

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.522 - AL (2009/0199017-7)

RELATORA : **MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
RECORRENTE : MARIA HILDAMIR DE OLIVEIRA NORONHA
ADVOGADO : ERASMO LOPES MATIAS DE FREITAS - DEFENSOR
PÚBLICO DA UNIÃO
RECORRIDO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : PAULO MELO DE ALMEIDA BARROS E OUTRO(S)
ADVOGADA : LENYMARA CARVALHO E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. EX-MUTUÁRIO. PRETENSÃO À CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO IMOBILIÁRIO ESPECIAL. ART. 38 DA LEI 10.150/2000. FACULDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

1. Prescreve o art. 38 da Lei nº 10.150/2000 que as instituições financeiras captadoras de depósitos à vista e que operem crédito imobiliário estão autorizadas, e não obrigadas, a promover contrato de Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra, dos imóveis que tenham arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento por força de financiamentos habitacionais por elas concedidos.
2. Julgamento afetado à Segunda Seção com base no procedimento estabelecido pela Lei nº 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos) e pela Resolução STJ nº 8/2008.
3. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão acompanhando a Sra. Ministra Relatora e negando provimento ao recurso especial, a Segunda Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora, vencido o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que a ele dava provimento. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão (voto-vista) e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília/DF, 12 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.522 - AL (2009/0199017-7)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, *a* e *c* da CF por MARIA HILDAMIR DE OLIVEIRA NORONHA, contra acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que assim dispôs:

CIVIL. ARRENDAMENTO IMOBILIÁRIO ESPECIAL. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA.

1. O art. 38 da Lei nº 10.150/2000 apenas faculta às instituições financeiras que operem no campo do crédito imobiliário a celebração de arrendamento imobiliário especial com os ocupantes a qualquer título.
2. Apelação improvida.

Em suas razões, a recorrente alega violação ao art. 38, *caput* e § 2º da Lei 10.150/2000 e se vale de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região para defender a tese de que o referido dispositivo legal atribui às instituições financeiras, mormente à Caixa Econômica Federal, uma competência-dever geradora de interesse legítimo do cidadão na celebração de arrendamento imobiliário especial.

Ressalta que dita norma deve ser interpretada de acordo com os fins sociais a que se destina (art. 5º da LICC e arts. 7º e 173, § 1º, I da CRF), que a CEF tem como objetivo estatutário a promoção do acesso à moradia, bem como que deve ser respeitado o princípio da razoabilidade.

Assim, espera seja a CEF compelida a celebrar o contrato de Arrendamento Imobiliário Especial com a recorrente, caso não haja qualquer outro impedimento prévia e objetivamente estabelecido.

Contrarrazões da CEF às fls. 117-122 e-STJ, onde afirma que não houve a necessária demonstração analítica do dissídio jurisprudencial e, no mérito, alega que o art. 38 da Lei 10.150/2000 apenas faculta às instituições financeiras que operem no campo do crédito imobiliário a celebração de arrendamento imobiliário especial com ocupantes a qualquer título.

Na decisão de fl. 17 e-STJ, submeti a questão ao regime especial de

Superior Tribunal de Justiça

juízo estabelecido nos artigos 543-C do CPC e na Resolução/STJ nº 8/2008, afetando o juízo à Segunda Seção.

Cumprida a determinação de expedição de ofícios comunicando a decisão (fl. 121 e-STJ), foi aberta vista ao Ministério Público Federal para parecer, onde opinou pela manutenção do acórdão recorrido (fls. 124-128 e-STJ), pelos mesmos fundamentos nele expostos.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.522 - AL (2009/0199017-7)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): A matéria objeto do recurso especial está delimitada em torno da interpretação a ser conferida ao art. 38 da Lei nº 10.150/00 (redação originária conferida pela medida provisória n. 1.981-49/2000), que assim dispõe:

Art. 38. Ficam as instituições financeiras captadoras de depósitos à vista e que operem crédito imobiliário autorizadas a promover Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra dos imóveis que tenham arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento por força de financiamentos habitacionais por elas concedidos.

§ 1º Entende-se por Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra a operação em que o arrendatário se compromete a pagar ao arrendador, mensalmente e por prazo determinado, contraprestações pela ocupação do imóvel com direito ao exercício de opção de compra no final do prazo contratado.

§ 2º O arrendamento de que trata este artigo poderá ser contratado com o ex-proprietário, com o ocupante a qualquer título ou com terceiros, com base no valor de mercado do bem, atestado em laudo de avaliação passado por profissional habilitado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, com atribuição para avaliação imobiliária.

Consta dos autos que a presente ação cominatória visa a impedir a desocupação do imóvel em que residia a recorrente, sob o fundamento de estar a CEF obrigada a celebrar contrato de arrendamento imobiliário especial previsto no art. 38 da Lei nº 10.150/2000.

O pedido inicial foi julgado improcedente pelo MM. Juízo de 1º grau, por considerar que "não há, (...), obrigatoriedade expressa de negociação, mas mera permissão" (fl. 42 e-STJ), cassando a antecipação de tutela anteriormente concedida, entendimento este que foi acompanhado pelo Tribunal de origem, nos termos da ementa supra citada.

Superior Tribunal de Justiça

Em que pesem os argumentos da recorrente, correto o acórdão recorrido ao afastar a obrigatoriedade do agente financeiro em celebrar o contrato previsto no art. 38 da Lei nº 10.150/2000.

A letra da Lei 10.150/2000 é clara, ao estabelecer "ficam autorizadas" as instituições financeiras a promover o Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra com o ex-proprietário, com o ocupante a qualquer título ou com terceiros, com base no valor de mercado do bem.

Observo que, além de estar submetida a regime jurídico de direito privado, a CEF não é a única instituição financeira operando no mercado de mútuo habitacional, razão pela qual, na interpretação do art. 38 da Lei 10.150/2000, conforme destacado pelo Ministro Sidnei Beneti, no julgamento do REsp. 1164528 a propósito do mesmo tema, "há de prevalecer a livre iniciativa e, como corolário desta, a liberdade contratual que se expressa, antes de tudo, na faculdade de contratar ou não contratar".

Neste ponto, registro que o art. 173, §1º, II, da CRF, estabelece que as empresas públicas estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

O art. 38 da Lei 10.150/2000 é dispositivo que se dirige às instituições financeiras em geral que operam no crédito imobiliário, não sendo compatível com o sistema constitucional em vigor a pretendida interpretação do referido artigo que imponha obrigação de contratar apenas à empresa pública ré, em prejuízo do princípio da livre autonomia da vontade e da igualdade constitucional de regime jurídico no campo do direito das obrigações civis.

Além disso, ressaltou-se, no precedente citado (REsp 1164528/PE), que, "se não for pela sua personalidade jurídica de direito privado (...), certamente será pelos princípios administrativos da moralidade, do uso racional dos recursos públicos e da segurança jurídica, que se haverá de interpretar a expressão 'ficam autorizadas' constante do artigo 38 da Lei 10.150/00 como uma faculdade propriamente e não como uma obrigação".

Isso porque, analisando a questão sob o aspecto de que, numa empresa pública, o capital é público, eventuais prejuízos causados por uma contratação forçada afetariam, ainda que indiretamente, o interesse coletivo.

Anoto, ainda, que a lei não estabelece prazo de duração para o pretendido contrato de arrendamento, nem os critérios relativos ao preço de compra ou às

prestações mensais do arrendamento, de forma que teríamos, caso acolhidas as razões do recurso especial, imposição legal de contratar que, no entanto, deveria ser completada em todos os elementos essenciais do contrato pelas partes.

Por todos esses motivos, percebe-se que o dispositivo tido por violado não está relacionado a uma atividade plenamente vinculada, capaz de obrigar, por si só, qualquer agente financeiro captador de depósito à vista e que opere crédito imobiliário à promoção do Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra ali previsto.

Nesses termos, o entendimento de ambas as Turmas da 2ª Seção:

DIREITO CIVIL. FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. PRETENSÃO À CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO ESPECIAL. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL. FACULDADE E NÃO OBRIGAÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF DE CELEBRAR CONTRATO DE ARRENDAMENTO ESPECIAL.

1.- Nos termos do artigo 38 da Lei 10.150/2000, a instituição financeira que tenha arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento imóvel financiado por ela fica autorizada a celebrar com ocupante desse imóvel, contrato de Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra.

