

PROCESSO CIVIL - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - CONTRATO COM COBERTURA DO FCVS - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SE COLIDENTES COM AS REGRAS DA LEGISLAÇÃO PRÓPRIA

1. O CDC é aplicável aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, incidindo sobre contratos de mútuo.

2. Entretanto, nos contratos de financiamento do SFH vinculados ao Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, pela presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, aplica-se a legislação própria e protetiva do mutuário hipossuficiente e do próprio sistema, afastando-se o CDC, se colidentes as regras jurídicas.

3. Os litígios oriundos do SFH mostram-se tão desiguais que as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado examinam as ações sobre os contratos sem a cláusula do FCVS, enquanto as demandas oriundas de contratos com a cláusula do FCVS são processadas e julgadas pelas Turmas de Direito Público.

4. Recurso especial improvido.

RECURSO ESPECIAL Nº 489.701-SP - Relatora: Ministra ELIANA CALMON

Recorrentes: Moacyr Carlos do Nascimento e outro. Procuradores: José Thomaz Perri e outros. Recorrida: Companhia Habitacional Regional de Ribeirão Preto - Cohab-RP. Advogados: Stanley José Monteiro Pedro e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, "prossequindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Luiz Fux e José Delgado, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora". Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Humberto Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda e o Sr. Ministro Herman Benjamin (RISTJ, art. 162, § 2º).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 28 de fevereiro de 2007 (data do julgamento). - *Ministra Eliana Calmon* - Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora) - Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP, assim ementado:

Contrato. Promessa de compra e venda de imóvel. Sistema Financeiro de Habitação. Cohab. Cessão, pelos mutuários, do imóvel a terceiros, bem como não-pagamento das prestações do financiamento. Rescisão da avença, cumulada com reintegração de posse. Perda das quantias pagas. Admissibilidade. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Ação procedente. Decisão mantida. Recurso desprovido (f. 89).

Inconformados, os recorrentes apontam violação do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, aduzindo, para tanto, que o referido diploma legal encontra aplicação *in casu*. Afirmam, ainda, que a recorrida certamente irá renegociar o imóvel objeto do contrato, não havendo, pois, que se falar em perda econômica para o Sistema Financeiro de Habitação. Assim, pugnam pela devolução das parcelas pagas pela recorrente.

Após as contra-razões, subiram os autos, que foram distribuídos à Segunda Seção,

sendo Relator o Ministro Pádua Ribeiro, que, em fundamentado despacho, ordenou a redistribuição do feito à Primeira Seção, porque o contrato de financiamento questionado no processo possui previsão de cobertura do saldo devedor pelo Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, sendo da Primeira Seção a competência para apreciá-lo (f. 140).

Na redistribuição do recurso especial, coube-me a relatoria.

Como o recurso trata de questão controvertida na Primeira e Segunda Turmas; no julgamento de 27.06.2006, decidiu-se afetar o processo à Primeira Seção (f. 146).

É o relatório.

Voto

A Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon (Relator) - Temos, na origem, ação de rescisão de contrato, com reintegração de posse, movida pela Companhia Habitacional Regional de Ribeirão Preto - Cohab/RP contra mutuário que adquiriu imóvel residencial pelo Sistema Financeiro de Habitação, com cláusula do FCVS, com prestações escalonadas para 300 (trezentos) meses, datando o contrato de 1º de julho de 1992, conforme está registrado no contrato (f. 09).

O adquirente cedeu o imóvel para terceiras pessoas e desapareceu, deixando de pagar as prestações avençadas, o que levou a empresa a pedir a retomada do imóvel, como previsto no contrato.

Os réus foram citados por edital por não serem encontrados, e a sentença de primeiro grau, invocando a cláusula vigésima segunda do contrato, julgou procedente o pedido, argumentando:

A cláusula vigésima segunda enseja a rescisão do contrato na hipótese de cessão do imóvel a terceiros. Essa conduta prejudica a finalidade estritamente social e assistencial a que o financiamento objetivou, dando ao imó-

vel outra destinação que não seja para sua residência e de seus familiares (f. 11) (f. 61). A proibição tem por objetivo evitar a especulação com tais imóveis e a indevida comercialização indevida (*sic*) para pessoas que não se insiram no âmbito de atendimento do projeto residencial. É à Cohab que incumbe verificar a adequação dos interessados adquirentes.

Não se cuida de frustrar ou diminuir o direito de propriedade dos adquirentes, até porque a propriedade ainda é da Cohab, que simplesmente prometeu vender. O cumprimento da cláusula contribui, sim, para o desenvolvimento das atividades sociais da empresa. Quando liquidado o contrato, os compromissários compradores poderão então transferir a quem quiserem (f. 61/62).

Houve apelação, manifestada pelo curador especial, diante da revelia dos réus citados por edital, e a argumentação da defesa foi a de nulidade do contrato, pois as cláusulas atentavam contra o Código de Defesa do Consumidor.

O Tribunal, ao confirmar a sentença, expressou o entendimento seguinte:

Outrossim, os apelantes se insurgem contra a sentença, que não aplicou na espécie o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, considerando inviável a retenção total das prestações pagas em benefício da autora da demanda.

Só que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável no caso dos autos, haja vista que o contrato celebrado entre as partes tem cunho estritamente social, qual seja solucionar ou, ao menos, amenizar o problema habitacional do País. Além disso, a apelada não tem finalidade lucrativa ao construir suas obras de moradia (f. 90).

Examinando a tese jurídica abstraída no recurso especial, fazem-se necessárias algumas colocações quanto à aplicabilidade da Lei 8.078/90 ao caso em análise. Vale lembrar que, em princípio, a relação de compra e venda financiada de imóvel é típica relação de consumo, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, por não haver restrição ou ressal-

va às atividades de natureza bancária, financeira e de crédito.

O instrumento contratual utilizado em tais casos apresenta natureza de contrato de adesão, no qual não é conferida ao contratante a oportunidade de discutir o teor do pacto, cabendo-lhe, tão-somente, submeter-se à vontade da outra parte.

