto supra, houve ainda o lançamento da Cartilha do Superendividado no Foro Central de Porto Alegre, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Com o título “10 mandamentos da prevenção ao superendividamento” esta cartilha objetiva reforçar o aspecto pedagógico e preventivo do projeto, haja vista que iniciativas similares voltadas para a prevenção (educação e aconselhamento) do superendividamento dos consumidores são incipientes no Brasil.

Há que se explorar, ainda, a questão do respeito aos princípios básicos de direito do consumidor pelas instituições bancárias e financeiras na celebração do contrato de mútuo. Isso porque, eventual inobservância dos princípios da

¹³² MARQUES, Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006

¹³³ Exemplo destes processos :Projeto de Conciliação no Sistema Financeiro da Habitação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Comissão de Defesa do Consumidor Superendividado no NUDECON – Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; Comissão de Defesa do Consumidor Superendividado no PROCON do Estado de São Paulo.

informação e da boa-fé objetiva viola a função social do contrato, prestigiada, inclusive, pelo Novo Código Civil.

Trata-se de conduta irresponsável conceder crédito àquele que, notoriamente, não possui capacidade financeira para arcar com a dívida, necessitando de sucessivos empréstimos para saldar débitos anteriores.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva é compreendida não como um “estado de ânimo do sujeito, mas como comportamento leal, cooperativo, correto”.¹³⁴

Diante de tal situação concreta, o crédito consignado, apesar de aparentemente constituir uma possibilidade de inclusão, através do acesso ao crédito e a casa própria, poderá criar garantias para o mutuante de recebimento das parcelas do financiamento, desestabilizando, por outro lado, a segurança jurídica que até então vinha sendo conquistada pelo consumidor, que recentemente teve, inclusive, reconhecida, definitivamente, perante o STF na Adin 2.591-DF, como relação de consumo, aquela que se estabelece entre bancos e seus clientes.

Segundo Claudia Lima Marques:

“[...] a função social dos contratos de crédito consignado, [...], essa função social dos contratos de crédito consignado aos aposentados, aos trabalhadores ou aos consumidores em geral, esta regra de conduta, de harmonia da sociedade, vai encontrar a sua garantia hoje, não no CDC ou no CC, está no sistema de valores da Constituição que foi reafirmado, reinterpretado e consolidado pela ADIN dos bancos”.¹³⁵

Assim, além de não solucionar o problema do déficit habitacional brasileiro, o crédito consignado ainda gera o risco de criar consumidores superendividados.

¹³⁴ CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela. *Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação*. In MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 329.

¹³⁵ Conferência intitulada “O crédito consignado e o endividamento excessivo”. Seminário sobre o Crédito Consignado realizado em agosto de 2006 em São Paulo pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

O crédito consignado, além de ampliar a possibilidade do superendividamento, incidindo diretamente na folha de pagamento do consumidor impede que ele decida quais débitos são mais importantes de serem quitados, cerceando sua liberdade e, muitas vezes, privando-lhe do mínimo existencial. Assim se inviabiliza uma das formas de tratamento do superendividado, qual seja, a conciliação entre devedores e credores

Assim, se por um lado a obtenção de crédito para aquisição de imóvel próprio significava a possibilidade de realizar a dignidade humana através de um suposto acesso à moradia, por outro viola diretamente a mesma dignidade humana ao ferir os direitos do consumidor.

As causas que levam ao superendividamento, ao contrário do que se possa imaginar, estão invariavelmente ligadas a fatos da vida, ou seja, em regra resultam de uma situação para a qual o consumidor não contribui de forma irresponsável. São fatos da vida o desemprego, o divórcio, despesas decorrentes de acidentes, mortes, nascimento de filhos, etc.¹³⁶

Em alguns casos, estas causas de superendividamento geram também impossibilidade de pagamento de dívidas contraídas para saldar dívidas anteriores provenientes de despesas necessárias para o mínimo vital, como as dos serviços públicos essenciais de contas de água, luz, aluguéis e impostos.¹³⁷

É o que se concluiu, por exemplo, na pesquisa sobre o perfil do consumidor endividado desenvolvida com a metodologia de Cláudia Lima Marques, no Rio Grande do Sul¹³⁸ e no Rio de Janeiro.¹³⁹

¹³⁶ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Lisboa: Almedina, 2000. p. 2.

¹³⁷ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 247.

¹³⁸ Análise de 100 casos de superendividamento concluiu que os consumidores no Estado do Rio Grande do Sul não são “endividados ativos”, assim denominados os consumistas que gasta mais do que ganham sem qualquer cuidado com as facilidades do crédito, mas sim “superendividados

Dessa forma, a possibilidade criada pela Lei do crédito consignado de se comprometer de forma fixa até 30% do salário mensal do trabalhador onera significativamente o orçamento mensal, restando pouco para que o cidadão cumpra com as obrigações mensais advindas das suas necessidades mais essenciais.

“[...] o financiamento concedido de forma temerária, tendo sido celebrado o pacto com consentimento irrefletido, sem contemplação por parte do fornecedor das reais condições aquele que pretende receber o crédito, praticamente induzindo a inadimplência, sem dúvida nenhuma viola o princípio da dignidade da pessoa humana [...]”¹⁴⁰

Se considerarmos o exemplo de uma trabalhador que recebe um salário mínimo (aproximadamente R\$ 380,00), e é nas camadas menos abastadas que o problema do acesso à moradia é mais grave, dificilmente conseguirá comprometer-se com 30% de sua renda. Só lhe sobrarão R\$ 245 para o pagamento de todas as despesas de sobrevivência (alimentação, transporte, medicamentos, etc.) de sua família.

Nesse contexto, o que se quer tutelar é o equilíbrio entre credor e devedor, evitar que a facilidade de acesso ao crédito seja lucrativa apenas para um dos pólos da relação.

passivos”, pois 70% deles se endividaram em razão de um acidente da vida, como desemprego, morte de algum parente, divórcio, doença na família, nascimento de filhos, entre outras causas. Claudia Lima Marques sugere para uma lei sobre tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pp 255-309.

¹³⁹ A pesquisa no Estado do Rio de Janeiro demonstrou que 78% dos entrevistados compromete, com o valor mensal da dívida, 30% ou mais de seus rendimentos e 39% compromete uma faixa igual ou superior à 60% da renda. Rosângela Lunardelli Cavallazzi. O perfil do superendividamento: referências no Brasil. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pp384-398.

¹⁴⁰ CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 337.