2.- A dicção legal, "ficam autorizadas", outorga aos referidos agentes financeiros verdadeira faculdade, não um dever legal. A celebração do contrato de arrendamento imobiliário especial com opção de compra estará subordinada, portanto, a um juízo positivo de conveniência e oportunidade a ser exercido com exclusividade pelas partes interessadas.

3.- Mesmo quando o agente financeiro em questão seja empresa pública, como a Caixa Econômica Federal, nem mesmo aí será possível interpretar a expressão da lei como uma obrigação irrecusável.

4.- Caso em que, ademais, compreensível a recusa da Caixa, pois o imóvel antes do ajuizamento da ação já havia sido alienado a terceiro.

5.- Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1164528/PE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 30/11/2011)

RECURSO ESPECIAL. EX-MUTUÁRIO DO SFH. PRETENSÃO À CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO IMOBILIÁRIO ESPECIAL. ART. 38 DA LEI 10.150/2000. FACULDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

1. Prescreve o art. 38 da Lei nº 10.150/2000 que as instituições financeiras captadoras de depósitos à vista e que operem crédito imobiliário estão autorizadas, e não obrigadas, a promover contrato de Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra, dos imóveis que tenham arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento por força de financiamentos habitacionais por elas concedidos. (...)

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1110907/AL, de minha relatoria, DJe 29/06/2012)

Anoto, ainda, que não cuidou o acórdão recorrido e nem o recurso especial do Programa de Arrendamento Residencial disciplinado pela Lei n. 10.188/2001, o qual foi instituído para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, programa este sujeito a disciplina inteiramente diversa, da alçada do Ministério das Cidades e operacionalizado pela CEF, com recursos integralizados pela União, os quais não integram o ativo da empresa pública (arts. 2º, §3º e 2º-A). No PAR da Lei n. 10.188/2001, não cogitado no recurso, a CEF age na condição de operadora de programa público federal e não de empresa pública em regime jurídico de direito privado.

Assim, a tese assentada para os efeitos previstos no art. 543-C do CPC é, pois, a de que **"nos termos do art. 38 da Lei nº 10.150/2000, as instituições financeiras captadoras de depósitos à vista e que operem crédito imobiliário estão autorizadas, e não obrigadas, a promover contrato de Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra, dos imóveis que tenham arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento por força de financiamentos habitacionais por elas concedidos"**.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso especial.

Após a publicação do acórdão, comunique-se ao Presidente e aos Ministros integrantes das Turmas da 2ª Seção desta Corte, bem como aos Presidentes

Superior Tribunal de Justiça

dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais, para os procedimentos previstos no art. 543-C, parágrafo 7º, incisos I e II, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.672/2008, e no art. 5º, incisos I, II, e III da Resolução/STJ nº 8/2008.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2009/0199017-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.161.522 / AL**

Números Origem: 200380000066856 355100

PAUTA: 24/10/2012

JULGADO: 24/10/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WASHINGTON BOLÍVAR DE BRITTO JÚNIOR**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARIA HILDAMIR DE OLIVEIRA NORONHA
ADVOGADO : ERASMO LOPES MATIAS DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
RECORRIDO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : PAULO MELO DE ALMEIDA BARROS E OUTRO(S)
ADVOGADA : LENYMARA CARVALHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Sistema Financeiro da Habitação

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, a Dra. **LENYMARA CARVALHO**, pela **RECORRIDA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **SEGUNDA SEÇÃO**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora negando provimento ao recurso especial, pediu **VISTA** antecipadamente o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Aguardam os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Massami Uyeda.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.522 - AL (2009/0199017-7)

RELATORA : **MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
RECORRENTE : **MARIA HILDAMIR DE OLIVEIRA NORONHA**
ADVOGADO : **ERASMO LOPES MATIAS DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO**
RECORRIDO : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADVOGADO : **PAULO MELO DE ALMEIDA BARROS E OUTRO(S)**
ADVOGADA : **LENYMARA CARVALHO E OUTRO(S)**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

Eminentes colegas. A polêmica estabelecida no presente recurso especial, admitido na origem como representativo da controvérsia, situa-se em torno do enunciado normativo do art. 38, *caput* e § 2º da Lei nº 10.150/2000, que estatui o seguinte:

Art. 38. Ficam as instituições financeiras captadoras de depósitos à vista e que operem crédito imobiliário autorizadas a promover Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra dos imóveis que tenham arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento por força de financiamentos habitacionais por elas concedidos.

§ 1º Entende-se por Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra a operação em que o arrendatário se compromete a pagar ao arrendador, mensalmente e por prazo determinado, contraprestações pela ocupação do imóvel com direito ao exercício de opção de compra no final do prazo contratado.

§ 2º O arrendamento de que trata este artigo poderá ser contratado com o ex-proprietário, com o ocupante a qualquer título ou com terceiros, com base no valor de mercado do bem, atestado em laudo de avaliação passado por profissional habilitado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, com atribuição para avaliação imobiliária.

A controvérsia gira em torno de se estabelecer se é uma faculdade da instituição

financeira promover o arrendamento imobiliário especial previsto nesse dispositivo legal, ou se a contratação é obrigatória, caso preenchidos os requisitos previstos na lei.

Na origem, tanto a sentença como o acórdão recorrido reconheceram que se trata de uma faculdade da instituição financeira recorrida, em face da dicção do enunciado normativo ao utilizar a expressão "poderá ser contratado", conforme expresso na ementa do acórdão:

CIVIL. ARRENDAMENTO IMOBILIÁRIO ESPECIAL. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA.

1. O art. 38 da Lei nº 10.150/00 apenas faculta às instituições financeiras que operem no campo do crédito imobiliário a celebração de arrendamento imobiliário especial com os ocupantes a qualquer título.

2. Apelação improvida.

Na mesma linha, a eminente relatora em seu judicioso voto, inclusive citando precedente da Terceira Turma (REsp. n. 1.161.522/AL, relatoria do Min. Sidnei Beneti, j. em 17/11/2011), manifestou-se no sentido de se tratar de uma faculdade, observando, entre outros argumentos, que nessa situação específica, a Caixa Econômica Federal não age como operadora de programa público federal, mas como empresa pública em regime jurídico de direito privado, sendo apenas uma das instituições financeiras atuando nesse setor.

Peço vênia à eminente relatora para divergir.

Penso que o enunciado normativo do art. 38, § 2º, da Lei nº 10.150/2000, deve ser interpretado à luz do princípio da função social do contrato.

Ressalto, inicialmente, que a presente ação cominatória foi proposta em 25 de junho de 2003, já na vigência do Código Civil de 2002, que se iniciou em 11 de janeiro de 2003.

De todo modo, mesmo que fosse proposta anteriormente à vigência do novo Código Civil, isso não impediria a sua análise à luz dos princípios que ele positivou, mas que sempre estiveram em nosso sistema jurídico, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, como a função social do contrato.

O princípio da função social do contrato é fruto da mudança de concepção

Superior Tribunal de Justiça

acerca da natureza dos institutos jurídicos em geral na passagem do Estado Liberal do Século XIX para o Estado Social do Século XX.

No Século XIX, marcado pelo liberalismo econômico e pelo individualismo, o direito de propriedade era praticamente absoluto e, conseqüentemente, o respectivo poder negocial não apresentava limitações significativas, sendo também praticamente absoluto o princípio da autonomia da vontade.

No Século XX, adota-se uma nova concepção acerca dos institutos jurídicos em geral (propriedade, contrato, negócios jurídicos em geral), admitindo-se a própria intervenção do Estado para restabelecer a igualdade entre os contratantes.

Os exageros cometidos na primeira metade do Século XX, redundando nos Estados totalitários (nazismo, fascismo etc.), conduziram a uma flexibilização da noção de Estado Social, que culminou com a social democracia, pautada nas idéias de solidariedade e justiça social.

Os princípios da função social da propriedade e da função social do contrato inserem-se nesse contexto.

O **Professor Miguel Reale**, nosso Filósofo do Direito maior e Presidente da Comissão que elaborou o Anteprojeto do Código Civil de 2002, explicou da seguinte forma, em novembro de 2003, o princípio da função social do contrato positivado no Código Civil de 2002:

Um dos pontos altos do novo Código Civil está em seu Art. 421, segundo o qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o direito de propriedade que “atenderá a sua função social”. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.

Essa colocação das avenças em um plano transindividual tem levado alguns intérpretes a temer que, com isso, haja uma diminuição de

Superior Tribunal de Justiça

garantia para os que firmam contratos baseados na convicção de que os direitos e deveres neles ajustados serão respeitados por ambas as partes.