Com base nesse entendimento, as Turmas que compõem a Primeira Seção, amparadas em precedentes das Turmas da Seção de Direito Privado do STJ, vêm entendendo serem aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Confiram-se os seguintes precedentes:

Processual civil e administrativo. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Sistema Financeiro de Habitação. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Saldo devedor. Atualização monetária. Taxa Referencial.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre o dispositivo legal cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da aplicação do CDC aos contratos de financiamento habitacional, considerando que há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH e o mutuário.

3. A TR, com o julgamento da ADIN 493, não foi excluída do ordenamento jurídico pátrio, tendo apenas o seu âmbito de incidência limitado ao período posterior à edição da Lei 8.177, de 1991.

4. Aos contratos de mútuo habitacional firmados no âmbito do SFH após a entrada em vigor da Lei 8.177/91 e que prevejam a correção do saldo devedor pela taxa básica aplicável aos depósitos da poupança, aplica-se a Taxa Referencial por expressa determinação legal.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, em parte (REsp 678431/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, unânime, DJ de 28.02.2005, p. 252).

Administrativo. SFH. Contrato de mútuo. Reajuste de prestações. Aplicabilidade do

Código de Defesa do Consumidor. Ônus sucumbenciais.

1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de mútuo do Sistema Financeiro Habitacional para aquisição de imóvel, visto que retrata uma relação de consumo existente entre os mutuários e o agente financeiro do SFH. Precedentes.

2. Para verificar se os autores decaíram de parte mínima ou se houve sucumbência recíproca, seria necessário o reexame de matéria fática. Incidência da Súmula 07/STJ.

3. Recurso especial improvido (REsp 688397/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, unânime, DJ de 23.05.2005, p. 235).

Recurso especial. Sistema Financeiro de Habitação - SFH. Casa própria. Contrato de mútuo. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - CDC aos contratos do SFH. Possibilidade de uso da TR como fator de atualização do saldo devedor.

- Segundo o STF, é legítima a incidência da TR, uma vez que não excluiu a taxa referencial do universo jurídico, explicitando apenas a impossibilidade de sua incidência em substituição a outros índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei nº 8.177/91.

- Não configura capitalização dos juros a utilização do sistema de amortização introduzido pela Tabela *Price* nos contratos de financiamento habitacional, que prevê a dedução mensal de parcela de amortização e juros, a partir do fracionamento mensal da taxa convencional, desde que observados os limites legais, conforme autorizam as Leis nº 4.380/64 e nº 8.692/93, que definem a atualização dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos vinculados ao SFH.

- Segundo a orientação desta Corte, há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário, razão pela qual se aplica o Código de Defesa do Consumidor.

- Recurso especial parcialmente provido, para consignar que se aplica o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de financiamento para aquisição de casa própria firmados sob as regras do SFH (REsp 587639/SC, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, DJ de 18.10.2004, p. 238).

Entretanto, há uma diferença fundamental que separa os contratos do Sistema

Financeiro de Habitação: a presença da cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, pela qual o saldo devedor do financiamento, ao final do prazo contratual, é assumido pelo Sistema, participando o Governo com parte considerável do desembolso.

Tais contratos, pela peculiaridade, são tratados de forma distinta, diante do caráter social do financiamento, seguindo, por isso mesmo, legislação própria em proteção aos hipossuficientes.

A cláusula estabelece diferença tão significativa que esta Corte firmou entendimento sobre o tema, ao estabelecer que, em relação aos contratos do Sistema Financeiro de Habitação - SFH, estão aptas a julgar as Turmas de Direito Público e as de Direito Privado, tendo como divisor da competência interna o tipo de contrato que dá suporte fático à querela.

Em se tratando de contratos do Sistema Financeiro de Habitação, com cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, assume a avença feição de contrato diferenciado, pela presença do Estado, que é o garante na quitação do saldo devedor, sendo então examinados, no âmbito do STJ, pelas Turmas que compõem a Seção de Direito Público. Nesse sentido, são os arestos seguintes:

1. Contrato de financiamento com cláusula de comprometimento do FCVS é da competência da 1ª Seção do STJ (REsp 183428, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 1º.04.2002 e REsp 279340, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ de 11.06.2001).
2. A via da ação de consignação em pagamento é adequada nas demandas que envolvem o Sistema Financeiro de Habitação, viabilizando ao autor consignar os valores que, à luz do contrato, entende devidos.
3. Consoante precedentes assentados nos princípios da efetividade do processo e da economia processual, a ação de consignação em pagamento admite o exame da validade e da interpretação de cláusulas contratuais, uma vez que se trata hoje de instrumento processual eficaz para dirimir controvérsia

entre as partes a respeito do contrato subjacente e, em especial, do valor das prestações. A insuficiência do depósito não significa a improcedência do pedido, mas, antes e apenas, que o efeito da extinção da obrigação deve ser parcial, até o montante da importância consignada, podendo o juiz desde logo estabelecer o saldo líquido remanescente, a ser cobrado na execução, que pode ter curso nos próprios autos. Art. 899 do CPC.

4. Recurso especial provido (REsp 587.546/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.05.2004, DJ de 21.06.2004, p. 173).

Processual civil. Sistema Financeiro de Habitação. Contrato de financiamento. Plano de equivalência salarial. Legitimidade da Caixa Econômica Federal. Cerceamento de defesa. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF.

1. A análise do recurso especial tem como pressuposto o debate da questão no acórdão recorrido ou, pelo menos, seu prequestionamento por meio de embargos de declaração (Súmulas 282 e 356 do STF).

2. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Caixa Econômica Federal, sucessora do extinto Banco Nacional da Habitação, tem legitimidade *ad causam* passiva em ações que versam sobre contratos de financiamento da casa própria firmados sob as regras do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) que possuam cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).

3. Recurso especial não conhecido (REsp 696.997/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 1º.08.2005, DJ de 26.09.2005, p. 330).

Administrativo. SFH. Regras do FCVS. Competência da Justiça Federal.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de considerar competente a Justiça Federal, independentemente de quem seja o agente financeiro, se o financiamento segue as regras do FCVS.

2. Incompetência da Justiça Estadual, o que leva à nulidade do processo *ab initio*.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido (REsp 738.516/PR, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.10.2005, DJ de 24.10.2005, p. 292).