A falta de equidade no tratamento das partes num contrato de consumo deixa de atender à eficácia social da norma, que visa a tutela do consumidor, especialmente quando envolvido com a compra de um imóvel para habitação própria, evidente necessidade social.

O caráter irrevogável do contrato de crédito consignado, por seu turno, apesar de ter sido relativizado para boa parte da jurisprudência e doutrina, também privilegia o credor na hipótese de insolvência do devedor, ampliando as garantias apenas para um dos pólos da relação, negando qualquer possibilidade de realização da função social do contrato. Há, mais uma vez, além da já reconhecida vulnerabilidade do consumidor, outro descompasso entre os atores da relação, dando-se preferência ao consumo.¹⁴¹

Por derradeiro, importante lembrar que a cláusula que permite o desconto em folha de pagamento diminui bastante o risco das instituições financeiras em relação ao inadimplemento, sem trazer benefício (contraprestações) aos mutuários. Na Caixa Econômica Federal, por exemplo, os contratos em tela propiciaram uma queda muito pouco significativa dos juros :cerca de 0,5 por cento ao ano¹⁴².

¹⁴¹ CAVALLAZZI, Rosângela. *O perfil do superendividado: referências no Brasil*. In MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 395.

¹⁴² A redução irrisória dos juros foi noticiada pelo jornal a Folha de São Paulo na sua versão online, que pode ser acessa pelo endereço <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u110981.shtml>. Acessado em 04 de novembro de 2007.

5. Conclusão

O direito, por fatores sociais, econômicos e políticos, vem sofrendo alterações na forma como é interpretado. A Constituição Federal de 1988 é o principal marco desta mudança. A partir de sua promulgação, todos os campos do direito passam a ser vistos sob outros ideais, quais sejam, a dignidade humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a função social da propriedade e a defesa do consumidor.

A irradiação destes valores sobre os contratos de crédito, segundo José Reinaldo de Lima Lopes, impõe uma nova abordagem do tema sob a perspectiva de proteção ao mutuário, vejamos : “o crédito ao consumo, como, aliás, toda disciplina do consumidor (seja o direito de defesa do consumidor, seja a política do consumidor) precisa ser tratado juridicamente como fruto do Estado-social. Em outras palavras, é uma disciplina jurídica da extensão da cidadania social (de direitos sociais) e, como tal, deve merecer uma abordagem mais humana.”¹⁴³

Pela análise da jurisprudência citada ao longo de todo o trabalho, percebemos, como decorrência da normativa vigente sobre o tema, um grande avanço no que diz respeito à aplicação da lei de forma mais humana.

Os julgados de alguns magistrados como, por exemplo os da Ministra Nancy Andrighi, do Ministro Ruy Rosado de Aguiar e do Ministro Joaquim Barbosa realmente parecem refletir um avanço; a sensibilidade desses magistrados em relação ao tema merece destaque. No mesmo sentido veja as seguintes ementas, de outros magistrados, a título ilustrativo:

¹⁴³ O artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor determina que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DEMOLITÓRIA. O conflito entre o direito a um meio urbanístico ordenado (arts. 30, VIII, e 182 da CF/88) e o direito fundamental à moradia (art. 6º da CF/88), há de ser resolvido tendo em vista o critério da proporcionalidade, pautado pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta Magna). O só fato de construção irregular e em local perigoso não autoriza, por desproporcionalidade, a simples demolição da residência da pessoa, colocando-a na vida da rua, como se o ente público não tivesse qualquer tipo de responsabilidade no processo de favelização da cidade, que é gradativo e conta com a participação do próprio Município. Homenagem aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Faz-se necessário, isso sim, realojar o apelante e sua família em outra área da cidade. Impossibilidade de se autorizar a demolição, no caso concreto. DERAM PROVIMENTO AO APELO.”¹⁴⁴

Existem inúmeras outras decisões, até mesmo anteriores à Emenda Constitucional 26, que fazem uso desta mesma lógica. É o caso, por exemplo, do Resp 216422, julgado em 19.08.1999, sob Relatoria do Ministro José Delgado. Neste julgado, elucidativo o seguinte trecho:

“A questão habitacional é um problema que possui âmbito nacional, e suas causas devem ser buscadas e analisadas sob essa extensão, devendo ser assumida pelos vários segmentos da sociedade, em mútua colaboração na busca de soluções, eis que a habitação é elemento necessário da própria dignidade da pessoa humana, encontrando-se erigida em princípio fundamental de nossa República (art. 1º, III, da CF/88).”

Ocorre que infelizmente essas decisões não são reflexo de um cenário completamente pró-moradia. No sentido contrário, desatentos à mencionada mudança de paradigma, trazida pelo Estado-social, e aplicando uma lógica extremamente conservadora, alguns julgadores, até mesmo depois da Emenda 26, continuam a pensar o direito à moradia sob a ótica de um direito individual, o que a nosso entender já era inadmissível antes da referida alteração no texto constitucional. É o caso de inúmeros julgados como este:

Com efeito, como bem anotou o magistrado, *“ainda que se pudesse vislumbrar aqui situação subjetiva a ser protegida, teríamos de fazer uma ponderação de interesses, vejamos. De um lado o direito de moradia do réu, que pode ser exercido em outro lugar que não uma área do próprio Federal e de proteção ambiental e cujas benfeitorias necessárias poderão ser ressarcidas, e de outro, o*

¹⁴⁴ TJRS. Apelação cível n. 70017600990, Relator Francisco Moesch, julgado em 28 mar. 2007

que restou da mata atlântica (hoje só restam 2% dela!) prevista no parágrafo 4º do art. 225 da CF/88 como sendo patrimônio nacional, direito difuso de toda coletividade. Não se pode titubear em aplicar o postulado da proporcionalidade e pender para o sacrifício da situação individual do réu, em benefício do direito difuso ao meio ambiente de toda coletividade, preservando a ínfima parcela da mata atlântica que ainda resta para que as futuras gerações não se envergonhem do que fizemos, sob o argumento, muitas vezes sofisticado, de preservação da função social da posse de pessoas que, talvez até sem dolo, destroem o pouquíssimo que resta do nosso meio ambiente”¹⁴⁵

No campo jurídico, o direito à moradia tem sido sempre considerado direito individual. Somente em 2000, com a Emenda Constitucional 26, passou de forma pacífica à categoria de direito coletivo, metaindividual. Muitos juristas estudaram tema sob a perspectiva antiga e ainda não se atentaram para a mudança.

Da análise dos julgados também percebemos o excessivo apego às questões processuais, razão pela qual mitiga-se no conteúdo das decisões a importância do direito material para a solução da controvérsia.