Esse receio, todavia, não tem cabimento, pois a nova Lei Civil não conflita com o princípio de que o pactuado deve ser adimplido. A idéia tradicional, de fonte romanista, de que “pacta sunt servanda” continua a ser o fundamento primeiro das obrigações contratuais.

Pode-se dizer que a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002 veio reforçar ainda mais essa obrigação, ao estabelecer, no Art. 422, que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

No quadro do Código revogado de 1916, a garantia do adimplemento dos pactos era apenas de ordem jurídica, de acordo com o entendimento pandectista de que o direito deve ter disciplinado tão somente mediante categorias jurídicas, enquanto que atualmente não se prescinde do que eticamente é exigível dos que se vinculam em virtude de um acordo de vontades.

O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.

O ato de contratar corresponde ao valor da livre iniciativa, erigida pela Constituição de 1988 a um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito, logo no Inciso IV do Art. 1º, de caráter manifestamente preambular.

Assim sendo, é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público.

Como uma das formas de constitucionalização do Direito Privado,

Superior Tribunal de Justiça

temos o § 4º do Art. 173 da Constituição, que não admite negócio jurídico que implique abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Esse é um caso extremo de limitação do poder negocial, não sendo possível excluir outras hipóteses de seu exercício abusivo, tão fértil é a imaginação em conceber situações de inadmissível privilégio para os que contratam, ou, então, para um só deles.

É em todos os casos em que ilicitamente se extrapola do normal objetivo das avenças que é dado ao juiz ir além da mera apreciação dos alegados direitos dos contratantes, para verificar se não está em jogo algum valor social que deva ser preservado.

Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento.

Por outro lado, o princípio de socialidade atua sobre o direito de contratar em complementaridade com o de eticidade, cuja matriz é a boa-fé, a qual permeia todo o novo Código Civil. O ilustre jurista Ministro Almir Pazzianotto Pinto teve o cuidado de verificar que ele alude à boa-fé em nada menos de 53 artigos, recriminando a má-fé em 43.

Isto posto, o olvido do valor social do contrato implicaria o esquecimento do papel da boa-fé na origem e execução dos negócios jurídicos, impedindo que o juiz, ao analisá-los, indague se neles não houve o propósito de contornar ou fraudar a aplicação de obrigações previstas na Constituição e na Lei Civil.

Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916, ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a “socialização dos contratos”; ou, então, assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira

Superior Tribunal de Justiça

opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2.002.

É a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia.

A lição do saudoso Professor Miguel Reale permite a compreensão do enunciado normativo do art. 421 do Código Civil de 2002, ao positivizar o princípio da função social do contrato com um balizador do princípio da liberdade contratual (princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade), nos seguintes termos:

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

Assim, o princípio da autonomia privada, mais conhecido por autonomia da vontade, que consubstancia a idéia de liberdade contratual, embora primordial no plano do Direito Privado, não é absoluto, sendo restringido pelos demais princípios, especialmente a função social do contrato e a boa-fé objetiva (art. 422).

No caso da função social do contrato, a regra do art. 421 do CC relativiza a liberdade contratual de modo que o contrato garanta trocas justas e úteis que atendam também ao bem comum.

A noção de bem comum, que é a pedra de toque para compreensão da idéia de função social tanto da propriedade, como a do contrato, foi sintetizado pelo Professor **Miguel Reale** como o bem social ideal, que consiste em servir o coletivo respeitando a personalidade de cada um.

Ou seja, deve-se compatibilizar o interesse individual com o interesse social.

Naturalmente, a noção de bem comum possui conteúdo dinâmico e variável, evoluindo no tempo e no espaço de acordo com as novas exigências da sociedade (v.g. preocupação com a água, o meio ambiente, o consumidor).

No Direito brasileiro, a configuração do princípio da função social da propriedade, positivado no art. 5º, XXII, da CF, é mais clara, pois a própria Constituição indica o seu conteúdo.

Superior Tribunal de Justiça

Em relação à propriedade rural, a regra do art. 186 da CF, estabelece uma relação com a sua produtividade, permitindo o controle pelo Estado mediante a imposição de imposto, o usucapião rural, a desapropriação por interesse social.

Em relação à propriedade urbana (art. 182), a ligação é feita com as exigências de ordenação das cidades expressas no seu Plano Diretor, também com a fixação de sanções peculiares.

No caso da função social do contrato, prevista no Código Civil de 2002 como princípio e cláusula geral, a sua configuração não é tão precisa.

Relembre-se que os princípios são normas de elevado grau de abstração que consagram valores fundamentais do ordenamento jurídico, enquanto as cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa em que o enunciado normativo possui grande generalidade, abrangendo um largo espectro de casos e submetendo-os ao regime legal.

As cláusulas gerais podem conter princípios (v.g. boa-fé, função social), embora nem toda a cláusula geral os contenha (art. 186 do CC).

No caso da função social do contrato, o princípio erupciona em nosso ordenamento jurídico mediante **cláusulas gerais restritivas e regulativas**, conforme explica **Judith Martins-Costa** (*A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999), *verbis*:

*Colocada no pórtico da disciplina contratual, formando “quase que um preâmbulo de todo o direito contratual” (Miguel Reale), a cláusula geral da função social do contrato é multifuncional, por isso inserindo-se, consoante a tipologia acima indicada, em dupla categoria, a saber, a das **cláusulas gerais de tipo restritivo e as de tipo regulativo**.*

Este ponto deve ser bem marcado, porque seria intolerável empobrecimento confiná-la apenas à função de restringir, em certos casos, e para certos efeitos, o princípio da liberdade contratual (p. 353).

As cláusulas gerais restritivas são aquelas que limitam o exercício de um direito, enquanto as do tipo regulativo permitem a modificação ou ampliação de uma relação obrigacional.

Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem utilizado a função social do contrato como cláusula geral dos dois tipos, embora normalmente não seja utilizada essa nomenclatura.

Tem sido aplicada como cláusula geral restritiva, por exemplo, nas hipóteses de abuso de direito, prevista como ato ilícito pelo art. 187 do CC, como nos seguintes casos:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATOS. DISTRIBUIÇÃO. CELEBRAÇÃO VERBAL. POSSIBILIDADE. LIMITES. RESCISÃO IMOTIVADA. BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. VIOLAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. DANOS MORAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE FIXADOS EM VALOR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. SUCUMBÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO. CRITÉRIOS.

1. De acordo com os arts. 124 do CCom e 129 do CC/16 (cuja essência foi mantida pelo art. 107 do CC/02), não havendo exigência legal quanto à forma, o contrato pode ser verbal ou escrito.

2. Até o advento do CC/02, o contrato de distribuição era atípico, ou seja, sem regulamentação específica em lei, de sorte que sua formalização seguia a regra geral, caracterizando-se, em princípio, como um negócio não solene, podendo a sua existência ser provada por qualquer meio previsto em lei.

3. A complexidade da relação de distribuição torna, via de regra, impraticável a sua contratação verbal. Todavia, sendo possível, a partir das provas carreadas aos autos, extrair todos os elementos necessários à análise da relação comercial estabelecida entre as partes, nada impede que se reconheça a existência do contrato verbal de distribuição.

4. A rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais.

5. Os valores fixados a título de danos morais e de honorários advocatícios somente comportam revisão em sede de recurso especial nas hipóteses em que se mostrarem exagerados ou irrisórios.

Precedentes.

6. A distribuição dos ônus sucumbências deve ser pautada pelo exame do número de pedidos formulados e da proporcionalidade do decaimento das partes em relação a esses pleitos. Precedentes.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1255315/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA

TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 27/09/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. RECUSA IMOTIVADA DE RENOVAÇÃO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA.

1.- "A rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da **função social do contrato** e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais". (REsp 1255315/SP, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI).

2.- A alegação da ocorrência da prescrição ânua como tese de defesa nos contra-arrazoados do Recurso Especial mostra-se preclusa, pois caso tivesse interesse em reformar o acórdão recorrido quanto ao tema, deveria, após o Recurso Especial interposto, ter apresentado recurso adesivo.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp. 1320969/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 08/10/2012)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. SÚMULAS Nº 5 E Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. DESCUMPRIMENTO PARCIAL E MÍNIMO DA AVENÇA. DESPROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DO CONTRATO. PRECEDENTES.

1. Pela alínea "c" do permissivo constitucional, o dissídio jurisprudencial não restou demonstrado na forma exigida pelos arts.