Administrativo e processual civil. Consignação em pagamento. Instituição bancária

particular. Regime do SFH. FCVS. Litisconsórcio necessário da CEF. Competência da Justiça Federal.

1. A norma que determina a suspensão das ações contra entidade que se encontra sob liquidação judicial não tem aplicação em processos nos quais se discute o reajuste do financiamento concedido pelo SFH. Precedentes.

2. Apesar de o recurso especial estar fundado em violação à legislação federal, o recorrente se furtou a indicar quais dispositivos legais teriam sido contrariados pelo acórdão hostilizado, o que atrai o óbice da Súmula 284/STF.

3. Em caso de dissídio notório, as exigências de natureza formal concernentes à demonstração da divergência são mitigadas.

4. Esta Corte já pacificou entendimento no sentido de que a CEF deve figurar no pólo passivo da ação de consignação relativa a imóvel financiado pelo regime do SFH, sob o pálio do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, deslocando-se a competência para a Justiça Federal.

5. Em tais processos, todavia, não é necessária a presença da União como litisconsorte passiva, porque, com a extinção do Banco Nacional da Habitação - BNH, a competência para gerir o Fundo passou à CEF, cabendo à União, pelo Conselho Monetário Nacional, somente a atividade de normatização, o que não a torna parte legítima para a causa.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte (REsp 310.306/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.08.2005, DJ de 12.09.2005, p. 263).

Diferentemente, quando os contratos do SFH não têm cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, são tratados à luz da legislação que rege as avenças comuns. E, dentro da lógica competencial, no âmbito desta Corte, passa a ser da Segunda Seção a competência para o exame do especial, conforme entendimento da própria Corte Especial:

Questão de ordem. Competência interna do Tribunal. Mútuo vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação. Hipótese em que não há comprometimento do Fundo de Compensação de Variação Salarial. - Se o resíduo do saldo devedor do mútuo, eventualmente existente após o pagamento das

prestações contratuais, for responsabilidade do próprio mutuário, o contrato tem natureza estritamente privada, cabendo a uma das Turmas da egrégia 2ª Seção o julgamento das causas dele decorrentes (REsp 94.604/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 06.08.1997, DJ de 22.03.1999, p. 34).

A divisão sistêmica de julgamento, levando em consideração a natureza do contrato de mútuo, tem como razão de ser o conjunto de normas que sobre ele irá incidir, sendo esse aspecto também o traço diferenciador de ambos os tipos contratuais.

Portanto, nos contratos regidos pelo FCVS, cujo saldo devedor é suportado por fundo público gerido pela CEF, sua feição pública atrairá a incidência das normas contratadas, com visão eminentemente cogente, pela natureza social da avença, sendo exceção às regras de direito contratual privado.

Ao contrário, nos contratos sem a cobertura do FCVS preponderam as regras de direito privado, dentre as quais as normas civilistas e do Código de Defesa do Consumidor.

Feita tal diferenciação, entendo que não pode ser indistintamente aplicada aos contratos com cobertura do fundo público a jurisprudência da Segunda Seção do STJ, que considera pertinente a incidência das disposições do CDC aos contratos regidos pelo SFH, sob pena do desvirtuamento da sistemática de julgamento imposta pela própria jurisprudência desta Corte, que quis diferenciar ambos os tipos de contrato, para fins de dispor sobre competência e legitimidade processual, e, agora, não o faz em relação ao plexo de normas que deve incidir sobre um e outro.

Considero irretocável o acórdão que deu ênfase à natureza social dos contratos do SFH e concluiu pela não-aplicação do CDC para afastar regras contratuais próprias do Sistema.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira 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 o Sr. Ministro Luiz Fux”.

Aguardam os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Humberto Martins e José Delgado.

Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília, 23 de agosto de 2006. - *Carolina Vêras* - Secretária.

Voto-vista (vencido)

Ementa: Processual civil. Recurso especial. Sistema Financeiro de Habitação. Cobertura pelo FCVS. Contrato de compra e venda de imóvel. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - CDC. Possibilidade.

1. Os contratos típicos impermeáveis ao Código de Defesa do Consumidor são aqueles derivados das licitações reguladas pela Lei 8.666/93.

2. O contrato de compra e venda, ainda que com a cobertura do FCVS, não tem natureza de contrato administrativo, em que sobressai a supremacia do Poder Público, a imposição unilateral da Administração e a inclusão das cláusulas exorbitantes, máxime porque lavrados no exercício do *ius gestionis*, consoante as doutrinas nacional e alienígena (WALINE. *Droit administratif*. 9. ed., Sirey, p. 565 e segs.). Referidos vínculos são denominados contratos de direito privado da Administração e têm seu conteúdo regulado por essa província do direito (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Malheiros, 2006, p. 580-581).

3. Deveras, mesmo alguns contratos administrativos mistos, lavrados por conces-

sionárias de serviços públicos, como, *v.g.*, a energia elétrica, admitem a incidência do CDC, inclusive quando o Estado é consumidor (art. 22 da Lei 8.078/90).

4. Tratando-se de contrato de compra e venda pelo Sistema Financeiro de Habitação, são aplicáveis as regras do CDC e, *a fortiori*, a sua exegese jurisprudencial, por isso que, à luz do art. 53 do mesmo diploma legal e da jurisprudência do eg. STJ, são restituíveis as parcelas pagas na hipótese de rescisão da avença por força de inadimplemento da cláusula que veda a cessão a terceiros e inadimplemento contratual (precedentes: EREsp 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 09.12.2002; REsp 265.338/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 20.08.2001; REsp 115.671/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ de 02.10.2000).

5. Recurso especial provido, divergindo da em. Relatora.

O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux - A em. Relatora expôs a controvérsia nos seguintes termos:

Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP assim ementado:

‘Contrato. Promessa de compra e venda de imóvel. Sistema Financeiro de Habitação. Cohab. Cessão, pelos mutuários, do imóvel a terceiros, bem como não-pagamento das prestações do financiamento. Rescisão da avença, cumulada com reintegração de posse. Perda das quantias pagas. Admissibilidade. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Ação procedente. Decisão mantida. Recurso desprovido’ (f. 89).