Além disso, defendemos o direito à cidade como norma e como princípio de interpretação, a fim de que seja aplicado diretamente nos conflitos estabelecidos no contexto das cidades. Dessa forma, deve-se viabilizar o acesso de todos os que vivem na cidade aos direitos urbanos, que são inerentes à vida na cidade, o que inclui, entre outros, o direito à moradia. Entendemos que tal direito tem papel importante para se evitar o crescimento das desigualdades provocadas pelo mercado imobiliário.

Em pouquíssimos acórdãos que tratam do tema foi observada menção ao termo “direito à cidade”. A sua inexpressiva incidência, apesar da expressão direito à cidade ter conteúdo importante para o ordenamento jurídico brasileiro, demonstra que o conceito não foi incorporado pelos tribunais pesquisados.

¹⁴⁵ Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n. 203501.027481-8. Relator: juiz federal convocado Guilherme Calmon Nogueira da Gama., 11 out 2005.

O direito à moradia como direito existencial pode ser satisfeito também prescindindo da propriedade da moradia; só há adimplemento nos contratos de financiamento imobiliário para aqueles consumidores que tem a possibilidade de poupar.

Ocorre que esta não é a realidade para grande parcela dos brasileiros. Assim sendo, nos parece que o discurso que acompanha o pacote de medidas que inclui o crédito consignado imobiliário só se concretizará de fato se a lógica que o direito social à moradia nos impõe incidir também de maneira decisiva, sobre as relações de uso, de moradia e de locação .

Neste diapasão, importantíssimo o uso de instrumentos como, por exemplo, a concessão de uso especial para fins de moradia e o usucapião especial de imóvel urbano. Este, regulado pelo Estatuto da Cidade, permite a transferência de propriedade privada, aquele, disciplinado pela MP 2220 de 04 de setembro de 2001, permite a regularização da posse de imóvel público e legitima o uso para fins de moradia do possuidor e de sua família.

Sob a ótica do direito à cidade, definido como um feixe de direitos que visa garantir a dignidade da vida humana, a oferta de serviços públicos e de crédito não pode desestabilizar as relações de consumo, vulnerabilizando o consumidor e tornando ainda mais remota a possibilidade de aquisição da moradia própria.

Incompatível com a tutela coletiva dos cidadãos carentes de moradia e dos direitos do consumidor a suposta facilitação do crédito que visa manter, o crédito privilegiado do credor de crédito consignado e o devedor cativo por um tempo, em via de regra superior a 20 anos sem considerar o mínimo existencial. O risco de superendividamento é enorme. E na medida em que possibilidades como esta ampliam pertinente a observação de Deleuze que, ao tratar da sociedade de controle, se refere ao “homem endividado”.¹⁴⁶

¹⁴⁶ DELEUZE, Gilles. *Conversações* (1972-1990). São Paulo: Editora 34, 2000, p. 224

Nos campos do Direito Urbanístico e do Direito do Consumidor os instrumentos jurídicos disponíveis, revelam além da essencial afinidade na perspectiva constitucional, métodos específicos para aplicação do arsenal legislativo disponível sobre crédito consignado, neste sentido o método do diálogo das fontes¹⁴⁷ desenvolvido e aplicado no Brasil por Cláudia Lima Marques ou o da constitucionalização dos conceitos e institutos jurídicos¹⁴⁸ preconizado por Ricardo-Cesar Pereira Lira.

O direito à moradia pode ser classificado como um direito metaindividual, contemplado tanto na categoria dos direitos difusos quanto dos direitos coletivos¹⁴⁹, dependendo da possibilidade de determinar-se o número de pessoas atingidas. Assim sendo, os artigos 82 e 91 autorizam que as associações civis e o Ministério Público façam uso de importante instrumento na sua defesa, as ações coletivas.

Diante deste quadro, embora o crédito consignado apresente possibilidades, no que tange ao acesso ao crédito, os conflitos e riscos não são

¹⁴⁷ O método do diálogo das fontes vem a significar a utilização, dentre as diversas normas acerca da tutela do consumidor, daquela que melhor vem a atender as necessidades dos sujeitos vulneráveis envolvidos na questão. Para esclarecer a aplicação do método do diálogo das fontes no Direito do Consumidor, ver: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 23 a 52. Através de sua aplicação, pretende-se viabilizar a utilização do Código de Defesa do Consumidor, norma de hierarquia superior às demais porque determinada, especialmente, na Constituição Federal, quando em confronto com outras leis do sistema, como é o caso da Lei 10.820/2003. Assim, para beneficiar o consumidor vulnerável envolvido em contratos de crédito consignado, deve-se admitir a aplicação das normas que tutelam sua condição de forma privilegiada em relação às normas que tutelam o crédito.

¹⁴⁸ LIRA, Ricardo Pereira. *Função Social da Propriedade Pública e Privada*. Conferência no Congresso de Direito Urbano-Ambiental - 5 Anos do Estatuto da Cidade: Desafios e Perspectivas, promovido pela Escola Superior de Direito Municipal, realizada em outubro de 2006 em Porto Alegre

¹⁴⁹ O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, em seu artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III definiu o que são os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, respectivamente. Segundo a definição legal são “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

superados, exigindo destarte a tutela do consumidor e do cidadão com o direito à moradia digna

6. Bibliografia

BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional à moradia, in *Seminário Sistema Financeiro de Habitação*, organizado pela AJURIS, Belo Horizonte, Anãs, set. 2000.

BARTHES, Roland. *Mitologias*. Rio de janeiro: DIFEL, 2003.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/01)*, São Paulo : Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Reimpressão. Coimbra : Liv. Almedina, 2003.

CARPENA, Heloisa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; *Superendividamento: uma proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação*: RTDC, editora RT, no 55

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Sérgio Servulo. Direito à moradia, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 127, , jul./set. 1995.

DELEUZE, Gilles. *Conversações* (1972-1990). São Paulo: Editora 34, 2000, p. 224

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FITIPALDI, Mariana. *Direito à Cidade: diálogo de equidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente*. Orientadora: Rosângela Lunardelli Cavallazzi. – Rio de Janeiro: dissertação de mestrado PUC-RIO; Departamento de Direito, 2006.

GODOY, Luciano de Souza. *O Direito à Moradia e o Contrato de Mútuo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

GRINOVER, Ada Pellegrini ...[et al.]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo, Editora Forense Universitária, 8ª Edição.