541, parágrafo único, do CPC e 255, parágrafos 1º e 2º, do RISTJ, não bastando a mera transcrição de ementas dos paradigmas, sem o devido cotejo analítico entre os acórdãos confrontados (AgRg no Ag 1.077.358/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 10/2/2009 e AgRg no Ag 1.007.956/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 9/3/2009).

2. Não há falar nos óbices contidos nas Súmulas nºs 5 e 7/STJ quando a questão trazida à apreciação desta Corte Superior for unicamente de direito, ou de direito e de fato, e não houver a necessidade de revisão do quadro probatório já delineado soberanamente pelas instâncias ordinárias, como na espécie.

3. "- A exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. (...) A recusa da parte em cumprir sua

obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da argüição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo" (REsp 981.750/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 23/4/2010).

4. Diante do contexto de desproporcionalidade que a presente hipótese evidencia, verifica-se que o acórdão, ao afastar a exceção do contrato não cumprido, acabou por violar princípios norteadores da relação contratual, quais sejam, o da proporcionalidade, da boa fé e da **função social do contrato**, porque, por uma importância desproporcional ao valor do bem, garantiu aos recorridos um benefício muito maior do que o contratado, haja vista que, o atraso na quitação do IPTU, no montante declinado, nunca representaria motivo suficiente ao pedido de rescisão contratual, seja pelo fato de que o imóvel já havia sido entregue, seja pelo fato de que o valor das prestações já quitadas supera em muito o montante atribuído ao Fisco e que, facilmente, poderia ter sido abatido do valor devido.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

(REsp 1220251/MA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 13/03/2012)

DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PLANO DE PECÚLIO POR MORTE. NATUREZA DO CONTRATO. SEGURO DE VIDA. SEMELHANÇA. MORA DO CONTRATANTE. CANCELAMENTO AUTOMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERPELAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA FIRME DA SEGUNDA SEÇÃO. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE. TENTATIVA DE PURGAÇÃO DA MORA ANTES DO FATO GERADOR (SINISTRO). RECUSA DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA. CONDUTA DO CONSUMIDOR PAUTADA NA BOA-FÉ. RELEVÂNCIA. PAGAMENTO DEVIDO.

1. O contrato de previdência privada com plano de pecúlio por morte se assemelha ao seguro de vida, podendo também as normas aplicáveis às sociedades seguradoras estender-se, no que couber, às entidades abertas de previdência privada (art. 73, LC n. 109/2001).

2. Portanto, à pretensão de recebimento de pecúlio devido por morte, aplica-se a jurisprudência da Segunda Seção relativa a contratos de seguro, segundo a qual "o mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação" (REsp 316.552/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 9/10/2002, DJ 12/4/2004, p. 184).

3. Ademais, incide a teoria do adimplemento substancial, que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da **função social do contrato**.

4. No caso, embora houvesse mora de 90 (noventa) dias no pagamento da mensalidade do plano, antes da ocorrência do fato gerador (morte do contratante) tentou-se a purgação, ocasião em que os valores em atraso foram pagos pelo de cujus, mas a ele devolvidos pela entidade de previdência privada, com fundamento no cancelamento administrativo do contrato ocorrido 6 (seis) dias antes.

5. Com efeito, depreende-se que o inadimplemento do contrato - a par de ser desimportante em face do substancial adimplemento verificado durante todo o período anterior - não pode ser imputado exclusivamente ao consumidor. Na verdade, o evitável inadimplemento decorreu essencialmente do arbítrio injustificável da recorrida - entidade de previdência e seguros - em não receber as parcelas em atraso, antes mesmo da ocorrência do sinistro, não agindo assim com a boa-fé e cooperação recíproca que são essenciais à harmonização das relações civis.

6. A entidade de previdência obstou a purgação da mora por motivo injustificado, antes mesmo da ocorrência do fato gerador, somando-se a isso a inequívoca conduta pautada na boa-fé do consumidor, por isso incabível a negativa de pagamento do pecúlio depois de verificada morte do contratante. Incidência do art. 21, § 3º, da Lei n. 6.435/77.

7. Recurso especial provido.

(REsp 877.965/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/02/2012)

Também aparece com essa natureza de cláusula geral restritiva no caso das cláusulas abusivas, previstas no art. 424 do CC ou no art. 51 do CDC, conforme se observa nos seguintes precedentes:

SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO

SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12, V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA.

1. *"Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida". (REsp 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174)* 2. *Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea "c", do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência.*

3. *Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e **função social**, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual.*

4. *Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida.*

5. *Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro.*

6. *Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, "se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar".(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)* 7. *Recurso especial provido para restabelecer a sentença.*

(REsp 962.980/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 15/05/2012)

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.

*1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da **função social**, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".*

2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011)

Como cláusula geral regulativa, aparece nos casos de restabelecimento do equilíbrio contratual (sinalagma contratual) nas hipóteses de revisão dos contratos, como se

colhe dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. ABUSO VERIFICADO NO CHAMADO ENCARGO DA NORMALIDADE. REPETIÇÃO DO INDEBITO. VIABILIDADE NO CASO DE PAGAMENTO INDEVIDO, INDEPENDENTEMENTE DE COMPROVAÇÃO DO ERRO.

*1. É permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do **pacta sunt servanda** vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da **função social dos contratos** e do dirigismo contratual.*

2. O agravante não procedeu ao devido cotejo analítico entre os arestos paradigmas trazidos no especial e a hipótese dos autos, de modo que não ficou evidenciada a sugerida divergência pretoriana.

3. O v. acórdão recorrido consignou a inexistência de previsão contratual da capitalização dos juros em nenhuma periodicidade e a revisão do julgado atrai a incidência das Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Não é permitida a cumulação da comissão de permanência com correção monetária (Súmula 30/STJ), juros remuneratórios (Súmula 296/STJ), juros moratórios nem com multa contratual.

5. A descaracterização da mora ocorre quando o caráter abusivo decorrer da cobrança dos chamados encargos do "período da normalidade" - juros remuneratórios e capitalização dos juros.

6. "Sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro." (REsp 615.012/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 8/6/2010) 7. Os argumentos trazidos pelo recorrente não têm o condão de infirmar a decisão recorrida, de forma que deve ser mantido o decisum agravado pelos seus próprios e suficientes fundamentos.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1394166/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 04/06/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. SÚMULA 5/STJ.

1. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que, aplicável o

*Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolvem relação de consumo, é permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do **pacta sunt servanda** vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da **função social dos contratos** e do dirigismo contratual.*

2. A jurisprudência desta eg. Corte pacificou-se no sentido de que a cobrança da capitalização mensal de juros é admitida nos contratos bancários celebrados a partir da edição da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada sob o nº 2.170-36/2001, qual seja, 31/3/2000, desde que expressamente pactuada. Na hipótese em concreto, não há pactuação expressa acerca do referido encargo, razão pela qual se aplica o enunciado da Súmula 5/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 32.884/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 01/02/2012)

Também aparece com essa característica de cláusula geral regulativa nas hipóteses de superação do princípio da eficácia relativa dos contratos, cujo exemplo mais contundente é a jurisprudência desta Corte no sentido da superação da relatividade no contrato de seguro.

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. AÇÃO PROPOSTA DIRETAMENTE EM FACE DA SEGURADORA SEM QUE O SEGURADO FOSSE INCLUÍDO NO POLO PASSIVO. LEGITIMIDADE.

1. A interpretação de cláusula contratual em recurso especial é inadmissível. Incidência da Súmula 5/STJ.

2. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

3. A interpretação do contrato de seguro dentro de uma perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro seja por este diretamente reclamada da seguradora.

4. Não obstante o contrato de seguro ter sido celebrado apenas entre o segurado e a seguradora, dele não fazendo parte o recorrido, ele contém uma estipulação em favor de terceiro. E é em favor desse terceiro - na hipótese, o recorrido - que a importância segurada será paga. Daí a possibilidade de ele requerer diretamente da seguradora o referido pagamento.

5. O fato de o segurado não integrar o polo passivo da ação não retira da seguradora a possibilidade de demonstrar a inexistência do dever de indenizar.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

Superior Tribunal de Justiça

(REsp 1245618/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 30/11/2011)

Assim, pautados nos valores da solidariedade e da justiça social, o contrato, além de garantir os interesses individuais dos contratantes, deve também atender aos seus fins sociais, como assegurado pela jurisprudência desta Corte nos casos acima lembrados.