Inconformados, os recorrentes apontam violação ao art. 53 do CDC, aduzindo, para tanto, que o referido diploma legal encontra aplicação *in casu*. Afirmam, ainda, que a recorrida certamente irá renegociar o imóvel objeto do contrato, não havendo, pois, que se falar em perda econômica para o Sistema Financeiro de Habitação. Assim, pugnam pela devolução das parcelas pagas pela recorrente.

Após as contra-razões, subiram os autos. É o relatório.

A eminente Relatora concluiu que:

Quanto à aplicabilidade da Lei 8.078/90 ao caso em análise, vale lembrar que, em princípio, por se tratar a relação de compra e venda financiada de imóvel típica relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor a ela se aplica, por não fazer qualquer restrição ou ressalva às atividades de natureza bancária, financeira e de crédito.

O instrumento contratual utilizado em tais casos apresenta natureza de contrato de adesão, nos quais não é conferida ao contratante a oportunidade de discutir o teor do pacto, cabendo-lhe, tão-somente, submeter-se à vontade da outra parte.

Com base nesse entendimento, as Turmas que compõem a Primeira Seção, amparadas em precedentes das Turmas da Seção de Direito Privado do STJ, vêm entendendo ser aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Confirmam-se os seguintes precedentes:

'Processual civil e administrativo. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Sistema Financeiro de Habitação. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Saldo devedor. Atualização monetária. Taxa Referencial.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre o dispositivo legal cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da aplicação do CDC aos contratos de financiamento habitacional, considerando que há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH e o mutuário.

3. A TR, com o julgamento da ADIN 493, não foi excluída do ordenamento jurídico pátrio, tendo apenas o seu âmbito de incidência limitado ao período posterior à edição da Lei 8.177, de 1991.

4. Aos contratos de mútuo habitacional firmados no âmbito do SFH após a entrada em vigor da Lei 8.177/91, e que prevejam a correção do saldo devedor pela taxa básica aplicável aos depósitos da poupança, aplica-se a Taxa Referencial por expressa determinação legal.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, em parte' (REsp 678431/MG, Rel.

Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, unânime, DJ de 28.02.2005, p. 252).

'Administrativo. SFH. Contrato de mútuo. Reajuste de prestações. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Ônus sucumbenciais.

1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de mútuo do Sistema Financeiro Habitacional para aquisição de imóvel, visto que retrata uma relação de consumo existente entre os mutuários e o agente financeiro do SFH. Precedentes.

2. Para verificar se os autores decaíram de parte mínima ou se houve sucumbência recíproca seria necessário o reexame de matéria fática. Incidência da Súmula 07/STJ.

3. Recurso especial improvido' (REsp 688397/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, unânime, DJ de 23.05.2005, p. 235).

'Recurso especial. Sistema Financeiro de Habitação. SFH. Casa própria. Contrato de mútuo. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - CDC aos contratos do SFH. Possibilidade de uso da TR como fator de atualização do saldo devedor.

- Segundo o STF, é legítima a incidência da TR, uma vez que não excluiu a taxa referencial do universo jurídico, explicitando apenas a impossibilidade de sua incidência em substituição a outros índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei nº 8.177/91.

- Não configura capitalização dos juros a utilização do sistema de amortização introduzido pela Tabela *Price* nos contratos de financiamento habitacional, que prevê a dedução mensal de parcela de amortização e juros, a partir do fracionamento mensal da taxa convencional, desde que observados os limites legais, conforme autorizam as Leis nº 4.380/64 e nº 8.692/93, que definem a atualização dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos vinculados ao SFH.

- Segundo a orientação desta Corte, há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário, razão pela qual se aplica o Código de Defesa do Consumidor.

Recurso especial parcialmente provido, para consignar que se aplica o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de financiamento para aquisição de casa própria firmados sob as regras do SFH' (REsp 587639/SC, Rel.

Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, *DJ* de 18.10.2004, p. 238).

Entretanto, convém que se esclareça que esta Corte já tem jurisprudência sedimentada em torno do tema, ao estabelecer, em matéria de Sistema Financeiro de Habitação - SFH, como divisor de competência interna das Seções do STJ, a espécie de contrato que dá suporte fático à querela.

Em se tratando de contrato do Sistema Financeiro de Habitação, com cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, assume a avença feição de contrato administrativo e, como tal, vem a ser examinado, no STJ, pelas Turmas que compõem a Seção de Direito Público.

Também nesses contratos, a CEF é presença obrigatória, por ser a entidade gestora do FCVS, o que atrai a competência da Justiça Federal na primeira instância para processamento e julgamento dos respectivos feitos, como demonstrado pelos seguintes julgados:

'SFH. Contrato de mútuo. Cláusula de cobertura pelo FCVS. Reajuste das prestações. Plano de equivalência salarial. Ilegitimidade da União. Ausência de prequestionamento. Dispositivo não debatido na instância *a quo*. Contrato de financiamento da casa própria. Alteração de cláusula contratual. Súmulas 05 e 07/STJ. Súmula 83 do STJ.

1. É cediço no eg. STJ que, após a extinção do BNH, a Caixa Econômica Federal, e não a União, ostenta *legitimitas ad causam* para ocupar o pólo passivo das demandas referentes aos contratos de financiamento pelo SFH, porquanto sucessora dos direitos e obrigações do extinto banco e responsável pela cláusula de comprometimento do Fundo de Comprometimento de Variações Salariais - FCVS. Precedentes: REsp 195.337/PE, Min. Rel. Franciulli Netto, *DJ* de 24.06.2002; REsp 295.370/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 18/03/2002; REsp 313.506/BA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* de 11.03.2002.

2. O prequestionamento da matéria abordada em sede de recurso especial é requisito indispensável à admissibilidade recursal (Súmulas 282 e 356/STF).

3. Hipótese em que a instância ordinária determinou o reajuste das prestações do financiamento da casa própria com base na análise de cláusula contratual e de matéria de índole fático-probatória, cujo exame é insindicável, pelo STJ, em sede de recurso

especial, a teor do disposto nas Súmulas 5 e 7 do STJ, que assim determinam: 'A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial' (Súmula 05/STJ). 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula 07/STJ).