LIMA, Clarissa da Costa de. *Empréstimo Responsável: Os deveres de Informação nos Contratos de Crédito e a Proteção do Consumidor contra o Superendividamento*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2006

LIRA, Ricardo César Pereira. Direito à habitação e direito à propriedade, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 6/7, 1998/1999

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 45, 2003.

NETO, Fernando Tourinho. O Sistema Financeiro da Habitação: a propriedade, a habitação e o financiamento público, in *Seminário Sistema Financeiro da Habitação*, AJURIS: Belo Horizonte, Anais, set. 2000.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz . *Fundamentos sociojurídicos do bem de família* (lei 8009/90), Revista dos tribunais, São Paulo: RT, v. 691, maio 1993.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIOVESAN, Flavia. *Direito Humanos e o direito constitucional internacional*. 7ªed. Ver, ampliada e atualizada. -São Paulo: Saraiva, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*, 6 ed ver, atual. Ampl., São Paulo:RT, 2003

ROSA, Marco Aurélio Araújo da. A equivalência salarial nos contratos do SFH, *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, v.86, n.365, jan. 1997

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.46, 2003.

SAULE JÚNIOR, Nelson ; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil. In: Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional da ONU de 29 de maio a 12 de junho de 2004 – Violações, Práticas positivas e Recomendações ao Governo Brasileiro.* São Paulo: Instituto Pólis, 2005.

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª edição, São Paulo, Malheiros: 2003

TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cancado. *O Direito Internacional em um mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALD, Arnoldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, Vol. 666, Abr. 1991.

Anexo I

Carta Mundial pelo Direito à Cidade (anexo I)

Iniciamos este novo milênio com a metade da população vivendo nas cidades. Segundo as previsões, em 2050 a taxa de urbanização no mundo chegará a 65%. As cidades são, potencialmente, territórios com grande riqueza e diversidade econômica, ambiental, política e cultural. O modo de vida urbano interfere diretamente sobre o modo em que estabelecemos vínculos com nossos semelhantes e com o território. E

Entretanto, no sentido contrário a tais potenciais, os modelos de desenvolvimento implementados na maioria dos países empobrecidos se caracterizam por estabelecer níveis de concentração de renda e poder que geram pobreza e exclusão, contribuem para a depredação do meio ambiente, aceleram os processos migratórios e de urbanização, a segregação social e espacial e a privatização dos bens comuns e do espaço público. Esses processos favorecem a proliferação de grandes áreas urbanas em condições de pobreza, precariedade e vulnerabilidade diante dos riscos naturais.

As cidades estão distantes de oferecerem condições e oportunidades equitativas aos seus habitantes. A população urbana, em sua maioria, está privada ou limitada – em virtude de suas características econômicas, sociais, culturais, étnicas, de gênero e idade – de satisfazer suas necessidades básicas. Contribuem para isso as políticas públicas que, ao desconhecer os aportes dos processos de produção popular para a construção das cidades e da cidadania, violentam a vida urbana. Graves consequências resultam desse processo, como os despejos massivos, a segregação e a conseqüente deterioração da convivência social. Este contexto favorece o surgimento de lutas urbanas que, devido a seu significado social e político, ainda são fragmentadas e incapazes de produzir mudanças significativas no modelo de desenvolvimento vigente.

Frente a essa realidade e à necessidade de fazer frente a essas tendências, organizações e movimentos articulados desde o Fórum Social Mundial de 2001, tem discutido e assumido o desafio de construir um modelo sustentável de sociedade e vida urbana, baseado nos princípios da solidariedade, liberdade, igualdade, dignidade e justiça social, e fundamentado no respeito às diferenças culturais urbanas e o equilíbrio entre o urbano e o rural. Desde então, um conjunto de movimentos populares, organizações não governamentais, associações de profissionais, fóruns e redes nacionais e internacionais da sociedade civil comprometidas com as lutas sociais por

idades mais justas, democráticas, humanas e sustentáveis vêm construindo uma Carta Mundial pelo Direito à Cidade que estabeleça os compromissos e medidas que devem ser assumidos pela sociedade civil, pelos governos locais e nacionais, parlamentares e pelos organismos internacionais para que todas as pessoas vivam com dignidade em nossas cidades.

O Direito à Cidade amplia o tradicional enfoque sobre a melhora da qualidade de vida das pessoas centrado na moradia e no bairro até abarcar a qualidade de vida à escala da cidade e de seu entorno rural, como um mecanismo de proteção da população que vive nas cidades ou regiões em acelerado processo de urbanização. Isso implica em enfatizar uma nova maneira de promoção, respeito, defesa e realização dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais garantidos nos instrumentos regionais e internacionais de direitos humanos.

Na cidade e seu entorno rural, a correlação entre esses direitos e a necessária contrapartida de deveres é exigível de acordo com as diferentes responsabilidades e situações sócio-econômicas de seus habitantes, como forma de promover a justa distribuição dos benefícios e responsabilidades resultantes do processo de urbanização; o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade; a distribuição da renda urbana; a democratização do acesso à terra e aos serviços públicos para todos os cidadãos, especialmente àqueles com menos recursos econômicos ou em situação de vulnerabilidade.

Por sua origem e significado social, a Carta Mundial do Direito à Cidade é, antes de tudo, um instrumento dirigido ao fortalecimento dos processos, reivindicações e lutas urbanas. Está chamado a constituir-se em plataforma capaz de articular os esforços de todos aqueles atores – públicos, sociais e privados – interessados em dar plena vigência e efetividade a esse novo direito humano mediante sua promoção, reconhecimento legal, implementação, regulação e prática.

Parte I. Disposições Gerais

Artigo I - Direito à cidade

1. Todas as pessoas devem ter o direito a uma cidade sem discriminação de gênero, idade, raça, condições de saúde, renda, nacionalidade, etnia, condição migratória, orientação política, religiosa ou sexual, assim como preservar a memória e a identidade cultural em conformidade com os princípios e normas estabelecidos nessa Carta.
2. O Direito a Cidade é definido como o usufruto eqüitativo das cidades dentro

dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos. Este supõe a inclusão do direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias; de fundar e afiliar-se a sindicatos; de acesso à seguridade social e à saúde pública; de alimentação, vestuário e moradia adequados; de acesso à água potável, à energia elétrica, o transporte e outros serviços sociais; a uma educação pública de qualidade; o direito à cultura e à informação; à participação política e ao acesso à justiça; o reconhecimento do direito de organização, reunião e manifestação; à segurança pública e à convivência pacífica. Inclui também o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural, e o respeito aos migrantes.