Gérson Branco, em sua obra *Função Social dos Contratos – Interpretação à luz do Código Civil* (São Paulo: Saraiva, 2009), analisando especificamente a **liberdade de contratar**, faz as seguintes ponderações:

Tanto a liberdade de contratar, compreendida como liberdade de decidir contratar ou não, como a liberdade contratual, compreendida como liberdade de estipulação, e a faculdade de escolha do tipo contratual, sofrem os efeitos da função social do contrato. (p. 234).

...

Os limites impostos pela cláusula geral da função social do contrato não são meramente externos, como “muro formado por preocupações solidaristas”, tendo em vista que não há uma antítese entre função social e liberdade de contratar.

Os limites são estruturais da própria liberdade e atuam para impedir que o contrato seja desvirtuado em sua “finalidade econômico-social”, reprimindo condutas quando uma das partes exerce supremacia injustificada sobre a outra. (p. 235)

Assim, a própria liberdade de contratar propriamente dita sofre os influxos do princípio da função social do contrato, podendo uma parte ser compelida a celebração de um contrato mesmo contra a sua vontade.

Gérson Branco, na obra mencionada (*Função Social dos Contratos – Interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 235-236), observa que isso também ocorre com outras modalidades de contratos, não sendo fato inédito na legislação brasileira, exemplificando, com (a) o seguro obrigatório de veículos automotores terrestres (Lei 6194/74); (b) a obrigatoriedade de importador e exportador celebrarem contratos de câmbio nos prazos determinados pelo Banco Central (Circular 3283/2005); (c) celebração compulsória de contrato de consumo nos termos da publicidade veiculada (art. 30 do CDC); (d) renovação obrigatória do contrato de locação comercial (art. 51 da Lei 8245/91).

Superior Tribunal de Justiça

Portanto, o reconhecimento de que o enunciado normativo do art. 38, § 2º da Lei nº 10.150/2000, não trata de uma simples faculdade da instituição financeira, mas de uma obrigação, uma vez preenchidos os requisitos legais, não constitui nenhuma inovação no ordenamento jurídico nacional.

Anote-se, especificamente em relação à empresa pública federal recorrida (Caixa Econômica Federal), que uma das suas missões institucionais é exatamente a sua vocação à promoção do acesso à moradia, especialmente em relação às classes de menor renda da população, conforme expresso entre os seus objetivos elencados no art. 5º, XII, do Decreto n. 6.132/2008, atual Estatuto da CEF, reproduzindo normas idênticas constantes dos estatutos anteriores, cujo teor é o seguinte:

Art. 5º - A CEF tem por objetivos:

....

XII - atuar como agente financeiro dos programas oficiais de habitação e saneamento e como principal órgão de execução da política habitacional e de saneamento do Governo Federal, operando, inclusive, como sociedade de crédito imobiliário, de forma a promover o acesso à moradia, especialmente das classes de menor renda da população;

No caso em questão, a autora, ora recorrente, que é ex-mutuária e atual ocupante do imóvel pleiteado, teve negado o seu direito, pois o conjunto popular em que ela reside não foi incluído no Programa de Arrendamento Residencial (PAR-E), criado pela Lei n. 10.188/2001, conforme referido nas contrarrazões de apelação (e-STJ, fl. 69).

Essa alegação não merece prosperar, pois, conforme conceituado no parágrafo primeiro do art. 38 em questão, "**entende-se por Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra a operação em que o arrendatário se compromete a pagar ao arrendador, mensalmente e por prazo determinado, contraprestações pela ocupação do imóvel com direito ao exercício de opção de compra no final do prazo contratado.**"

E a regra do § 2º estabelece de forma expressa que "**o arrendamento de que trata este artigo poderá ser contratado com o ex-proprietário, com o ocupante a qualquer título ou com terceiros, com base no valor de mercado do bem, atestado em**

Superior Tribunal de Justiça

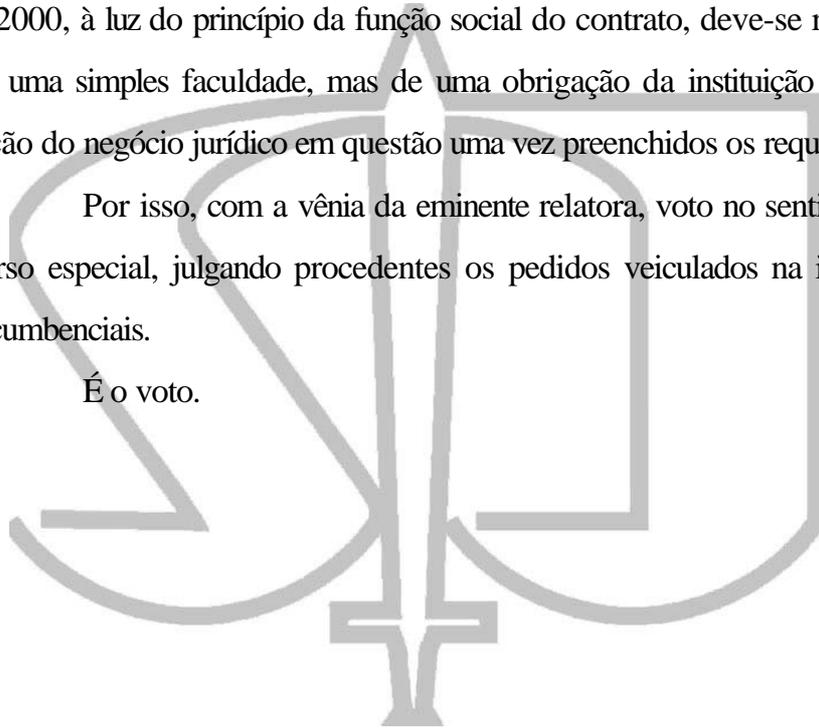
laudo de avaliação passado por profissional habilitado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, com atribuição para avaliação imobiliária."

Portanto, a finalidade da norma é proteger a pessoa residente no imóvel, mesmo que seja um mutuário que não conseguiu pagar as prestações do antigo financiamento, assegurando-lhe o direito à moradia, mediante o pagamento de um aluguel e permitindo, futuramente, o exercício da opção de compra.

Assim, interpretando os enunciados normativos do art. 38 da da Lei nº 10.150/2000, à luz do princípio da função social do contrato, deve-se reconhecer que não se trata de uma simples faculdade, mas de uma obrigação da instituição financeira recorrida a celebração do negócio jurídico em questão uma vez preenchidos os requisitos legais.

Por isso, com a vênia da eminente relatora, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial, julgando procedentes os pedidos veiculados na inicial e invertendo os ônus sucumbenciais.

É o voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.522 - AL (2009/0199017-7)

RATIFICAÇÃO DE VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Sr. Presidente, a controvérsia, realmente, está em torno do art. 38 da Lei n. 10.150, segundo o qual ficam as instituições financeiras captadoras de depósito à vista e que operem em crédito imobiliário autorizadas a promover arrendamento imobiliário especial com opção de compra de imóveis que tenham arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento por força de financiamentos habitacionais por ela concedidos. E o § 2º respectivo, segundo o qual "o arrendamento de que trata este artigo poderá ser contratado com ex-proprietário, com ocupante a qualquer título ou com terceiros, com base no valor de mercado do bem [...].

Gostaria de enfatizar, com a devida vênia do Ministro Paulo de Tarso, que houve uma compreensão errada do meu voto porque consta, na segunda página do voto-vista, o seguinte:

"Nessa linha, a eminente Relatora manifestou-se no sentido de se tratar de uma faculdade, observando – disse o Sr. Ministro Paulo de Tarso –, entre outros argumentos, que nessa situação específica a Caixa Econômica Federal age como operadora de programa público federal e não como empresa pública de direito privado."

Eu sustentei exatamente o contrário do que está consignado, com a devida vênia. Ou seja, todo o meu voto está construído em torno da premissa de que, na linha do *caput* do artigo já lido, a Caixa Econômica aqui age como uma instituição privada, assim como poderia agir qualquer outro banco privado que funcione com crédito imobiliário. Distingui, no meu voto, que a Caixa, empresa pública federal, tem como uma de suas funções assegurar moradias a pessoas de baixa renda, de forma que para tanto, dentre outros mecanismos, se vale de outro instituto completamente diverso, disciplinado por outra lei, a Lei nº 10.188, de 2001, que não foi objeto do pedido inicial, não foi objeto de decisão nem debate no acórdão recorrido e não é fundamento do recurso especial.