4. Inviável o apelo especial quando o acórdão recorrido se harmoniza com a jurisprudência iterativa do STJ (Súmula 83).

5. Recurso especial a que se nega seguimento' (CPC, art. 557, *caput*) (REsp 685.630/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.06.2005, *DJ* 1º.08.2005, p. 339).

'Sistema Financeiro de Habitação. SFH. Contrato de mútuo assegurado pela cláusula de comprometimento do FCVS. Competência da 1ª Seção. Ação de consignação em pagamento.

1. Contrato de financiamento com cláusula de comprometimento do FCVS é da competência da 1ª Seção do STJ (REsp 183428, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª Turma, *DJ* de 1º.04.2002, e REsp 279340, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, *DJ* de 11.06.2001).

2. A via da ação de consignação em pagamento é adequada nas demandas que envolvem o Sistema Financeiro de Habitação, viabilizando ao autor consignar os valores que, à luz do contrato, entende devidos.

3. Consoante precedentes assentados nos princípios da efetividade do processo e da economia processual, a ação de consignação em pagamento admite o exame da validade e da interpretação de cláusulas contratuais, uma vez que se trata hoje de instrumento processual eficaz para dirimir controvérsia entre as partes a respeito do contrato subjacente e, em especial, do valor das prestações. A insuficiência do depósito não significa a improcedência do pedido, mas, antes e apenas, que o efeito da extinção da obrigação deve ser parcial, até o montante da importância consignada, podendo o juiz desde logo estabelecer o saldo líquido remanescente, a ser cobrado na execução, que pode ter curso nos próprios autos. Art. 899 do CPC.

4. Recurso especial provido' (REsp 587.546/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.05.2004, *DJ* de 21.06.2004, p. 173).

'Processual civil. Sistema Financeiro de Habitação. Contrato de financiamento. Plano de equivalência salarial. Legitimidade da

Caixa Econômica Federal. Cerceamento de defesa. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF.

1. A análise do recurso especial tem como pressuposto o debate da questão no acórdão recorrido ou, pelo menos, seu prequestionamento por meio de embargos de declaração (Súmulas 282 e 356 do STF).

2. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Caixa Econômica Federal, sucessora do extinto Banco Nacional da Habitação, tem legitimidade *ad causam* passiva em ações que versam sobre contratos de financiamento da casa própria firmados sob as regras do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) que possuam cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).

3. Recurso especial não conhecido' (REsp 696.997/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 1º.08.2005, DJ de 26.09.2005, p. 330).

'Administrativo. SFH. Regras do FCVS. Competência da Justiça Federal.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de considerar competente a Justiça Federal, independentemente de quem seja o agente financeiro, se o financiamento segue as regras do FCVS.

2. Incompetência da Justiça Estadual, o que leva à nulidade do processo *ab initio*.

3. Recurso especial conhecido em parte, e, nessa parte, provido' (REsp 738.516/PR, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.10.2005, DJ de 24.10.2005, p. 292).

'Administrativo e processual civil. Consignação em pagamento. Instituição bancária particular. Regime do SFH. FCVS. Litisconsórcio necessário da CEF. Competência da Justiça Federal.

1. A norma que determina a suspensão das ações contra entidade que se encontra sob liquidação judicial não tem aplicação em processos nos quais se discute o reajuste do financiamento concedido pelo SFH. Precedentes.

2. Apesar de o recurso especial estar fundado em violação à legislação federal, o recorrente se furtou a indicar quais dispositivos legais teriam sido contrariados pelo acórdão hostilizado, o que atrai o óbice da Súmula 284/STF.

3. Em caso de dissídio notório, as exigências de natureza formal concernentes à demonstração da divergência são mitigadas.

4. Esta Corte já pacificou entendimento no sentido de que a CEF deve figurar no pólo passivo da ação de consignação relativa a imóvel financiado pelo regime do SFH, sob o pálio do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, deslocando-se a competência para a Justiça Federal.

5. Em tais processos, todavia, não é necessária a presença da União como litisconsorte passiva, porque, com a extinção do Banco Nacional da Habitação - BNH, a competência para gerir o Fundo passou à CEF, cabendo à União, pelo Conselho Monetário Nacional, somente a atividade de normatização, o que não a torna parte legítima para a causa.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte' (REsp 310.306/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.08.2005, DJ de 12.09.2005, p. 263).

Diferentemente, quando os contratos do SFH não têm cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, desloca-se o contrato para a égide do direito privado, o que importa em somente figurar no feito, como representante do SFH, o agente financeiro, deslocando-se a competência para o processo e julgamento para a Justiça Estadual, a não ser que atue a CEF como agente do sistema, como banco privado.

Nesse sentido, são os arestos seguintes:

'Conflito de competência. SFH. Contrato sem cláusula de FCVS.

1. A Justiça Estadual é competente para processar e julgar os feitos referentes a contratos de financiamento pelo SFH não afetos ao FCVS.

2. Conflito negativo de competência não conhecido' (CC 29.949/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, unânime, DJ de 04.09.2000).

'Processual civil. Sistema Financeiro de Habitação. Ação revisionária de prestações e cláusulas contratuais. Ausência de interesse da CEF. Súmula nº 150 do STJ.

- Tendo a Justiça Federal reconhecido a ausência de interesse da Caixa Econômica Federal na demanda versando sobre a revisão de prestação e cláusulas do contrato

celebrado pelo Sistema Financeiro de Habitação, a competência se desloca para a Justiça Estadual.

- Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença de ente federal no processo (Súmula nº 150 do STJ).

- Conflito não conhecido' (CC 27.229/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Seção, unânime, DJ de 03.04.2000).

Nesta Corte, pela classificação do contrato, se ausente a cláusula de cobertura do FCVS, passa a ser da Segunda Seção a competência para o exame do especial, conforme entendimento da própria Corte Especial:

'Questão de ordem. Competência interna do Tribunal. Mútuo vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação. Hipótese em que não há comprometimento do Fundo de Compensação de Variações Salariais. - Se o resíduo do saldo devedor do mútuo, eventualmente existente após o pagamento das prestações contratuais, for responsabilidade do próprio mutuário, o contrato tem natureza estritamente privada, cabendo a uma das Turmas da egrégia 2ª Seção o julgamento das causas dele decorrentes' (REsp 94.604/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 06.08.1997, DJ de 22.03.1999, p. 34).