O território das cidades e seu entorno rural também é espaço e lugar de exercício e cumprimento de direitos coletivos como forma de assegurar a distribuição e o desfrute equitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, riquezas, serviços, bens e oportunidades que brindam as cidades. Por isso o Direito à Cidade inclui também o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, ao desfrute e preservação dos recursos naturais, à participação no planejamento e gestão urbanos e à herança histórica e cultural.

3. A cidade é um espaço coletivo culturalmente rico e diversificado que pertence a todos os seus habitantes.

4. Para os efeitos dessa Carta, o conceito de cidade possui duas acepções. Por seu caráter físico, a cidade é toda metrópole, urbe, vila ou povoado que esteja organizado institucionalmente como unidade local de governo de caráter municipal ou metropolitano. Inclui tanto o espaço urbano como o entorno rural ou semi-rural que forma parte de seu território. Como espaço político, a cidade é o conjunto de instituições e atores que intervêm na sua gestão, como as autoridades governamentais, legislativas e judiciárias, as instâncias de participação social institucionalizadas, os movimentos e organizações sociais e a comunidade em geral.

5. Para os efeitos desta carta se consideram cidadãos(ãs) todas as pessoas que habitam de forma permanente ou transitória as cidades.

6. As cidades, em co-responsabilidade com as autoridades nacionais, devem adotar todas as medidas necessárias, até o máximo de recursos de que disponha, para alcançar progressivamente, por todos os meios apropriados e com a adoção de medidas legislativas e normativas, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Assim as cidades,

mediante o ajuste de seu marco legislativo aos tratados internacionais, devem ditar as disposições legislativas o de outro caráter para tornar efetivos os direitos civis e políticos previstos nessa Carta.

Artigo II – Princípios e fundamentos estratégicos do direito à cidade

1. Exercício pleno da cidadania e gestão democrática da cidade:

1.1 As cidades devem ser um espaço de realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, assegurando a dignidade e o bem estar coletivo de todas as pessoas, em condições de igualdade, equidade e justiça, assim como o pleno respeito a produção social do habitat. Todas as pessoas têm direito de encontrar nas cidades as condições necessárias para a sua realização política, econômica, cultural, social e ecológica, assumindo o dever de solidariedade.

1.2 Todas as pessoas têm direito a participar através de formas diretas e representativas na elaboração, definição, implementação e fiscalização das políticas públicas e do orçamento municipal das cidades, para fortalecer a transparência, eficácia e autonomia das administrações públicas locais e das organizações populares.

2. Função social da cidade e da propriedade urbana:

2.1 Como fim principal, a cidade deve exercer uma função social, garantindo a todos seus habitantes o usufruto pleno dos recursos que a mesma oferece. Isso significa que deve assumir a realização de projetos e investimentos em benefício da comunidade urbana no seu conjunto, dentro de critérios de equidade distributiva, complementaridade econômica, respeito à cultura e sustentabilidade ecológica para garantir o bem estar de todos os habitantes, em harmonia com a natureza, para hoje e para as futuras gerações.

2.2. Os espaços e bens públicos e privados da cidade e dos cidadãos(ãs) devem ser utilizados priorizando o interesse social, cultural e ambiental. Todos os cidadãos(ãs) têm direito a participar da propriedade do território urbano dentro de parâmetros democráticos, de justiça social e de condições ambientais sustentáveis. Na formulação e implementação de políticas urbanas deve ser promovido o uso socialmente justo e ambientalmente equilibrado do espaço e do solo urbano, em condições seguras e com equidade entre os gêneros.

2.3. As cidades devem promulgar legislação adequada e estabelecer mecanismos e sanções destinados a garantir o pleno aproveitamento de solo urbano e de imóveis públicos e privados não edificadas, não utilizados, subutilizados ou não ocupados, para o cumprimento da função social da propriedade.

2.4. Na formulação e implementação das políticas urbanas deve prevalecer o

interesse social e cultural coletivo sobre o direito individual de propriedade e sobre os interesses especulativos.

2.5. As cidades devem inibir a especulação imobiliária mediante a adoção de normas urbanas para uma justa distribuição dos ônus e benefícios gerados pelo processo de urbanização e a adequação de todos os instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano equitativo e sustentável. As rendas extraordinárias (mais-valias) geradas pelo investimento público – atualmente capturadas por empresas imobiliárias e por particulares – devem ser gerenciadas em favor de programas sociais que garantam o direito à moradia e a uma vida digna aos setores em condições precárias e em situação de risco.

3. Igualdade, não discriminação:

3.1. Os direitos enunciados nesta Carta devem ser garantidos a todas as pessoas que habitem de forma permanente ou transitória as cidades sem nenhuma discriminação.

3.2. As cidades devem assumir os compromissos adquiridos com respeito à implementação de políticas públicas que garantam a igualdade de oportunidades para as mulheres nas cidades, expressas na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), e nas Conferências de Meio Ambiente (1992), Beijing (1995) e Habitat II (1996), dentre outras. Para isso, se deve fixar os recursos necessários nos orçamentos governamentais para a efetivação destas políticas e para estabelecer mecanismos e indicadores qualitativos e quantitativos para o monitoramento de seu cumprimento no tempo.

4. Proteção especial de grupos e pessoas em situações e vulnerabilidade:

4.1. Os grupos e pessoas em situação de vulnerabilidade têm direito a medidas especiais de proteção e integração, de distribuição de recursos, de acesso aos serviços essenciais e de não-discriminação. Para os efeitos dessa Carta se consideram vulneráveis as pessoas e grupos em situação de pobreza, em risco ambiental (ameaçados por desastres naturais), vítimas de violência, com incapacidades, migrantes forçados, refugiados e todo grupo que, segundo a realidade de cada cidade, esteja em situação de desvantagem em relação aos demais habitantes. Nestes grupos, por sua vez, serão objeto prioritário de atenção os idosos, as mulheres, em especial as chefes de família, e as crianças.

4.2. As cidades, mediante políticas de afirmação positiva dos grupos vulneráveis devem suprimir os obstáculos de ordem política, econômica, social e cultural que limitem a liberdade, equidade e igualdade dos cidadãos(ãs) e que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e sua efetiva participação política, econômica, cultural e social da cidade.

5. Compromisso social do setor privado

As cidades devem promover que os agentes do setor privado participem em programas sociais e empreendimentos econômicos com a finalidade de desenvolver a solidariedade e a plena igualdade entre os habitantes de acordo com os princípios previstos nesta Carta.