Essa Lei de 2001, que não está em discussão nesses autos, com a devida vênia, trata do Programa de Arrendamento Residencial instituído para o

atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, Programa sujeito a disciplina inteiramente diversa, da alçada do Ministério das Cidades, operacionalizado pela Caixa com recursos da União, que não integram os recursos do ativo da empresa pública. Nesse programa, que não está cogitado nem no acórdão recorrido nem no recurso especial, de fato a Caixa opera nessa sua função, que não é uma função de banco, competindo no mercado privado. Mas isso não está, repito, em discussão nesses autos.

Afirmo que concordo inteiramente com o Ministro Paulo de Tarso em todas as suas ponderações, citando o jurista Miguel Reale e vários outros, acerca do Código Civil de 2002 e da função social do contrato, de que devem ser coibidas cláusulas abusivas de direito e de que há responsabilidade da parte pela rescisão não motivada e abusiva de contrato.

No caso, todavia, enfatizo que não se trata de rescisão unilateral do contrato de mútuo pela Caixa Econômica. Não se discute se no contrato que foi findo, em razão da inadimplência da mutuária, havia ou não cláusulas abusivas. Não se cuida de reequilíbrio do contrato anterior. Para a revisão do contrato que foi extinto pelo inadimplemento e acabou com a adjudicação do imóvel pelo agente financeiro, havia um arsenal de medidas jurídicas que não sei se foram ou não adotadas por essa mutuária, porque isso não está em questão nesses autos. Quando há um contrato de mútuo habitacional e há exigência de encargos excessivos, pode o mutuário ajuizar uma ação ordinária de revisão do contrato, uma medida cautelar incidental, pedir liminares, antecipação de tutela e até mesmo mandados de segurança em razão de se alegar não ter havido regular notificação para a execução extrajudicial. Nada disso está em questão nesses autos.

Nos presentes autos temos um contrato já extinto com a transferência da propriedade pela adjudicação do bem e registro imobiliário em nome do ex-financiador, que hoje é o proprietário e pretende a autora, com base em dispositivo legal que apenas autoriza o banco a dar em arrendamento o bem não só para quem foi mutuário, como para qualquer terceiro, com base em preço de mercado, pretende-se obrigar o ex-banco financiador a celebrar um outro contrato. Por isso, digo que não se trata da função social do primitivo contrato já extinto, cujo equilíbrio também não se discute. Não se sabe se essa mutuária pagou alguma das várias prestações ou se ela pagou todas e foi cobrada ilegalmente, nada disso está em discussão. O que se pretende é obrigar o banco, proprietário do imóvel, a celebrar um segundo contrato com aquele mutuário anterior, sem que se cogite, sequer, de suas condições de solvabilidade para arcar com as obrigações do novo contrato.

Entende o Ministro Paulo de Tarso que esse segundo contrato seria

Superior Tribunal de Justiça

celebrado de forma imperativa, e não como uma faculdade e que seria celebrado desde que preenchidos os requisitos legais. Indago, então, quais seriam esses requisitos legais a serem preenchidos, porque a Lei 10.150/2000 autoriza a celebração do contrato quer com ex-mutuário, quer com qualquer terceiro pelo preço de mercado, que não se sabe qual será. Não estipula o prazo do arrendamento nem os encargos financeiros respectivos, nenhum elemento essencial desse contrato de arrendamento, ao qual estaria compelida a instituição financeira, é estabelecido pela lei.

Portanto, renovando a máxima vênia, reitero o meu voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.522 - AL (2009/0199017-7)

RELATORA : **MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
RECORRENTE : **MARIA HILDAMIR DE OLIVEIRA NORONHA**
ADVOGADO : **ERASMO LOPES MATIAS DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO**
RECORRIDO : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADVOGADO : **PAULO MELO DE ALMEIDA BARROS E OUTRO(S)**
ADVOGADA : **LENYMARA CARVALHO E OUTRO(S)**

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto por MARIA HILDAMIR DE OLIVEIRA NORONHA, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Em síntese, a discussão se limita a definir se o contrato de arrendamento imobiliário previsto no art. 38 da Lei 10.150/2000 constitui uma obrigação ou faculdade por parte do agente financeiro.

Preliminarmente – e essa matéria está superada, porque percebo que nem o i. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino tocou na admissibilidade do recurso especial –, pelo que observei, não daria seguimento ao recurso especial, mas vou superar porque penso que não podemos retroagir, melhor admitir e julgar o mérito, que é o interesse real e necessário do jurisdicionado.

Ultrapassada a questão preliminar, verifica-se que o Ministro Sanseverino diverge da eminente Relatora sob única premissa, de que a Caixa Econômica pode ser compelida, ou seja, obrigada à celebração de um contrato contra a sua vontade, mas em respeito ao princípio da função social do contrato, que, na verdade, então, relativizaria a liberdade contratual na hipótese em debate.

Com a devida vênia, o art. 38 da Lei 10.150/2000 é claro ao

estabelecer que as instituições financeiras “**ficam autorizadas**” a promover os Arrendamentos Imobiliários Especiais com opção de compra dos imóveis. Não obstante, dispõe o artigo de lei que o referido contrato “**poderá ser firmado com o ex-proprietário, com o ocupante a qualquer título ou com terceiros**”. Nesse sentido, confira-se a redação do texto legal:

Art. 38. Ficam as instituições financeiras captadoras de depósitos à vista e que operem crédito imobiliário autorizadas a promover Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra dos imóveis que tenham arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento por força de financiamentos habitacionais por elas concedidos.

§ 1º Entende-se por Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra a operação em que o arrendatário se compromete a pagar ao arrendador, mensalmente e por prazo determinado, contraprestações pela ocupação do imóvel com direito ao exercício de opção de compra no final do prazo contratado.

§ 2º O arrendamento de que trata este artigo poderá ser contratado com o ex-proprietário, com o ocupante a qualquer título ou com terceiros, com base no valor de mercado do bem, atestado em laudo de avaliação passado por profissional habilitado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, com atribuição para avaliação imobiliária.

A redação do dispositivo, por si só, indica que o estabelecimento do contrato de Arrendamento Imobiliário Especial consiste, na verdade, em uma faculdade da instituição financeira, e não um “poder-dever”. Essas expressões, constantes no artigo, “autorizadas e poderá ser firmado”, têm uma certa dificuldade em observar de forma tão imperativa, como sugere o voto e especialmente baseada na função social do contrato.

Ademais, como bem ressaltado pelo Min. Sidnei Beneti, no julgamento do REsp 1.164.528/PE, a Caixa Econômica Federal não é a única instituição financeira a operar no mercado de mútuo habitacional. Sendo assim, não me parece justo exigir de uma empresa pública que formalize contrato de arrendamento especial, enquanto tal exigência não seria imposta às demais instituições de âmbito privado.

Superior Tribunal de Justiça

Acrescente-se que, a despeito de ser constituída, organizada e controlada pelo Poder Estatal, a CEF está submetida a regime jurídico eminentemente de Direito Privado. Logo, a interpretação da referida norma legal deve atender ao princípio da livre iniciativa, que consubstancia a faculdade, ou não, de contratar. Tenho uma visão de que se estaria, com base em um princípio, alterando até a livre iniciativa.

Finalmente, deve-se atentar que o cerceamento da liberdade contratual, na presente hipótese, poderia trazer como consequência, prejuízos ao próprio interesse coletivo. Isso porque a Caixa Econômica Federal é constituída por meio de recursos públicos, os quais devem ser administrados, invariavelmente, em consonância aos princípios da moralidade e da segurança jurídica.

Por estas razões, rogando todas as vênias ao e. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, cujas posições são sempre muito avançadas, acompanho integralmente o voto da i. Ministra Relatora, no sentido de negar provimento ao recurso especial.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2009/0199017-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.161.522 / AL**

Números Origem: 200380000066856 355100

PAUTA: 24/10/2012

JULGADO: 28/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WASHINGTON BOLÍVAR DE BRITTO JÚNIOR**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARIA HILDAMIR DE OLIVEIRA NORONHA
ADVOGADO : ERASMO LOPES MATIAS DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
RECORRIDO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : PAULO MELO DE ALMEIDA BARROS E OUTRO(S)
ADVOGADA : LENYMARA CARVALHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Sistema Financeiro da Habitação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino inaugurando a divergência e dando provimento ao recurso especial, e a ratificação de voto da Sra. Ministra Relatora, Maria Isabel Gallotti, negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhada pela Sra. Ministra Nancy Andrichi, que também negou provimento ao recurso especial, pediu VISTA antecipada o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Aguardam os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Raul Araújo.
Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.522 - AL (2009/0199017-7)

RELATORA : **MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
RECORRENTE : MARIA HILDAMIR DE OLIVEIRA NORONHA
ADVOGADO : ERASMO LOPES MATIAS DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
RECORRIDO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : PAULO MELO DE ALMEIDA BARROS E OUTRO(S)
ADVOGADA : LENYMARA CARVALHO E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Maria Hildamir de Oliveira Noronha ajuizou ação cominatória em face da Caixa Econômica Federal-CEF, objetivando a efetivação de "contrato de arrendamento imobiliário especial com opção de compra", nos termos dos arts. 38 e seguintes da Lei n. 10.150/2000.