Tal divisão sistêmica de julgamento, que leva em consideração a natureza do contrato de mútuo, traz, ainda, reflexos quanto ao conjunto de normas que sobre ele irá incidir, sendo esse aspecto também um traço diferenciador de ambos os tipos contratuais.

Portanto, naqueles contratos regidos pelo FCVS, cujo saldo devedor é suportado por fundo público gerido pela CEF, sua feição pública atrairá a incidência de normas do direito administrativo pertinentes, com exclusão das normas de direito privado.

Ao contrário, nos contratos sem a cobertura do FCVS, sua natureza privada atrairá a incidência das normas civilistas e do Código de Defesa do Consumidor.

Feita tal diferenciação, entendo que não pode ser indistintamente aplicada aos contratos com cobertura do fundo público a jurisprudência da Segunda Seção do STJ que considera pertinente a incidência das disposições do CDC aos contratos regidos pelo SFH, sob pena do desvirtuamento da sistemática de julgamento imposta pela própria jurisprudência

desta Corte, que quis diferenciar ambos os tipos de contrato para fins de dispor sobre competência e legitimidade processual, e, agora, não o faz em relação ao plexo de normas que deve incidir sobre um e outro.

Concluo, assim, que não deve ser aplicado o CDC aos contratos de mútuo imobiliário regidos pelo SFH nos quais haja cláusula de cobertura do FCVS.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

Os contratos típicos impermeáveis ao Código de Defesa do Consumidor são aqueles derivados das licitações reguladas pela Lei 8.666/93.

O contrato de compra e venda, ainda que com a cobertura do FCVS, não tem natureza de contrato administrativo, no qual sobressai a supremacia do Poder Público, a imposição unilateral da Administração e a inclusão das cláusulas exorbitantes, máxime por que lavrados no exercício do *ius gestionis*, consoante a doutrina nacional e alienígena (WALINE. *Droit administratif*. 9. ed., Sirey, p. 565 e segs.). Referidos vínculos são denominados contratos de direito privado da Administração e têm seu conteúdo regulado por essa província do direito (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Malheiros, 2006, p. 580-581).

Deveras, mesmo alguns contratos administrativos mistos, lavrados por concessionárias de serviços públicos, como, *v.g.*, a energia elétrica, admitem a incidência do CDC, inclusive quando o Estado é consumidor (art. 22 da Lei 8.078/90).

Tratando-se de contrato de compra e venda pelo Sistema Financeiro de Habitação, são aplicáveis as regras do CDC e, *a fortiori*, a sua exegese jurisprudencial, por isso que, à luz do art. 53 do mesmo diploma legal e da jurisprudência do eg. STJ, são restituíveis as parcelas pagas na hipótese de rescisão da avença por força de inadimplemento da cláusula que veda a cessão a terceiros e inadimplemento contratual. Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes:

Promessa de venda e compra. Resilição. Denúncia pelo compromissário comprador em

face da insuportabilidade no pagamento das prestações. Restituição.

- O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas.

Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte (REsp 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 09.12.2002).

Contrato de compra e venda de imóvel. Impossibilidade de pagamento das prestações. Pedido da compradora inadimplente de devolução das importâncias pagas. Art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte.

1. Admite-se o pedido de rescisão feito pelo promitente comprador, diante de fato com força suficiente para justificar o inadimplemento, assim 'a alteração objetiva da base em que foi celebrado o contrato', como tal a previsão de critérios de atualização das dívidas que desequilibram o orçamento do comprador, impedindo-o de cumprir o avençado, impondo-se a devolução das parcelas pagas e, ainda, sem sequer tendo sido ocupado o imóvel.

2. Recurso especial conhecido e provido (REsp 265.338/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 20.08.2001).

Promessa de compra e venda de imóvel. Pacto celebrado na vigência do Codecon. Cláusula abusiva. Ação proposta pelo comprador.

I - O comprador inadimplente pode pleitear em juízo a devolução das prestações pagas e a rescisão do pacto, em face do desequilíbrio financeiro resultante da aplicação dos sucessivos planos econômicos.

II - Na exegese dos arts. 51 e 53 do Código do Consumidor, são abusivas as cláusulas que, em contrato de natureza adesiva, estabeleçam, rescindido este, tenha o promissário que perder as prestações pagas, sem que do negócio tenha auferido qualquer vantagem.

III - Inviável discussão em torno de dedução de quantias pagas a título de despesas arcadas pela vendedora, por incidência da Súmula nº 07/STJ.

IV - Recurso não conhecido (REsp 115.671/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ de 02.10.2000).

Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*in Curso de direito administrativo*, Malheiros, 2006, p. 577 a 583):

I. Introdução.

1. Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes. Seus traços nucleares residem na consensualidade para formação do vínculo e na autoridade de seus termos, os quais se impõem igualmente para ambos os contratantes. [Nota: cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, 'O contrato de direito público ou administrativo', *in RDA* 88/25.]

2. Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar 'contratos'. Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente: a) contratos de direito privado da Administração; b) 'contratos administrativos'. Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado, e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública, etc. Exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público.

3. Uns e outros estão parificados pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo Direito Administrativo [nota: A pessoa ou autoridade pública investida de poderes para contratar dispõe da competência segundo as regras de Direito Administrativo. As formalidades que precederão o contrato, quais sejam a autorização para contratar, a exigência da licitação e, eventualmente, requisitos a serem atendidos, também se disciplinam pelo Direito Administrativo. Os contratos da Administração no Direito brasileiro, sejam administrativos ou não, são examinados quanto à sua legalidade pelo Tribunal de Contas, que, em caso de inobservância das

normas a que estavam adstritos, pode solicitar ao Congresso Nacional determine sua sus-tação (art. 71 da Carta Constitucional.); do que resultam, caso violadas as normas pertinentes, vícios específicos a estas figuras; vale dizer: caracterizados de acordo com os princípios e normas do Direito Administrativo.

4. Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração se regulam em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito - ressaltados os aspectos supra-referidos -, os 'contratos administrativos' assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

Peculiaridades do contrato administrativo.

5. Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, seja:

a) alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante; b) extinguindo unilateralmente o vínculo. Ambas as formas de instabilização constituem um direito da Administração, ressaltadas a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte.