6. Impulso à economia solidária e a políticas impositivas e progressivas.

As cidades devem promover e valorizar as condições políticas e econômicas necessárias para garantir programas de economia solidária e sistemas impositivos progressivos que assegurem uma justa distribuição dos recursos e fundos necessários para a implementação de políticas sociais.

Parte II. Direitos relativos ao Exercício da Cidadania e da Participação no Planejamento, Produção e Gestão da Cidade.

Artigo III – Planejamento e gestão da cidade.

1. As cidades se comprometem a constituir espaços institucionalizados para a participação ampla, direta, equitativa e democrática dos cidadãos(ãs) no processo de planejamento, elaboração, aprovação, gestão e avaliação de políticas e orçamentos públicos. Deve ser garantido o funcionamento de órgãos colegiados, audiências, conferências, consultas e debates públicos, assim como permitir e reconhecer os processos de iniciativa popular na proposição de projetos de lei e de planos de desenvolvimento urbano.
2. As cidades, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, devem formular e aplicar políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção, que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do império da lei, da devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, transparência e a obrigação de prestar contas.
3. As cidades, para salvaguardar o princípio da transparência, devem organizar a estrutura administrativa de modo que garanta a efetiva responsabilidade de seus governantes frente aos(às) cidadãos(ãs), assim como a responsabilidade da administração municipal perante os demais níveis de governo e os organismos e instâncias regionais e internacionais de direitos humanos.

Artigo IV . Produção social do habitat.

As cidades devem estabelecer mecanismos institucionais e desenvolver os instrumentos jurídicos, financeiros, administrativos, programáticos, fiscais, tecnológicos e de capacitação necessários para apoiar as diversas modalidades de produção social do habitat e da habitação, com especial atenção aos processos autogestionários, tanto individuais e familiares quanto coletivamente organizados.

Artigo V. Desenvolvimento urbano eqüitativo e sustentável

1. As cidades devem desenvolver um planejamento, regulação e gestão urbano-ambiental que garantam o equilíbrio entre o desenvolvimento urbano e a proteção do patrimônio natural, histórico, arquitetônico, cultural e artístico; que impeça a segregação e a exclusão territorial; que priorize a produção social do hábitat e a função social da cidade e da propriedade. Para tanto, as cidades devem adotar medidas que conduzam a uma cidade integrada e eqüitativa.
2. O Planejamento da cidade e os programas e projetos setoriais deverão integrar o tema da seguridade urbana como um atributo do espaço público.

Artigo VI. Direito à informação pública

1. Toda pessoa tem direito de solicitar e receber informação completa, veraz, adequada e oportuna com relação à atividade administrativa e financeira de qualquer órgão pertencente à administração da cidade, ao Poder Legislativo ou Judicial, e das empresas e sociedades privadas ou mistas que prestem serviços públicos.
2. Os funcionários do governo da cidade ou do setor privado devem gerar ou produzir a informação requerida quanto à sua área de competência em um tempo mínimo mesmo que não disponham das mesmas no momento do pedido. O único limite ao acesso à informação pública é o respeito ao direito de intimidade das pessoas.
3. As cidades devem garantir mecanismos para que todas as pessoas acessem a uma informação pública eficaz e transparente. Para tanto devem promover o acesso de todos os setores da população às novas tecnologias de informação, sua aprendizagem e atualização periódica.
4. Toda a pessoa ou grupo organizado, em especial os que auto produzem sua moradia e outros componentes do habitat, têm direito a obter informações sobre a disponibilidade e localização de solo adequado, sobre programas habitacionais que se desenvolvem na cidade e sobre os instrumentos de apoio disponíveis.

Artigo VII. Liberdade e integridade.

Todas as pessoas têm o direito à liberdade e à integridade, tanto física como espiritual. As cidades se comprometem a estabelecer garantias de proteção que assegurem que esses direitos não sejam violados por indivíduos ou instituições de qualquer natureza.

Artigo VIII. Participação política.

1. Todos(as) os(as) cidadãos(ãs) têm direito à participação na vida política local mediante a eleição livre e democrática dos representantes locais, assim como em todas as decisões que afetem as políticas locais de planejamento, produção, renovação, melhoramento e gestão da cidade.
2. As cidades deverão garantir o direito a eleições livres e democráticas dos representantes locais, a realização de plebiscitos e iniciativas legislativas populares e o acesso equitativo aos debates e audiências públicas nos temas relativos à cidade.
3. As cidades devem implementar políticas afirmativas de cotas para representação e participação política das mulheres e minorias em todas as instancias locais eletivas e de definição de suas políticas públicas, orçamentos e programas.

Artigo IX. Direito de associação, reunião, manifestação e uso democrático do espaço público urbano.

Todas as pessoas têm direito de associação, reunião e manifestação. As cidades devem dispor e garantir espaços públicos para esse efeito.

Artigo X. Direito à justiça.

1. As cidades devem adotar medidas destinadas a melhorar o acesso de todas as pessoas ao direito e a justiça.
2. As cidades devem fomentar a resolução dos conflitos civis, penais, administrativos e trabalhistas mediante a implementação de mecanismos públicos de conciliação, transação, mediação e arbitragem.
3. As cidades devem garantir o acesso ao serviço de justiça estabelecendo políticas especiais em favor dos grupos vulneráveis da população e fortalecendo os sistemas de defesa pública gratuita.

Artigo XI. Direito à segurança pública e à convivência pacífica solidária e multicultural.

1. As cidades devem criar condições para a segurança pública, a convivência pacífica, o desenvolvimento coletivo e o exercício da solidariedade. Para tanto devem garantir o pleno usufruto da cidade, respeitando a diversidade e preservando a memória e a identidade cultural de todos(as) os(as) cidadãos(ãs) sem discriminação alguma.
2. As forças de segurança têm entre suas principais missões o respeito e proteção dos direitos dos(as) cidadãos(ãs). As cidades devem garantir que as forças de segurança pública sob suas ordens somente exerçam o uso da força estritamente de acordo com as previsões legais e com controle democrático.
3. As cidades devem garantir a participação de todos os cidadãos(ãs) no controle e avaliação das forças de segurança.