O pleito de antecipação de tutela foi deferido, determinada a permanência da autora no imóvel e o sobrestamento do mandado de imissão. Na ocasião, foi propiciada a oportunidade de a parte autora "firmar ou não" o mencionado contrato com a CEF, observadas as normas pertinentes (fls. 22/23).

Posteriormente, foi prolatada sentença cassando a tutela antecipada e julgando improcedente o pedido inicial, por não haver comprovação de que a autora preenchia os requisitos necessários ao pretendido arrendamento, bem como inexistente obrigatoriedade expressa de negociação entre as partes (fls. 41/42).

A apelação interposta contra essa decisão não foi provida, como evidencia a ementa a seguir reproduzida:

CIVIL. ARRENDAMENTO IMOBILIÁRIO ESPECIAL. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA.

1. O art. 38 da Lei nº 10.150/00 apenas faculta às instituições financeiras que operem no campo do crédito imobiliário a celebração de arrendamento imobiliário especial com os ocupantes a qualquer título.

2. Apelação improvida (fls. 79-84).

Inconformada, a autora apresenta recurso especial com esteio no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República.

Superior Tribunal de Justiça

Alega que houve incorreta interpretação do disposto no art. 38, *caput*, e § 2º, da Lei n. 10.150/2000.

Salienta que não se pode perder de vista a inserção do direito à moradia dentre os direitos sociais estabelecidos no art. 6º da Carta Magna.

Funda-se, ainda, nos arts. 7º e 173, § 1º, I, da Constituição Federal, para defender a tese de que a realização do contrato em exame não é uma faculdade da CEF, mas sim obrigação, desde que cumpridas as exigências legais para tanto.

A fim de demonstrar a ocorrência de dissídio jurisprudencial, aponta como paradigma acórdão proveniente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A instituição financeira ofereceu contrarrazões às fls. 117-122.

O recurso foi admitido como representativo de controvérsia pelo Vice-Presidente do Tribunal *a quo*, nos termos do art. 543-C (fls. 125/126).

A Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora do presente recurso, afetou o julgamento à Segunda Seção desta Corte, para os fins do art. 543-C do Código de Processo Civil (fls. 117).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Hugo Gueiros Bernardes Filho, opinou pela manutenção do julgado (fls. 124-128).

Na sessão de julgamento anterior, a eminente Ministra Relatora apresentou voto negando provimento ao recurso especial, por entender que o art. 38 da lei n. 10.150/2000 faculta à instituição financeira a celebração do "contrato de arrendamento imobiliário especial", não havendo se falar em imposição nesse sentido.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino inaugurou a divergência, por entender que a questão deve ser apreciada sob o enfoque da função social do contrato. Desse modo, deu provimento ao apelo raro, julgando procedentes os pleitos exordiais.

Na sequência, a Ministra Nancy Andrighi acompanhou o voto da Relatora.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, por ter me chamado atenção o fato de que o dispositivo legal em apreciação encontra-se inserido em norma de cunho essencialmente social (Lei n. 10.150/2000).

Acuso o recebimento de memorial apresentado pela Caixa Econômica Federal-CEF.

2. A controvérsia gira em torno da interpretação a ser conferida ao art. 38 da Lei n. 10.150/2000, cujo teor é o seguinte:

Art. 38. **Ficam** as instituições financeiras captadoras de depósitos à vista e que operem crédito imobiliário **autorizadas** a promover Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra dos imóveis que tenham arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento por força de financiamentos habitacionais por elas concedidos.

§ 1º Entende-se por Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra a operação em que o arrendatário se compromete a pagar ao arrendador, mensalmente e por prazo determinado, contraprestações pela ocupação do imóvel com direito ao exercício de opção de compra no final do prazo contratado.

§ 2º O arrendamento de que trata este artigo **poderá** ser contratado com o **ex-proprietário, com o ocupante a qualquer título ou com terceiros**, com base no valor de mercado do bem, atestado em laudo de avaliação passado por profissional habilitado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, com atribuição para avaliação imobiliária.

Na espécie, a recorrente pretende manter-se na posse de imóvel que fora objeto de contrato de financiamento habitacional, posteriormente adjudicado pela Caixa Econômica Federal, compelindo a instituição financeira, com fundamento no preceito normativo em destaque, a celebrar contrato de arrendamento nele previsto.

2.1. Após detida análise da questão, rogando vênias à divergência, entendo que não se trata de norma cogente, que impõe a efetivação do aludido contrato, mas sim refere-se a faculdade concedida às instituições financeiras operadoras de crédito imobiliário.

É cediço que a CEF é uma empresa pública com natureza jurídica privada, em conformidade com o preconizado pelo art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal e pelo art. 1º do Decreto n. 759/69, o qual autorizou sua criação.

A par disso, convém asseverar que a recorrida, no caso concreto, não atua como órgão auxiliar fomentador de políticas públicas - como ocorre na hipótese regida pela Lei n. 10.888/2001, diversa da presente e nem sequer arguida nos autos -, mas como mera instituição financeira, devendo operar no mercado financeiro como se fosse empresa privada.

A fim de corroborar essa assertiva, reproduzo trecho extraído do voto da ilustre Relatora:

"Anoto, ainda, que não cuidou o acórdão recorrido e nem o recurso especial do Programa de Arrendamento Residencial disciplinado pela Lei n. 10.188/2001, o qual foi instituído para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, programa este sujeito a disciplina inteiramente diversa, da alçada do Ministério das Cidades e operacionalizado pela CEF, com recursos integralizados pela União, os quais não integram o ativo da empresa pública (art.s 2º, § 3º e 2º-A). No

Superior Tribunal de Justiça

PAR da Lei n. 10.188/2001, não cogitado no recurso, a CEF age na condição de operadora de programa público federal e não de empresa pública em regime jurídico de direito privado"

Outrossim, reputo relevante a observação de que a Caixa Econômica Federal-CEF não é a única instituição financeira a atuar no mercado de mútuo habitacional, sendo certo que o art. 38 em realce refere-se a todas aquelas que operam nessa seara.

2.2. O minucioso voto apresentado pelo eminente Min. Paulo de Tarso Sanseverino discorre - de forma percuciente - acerca da função social do contrato, de modo a concluir que o art. 38 da Lei n. 10.150/2000 ostenta, na verdade, uma obrigação.

Não discordo da assertiva de que a liberdade de contratar pode sofrer efeitos em razão da função social do contrato.

A propósito, e por todos, invoco Humberto Theodoro Júnior:

Para ter-se como cumprida a função social do contrato não pode ele restringir-se a observar os modernos princípios do direito contratual - a autonomia privada, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual - porque tais princípios "têm, eminentemente, uma relação com o conteúdo do contrato, ou seja, com a *parte interna do acordo de vontades* e que diz respeito, na maioria dos casos, apenas ao *interesse privado*. Para que se conceba um conceito adequado de *função social* do contrato é preciso que se busque também um *elemento externo* ao contrato. Por isso não basta apenas aquela relação de proporcionalidade entre os princípios. É necessário que com o contrato se atinja o bem comum", ou em outras palavras, é preciso que o contrato seja bom para os indivíduos que o celebram e bom para a sociedade.

Quer isto dizer simplesmente que os contratantes gozam de autonomia para contratar ou não contratar, assim como para definir o objeto e as condições do contrato.

Essa liberdade, todavia, tem limitações que operam em duas dimensões: a) *internamente*, um contratante não pode impor ao outro condições ou sujeições que sejam incompatíveis com a *eticidade*, isto é com os ditames da *boa-fé objetiva* (não pode praticar a usura nem se furtar às obrigações acessórias que emergem da lei e dos bons costumes); b) *externamente* não podem os contratantes criar situações jurídicas que afrontem direitos de terceiros (fraude e dolo), nem podem terceiros agir, frente ao contrato, de modo a dolosamente lesar o direito subjetivo do contratante (ato ilícito, abuso de direito). Na abstenção de condutas contratuais nocivas a terceiros, portanto, é que opera a função social do contrato (como limite à liberdade de contratar) (*in* "O Contrato e sua Função Social", 3ª edição, Ed. Forense. Rio de Janeiro: 2008, págs 109/110)

Todavia, isso não leva à conclusão de que as instituições financeiras devem **obrigatoriamente** firmar qualquer contrato relativo à habitação, tão somente por versar sobre

questão de cunho social.