6. Estas prerrogativas derivariam ou da sistemática normativa, que protege acentuadamente determinadas atividades públicas, ou de cláusulas 'contratuais' concebidas como 'exorbitantes'. Tanto poderiam ser colhidas nos textos que diretamente regulem a matéria - quando existentes - como deduzidas dos princípios retores de certas atividades públicas. Vale dizer, ou se reputam implícitas, seja na ordenação normativa, seja no bojo do contrato, ou estão realmente explícitas na lei ou em cláusula expressa do contrato.

7. De conseguinte, as prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua 'exorbitância' ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns. É de notar que as prerrogativas em pauta colocam o 'contrato' à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular. Daí que subvertem profundamente a noção de contrato

encontrada na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualificação 'administrativo' aposta à palavra 'contrato' parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo.

II. O contrato administrativo no Direito francês 8. Foi a doutrina francesa que desenvolveu a teoria do 'contrato administrativo' [Nota: O principal teórico na matéria foi Gaston Jèze (*Principes généraux du droit administratif*, tomos III, IV, V e VI). Modernamente, a obra mais saliente é de André de Laubadère (*Traité théorique et pratique des colltracts administratifs*, 3 vs.). É também largamente difundido o estudo de Péquignot (*Théorie générale du contract administratif*).], fortemente embasada nos arestos do Conselho de Estado. No Direito brasileiro, os estudiosos se assentaram nos autores franceses. Como os administrativistas franceses pouco mais fazem - em sua maioria e já há muitos anos - senão sistematizar sua jurisprudência, os doutrinadores brasileiros, por vias indiretas, teorizam sobre a jurisprudência francesa na matéria.

9. O Conselho de Estado da França teve diante de si, fundamentalmente, dois problemas para solucionar, a saber:

a) quais os poderes ou sujeições inerentes ao 'contrato administrativo', ou seja, qual seu 'regime';

b) quando se deve reputar administrativo um contrato, e, portanto, submetido a este regime.

10. Com relação ao primeiro aspecto, não é difícil verificar que os traços peculiares ao regime do 'contrato administrativo' giram em torno da supremacia de uma das partes, que, a seu turno, procede da prevalência do interesse público sobre interesses particulares. Esta supremacia vai expressar-se tanto na possibilidade de instabilizar a relação, segundo os termos já apontados, quanto na autoridade do contratante público. Esta autoridade se manifesta pela presunção de legitimidade de seus atos, pelo amplo controle e fiscalização da execução do contrato, pela possibilidade de impor sanções ao contratante privado. Além disso, a supremacia do interesse público incompatibiliza-se, muitas vezes, com a possibilidade de o contratante privado invocar a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), donde não se lhe reconhecer tal direito. Estes traços são havidos como necessários para garantir a regular satisfação do interesse público substanciado no contrato. É bem de ver que as

particularidades de cada qual se especificam, ademais, nas cláusulas 'exorbitantes' que porventura contenham.

11. Com relação ao segundo aspecto - o de saber-se quando tal ou qual contrato é administrativo -, firmou-se o entendimento de que teria este caráter o contrato firmado pela Administração que atendesse a um dentre estes três requisitos:

a) receber tal qualificação por lei;

b) ter por objeto a própria execução de um serviço público;

c) conter cláusulas 'exorbitantes'. [Nota: Estes são, conforme se depreende da doutrina francesa, os requisitos para que um contrato seja administrativo. Os autores não discrepam quanto a isso, embora nem sempre apresentem a enunciação nos termos singelos em que o fizemos, acolhendo a fórmula exposta por Vedel (*Droit administratif*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, 1964, p. 614 a 616). Consultem-se ainda, a respeito, Waline (*Droit administratif*, 9. ed., Sirey, p. 565 e segs.), Rivero (*Droit administratif*, 3. ed., Dalloz, 1965, p. 100 a 102) e Laubadere (*Traité élémentaire de droit administratif*, 3. ed., v. I, LGDJ, 1963, p. 282 a 287).]

12. Restaria saber o que é cláusula exorbitante. Os mesmos franceses, debruçando-se afadigadamente sobre as decisões do Conselho de Estado de seu país, concluem que, de acordo com elas, a cláusula exorbitante caracteriza-se por seu caráter incomum em um contrato de Direito Privado, seja porque aí seria nula, seja porque inadaptada a ele ainda que não fora nula. [nota: Diz Waline: 'A jurisprudência, que emprega frequentemente a expressão 'cláusula exorbitante' ou 'derrogatória de Direito Comum' e que lhe atribui conseqüências tão importantes, infelizmente não a define. Há, na doutrina, duas concepções muito diferentes a respeito de uma tal cláusula: para Vedei é toda cláusula incomum nos contratos de Direito Privado. 'Parecia-me que não se poderia extrair uma qualificação jurídica de um simples caráter inabitual, e eu havia proposto o critério, que me parecia mais jurídico, da impossibilidade de inscrever tal cláusula em um contrato de Direito Privado sem infringir a 'ordem pública'. E efetivamente podem-se citar neste sentido algumas decisões jurisdicionais (Paris, 12 de março D., 1959, Somm. 85). 'Parece-me, todavia, mais exato dizer que a cláusula exorbitante é aquela que não se encontra normalmente no contrato de

Direito Privado, seja porque nele seria nula por contrária à ordem pública, seja ainda porque foi inserida no contrato pela autoridade administrativa em função de preocupações de interesse público que são estranhas às pessoas de Direito Privado quando contratam entre si' (ob. cit., p. 572, nº 963).

III. O contrato administrativo na doutrina brasileira

13. A doutrina brasileira, praticamente unânime e sem oposição jurisprudencial, denomina contrato administrativo à figura cujos traços foram bosquejados, reconhecendo-lhe as mesmas características que lhe são imputadas no Direito francês. Quanto a nós, acompanhando as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello [nota: *Princípios gerais de direito administrativo*. Ed. Forense, 1969, v. 1, p. 593 e segs., nº 56.1 a nº 56.8; 'O contrato de direito público ou administrativo', in RDA 88/15 e ss., e *Da licitação*, José Bushatsky, 1978, p. 21 a 27.] - que tratou do assunto com mestria insuplantável -, entendemos que esta rotulação 'contrato administrativo' tem sido utilizada de maneira imprópria e muito infeliz, porque propiciadora de equívocos.