Parte III. Direito ao Desenvolvimento Econômico, Social, Cultural e Ambiental das Cidades

Artigo XII. Direito à água, ao acesso e à administração dos serviços públicos domiciliares e urbanos

1. As cidades devem garantir a todos(as) os(as) cidadãos(ãs) o acesso permanente aos serviços públicos de água potável, saneamento, coleta de lixo, fontes de energia e telecomunicações, assim como aos equipamentos de saúde, educação e recreação, em co-responsabilidade com outros organismos públicos ou privados de acordo com o marco jurídico do direito internacional e de cada país.
2. As cidades devem garantir – ainda quando se tenha privatizado a gestão dos serviços públicos anteriormente à subscrição dessa Carta – tarifas sociais acessíveis e a prestação de um serviço adequado a todos, especialmente para as pessoas e grupos vulneráveis ou desempregados.
3. As cidades se comprometem a garantir que os serviços públicos dependam do nível administrativo mais próximo da população com a participação dos(as) cidadãos(ãs) na sua gestão e fiscalização. Estes devem ter um regime jurídico de bens públicos, impedindo sua privatização.
4. As cidades estabelecerão sistemas de controle social da qualidade dos serviços das empresas prestadoras de serviços, públicas ou privadas, em especial em relação ao controle de qualidade, à determinação das tarifas e a atenção ao público.

Artigo XIII. Direito ao transporte público e à mobilidade urbana.

1. As cidades devem garantir a todas as pessoas o direito à mobilidade e circulação na cidade através um sistema de transporte público acessível e a preços razoáveis, segundo um plano de deslocamento urbano e interurbano, através de meios de transportes adequados às diferentes necessidades ambientais e sociais (de gênero, idade, incapacidades).
2. Será estimulado o uso de veículos não contaminantes e serão estabelecidas áreas reservadas aos pedestres de maneira permanente ou para certos momentos do dia.
3. As cidades deverão promover a remoção de barreiras arquitetônicas para a implantação dos equipamentos necessários ao sistema de mobilidade e circulação e a adaptação de todas as edificações públicas ou de uso público e dos locais de trabalho e lazer, para garantir a acessibilidade das pessoas portadoras de necessidades especiais.

Artigo XIV. Direito à moradia

1. As cidades, no marco de suas competências, devem adotar medidas para garantir a todos(as) os(as) cidadãos(ãs) que os gastos com habitação sejam suportáveis de acordo com sua renda; que as habitações reúnam condições de habitabilidade; que estejam localizadas em lugar adequado e que se adaptem às características culturais de quem as habite.
2. As cidades devem facilitar uma oferta adequada de habitação e equipamentos urbanos para todos(as) os(as) cidadãos(ãs) e estabelecer programas de subsídio e financiamento para a aquisição de terras e imóveis, de regularização fundiária e de melhoramento de bairros precários e ocupações informais.
3. As cidades devem garantir a todos os grupos vulneráveis prioridade nas leis, políticas e programas de habitação e assegurar financiamento e serviços destinados à infância e à velhice.
4. As cidades devem incluir as mulheres nos documentos de posse ou propriedade expedidos e registrados, independentemente de seu estado civil, em todas as políticas públicas de distribuição e titulação de que terras, e de habitação que se desenvolvam.
5. As cidades devem promover a instalação de albergues e moradias de aluguel social para as mulheres vítimas de violência familiar.
6. Todos(as) os(as) cidadãos(ãs), em forma individual, casais ou grupos familiares sem lar tem o direito de exigir das autoridades locais a efetiva implementação do direito à moradia adequada de forma progressiva e mediante a alocação de todos os recursos disponíveis. Os albergues, os refúgios e os

alojamentos com cama e café da manhã poderão ser adotados com medidas provisórias de emergência, sem prejuízo da obrigação de promover uma solução definitiva de habitação.

7. Toda pessoa tem o direito à segurança da posse sobre sua habitação por meio de instrumentos jurídicos que lhes garantam o direito à proteção contra despejos, expropriações e deslocamentos forçados ou arbitrários. As cidades devem proteger os inquilinos da usura e dos despejos arbitrários, regulando os aluguéis de imóveis para moradia, de acordo com o Comentário Geral No 7 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas.

8. As cidades devem reconhecer como interlocutores diretos das organizações e movimentos sociais que reivindicam e trabalham para tornar efetivos os direitos vinculados à moradia contidos nessa carta. Atenção muito especial, impulso e apoio deverão ser dados às organizações de pessoas vulneráveis em situação de exclusão, garantindo em todos os casos a preservação de sua autonomia.

9. O presente artigo será aplicável a todas as pessoas, incluindo famílias, grupos, ocupantes sem títulos, sem tetos e aquelas pessoas ou grupo de pessoas cujas circunstâncias de moradia variam, em particular os nômades, os viajantes e os ciganos.

Artigo XV. Direito ao trabalho

1. As cidades, em co-responsabilidade com as autoridades nacionais devem contribuir, na medida de suas possibilidades, na consecução do pleno emprego na cidade. Para tanto, devem promover a atualização e a requalificação dos trabalhadores, empregados ou não, através da formação permanente.

2. As cidades devem promover a criação de condições para combater o trabalho infantil para que as crianças possam desfrutar da infância e ter acesso à educação.

3. As cidades, em colaboração com os demais entes da administração pública e as empresas, devem desenvolver mecanismos para assegurar a igualdade de todos ao trabalho, impedindo qualquer discriminação.

4. As cidades devem promover igual acesso das mulheres ao trabalho mediante a criação de creches e outras medidas, e para as pessoas portadoras de necessidades especiais mediante a implementação de equipamentos apropriados. Para melhorar as condições de emprego, as cidades devem estabelecer programas de melhoria de moradias urbanas utilizadas por mulheres chefes de família e grupos vulneráveis como espaços de trabalho.

5. As cidades devem promover a integração progressiva do comércio informal que realizam as pessoas de baixa renda ou desempregadas, evitando sua eliminação e repressão. Também se disponibilizarão espaços destinados para o

comércio informal e políticas adequadas para sua incorporação à economia urbana.

Artigo XVI. Direito ao meio ambiente sadio e sustentável

1. As cidades devem adotar medidas de prevenção frente à contaminação e ocupação desordenada do território e das áreas de proteção ambiental, incluindo a economia energética, a gestão e a reutilização dos resíduos, reciclagem, recuperação de vertentes e ampliação e proteção dos espaços verdes.
2. As cidades devem respeitar o patrimônio natural, histórico, arquitetônico, cultural e artístico e promover a recuperação e revitalização das áreas degradadas e dos equipamentos urbanos.

Parte IV. Disposições Finais

Artigo XVII. Obrigações e responsabilidade do Estado de promoção , proteção e implementação do direito à cidade.