O fato de a Caixa Econômica Federal ter estreita ligação com a promoção do acesso à moradia, não modifica esse entendimento, seja porque, como dito, na espécie ela age como instituição financeira privada, seja porque a regra legal que cuida do contrato em análise não faz distinção entre os estabelecimentos por ela abrangidos e não registra expressamente uma exigência, a exemplo do que ocorre nas normas mencionadas pelo ilustre Ministro Sanseverino (Lei n. 6.194/74; Circular n. 3.283/2005 do Bacen; Art. 30 do CDC e Art. 51 da Lei n. 8.245/91).

Vale salientar, ainda, que não há no art. 38 da Lei n. 10.150/2000, determinação de ordem preferencial entre as pessoas com quem as instituições financeiras estão autorizadas a firmar o contrato de arrendamento especial (vide § 2º), sendo certo que a norma menciona o ex-proprietário, o ocupante a qualquer título ou terceiros, sem estabelecer diferenciação entre eles, donde se infere, com mais razão, não se tratar de obrigação, mas de mera faculdade.

3. Impende sopesar que a aludida lei não cuida de "contratação de inadimplentes", até porque, como se sabe, após a adjudicação do imóvel e registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis, extingue-se a obrigação proveniente do contrato de mútuo habitacional até então relativo ao imóvel.

Nessa linha, confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SFH. MÚTUA HABITACIONAL. INADIMPLÊNCIA. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. PROPOSITURA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL.

1. Após a adjudicação do bem, com o conseqüente registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis, a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo habitacional extingue-se com a transferência do imóvel.

2. Ausência de interesse em propor ação de revisão de cláusulas contratuais do negócio jurídico extinto.

3. Precedentes específicos desta Corte.

4. Decisão agravada mantida pelos seus próprios fundamentos.

5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (AgRg no no Ag 1.356.222/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 15/3/2012)

SFH. MÚTUA HABITACIONAL. INADIMPLÊNCIA. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. PROPOSITURA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL.

I - Diante da inadimplência do mutuário, foi instaurado procedimento de execução extrajudicial com respaldo no Decreto-lei nº 70/66, tendo sido este concluído com a adjudicação do bem imóvel objeto do contrato de

financiamento.

II - Propositura de ação pelos mutuários, posteriormente à referida adjudicação do imóvel, para discussão de cláusulas contratuais, com o intuito de ressarcirem-se de eventuais pagamentos a maior.

III - Após a adjudicação do bem, com o conseqüente registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis, a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo habitacional extingue-se com a transferência do bem, donde se conclui que não há interesse em se propor ação de revisão de cláusulas contratuais, restando superadas todas as discussões a esse respeito.

IV - Ademais, o Decreto-lei nº 70/66 prevê em seu art. 32, § 3º, que, se apurado na hasta pública valor superior ao montante devido, a diferença final será entregue ao devedor.

V - Recurso especial provido (REsp 886.150/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 17/05/2007)

Portanto, não parece pertinente o argumento de que não se pode obrigar a CEF a contratar inadimplentes.

De outra parte, é de se reiterar que a própria Lei n. 10.150/2000 permite às "instituições financeiras captadoras de depósito à vista e que operem crédito imobiliário" a promoção de "Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra dos imóveis que tenham arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento por força de financiamentos habitacionais por elas concedidos", ressaltando que tal arrendamento pode ser contratado com o **ex-proprietário**, com o **ocupante a qualquer título**, ou com terceiros.

Deve-se ponderar, ainda, que se o legislador quisesse impedir a contratação de pessoa que já esteve em estado de inadimplência em relação à instituição financeira abrangida pela norma em exame, não teria possibilitado a pactuação com o ex-proprietário ou com o ocupante a qualquer título.

4. Nada obstante, os diversos fundamentos desenvolvidos, a meu ver, são suficientes para afirmar que o art. 38 da Lei n. 10.150/2000 estabelece uma faculdade, não uma obrigação às instituições financeiras nele mencionadas.

Nessa ordem de idéias, mantenho o entendimento firmado por esta Corte nos precedentes já citados no voto da Relatora (REsp 1.110.907/AL, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 29/06/2012 e REsp 1.164.528/PE, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 30/11/2011), acrescentando a eles o seguinte:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR - PRETENSÃO VOLTADA À SUSPENSÃO DA IMISSÃO NA POSSE - MUTUÁRIA DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - ARESTO ESTADUAL CONCLUINDO PELA AUSÊNCIA DE FUMUS BONI JURIS. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA.

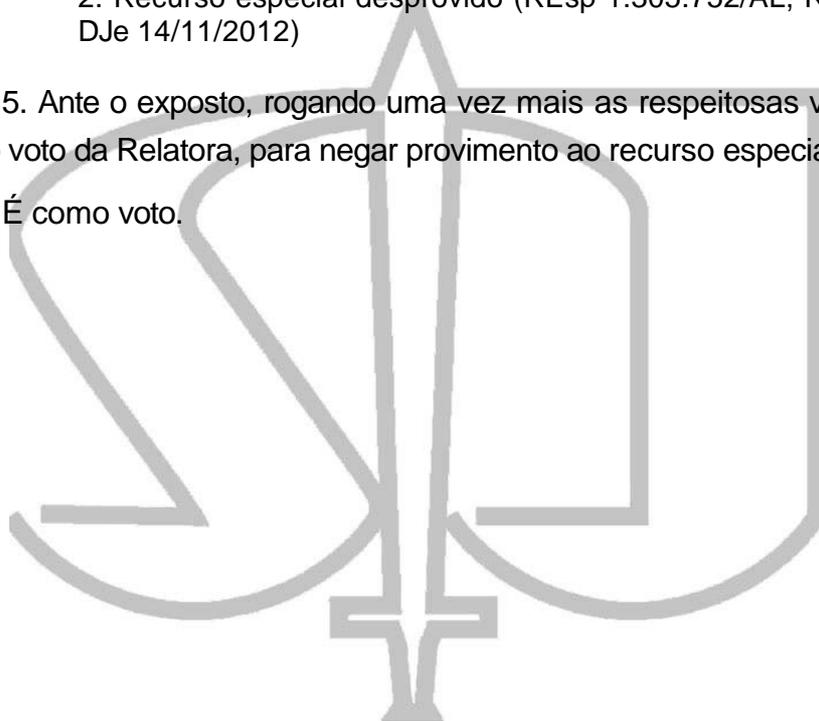
1. Violação ao art. 38 da Lei 10.150/2000 não evidenciada. Pretensão

voltada ao reconhecimento de que as instituições captadoras de depósitos à vista e que operem crédito imobiliário estão obrigadas a promover o contrato de arrendamento imobiliário especial com opção de compra, relativamente aos imóveis que tenham arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento por força de financiamentos habitacionais por ela concedidos. A interpretação alusiva à "autorização" constante em lei deve ser realizada no sentido de que tal outorga constitui faculdade e não dever legal, porquanto a celebração da avença de arrendamento imobiliário especial com opção de compra queda, ainda, submetida ao juízo positivo de conveniência, em respeito à livre iniciativa conferida às partes de contratar ou não. Precedentes das Turmas que compõem a egrégia Segunda Seção. Não preenchimento do requisito do fumus boni juris.

2. Recurso especial desprovido (REsp 1.305.752/AL, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 14/11/2012)

5. Ante o exposto, rogando uma vez mais as respeitosas vênias a divergência, acompanho o voto da Relatora, para negar provimento ao recurso especial.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2009/0199017-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.161.522 / AL**

Números Origem: 200380000066856 355100

PAUTA: 24/10/2012

JULGADO: 12/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WASHINGTON BOLÍVAR DE BRITTO JÚNIOR**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARIA HILDAMIR DE OLIVEIRA NORONHA
ADVOGADO : ERASMO LOPES MATIAS DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
RECORRIDO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : PAULO MELO DE ALMEIDA BARROS E OUTRO(S)
ADVOGADA : LENYMARA CARVALHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Sistema Financeiro da Habitação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão acompanhando a Sra. Ministra Relatora e negando provimento ao recurso especial, a Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora, vencido o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que a ele dava provimento.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão (voto-vista) e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Vencido o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.