14. Com efeito, sob tal nome estão radicalizadas situações jurídicas muito distintas, a saber:

a) contratos em que os poderes reconhecíveis ao Poder Público advêm diretamente das disposições legais e por isso não lhe poderão ser negados mesmo que as cláusulas contratuais não os estabeleçam;

b) 'contratos' em que os poderes de instabilização da relação jurídica existiriam independentemente de qualquer previsão contratual ou normativa explícita. É o que se passa com as concessões de serviço público ou de utilização do domínio público. Parece-nos, todavia, que nessas hipóteses há instabilidade justamente porque o objeto da relação jurídica serve para identificá-la, mas não é suscetível de um contrato propriamente dito e por isso não pode estratificar-se por obra da conjugação da vontade da Administração e do particular.

15. Em suma: o Poder Público, em razão de suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público; inversamente, o particular jamais pode tê-la, pois está envolvido na questão um bem *extra commercium*. O contrato jamais seria via idônea para propiciar a um administrado senhoria, conquanto parcial,

sobre um interesse público, seja no que respeita à forma de satisfazê-lo, seja no que atina ao prazo de duração de vínculo versando sobre ele. [Nota: Não seria possível que o interesse público ficasse vergado ao interesse particular. Daí o sem-sentido de recorrer-se à teoria do contrato em certos casos.]

16. Daí que os poderes reconhecidos à Administração nesses 'contratos administrativos' nos parece que nada têm de contratuais. São poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos. É só por esta razão que prescindem de cláusulas contratuais que os mencionem e de normas legais sobre contratos efetuados pela Administração. Tais poderes de instabilização descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre os serviços públicos e o uso de bens públicos. E são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insuscetíveis de transação e, pois, de 'contratos'.

17. Aliás, é curioso notar que os doutrinadores afirmam, muitas vezes, reportados aos 'contratos administrativos' em geral - e não apenas a esta espécie ora cogitada -, que neles se contêm cláusulas 'regulamentares' (as mutáveis) e cláusulas imutáveis atinentes à parte econômica. Esta assertiva faz, de si mesma, prova de que certas disposições que o regulam não integram o contrato. É dizer, não são contratuais, pois não podem ser objeto de avença. Estão à margem da influência da vontade do contratante privado. Em suma: são alheias ao acordo. E, se lhe são estranhas, como podem ser contratuais? Segue-se que o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e foi pactuado, a saber: a parte econômica convencional. Logo, só existe contrato com relação a isto. O mais provém de ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável. Tais circunstâncias deveriam ser suficientes para evidenciar que as relações jurídicas constituídas entre o Poder Público e particular sob a égide do regime em apreço apresentam radical disparidade em relação aos contratos. Daí a inconveniência de abrigar sob um único rótulo figuras jurídicas tão distintas e submetidas a critérios e princípios completamente diversos. Esta argumentação, entretanto, não sensibilizou nossa doutrina e jurisprudência.

18. De todo modo, o certo é que não se pode impedir que a doutrina absolutamente majoritária no Brasil resolva designar sob o nome 'contratos administrativos' esta variedade de relações tão díspares. [Nota: O próprio texto constitucional, no art. 175, parágrafo único, refere-se aos 'contratos' de concessão de serviço público.] (v. Capítulo XII, nota de rodapé 14). As palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas. Seria desejável que às realidades distintas fossem dadas titulações diferentes, para evitar confusões e extrapolações indevidas, como ocorre no caso. Seria preferível evitar terminologia que afilia à matriz contratual alguns destes vínculos cuja índole não se compatibiliza com a ascendência que se lhes quer inculcar. Entretanto, parecem fadados ao insucesso quaisquer esforços para demonstrar a inconveniência desta rotulação.

19. Com essas ressalvas, passemos a examinar os chamados 'contratos administrativos', isto é, as relações convencionais que, por força de lei, de cláusulas contratuais ou do objeto da relação jurídica, situem a Administração em posição jurídica peculiar em prol da satisfação de um interesse administrativo.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial, divergindo da eminente Relatora.

É como voto.

Certidão

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

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, dando provimento ao recurso especial, pediu vista a Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora)".

Aguardam os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Humberto Martins e José Delgado.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda (RISTJ, art. 162, § 2º).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento, nesta assentada, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 14 de fevereiro de 2007. -
Carolina Vêras - Secretária.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki - Penso que a Sra. Ministra Relatora tem toda razão, pois, neste caso, aplica-se o princípio da especialidade. Assim como o Código de Defesa do Consumidor, também as normas do Sistema Financeiro de Habitação, especialmente as que consagram o Fundo de Compensação de Variações Salariais, têm uma finalidade social importante.

Pelo princípio da especialidade, acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, negando provimento ao recurso especial.

Voto-vencido

O Sr. Ministro José Delgado - Sr. Presidente, trata-se de caso de direito fundamental, porque implicitamente todas as normas especiais ficaram revogadas; é um direito de hierarquia maior. O contrato foi assinado em 1992 em plena vigência do Código de Defesa do Consumidor, e não podemos ignorar direitos que são garantidos aos hipossuficientes; nenhum prejuízo traz ao Fundo de Garantia, ao Fundo de Compensação, porque a cooperativa tem condições de reaver toda essa quantia e as cláusulas são da época da ditadura, de 1964, quando havia o imperialismo econômico. Sabemos que o Sistema Financeiro Nacional foi criado à base do imperialismo econômico, quando havia a força do Estado. Dou prevalência ao que se chama direitos

fundamentais do consumidor, fazendo com que eles atuem em benefício do hipossuficiente.

Dirijo do voto da Sra. Ministra Relatora, dando provimento ao recurso especial.

Certidão

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

“Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Luiz Fux e José Delgado, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora”.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Humberto Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda e o Sr. Ministro Herman Benjamin (RISTJ, art. 162, § 2º).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 28 de fevereiro de 2007. -
Carolina Vêras - Secretária.

(Publicado no DJU de 16.04.2007.)

-:-:-