1. Os organismos internacionais, governos nacionais, estaduais, regionais, metropolitanos, municipal e locais são atores responsáveis pela efetiva aplicação e defesa dos direitos previstos nesta Carta, assim como dos direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais para todos(as) os(as) habitantes das cidades, com base no sistema internacional de direitos humanos e o sistema de competências vigente no respectivo país.
2. A não implementação dos direitos previstos nesta Carta, ou sua aplicação em desacordo com os princípios e diretrizes e as normas internacionais e nacionais de direitos humanos vigentes no País, pelos governos responsáveis, acarretará em violação ao Direito à Cidade que somente se poderá corrigir mediante a implementação de medidas necessárias para a reparação ou reversão do ato o da omissão que lhe deram causa. Essas medidas deverão assegurar que os efeitos negativos ou danos derivados sejam reparados ou revertidos de tal forma que se garanta aos cidadãos(ãs) a efetiva promoção, respeito, proteção e realização dos direitos humanos previstos nessa Carta.

Artigo XVIII. Medidas de implementação e supervisão do direito à cidade.

1. As cidades devem adotar todas as medidas necessárias, de forma adequada e imediata, para assegurar o Direito à Cidade para todas as pessoas, conforme o disposto nesta Carta. As cidades devem garantir a participação dos(as) cidadãos(ãs) e das organizações da sociedade civil nos processos de revisão normativa. As cidades estão obrigadas a utilizar o máximo de seus recursos disponíveis para cumprir as obrigações jurídicas estabelecidas nesta Carta.
2. As cidades devem proporcionar a capacitação e educação em direitos humanos a todos os agentes públicos relacionados com a implementação do Direito à Cidade e com as obrigações correspondentes, em especial aos funcionários públicos empregados por órgãos públicos cujas as políticas influam de alguma maneira na plena realização do Direito à Cidade.
3. As cidades devem promover o aprendizado do Direito à Cidade nos centros educativos, universidades e meios de comunicação.
4. Os(as) cidadãos(ãs) supervisionarão e avaliarão com regularidade e globalmente o grau de respeito as obrigações e aos direitos presentes nesta Carta.
5. As cidades devem estabelecer, conjuntamente com seus habitantes, mecanismos de avaliação e monitoramento mediante um sistema eficaz de indicadores do Direito à Cidade, com diferenciação de gêneros para assegurar o Direito à Cidade com base nos princípios e normas contidas nessa Carta.

Artigo XIX. Lesão ao direito à cidade.

1. Constituem lesão ao Direito à Cidade as ações e omissões, medidas legislativas, administrativas e judiciais, e práticas sociais que resultem no impedimento, em recusa, em dificuldade ou impossibilidade de:
 - realização dos direitos estabelecidos nesta Carta;
 - participação política coletiva de habitantes, mulheres e grupo sociais na gestão da cidade;
 - cumprimento das decisões e prioridades definidas nos processos participativos que integram a gestão da cidade;
 - manutenção de identidades culturais, formas de convivência pacífica, produção social de habitação, assim como as formas de manifestação e ação de grupos sociais e cidadãos(ãs), em especial os vulneráveis e desfavorecidos, com base em seus usos e costumes.
2. As ações e omissões podem expressar-se no campo administrativo, por elaboração e execução de projetos, programas e planos; na esfera legislativa,

através da edição de leis, controle de recursos públicos e ações de governo; na esfera judicial, nos julgamentos e decisões judiciais sobre conflitos coletivos e difusos referente a temas de interesse urbano.

Artigo XX. Exigibilidade do direito à cidade

Toda pessoa tem direito de acesso a recursos administrativos e judiciais eficazes e completos relacionados com os direitos e deveres enunciados na presente Carta, incluindo o não desfrute destes direitos.

Artigo XXI. Compromissos com a carta mundial do direito À cidade.

I – As redes e organizações sociais se comprometem a:

1. Difundir amplamente esta Carta e potencializar a articulação internacional pelo Direito à Cidade no contexto do Foro Social Mundial, assim como em outras conferencias e foros internacionais, com o objetivo de contribuir para a luta dos movimentos sociais e das redes de ONGs na construção de uma vida digna nas cidades;
2. Construir plataformas de exigibilidade do Direito à Cidade; documentar e disseminar experiências nacionais e locais que apontem para a construção deste direito;
3. Apresentar esta Carta Mundial pelo Direito à Cidade aos distintos organismos e agencias do Sistema das Nações Unidas e dos Organismos Internacionais Regionais, para iniciar um processo que tenha como objetivo o reconhecimento do Direito à Cidade como um direito humano.

II – Os Governos nacionais e locais se comprometem a:

1. Elaborar e promover marcos institucionais que consagrem o Direito à Cidade, assim como formular, com caráter de urgência, planos de ação para um modelo de desenvolvimento sustentável aplicado às cidades, em concordância com os princípios enunciados nessa Carta;
2. Construir plataformas associativas, com ampla participação da sociedade civil, para promover o desenvolvimento sustentável nas cidades;
3. Promover a ratificação e aplicação dos pactos de direitos humanos e outros instrumentos internacionais que contribuam na construção do direito à cidade.

III – Os Parlamentares se comprometem a:

1. Promover consultas cidadãs e realizar atividades parlamentares com o objetivo de enriquecer os conteúdos do direito à cidade e impulsionar seu reconhecimento e adoção pelas instâncias internacionais e regionais de direitos humanos e pelos governos nacionais e locais;
2. Elaborar e aprovar leis que reconheçam e consagrem o direito humano à cidade, em concordância com o enunciado nessa Carta e com os instrumentos internacionais de direitos humanos.

3. Adequar o marco legal nacional e local, incorporando as obrigações internacionais assumidas pelos Estados em matéria de direitos humanos, com especial atenção para os conteúdos dessa Carta.

IV – Os Organismos Internacionais se comprometem a:

1. Empreender todos os esforços para sensibilizar, estimular e apoiar os governos na promoção de campanhas, seminários e conferencias, e facilitar publicações técnicas apropriadas que conduzam a sua adesão aos compromissos dessa Carta;
2. Monitorar e promover a aplicação dos pactos de direitos humanos e outros instrumentos internacionais que contribuam para a construção do Direito à Cidade;
3. Abrir espaços de participação nos organismos consultivos e decisórios do sistema das Nações Unidas que facilitem a discussão desta iniciativa.

Convida-se a todas as pessoas, organizações da sociedade civil, governos locais, parlamentares e organismos internacionais a participar ativamente em âmbito local, nacional, regional e global do processo de integração, adoção, difusão e implementação da Carta Mundial pelo Direito à Cidade como um dos paradigmas de que um mundo melhor é possível nesse milênio.